XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

FELIPE AUGUSTO FORTE DE NEGREIROS DEODATO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-323-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Penal. 3. Processo Penal. 4. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

A história dos delitos e das penas no Ocidente é terrível em termos humanitários, matéria já explorada à saciedade por filósofos, cientistas políticos e juristas, fazendo que buscassem, de forma intermitente, mudanças no sistema sancionatório ocidental. Como lembra Foucault, il tramonto dei supplizi é sentido como exigência social improcrastinável a partir da segunda metade do século XVIII, em especial na França Revolucionária, quando surge a necessidade de se punir de outra maneira da tradicional da época, abolindo o confronto físico entre soberano com o condenado e dissolvendo um pouco as tensões entre o Príncipe e a cólera do povo em face de seu intermediário (o executor) e o executado.

A interrupção súbita daquela relação sanguinária de punição, até então indissolúvel em face das relações de poder que se estabeleciam e autorizavam a violência tirânica do Rei (e seu prazer de ver o povo sofrer), paradoxalmente ocorre através do mais suave dos sentimentos, a doçura, ora entendida, na reconstrução foucaultiana, como a natural necessidade de castigo sem suplício, formulada a partir da ideia de grito do coração ou da natureza indignada, pois mesmo ao pior assassino uma coisa ao menos deve ser respeitada quando é punido: a sua humanidade.

É o homem, em suma, desprovido de seu aspecto criminal, que deve ser tomado como fundamento contrário ao despotismo da sanção-suplício, símbolo material do poder monárquico.

Hoje os juristas do século XXI são chamados à reflexão sobre estes temas enquanto parábolas da humanidade, haja vista que, por um lado, alguns modelos de pena criminal podem operar com a lógica do passado (o sistema carcerário brasileiro é uma realidade viva disto); por outro, mesmo os avanços humanistas das penas e suas execuções ainda deixam a descoberto novas tipologias de condutas criminosas preocupantes, geradas por outra Sociedade, hipercomplexa em termos de relações e seus resultados (catastróficos).

Desde o final da década de 1980 alguns sociólogos e filósofos tem discutido sobre o tema das novas configurações de forças políticas e relações sociais marcadas por níveis de complexidades altamente diferidos - como é o caso de Urlich Beck , Anthony Guiddens , Niklas Luhmann e Zygmunt Bauman , dentre outros.

Esta Sociedade se caracteriza em face de múltiplos fatores transnacionais, econômicos e culturais, com interconexões e protagonismos igualmente plurais, fazendo florescer com velocidade impar interesses e bens muito mais difusos e coletivos do que individuais, todos carentes de proteção jurídica e política.

Estes cenários, por sua vez, favorecem a aparição de novos perigos supraindividuais no cotidiano dos cidadãos. Tais perigos se diferenciam daqueles provocados pela ainda desconhecida natureza (maremotos, furacões, vulcões, terremotos, etc.); não que tenham se extinguido, por conta da inexistência de conhecimentos e informações técnicas e científicas para dar conta deles, mas provêm de tensas relações sociais e institucionais pouco controláveis por deficitários sistemas normativos de segurança (cível, administrativo e penal) existentes, provocando riscos e danos em massa, alguns inclusive comprometendo as futuras gerações (como é o caso dos danos ambientais).

Diante de tais elementos é que surge, dentre outras inquietações teóricas e práticas, o problema da imputação de responsabilidade (social, política e jurídica) pelas causas e consequências indesejadas decorrentes daquelas situações, e mesmo diante da sensação de insegurança que perpassa a cidadania quando se depara com modalidades inusitadas de ilícitos violadores de Direitos e Garantias Fundamentais – direta ou indiretamente.

Ao lado disto, encontram-se os Direitos e Garantias Fundamentais da Pessoa Humana e os paradigmas do Direito Penal Liberal, como reconhecendo a este a ultima ratio dos sistemas normativos, os princípios da legalidade estrita e taxatividade em termos de tipologias penais e sancionatórias, a subsidiariedade das ciências penais para o enfrentamento dos conflitos humanos, os déficits democráticos dos modelos inquisitórios e acusatórios do Direito Penal e Processual Penal, entre outros mais.

Todas estas questões podem ser visualizadas nos trabalhos apresentados neste GT e Revista, com alta profundidade acadêmica e reflexiva, amplamente debatidos por seus autores e interlocutores nos grupos de trabalho que ocorreram nos dias 08 e 09 de dezembro de 2016, em Curitiba, o que pretendemos agora socializar com o publico leitor brasileiro e internacional.

Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato - UFPB

Prof. Dr. Rogério Gesta Leal - UNOESC

NATUREZA JURÍDICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: LIMITES DA INQUIRIÇÃO CONDUZIDA PELO ESTADO-JUIZ E A INVIABILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

NATURALEZA JURÍDICA DE LA AUDIENCIA DE CUSTÓDIA: LÍMITES DE LA INQUIRIÇÃO CONDUCIDA POR EL ESTADO-JUEZ Y LA INVIABILIDADE DE SU UTILIZACIÓN COMO PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Marcel Ferreira Dos Santos [1]

Resumo

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana de Direitos Humanos representam o germine da audiência de custódia. Instituto de índole processual supralegal destinado a acautelar o direito público subjetivo do custodiado de averiguação imediata da regularidade do ato material estatal da restrição à liberdade, da existência de tortura ou maus tratos e da proporcionalidade da mantença da prisão. Inviável a utilização como prova.

Palavras-chave: Direito internacional dos direitos humanos, Audiência de custódia, Regulamentação, Limites da inquirição, Utilização como prova no processo penal

Abstract/Resumen/Résumé

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana de Derechos Humanos representan el germine de la audiencia de custódia. Instituto de índole procesal supralegal destinado a acautelar el derecho público subjetivo del custodiado de averiguação inmediata de la regularidad del acto material estatal de la restricción a la libertad, de la existencia de tortura o malos tratos y de la proporcionalidad de la mantença de la prisión. Inviável la utilización como prueba.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derecho internacional de los derechos humanos, Audiencia de custódia, Reglamentación, Límites de la inquirição, Utilización como prueba en el proceso penal

[1] Mestrando em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR. Juiz de Direito no TJPR. Especialista em Direito Público, Direito Civil e Processual Civil. Vice-Diretor e Professor da Escola da Magistratura do Paraná.

