

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Carlos Eduardo Freitas de Souza

O SENTIDO DA INTERVENÇÃO DO DEFENSOR

PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

(NO CONTEXTO DO PROBLEMA, MAIS AMPLO, DO ACESSO AO
DIREITO, NO BRASIL E EM PORTUGAL)

Dissertação no âmbito do curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais,
orientada pela Professora Doutora Cláudia Cruz Santos e apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Junho de 2020

**Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra**

**O sentido da intervenção do Defensor Público
na audiência de custódia
(no contexto do problema, mais amplo, do acesso ao
Direito, no Brasil e em Portugal)**

Carlos Eduardo Freitas de Souza

Dissertação de Mestrado na área das Ciências Jurídico-Criminais orientada pela Senhora Professora Doutora Cláudia Cruz Santos e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Junho de 2020

1 2  9 0

UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Agradecimentos

Em primeiro lugar, quero agradecer a Deus, por ter me iluminado e guiado em todos os meus caminhos desse mestrado, me dando saúde e paz emocional. Sem ele, nada desse sonho seria possível.

Em Segundo lugar, gostaria de agradecer aos meus pais, Esterina e Marcos, que sempre me apoiaram na angústia do término dessa jornada acadêmica e aos meus irmãos, Dulce, promotora de justiça, que é lutadora ferrenha pelos direitos das mulheres. Ainda, não posso deixar de agradecer a Vicente *in memorium*, bem como a minha avó eterna, Helena De Freitas Gonçalves.

Em terceiro lugar, à querida Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, que me autorizou por um ano para cursar a parte letiva e me deferiu o restante em férias e licenças-prêmio.

Em quarto lugar, aos colegas Defensores Públicos: Lorena Amaral Nunes Marquez, Alessa Pagan Veiga, Rodrigo Murad do Prado, Homero Lupo, Ana Luiza Zago de Moraes, Cleber Alves, Franklyn Roger Alves Silva, Diego Carvalho Bugs, Caio Paiva, Maurílio Casas Maia, Edilson Santana Gonçalves Filho, Jorge Bheron, Rafael Muneratti, Rodrigo Azambuja, Gisele Chimatti Berna, Janaina Osaki, Danielle Biancardini e Sávio Copetti, Eduardo Newton.

Em especial, para a Defensora Pública do Ceará, Julliana Andrade, por não ter medido esforços em me ajudar no ingresso, permanência e finalização do mestrado tão difícil da Universidade de Coimbra.

Em quinto lugar, aos promotores Paulo Henrique Amaral Motta e Marcondes Pereira Oliveira, que tanto me auxiliaram no trâmite de chegada a Coimbra. E, ao último, obrigado por ter me ouvido em diversos telefonemas que, apesar de não ser especializado em Processo Penal, procurou me dar uma visão científica do Direito.

Em sexto lugar, ao magistrado Alexandre Morais da Rosa, que me abriu para o debate acadêmico para enxergar o Processo Penal como uma teoria dos jogos, além da humildade em disponibilizar parte de sua obra para citação no trabalho acadêmico.

Em sétimo lugar, aos meus amigos, José Trevizolli, tendo me ajudado, juntamente com seu filho prodígio, Eduardo Trevizolli, na pesquisa acadêmica em Curitiba, Patricia de Vico, Celia Valente, a amiga brasileira que conheci em Portugal, Paulo Alexandre Rodrigues de Siqueira, Fabrício Albuquerque Leão Costa, Pâmela Macedo Moura, Adriano Afonso, que tanto me ajudaram nessa etapa. E, também, ao Pedro, um português porreiro que me ajudou muito no debate acadêmico e me ensinou a ser um verdadeiro cientista do Direito. E, ademais, ao Davi Vidigal, um amigo e conselheiro psicológico, que me ensinou a ter coragem de enfrentar os problemas da vida, com a utilização da técnica: VIVAVOCÊ. À Gislaïne Frattini, minha amiga, meu muito obrigado por não ter medido esforços em me disponibilizar um livro, quando necessitei de que me enviasse a Portugal. Ao amigo e, agora, colega da DPMT, Bruno Cury de Moraes, minhas sinceras homenagens.

Ademais, um agradecimento especial às colegas e amigas, Lindalva de Fátima Ramos e Kamila Souza Lima, que acreditaram no meu potencial e assinaram o documento imprescindível para minha saída da comarca. Sem vocês duas, esse sonho não seria possível. Além disso, ao colega do Núcleo do Consumidor, João Paulo Carvalho Dias. E, também, aos assessores Yasmin Shiguematsu Varjão e Delfino Alves Florentino Júnior, que sempre fizeram o melhor deles para que a substituição não fosse prejudicada. Além disso, não poderia de esquecer da Roselly Gonzaga, Maria Josefina Vieira Costa, da sede, que tanto me ajudou nos requerimentos de prorrogação do mestrado, Paulo Fernando do Nascimento Lima, por ter ajudado na pesquisa acadêmica e aos estagiários, Thamyris Barcelos Massotti e Renato Resende de Toledo, pela amizade conquistada.

Aos colegas de mestrado, Erika Nobre Martins Gaia Duarte, pela amizade adquirida, juntamente com seu marido, João Paulo Gaia Duarte, Guilherme Borges dos Reis, pela amizade adquirida; Érica d'Almeida, colega extremamente competente de Minas Gerais; Lucas Barosi Liotti, um dos melhores alunos da nossa sala, que enriqueceu o debate acadêmico; Fernando Faleiros Rezende, Nathaly Veloso Lehen, companheira de luta do Mato Grosso, Louise Amorim Beija, pela simplicidade nordestina, Fernando, pela competência acadêmica, Daniel, o português mais acessível que eu conheci em Coimbra,

Em relação ao período do Erasmus em Sevilha, não poderia esquecer da Natacha Souza John, pelas dicas acadêmicas e pela amizade adquirida. Ademais, ao casal, Melanie Claire Fonseca Mendoza e Luiz Mathias Rocha Brandão, que me acolheram durante o período de isolamento vivido em Sevilha, na Espanha.

Ao amigo penalista, carioca, Hamilton Gonçalves Ferraz, professor competente, pela humildade em ter dialogado com meu trabalho e tecido críticas construtivas, que me

ajudaram muito na finalização desse trabalho e ao Reginaldo Figueiredo, pela atenção dispendida na leitura do trabalho.

Aos inesquecíveis Professores Luiz Flávio Gomes, que foi o precursor pelo amor às Ciências Criminais, além do Professor Geraldo Batista de Siqueira, minhas homenagens póstumas respectivas, sendo que o falecimento do último, por coincidência, foi ocorrido na mesma data que meu aniversário, 01 de abril de 2020. E, também, pela simplicidade da ajuda do Professor Renato Brasileiro, ao me encontrar no aeroporto de Goiânia, teve a disponibilidade de falar sobre meu tema de dissertação, além de ter feito uma transmissão ao vivo no instagram, abordando os principais assuntos da Audiência de Custódia.

Aos bibliotecários do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Natali, Anderson, Simone cujos trabalhos foram de suma importância, mormente no envio de artigos imprescindíveis para esse trabalho. Vocês merecem um elogio por tudo que fizeram por mim.

Aos bibliotecários do Centro de Estudos Judiciários de Lisboa, que considero a melhor biblioteca de Portugal, além de ter me dado a oportunidade de ter publicado um artigo, na revista do CEJ, nº 2, de 2019. Meu muito obrigado ao Desembargador, Paulo Guerra e ao juiz Fernando Sousa Silva.

Aos bibliotecários da Universidade de Coimbra, minha singela homenagem por terem remetidos todos os trabalhos acadêmicos de que necessitava, no formato digital.

Por fim, agradecimento especial à orientadora Prof. Doutora Cláudia Cruz Santos, que foi muito importante na delimitação do tema e no amor pelos brasileiros, que sempre tratou de igual para igual, razão pela qual não tive outra alternativa, senão escolhê-la para ser orientadora. Agradeço imensamente por ter me acompanhado durante todo esse percurso, nunca tendo me abandonado. E aos Professores Doutores António Pedro Nunes Caeiro, Maria João da Silva Baila Madeira Antunes e Anabela Miranda Rodrigues por terem sido importantes nessa etapa acadêmica. E, também, não poderia de esquecer do Professor Doutor David Sánchez Rubio, da Universidade de Sevilha, por ter me ensinado o amor pelos Direitos Humanos nas causas dos vulneráveis e pela oportunidade de ter participado do grupo de debates “os Antagónic@s”, que foi motivo de crescimento pessoal e profissional. E, ademais, agradecimento à Anne-Marrie Silva, minha professora da língua Francesa, meu muito obrigado por ter me ensinado mais uma língua.

Resumo

A audiência de custódia é essencial para ajustar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos, prevenir e reprimir a tortura policial, evitar prisões ilegais ou desnecessárias, encarar e acolher o preso e, também, para angariar provas para uma defesa futura, pelo menos do ponto de vista da Defensoria Pública, a fim de que possam ser assegurados os direitos fundamentais do preso, nomeadamente a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa – o que serão argumentos a favor de uma movimentação legislativa portuguesa em prol da criação de uma instituição de defesa de natureza pública.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Primeiro Interrogatório. Defensor Público. Advogado Oficioso. Processo Penal.

Abstract

The "custody hearing" is essential to adjust the Brazilian criminal process to international human rights treaties, to prevent and repress police torture, to avoid illegal or unnecessary arrests, to face the prisoner, and also to gather evidence for a future defense, at least from the point of view of the Public Defender's Office, so that the fundamental rights of the prisoner can be guaranteed, namely the presumption of innocence, the adversary system and the broad defense - that could argue in favor of a portuguese legislative movement for the creation of a public institution of this nature.

Keywords: Custody Hearing. First Interrogation. Public Defender. Unofficial Lawyer. Criminal proceedings.

Índice

<i>Agradecimentos</i>	5
<i>Resumo</i>	8
<i>Abstract</i>	9
<i>Índice</i>	10
<i>Siglas e Abreviaturas</i>	12
<i>Introdução</i>	14
<i>Capítulo I: Acesso ao Direito no Brasil e em Portugal, no âmbito penal</i>	16
1. Modelos de acesso à justiça	16
2. Natureza Jurídica da Defensoria Pública	22
2.1. A Defensoria Pública enquanto função essencial ao Estado Democrático de Direito	24
2.2. O Defensor Público no Processo Penal	29
2.3. A Defensoria Pública enquanto <i>custos vulnerabilis</i> no Processo Penal	34
3. O acesso ao direito em Portugal, o processo penal e o defensor oficioso	37
4. Comparativo entre os modelos de acesso à justiça criminal brasileiro e português	42
<i>Capítulo II: Aplicação de medidas cautelares de privação da liberdade e os direitos de defesa do arguido em Portugal e no Brasil</i>	49
1. Arcabouço normativo do arguido no processo penal português	49
1.1. A detenção e a prisão preventiva durante o inquérito	51
1.1.1. Da detenção	53
1.1.2. Da prisão preventiva	57
1.1.3. A duração da prisão preventiva à luz do TEDH	62
1.1.4. Obrigação de permanência na residência ou prisão domiciliária	65
1.2. O sentido da intervenção do juiz de instrução na fase do inquérito	66
2. O caso brasileiro: a compatibilização do princípio da presunção de inocência com as prisões cautelares	70
2.1. Caracterização das prisões cautelares no Brasil	72

2.2. Princípios processuais relativos às prisões cautelares _____	76
2.3. Da Prisão Preventiva _____	82
2.4. Da Prisão Temporária _____	86
2.5. Da Prisão Em Flagrante _____	87
<i>Capítulo III: Audiência de Custódia</i> _____	89
1. Atual paradigma dos direitos do preso _____	89
2. Audiência de custódia como um meio de controle ao uso indevido da prisão à luz do ordenamento jurídico brasileiro _____	93
2.1. A consolidação jurisprudencial da audiência de custódia no STF _____	98
2.2. A Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça _____	102
2.3. As funções da audiência de custódia _____	105
3. Institutos correlatos mas distintos _____	110
4. O primeiro interrogatório em Portugal e o papel do defensor _____	112
5. Principais problemas suscitados _____	117
5.1 Conversão da audiência de custódia em audiência de instrução e julgamento? ____	117
5.2 Dispensa da realização da audiência de custódia quando houver pedido de liberdade provisória ou houver conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva? _____	120
5.3. Audiência de custódia por videoconferência? _____	122
5.4 A recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça e os reflexos na audiência de custódia em tempos de pandemia. _____	126
<i>Considerações finais</i> _____	130
<i>Bibliografia</i> _____	132

Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão

ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANADEP – Associação Nacional dos Defensores Públicos

art. – artigo

CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CDFUE – Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

Natacha Souza John

. – conforme

CNJ – Conselho Nacional de Justiça (Brasil)

CNPG – Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (Brasil)

CPb – Código Penal brasileiro

CPp – Código Penal português

CPPb – Código de Processo Penal brasileiro

CPPp – Código de Processo Penal português

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DJ – Diário de Justiça

DJE – Diário de Justiça Eletrônico

EC – Emenda Constitucional

HC – *Habeas Corpus*

JIC – Juiz de Instrução Criminal (Portugal)

LC – Lei Complementar

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OEA – Organização dos Estados Americanos

OPC – Órgãos de Polícia Criminal (Portugal)

PIDCP – Pacto Internacional de Direito Cívico e Político

STF – Supremo Tribunal Federal do Brasil

STJ – Superior Tribunal de Justiça do Brasil

TC – Tribunal Constitucional Português

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Introdução

O mais recente “pacote anticrime”, decorrente da Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019, veio sublinhar a importância que já devia ter sido dada, há muito tempo, à “audiência de custódia”. Até então, havia alguma incerteza e uma grande resistência por parte dos operadores jurídicos na sua implementação em todas as comarcas do Brasil, ignorando normas internacionais vigentes, por quase 23 anos, que concebiam o direito ao detido ou preso a ser apresentado a um juiz numa audiência que servisse de fiscalização à legalidade da detenção ou prisão e à denúncia de eventuais maus tratos ou tortura no momento da custódia. O objeto do nosso estudo visa precisamente demonstrar a importância da realização da audiência de custódia e da respectiva defesa do detido ou preso nessa fase do processo, sobretudo através da Defensoria Pública – o que poderá argumentar a favor de uma movimentação legislativa em Portugal em prol da criação de uma instituição pública dessa natureza.

Para maior amplitude e profundidade desse estudo, não apenas empregou-se uma metodologia de revisão bibliográfica, pesquisa documental e jurisprudencial, como se buscou realizar um estudo de direito processual penal comparado, contrapondo os sistemas brasileiro e português, fazendo uma comparação entre a Defensoria Pública e o advogado de ofício português, bem como entre a audiência de custódia e o primeiro interrogatório de arguido detido. Procuramos também identificar as medidas de privação de liberdade que levam à audição do detido ou preso em ambos os ordenamentos jurídicos, fazendo referência às diferentes “medidas cautelares” brasileiras ou “medidas de coação” portuguesas e aos princípios que as regem.

Assim, no primeiro capítulo, são analisados os vários modelos de acesso à justiça criminal, com vista a dar um enquadramento aos modelos que admitem a figura do Defensor Público ou a figura do advogado oficioso. Na sequência, aborda-se a Defensoria Pública no Brasil e o acesso ao direito em Portugal, comparando, por fim, os dois modelos, a fim de procurar parâmetros seguros que permitam um melhor acesso à justiça criminal.

No segundo capítulo, é analisada a aplicação de medidas cautelares de privação da liberdade e os direitos de defesa do arguido, enfrentando-se a relação entre o arguido, o inquérito policial e o processo penal. Começaremos por estudar as modalidades de prisão em Portugal, para depois, num segundo momento, se apresentar o quadro brasileiro. Essa inserção parte da caracterização das prisões cautelares no Brasil, identificando seus

princípios fundamentais, suas espécies e requisitos para, enfim, adentrarmos na audiência de custódia.

É no terceiro capítulo que vamos procurar configurar os aspectos normativos, dogmáticos e empíricos essenciais da audiência de custódia, considerando o estudo de jurisprudência a ela pertinente e sem desconsiderar, também, o momento atual de avanço da pandemia do “novo coronavírus” – Covid-19, no Brasil, questão que atravessa o tema de modo muito intenso e urgente. Vamos fazer um enquadramento dos direitos do preso, dar conta de institutos correlatos, confrontar com o primeiro interrogatório em Portugal e, por fim, levantar alguns problemas de interesse para a temática.

O trabalho declaradamente defende que a Defensoria Pública Brasileira conseguiu-se firmar como um modelo de atuação eficaz na tutela dos direitos humanos da pessoa detida ou presa, tendo um papel essencial na audiência de custódia quanto à fiscalização da legalidade da detenção ou da prisão e no que diz respeito à denúncia de situações de maus tratos ou de tortura a que as pessoas estão cada vez mais sujeitas no ordenamento jurídico brasileiro.

É uma dissertação desafiadora, tendo em vista a nossa atuação por mais de treze anos na Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, no Brasil, uma vez que, com essa experiência de atuação em inúmeras audiências de custódias realizadas, temos condições de traçar aspectos francamente favoráveis da atuação da Defensoria Pública brasileira, nessa sede da seara criminal, em defesa dos direitos fundamentais das pessoas.

1. Modelos de acesso à justiça¹

Ao se tratar do acesso à justiça, existem alguns modelos de assistência jurídica para as pessoas desprovidas de recursos financeiros. Entre esses modelos, podemos mencionar os modelos *pro bono* (liberal, universitário e associativo), *judicare* (direto e indireto) e *salaried staff model* (direto, indireto, universitário), misto e socialista.

Vamos ver, com mais detalhe, a noção de cada um desses modelos, para que possamos ter uma ideia de cada sistema, para depois adentrarmos nos modelos português e brasileiro, que são de suma importância para compreensão do tema objeto da presente dissertação, qual seja a correlação entre o acesso à justiça criminal, no Brasil e em Portugal, com as respectivas audiências de apresentação dos presos nos dois países.

a) *Pro bono*

Esse sistema consiste na boa ação dos advogados particulares, que dedicam parte de seu tempo à advocacia dos pobres sem nenhuma remuneração². Esse modelo sofre críticas porque não leva em conta os meios de sobrevivência do profissional. É dividido pela doutrina especializada em: *pro bono* liberal, universitário e associativo.

O *pro bono* liberal é realizado por profissionais liberais que exercem as atribuições de forma gratuita, sem que haja pagamento pelo seu serviço. Vigora especialmente no continente americano, mormente nas causas cíveis³.

Por outro lado, o *pro bono* universitário é aquele feito no seio das universidades. É realizado pelo aluno com o acompanhamento de advogados contratados. É uma oportunidade para o ganho de conhecimento dos estudantes universitários.

¹ Este capítulo teve como base de investigação um artigo nosso, recentemente publicado, SOUZA, Carlos Eduardo Freitas de. Defensoria Pública em Portugal: uma realidade possível?. Revista CEJ, nº2, 2019.

² GIANNELLA, Berenice Maria. *Assistência jurídica no processo penal: garantia para a efetividade do direito de defesa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 221 p., 18 cm. ISBN 85-203-2313-8. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=9063. Acesso em: 3 mar. 2020, p. 26.

³ Assim, ESTEVES, Diogo / SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 7.

Por fim, o *pro bono* associativo, é prestado por algumas associações não vinculadas ao governo. Um exemplo emblemático disso é o “Conselho Indigenista Missionário”, que busca tutelar o direito à diversidade cultural dos índios.

De tudo isso, extraímos que a não remuneração do causídico no sistema *pro bono*, de prestação de assistência jurídica, no âmbito penal, não é o que melhor espelha uma defesa condizente com a responsabilidade de um advogado na esfera criminal, que lida com um dos direitos mais sensíveis ao ser humano, qual seja, a liberdade.

b) *Judicare*

O modelo *judicare* já revela uma melhor evolução, consistindo na prestação do serviço por advogados particulares, devidamente remunerados pelo Estado, propiciando aos desprovidos de recursos a mesma assistência dos financeiramente capacitados, uma vez que não faz distinção entre os advogados a serem nomeados, ou melhor dizendo, podendo uma pessoa paupérrima ser atendida pelo melhor advogado da sua cidade⁴.

Na Europa, adota-se, na grande maioria dos países, o sistema *judicare*, havendo a nomeação, em cada caso concreto, de advogados para defenderem os interesses dos hipossuficientes⁵.

O autor italiano LUIGI COMOGLIO⁶, no artigo, intitulado, “Os modelos de garantia constitucional do processo”, afirma que há uma identidade de garantias processuais, em relação a temas dos tratados internacionais, sendo que, em processo penal, verifica-se o direito de ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso por indigência. Nesse sentido, são suas palavras:

“Além disso, o modelo internacional - no panorama das várias convenções das quais deriva - inclui, entre seus componentes textuais, numerosos custos (ou seja, os elementos de garantia sempre, ou quase sempre, apresentam uma afirmação substancialmente idêntica), além de algumas variáveis (ou seja: elementos nem sempre encontrados nas mesmas formas ou, em

⁴ GIANNELLA, Berenice Maria. *Assistência jurídica no processo penal: garantia para a efetividade do direito de defesa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 221 p., 18 cm. ISBN 85-203-2313-8. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=9063. Acesso em: 3 mar. 2020, p. 25.

⁵ Termo utilizado para definir aquela pessoa que não detém recursos financeiros, para custear um advogados, sem prejuízo do seu próprio sustento ou de sua família, geralmente, no Brasil, sendo definida em três salários de renda individual ou familiar, sendo que tal aferição é feita pelo Defensor Público, no caso concreto.

⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo. *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in revista trimestrale di diritto e procedura civile, ano XLV, n. 3. Milano: Giuffrè, 1991, pp. 689-690.

qualquer caso, sujeitos a modificações morfológicas se na verdade não tiverem, às vezes, uma formulação autônoma).

Agora, entre os componentes essenciais e constantes, devemos certamente contar: (...) - o direito de ser assegurado gratuitamente por um defensor de ofício, em caso de indigência.” (tradução livre)

Particularmente, a Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 20.º, internaliza esse teor dos tratados internacionais de previsão da assistência jurídica gratuita para aquelas pessoas que não detiverem recursos econômicos.

Por incrível que possa parecer, o modelo *judicare* vigorava no Brasil até a implementação da Defensoria Pública, mas ainda existe em Estados como São Paulo, Santa Catarina e Goiás, onde a instituição não foi devidamente instalada em todas as comarcas. No Estado de São Paulo, vale frisar, há um sistema misto, que recebe inúmeras críticas, pois aceita o convênio com a OAB em comarcas que não tenham Defensoria Pública em funcionamento, o que é deplorável, pois desrespeita os mandamentos constitucionais⁷. Ao tratar dessa peculiaridade da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, mister trazermos à tona o seguinte ponto de vista, de uma Procuradora do estado daquele Estado⁸:

“Vê-se, portanto, que o Estado de São Paulo adota um sistema que poderia se chamar de misto, com direção pública: há um órgão público destinado à prestação direta da assistência jurídica – composto por funcionários ocupantes e cargos públicos e remunerados pelos cofres públicos – e outros órgãos e entidades que, também remunerados com recursos do Erário, auxiliam, subsidiariamente, na prestação do serviço”.

Faz-se mister mencionarmos que o Supremo Tribunal Federal tem entendimento, contrário a essa prática, que é considerada inconstitucional:

“É dever constitucional do Estado oferecer assistência jurídica gratuita aos que não disponham de meios para contratação de advogados, tendo sido a Defensoria Pública eleita, pela Carta Magna, como o único órgão estatal predestinado ao exercício ordinário dessa competência. Daí qualquer política pública que desvie pessoas ou verbas para outra entidade, com o mesmo

⁷ FENSTERSEIFER, Tiago; PAIVA, CAIO. *Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública*. Belo Horizonte: Editora Cei, 2019, p. 41-42.

⁸ GIANNELLA, Berenice Maria. *Assistência jurídica no processo penal: garantia para a efetividade do direito de defesa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 221 p., 18 cm. ISBN 85-203-2313-8. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=9063. Acesso em: 3 mar. 2020, p. 60.

objetivo, em prejuízo da Defensoria, insulta a Constituição da República”. (Supremo Tribunal Federal, ADI 4.163, rel. min. Cezar Peluso, Plenário, j. 29.02.2012).

É fato que esse sistema *judicare* está presente em comarcas que não possuem Defensoria Pública. É bom mencionar um último dado importante: não existe Defensoria Pública em mais de 72% das comarcas do Brasil⁹, apesar de que, agora, existir a Emenda Constitucional nº 80/14, alterando o artigo 98, da ADCT¹⁰, estabelecendo a obrigatoriedade, em 8 anos, de haver um defensor público para cada magistrado, o que tornará letra viva a obrigatoriedade do órgão Defensoria Pública.

Para exemplificar isso, o caso do Estado do Mato Grosso é representativo. Lá, a Defensoria Pública está instalada na comarca de Barra do Garças, contando com 7 vagas de defensores públicos, que atuam em todas as audiências de apresentação de detidos na aludida comarca, tendo, inclusive, sistema de plantão, durante feriados e finais de semana. Porém, bem ao lado desse município, no Estado de Goiás, na cidade de Aragarças, não há nenhum Defensor Público, sendo que, nas audiências de custódia, dessa comarca, as apresentações de preso são feitas por advogados nomeados pelo juiz lá atuante. Destarte, percebemos, no Brasil, uma distorção de atuação, no que tange à atuação nas audiências de custódia, a depender do Estado que analisarmos.

Além disso, esse sistema pode ser classificado como direto ou indireto.

No *judicare* direto, o Estado é incumbido do dever de prestar assistência jurídica aos desprovidos de recursos. Nele, “O gerenciamento dos recursos públicos é realizado por organismos estatais, que mantêm o cadastro dos advogados habilitados, para prestar o serviço e analisam os pedidos de assistência jurídica formulados pelos necessitados, realizando o pagamento dos profissionais em cada caso concreto.”¹¹. Um exemplo de aplicação dele é o “Bureaux D’Aide Juridictionnelle”, na França, em que a assistência é

⁹ De acordo com o último Mapa da Defensoria Pública no Brasil", elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), página 11, disponível no site: http://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa_defensoria_publica_no_brasil_19_03.pdf, acesso em 15 jan 2020.

¹⁰ Art. 98, do ADCT: “O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.”

¹¹ ESTEVES, Diogo / SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 9

concedida independentemente do nível de recursos do cidadão, dependendo do tipo de crime em causa¹².

Por outro lado, no modelo *judicare* indireto, o controle dos recursos públicos de pagamento aos advogados é feito por organismos não estatais. O “Legal Aid Society”, na tradução literal, chamada de Sociedade de Assistência Jurídica, em Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, é um exemplo onde é adotado esse sistema¹³.

c) *Salaried staff model*

No Brasil, adota-se o sistema *salaried staff* (na tradução literal, sistema do pessoal assalariado), incumbindo à Defensoria Pública a tarefa da assistência jurídica, sendo composto por Defensores Públicos, devidamente aprovados em concurso de provas e títulos e remunerados pelo Estado, ganhando a mesma remuneração, independentemente da quantidade de demandas em que atuarem.

Há desdobramentos desse modelo, que podemos chamar de direto, indireto ou universitário.

No sistema direto, o Estado é responsável por criar e remunerar o órgão responsável pela assistência jurídica, aos que não possuem recursos financeiros.

Já, no sistema indireto, que prevê a designação de causídicos para atividades específicas e que são remunerados pelo Estado. É a famosa “Advocacia de vizinhança” nos EUA, implementado na década de 60 do século passado, sendo seu traço distintivo a preocupação com os direitos coletivos e com a orientação consultiva, sem descuidar dos atendimentos individuais¹⁴.

A vantagem desse sistema é de que cuidava do pobre, enquanto classe, e não dos seus direitos individuais propriamente ditos¹⁵. Quer dizer, já víamos aqui uma preocupação com o direito coletivo, traço característica da Defensoria Pública brasileira, que a diferencia da advocacia de ofício portuguesa, porque pode a primeira instituição, nas prisões em

¹² Nos termos do artigo 9.º, n.º 2, da lei de 10 de Julho de 1991, relativa ao apoio judiciário, as vítimas de vários tipos de crime têm direito à assistência judiciária para intentar uma ação civil de indenização por danos resultantes de danos à pessoa.

¹³ ESTEVES, Diogo / SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 9.

¹⁴ GIANNELLA, Berenice Maria. Assistência jurídica no processo penal: garantia para a efetividade do direito de defesa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 221 p., 18 cm. ISBN 85-203-2313-8. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=9063. Acesso em: 3 mar. 2020, p. 26.

¹⁵ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 41.

flagrante, fazer não só o papel individual, mas também verificar a possibilidade de propor demandas coletivas.

Como exemplo disso, se notarmos que há uma violação sistemática de direitos humanos num estabelecimento prisional, pode propor uma Ação Civil Pública, a fim de que haja a interdição do mesmo, por desrespeitar regras básicas de direitos humanos, e, até mesmo, foi um meio jurídico para forçar a implementação da Audiência de Custódia no Brasil, tendo a Defensoria Pública da União função primordial nisso¹⁶:

“Importante contribuição para o debate em torno da audiência de custódia foi dada pela Defensoria Pública da União, que ajuizou uma ação civil pública na Justiça Federal de Manaus, Estado do Amazonas, veiculando o pleito de nacionalização do provimento, a fim de que fosse implementada a realização da audiência de custódia em todo o âmbito da Justiça Federal. Igual medida foi adotada pelo Ministério Público Federal, que também ajuizou ação civil pública sobre a matéria na Justiça Federal do Estado do Ceará”.

Infelizmente, apesar desse esforço hercúleo da Defensoria Pública da União e do Ministério Público Federal, tivemos uma certa resistência de implementação da Audiência de Custódia no Brasil, fato que só ocorreu com a Resolução 213, do Conselho Nacional de Justiça, como veremos mais adiante.

A crítica que se faz ao modelo *salaried staff* indireto é de que, com a preocupação excessiva em relação à causas coletivas, há o inequívoco esquecimento das causas individuais; há um excesso paternalismo; necessidade de apoio do governo, que não se conseguia, pois as causas coletivas eram, geralmente, propostas contra o governo e a impossibilidade de manutenção do número suficiente de atendimento ao grande número de pobres¹⁷.

Também, existe o modelo universitário, prestado nas universidades, como forma de aprendizado dos alunos.

¹⁶ PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. 3 Ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018, pp. 92-93. E, para ver a íntegra da Petição, está disponível no seguinte sítio eletrônico: <https://pt.scribd.com/doc/228594540/ACP-audiencia-de-custodia>, acesso em 21 mai.2020. E, em relação, à Ação Civil Pública do Ministério Público Federal tem a seguinte numeração: 0014512.10.2010.4.05.8100, no Tribunal Regional Federal, da 4ª Região.

¹⁷ GIANNELLA, Berenice Maria. *Assistência jurídica no processo penal: garantia para a efetividade do direito de defesa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 221 p., 18 cm. ISBN 85-203-2313-8. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=9063. Acesso em: 3 mar. 2020, p. 26.

d) Modelo misto

Esse modelo não é uma novidade, mas constitui-se na mescla dos sistemas *pro bono*, *judicare* e *salaried staff*, em diversos arranjos entre eles. É o modelo empregado, no Japão, congregando causídicos que prestam assistência jurídica pelo sistema *judicare* (“*judicare attorneys*”) e advogados que adotam o regime de *staff attorney* (advogados em equipe, na tradução literal)¹⁸.

e) Modelo socialista

Por fim, existe o modelo socialista, onde não há necessidade de igualar o sistema de justiça, haja vista que não existe desigualdade social. É o que ocorre em Cuba, por exemplo, sendo prestado por escritórios coletivos chamados de Bufetes Colectivos, instituído pelo Ministério da Justiça, em virtude de ter sido proibida a prática autônoma da advocacia (Lei nº 1250, de 23 de junho de 1973)¹⁹.

Após traçarmos as linhas gerais de acesso à justiça, passaremos a tratar especificamente do acesso à justiça criminal no Brasil e a intervenção do Defensor Público nessa seara e, logo após, falaremos do acesso ao direito criminal em Portugal e atuação do advogado de ofício naquele país.

2. Natureza Jurídica da Defensoria Pública

É salutar tratarmos da natureza jurídica da Defensoria Pública²⁰, que nada mais poderia ser sintetizado do que essa instituição significa para o Direito.

A previsão, sobre a Defensoria Pública, no texto constitucional, vem disposto no Capítulo IV, do Título IV, que dispõe “Das Funções Essenciais à Justiça”, da Carta Magna Brasileira. Dentre elas, incluem-se o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Defensoria

¹⁸ ESTEVES, Diogo / SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 10-11.

¹⁹ *Idem*, pp. 11-12.

²⁰ Para a natureza jurídica da Defensoria Pública brasileira, vide: SOUZA, Carlos Eduardo Freitas de; SILVA, Bruna Gomes da. *Defensoria Pública na Tutela Jurídica do Meio Ambiente*. 2013. Tese apresentada no XI Congresso Nacional dos Defensores Públicos, realizado em Vitória-ES. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/20667/CARLOS_EDUARDO_FREITAS_DE_SOUZA_E_BRUNA_GOMES_DA_SILVA.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2020.

Pública e Advocacia privada, sendo os três primeiros procuraturas constitucionais²¹, por exercerem funções constitucionalmente previstas, na defesa de interesses públicos, por meio de instituição de carreiras jurídicas públicas²².

A instituição delas teve por escopo proteger três diferentes categorias de interesses, que poderiam confundir-se quando de sua defesa. Dessa maneira, ao Ministério Público, de forma geral, ficou atribuído a tutela dos interesses da sociedade, em geral; às Advocacias Públicas, o interesse do Estado em sentido geral; e, no que tange à Defensoria Pública, ficou de *proteger os interesses das pessoas economicamente carentes*, de forma genérica, mas tal premissa ficou relativizada com o julgamento, no Supremo Tribunal Federal, da ADIN 3943²³, que estendeu à Defensoria Pública a legitimidade para ajuizamento de *ações coletivas para tutela de interesses coletivos, individuais homogêneos e difusos*.

Dessa forma, cada entidade acima mencionada tem de proteger esses diferentes interesses, com a preservação da autonomia e independência entre elas.

Não há hierarquia na aludida divisão, possuindo o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública igualdade, tanto no tratamento dessas instituições, quanto na defesa dos interesses.

A natureza jurídica da Defensoria Pública é a de um órgão central, independente, composto e obrigatório²⁴. É um “órgão”, pois constitui-se em um centro de competências instituído para o desempenho de funções estatais específicas, por meio de agentes que têm sua atuação imputada à pessoa jurídica a que pertencem²⁵.

²¹ JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria Pública e o Princípio da Justiça Social*. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 81.

²² Para aprofundamento, ALVES, Cleber Francisco. *A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça*. 2005. 421 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067747.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2020, p. 353.

²³ Ementa: ação direta de inconstitucionalidade. legitimidade ativa da defensoria pública para ajuizar ação civil pública (art. 5º, inc. ii, da lei n. 7.347/1985, alterado pelo art. 2º da lei n. 11.448/2007). tutela de interesses transindividuais (coletivos strito sensu e difusos) e individuais homogêneos. defensoria pública: instituição essencial à função jurisdicional. acesso à justiça. necessitado: definição segundo princípios hermenêuticos garantidores da força normativa da constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais: art. 5º, incs. xxxv, lxxiv, lxxviii, da constituição da república. inexistência de norma de exclusividade do ministério público para ajuizamento de ação civil pública. ausência de prejuízo institucional do ministério público pelo reconhecimento da legitimidade da defensoria pública. ação julgada improcedente.(adi 3943, relator(a): min. cármen lúcia, tribunal pleno, julgado em 07/05/2015, acórdão eletrônico dje-154 divulg 05-08-2015 public 06-08-2015)

²⁴ MORAES, Guilherme Peña de. *Instituições da Defensoria Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 160.

²⁵ SOUZA, Carlos Eduardo Freitas de; SILVA, Bruna Gomes da. *Defensoria Pública na Tutela Jurídica do Meio Ambiente*. 2013. Tese apresentada no XI Congresso Nacional dos Defensores Públicos, realizado em Vitória-ES.

Diz-se que a Defensoria Pública é um órgão central²⁶ por ter sua atribuição de prestação de assistência jurídica integral em todo o território em que o Estado se faz presente.

A Defensoria Pública é independente, tendo em vista a independência funcional dada à instituição e a seus membros, podendo manifestar de acordo com sua livre convicção, desde que amparada na Constituição e nas leis. No Passado, antes da implementação da Emenda Constitucional nº 45/04, até teve um entendimento de que a Defensoria Pública seria atrelada ao Poder Executivo, tendo dependência desse Poder, o que, atualmente, não se aplica, em virtude da autonomia funcional administrativa da instituição e iniciativa de proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º, com previsão expressa no artigo 134, § 2º, da Constituição Federal²⁷.

A Defensoria Pública é um órgão composto, porque tem diversos centros de competência. Além disso, trata-se de órgão obrigatório, tendo em vista sua previsão na Constituição de 1988, não tendo os Estados Membros a liberdade criá-la ou não, sendo que os últimos Estados a implementá-la foram São Paulo, Goiás e Santa Catarina.²⁸

Após essa digressão do enquadramento constitucional da Defensoria Pública, entraremos no aspecto da Defensoria Pública enquanto função essencial ao Estado Democrático de Direito.

2.1. A Defensoria Pública enquanto função essencial ao Estado Democrático de Direito

A assistência jurídica brasileira tem previsão no artigo 5º, incisos I, XXXV, LXXIV, LXXV e LXXVI, todos da Constituição Federal de 1988. Tais dispositivos

Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/20667/CARLOS_EDUARDO_FREITAS_DE_SOUZA_E_BRUNA_GOMES_DA_SILVA.pdf>. Acesso em: 05 jun.2020, p. 5.

²⁶ JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria Pública e o Princípio da Justiça Social*. Curitiba: Juruá Editora, 2005, pp. 83-84.

²⁷ Artigo 145, §2º: “Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º”.

²⁸ Inclusive, quanto à essa última, tive oportunidade de participar do Congresso Nacional dos Defensores Públicos, em Natal, Rio Grande do Norte, que teve como carta final a necessidade de implementação definitiva da Defensoria Pública de Santa Catarina, disponível no site em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/13017/carta_de_natal_-_final.pdf. Acesso em 09mar2020, p.1.

estabelecem uma instituição, criada pela Carta Magna, para a defesa daqueles que não possam custear um advogado particular. Nesse caso, é adotado o “*salaried staff model*”²⁹, ou seja, um sistema de assistência jurídica, extrajudicial e judicial, estabelecido por intermédio da Defensoria Pública no Brasil.

A mesma Constituição, no art. 134, cuja redação foi alterada em 2014, pela Emenda Constitucional n. 80, instituiu a Defensoria Pública, que é a instituição permanente e autônoma, essencial à função jurisdicional do Estado, tendo como obrigação constitucional, como expressão e instrumento do regime democrático, precipuamente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, que são aqueles que comprovem a insuficiência de recursos. Comentando essa revolução trazida por essa inovação legislativa, vale citarmos RODRIGO AZAMBUJA:

“A nova norma fundamental promove verdadeira revolução no tocante ao direito de acesso do pobre à justiça. Primeiramente, diante do risco de a garantia fundamental tornar-se promessa constitucional inconsequente, além de assegurá-la prevê qual órgão irá prestá-lo, tamanha a importância do valor que subjaz a questão.”³⁰

São objetivos da Defensoria Pública: a busca da “primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais”, a “prevalência e efetividade dos direitos humanos” e, por fim, “a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório” (cfr. art. 3º-A, I e III e IV, da Lei Complementar n. 80/94, incluído pela Lei Complementar n. 132, de 2009).

A Emenda Constitucional 45/2004³¹ trouxe a autonomia funcional, administrativa e, além da prerrogativa de iniciativa da proposta orçamentária da instituição para as

²⁹ Nesse sentido, as precisas palavras de Diogo Esteves e Franklynn Roger Alves Silva, Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro: “No *salaried staff model* os advogados laboram em regime empregatício e recebem remuneração fixa por período de trabalho diário, independentemente da carga de serviço ou de tarefas efetivamente cumpridas” (ESTEVEES, Diogo / SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 10). Pelo contrário, de acordo com os mesmos autores, “o sistema *judicare* a assistência jurídica é também prestada por advogados particulares. Entretanto, nesse sistema a atividade desempenhada pelos profissionais liberais é remunerada pelos cofres públicos por cada caso concreto (*case-by-case basis*)” (ESTEVEES, Diogo / SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública. ibidem*, p. 8). É o caso do modelo Português.

³⁰ Vide AZAMBUJA, Rodrigo. “Uma História da Defensoria Pública”. In: Maria João Antunes; Claudia Cruz Santos; Cláudio do Prado Amaral. (Org.). *Os Novos Atores da Justiça Penal*. 1ed. Coimbra: Almedina, 2016, v. 1, p. 246.

³¹ Assim sendo, citemos Daniel Chiaretti, que traz a análise das alterações da Defensoria Pública até o ano de 2012: “a alteração institucional experimentada pela Defensoria Pública após a EC 45/2004. Em primeiro

defensorias públicas dos Estados. Outrossim, existiram duas outras emendas constitucionais, que foram importantes para a existência da Defensoria Pública no Brasil: Emenda Constitucional nº 69/2012³² e Emenda Constitucional nº 74/2013³³. Em relação às duas últimas, mister transcrevermos as lições de FRANKLYN SILVA e DIOGO ESTEVES³⁴:

“Segundo determina o art. 2º da Emenda Constitucional nº 69/2012, devem ser aplicados à Defensoria Pública do Distrito Federal os mesmos princípios e regras que, nos termos da Constituição Federal, regem as Defensorias Públicas dos estados. Com isso, a EC nº 69/2012 ampliou o espectro subjetivo de incidência do art. 134, §2º, da CRFB, determinando que a autonomia institucional nele prevista também fosse aplicada em relação à Defensoria Pública do Distrito Federal.”

E continuam:

“Em seguida, a Emenda Constitucional nº 74/2013 realizou a inclusão do §3º ao art. 134 da CRFB, prevendo que o disposto no §2º do referido artigo também seria aplicável à Defensoria Pública da União e do Distrito Federal. Com essa cláusula genérica, a Emenda Constitucional nº 74/2013 estendeu à Defensoria Pública da União a mesma autonomia institucional expressamente reconhecida pelo art. 134, §2º, da CRFB em relação às Defensorias Públicas dos Estados, além de

lugar, as Defensorias Públicas dos Estados conquistaram autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária (art. 134, § 2º, da CF). Na esteira dessa conquista, houve o reconhecimento expresso da possibilidade de manejo de ação coletiva pela Defensoria Pública (Lei no 11.448/2007). Por fim, a Lei Complementar no 132/2009 promoveu significativas alterações na Lei Complementar no 80/94, dentre as quais destacamos: i) reconhecimento explícito da possibilidade de atuação nas esferas extrajudicial e coletiva; ii) ênfase na mediação, conciliação e arbitragem, possibilitando a solução de conflitos fora do Poder Judiciário; iii) exercício da defesa de grupos sociais vulneráveis, extrapolando o caráter meramente econômico do conceito de hipossuficiência; iv) prestação de atendimento interdisciplinar; v) possibilidade de representação a organismos internacionais de proteção dos direitos humanos; vi) atuação junto ao sistema prisional (o que foi reforçado pela Lei no 12.313/10).” (CHIARETTI, Daniel. “Breve histórico do desenvolvimento institucional da assistência jurídica no Brasil”, em *Boletim da Reunião das Instituições Públicas de Assistência Jurídica dos Países de Língua Portuguesa*, n. 1, Brasília, 2012, p. 25).