INTRODUÇÃO

Afigura-se cada vez mais crescente o influxo do *Direito Internacional dos Direitos Humanos* sobre o sistema normativo interno brasileiro. Expressão designativa de um movimento recente na história da humanidade cujo marco inicial é identificado com o Pós-Guerra e tem por objetivo servir de contraponto, resistência, resposta às barbáries cometidas durante o nazismo[1].

O *positivismo jurídico*[2]*,* enquanto pensamento filosófico lastreado no império da lei, não raro, era utilizado pelo regime nazista como instrumento de salvaguarda de atrocidades praticadas contra a humanidade. A pretexto de cumprir a lei formal, os soldados do *Terceiro Reich* (Alemanha nazista) violavam de forma incontável diversos direitos inerentes à condição humana, na confiança de que estavam a agir no estrito cumprimento de um dever legal e, portanto, desvio algum cometeriam. Tal circunstância o colocou – o positivismo – em xeque, sobretudo a partir do final da 2ª Guerra Mundial, dando azo a uma tentativa de reaproximação entre direito e moral, com a alocação da dignidade da pessoa humana como o ponto de partida e de chegada da atuação das nações democráticas.

A era do ***pós-positivismo*** traduz, assim, a identificação de um conjunto de ideias difusas que se dissociam do legalismo estrito do positivismo normativista sem restaurar a ordem subjetivista do jusnaturalismo[3]. A necessidade de formulação de uma teoria da justiça e da norma, com especial destaque ao papel das constituições, fixou-se como uma constante dos países democráticos.

A tutela do ser humano contra toda e qualquer forma de dominação ou do poder arbitrário passa a ser uma luta constante dos povos e é justamente a essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos[4], que se volta à criação de organismos destinados à preservação dos direitos do homem e busca pela paz.

---

[1] PIOVESAN, Flávia. *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Redefinição da Cidadania no Brasil*. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo3.htm. Acessado em 05/09/2016.

[2] O positivismo jurídico ou juspositivismo é uma corrente da teoria do direito que procura explicar o fenômeno jurídico a partir do estudo das normas positivas, ou seja, daquelas normas postas pela autoridade soberana de determinada sociedade. Ao definir o direito, o positivismo identifica, portanto, o conceito de direito com o direito efetivamente posto pelas autoridades que possuem o poder político de impor as normas jurídicas.

[3] BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf.

[4] Ao identificar os traços essenciais desse movimento, Augusto Cançado Trindade averba: "A proteção do ser humano contra todas as formas de dominação ou do poder arbitrário é da essência do *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Orientado essencialmente à proteção das vítimas, reais (diretas e indiretas) e potenciais, regula

O plexo de documentos internacionais formatados e dedicados à proteção da humanidade, por óbvio, não poderia voltar os olhos apenas ao homem livre, mas, também, àquele que, por breve espaço do exercício da vida, se encontra privado da liberdade. A materialização da prisão, do início ao fim, exigia maiores cuidados, já que a atenção das nações do globo centralizava-se também em evitar atos de tortura, desrespeito a garantias mínimas da prisão.

No contexto internacional, dentre vários documentos, surgem (02) dois com especial importância para o sistema normativo brasileiro. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI), da ONU, em 19 de dezembro de 1966, e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conhecida como "Pacto de San Jose da Costa Rica", aprovada na OEA, em 22 de novembro de 1969. Ambos ratificados pelo Brasil[5]. O primeiro, por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, e, o segundo, por meio do Decreto 678, de 09 de julho de 1992.

Os diplomas mencionados trazem, respectivamente, nos artigos 9º, item 3, e 7º, item 5, sem dúvida, o germine da audiência de apresentação ou de custódia, porquanto sinalizam o direito de toda pessoa presa ou detida ser levada, o mais rápido possível, à presença de um juiz ou outra autoridade e equivalente[6].

---

as relações entre desiguais, para os fins de proteção, e é dotado de autonomia e especificidade própria. No Direito Internacional dos Direitos Humanos, como nos demais ramos do Direito em geral, há que se precaver contra os riscos do reducionismo de definições; estas, pela dinâmica da realidade dos fatos e com o passar do tempo, tendem a se mostrar incompletas. Há, pois, que destacar a pretensão do 'definitivo'. Nem por isso me eximo de conceituar o que entendo por Direito Internacional dos Direitos Humanos, tal como desenvolvido em meu supracitado Tratado, tendo presente a necessidade de assegurar-lhe as necessárias unidade e coesão. Entendo que o Direito Internacional dos Direitos humanos como *corpus juris* de salvaguarda do ser humano, conformado, no plano substantivo, por normas, princípios e conceitos elaborados e definidos em tratados e convenções, e resoluções de organismos internacionais, consagrando direitos e garantias que têm por propósito comum a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, sobretudo em suas relações com o poder público, e, no plano processual, por mecanismos de proteção dotados de base convencional ou extraconvencional, que operam essencialmente mediante os sistemas de petições, relatórios e investigações, nos planos tanto global como regional. Emanado do Direito Internacional, este *corpus juris* de proteção adquire autonomia, na medida em que regula relações jurídicas dotadas de especificidade, imbuído de hermenêutica e metodologias próprias. Sua fonte material por excelência reside, em meu entender, tal como tenho desenvolvido em meus escritos e meus numerosos Votos no seio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na *consciência jurídica universal*, responsável em última análise – tenho a convicção – pela evolução de todo o Direito na busca da realização da Justiça. Embora as relações jurídicas reguladas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos sejam sobretudo as que contrapõem os indivíduos como seres humanos ao poder público, nestas não se exaure a aplicação do mencionado de proteção. (TRINDADE, Antônio Augusto Caçando. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf. Acessado em 05/09/2016).

[5] A doutrina usualmente identifica as seguintes fases para a conclusão de um tratado internacional: negociação; assinatura; procedimento interno, se cabível; ratificação; promulgação; publicação; e registro. A respeito do tema, ver MELLO, Celso D. de Albuquerque (1997). *Direito Internacional Público*. Tratados e Convenções. 5ª ed. Renovar.

[6] A necessidade de condução sem demora de toda pessoa detida ou presa à presença de um juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer tais funções já estava na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH), firmada em Roma, em 04 de novembro de 1950.

A resistência ao instituto sempre foi acentuada no âmbito interno, embora a sua previsão, sob o ponto de vista da validade no território interno, supere duas décadas. Coube ao Supremo Tribunal Federal, ao longo dos anos, em um primeiro momento, definir o *status legal* dos tratados de direitos humanos e as consequências da ratificação no plano interno e, num segundo, mais especificamente relacionado à audiência de custódia, destacar a obrigatoriedade de sua realização em todo o território nacional (ADIN 5240 e ADPF 347).

O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, regulamentou no âmbito interno o instituto de índole supralegal e processual (Resolução 213).

No presente artigo, longe da pretensão de esgotamento da audiência de custódia, buscamos lançar algumas reflexões sobre a natureza e os limites da inquirição do apresentado. Isto é, pontuar se se tratar realmente de mera entrevista ou de ato específico antecipado de interrogatório, bem assim quais são as condicionantes direcionadas ao Estado-Juiz no tocante aos questionamentos realizados por ocasião da oitiva.

A par do detalhamento da postura judicial exigível durante a realização da audiência de custódia, é preciso ponderar sobre a possibilidade, ou não, de utilização do conteúdo do depoimento prestado pelo custodiado como prova no curso da ação penal, especialmente quando lhe for desfavorável.

Refletir sobre a audiência de custódia pressupõe reconhecer, antes de tudo, a necessidade de se afastar das justificativas de cunho estrutural para a sua não aplicação Instrumento de índole supralegal cuja validação dá-se por ato próprio da República Federativa do Brasil ao ratificar documentos internacionais que a encampam. A comunidade jurídica internacional não pode permitir comportamentos contraditórios das nações que, em um primeiro momento, ratificam documentos internacionais e, posteriormente, se colocam a descumpri-los internamente (*venire contra factum proprium non potest*).

O compromisso assumido pelo Estado brasileiro na ordem internacional há de ser cumprido, ficando reservado ao intérprete, em especial ao Poder Judiciário, o papel de interpretar e aplicar no âmbito interno as determinações constantes das convenções internacionais envolvendo a audiência de custódia, com suporte nas decisões do Supremo Tribunal Federal e atividade administrativa do Conselho Nacional de Justiça. Até que sobrevenha a regulamentação normativa autossuficiente do instituto, tal ônus hermenêutico deverá ocorrer sem causar prejuízo aos interesses do custodiado.

1 PREVISÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

Liberdade é conceito plurissignificativo[7] cuja aproximação conceitual inicial remete à ideia de isenção de restrição externa ou coação física ou moral[8]. O projeto existencial da vida encontra verdadeiramente o seu sentido quando o homem tem manutenida a sua liberdade. O caráter instrumental da liberdade decorre do fato de que o homem a utiliza para permitir a funcionalidade das escolhas que projeta ao longo da vida. Não por menos se diz que a autodeterminação é um dos elementos da dignidade[9].

A filosofia existencialista sartriana alude à liberdade como um de seus conceitos fundamentais. O homem está condenado a ser livre e toda a sua existência decorre desta condição[10].

[7] Há variados significados de liberdade. Todos muito amplos vagos. Liberdade como direito de agir segundo o seu livre arbítrio, de acordo com a própria vontade, desde que não prejudique outra pessoa; liberdade enquanto sensação de estar livre e não depender de ninguém; liberdade enquanto conjunto de ideias liberais e dos direitos de cada cidadão. O objetivo deste modesto ensaio não é esmiuçar, mas apenas contextualizar o tema, de modo a permitir viabilizar o estudo da audiência de custódia dentre a liberdade das liberdades, qual seja, a de locomoção.

[8] Um dos conceitos fundamentais da filosofia existencialista sartriana é o de liberdade. O homem está condenado a ser livre e toda a sua existência decorre desta condição. Sobre liberdade em Sartre, conferir: MOUTINHO, Luiz D. Sartre: existência e liberdade. São Paulo: Moderna, 1995; PERDIGÃO, Paulo. Existência e liberdade. Uma introdução à filosofia de Sartre. Porto Alegre: L&PM, 1995; SARTRE, Jean-Paul. A conferência de Araraquara. Rio de Janeiro: Paz e Terra; São Paulo: UNESP, 1986.

[9] Na arguta observação de Luís Roberto Barroso: "A autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida. Em seção anterior, foi apresentada a concepção kantiana de autonomia, entendida como a vontade orientada pela lei moral (autonomia moral). Nesse tópico, o foco volta-se para a autonomia pessoal, que é valorativamente neutra e significa o livre exercício da vontade por cada pessoa, segundo seus próprios valores, interesses e desejos. A autonomia pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (a existência real de alternativas). Note-se que no sistema moral kantiano a autonomia é a vontade que não sofre influências heterônomas e corresponde à ideia de liberdade. Contudo, na prática política e na vida social, a vontade individual é restringida pelo direito e pelos costumes e normas sociais. Desse modo, ao contrário da autonomia moral, a autonomia pessoal, embora esteja na origem da liberdade, corresponde apenas ao seu núcleo essencial. A liberdade tem um alcance mais amplo, que pode ser limitado por forças externas legítimas. Mas a autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida por interferências sociais ou estatais por abranger as decisões pessoais básicas, como as escolhas relacionadas com religião, relacionamentos pessoais, profissão e concepções políticas, entre outras. A autonomia, portanto, corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas. Quanto às suas implicações jurídicas, a autonomia está subjacente a um conjunto de direitos fundamentais associados com o constitucionalismo democrático, incluindo as liberdades básicas (autonomia privada) e o direito à participação política (autonomia pública) ". (BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. A construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial*. Rio de Janeiro: Editora Fórum. 2014, p. 82).

A Constituição Federal tutela liberdades variadas por meio de diversas normas incluídas em especial no artigo 5º da Constituição (liberdade de expressão, de reunião e de associação, de consciência e de religião, de imprensa etc.).