³² Segundo o §2º, da EC 69/12, “aplicam-se à Defensoria Pública do Distrito Federal os mesmos princípios e regras que, nos termos da Constituição Federal, regem as Defensorias Públicas dos Estados, trazendo a autonomia funcional, administrativa para a Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios.”, além de transferir da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal.

³³ Modificou o artigo 134, § 3º, da Constituição Federal de 1988, estabelecendo o seguinte: “Aplica-se autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal”. Desse modo, reafirmou a autonomia institucional da Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios, estendendo esse mesmo regramento à Defensoria Pública da União.

³⁴ ESTEVES, Diogo/ SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 74.

reafirmar a autonomia institucional da Defensoria Pública do Distrito Federal – já reconhecida pelo art. 2º da EC nº 69/2012.”

Além disso, houve a Lei Complementar nº 80/94, com as modificações produzidas principalmente pela Lei Complementar 132/09 e a Emenda Constitucional 80/14, tornando a instituição imprescindível na assistência jurídica no âmbito do contexto brasileiro, com a missão de tutelar os direitos de defesa e os direitos humanos das pessoas, tanto no aspecto individual, quanto coletivo, garantindo o direito de defesa a todos aqueles que não tenham condições financeiras de custear um advogado, vigorando o seguinte adágio: “O Tribunal não está fechado para os pobres”³⁵, ou melhor dizendo, não é somente quem detém condições econômicas que possui o direito à prestação jurisdicional³⁶.

Essa modificação do artigo 1º, da LC 80/94, acima mencionada, promoveu uma revolução no aspecto de atuação individual do Defensor Público, tornando-o de atuação mais internacionalista, podendo, inclusive, propor reclamações nas cortes internacionais de Direitos Humanos³⁷ e, até mesmo, participar do controle de convencionalidade, no controle concentrado, entretanto, “à Defensoria Pública é possível participar do controle concentrado de constitucionalidade como *amicus curiae* ou *como custos vulnerabilis*.”³⁸, a serem os dois tratados mais adiante.

Além disso, a EC 80/14 inseriu no texto constitucional a redação do artigo 1º da LC 80/94, sendo que o atual artigo 134,³⁹ da Constituição Federal Brasileira, propiciou o atendimento individual, a legitimidade para as ações coletivas, a vocação para atuar nas

³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.437.

³⁶ BAHIA, Flávia, *Coleção descomplicando direito constitucional*. 3ª Edição. Recife: Armador, 2017, p. 155.

³⁷ Veja-se AZAMBUJA, Rodrigo. *Para uma defesa criminal efetiva: A assistência jurídica gratuita em Portugal e no Brasil*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais. Orientador: Prof. Doutora Maria João Antunes. Coimbra, 2015, p. 130 e ROCHA, J. BHERON. “O Histórico do Arcabouço Normativo da Defensoria Pública: da Assistência Judiciária à Assistência Defensorial Internacional”. In: Maria João Antunes; Cláudia Cruz Santos; Cláudio do Prado Amaral. (Org.). *Os Novos Atores da Justiça Penal*. 1ed. Coimbra: Almedina, 2016, v. 1, p. 307-314 e LEITE, Antonio José Maffezoli. *A atuação da Defensoria Pública na promoção e defesa dos direitos humanos, inclusive perante o sistema interamericano de direitos humanos*, In *Temas aprofundados da Defensoria Pública*. V. 2. Salvador: Juspodivm, 2014, P. 567-598.

³⁸ BHERON, Jorge; MAZZUOLI, Valerio. *Controle de convencionalidade e Instituições Essenciais à Justiça*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-19/tribuna-defensoria-defensoria-publica-essencial-controle-convencionalidade>, acesso em : 20 mai.2020.

³⁹ Artigo 134, da Constituição Federal: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”

cortes internacionais de direitos humanos e, inclusive, a autonomia para representar os direitos de defesa no sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos⁴⁰.

O Supremo Tribunal Federal reconhece tal essencialidade em seus julgados. Antes, a Defensoria Pública era um órgão irrelevante e inexistente⁴¹, passou a ser tratada como instituição de implementação obrigatória⁴², tornando-se permanente no sistema constitucional brasileiro⁴³.

Não é possível que a Ordem dos Advogados do Brasil atue fazendo as vezes de Defensoria Pública. Os Convênios, existentes com a Ordem dos Advogados do Brasil, não são obrigatórios⁴⁴. Ademais, não é admitido a transformação de ocupantes de cargo público em defensores públicos, após a Carta Magna de 1988⁴⁵, nem tampouco a contratação temporária de causídicos municipais para o exercício das funções de Defensor Público, mesmo que se argumente que haja uma situação excepcional⁴⁶.

Esse modelo de assistência jurídica integral e gratuita, feito pela Defensoria Pública do Brasil, é tido como paradigma pela Organização dos Estados Americanos (OEA), pois somente um órgão específico de prestação de assistência jurídica gratuita é capaz de propiciar o acesso à justiça, de maior qualidade e respeito aos direitos humanos, aos mais necessitados, além de incentivar que haja independência funcional e autonomia

⁴⁰ Consoante estabelece o artigo 4º, VI, da LC 80/94, que diz ser função institucional da Defensoria Pública, dentre outras: “representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos”.

⁴¹ TAVARES, Andre Ramos. *Curso de direito constitucional*. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1169.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 598.212/PR, Relator(a) Ministro(a) CELSO DE MELLO, julgamento em 25/03/2014, DJ 24/04/2014.

⁴³ artigo 134, *caput*, da CRFB/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 80/2014

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.163/SP, Relator(a) Ministro(a) CEZAR PELUSO, julgamento em 29/02/2012, DJ 01/03/2013.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.819-2/MG, Relator(a) Ministro(a) EROS GRAU, julgamento em 24/10/2007, DJ 28/03/2008.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.700-5/RN, Relator(a) Ministro(a) CARLOS BRITTO, julgamento em 15/10/2008, DJ 06/03/2009.

aos membros das Defensorias Públicas, sendo que isso se extrai da essência dos seguintes atos normativos da OEA: Resolução 2656/11⁴⁷; 2714/12⁴⁸; 2801/13⁴⁹ e 2821/14⁵⁰.

Nesse sentido, por fim, vale a pena citar as palavras do Defensor Público EDILSON SANTANA GONÇALVES FILHO, numa obra sobre Defensoria Pública na atuação coletiva:

“As resoluções AG/RES. 2656 (XLI-O/11), AG/RES. 2714 (XLII-O/12), AG/RES. 2801 (XLIII-O/13) e AG/RES. 2821 (XLIV-O/14), da Organização dos Estados Americanos-OEA, ao tempo em que reafirmam a importância do serviço de assistência jurídica gratuita prestada pelos Defensores Públicos Oficiais para a promoção e proteção do direito fundamental ao acesso à justiça, em especial para as pessoas que se encontram em alguma situação de vulnerabilidade, recomendam aos Estados membros que já disponham do serviço de assistência jurídica gratuita que adotem medidas que garantam que os defensores públicos gozem de independência e autonomia funcional, incentivando os Estados membros que ainda não disponham da instituição Defensoria Pública que considerem a possibilidade de criá-la em seus ordenamentos jurídicos”⁵¹.

2.2. O Defensor Público no Processo Penal

Numa outra perspectiva, no Processo Penal brasileiro, a função primordial do Defensor Público é salvaguardar a presunção de inocência do arguido⁵², consubstanciada

⁴⁷Disponível no seguinte sítio eletrônico:https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/11698/AG_RES_2656_pt.pdf, acesso em 25 de dezembro de 2019.

⁴⁸ Disponível no seguinte sítio eletrônico:https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKEwjAw9vCytHmA hUEwFkKHbv9BBoQFjABegQIBxAC&url=http%3A%2F%2Fscm.oas.org%2Fdoc_public%2FPORTUGUESE%2FHIST_13%2FAG05804P09.doc&usg=AOvVaw1Z5XMGiasDAPE2081xIb-P, acesso em 25 de dezembro de 2019.

⁴⁹Disponível no seguinte sítio eletrônico:https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwit09 WJy9HmA hVPqlkKHQPpCwIQFjAAegQIBRAC&url=http%3A%2F%2Fscm.oas.org%2Fdoc_public%2FPORTUGUESE%2FHIST_13%2FAG06174P04.doc&usg=AOvVaw0edo8ourl-qnQrRUV7H1my, acesso em 25 de dezembro de 2019.

⁵⁰ Disponível no seguinte sítio eletrônico: <https://static.defensoria.to.def.br/postify-media/uploads/post/file/7433/25f661af95100b38133c7a07d51eef21.pdf>, acesso em 25 de dezembro de 2019.

⁵¹ FILHO, Edilson Santana Gonçalves. Defensoria Pública e a tutela coletiva de direitos: teoria e prática. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 59-60.

⁵² Sobre a finalidade desse princípio no processo penal, imprescindível a menção a: VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 26, nos seguintes termos: “Há-de oferecer ao arguido um estatuto – de presumível inocente – que assume com acuidade, especialmente quando se trate de lhe aplicar uma medida de coacção. Se a aplicação daquelas é indispensável à administração da justiça penal, elas deverão respeitar os princípios da necessidade, de adequação, e da proporcionalidade que colhem a sua razão de ser na presunção de inocência, que, por sua

no artigo 5º, LVII, da Carta Magna brasileira, que afirma “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Nesse aspecto, GERALDO PRADO, leciona: “assim é que para a arquitetura normativa constitucional, a planta do processo penal sobre a qual os operários trabalharão cotidianamente, em investigações e processos, o eixo normativo é constituído pela presunção de inocência”.⁵³ Para sublinhar essa função do defensor no Processo Penal, trazemos à baila CLAUS ROXIN para quem esse profissional do direito é um verdadeiro “garante jurídico-constitucional da presunção de inocência para o arguido”⁵⁴.

Com efeito, a LC 132/09 – após ter instituído no artigo 3º-A, da Lei Complementar 80/94, que dentre os objetivos da Defensoria Pública estaria a “garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório” – fez verdadeira revolução na interpretação das funções do Defensor Público que atua no processo penal, devendo sempre buscar o resguardo do processo penal acusatório, que é materializado na sua atuação na audiência de custódia, quando uma parte hipossuficiente não tem condições de ter nomeado um advogado para o aludido ato. E isto em franca oposição ao processo penal inquisitório, onde as funções de acusar, defender e julgar se concentravam nas mãos do julgador, procurando, de outra forma, deixar bem definido as funções de acusar, julgar e defender, evitando os superpoderes dos magistrados. Nesse sentido, conforme explica GERALDO PRADO⁵⁵:

“o papel da defesa no Processo Penal consiste em tutelar a presunção de inocência e se definir, no relevante plano normativo de uma Lei Complementar (à Constituição da República), que a Defensoria Pública se orienta à defesa da ampla defesa e do contraditório, as perspectivas de transformação do processo penal de inquisitório para acusatório se multiplicam”.

Tal não foi a surpresa, trazida pelo Pacote Anticrime (Lei 13964/19), que tornou tal construção doutrinária do autor referido uma realidade, consubstanciada na redação do artigo 3º-A, do novo CPP, nos seguintes termos:

vez, impõe que qualquer limitação da liberdade do arguido, anterior à condenação com o trânsito em julgado, deva ser não só necessária, mas também suportável”.

⁵³ PRADO, Geraldo. *A Defensoria Pública e o Direito Processual Penal brasileiro*. In: *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 163.

⁵⁴ ROXIN, Claus. Presente y futuro de la defensa en el proceso penal del estado de derecho. In *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 39.

⁵⁵ PRADO, Geraldo. *A Defensoria Pública e o Direito Processual Penal brasileiro*. In: *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 164-165.

“O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

O Código de Processo Penal, nesse novo dispositivo legal, ressalta que o sistema vigente, no Brasil, é o *acusatório*, sendo que tal raciocínio já era possível extrair de uma interpretação conforme a Constituição, que pode ser feita, a partir do art. 129, I da CF⁵⁶. Dessa maneira, ao ser designado o Ministério Público com a função de acusar, como regra geral, concluímos que o sistema brasileiro é acusatório⁵⁷.

Outrossim, a intervenção de ofício do magistrado judicial na fase de investigação não é possível, sendo que isso está escrito taxativamente no art. 3º-A, do CPP. Exemplo concreto de aplicação pode ser dado da seguinte maneira: ao decidir na audiência de custódia, o magistrado só poderá deliberar pela conversão do flagrante em prisão preventiva ou pela manutenção da prisão preventiva, se houver pedido expresso do

⁵⁶ CF, art. 129, I: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

⁵⁷ Em sentido de que a Lei 13964/19 sepultou a celeuma sobre a natureza jurídica do Processo Penal Brasileiro: LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8 Ed. Editora Juspodivm: Salvador. 2020, p. 112: “Não se pode mais continuar a insistir contra a Constituição, em manter um sistema inquisitorial porque assim o preveem os incisos I e II do art. 156 do CPP, em permanente conflito com o modelo acusatório extraído do art. 129, I, da Constituição Federal, e do próprio art. 3º-A do CPP, que, nas palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “reclama um devido processo legal e, assim, incompatível com aquele no qual o juiz é o senhor do processo, o senhor das provas, e sobretudo – como sempre se passou no Sistema Inquisitório – pode decidir antes (naturalmente raciocinando, por primário e em geral bem intencionado) e depois sair à cata da prova que justifique a decisão antes tomada” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 183, julho/set. 2009). E, também, em sentido mais contundente, Aury Lopes Jr, em seu manual de Processo Penal, recentemente lançado: “Até o advento da reforma trazida pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, sempre afirmamos que o processo penal brasileiro era inquisitório (ou neoinquisitório), e que não concordávamos com grande parte da doutrina que classificava nosso sistema como “misto”, ou seja, inquisitório na primeira fase (inquérito) e acusatório na fase processual. E não concordávamos (e seguimos divergindo se insistirem) com tal afirmação porque dizer que um sistema é “misto” é não dizer quase nada sobre ele, pois misto todos são. O ponto crucial é verificar o núcleo, o princípio fundante, e aqui está o problema. Outros preferiam afirmar que o processo penal brasileiro é “acusatório formal”. E, conclui: “Finalmente o cenário mudou e nossas críticas (junto com Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Geraldo Prado, Alexandre Morais da Rosa, e tantos outros excelentes processualistas que criticavam a estrutura inquisitória brasileira) foram ouvidas. Compreenderam que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundando no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, era necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório (como os arts. 156, 385 etc.), pois são “substancialmente inconstitucionais” (e, agora, estão tacitamente revogados pelo art. 3º-A do CPP, com a redação da Lei n. 13.964). Assumido o problema estrutural do CPP, a luta passa a ser pela acoplagem constitucional e pela filtragem constitucional, expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória e, principalmente, pela mudança de cultura, pelo abandono da cultura inquisitória e a assunção de uma postura acusatória por parte do juiz e de todos os atores judiciários. Agora, a estrutura acusatória está expressamente consagrada no CPP e não há mais espaço para o juiz-ator-inquisidor, que atue de ofício violando o *ne procedat iudex ex officio*, ou que produza prova de ofício, pilares do modelo acusatório. Vejamos a redação do art. 3º-A do CPP”. (Lopes Jr., Aury. *Direito Processo Penal*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020, pp. 52-53)

Ministério Público, respeitando-se o contraditório, tendo função primordial o Defensor Público de trazer os elementos mais importantes, após prévia entrevista com o detido, de trazer elementos que possam fundamentar um pedido de liberdade provisória.

No Processo Penal, o magistrado judicial é espectador, não sendo mais protagonista⁵⁸. Nesse sentido, o juiz deve aguardar a iniciativa das partes, autoridade policial, Ministério Público e ofendido, sendo que este último só manifesta nos crimes de ação privada, para que possa dar início a colheita probatória. Por essa razão, JUAREZ TAVARES e RUBENS CASARA pontuam que o sistema acusatório deve ser uma repartição democrática de poderes⁵⁹:

“O princípio acusatório enuncia a necessidade de repartição democrática de poderes entre os sujeitos processuais (parciais ou não), com a gestão das provas nas mãos das partes, que democraticamente e através do método dialético irão construir a decisão justa e o reconhecimento de que o réu é um sujeito processual, portanto, titular de direitos, deveres, faculdades e ônus processuais. Busca-se, assim, um processo de partes, sem privilégios, com sujeitos parciais em iguais condições de fazer valer em juízo suas pretensões.”

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal, já possuía jurisprudência consolidada no sentido do que está contido no artigo 3º-A, do Código de Processo Penal Brasileiro, como por exemplo, na ADI 1.570, decidiu que a revogada Lei 9.034/95 (antiga Lei do Crime Organizado) seria inconstitucional por afrontar o sistema acusatório, bem como a imparcialidade, uma vez que permitia a quebra de sigilo de dados bancários e financeiros de ofício pelo magistrado⁶⁰.

⁵⁸ Vide as características do Processo Penal, pontuadas por: BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e de processo penal*, tradução de Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Coimbra editora, 1974, p. 315: dentre ela, a “passividade do juiz na recolha das provas tanto de condenação como de absolvição”.

⁵⁹ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e Vedade*. São Paulo: Tirant Blanc, 2020, p. 109.

⁶⁰ Nesse sentido, trago à baila o aludido julgado do Supremo Tribunal Brasileiro: “Ementa: ação direta de inconstitucionalidade. lei 9034/95. lei complementar 105/01. superveniente. hierarquia superior. revogação implícita. ação prejudicada, em parte. "juiz de instrução". realização de diligências pessoalmente. competência para investigar. inobservância do devido processo legal. imparcialidade do magistrado. ofensa. funções de investigar e inquirir. mitigação das atribuições do ministério público e das polícias federal e civil. 1. lei 9034/95. superveniência da lei complementar 105/01. revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte” (ADI 1570. Relator Mn. Maurício Corrêa. Julgada em 12/02/2004. DJ 22/10/2004).”

Com isso, o papel do Defensor Público, na seara criminal, mormente na audiência de custódia, revela-se de grande importância, porque é nela que esse profissional, ao lado do Ministério Público e do juiz de garantias, farão a fiscalização de como ocorreu a detenção, bem como se houve alguma violação a direitos humanos, como tortura, agressão física ou outros meios ilícitos de se obter a confissão.

Assim sendo, a marca da atuação dos Defensores Públicos já pode ser sentida nos Tribunais Superiores, com a busca desse profissional do direito de dar uma maior conotação acusatória ao processo penal, mormente na busca da tutela dos direitos da liberdade dos detidos nos Tribunais Superiores.

Para corroborar isso, é salutar citarmos um grande aumento das Defensoria Públicas, com assento em Brasília, que promovem verdadeira revolução na justiça brasileira, sendo que, em recente levantamento, a Defensoria Pública desponta como órgão que tem elevada taxa de sucesso nos recursos criminais e *Habeas Corpus*, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, em favor dos réus sem condições financeiras, o que rechaça a tese de que só pessoas ricas seriam beneficiadas por recursos e *Habeas Corpus* nas duas cortes mais importantes do Brasil⁶¹.

Em relação à luta desbravada dos Defensores Públicos por tutelarem direitos na audiência de custódia, podemos citar a reclamação nº 29.303/19, que corre perante o Supremo Tribunal Federal, na qual se busca a *extensão da audiência de custódia para abranger a prisão preventiva, temporária e cumprimento de mandado de prisão definitiva e não somente restringi-la para a prisão em flagrante*⁶². Vale ressaltar que essa reclamação acabou virando um mecanismo de pressão para tutela de direitos fundamentais dos reclusos, para que não haja restrição da audiência de custódia somente para a prisão em flagrante. Caso houvesse a atuação de um advogado de ofício, como ocorre hodiernamente em Portugal, não haveria sequer essa provocação, pois a única preocupação do profissional nomeado seria de atuar naquele caso concreto, não tendo uma visão de mudança do sistema vigente, sendo, por isso, digno de nota a extrema importância da intervenção da Defensoria Pública Brasileira nas prisões provisórias ocorridas no Brasil.

⁶¹ Petição de ingresso como *amicus curiae*, da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, na ADC nº 44, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=555513906&preID=4986729#>, p. 4, acesso em 09jun.2020.

⁶² Como ocorre atualmente no Estado do Rio de Janeiro, com a resolução 29/2015Rcl 29.303 AgR/RJ, que ainda está pendente de apreciação pelo relator do caso, Ministro Edson Fachin. O Defensor Público fluminense Eduardo Newton fez uma sustentação oral, naquela corte, no dia 12 de Dezembro de 2019, defendendo a extensão da audiência de custódia para todas as modalidades de prisão cautelar.