O exercício da maior parte das diferentes liberdades consagradas no texto constitucional – há de se reconhecer – **pressupõe não esteja o cidadão com a sua locomoção interditada (total ou parcialmente). O direito de ir e vir, por imperativo lógico, é a "liberdade das liberdades".** Pressuposto de fruição de inúmeras garantias do homem. Livre e fora do cárcere, o ser humano pode, a princípio, se associar, se reunir, manifestar de forma mais ampla no seio social o seu pensamento, exercer de maneira irrestrita a liberdade de culto e religião, trabalhar etc.

Dada a sua importância no contexto dos direitos humanos, não tardou muito a receber atenção especial dos documentos internacionais.

O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito brasileiro foi a ratificação, em 1º de fevereiro de 1984, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher**.** A partir dessa ratificação, inúmeros outros mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito Brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Após a constituição cidadã, muitos tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil, dentre eles: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995[11].

Dentre os documentos internacionais acima, têm importância para a proposição reflexiva que buscamos realizar neste modesto artigo o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI), da ONU, em 19 de dezembro de 1966, e a Convenção Americana de Direitos

[11] PIOVESAN, Flávia. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Redefinição da Cidadania no Brasil. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo3.htm.

Humanos (CADH), aprovada na OEA, em 22 de novembro de 1969. O primeiro, ratificado pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, e, o segundo, por meio do Decreto 678, de 09 de julho de 1992.

No artigo 7º, item 5, da Convenção, ao tratar especificamente sobre o direito à liberdade pessoal, consta que "**toda pessoa presa, detida ou retida, deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais".**

O art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, sinaliza a mesma mensagem:

> Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

2 (IN) EFETIVIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO TERRITÓRIO NACIONAL

Se há, desde a década de 90, no âmbito interno, a vigência de documentos internacionais determinando a apresentação imediata da pessoa presa ou encarcerada, sem demora, à presença do Juiz ou de outra autoridade habilitada para tanto, indaga-se: **por quais razões apenas no ano de 2015[12] tal prática passou a ser efetivamente realizada no território nacional?**

A resposta minimamente adequada pressupõe aos menos duas reflexões. Uma primeira envolvendo a alteração de posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos sobre a natureza jurídica dos tratados que versam sobre direitos. A

[12] O Conselho Nacional de Justiça, em fevereiro de 2015, formalizou um projeto-piloto cuja participação envolveu o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo. O objetivo era realizar a implantação da audiência de custódia de forma experimental. Os frutos da iniciativa certamente deram base à postura semelhante de outros estados até que o CNJ regulamentasse de forma geral o instituto.

segunda acerca do amadurecimento das instituições e início do rompimento com uma cultura jurídica de resistência ao novo, aliada à justificativa de ausência de estrutura e limitações orçamentárias do Estado.

Desde os anos 70, o Supremo Tribunal Federal adotava posição clássica que emprestava aos tratados, incluindo-se os de direitos humanos, o valor de direito ordinário (RE 80.004-SE, rel. Min. Cunha Peixoto, j. 01.06.77). O tratado internacional valeria tanto quanto a lei ordinária (corrente paritária). O entendimento seguiu firme no âmbito do Supremo mesmo após o advento da Constituição de 1988 (STF, HC 72.131-RJ, ADIN 1.480-3-DF).

Com a EC 45/2004, os tratados de direitos humanos experimentaram status de emenda constitucional, desde que seguido o procedimento contemplado no 3º do art. 5º da CF (votação de três quintos, em dois turnos em cada casa legislativa).

O Supremo Tribunal Federal, todavia, foi instado a se manifestar sobre a natureza jurídica dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e não aprovados na forma qualificada do art. 5º, 3º da CR/88. Nos termos do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP[13], tais tratados usufruem de status de Direito supralegal[14] (estão acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição).

A partir do momento em que a mais alta corte do País estabelece de forma clara que os tratados de direitos humanos não aprovados na forma qualificada prevista na constituição possuíam status supralegal, era de se esperar fosse realçada, no plano interno, uma maior força desses documentos internacionais[15]. Se estavam acima da lei ordinária, natural que aflorasse na comunidade jurídica interna um sentimento geral direcionado à aplicação efetiva desses instrumentos. Com a decisão do Supremo no RE 466.343-SP, já não era mais possível afirmar ser a audiência de apresentação do preso à autoridade judicial um mero capricho. Mas o Brasil ainda assim caminhava a passos lentos.

Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alfen lembram que a Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se dirigiu aos seus juízes,

---

[13] (STF - RE: 466343 SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165).

[14] O citado voto dá conta de que a supralegalidade é o sistema em vigor, por exemplo, na Constituição alemã (art. 25), francesa (art. 55) e da Grécia (art. 28). Além do Min. Gilmar Mendes, votaram nesse mesmo sentido outros quatro Ministros (totalizando cinco votos). Essa foi a tese vencedora (no histórico julgamento do dia 03.12.08 RE 466.343-SP).

[15] Força muito maior teriam os tratados internacionais sobre direitos humanos se o Supremo tivesse acolhido a doutrina majoritária que emprestam a tais documentos a natureza de status constitucional. O voto do Min. Celso de Melo, aliás, foi nesse sentido.

por meio do Ofício-Circular n° 033/03-CGJ, de 02 de abril de 2013, para lembrá-los do conteúdo do artigo 7, 5, 1ª parte, da CADH. A boa intenção da Corte Estadual, no entanto, sucumbiu frente à realidade, já que pouquíssimos magistrados, especialmente os que atuavam na capital ou designados para atuar junto ao Serviço Judicial Permanente do Plantão da Comarca de Porto Alegre, seguiram no início a orientação e, posteriormente, em razão das constantes reclamações dos órgãos de persecução penal, a maioria de índole estrutural, retrocederam[16].

Discussões sobre a audiência de custódia foram intensificadas com a apresentação do Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, destinado a alterar o Código de Processo Penal, prevendo a pronta apresentação de toda pessoa presa em flagrante à autoridade judicial. O receio de que a introdução da audiência de custódia pudesse impactar sobremaneira as finanças do Estado despertou desconfiança de todas as respectivas esferas da Segurança Pública. O transporte dos custodiados, por exemplo, era sempre visto com algo intangível diante dos parcos recursos da já sucateada polícia judiciária.

Antecipando-se ao parlamento que ainda não ultimou o processo legislativo em curso no Senado Federal, o Conselho Nacional de Justiça lançou projeto piloto de implantação gradativa da audiência de custódia no Estado de São Paulo, no ano de 2015. Um movimento de expansão de inclusão em todos os Estados da Federação foi deflagrado. Os demais Estados da Federação, cada qual no seu tempo e modo, por meio de regulamentações próprias, também aderiram ao projeto-piloto do Conselho Nacional de Justiça.

A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, após a implantação do projeto-piloto junto ao Tribunal de São Paulo, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5240) contra a regulamentação emitida.

Forças opostas travaram debate saudável na comunidade jurídica. Paralelamente à postura da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil que questionava a regulamentação administrativa da audiência de custódia, ao argumento, em suma, de que só a União poderia, por meio de lei, regulamentar o instituto, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental

[16] ANDRADE, Mauro Fonseca; AFLEN, Pablo Rodrigo. *A audiência de custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 20.

(ADPF 347)[17] questionando justamente, dentre vários pontos, o descumprimento de tratados internacionais.

O Supremo, por maioria, deferiu medida cautelar, de modo a tornar obrigatória a realização de audiência de custódia em todo o território nacional, no prazo máximo de 90 (noventa dias).

Posteriormente, a fim de dinamizar e uniformizar[18] a aplicação do instituto, sobreveio a Res. 213 do CNJ, de 15 de dezembro de 2015[19].

Ao intérprete, em especial ao Poder Judiciário, se encontra reservada a tarefa de operacionalizar o instituto a partir de uma filtragem constitucional e convencional, sem desbordar, por óbvio, das balizas do Código de Processo Penal. Exigirá, ainda, exame acurado destinado a evitar seja um instituto de índole supralegal voltado a prejudicar o próprio destinatário de sua criação.

3 DA NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Desvendar a natureza jurídica de um determinado fenômeno pressupõe fixar a sua precisa definição - como declaração de sua essência e composição - seguida de sua classificação, como acontecimento suscetível de enquadramento em um conjunto próximo de fenômenos correlatos[20].

A definição visa à essência e a classificação ao posicionamento comparativo.

O termo "audiência de custódia", conquanto consagrado no Brasil, não é utilizado pela Corte Americana de Direitos Humanos. Há quem entenda mais adequada, sob o ponto linguístico, a expressão “audiência de apresentação”. No julgamento da

[17] O Partido Socialismo e Liberdade ajuizou a ADPF nº 347, a partir de trabalhos do Laboratório de Clínicas da UERJ, dirigido pelo renomado Professor Daniel Sarmento, com o objetivo de questionar a crise do sistema carcerário brasileiro. A ação explicita o denominado “Estado de Coisas Inconstitucionais”. Conceito utilizado pela Corte Constitucional da Colômbia para designar toda e qualquer violação massiva a direitos fundamentais. O plenário acolheu, em parte, a liminar, para determinar a realização de audiências de custódia, em até 90 dias, em todo o território e o descontingenciamento das verbas do FUNPEN.

[18] A uniformização era necessária. Nada obstante o avanço da regulamentação por parte dos Estados da Federação, havia pontos distintos sensíveis em cada uma das regulamentações, a exemplo do prazo de apresentação do preso ao Juiz. A maioria dos Estados havia fixado o prazo de 24 horas. Outros, no entanto, anotaram o prazo de 48 horas. Circunstância apta a gerar tratamento desigual entre iguais.

[19] A Res. 213 do CNJ é objeto de nova ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5448), proposta pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMGES).

[20] DELGADO, Maurício. *A natureza jurídica do Poder Empregatício.* Tese de Doutorado. Belo Horizonte: UFMG. 1994, p. 78–80.

ADI 5240/SP, o Min. Luiz Fux defendeu que essa audiência passe a se chamar "audiência de apresentação".

A lógica impõe seja a natureza jurídica do instituto trabalhada a partir de seus elementos normativos e regulamentares, sem olvidar as circunstâncias fáticas que o envolvem enquanto fenômeno. Como ainda não há norma jurídica regulamentando o instituto, urge fixar a natureza jurídica a partir das convenções internacionais e resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Lastreado no que foi afirmado precedentemente acerca da importância dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, é possível assentar a **audiência de custódia como um instituto de índole processual supralegal destinado a acautelar o direito público subjetivo do custodiado de averiguação imediata da regularidade do ato material estatal[21] primeiro da restrição à liberdade, da existência de tortura ou maus tratos e da proporcionalidade da mantença da prisão, a partir de condução à autoridade judiciária ou equivalente**. É garantia supralegal destinada a acautelar os direitos humanos da pessoa presa.

A natureza jurídica marcante do instituto, como se vê, é a de direito público subjetivo do custodiado de índole supralegal voltado à análise da legalidade da prisão, verificação de existência de tortura ou maus-tratos e, ainda, mecanismo de análise da necessidade da manutenção da prisão ou substituição por cautelar alternativas. Se assim o é, deve ser vista muito mais como um direito do cidadão do que uma faculdade do Estado, como ainda se tem propalado no discurso jurídico pelos opositores do instituto.

A interpretação história dos tratados internacionais sobre o tema se posiciona como valioso instrumento hermenêutico indicativo de que o principal objetivo da audiência de custódia é o de neutralizar o risco de tortura ou maus-tratos na fase inicial da persecução penal.

O ato permite o contato pessoal do preso com o juiz imediatamente após a sua prisão, que, após ouvi-lo, decidirá fundamentadamente acerca da legalidade da prisão, sobre a concessão da liberdade, imposição de medidas cautelares ou manutenção da prisão, além de verificar eventual ocorrência de abuso, corrupção, tortura[22] ou maus-tratos.

---

[21] A expressão estatal não exclui a possibilidade de a prisão em flagrante ser realizada por qualquer do povo (Art. 301, CPP: Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito). O conceito enfoca a atividade do Estado.