Portanto, o que o Defensor Público deve buscar, na sua atividade profissional, é a tutela da presunção de inocência do arguido, calcado na busca do resguardo dos princípios do contraditório e ampla defesa, o que gerará o respeito do sistema acusatório do processo penal, com a nítida divisão de tarefas de acusar, julgar e defender, que tornará a justiça criminal mais justa⁶³. Isso deve ser aplicado, de modo inequívoco, no que tange às prisões cautelares ocorridas, que são a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária, que, hoje, por imposição convencional e legal, só podem ser confirmadas, caso haja a realização da audiência de custódia, que é um mecanismo de humanização da prisão cautelar⁶⁴, fazendo com que haja um efetivo contraditório e uma democracia processual⁶⁵-⁶⁶.

2.3. A Defensoria Pública enquanto *custos vulnerabilis* no Processo Penal

A título de argumentação, é de referir uma função *sui generis* especificamente desempenhada pela Defensoria Pública: é a sua atuação enquanto *custos vulnerabilis*⁶⁷, não atuando como representante da parte, mas sim em seu próprio nome, ou seja, é a Defensoria Pública propriamente dita que está no Processo Penal.

Trata-se de uma intervenção processual que ainda não tem uma classificação própria na doutrina, estando numa zona ainda não plenamente compreensível.

⁶³ LEITÃO JÚNIOR, Joaquim; SOUZA, Carlos Eduardo Freitas de. *Defensoria pública: instituição imprescindível ao combate da impunidade*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5207, 3 out. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60394>>. Acesso em: 16 jan. 2020.

⁶⁴ SANTOS, Patrícia Vieira dos Santos. *Prisão cautelar: à luz do princípio do estado de inocência*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 226: "nada mais prudente por parte do Poder Judiciário do que, diante de um caso concreto que enseja decretação de prisão preventiva, por exemplo, examinar a viabilidade dessa espécie de prisão numa audiência específica para isso, qual seja, na audiência de apresentação ou audiência de custódia"

⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *"Não sei, não conheço, mas não gosto da audiência de custódia"*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-sei-nao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>>. Acesso em: 05 mar.2020.

⁶⁶ Tal idéia de democracia processual, com marco na Declaração Universal dos Direitos Humanos, é inspirada na obra de: BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e de processo penal*, tradução de Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Coimbra editora, 1974, pp. 250-251.

⁶⁷ Em relação ao assunto, consultar obra pioneira: GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurílio Casas. *Custos Vulnerabilis: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis*. Belo Horizonte: Editora Cej, 2019.

Existe uma grande hipótese de se fazer um paralelo com atuação do Ministério Público Brasileiro, enquanto guardião do ordenamento jurídico (*custos juris*)⁶⁸. Além disso, há alguns que entendem que tem proximidade com a figura do *amicus curiae*, uma espécie de “amigo” do Tribunal que oferece informações e opiniões especializadas. Nesse último, há autores que fazem distinção entre ambos, em razão dos seguintes argumentos.

Em primeiro lugar, a intervenção da Defensoria, enquanto *custos vulnerabilis*, não se aproxima da figura do *amicus curiae*, pois o *custos vulnerabilis* é atribuição exclusiva da Defensoria Pública, sendo bem mais abrangente do que a atuação do primeiro, visto que a instituição pode fazer intervenção em qualquer processo, bem como ingressar com qualquer meio processual defensivo, inclusive recurso. A base normativa é encontrada na Constituição Federal Brasileira, no seu artigo 134, *caput*, parte final, atribui à Defensoria Pública o papel de atuação em favor dos necessitados⁶⁹. Ademais, há o artigo 4º, XI, da LC 80/94, que diz ser função institucional da Defensoria Pública atuar em prol dos grupos vulneráveis.⁷⁰

Para sintetizar as ideias da intervenção da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* no Processo Penal, mister trazermos à baila uma explanação dessa teoria⁷¹:

“as atribuições exercidas pela Defensoria Pública sejam alojadas em um conceito guarda-chuva denominado *amicus vulnerabilis*, abarcando diversas atuações institucionais: (I) o procurador judicial dos vulneráveis (*attornato ad vulnerable*): quando representa judicialmente o vulnerável, no uso de sua capacidade postulatória, comparecendo o beneficiário em nome próprio aos autos, constituindo o atuar mais comum da instituição; (II) como legitimado extraordinário, quando atua em nome próprio, mas em defesa de interesses e direitos de indivíduos e grupos vulneráveis, como na ação civil pública para proteção de direitos difusos; (III) como guardião dos vulneráveis (*custos vulnerabilis*), quando atua em nome próprio em razão de missão institucional de

⁶⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Vol 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 69.

⁶⁹ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.” (grifo nosso)

⁷⁰ “Artigo 4º, XI: São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado”.

⁷¹ GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurilio Casas. *Custos Vulnerabilis: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis*. Belo Horizonte: Editora Cei, 2019, pp. 95-96.

promoção dos direitos humanos, como interveniente em processo civil ou penal, quando a demanda possa repercutir negativamente nos direitos humanos e em categorias (ou indivíduos) vulneráveis, no que se convencionou denominar de atuação paralela, complementar ao advogado constituído”.

Tais ideias tiveram por base o Professor LUIGI FERRAJOLLI⁷², na obra *Direito e Razão*, que traz essa hipótese de intervenção do Defensor Público, no tópico que fala da necessidade de criação de um Ministério Público da Defesa, com os mesmos poderes inerentes à acusação:

“Obviamente, tal magistrado não só não deveria substituir o defensor de confiança, como deveria sustentá-lo como órgão complementar, subsidiário e subordinado às estratégias defensivas previamente selecionadas por este. Dotado dos mesmos poderes da acusação pública sobre a polícia judiciária e habilitado à coleta das contraprovas, ele garantiria uma efetiva paridade entre as funções públicas da prova e aquela não menos pública da refutação. E asseguraria, além disso, contrariamente à hodierna função do "defensor público", uma efetiva igualdade dos cidadãos no exercício do direito de defesa. É fácil compreender que semelhante figura encontrará sempre a oposição corporativa da categoria dos advogados. Mas sem ela resulta comprometida a paridade de partes, que forma um dos pressupostos essenciais do contraditório e do direito de defesa.”

Questiona-se qual seria esse limite da intervenção da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*, entendendo que tal intervenção não possa causar prejuízo à defesa, nem tampouco atuar em posição acusatória, podendo causar, com isso, nulidade.⁷³

Como exemplo prático dessa atuação do Defensor Público como *custos vulnerabilis* no Processo Penal, trazemos um colacionado pelo Defensor Público JORGE BHERON ROCHA⁷⁴, nos seguintes termos:

“é a atuação nos pedidos de relaxamento feitos por advogado particular em comarcas do interior do estado, estando o acusado preso na capital cercado de dificuldades para mobilizar sua defesa, limitações lógicas de locomoção e de contato com o mundo exterior, inclusive com seu procurador judicial. Em caso assim, o Núcleo da Defensoria Pública que oficia junto à Casa de

⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. Ed. São Paulo: RT, 2014, p. 537.

⁷³ GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurilio Casas. *Custos Vulnerabilis: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis*. Belo Horizonte: Editora Cej, 2019, p. 82.

⁷⁴ ROCHA, Jorge Bheron. *A Defensoria como custos vulnerabilis e a advocacia privada*. Consultor Jurídico. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-23/tribuna-defensoria-defensoria-custos-vulnerabilis-advocacia-privada>>. Acesso em: 11mar.2020.

Privação Provisória de Liberdade Professor Clodoaldo Pintio, em Itaitinga (CE), realizou atendimento ao acusado G.B.S, que contava com causídico particular, cujo processo já se encontrava com instrução encerrada, entretanto aguardando que o juízo intimasse a acusação para a oferta de memoriais escritos. O núcleo ingressou com petição requerendo a imediata intimação das partes para apresentação dos memoriais, a fim de evitar dilatação desnecessária na prisão provisória. Tal intervenção foi acolhida pelo advogado particular constituído que, dialogando processualmente com o que denominou de diligente provocação, reiterou o pedido da Defensoria Pública, o que demonstra perfeita compatibilidade e complementariedade entre as atuações, conforme já alertava Ferrajoli.”

Para sermos ainda mais específicos, aplicando a intervenção, como *custos vulnerabilis* da Defensoria Pública, na própria audiência de custódia, permitindo a juíza, do Estado do Amazonas, ANAGALI MARCON BERTAZZ, no caso concreto, que a Defensoria Pública interviesse em complemento à manifestação do advogado, na audiência de custódia, corroborando a tese do pedido de liberdade feito pelo causídico particular⁷⁵.

Dessa maneira, apesar de ainda soar como uma posição minoritária no Brasil⁷⁶, vem ganhando adeptos e não poderia ser olvidada de citação, como uma nova forma de intervenção do Defensor Público no Processo Penal, sendo, dessa maneira, mais uma peculiaridade da Defensoria Pública brasileira, que a diferencia do advogado de ofício português, mormente no primeiro interrogatório.

3. O acesso ao direito em Portugal, o processo penal e o defensor oficioso

A título de esclarecimento, devemos atentar que, em Portugal, escolheu-se o defensor de ofício para o acesso à justiça dos mais necessitados, que será tratado nesse subtópico. Dada a natureza do ordenamento jurídico português, muitas das disposições relativas ao acesso ao direito dos cidadãos decorrem de influências legislativas e jurisprudenciais da União Europeia, da Europa e de âmbito internacional. Por exemplo, a Convenção Europeia de Direitos do Homem, especialmente as alíneas do nº 3 do artigo 6.º, discorre sobre o direito a um processo equitativo:

⁷⁵ Disponível a notícia em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-05/juizes-passam-admitir-defensoria-mesmo-quando-partes-advogado>. Acesso em: 11mar.2020.

⁷⁶ Um autor brasileiro, que já encampa esse posicionamento é: ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 5 Ed. Florianópolis: E-mais Editora, 2019, pp. 499-503.

“O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.”

Nesse sentido, JOÃO PEDROSO assinala quais as condições para o usufruto do acesso à justiça, trazidos pela CEDH:

“Contudo, decidi que o artigo 6º deixa aos Estados a liberdade de escolha dos meios a serem usados em termos de acesso aos tribunais. A instituição de um regime de apoio judiciário é apenas um dentre outros meios, pelo que não compete ao TEDH indicar, e muito menos determinar, quais as medidas que devem ser tomadas. Tudo o que a Convenção exige é que um indivíduo possa usufruir de um direito efetivo de acesso aos tribunais em condições que não sejam contrárias ao artigo 6º”.⁷⁷

Na mesma esteira, em obra importantíssima sobre a assistência jurídica no Brasil, HUMBERTO PEÑA MORAES e JOSÉ FONTENELLE T. DA SILVA⁷⁸ apontam o seguinte traço do acesso à justiça criminal na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que se aplica a Portugal: “a Carta Europeia de Direitos garante assistência judiciária gratuita para os pobres, de maneira expressa e irrestrita, nas questões criminais”.

Ademais, existe o Capítulo VI (“Justiça” – 47.º a 50.º), da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, com referências ao direito a que a causa seja julgada de forma equitativa, à possibilidade de o arguido se fazer defender e representar em juízo, à concessão de assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes e, ainda, com referência aos “direitos de defesa”.

⁷⁷ PEDROSO, João António Fernandes. *Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em (des)construção O caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças*. 2011. p. 194. Tese (Doutorado) - Curso de Economia, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/22583/1/Tese_Joao%20Pedroso.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2019).

⁷⁸ MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenelle T. da. *Assistência Judiciária: Sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. 2ª ed revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019, p. 29.

É inegável que a Europa, em geral, possui um sistema legal de direitos de defesa bastante desenvolvido. São, pois, diversos os instrumentos normativos – desde Diretivas a Convenções – que concretizam a assistência jurídica e os direitos de defesa, designadamente no que diz respeito à interpretação e tradução, ao direito à informação, ao direito de acesso a um advogado ou ao direito a julgamento na presença do arguido⁷⁹⁻⁸⁰. Também, com essa legislação, procurou-se assegurar a elegibilidade para o apoio judiciário e a eficácia e qualidade dos próprios serviços do apoio judiciário⁸¹.

Destarte, instrumentos legislativos como as Diretivas devem ser transpostas para os ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados-Membros da União Europeia, resultando em importantes influências para os sistemas de garantias de defesa dos arguidos. Portugal, como já referimos, é um exemplo evidente do impacto dessas medidas⁸². Por outro lado, existem importantes documentos como o “Livro Verde”⁸³ que aludem às proteções processuais dos suspeitos e arguidos em procedimentos penais dentro da União Europeia. Nas lições de VIVIANE CEOLIN DALLASTA DEL GROSSI: “*Na parte introdutória desse programa, deixou-se expresso que o princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais deverá permitir não só o reforço da cooperação entre os Estados-Membros, mas também a proteção dos direitos das pessoas*”⁸⁴.

⁷⁹ Cfr. Diretiva 2010/64/EU que garante a interpretação e a tradução aos suspeitos ou arguidos nos procedimentos penais; Diretiva 2012/13/EU, relativa ao direito à informação dos suspeitos e arguidos de seus direitos e da acusação contra eles formulada; Diretiva 2013/48/EU, que estabelece regras mínimas relativas aos direitos dos suspeitos ou arguidos em processo penal e das pessoas sujeitas a procedimentos regidos pela Decisão-Quadro 2002/584/JAI (“processos de execução do mandado de detenção europeu») de terem acesso a um advogado e de informarem um terceiro da sua privação de liberdade, bem como de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares; Veja-se Ana Paula Gonzatti da Silva. *O Auxílio Direto à luz dos princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, da Experiência brasileira à inspiração europeia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018, p. 169-177.

⁸⁰ Sobre esta evolução, veja-se Klip, André. *European criminal law. An Integrative Approach*. 3rd Edition. Cambridge: Intersentia, 2016, p. 468-469).

⁸¹ COSTA, Miguel João. “Comentário à proposta de directiva do parlamento europeu e do conselho relativa ao apoio judiciário provisório para suspeitos ou arguidos privados de liberdade e ao apoio judiciário em processos de execução de mandados de detenção europeus (COM(2013) 824 final)”. *A agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantia da Defesa em Processo Penal: a "segunda vaga" e o seu previsível impacto sobre o direito português*, Coimbra, p. 61-78, abr. 2015.

⁸² Veja-se COSTA, Miguel João. “Comentário à proposta de directiva do parlamento europeu e do conselho relativa ao apoio judiciário provisório para suspeitos ou arguidos privados de liberdade e ao apoio judiciário em processos de execução de mandados de detenção europeus (COM(2013) 824 final)”. *A agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantia da Defesa em Processo Penal: a "segunda vaga" e o seu previsível impacto sobre o direito português*, Coimbra, p. 77-78, abr. 2015

⁸³ Consoante o glossário do Centro de Informação Europeia Jacques Delors, é o “documento da responsabilidade da Comissão Europeia, tem por objetivo fomentar a reflexão sobre um assunto específico, a nível da UE. Convida à participação no processo de consulta e debate dos temas em consideração”. Disponível em: <http://www.euroid.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe?p_cot_id=4797>. Acesso em: 14 maio. 2019.

⁸⁴ DEL GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta. *A defesa na cooperação jurídica internacional penal: o auxílio direto e a atuação por meio de redes*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais,

Assim sendo, percebe-se uma crescente preocupação com a implementação das garantias de defesa em relação ao arguido, com a obrigatoriedade, inclusive, de haver advogado para o suspeito na fase de inquérito policial – o que é digno de elogios, pois é nessa fase que se consegue evitar que haja o prosseguimento de uma acusação infundada, evitando-se, assim, a instauração de um processo penal sem que haja lastro probatório mínimo, o que respeita as garantias fundamentais do suspeito.⁸⁵

No país Lusitano, vigora o sistema *judicare* direto, no qual a assistência jurídica gratuita é prestada por “advogados officiosos”, nos casos em que os arguidos não tenham renda suficiente para constituir advogado. A atividade realizada pelos causídicos é remunerada, para cada demanda, pelos cofres públicos⁸⁶. Busca-se, dessa maneira, seguir o teor do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, com o título “acesso ao direito e tutela jurisdicional”. Explicando aludida tema, podemos trazer à baila as palavras de MARIA JOÃO ANTUNES:

“O artigo 20º, nº 1, da CRP complementa a norma constitucional, ao determinar que a justiça não pode ser denegada por insuficiência de meios económicos, o que é assegurado pela Lei 34/2004, de 29 de julho, sobre o acesso ao direito e aos tribunais, especificamente no que se refere à proteção jurídica em processo penal (artigo 39º a 44º)”.⁸⁷

No atual momento, o arcabouço normativo relativo às nomeações officiosas é o trazido pela Lei 34/2004, de 29 de Julho, designada “Acesso ao Direito e aos Tribunais”, “*relativa à melhoria do acesso à justiça nos litígios transfronteiriços através do estabelecimento de regras mínimas comuns relativas ao apoio judiciário no âmbito desses litígios*”, tendo sido modificada pela Lei nº 47/2007, Lei n.º 40/2018, de 08/08 (encargos do processo judicial), DL n.º 120/2018, de 27/12 (apreciação da insuficiência econômica)

2016. 285 p. (Monografias digitais). ISBN 978-85-99216-45-3. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=130703>, p. 188. Acesso em: 14 mai. 2019.

⁸⁵ No mesmo sentido, são as precisas palavras, de duas autoras brasileiras: “deve-se notar que o exercício do direito de defesa por parte do indiciado e a própria atuação do defensor, no inquérito policial, podem contribuir para que não sejam aforadas acusações infundadas, apressadas, temerárias e até caluniosas ou, ainda, acusações genéricas, fadadas ao fracasso”. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. *Constituição da república e exercício do direito de defesa no inquérito policial*. In: CIÊNCIAS criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Coordenação de Marcus Alan de Melo GOMES, Ana Cláudia Bastos de PINHO. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=11156. Acesso em: 6 mar. 2020. p. 206. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=6841. Acesso em: 6 mar. 2020.

⁸⁶ ESTEVES, Diogo / SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. op cit., 2018, p. 8.

⁸⁷ ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina. 2018, p. 46.

e Lei n.º 2/2020, de 31/03 (a urgência de nomeação de apoio judiciário às vítimas de violência doméstica)⁸⁸. Nessa mesma toada, o Código de Processo Penal português faz referência expressa à obrigatoriedade de nomeação de defensor sempre que o arguido não tiver advogado constituído nem defensor nomeado, podendo estar em causa a nomeação de defensor oficioso pela concessão de “apoio judiciário” (artigo 64º, n.ºs 3 e 4, do Código de Processo Penal Português). Os beneficiários desse sistema são as pessoas, especialmente os cidadãos nacionais e da União Europeia, bem como estrangeiros e aos apátridas com título de residência válido na União Europeia, que demonstrem não possuir condições financeiras de arcar com os custos do processo (artigo 7.º, nº 1, da Lei 34/2004).

Vale ressaltar que a seleção de advogado oficioso, que é inscrito de forma voluntária, é feita pela Ordem dos Advogados, com a possibilidade de ser realizada de forma automática, por intermédio de sistema eletrónico⁸⁹. Nesse caso, vale a pena transcrever os ensinamentos de RODRIGO AZAMBUJA:

“O sistema parece, desse modo, não aproveitar as potencialidades do modelo *judicare*, afinal não permite ao beneficiário escolher o advogado que o irá defender; é construído apenas de acordo com os anseios dos profissionais que dele participam, não necessariamente coincidentes com os interesses dos usuários; ao que se somam as graves deficiências da assistência jurídica no processo de execução de penas, de sorte que deveria receber ajustes”⁹⁰.

⁸⁸ Em linhas gerais, a nomeação de defensor oficioso, no Processo Penal, é feita da seguinte maneira, conforme a última lei mencionada: a nomeação do defensor do arguido, a dispensa do seu patrocínio e a substituição, são feitas, de acordo com o capítulo IV, do Código de Processo Penal Português, além da portaria n.º 10/2008, com as modificações da Portaria n.º 210/2008, de 29 de fevereiro (artigo 39º, nº 1); a aludida nomeação é antecedida da advertência, do arguido, do seu direito a constituir advogado (artigo 39º, nº 2); caso não contrate advogado, o arguido deve se identificar, mencionando sua residência, além de declarar seu rendimento, património e despesa permanente de sua família (artigo 39º, nº 3); a secretaria do tribunal deve apreciar a insuficiência económica do arguido, em razão da mencionada declaração e dos critérios contidos na lei (artigo 39º, nº 4); no caso de ser constatada a insuficiência económica do arguido, deverá ser nomeado defensor ou, caso constate que detém condições financeiras, adverti-lo de que deve constituir advogado (artigo 39º, nº 5); a nomeação de defensor oficioso ao arguido tem carácter provisório e depende de concessão de apoio judiciário pelos serviços da segurança social (artigo 39º, nº 6); no caso do arguido não solicitar a concessão de apoio judiciário, tornar-se-á responsável pelo pagamento do triplo do valor estabelecido nos termos do nº 2 do artigo 36º (artigo 39º, nº 7); na hipótese dos serviços de segurança social não concederem o benefício de apoio judiciário ao arguido, este deverá pagar o valor estabelecido, nos termos do nº 2 do artigo 36º, salvo se ficar demonstrado que a declaração proferida, nos termos do nº 3 foi manifestamente falsa, caso em que fica sujeito ao pagamento do quádruplo do valor estabelecido no nº 2 do artigo 36º (artigo 39º, nº 8); caso o arguido não constitua advogado, quando ficar incumbido de fazê-lo, sendo necessária ou conveniente a assistência de defensor, deve este ser nomeado, ficando o arguido responsável pelo pagamento do triplo do valor estabelecido nos termos do nº 2 do artigo 36º (artigo 39º, nº 9); por fim, o requerimento para a concessão de apoio judiciário não afeta o transcurso do processo (artigo 39º, nº 10).