[22] A vedação à tortura está garantida na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso III ("ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante") e inciso XLVII, alínea "e" ("não haverá penas: cruéis"). Nos tratados internacionais de direitos humanos a vedação à tortura está prevista na

Os objetivos da audiência de custódia podem ser resumidos em quatro grandes grupos: a) verificação da ocorrência de prática de tortura ou maus tratos contra o custodiado, desde o momento em que é preso em flagrante ou cumprido mandado de prisão até o momento de sua apresentação à autoridade judicial; b) identificação da pessoa presa, a fim de evitar encarceramento indevido de homônimo, por exemplo; c) oitiva ou entrevista da pessoa acerca de questões objetiva da prisão, com vistas a permitir melhor exame sobre a possibilidade de medidas cautelares alternativas à prisão; d) verificação da legalidade da prisão, isto é, se se encaixa nas previsões legais[23].

4 ROTEIRO PRÁTICO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O cotejo entre as disposições do Código de Processo Penal e Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça permite fixa uma ordem cronológica que vai da prisão do agente até a apresentação à audiência de custódia[24]: 1) Prisão em flagrante; 2) Apresentação do preso à autoridade policial (Delegado de Polícia); 3) Lavratura do auto de prisão em flagrante; 4) Agendamento da audiência de custódia (se o flagranteado declinou nome de advogado, este deverá ser intimado da data marcada; se não informou advogado, a Defensoria Pública será intimada); 5) Protocolização do auto de prisão em flagrante e apresentação do autuado preso ao juiz; 6) Entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado ou Defensor Público;7) Início da audiência de custódia, que deverá ter a participação do preso, do Juiz, do membro do MP e da defesa (advogado constituído ou Defensor Público); 8) O autuado é entrevistado; 9) O Ministério Público se manifesta sobre a legalidade da prisão e necessidade de convolação em prisão preventiva ou substituição por cautelares alternativas (se for audiência de custódia destinada a ouvir preso capturado por mandado de prisão não se examina a

Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo V ("ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante"), na Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 5, item 2 ("ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 7º ("ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes").

[23] Ao Estado-Juiz caberá por ocasião da audiência verificar se a prisão ocorrera dentre as hipóteses legais do Código de Processo Penal: Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

[24] Disponível em: http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/audiencia-de-custodia.html. Acessado em 20/09/2016.

possibilidade de substituição); 10) A defesa manifesta-se pelo relaxamento da prisão em flagrante, quando entender não haver quaisquer de suas hipóteses legais, bem assim sobre a possibilidade de substituição da prisão preventiva por cautelares alternativas do art. 319 do CPP. Poderá ainda manifestar-se sobre outras questões (exame de corpo de delito não realizado, tortura, situação enferma do autuado etc.); 11) O magistrado profere uma decisão que poderá ser, dentre outras, uma das seguintes: a) Relaxamento de prisão eventualmente ilegal (art. 310, I, do CPP); b) Concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III); c) Substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (art. 319); d) Convolação da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II).

5 DO CONTROLE DA INQUIRIÇÃO DO CUSTODIADO REALIZADO PELO ESTADO-JUIZ. NATUREZA JURÍDICA ESPECÍFICA DO DEPOIMENTO PRESTADO PELO CUSTODIADO

A resolução nomeia o ato processual destinado à oitiva do custodiado de "entrevista". Parte da doutrina, no entanto, reserva-lhe efetiva natureza de interrogatório. É o que propõe Mauro Fonseca Andrade e Paulo Rodrigo Alfen:

> Nesse momento, qualificado por parte da doutrina – embora entendamos ver um equívoco – como sendo o interrogatório *pro libertate*, de verdadeiro interrogatório tratar-se-á. Noutras palavras, ainda que a Resolução nº 213, do CNJ, haja disciplinado esse ato, qualificando-o como sendo uma entrevista (artigo 8º), ao juiz incumbirá buscar informações sobre a ocorrência, ou não, de alguma daquelas infrações penais, pois será a partir dessa inquirição que o auto que lhe foi encaminhado poderá ser homologado ou não. Até em respeito à própria ordem cronológica em que os fatos poderiam se verificar, as primeiras informações a serem buscadas pelo juiz diriam respeito ao cometimento da infração penal que está sendo imputada ao conduzido. Nessa ocasião, questões liadas a autoria, materialidade, ilicitude e culpabilidade poderão ser objeto não só da exposição do sujeito conduzido, senão também, do próprio questionamento judicial, justamente para que se possa avaliar a (não)

> configuração, ainda que preliminar, de uma infração penal que motivou aquela audiência. De se observar que a resolução do CNJ prevê a necessidade de o juiz indagar o sujeito preso "sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão" (inciso V do artigo referido). Não nos esqueçamos de que, por se tratar de um verdadeiro interrogatório – ainda que de conteúdo limitado, já que não cabível o aprofundamento no exame da prática do fato ou do ato ilícito –, este é o momento adequado para que o sujeito apresentado venha a exercer sua defesa própria, se assim o entender. A tal ponto se poderá chegar na exposição feita pelo sujeito conduzido ou no questionamento levado a cabo exclusivamente por seu defensor técnico, que há quem encontre, na audiência de custódia, o motivo para a eficácia tardia do artigo 314 do CPP, que desautoriza o decreto de prisão preventiva na hipótese de aquele haver praticado a infração penal sob o abrigo de alguma causa excludente da ilicitude.

Diversamente do posicionamento da doutrina e de alguns seguimentos da comunidade jurídica que buscam emprestar natureza jurídica de "interrogatório"[25], transparece haver acerto da Resolução 213 ao nomear a oitiva de mera entrevista. A finalidade do instituto não é a de servir como meio de prova e de defesa do custodiado[26], tal como ocorre com o interrogatório prestado na fase judicial (art. 185 do CPP).

Inviabilizar a utilização da entrevista do custodiado como meio de prova[27] decorre de própria opção do nosso sistema processual[28]. A uma, porque as declarações do preso não são submetidas ao efetivo contraditório. Não existe imputação formal regularizada. A duas, porque, na fase pré-processual, não há falar-se tecnicamente em

---

[25] O Conselho Nacional do Ministério Público, na Nota Técnica nº 006/2015, referente ao Projeto de Lei do Senado nº 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, defende 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. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Normas/Notas_Tecnicas/_Nota_Tecnica_n6_2015.pdf.

[26] Caio Paiva, alterando posicionamento anterior, defende a possiblidade da audiência de custódia admitir atividade probatória. Conferir em: PAIVA, Caio. Audiências de custódia deveriam admitir atividade probatória. 16. agos. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria?imprimir=1>. Acessado em 06/09/2016.

[27] No sentido da impossibilidade da utilização do conteúdo da audiência como prova, ver: LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia? (parte 2). Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2 Acessado no dia 15/09/2016; CHOUKR, Fauzi Hassan. Audiência de Custódia: Resultados preliminares e percepções teórico-práticas, p. 28. Disponível em: https://www.academia.edu/18010764/Audiência_de_Custódia_-_Resultados_preliminares_e_percepções_teórico-práticas Acessado no dia 15/09/2016.

[28] FISCHER, Douglas. Art. 8º. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFEN, Pablo Rodrigo (org.). Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 101.

prova, mas, apenas, em elementos informativos. Prova é apenas aquilo forjado a partir do contraditório efetivo.

Diante do argumento acima, poder-se-ia, é bem verdade, perquirir então sobre a possibilidade de utilização da entrevista, por ocasião da sentença, como meio de prova, a partir da porta de entrada do artigo 155 do CPP: *"o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão* ***exclusivamente*** *nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas"*.

Ainda sobre a perspectiva do art. 155 do CPP, parece indevida a utilização da entrevista sempre que o seu conteúdo for desfavorável ao depoente.

O fato de o art. 12 da Res. 213 do CNJ averbar equivocadamente que *"o termo da audiência de custódia será apensado ao inquérito ou à ação penal"* não conduz à conclusão de que poderá ser utilizado para fins probatórios futuramente. Diz-se equivocadamente porque a resolução perdeu a oportunidade de assinalar de forma expressa que a oitiva deveria ser registrada em autos apartados e não poderia ser utilizada como meio de prova contra o depoente.

O raciocínio acima dá-se em razão da necessidade de se proceder à interpretação teleológica dos tratados internacionais que abarcam a audiência de apresentação. Decorre também da interpretação sistemática da Res. 213 do Conselho Nacional de Justiça.

Refoge ao bom senso imaginar que, em meio ao contexto social e cultural em que a audiência de custódia foi positivada no âmbito internacional, sob o influxo do direito internacional dos direitos humanos, pudesse ela abarcar a viabilidade de utilização do depoimento do conduzido em seu próprio desfavor. A essência do instituto é outra: a verificação de prática de maus tratos e tortura contra a pessoa do preso.

A interpretação teleológica ou finalística do instituto interdita qualquer tentativa de alocá-lo, ainda que minimamente, como algo que possa ser utilizado senão em favor do próprio custodiado[29].

Há entendimento de que, como a lei processual não veda a utilização do depoimento como meio de prova, não poderia haver restrição à postura de aproveitamento no curso do processo. Nada mais inadequado, já que, quando há

[29] A inovação não pode servir de instrumento para obtenção de condenações antecipadas por meio de coações e abusos arbitrários. Nesse sentido, ver: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Audiência de custodia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória. IBCCrim, boletim 283, junho/2016.

interpretação envolvendo instituto que, de forma direta ou oblíqua, pode representar restrição a direito fundamental do custodiado, não cabe expediente ampliativo. Isto é, a interpretação das limitações aos direitos fundamentais há de ser sempre restritiva. Noutros termos, o valor liberdade é o centro em torno do qual gravita o ato processual da audiência de custódia. Nesse centro ainda se inclui a integridade físico-psíquica do custodiado. O princípio constitucional implícito da proporcionalidade conduz à conclusão de que a audiência de custódia é mecanismo processual cuja finalidade cinge-se à proteção do custodiado.

Lado outro, a própria interpretação sistemática da Res. 213 indica ser proibida a utilização do depoimento em prejuízo do custodiado:

> Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: I - esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial; II - assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito; **III - dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio;** IV - questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares; **V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;** VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis; VII - verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que: a) não tiver sido realizado; b) os registros se mostrarem insuficientes; c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado; d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito; **VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;** IX - adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades; **X - averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar.**

Se o inciso VIII acima citado obsta a formulação de perguntas com a finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante, o Estado-Juiz deve se posicionar contrariamente à tentativa no curso do processo por parte do Ministério Público de utilizar, por exemplo, eventual confissão do acusado como argumento de reforço ao pedido de procedência do pedido veiculado na denúncia.

A redação da Resolução do TJSP, anterior à regulamentação geral do CNJ, bem alinha o espírito correto da inquirição:

> Art. 6º. Na audiência de custódia, o juiz competente informará o autuado da sua possibilidade de não responder perguntas que lhe forem feitas, e o entrevistará sobre sua qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão.
>
> **§ 1º Não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento.**
>
> § 2º Após a entrevista do autuado, o Juiz ouvirá o Ministério Público que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva pela concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.
>
> § 3º A seguir, o juiz dará a palavra ao advogado ou ao Defensor Público para manifestação, e decidirá, na audiência, fundamentadamente, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, podendo, quando comprovada uma das hipóteses do artigo 318 do mesmo Diploma, substituir a prisão preventiva pela domiciliar;
>
> § 4º A audiência será gravada em mídia adequada, lavrando-se termo ou ata sucintos e que conterá o inteiro teor da decisão proferida pelo juiz, salvo se ele determinar a integral redução por escrito de todos os atos praticados.
>
> § 5º A gravação original será depositada na unidade judicial e uma cópia instruirá o auto de prisão em flagrante.
>
> § 6º As partes, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, contadas do término da audiência, poderão requerer a reprodução dos atos gravados, desde que instruam a petição com mídia capaz de suportá-la.

A cognição vertical da entrevista é limitada. Circunscreve-se aos aspectos objetivos da prisão[30], não podendo haver espaço para questionamentos sobre o fato em si, pena de haver risco do subjetivismo de cada julgador em fixar o que pode ou não ser questionado.