⁸⁹ De acordo com a Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro, na redação da Portaria n.º 210/2008, de 29 de fevereiro.

⁹⁰ AZAMBUJA, Rodrigo. *Para uma defesa criminal efetiva: A assistência jurídica gratuita em Portugal e no Brasil*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo

Essa defesa feita pelo advogado oficioso não pode ser meramente formal, como sucede na maioria das vezes, devendo ser substancial, ou melhor explicando, aquela que realmente propicie meios de defesa⁹¹. Exemplificando, caso o arguido seja detido em flagrante delito, em crime de roubo (artigo 210, do CPp), que não se processe pelo rito sumário, ele deve ser apresentado à autoridade judiciária, em um prazo máximo de 48 horas, a contar da detenção, para ser ouvido no primeiro interrogatório, conforme expressa o artigo 254º, 1, a), do CPPp. Dessa maneira, caso seja um arguido pobre, ser-lhe-á nomeado um advogado oficioso, que deverá manejar todos os instrumentos jurídicos disponíveis, inclusive a via do *habeas corpus* (artigo 220º, do CPPP), quando verificar, por exemplo, que a apresentação do detido ao juiz de instrução ocorreu 72 horas, após a prisão em flagrante.

Em Portugal, ocorre a nomeação eventual dos advogados de ofício que nem sempre são conhecedores ou especializados da matéria em que atuam, não possibilitando a escolha dos profissionais que irão prestar a assistência jurídica, em prejuízo da vontade dos utentes do sistema. Nesse ponto, torna bem diferente da defesa feita pelo Defensor Público brasileiro, que é um profissional com carreira autônoma, pública, especialmente vocacionada para o exercício dessas funções, o que gera uma maior qualidade técnica das defesas, propiciando que haja uma decisão judicial mais justa para os mais necessitados, que são a grande maioria dos usuários do sistema penal brasileiro.

4. Comparativo entre os modelos de acesso à justiça criminal brasileiro e português

Diante desse panorama, passamos fazer uma análise comparativa dos modelos de acesso à justiça criminal lusitano e brasileiro.

Em um primeiro aspecto, a Ordem dos Advogados de Portugal é independente dos órgãos do Estado e o advogado oficioso tem as imunidades indispensáveis para o exercício

de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais. Orientador: Prof. Doutora Maria João Antunes. Coimbra, 2015, p. 94.

⁹¹ Nesse sentido: SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*, Volume I, 6ª Edição, Lisboa: Editora Verbo, 2010, p. 341.

da função de advogado, consagrado no artigo 208, da CRP⁹². Também, a Defensoria Pública possui inúmeras garantias, como por exemplo a independência funcional, no sentido de que este não está submetido a qualquer poder hierárquico ou ingerência externa dos demais órgãos e agentes políticos do Estado no exercício das suas funções⁹³, além da inamovibilidade⁹⁴, irredutibilidade de subsídios e estabilidade (artigo art. 134, §§1º e 4º, c/c artigos 43 e 127, da LC 80/94). Desse modo, as garantias da Defensoria Pública geram uma elevada qualificação técnica, que cria condições para a formação de uma cultura institucional comprometida com o alcance dos objetivos estabelecidos na Constituição⁹⁵. Essas garantias credenciam-na para estar no mesmo patamar que o Poder Judiciário e o Ministério Público, o que não é verificado na advocacia de ofício portuguesa.

Para ser defensor público e advogado de ofício, é necessário ser graduado em Direito. Entretanto, o advogado oficioso é um profissional liberal, enquanto o defensor público faz parte de uma carreira pública de Estado, prevista na Constituição Federal. Com a Emenda 80/2014, foram exigidos três anos de atividade jurídica do candidato à Defensoria Pública (interpretação do artigos 134, §4º, c/c, no que couber, com o art. 93 e no inciso II, do artigo 96, todos da Constituição Federal), além de ser exigido, no concurso da Defensoria Pública, o tema Direitos Humanos, o que demonstra maior tempo de experiência jurídica e de preparo na mencionada matéria, comparado ao advogado de ofício que, em Portugal, necessita apenas de dois anos de experiência jurídica.⁹⁶

⁹² Cfr. artigo 208, da CRP. Ver BOTELHO, Marta. “Defensoria Pública em Portugal: uma solução possível e desejável? Análise comparada entre os modelos português e brasileiro. In: Maria João Antunes; Claudia Cruz Santos; Cláudio do Prado Amaral. (Org.)”. *Os Novos Atores da Justiça Penal*. 1ed. Coimbra: Almedina, 2016, v. 1, p. 392.

⁹³ Sobre o assunto, mister a seguinte nota: “A autonomia constitucional assegurada ao Ministério Público desde 1988 e, mais recentemente, à Defensoria Pública, representa, notadamente, o distanciamento de tais instituições do espectro institucional do Poder Executivo, muito embora, no caso da Defensoria Pública, isso ainda não seja sentido com a devida intensidade na prática em alguns Estados e mesmo no âmbito federal, enfrentando forte resistência política (vide o exemplo da ADI 5296 proposta pela Presidência da República) (FENSTERSEIFER, Tiago; PAIVA, CAIO. *Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública*. Belo Horizonte: Editora Cei, 2019. 55 p).

⁹⁴ Em relação à relevância da aludida garantia, vide: SOUZA, Carlos Eduardo Freitas de. *A abrangência da garantia da inamovibilidade do defensor público*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-15/abrangencia-garantia-inamovibilidade-defensor-publico>. Acesso em: 15/01/2020.

⁹⁵ ALVES, Cleber Francisco. *A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça*. 2005. p. 397-398. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067747.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

⁹⁶ Ver BOTELHO, Marta. *Defensoria Pública em Portugal: uma solução possível e desejável? Análise comparada entre os modelos português e brasileiro*. In: Maria João Antunes; Claudia Cruz Santos; Cláudio do Prado Amaral. (Org.). *Os Novos Atores da Justiça Penal*. 1ed. Coimbra: Almedina, 2016, v. 1, p. 392.

Outro ponto a ser verificado é que, tanto o defensor público, quanto o advogado oficioso, podem comunicar, pessoal e reservadamente, com os usuários do serviço, ainda que detidos ou presos, sendo que a diferença é que o segundo necessita de agendamento prévio, enquanto o primeiro não necessita dessa condição, pois é uma prerrogativa da carreira, prevista no artigo 89, VII, da LC 80/94. Disso, extraímos que o Defensor Público tem maior possibilidade de verificar uma violação aos direitos humanos no interior de um estabelecimento prisional.

Outrossim, merecem algumas palavras o chamado “poder requisitório”. Em relação ao Defensor Público, como agente político de transformação social⁹⁷ que é, os artigos 128, X; 44, X e 89, X, todos da Lei Complementar 80/94, lhe permitem que faça uma investigação penal defensiva, que propicia a obtenção de provas para contrariar os elementos trazidos pela acusação⁹⁸, tornando a defesa efetiva. Esses dispositivos, em suma, têm a seguinte redação: “*requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições*”. Essa norma não encontra a mesma correspondência na legislação portuguesa.

Nesse sentido, a Defensoria Pública, atua não só individualmente, como de forma coletiva, o que a permite evitar a violação sistemática dos direitos humanos, como ocorre na cooperação judiciária internacional. Como exemplo disso, podemos citar o caso da

⁹⁷ Nesse sentido: CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 176, nos seguintes termos: “o que caracteriza o Defensor Público como agente político são as suas garantias, prerrogativas e competências. Estas o colocam em situação da mais completa autonomia e independência funcional, que, exercida dentro dos parâmetros da legalidade, torna-se oponível a todos que pretendessem realizar qualquer tipo de ingerência externa em sua atuação, inclusive relativamente aos demais agentes políticos. Tudo isso aliado à vocação para a transformação social – inerente à sua atuação, conforme discutido acima -, nos leva à conclusão de que pode realmente ser considerado um agente político”. E, conclui: “Assim, temos que são a natureza e a extensão de sua competência e finalidade que, juntamente com as garantias e prerrogativas estabelecidas constitucionalmente, tornam o Defensor Público um agente político de transformação social, capaz de interferir na realidade social por meio de seu ativismo jurídico, estando, portanto, em situação de simetria em relação aos demais órgãos do Sistema de Justiça Brasileiro, integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público.”

⁹⁸ AZAMBUJA, Rodrigo. *Para uma defesa criminal efetiva: A assistência jurídica gratuita em Portugal e no Brasil*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais. Orientador: Profa Doutora Maria João Antunes. Coimbra, 2015, p. 13; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo Penal – TOMO I*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 146 e SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: Juspodivm, 2019.

expulsão e deportação em massa de venezuelanos na fronteira de Roraima, com o Brasil, mais especificamente na cidade de Pacaraima⁹⁹⁻¹⁰⁰.

Ademais, a Defensoria Pública tem como uma de suas funções, a resolução extrajudicial dos conflitos, com previsão no artigo 4º, II, da LC 80/94, com a seguinte redação:

“São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: II- promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio da mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos.”

Não se encontra previsão similar para o advogado de ofício português. Tal traço característico credencia os defensores públicos a prevenirem futuros litígios, consoante pontua a autora Élide Santos:¹⁰¹ *“No Brasil, com a previsão de competência das/os defensoras/es públicas/os para o exercício da mediação, conciliação, arbitragem ou outros meios de resolução de conflitos não adversarial e promoção da educação para os direitos”*.

Por último, deveria haver preocupação acrescida na implementação das garantias de defesa em relação ao suspeito ou arguido na fase de inquérito policial, com a devida instituição dos princípios da paridade de armas, ampla defesa e contraditório, e com a obrigatoriedade, inclusive, da presença de advogado – pois é nessa fase que se consegue

⁹⁹ Nesse sentido, mister citar a conclusão da Defensora Pública Federal: ALVIM, Roberta Pires. *“O Trabalho da DPU na defesa dos migrantes venezuelanos”*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-06/tribuna-defensoria-trabalho-dpu-defesa-direitos-migrantes-venezuelanos>. Acesso em: 15/01/2020, dizendo que “o contato direto do migrante com o defensor público permite o entendimento das principais dificuldades enfrentadas na ponta do sistema migratório, bem como as barreiras encontradas para a devida integração no Estado brasileiro. Assim, a Defensoria se reafirma como instituição que contribui de maneira significativa para a política migratória do Brasil.”

¹⁰⁰ A respeito da crítica ao sistema português, que deixa de fora os direitos humanos dos imigrantes, vale a pena transcrever o seguinte trecho: “O Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI) – que pertence à administração pública (Estado) -, considera que há graves problemas no modo de funcionamento do sistema de apoio judiciário, que deixa de fora todos os imigrantes em situação irregular, dado que a Segurança Social não lhes concede o apoio judiciário(...)”. (PEDROSO, João António Fernandes. *Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em (des)construção O caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças*. 2011. p. 542. Tese (Doutorado) - Curso de Economia, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/22583/1/Tese_Joao%20Pedroso.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020).

¹⁰¹ SANTOS, Élide de Oliveira Lauris dos. *Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece: Dinâmicas de colonialidade e narra(alterna-)divas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal*. 2013. P. 160. Tese (Doutorado) - Curso de Economia, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. Disponível em: <<https://core.ac.uk/reader/19629862>>. Acesso em: 15 jan.2020.

evitar que haja o prosseguimento de uma acusação infundada, evitando-se, assim, a instauração de um processo penal sem que haja lastro probatório mínimo¹⁰².

Isso não se nota facilmente no Brasil, pois não há obrigatoriedade de nomeação de advogado no inquérito policial, muito embora a Lei 13.245/16 tenha trazido novos avanços, com a modificação do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8906/94), como por exemplo franqueando a possibilidade da defesa assistir seus clientes no inquérito policial, sendo que a consequência da sua não admissão seria a nulidade absoluta dos atos já praticados.¹⁰³⁻¹⁰⁴. Vale ressaltar que a nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19) trouxe um dispositivo bem interessante, ainda pendente de discussão, qual seja artigo 15, parágrafo único, II, do aludido diploma legal¹⁰⁵, que estabelece ser crime de abuso de autoridade a conduta da autoridade policial que prossegue no interrogatório daquele que optou ser assistido, naquela fase, por advogado ou defensor público.

Dessa maneira, quando o preso, durante o inquérito policial solicitar o auxílio de um defensor público no interrogatório, tornar-se-á mencionado ato de intervenção obrigatória da defensoria pública, sob pena da autoridade policial incorrer em crime de abuso de autoridade. Isso revela uma evolução da legislação, o que obrigará a uma reestruturação de atuação da Defensoria Pública, dentro das delegacias de polícia.

À guisa de argumentação, no Brasil, tínhamos duas posições sobre a obrigatoriedade da presença de defensor no interrogatório policial:

A primeira defendida que a presença do advogado não era necessária durante o interrogatório policial, uma vez que, tratando-se de procedimento administrativo, não se submete aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não causando nulidade o interrogatório policial feito sem a participação do advogado. Tal é o entendimento

¹⁰² Nesse sentido: JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Revista e Atualizada. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 44.

¹⁰³ Vide artigo 7º, XXI, da Lei 8906/94, com modificação trazida pela lei 13245/16: “Art. 7º São direitos do advogado: XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração”.

¹⁰⁴ TREVISOL, Elias Guilherme. *É obrigatória a presença do advogado no Inquérito Policial?* Disponível em: <http://www.justificando.com/2016/02/01/e-obrigatoria-a-presenca-do-advogado-no-inquerito-policial/>. Acesso em: 16 jan 2020.

¹⁰⁵ Art. 15. Constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório: (Promulgação partes vetadas) II - de pessoa que tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor público, sem a presença de seu patrono.

capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal, na súmula vinculante, de nº 5¹⁰⁶ e, no Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁷, temos um entendimento de que não gera nulidade o interrogatório policial feito sem advogado, desde que seja informado ao interrogando a reserva no direito de só falar em juízo. E, por fim, temos um entendimento do Supremo Tribunal Federal de que não há necessidade de advogado no interrogatório policial, desde que seja garantido ao interrogando o direito de comunicar com sua família, com profissionais da advocacia e de permanecer calado.¹⁰⁸

Por outro lado, ganha corpo uma segunda corrente, com esse no artigo 15, parágrafo único, II, da Lei do Abuso de Autoridade, uma vez que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal Brasileira diz que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Assim sendo, não poderia ter uma interpretação restritiva do dispositivo, de forma a excluir a interpretação que, no inquérito policial, não se aplicaria o contraditório e a ampla defesa

Entretanto, verifica-se que somente haverá caracterização do aludido tipo penal, caso o interrogando, em sede de inquérito policial, solicite auxílio de um causídico particular ou Defensor Público, caso não tenha condições financeiras para isso.¹⁰⁹ Se ele concordar em fazer o interrogatório, sem auxílio defensivo, não haverá caracterização do aludido tipo penal.

Mais acertado teria sido uma alteração no Código de Processo Penal, no seu artigo 6º,V, inserindo a obrigatoriedade do defensor no inquérito policial, no Brasil, como já é feito em Portugal, sendo tal procedimento da legislação portuguesa motivo de aplausos, podendo, inclusive suscitar uma discussão acadêmica para que haja uma alteração do

¹⁰⁶ Súmula Vinculante 5: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

¹⁰⁷ “processual penal - furto qualificado - nulidade - prisão em flagrante - flagrante impróprio - ausência de advogado - requisição do paciente. - Inexiste nulidade na prisão em flagrante de acusado que se escondeu em um matagal, sendo localizado horas depois do delito. De outro lado, a ausência de advogado por ocasião da lavratura do flagrante não nulifica o ato quando o paciente é informado de seus direitos constitucionais e expressamente declara que se reserva no direito de só falar em juízo. - Ordem denegada. (STJ - HC: 24510 MG 2002/0120613-3, Relator: Ministro Jorge Scartezzini, data de julgamento: 06/03/2003, t5 - quinta turma, Data de Publicação: --> DJ 02/06/2003 p. 310)”.

¹⁰⁸ STF, Pleno, HC 102.732/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 04/03/2010, DJE 81 06/05/2010.

¹⁰⁹ Nesse sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. Nova Lei de Abuso de Autoridade. Editora Juspodivm: Salvador. 2020, p. 177.

Código de Processo Penal Brasileiro, a fim de que haja a obrigatoriedade da defesa nos interrogatórios policiais, conforme ocorre no artigo Artigo 64º, 1, alínea a), do CPPP¹¹⁰.

Nesse sentido, trazendo esse comparativo entre o interrogatório policial brasileiro e lusitano, são as precisas palavras de RODRIGO AZAMBUJA¹¹¹:

“Não é à toa que em Portugal, desde 1971, é afirmada a obrigatoriedade de assistência de advogado no primeiro interrogatório do arguido. No Brasil, em razão dos termos do art. 5º, LXIII da CF/88, a jurisprudência do STF não reconhece a invalidade dos interrogatórios realizados em sede policial sem a assistência de advogado. Segundo o STF, a obrigação das autoridades públicas cinge-se a informar o preso de seus direitos. Entretanto, não fosse a doutrina dos momentos críticos, dados da realidade nacional (ausência de audiência de custódia e prática recorrente de tortura) recomendam a mudança dessa jurisprudência.”

A título de argumentação, sabemos que apesar das modificações legislativas no Brasil, possibilitando a participação do defensor (advogado ou defensor público) dentro do inquérito policial, não há estrutura suficiente das Defensorias Públicas para implementação dessa defesa do arguido a partir desse momento¹¹². Na verdade, o grande marco de mudança disso se dá com a implementação da audiência de custódia, que obriga que haja a presença de um defensor, na respectiva audiência de custódia, no prazo máximo de 24 horas, após a efetivação da prisão do indivíduo, o que gera um maior controle sobre o respeito dos direitos humanos no momento da prisão, evitando que haja tortura, agressões ou outras formas de violações aos direitos dos detidos.

Agora, passaremos a tratar de como ocorre a aplicação de medidas de privação da liberdade nas fases iniciais do processo, além da relação do juiz de instrução com esse aludido ato processual, correlacionado com os direitos de defesa do arguido, começando pelo ordenamento jurídico português, passando a tratar, posteriormente, do direito brasileiro.

¹¹⁰ “Artigo 64, do CPPp: Obrigatoriedade de assistência.

1 - É obrigatória a assistência do defensor:

a) Nos interrogatórios de arguido detido ou preso”.

¹¹¹ AZAMBUJA, Rodrigo. *Para uma defesa criminal efetiva: A assistência jurídica gratuita em Portugal e no Brasil*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais. Orientador: Prof Doutora Maria João Antunes. Coimbra, 2015, p. 133.

¹¹² ESTEVES, Diogo / SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. op cit., 2018, p. 463.

Capítulo II: Aplicação de medidas cautelares de privação da liberdade e os direitos de defesa do arguido em Portugal e no Brasil

1. Arcabouço normativo do arguido no processo penal português

Nesse capítulo, analisaremos o arcabouço normativo protetivo do arguido, primeiramente em Portugal e, na sequência, no Brasil, tendo por base as medidas de privação de liberdade que são previstas nos ordenamentos dos dois países e, conseqüentemente, quais os direitos que se lhe asseguram.

No caso português, a aplicação de medidas de privação da liberdade nas fases iniciais do processo ocorre de duas maneiras: a primeira pela *detenção*, também chamada no direito brasileiro de prisão em flagrante, a segunda pela *prisão preventiva*, que pode ser aplicada na fase de inquérito, na fase de instrução ou na fase de julgamento e, por fim, a obrigação de permanência na residência ou a prisão domiciliária.

Em primeiro lugar, devemos ressaltar a grande quantidade de dispositivos legais que contemplam direitos e deveres do arguido, que o torna sujeito processual e não mero objeto do Processo Penal, pois é titular de direitos fundamentais¹¹³.

A qualidade de arguido ocorre quando o sujeito tem contra si deduzida acusação ou quando é requerida instrução num processo penal, sendo que esse atributo permanecerá durante todo o decurso do processo (artigo 57.º, nº 1 e 2, do CPPp). A sua constituição é dada nas hipóteses elencadas no artigo 58.º, do CPPp, sendo, que para nosso tema em debate, importa que, caso não seja feita a constituição do arguido, as declarações eventualmente prestadas por ele não poderão ser utilizadas em seu desfavor (teor do art. 58, nº 5, do CPPp)¹¹⁴.

¹¹³ DIAS, Jorge Figueiredo. *Clássicos Jurídicos- Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 431: “O arguido é pois, sempre e fundamentalmente, sujeito do processo penal que co-determina de forma autónoma a sua conformação e desenvolvimento concretos e não objeto de uma inquirição oficial que lhe seja feita. Nesta veste lhe pertencem certos direitos fundamentais, que podemos designar de direito de presença, direitos de assistência de defensor e direito à interposição de recursos.”-

¹¹⁴ Podemos estabelecer a seguinte premissa da importância de ser constituído arguido, nas palavras de ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. 2 ed. Coimbra: Editora Almedina. 2018, p. 37.: “Ao distinguir o arguido do suspeito, a lei processual penal supõe que à constituição de arguido se liga ao reconhecimento do estatuto de sujeito processual (artigos 58º, nºs 2 e 4, 60º e 61º do CPP), por contraposição ao mero participante processual. De um ponto de vista material, a constituição de arguido significa, ainda, que foi ultrapassada a mera existência de indício de que a pessoa visada cometeu um crime ou que nele participou”.