Após quatro anos de tramitação do Projeto de Lei do Senado, o Texto Final do Substitutivo definitivamente adotado, consolidando as Emendas nº 1, 2, 5, 11 e 13 – CCJ, aprovadas no turno suplementar, no que tange ao presente artigo, dispõe que o preso será apresentado ao juiz em um prazo máximo de 24 horas (art. 306, §5º) e que as declarações do preso serão registradas em autos apartados, que não poderão ser utilizadas como meio de prova contra o depoente (art. 306, §7º)[31].

> Art. 2º. O art. 306 do Decreto – Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, passa a vigorar com a seguinte redação:
> Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente pela autoridade policial responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público e à Defensoria Pública quando não houver advogado habilitado nos autos, bem como à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (...)
> § 5º No prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judiciária tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação. (...)
> § 7º A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

[30] Deve o Juiz controlar a inquirição do custodiado de modo a circunscrevê-la a questionamentos sobre a sua qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão. Circunstâncias objetivas aí dizem respeito ao horário em que foi preso, se estava acompanhado ou sozinho, se foi encontrado em posse de algum objeto, o local em que foi preso etc. Isso serve ao propósito de permitir ao Estado-Juiz o exame do enquadramento da prisão as hipóteses do art. 302 do CPP.

[31] Senado Federal. Quadro Comparativo do Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. Disponível em: http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/184798.pdf. Acesso em 10/01/2016.

O projeto citado impõe limites ao tipo de perguntas que podem ser feitas ao preso durante a audiência de custódia, as quais versarão, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado, bem como proíbe a utilização de suas declarações como meio de prova contra o custodiado.

CONCLUSÕES

A liberdade é um valor supremo que dá significação ao projeto existencial do homem. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados a partir do encadeamento do movimento surgido no pós-guerra denominado de Direito Internacional dos Direitos Humanos se ocuparam não só de tutelar a integridade físico-psíquica dos integrantes do globo, mas, sobretudo, o valor liberdade.

Dois documentos internacionais ratificados pelo Brasil explicitaram preocupação com o momento inicial da prisão. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos. Com redações semelhantes, ambos averbam que toda pessoa presa ou detida deverá ser levada, sem demora, à presença de um juiz ou autoridade equivalente.

Ao longo dos anos, os tratados de direitos humanos experimentaram modulações na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao aspecto do status legal em que são incorporados no sistema jurídico interno. De lei ordinária, passaram a ter status supralegal.

O caráter paradoxal da atuação do Estado pode ser visualizado quando o assunto é a funcionalização da audiência de custódia ou de apresentação do preso à autoridade judicial no âmbito interno. Ao tempo em que ratifica documentos internacionais variados em prol da proteção dos direitos humanos, de forma contraditória, não empenha o esforço necessário para bem cumpri-los na sua dimensão espacial.

Conquanto houvesse documento internacional devidamente ratificado pelo Brasil exigindo que toda e qualquer pessoa presa ou detida fosse levada, sem demora, à presença de um juiz ou autoridade equivalente, apenas com a determinação do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 é que se passou a realizar de forma generalizada o ato.

A fixação, como premissa, da audiência de custódia, como um instituto de índole processual supralegal destinado a acautelar o direito público subjetivo do custodiado de averiguação imediata da regularidade do ato material estatal primeiro da restrição à liberdade, da existência de tortura ou maus tratos e da proporcionalidade da mantença da prisão, a partir de condução à autoridade judiciária ou equivalente, teve um propósito claro. Afastar por completa a possibilidade de utilização do conteúdo da entrevista como prova no curso da ação penal em prejuízo do acusado.

Não se concebe que um instituto criado essencialmente para controlar aspectos legais da prisão – a exemplo da verificação da prática, ou não, de tortura –, possa, sem lei formal autorizativa, ser utilizado em prejuízo do custodiado, máxime quando a sua própria gênese demonstra, sob o ponto de vista da interpretação história e teleológica dos tratados internacionais de direitos humanos, uma finalidade protetiva de direitos do homem.

Desvelar a natureza jurídica do instituto é o único caminho capaz de levar o intérprete à compreensão das razões pelas quais audiência de custódia foi materializada em documentos internacionais e deve ser tutelada no âmbito interno.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; AFLEN, Pablo Rodrigo. A audiência de custódia no Processo Penal Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito:* O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. *A construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial*. Rio de Janeiro: Editora Fórum, 2014.

_____*Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional*. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf.

BONAVIDE, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001

CHOUKR, Fauzi Hassan. Audiência de Custódia: Resultados preliminares e percepções teórico-práticas, p. 28. Disponível em: https://www.academia.edu/18010764/Audiência_de_Custódia_-_Resultados_preliminares_e_percepções_teórico-práticas.

DELGADO, Maurício. A natureza jurídica do Poder Empregatício. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: UFMG, 1994.

FISCHER, Douglas. Art. 8º. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFEN, Pablo Rodrigo (org.). Audiência de Custódia: Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 101.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia? (parte 2). Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2.

LYRA FILHO. Roberto. O que é Direito. 11ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 3.

MEDEIROS, Fernanda Teixeira. Audiência de Custódia: Limites à oitiva do preso. Disponível em: < http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-limites-a-oitiva-do-preso-por-fernanda-teixeira-de-medeiros/>.

MELLO, Celso D. de Albuquerque (1997). Direito Internacional Público. Tratados e Convenções. 5ª ed. Renovar.

PERDIGÃO, Paulo. Existência e liberdade. Uma introdução à filosofia de Sartre. Porto Alegre: L&PM, 1995.

PAIVA, Caio. Audiências de custódia deveriam admitir atividade probatória. 16. agos. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria?imprimir=1>.

PIOVESAN, Flávia. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Redefinição da Cidadania no Brasil. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo3.htm.

SARTRE, Jean-Paul. A conferência de Araraquara. Rio de Janeiro: Paz e Terra; São Paulo: UNESP, 1986

SEM, Amartya. El Valor de La Democracia. Espanha: Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf.

VAINE, Bruno Zilberman. *A força normativa da Constituição como garantidora da segurança jurídica*: uma análise das obras de Konrad Hesse e Ferdinand Lassale. Revista Brasileira de Direitos Constitucional (RBDC), n.10, p. 97, jul./dez. 2007.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Audiência de custodia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória. IBCCrim, boletim 283, junho/2016.