Na fase de inquérito, podemos estabelecer uma divisão entre direitos e deveres do arguido. Em relação aos direitos do arguido, temos a presunção de inocência, sendo que qualquer decisão deve levar em consideração que o arguido é presumido inocente até ao trânsito da sentença penal condenatória¹¹⁵.

No que diz respeito à aplicação das medidas de coação nas fases iniciais do processo, as mesmas exigem um maior rigor, pois lidam com dois direitos diametralmente opostos: a presunção de inocência do arguido e a busca da verdade real, que é o objetivo da justiça no âmbito penal¹¹⁶.

Outrossim, preceitua o direito de seleccionar o advogado que faça sua defesa no Inquérito e no processo penal, tendo em vista que a fidúcia faz parte dessa escolha, não podendo tal ato ser-lhe imposto (alíneas e) e f) do nº 1 do art. 61º do CPPp)¹¹⁷. Esse é o teor também do artigo 32º, nº 3, da Constituição Portuguesa¹¹⁸. Ademais, o artigo 64º, nº 1, al. a) do CPPp¹¹⁹, sinaliza obrigatória a assistência do defensor nos interrogatórios de arguido detido ou preso. E, caso não haja o comparecimento do defensor nos casos em que a lei a exige, a consequência é a nulidade insanável, consoante o artigo 119.º, alínea c), do CPPp¹²⁰. Também, a ausência de constituição como arguido, pela falta de intervenção do defensor no interrogatório policial, é suscetível de gerar nulidade insanável¹²¹. Há ainda o

¹¹⁵ Nesse sentido, preceitua Maria João Antunes, *idem*, p. 39, “O estatuto processual do arguido está informado por três vetores fundamentais: o direito de defesa; o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença de condenação; e o princípio do respeito pela decisão de vontade do arguido, uma das implicações do princípio da presunção de inocência”.

¹¹⁶ BELEZA, Tereza Pizarro. *Prisão preventiva e direitos do arguido*, in Mário Monte e outros (coord.), *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias*, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 681. “Durante o inquérito policial as necessidades cautelares são mais intensas do que nas fases processuais posteriores, pelo que se pode questionar a bondade da redução feita nesses termos, em particular quanto à fase de inquérito”.

¹¹⁷ Nesta esteira, SANTOS, Cláudia Cruz. *O direito processual penal, as suas finalidades conflituantes e alguns problemas de “burla de etiquetas”*. In: COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia. (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017. p. 823.

¹¹⁸ Artigo 32º, 3, da CRP: “O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória.”

¹¹⁹ Artigo 64º, 1, al. a): “1 - É obrigatória a assistência do defensor: a) Nos interrogatórios de arguido detido ou preso”.

¹²⁰ Artigo 119º, do CPPP: “Constituem nulidades insanáveis, que devem ser oficiosamente declaradas em qualquer fase do procedimento, além das que como tal forem cominadas em outras disposições legais: c) A ausência do arguido ou do seu defensor, nos casos em que a lei exigir a respectiva comparência”.

¹²¹ SANTOS, Cláudia Cruz. *O direito processual penal, as suas finalidades conflituantes e alguns problemas de “burla de etiquetas”*. In: COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia. (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017. p.823 : “O facto de a formalização da detenção e a sua constituição de arguido só terem ocorrido horas mais tarde, *contra legem*, não pode naturalmente colher para os efeitos de se estender que não havendo detenção nem arguido constituído inexistente o direito a ser assistido por advogado aquando daqueles interrogatórios e daquele reconhecimento”.

direito de estar presente em todos os momentos processuais em que sua presença for necessária, haja vista que a presença do arguido possibilitará que haja o respeito do contraditório e da ampla defesa. Depois, existe o direito de ter audiência com um juiz, toda vez que qualquer decisão lhe desfavoreça, tendo em vista a possibilidade de argumentar algo a seu favor, fazendo com que possa influenciar no convencimento do magistrado a mudar sua opinião. Por fim, confere-se o direito de intervir na fase processual, pleiteando provas e as diligências que forem essenciais, para que possa efetivamente exercer a defesa efetiva, possibilitando que tenha poder de mudar a decisão judicial.

Por outro lado, também existem os deveres do arguido de ser obrigado a prestar termo de identidade e residência, quando é tido como arguido, conforme preceitua o art. 61º, 3, c), do CPPp; o dever de comparecimento quando for chamado por um juiz, o Ministério Público ou autoridade policial sempre que a lei exigir e para tal ato tiver sido devidamente convocado (art. 62º, 3, a), do CPPp); e o dever de declarar o seu nome, filiação, freguesia e conselho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão residência, local de trabalho, nos termos do artigo 141º, 3, do CPPp. Agora, com a lei n.º 20/2013, o arguido não é mais obrigado a falar sobre seus antecedentes, diante da ofensa ao princípio da presunção de inocência, orientação que já era adotada pelo Tribunal Constitucional, mesmo antes da mudança legislativa¹²². Finalmente, sujeita-se o arguido às diligências de prova e a medida de coação e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efetuadas por entidade competente (art. 61º, 2, d), do CPPp).

Eis, portanto, em linhas gerais, o arcabouço normativo do arguido no processo penal português, que é um estatuto protetivo e estabelece direitos e deveres.

1.1. A detenção e a prisão preventiva durante o inquérito

Em Portugal, as medidas restritivas à liberdade em fase de inquérito são duas: a detenção e a prisão preventiva, sendo que são forma de restringir a liberdade do arguido, relativizando o princípio da presunção de inocência, a fim de que a justiça penal possa ter efetividade, beneficiando a sociedade. A liberdade é a regra trazida pela Constituição Portuguesa, regendo-se pelo disposto no artigo 27.º, números 1 e 2, da CRP¹²³, sendo que

¹²² Convém lembrar que o TC, no acórdão 372/1998, decidiu ser inconstitucional a imposição da obrigação do arguido ser obrigado a falar dos antecedentes criminais.

¹²³ “Artigo 27º(Direito à liberdade e à segurança)

as possibilidades de restrição à liberdade são trazidas pelas alíneas, do número 3 do mencionado artigo¹²⁴. Ademais, há expressa previsão de que qualquer pessoa que seja privada de liberdade deve ser informada, de pronto e de forma fácil, dos motivos de sua respectiva prisão ou detenção, além de seus direitos, sob pena de indenização por prisão que contrarie as diretrizes constitucionais e da lei.¹²⁵ A liberdade aqui é compreendida no sentido de liberdade física, a liberdade de locomoção, consubstanciada no direito de não haver prisões arbitrárias, que não atendam aos casos trazidos pela Constituição e pela lei. Além disso, resguarda a liberdade do indivíduo contra violações feitas por outrem ou pelo próprio Estado¹²⁶. No seguimento, o texto constitucional dedica o artigo 28^{o127}, cujo conteúdo aborda a detenção e a prisão preventiva, deixando claro que esta última é uma exceção e só poderá ser utilizada caso outras medidas menos restritivas não possam ser aplicadas no caso concreto, sendo que a lei trará os parâmetros para sua fixação, além dos seus prazos de duração.

(Direito à liberdade e à segurança)

1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.
2. Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.”

¹²⁴ a) Detenção em flagrante delito;

b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos;

c) Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;

d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;

e) Sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;

f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente;

g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários;

h) Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente.

¹²⁵ Art. 27, 4º e 5º, ambos da CRP: “Toda a pessoa privada da liberdade deve ser informada imediatamente e de forma compreensível das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos.

5. A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer”.

¹²⁶ CANOTILHO, J.J Gomes / MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I*. 4 Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 478.

¹²⁷ “Artigo 28º (Prisão preventiva)

1. A detenção será submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a apreciação judicial, para restituição à liberdade ou imposição de medida de coacção adequada, devendo o juiz conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa.

2. A prisão preventiva tem natureza excepcional, não sendo decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei.

3. A decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação da liberdade deve ser logo comunicada a parente ou pessoa da confiança do detido, por este indicados.

4. A prisão preventiva está sujeita aos prazos estabelecidos na lei.”

1.1.1. Da detenção

A prisão em flagrante, no direito português, é denominada de “detenção”, que objetiva restringir a liberdade do indivíduo¹²⁸. Podemos mencionar algumas finalidades da “detenção”¹²⁹: a primeira delas visa a apresentação do detido para que se realize um julgamento sumário, não se aplicando o primeiro interrogatório a esse caso; a segunda para que ele seja apresentado e para que se realize o seu primeiro interrogatório – que é o equivalente à audiência de custódia brasileira –, ou para aplicação ou execução de medida de coação¹³⁰. O prazo da detenção, nas hipóteses explanadas, é de 48 horas, sendo que a contagem de tal interregno temporal suscita divergências na doutrina e na jurisprudência.

Uma primeira posição, capitaneada pelo TEDH, no caso *Zervudacki versus França*¹³¹, diz que deve ser contado até a finalização do primeiro interrogatório, sendo esse o teor do artigo 5º, §1º, da CEDH. Enquanto para uma segunda posição, majoritária em Portugal, deve ser contado da detenção até a apresentação ao juiz, e não da sua validação, que poderá ocorrer depois do prazo de 48 horas¹³². De tudo isso, parece-nos que a posição do TEDH mostra-se muito mais garantista, o que sinaliza uma preocupação com a detenção, acima do limite legal, na seara policial, podendo trazer mais probabilidade de tortura, revelando uma postura digna de elogios, por ser mais respeitosa aos direitos humanos, ou seja, a utilização do Processo Penal como instrumento humanizante.

Além disso, há uma hipótese peculiar de detenção, que é para assegurar a presença imediata ou, caso não seja possível, no mais curto prazo, a presença do detido diante da

¹²⁸Sendo tal raciocínio extraído da interpretação do artigo 27º, nº 3, alíneas a), b), f) e g), da CRP: “3. Exceptua-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes:

a) Detenção em flagrante delito;

b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos;

f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente;

g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários;”

¹²⁹Cfr. ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina. 2018, p. 136.

¹³⁰ Cfr. art. 254, 1º, alínea a), primeira parte, do CPPp; art. 254, nº 1, alínea a), c/c art. 141, do CPPp; e art. 254º, nº 1, alínea a), e art. 194, do CPPp.

¹³¹ Disponível no site: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-76515%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-76515%22]}), acesso em 28fev.2020.

¹³² Nesse sentido: CABRAL, José Santos/GASPAR, António Henriques/COSTA, Eduardo Maia / MENDES, António Oliveira/ MADEIRA, António Pereira/GRAÇA, António Pires da. *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 898; LOUREIRO, Fábio. O primeiro interrogatório judicial do arguido detido in: *Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 79; acórdãos do TC nºs 563/03,135/2005, 589/06 e, mais recentemente, o Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa nº 4/16.1ZCLSB, julgado no dia 06/06/2018.

autoridade judiciária em ato processual (artigo 254º, nº 1, alínea b) e artigo 116º, nº 2, do CPPp. Nesse caso, a detenção não pode exceder vinte e quatro horas.

O CPPp prevê também a detenção em flagrante, no seu artigo 255.º, dizendo que flagrante delito é todo delito que está sendo cometido ou acabou de sê-lo, bem como o caso do agente que for, logo após o crime, perseguido por qualquer pessoa ou encontrado com objetos ou sinais que mostrem claramente que acabou de cometer ou nele participar. Vale ressaltar que, no que tange ao crime permanente, há um texto diferente do CPP brasileiro¹³³, conforme preceitua expressamente o artigo 256º, 3, do CPP português, nos seguintes termos: “Em caso de crime permanente, o estado de flagrante delito só persiste enquanto se mantiverem sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e o agente está nele a participar”¹³⁴.

A captura pode ser feita por agentes estatais (autoridade judiciária ou entidades policiais) e, de forma opcional, por particulares, quando não houver presente nenhuma das autoridades citadas, nem puder ser chamada em tempo útil, devendo, após efetuar o flagrante, entregar o detido para uma autoridade judicial ou policial, a qual deverá redigir um auto sumário de entrega e ocorre a devida comunicação ao Ministério Público¹³⁵. Note-se que, no caso de crime no qual o procedimento é iniciado por queixa, a prisão em flagrante só é mantida se o titular desse direito o exercer e, sendo crime que dependa de acusação particular, não há sequer flagrante, mas existe somente a possibilidade de identificação do infrator¹³⁶.

Caso não haja flagrante, a detenção só pode ser realizada por ordem do magistrado. É um ato de reserva de jurisdição que traz as seguintes hipóteses¹³⁷:

¹³³ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *A prisão em flagrante delito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 342.

¹³⁴ Também, na esteira de SILVA, GERMANO MARQUES DA. *Curso de Processo Penal*, vol. II. 5ª edição. Coimbra: Editora Verbo, 2011, p. 325-326.

¹³⁵ Cfr. art. 255º, nº 2 e 259º, todos do CPPp

¹³⁶ Artigo 255º, do CPPp Detenção em flagrante delito

1 - Em caso de flagrante delito, por crime punível com pena de prisão:

a) Qualquer autoridade judiciária ou entidade policial procede à detenção;

b) Qualquer pessoa pode proceder à detenção, se uma das entidades referidas na alínea anterior não estiver presente nem puder ser chamada em tempo útil.

2 - No caso previsto na alínea b) do número anterior, a pessoa que tiver procedido à detenção entrega imediatamente o detido a uma das entidades referidas na alínea a), a qual redige auto sumário da entrega e procede de acordo com o estabelecido no artigo 259º.

3 - Tratando-se de crime cujo procedimento dependa de queixa, a detenção só se mantém quando, em ato a ela seguido, o titular do direito respectivo o exercer. Neste caso, a autoridade judiciária ou a entidade policial levantam ou mandam levantar auto em que a queixa fique registada.

4 - Tratando-se de crime cujo procedimento dependa de acusação particular, não há lugar a detenção em flagrante delito, mas apenas à identificação do infrator.”

¹³⁷ Artigos 257º, nº 1, primeira parte, art. 255º, nº 1, alínea b), todos CPPp

- a) Quando houver fundadas razões para considerar que o visado se não apresentaria voluntariamente perante autoridade judiciária no prazo que lhe fosse fixado
- b) Quando se verifique, no caso concreto, algumas das situações que ensejam a aplicação de medidas de coacção
- c) Se mostrar imprescindível para proteção da vítima.

Vale ressaltar que o Ministério Público Português também pode determinar a detenção, nas hipóteses em que for admissível a prisão preventiva e quando houver fundadas razões para considerar que o visado não se apresentaria voluntariamente perante autoridade judiciária no prazo que lhe for fixado, bem como nas hipóteses de aplicação concreta de medidas de coacção, nos casos em que somente a detenção permita acautelar e se forem imprescindíveis para a proteção da vítima¹³⁸.

É de referir também que há preocupação do legislador em tornar clarividente que, no caso da detenção para efeito de execução de prisão preventiva, o detido deve ser apresentado no prazo máximo de 48 horas ao juiz que tiver aplicado a medida¹³⁹.

Portanto, no Código de Processo Penal Português, há uma preocupação de apresentação do detido para interrogatório, tanto no caso da prisão em flagrante, como na prisão preventiva, o que se revela um avanço em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que, em certos Estados Brasileiros, como o Rio de Janeiro, há relutância de aplicação da audiência de custódia no que tange às outras modalidades de prisões cautelares, que não a prisão flagrante – bastando, para isso, vermos o teor da Reclamação 29303/RJ, onde o Supremo Tribunal Federal analisará a restrição realizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, por meio do art. 2º, *caput*, da Resolução 29/2015¹⁴⁰, excepcionava a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia somente para a prisão em flagrante, excluindo-a das demais prisões.

Caso o processo siga a forma comum e o Ministério Público entenda que deva ser imposta ao arguido uma medida de coacção, o detido deverá ser apresentado ao juiz de instrução competente no prazo máximo de 48 horas, para a realização do primeiro interrogatório judicial, cujo desfecho poderá ser a aplicação de medida de coacção ou de

¹³⁸ Artigo 257º, 1, alíneas a), b) e c), do CPPp

¹³⁹ No artigo 254, nº 2, do CPPp.

¹⁴⁰ “Art. 2º - Toda pessoa presa em flagrante delito será apresentada, sem demora, ao juiz com atribuição junto aos CEAC's, a fim de permitir a realização de audiência de custódia”. Disponível em: http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=189337&desc=ti&servidor=1&iIdioma=0, acesso em 19 mai.2020.

garantia patrimonial.¹⁴¹ No entanto, ressalta GERMANO MARQUES DA SILVA¹⁴² que nem sempre o detido deverá ser apresentado ao juiz da instrução, nos seguintes termos:

“Entendemos que o detido em flagrante delito não tem sempre de ser apresentado ao juiz de instrução, podendo ser libertado pelo Ministério Público, quando o processo não puder manter a forma sumária e o Ministério Público não entenda promover a aplicação de uma medida de coação. Só deverá ser presente ao juiz de instrução quando o Ministério Público promova a aplicação de uma medida de coação”.

Essa hipótese acima citada é de impossível aplicação no direito brasileiro, tendo em vista que o Ministério Público brasileiro não tem atribuição de libertar o detido, sendo atividade de reserva de jurisdição, ou seja, só o juiz tem competência para soltar alguém no Brasil.

Outrossim, voltando ao direito português, as autoridades policiais podem determinar a detenção quando for admissível a prisão preventiva e existirem elementos que tornem fundados o receio de fuga ou de continuação da atividade criminosa ou, ainda, quando não for possível, em virtude da situação de urgência e de perigo na demora, esperar pela intervenção da autoridade judiciária¹⁴³.

Assim sendo, como a detenção priva a liberdade do indivíduo de forma precária, exige-se que haja um regime jurídico bem rigoroso, pois coloca em xeque dois direitos fundamentais: direito à liberdade e direito à realização de justiça e descoberta da verdade material. Dessa maneira, a detenção deve ser submetida a validação no prazo de 48 horas.¹⁴⁴

Além disso, exige-se que os mandados de detenção sigam rigorosamente as regras legais impostas, sob pena de nulidade¹⁴⁵. Nesse sentido, não basta que o mandado apenas mostre o tipo penal, não exigindo uma informação exaustiva dos fatos que embasam a detenção, devendo dar ao detido uma informação sintética, mas precisa, dos fatos concretamente que embasaram a sua detenção¹⁴⁶, o que é muito importante para que o

¹⁴¹ 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>, Acesso em 19 mai.2020, p. 310.

¹⁴² GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. II. 5ª edição. Coimbra: Editora Verbo, 2011, p. 329.

¹⁴³ Artigo 257º, 2, alíneas a), b) e c), do CPPp

¹⁴⁴ Cfr. artigos 28º, nº1, da CRP e art. 254º, nº 1, alínea a), do CPPp. E, ainda, ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina. 2018, p. 139.

¹⁴⁵ Cfr. artigo 258º, do CPPp.

¹⁴⁶ CABRAL, José Santos/GASPAR, Antônio Henriques/COSTA, Eduardo Maia / MENDES, Antônio Oliveira/ MADEIRA, Antônio Pereira/GRAÇA, Antônio Pires da. *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 903.

defensor faça a defesa nessa fase processual – podendo inclusive lançar meio do *habeas corpus*, como ferramenta de tutela da liberdade do indivíduo¹⁴⁷.

Está previsto o dever de comunicação de detenção feito pelas autoridades policiais, que objetiva o controle da legalidade dessa restrição à liberdade, pelos juízes e pelo Ministério Público, devendo a comunicação ser imediata. Vale ressaltar que, caso seja feita a apresentação diretamente às autoridades judiciárias, a comunicação fica dispensada¹⁴⁸.

Por fim, as hipóteses de imediata libertação do indivíduo podem ocorrer quando “se tornar manifesto que a detenção foi efetuada por equívoco sobre a pessoa ou fora dos casos em que a lei a permitia ou que a medida se tornou desnecessária.”¹⁴⁹. A autoridade policial pode verificar essa hipótese de libertação, caso ela própria tenha efetuado a detenção. Porém, tal fato deverá ser comunicado ao Ministério Público. E, caso a detenção tenha ocorrido por ordem da autoridade judiciária, cabe a esta ordenar, por despacho, a libertação¹⁵⁰.

1.1.2. Da prisão preventiva

FERNANDO GONÇALVES e MANUEL JOÃO ALVES conceituam a prisão preventiva como uma medida de coação de natureza excepcional, necessariamente provisória ou precária, que consiste na privação da liberdade individual, resultante de decisão judicial interlocutória.¹⁵¹ Tal medida de coação é a mais grave no ordenamento jurídico português, vigorando, em relação a ela, dois interesses diametralmente opostos: de um lado, o interesse do Estado de resguardar, com a prisão preventiva, o interesse do processo, culminando com a aplicação da “justiça social”; de outro, a possibilidade do indivíduo permanecer em

¹⁴⁷ Cfr. art. 31º, da CRP e 220º, do CPPp

¹⁴⁸ CABRAL, José Santos/GASPAR, António Henriques/COSTA, Eduardo Maia / MENDES, António Oliveira/ MADEIRA, António Pereira/GRAÇA, António Pires da. *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 904.

¹⁴⁹ Cfr. o artigo 261º, do CPPp.

¹⁵⁰ CABRAL, José Santos/GASPAR, António Henriques/COSTA, Eduardo Maia / MENDES, António Oliveira/ MADEIRA, António Pereira/GRAÇA, António Pires da. *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 904.

¹⁵¹ GONÇALVES, Fernando/ALVES, Manuel João. *As Medidas de Coação no Processo Penal Português*. Editora Almedina, Coimbra, 2011. p. 101.

liberdade, durante o transcurso do trâmite processual, em função da aplicação do princípio da presunção de inocência, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória¹⁵².

A prisão preventiva em Portugal possui um caráter excepcional e subsidiário, uma vez que, em regra, a liberdade deverá prevalecer. Na verdade, o artigo 28.º, n.º 2, da CRP, impede a sua aplicação quando puder ser aplicada caução ou outra medida de coação menos grave. Sendo assim, o aprisionamento provisório ocorre de forma excepcional, ou seja, quando não puder ser aplicada outra medida de coação menos grave. Já quanto à segunda peculiaridade, ela só pode ser concedida, no caso concreto, caso não haja nenhuma outra medida de coação possível¹⁵³, funcionando como um soldado de reserva, só podendo ser utilizada em último caso. Nesse sentido, mister trazermos à tona as lições de MARIA JOÃO ANTUNES¹⁵⁴:

“Esta norma constitucional vincula o legislador e o aplicador da lei à exigência de subsidiariedade da prisão preventiva, no sentido preciso de a ela se poder chegar somente depois de percorrido o caminho que afasta todas as outras por inadequação ou insuficiência, perante as exigências processuais de natureza cautelar que se façam sentir no caso.”

Nenhuma medida cautelar pode ser imposta como uma decorrência automática da prática de infração penal. Para que haja prisão preventiva na fase de inquérito, é necessário o pedido do Ministério Público. Ressaltando a necessidade de que haja pedido do Ministério Público na fase de inquérito, temos o princípio do pedido da fase do inquérito, nas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE: “A Lei nº 48/2007, de 29.8, visou reforçar o princípio do pedido na fase de inquérito, contribuindo assim para uma maior imparcialidade do tribunal. Em nenhuma circunstância o tribunal deve tomar a iniciativa de restringir a liberdade ou propriedade do arguido, apenas o deve fazer sob impulso de terceiro.”¹⁵⁵

Dessa maneira, as medidas cautelares, de um modo geral, são sempre excepcionais. De forma doutrinária, tem como pressupostos os seguintes requisitos: (1º) *fumus comissi delicti*: consiste na fumaça da ocorrência de um delito, ou melhor dizendo,

¹⁵² Conforme redação do artigo 32º, 2, da CRP. Cfr. VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência no Direito Processual Penal*. Coimbra Editora: Coimbra. 2000, p. 97.

¹⁵³ Nesse sentido: SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal Vol.II*. 5 Ed. Editora Verbo: Lisboa. 2011. pág. 398.

¹⁵⁴ ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina. 2018, p. 145.

¹⁵⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4 Ed. Editora Universidade Católica: Lisboa. 2011, p. 574.

é a probabilidade do direito de punir, verificado pelo conjunto probatório da existência do crime e evidência de autoria ou de participação; (2º) *periculum libertatis*: consiste no perigo em relação à liberdade, que é o risco da liberdade do agente para o inquérito policial ou para o processo, na aplicação da lei penal e para segurança da comunidade.

Com efeito, o regime de aplicação da prisão preventiva em Portugal depende do preenchimento de um dos requisitos gerais de aplicação das medidas de coação, combinando um dos requisitos específicos¹⁵⁶. Assim, nenhuma das medidas de coação, com exceção da de termo de identidade e residência, pode ser aplicada, sem que haja o preenchimento, pelo menos, de um dos requisitos justificativos e limitadores – exceto as que se referem à indicação obrigatória do termo de identidade e de uma morada.

Os requisitos gerais em causa são os seguintes: a) fuga ou perigo de fuga; b) perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou c) perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a atividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas.

Em relação à “fuga ou perigo de fuga”, representa o perigo do arguido ter efetivamente fugido, como por exemplo não ter sido encontrado no seu endereço habitual para uma diligência qualquer do inquérito ou processo ou perigo concreto dele fugir. Nesse sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁵⁷ esclarece que a compreensão do perigo de fuga deverá levar em consideração diversos fatores, como o caráter do arguido, a sua casa, a sua ocupação, entre outros, além da gravidade das sanções criminais e civis previsíveis para o delitos imputados ao arguido:

“O perigo de fuga deve tomar em conta a gravidade das sanções criminais e civis previsíveis para os crimes imputados ao arguido e outros factores relacionados com o carácter do arguido, a sua casa, a sua ocupação, as suas posses, os seus laços familiares e os laços que tem com o país onde é investigado”.

No que toca ao perigo de perturbação, a prisão cautelar justificar-se-á se o arguido trazer qualquer perigo de dilapidação da prova produzida no inquérito ou no processo, sendo que esse perigo é maior nas fases preliminares e diminui com o decurso do tempo,

¹⁵⁶ Cfr. previstos no artigo 202º e 204º, do CPPp.

¹⁵⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 4 Ed. Editora Universidade Católica: Lisboa. 2011, p. 600.

em decorrência da feitura das provas mais importantes para o processo¹⁵⁸. Numa interpretação mais ampliada¹⁵⁹, esse perigo não se refere apenas ao inquérito e à instrução, abrangendo todas as fases do processo, devendo ser avaliado em concreto a efetiva possibilidade do arguido impedir ou perturbar a investigação e mormente influenciar na feitura ou conservação dela.

Por fim, como última hipótese, o perigo de continuação da atividade criminosa ou de perturbação grave da ordem e tranquilidade pública, em razão das circunstâncias do crime ou personalidade do arguido: está em causa a aplicação de uma medida preventiva que visa evitar que haja reiteração do cometimento de infrações penais por parte do arguido, que também engloba coibir a continuidade delitiva, que é o cometimento de delitos nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de operação¹⁶⁰.

Depois de analisados os requisitos gerais, passamos aos requisitos específicos da prisão preventiva.

Do que se observa, nos termos do regime do art. 202º do CPPp, percebe-se que a lei impede que a prisão preventiva seja aplicada em crimes que não prevejam pena de prisão superior a 3 anos. Na verdade, a atual redação tem um leque muito grande de hipóteses, sempre que se considerarem inadequadas ou insuficientes outras medidas de coação: na alínea a), o juiz pode impor ao arguido a prisão preventiva quando houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 5 anos; a alínea b) nos traz as hipóteses de criminalidade violenta, sendo que tal definição está contida no art. 1º, alínea j), do CPPp¹⁶¹; já em relação à alínea c), consagra os casos de terrorismo e criminalidade altamente organizada, havendo uma remissão para alínea I) e para a alínea m) do art. 1º do CPPp; na alínea d) prevê-se a aplicação de prisão preventiva para crime doloso de ofensa à integridade física qualificada, furto qualificado, dano qualificado, burla informática e nas comunicações, receptação, falsificação ou contrafacção de documento e atentado à segurança de transporte rodoviário, puníveis com prisão máxima superior a 3 anos; a alínea e) refere-se à detenção de arma proibida, detenção de

¹⁵⁸ Idem, p. 601

¹⁵⁹ Nesse sentido: CABRAL, José Santos/GASPAR, António Henriques/COSTA, Eduardo Maia / MENDES, António Oliveira/ MADEIRA, António Pereira/GRAÇA, António Pires da. Código de Processo Penal Comentado. Coimbra: Almedina, 2014, p. 822.

¹⁶⁰ Cfr. SILVA, Germano Marques Da, Curso de Processo Penal, vol. II. 5ª edição. Coimbra: Editora Verbo, 2011, p. 359.

¹⁶¹ “Criminalidade violenta” as condutas que dolosamente se dirigem contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e a autodeterminação sexual ou a autoridade pública e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos.

armas e outros dispositivos, produtos ou substâncias em locais proibidos ou crime cometido com arma, só admitindo prisão preventiva se forem crimes que, em abstrato, tenham pena de prisão superior a 3 anos; e a alínea f) traz a possibilidade de prisão preventiva para pessoa que tiver penetrado ou permaneça em território nacional irregularmente, sendo uma norma restrita ao caso do estrangeiro que permaneça em solo português irregularmente ou que tenha contra si processo de expulsão ou extradição.

Assim sendo, observamos que a regra geral de aplicação da prisão preventiva é o da previsão, em abstrato, de crime com pena de prisão superior a 5 anos, admitindo que há uma série de exceções em que se permite a custódia cautelar, para outros delitos, com pena prevista superior a três anos. As exceções são inúmeras, o que gera um complicado raciocínio para saber se um caso concreto admite ou não prisão preventiva.

Também, existe a hipótese de prisão preventiva para o caso de haver violação das obrigações impostas por aplicação de uma medida de coação¹⁶². Caso uma medida de coação não seja cumprida, o magistrado judicial tem possibilidade de, mediante requerimento do Ministério Público, decidir pela imposição de outra medida de coação. Caso haja alguma evidência de prática de continuação delitativa, poderá também sujeitar à aplicação de prisão preventiva, se houver indícios da prática de continuidade delitativa. Vale ressaltar que a prisão preventiva é efetuada em um estabelecimento prisional, sendo seu cumprimento imediato, a partir do momento em que o juiz a decreta. Caso o conduzido não esteja sob detenção, o juiz ordena o seu recolhimento a um estabelecimento penitenciário.

Por ser a medida de coação mais drástica, há previsão de prazos máximos, tendo uma obrigação de reexame trimestral da prisão preventiva¹⁶³, segundo o qual o juiz procede, de ofício, à reanálise dos requisitos da prisão preventiva, podendo decidir se poderá ser mantida, substituída ou revogada. O reexame deve ser feito, no máximo, de 3 em 3 meses. A Constituição Portuguesa prevê expressamente que os prazos da prisão preventiva são os estabelecidos em lei, estando tais prazos estão previstos no art. 215º do CPPp, estabelecidos em razão da fase processual do crime em questão e da complexidade do processo¹⁶⁴.

¹⁶² Consoante o art. 203º, n.º 2, do CPPp

¹⁶³ Conforme o art. 213º CPPp

¹⁶⁴ Desde o momento em que o arguido é preso preventivamente, essa medida de coação terá uma duração máxima. Ela se extingue ao final do prazo de:

- 4 meses, caso não tenha sido feita acusação: se é aplicada no inquérito, ou bem que o Ministério Público formula acusação no prazo de 4 meses ou, se tal não suceder, a prisão preventiva extingue-se;
- 8 meses sem tenha sido proferida decisão instrutória;
- 1 ano e 2 meses sem que tenha havido condenação em 1ª instância;

No artigo 214º, do CPPp, estão presentes os casos em que se extinguem as medidas de imediato. Isso ocorre sempre que seja proferida uma decisão do Ministério Público ou do juiz que aponte no sentido da não existência da responsabilidade criminal do arguido. Vale ressaltar que a alínea e) do mesmo artigo estabelece que as medidas são extintas com o trânsito em julgado da sentença condenatória, considerando que o termo de identidade é uma exceção, que só se extingue com o término da pena. Quando o processo acaba, as medidas processuais são extintas também. Um arguido que esteja em prisão preventiva e a ele seja aplicada uma pena de prisão, não pode ficar preso em razão das medidas de coação. Nesse caso, o fundamento da privação de liberdade é a pena.

1.1.3. A duração da prisão preventiva à luz do TEDH

No TEDH discutem-se muitos casos em que está em causa a duração prolongada dos prazos da prisão preventiva. O TEDH não adota um prazo fixo para determinar o que será o excesso de prazo na prisão preventiva, o que a doutrina, mais abalizada, denomina de “doutrina do não prazo”¹⁶⁵. Dessa maneira, o caso concreto irá determinar se o prazo razoável foi ou não violado. Nesse sentido, importante citarmos IRINEU CABRAL¹⁶⁶, que define com precisão essa definição: “A determinação da razoabilidade do prazo não pode ter um tratamento dogmático, requerendo o exame da situação concreta, onde se ponderem todas as circunstâncias inerente apreciadas globalmente”. O autor prossegue: “O prazo razoável apresenta-se como uma questão de facto; por isso, ónus da prova recai sobre o Estado requerido, incumbindo-lhe, quando prazo parecer exorbitante, fornecer as explicações sobre os motivos dos atrasos verificados”.

- 1 ano e 6 meses sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado.

Como regra geral, a prisão preventiva possui duração máxima de 1 ano e 6 meses. A lei estabelece, no entanto, que, para certos crimes, como terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada os prazos sejam elevados (art. 215º/2, do CPPp).

O artigo 215º, 3, do CPPP diz que os prazos são elevados, no momento em que o procedimento se revelar de excepcional complexidade.

O artigo 215º/4, do CPPP especifica o que se deve entender por excepcional complexidade. Dessa maneira, não é qualquer excepcionalidade que justifica a extensão do prazo. Nesse caso, justificar-se-ia a dilação do prazo, caso se trate de um procedimento complexo, em decorrência da dificuldade da obtenção de provas

¹⁶⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 39.

¹⁶⁶ BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1999, p. 147.

Consoante o TEDH, o marco inicial para contabilizar a custódia cautelar é a prisão do cidadão, tendo tal conclusão sido decidida no caso Yagci e Sargin contra Turquia (1995)¹⁶⁷, tendo o patamar derradeiro quando é restituída sua condição de liberdade ou, no momento em que não há mais possibilidade de recurso. Agora, para sabermos qual a razoabilidade dos prazos de segregação cautelar, mister analisarmos duas correntes jurisprudenciais.

Inicialmente, o TEDH entendeu que a prisão preventiva deveria ser entendida com base em sete critérios, nos seguintes termos¹⁶⁸:

“i) A duração da prisão em si mesma; ii) A duração da prisão preventiva tem relação com a natureza do delito, a pena prevista para ele e a pena que deve esperar no caso de uma condenação, e com relação ao sistema aplicável a imputação da detenção preventiva na execução de pena eventual. A esse respeito, a Comissão precisou que a duração da detenção preventiva pode variar segundo a natureza da infração, a pena prevista e a pena que se deve esperar. No entanto, para determinar a relação entre a pena e a duração da detenção preventiva é necessário ter em conta a presunção de inocência consagrada pelo artigo 6.2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Se a duração da detenção se aproximasse muito à duração da pena que deve esperar que, em caso de uma condenação, o princípio da presunção de inocência não seria respeitado em sua integralidade; iii) Efeitos pessoais sobre o preso, de ordem material, moral ou outros; iv) a conduta do preso: a) Contribuiu para retardar ou acelerar a instrução dos debates? b) O procedimento tem sido atrasado mediante a formulação de petições de pedido de liberdade provisória, apelações ou outros recursos? c) Tem solicitado a liberdade mediante fiança ou tem oferecido outras garantias que assegure seu comparecimento diante da audiência? v) As dificuldades da instrução do assunto (sua complexidade diante dos fatos e o número das testemunhas e o acusado, necessidade de recusar provas no estrangeiro etc.); vi) A maneira que a instrução foi conduzida: a) O sistema que rege a investigação; b) A conduta das autoridades judiciais durante a instrução (o cuidado que foi posto no assunto e a maneira em que foi organizado a instrução); vii) A atuação das autoridades judiciais: a) no exame das petições que analisam o pedido de liberdade durante a instrução; b) no julgamento do caso”.

Dessa maneira, diante do caso concreto, deverá ser observado esses sete critérios, para se observar se uma prisão preventiva é razoável ou não, sendo que, para se chegar a essa conclusão, isso vai depender da profundidade dos crimes apontados e da complexidade das investigações.¹⁶⁹ A análise desses sete critérios deveria ser feita de forma global, bastando que somente um deles fosse violado, para que caracterizasse a falta de

¹⁶⁷ Consoante Acórdão do TEDH de 10.07.1991, Caso Yagci e Sargin contra Turquia.

¹⁶⁸ Consoante Acórdão do TEDH de 27.06.1968, no caso WEMHOFF versus Alemanha, pp. 12-13.

¹⁶⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4 Ed. Editora Universidade Católica: Lisboa. 2011, p. 601.

razoabilidade da custódia cautelar. Nesse sentido, precisas as palavras de GUSTAVO BADARÓ e AURY LOPES JR¹⁷⁰: “Tratavam-se de critérios que deveriam ser apreciados em conjunto, com valor e importância relativos, admitindo-se, inclusive, que um deles fosse decisivo na aferição do excesso de prazo”¹⁷¹.

Embora tenha sido pioneira nessa seara da delimitação da razoabilidade ou não da prisão preventiva, a jurisprudência foi incapaz de delimitar com exatidão qual o momento exato para apontar se a prisão foi ou não razoável¹⁷². Tais parâmetros são parâmetros exegéticos da análise de cada processo, cabendo ao juiz decidir pela liberdade ou prisão do arguido. Vale ressaltar que a aplicação de aludido critério ocorreu nos seguintes casos¹⁷³: *Neumeister vs Austria*¹⁷⁴, *Stögmüller vs Austria*¹⁷⁵ e *Matznetter*¹⁷⁶.

Como nem todos os casos foram aceitos, o TEDH passou a aplicar a “doutrina dos três critérios”, a fim de constatar se um processo seria ou não razoável, acabando por realizar uma adaptação da anterior teoria. Tal teoria basearia em três critérios¹⁷⁷: a) a complexidade do caso; b) o comportamento da parte; e c) o comportamento das autoridades judiciárias.

No entanto, essa junção de critérios, embora mantendo o critério da razoabilidade, gera uma maior discricionariedade por parte do julgador¹⁷⁸. E, dessa vagueza de conceitos, foi consolidada a “doutrina do não prazo”, pois deixa amplo espaço discricionário para

¹⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 40.

¹⁷¹ *Idem*, pp. 52-55.

¹⁷² PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. 1. ed. 1. reimp. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009, pp. 113-14.

¹⁷³ *Idem*, pp 119; 125 e 130.

¹⁷⁴ Disponível no seguinte sítio eletrônico: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=2ahUKEwjLTX3N3oAhWrAWMBHfnmAC0QFjADegQIARAB&url=https%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fpdf%3Flibrary%3FDECHR%26id%3D001-73425%26filename%3DNEUMEISTER%2520v.%2520AUSTRIA.pdf&usq=AOvVaw3YvqPR-oetQhZXoyKaBuaY>, acesso em 10 abr 2020.

¹⁷⁵ Disponível no seguinte sítio eletrônico: [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{"itemid":\["001-57582"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{), acesso em 10 abr 2020.

¹⁷⁶ Disponível no seguinte sítio eletrônico: <https://www.legal-tools.org/doc/de1252/pdf/>, acesso em 10 abr 2020.

¹⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 40.

¹⁷⁸ Nesse sentido, *Idem*, p. 41: “Cabe destacar que, nos últimos anos, o TEDH, embora mantendo o critério geral da razoabilidade, tem acrescentado em suas decisões que, a duração prolongada da prisão cautelar somente estará justificada se houver uma real exigência do interesse público, que deve prevalecer sobre o direito de liberdade, não obstante a presunção de inocência.”

avaliação segundo as circunstâncias do caso e segundo o “sentimento de justiça” do julgador¹⁷⁹.

1.1.4 Obrigação de permanência na residência ou prisão domiciliária

Essa medida de coação, prevista no art. 201º, do CPP¹⁸⁰, chamada de prisão domiciliária, pode ser enquadrada como uma terceira forma de restrição da liberdade. Nesse sentido, trazemos à baila os dizeres dos autores do Código de Processo Penal comentado¹⁸¹:

“A medida comporta duas modalidades: obrigação de não se ausentar; e obrigação de não se ausentar sem autorização. Nesta segunda modalidade, a autorização é concedida caso a caso, sendo inadmissível uma autorização genérica para o arguido se ausentar com regularidade (por exemplo, para trabalhar ou estudar fora de casa), o que enfraqueceria nuclearmente o carácter cautelar da medida”¹⁸².

Para que haja a fiscalização da medida, existe a possibilidade de vigilância eletrônica, a fim de que possa haver efetividade na implementação da obrigação de permanência na residência¹⁸³.

Enquanto medida de coação, a sua aplicação deve respeitar os princípios gerais como a subsidiariedade e a adequação ao caso concreto, estando também condicionada à verificação de fortes indícios da prática de crime com moldura penal com máximo superior a três anos.

¹⁷⁹ Idem, p.41

¹⁸⁰ Artigo 201º

Obrigação de permanência na habitação

1 - Se considerar inadequadas ou insuficientes, no caso, as medidas referidas nos artigos anteriores, o juiz pode impor ao arguido a obrigação de não se ausentar, ou de não se ausentar sem autorização, da habitação própria ou de outra em que de momento resida ou, nomeadamente, quando tal se justifique, em instituição adequada a prestar-lhe apoio social e de saúde, se houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos.

2 - A obrigação de permanência na habitação é cumulável com a obrigação de não contactar, por qualquer meio, com determinadas pessoas.

3 - Para fiscalização do cumprimento das obrigações referidas nos números anteriores podem ser utilizados meios técnicos de controlo à distância, nos termos previstos na lei.

¹⁸¹ CABRAL, José Santos/GASPAR, António Henriques/COSTA, Eduardo Maia/ MENDES, António Oliveira/ MADEIRA, António Pereira/GRAÇA, António Pires da. Código de Processo Penal Comentado, Coimbra: Almedina, 2014, p. 813.

¹⁸² idem, p. 813.

¹⁸³ Ver Lei n.º 33/2010, de 2 de setembro

Por fim, à semelhança da prisão preventiva, é de referir que o tempo de obrigação de permanência pode ser descontado na pena de prisão que eventualmente for aplicada.

1.2. O sentido da intervenção do juiz de instrução na fase do inquérito

A fase do inquérito em Portugal começa por ser regida pelo artigo 262.º, do CPPp, que preceitua o seguinte:

“Artigo 262º Finalidade e âmbito do inquérito. 1 - O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação. 2 - Ressalvadas as exceções previstas neste Código, a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de inquérito.”

Nos dizeres de MARIA JOÃO ANTUNES¹⁸⁴, o inquérito é:

“Conjunto de diligências, que visam investigar a existência de um crime-investigar a existência do conjunto de pressupostos de que depende a aplicação do agente de uma pena ou de uma medida de segurança de acordo com o artigo 1º, alínea a) do CPP -, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas em ordem à decisão sobre a acusação.”

A abertura ou não do Processo Penal, em Portugal, é incumbência do Ministério Público¹⁸⁵. O Ministério Público é órgão pertencente ao poder judiciário¹⁸⁶, possuindo um certo paralelismo em relação à magistratura judicial. Como particularidade, temos o Centro de Estudos Judiciários que, em Portugal, tem a incumbência de selecionar os candidatos que, no curso de formação, optarão para seguir a carreira de Magistrado do Ministério Público ou de Magistrado Judicial. Como já tivemos oportunidade de argumentar, esperamos que, num futuro bem próximo, possamos ter um Centro de Estudos Judiciários

¹⁸⁴ ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina. 2018, p. 84.

¹⁸⁵ Tendo tal previsão no artigo 263º, do CPPP: “1 - A direção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal. 2 - Para efeito do disposto no número anterior, os órgãos de polícia criminal atuam sob a direta orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional.”

¹⁸⁶ Consoante expresso pelo artigo 219.4, da CRP: “4. Os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados, e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei”; e art. 75 EMP: “Paralelismo em relação à magistratura judicial 1. A magistratura do Ministério Público é paralela à magistratura judicial e dela independente”.

que contemple também a carreira da Defensoria Pública, o que tornaria o Sistema de acesso à justiça Português mais igualitário, mormente nas causas penais, para as pessoas sem condições financeiras para constituir um advogado¹⁸⁷.

Nessa toada, o Ministério Público é o órgão encarregado de dirigir o inquérito policial, tendo como assistência os OPC¹⁸⁸. Apesar do inquérito ser de encargo do Ministério Público, há alguns atos que terão a intervenção do Juiz da Instrução Criminal, que objetivará resguardar os direitos fundamentais do arguido¹⁸⁹.

Nos atos a praticar pelo JIC durante o inquérito, que se tratam de decisões essencialmente jurisdicionais¹⁹⁰, há hipóteses de intervenção que dependem de provocação do Ministério Público, da autoridade de polícia em caso de urgência ou de perigo de demora, do arguido ou do assistente¹⁹¹. São atos praticados pelo JIC por serem atos que tratam diretamente de direitos fundamentais, pelo menos até a remessa do processo para julgamento¹⁹². Como exemplo disso, temos a competência exclusiva para proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido.

Já, nos atos a ordenar ou autorizar, nesses casos, essencialmente, o JIC é uma figura de garante, pois cabe a ele checar a legalidade e o respeito pelos direitos fundamentais do arguido no âmbito desses atos. Falamos, p. ex., de buscas domiciliárias, perícias e exames¹⁹³. Existem ainda os atos que podem ou não ser delegados aos OPC por parte do MP, consoante a natureza da diligência em causa¹⁹⁴.

Cabe frisar que o JIC no papel de “investigador” não condiz necessariamente com o respeito pelo processo acusatório, uma vez que lhe cabe o papel essencial de fiscalização dos direitos fundamentais, havendo, nesse ponto, uma repartição das magistraturas do

¹⁸⁷ SOUZA, Carlos Eduardo Freitas de. *Defensoria Pública em Portugal: uma realidade possível?*. Revista CEJ, nº2, 2019, p. 250.

¹⁸⁸ Conforme preceitua o artigo 56, do CPPp: “Artigo 56º Orientação e dependência funcional dos órgãos de polícia criminal .Nos limites do disposto no nº 1 do artigo anterior, os órgãos de polícia criminal atuam, no processo, sob a direção das autoridades judiciais e na sua dependência funcional.” Veja-se ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina. 2018, p. 85.

¹⁸⁹ Estando previsto nos artigos 268º e 269º, do CPPP. Veja-se LEONES DANTAS, António. “Portugal”, in *Sistemas de Processo Penal en Europa*. Coord. Ramón Maciá Gómez. Barcelona: CEDECS, 1998, p. 319.

¹⁹⁰ CABRAL, José Santos/GASPAR, António Henriques/COSTA, Eduardo Maia/MENDES, António Oliveira/ MADEIRA, António Pereira/GRAÇA, António Pires da. *Código de Processo Penal Comentado*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 912.

¹⁹¹ Cfr. Artigo 268º, 2, do CPPP.

¹⁹² Cfr. artigo 32º, nº 4, da CRP e 17º do CPPP)

¹⁹³ Cfr. 269º, do CPPp e CABRAL, José Santos/GASPAR, António Henriques/COSTA, Eduardo Maia / MENDES, António Oliveira/ MADEIRA, António Pereira/GRAÇA, António Pires da. *Código de Processo Penal Comentado*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 914.

¹⁹⁴ Veja-se o art. 270, nº 1, do CPPp.

Ministério Público e Magistratura Judicial. Com esse mesmo entendimento, eis as precisas palavras de MARIA JOÃO ANTUNES¹⁹⁵:

“Só uma intervenção do juiz de instrução no inquérito como juiz de liberdades e não como juiz da investigação garante o respeito pelo modelo constitucional de repartição de funções entre magistraturas distintas (artigos 32º, nº 4 e 5 e art. 219, da CRP), do mesmo passo que garante a possibilidade de a fase de instrução ser verdadeiramente um mecanismo de comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem de submeter a causa a julgamento (artigo 268º, nº 1, do CPP).”

Isso quer dizer que ele deve buscar o respeito aos direitos fundamentais do arguido¹⁹⁶, valendo ressaltar que a delegação de atos instrutórios, que digam respeito a direitos fundamentais, não poderá ser delegada, conforme decisões de jurisprudência constitucional¹⁹⁷.

Por outro lado, cabe frisar o seguinte: o juiz de instrução, que aplicou medida de coação não pode intervir em julgamento em virtude de estar impedido legalmente¹⁹⁸. Nesse mesmo sentido, é o que defende o Tribunal Europeu de Direitos Humanos¹⁹⁹, que não admite que o juiz, que interviu no inquérito, também intervenha na fase de julgamento ou de recurso.

Portanto, o JIC possui uma função garantidora de direitos fundamentais no inquérito, facultando, observando ou mandando a certos atos do processo determinado, não o tornando um investigador criminal, nem tampouco o convertendo num juiz do

¹⁹⁵ ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina. 2018, p. 86.

¹⁹⁶ Trazendo uma análise pormenorizada da jurisprudência constitucional portuguesa sobre a necessidade de autorização judicial para que haja algumas diligências na fase de inquérito policial, vale a pena consultar: Rodrigues, Anabela Miranda. *A jurisprudência constitucional portuguesa e a reserva de juiz nas fases anteriores ao julgamento ou a matriz basicamente acusatória do processo penal*. XXV Anos Jurisprudência Constitucional Portuguesa - Colóquio Comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional. s.l.:Coimbra editora, 2009.

¹⁹⁷ “O juiz não pode delegar noutras entidades a prática dos atos instrutórios que se prendam diretamente com direitos fundamentais (AC nº 155/2007)”.

¹⁹⁸ Entre outras hipóteses: “Artigo 40º, do CPPP. Impedimento por participação em processo Nenhum juiz pode intervir em julgamento, recurso ou pedido de revisão relativos a processo em que tiver:

- a) Aplicado medida de coação prevista nos artigos 200º a 202º;
- b) Presidido a debate instrutório;
- c) Participado em julgamento anterior;
- d) Proferido ou participado em decisão de recurso anterior que tenha conhecido, a final, do objeto do processo, de decisão instrutória ou de decisão a que se refere a alínea a), ou proferido ou participado em decisão de pedido de revisão anterior.
- e) Recusado o arquivamento em caso de dispensa de pena, a suspensão provisória ou a forma sumaríssima por discordar da sanção proposta.”

¹⁹⁹ Consoante Acórdão do TEDH de 26.10.1984, Caso Cubber vs. Bélgica.

inquérito²⁰⁰. Na verdade, o Ministério Público comanda a investigação e o JIC, ao ser solicitada sua intervenção, pratica atos sem retirar a titularidade do inquérito e a atribuição da investigação criminal²⁰¹.

É certo que há elementos de contraditório na investigação criminal que devem ser fiscalizados pelo JIC, como é exemplo o regime da aplicação das medidas de coação²⁰². Mas isso não significa a atribuição da direção do inquérito ao juiz, até pelas exigências constitucionais portuguesas²⁰³⁻²⁰⁴. Nesse mesmo caminho, conclui ANABELA MIRANDA RODRIGUES, também em relação ao juiz de instrução²⁰⁵:

“compete velar, em concreto, pela necessidade, adequação e proporcionalidade da intromissão nos direitos fundamentais do arguido, densificando-se o conteúdo que encerra a “fórmula” “o juiz garante das liberdades”.

E faz uma conclusão de que a jurisdicionalização do inquérito criaria um risco dessa fase deturpar a natureza do inquérito, que é uma fase notadamente preliminar, para uma fase de julgamento²⁰⁶.

No fundo, o sentido da intervenção do juiz de instrução português tem uma conotação próxima do juiz de garantias brasileiro na audiência de custódia²⁰⁷, uma vez que, com o pacote anticrime (Lei 13964/19), o juiz das garantias do Brasil também fará o controle da legalidade da investigação criminal e a dos direitos individuais, incluindo,

²⁰⁰ Nesse sentido, Anabela Miranda Rodrigues denomina essa função do JIC de árbitro do respeito dos direitos fundamentais: Rodrigues, Anabela Miranda. *As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal ou a matriz de um processo penal europeu*. Que Futuro Para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. s.l. : Coimbra editora, 2009, pp. 716-717.

²⁰¹ PINTO, Frederico de Lacerda Da Costa. *A fase de inquérito e a evolução do processo penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 28, nº 1, 2018 (jan-mar 2018). Coimbra: Coimbra Editora, p. 18.

²⁰² Idem, pp. 18-21

²⁰³ Acórdão do TC nº 7, de 9 de janeiro de 1987.

²⁰⁴ PINTO, Frederico de Lacerda Da. *A fase de inquérito e a evolução do processo penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 28, nº 1, 2018 (jan-mar 2018). Coimbra: Coimbra Editora, p. 22.

²⁰⁵ MIRANDA, Anabela Rodrigues. *A jurisprudência constitucional portuguesa e a reserva de juiz nas fases anteriores ao julgamento ou a matriz basicamente acusatória do processo penal*. XXV Anos Jurisprudência Constitucional Portuguesa - Colóquio Comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional. s.l. : Coimbra editora, 2009.

²⁰⁶ PINTO, Frederico de Lacerda Da. *A fase de inquérito e a evolução do processo penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 28, nº 1, 2018 (jan-mar 2018). Coimbra: Coimbra Editora, p. 22

²⁰⁷ Até a elaboração final dessa dissertação, o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, suspendeu *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário da corte, mas ADI'S 6298, 6299, julgadas em 22/01/2020, em face da Lei 13964/19, 6300 e 6305 da implantação do juiz das garantias e suas consequências (arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F), ressaltando, além disso, que a concessão dessa medida cautelar não interferiria, nem suspenderia os inquéritos e processos, até então, em andamento.

nisso, a presidência da audiência de custódia²⁰⁸, ficando impedido, dessa forma, de ser o juiz das fases processuais posteriores²⁰⁹.

Agora, após tratado sinteticamente o direito português, passamos a analisar a noção e os pressupostos das prisões cautelares no ordenamento jurídico brasileiro, antes mesmo de nos debruçarmos sobre a audiência de custódia.

2. O caso brasileiro: a compatibilização do princípio da presunção de inocência com as prisões cautelares

No Brasil, a Constituição estabelece, de forma delimitada, a baliza temporal da presunção de inocência, prevendo que a presunção de inocência do arguido vai até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória²¹⁰. Nesse caso, a Constituição Brasileira é mais ampla do que os textos internacionais de Direitos Humanos, mas, no mesmo sentido da Constituição da República Portuguesa²¹¹. Contudo, a presunção de inocência não pode ser vista de modo absoluto, podendo ceder frente à necessidade de imposição de prisão cautelar. Dessa maneira, questiona-se: como compatibilizamos o princípio da presunção de inocência com as prisões cautelares?

As prisões atualmente admitidas na processualística penal brasileira são a prisão preventiva, a prisão temporária e prisão em flagrante, consideradas pela doutrina como “cautelares” por ocorrerem antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória²¹².

²⁰⁸ Vide artigo 3º-B, II, do CPP do Brasil: “Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código”.

²⁰⁹ “Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.”

²¹⁰ A presunção de inocência está prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

²¹¹ Que no seu artigo 32.2, da CRP estabelece a mesma regra: “2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.”

²¹² No Brasil, temos uma posição que diz o flagrante teria natureza cautelar (entendimento majoritário), enquanto há uma segunda posição, capitaneada por Aury Lopes Júnior, dizendo que “não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar (...) é uma medida independente, frisando o caráter instrumental e ao mesmo tempo autônomo do flagrante” (Lopes Jr., Aury. *Direito Processo Penal*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 651). Assim, a prisão em flagrante seria pré-cautelar, pois as medidas cautelares buscam assegurar a utilidade do procedimento criminal principal. No caso do flagrante, ainda não existe inquérito, nem processo, ou seja, a persecução penal não iniciou. A prisão só se torna medida cautelar se o magistrado converter o flagrante em prisão preventiva.

Não há “prisão” decorrente de pronúncia e “prisão” decorrente da sentença penal condenatória recorrível. Essas duas modalidades são consideradas prisão preventiva, conforme se extrai dos dispositivos abaixo explicitados do Código de Processo Penal Brasileiro:

“Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012).”

Se houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, temos a prisão-pena, ou seja, com a devida execução definitiva da sentença e o cumprimento da pena privativa de liberdade. Para sintetizar todo o panorama das prisões admitidas no Brasil, trazemos à tona a nova redação do artigo 283, do CPP, modificado pela lei 13964/19:

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.”

Portanto, repita-se, só existem três espécies de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória: prisão temporária, prisão preventiva e a prisão em flagrante. Foi amplamente debatido no Supremo Tribunal Federal, no ano de 2019, acerca da possibilidade de execução antecipada da pena após o exaurimento da segunda instância, mas antes do trânsito em julgado definitivo²¹³. Porém, a aludida execução antecipada da pena não será compatível com a Constituição, confirmando a prevalência do princípio da presunção de inocência e a possibilidade de prisão e execução da pena somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esse foi um caso em que a participação das Defensoria Públicas foi fundamental para a procedência da ação e para mostrar que a

²¹³ O aludido Tribunal, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, que tinham por objeto o art. 283 do CPPb

prisão antecipada após a segunda instância prejudica mais os pobres, a grande maioria dos condenados, do que os criminosos do chamado “colarinho branco”. Aliás, para finalizar essa discussão, foi implementado recentemente um dispositivo que permite a execução provisória da pena do Tribunal do Júri quando a pena aplicada for igual ou superior a 15 anos²¹⁴. Ainda assim, por ser uma prisão automática, que exige uma ponderação à luz dos requisitos de qualquer preventiva²¹⁵, poderá ser inconstitucional, com o gravame de ser uma execução provisória de uma decisão de primeiro grau²¹⁶. Atualmente a matéria encontra-se em discussão no STF, pelo Recurso Extraordinário 1.235.340/SC, o qual discute a possibilidade de imediata execução das decisões emanadas pelo Tribunal do Júri em respeito ao princípio da soberania dos veredictos, estando pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, sendo que, no referido recurso, tivemos a manifestação da Procuradoria Geral da República e o voto do Ministro GILMAR MENDES.

2.1. Caracterização das prisões cautelares no Brasil

No âmbito das medidas cautelares, instrumentais por natureza²¹⁷, há uma crítica contundente de autores – representados aqui por AURY LOPES JR. – que entendem que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pensados sobretudo para o processo civil, devem ser reestruturados para o processo penal como *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

O primeiro conceito deve ser compreendido, nos dizeres de AURY LOPES JR, como a probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria²¹⁸.

²¹⁴ Art. 492, I, “e”, do CPPb

²¹⁵ Previstos no artigo 312, do CPPb

²¹⁶ Nesse sentido: Lopes Jr., Aury. *Direito Processo Penal*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 632. Em sentido contrário, admitindo a execução provisória da pena em sentenças do Tribunal do Júri com pena igual ou superior a 15(quinze) anos, em razão da soberania do vereditos: CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime*. Editora Juspodivm: Salvador. 2020, p. 308.

²¹⁷ MARTINEZ, Sara Aragoneses et al. *Derecho Procesal Penal*. 2. Ed. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon, 1996, p. 387: “as medidas cautelares são, pois, atos que têm por objeto garantir o normal desenvolvimento do processo e, por isso, a eficaz aplicação do *jus puniendi*. Este conceito confere às medidas cautelares a nota de instrumentalidade, sendo meio para alcançar a dupla finalidade acima apontada.” (tradução livre). No mesmo sentido: Lopes Jr., Aury. *Direito Processo Penal*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 633: Afirma que “Atualmente, pensamentos ser esta a posição majoritária, avalizada pela melhor doutrina, seja na Espanha (Prieto-Castro, Herce Quemada, Fairen Guillen, entre outros) ou na Itália (Carnelutti, Calamandrei)”.

²¹⁸ Lopes Jr., Aury. *Direito Processo Penal*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 633.

Nessa aferição, o magistrado constata a materialidade delitiva e, de maneira vaga, analisa os indícios suficientes de que o imputado possa ter sido o autor do fato delituoso.

Em relação ao segundo conceito citado, pode ser traduzido da seguinte forma, de acordo com o mesmo processualista brasileiro:

“O *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado”²¹⁹.

Nessa seara, a doutrina espanhola nos exemplifica didaticamente como seriam essas situações de perigo à liberdade: impedir a fuga do réu, não atrapalhe as investigações da autoridade, impedir que destrua as provas do crime, intimidar testemunhas e risco de reiteração criminosa²²⁰. Já, no Direito Brasileiro, esse perigo de liberdade é consubstanciado no dispositivo legal do artigo 312, do CPPb, que enumera os casos de justificativa de restrição da liberdade para a “garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e tutela da efetiva aplicação da lei penal”.

Por outro lado, a medida cautelar deve ser demonstrada com elementos peculiares do caso concreto, o que evita que seja uma antecipação da pena. Nesse sentido, foi motivo da inserção do artigo 312, §2º, do CPP, pela lei 13964/19:

“A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.”

Nesse caso, temos também o princípio da atualidade ou contemporaneidade, pois quando se decreta uma prisão preventiva ou qualquer outra cautelar, a situação de perigo gerada pela liberdade do imputado deve ser atual e não pretérita²²¹. Nesse sentido, ROGÉRIO SANCHES elucida com clareza a questão:

“Na esteira da jurisprudência do STJ, o §2º do art. 312 do CPP, acrescentado pela Lei 13964/19, reconhece que a urgência intrínseca às cautelares exige a contemporaneidade dos fatos justificadores dos riscos que se pretende evitar com a segregação processual. Tese outra não se coaduna com a excepcionalidade

²¹⁹ Lopes Jr., Aury. *Direito Processo Penal*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 634.

²²⁰ CORTINA, José Miguel de la Rosa. *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*. Barcelona: Bosh. 2015, p. 85.

²²¹ CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime*. Editora Juspodivm: Salvador. 2020, p. 268.

da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade”.

O dispositivo em causa é fruto de uma consolidação da jurisprudência dos Tribunais Superiores Brasileiros, que já não vinham admitindo a decretação de prisão preventiva quando os fatos objetos da segregação cautelar não forem contemporâneos ao pedido.²²²

No que diz respeito à eventual “autonomia” das medidas cautelares, há posições doutrinárias opostas. Há uma posição majoritária da doutrina processual penal que procura reconhecer a autonomia do processo cautelar²²³ e, por outro lado, há uma doutrina minoritária que afirma que não há um processo cautelar autônomo, mas somente existem “medidas cautelares”²²⁴. Desse confronto, acompanhamos a corrente minoritária que vai ao encontro da reforma da lei 12403/11, cujas disposições trouxeram um rol de medidas cautelares que formam um novo paradigma de aplicação da prisão no Brasil, dando fim à bipolaridade “prisão ou liberdade” que vigorava até à edição da aludida lei.

²²² Nesse sentido, vale a pena citarmos uma jurisprudência atual sobre o assunto do Supremo Tribunal Federal: “habeas corpus. processo penal. impetração contra decisão do superior tribunal de justiça. súmula 691/stf. princípio da proteção judicial efetiva. situação de fato que permite a superação do verbete. prisão preventiva. art. 312 do código de processo penal. pretendida revogação da prisão ou substituição por medidas cautelares diversas. art. 319 do código de processo penal. constrição fundada na conveniência da instrução penal. insubsistência. ausência de contemporaneidade do decreto prisional nesse aspecto. gravidade em abstrato das condutas invocadas. inadmissibilidade. hipótese em que as medidas cautelares diversas da prisão mostram-se suficientes para obviar o periculum libertatis reconhecido na espécie. ordem concedida para substituir a prisão preventiva do paciente por outras medidas cautelares. I – Em princípio, se o caso não é de flagrante constrangimento ilegal, segundo o enunciado da Súmula 691/STF, não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus contra decisão do relator da causa que, em HC requerido a Tribunal Superior, indefere liminar. Entretanto, em obediência ao princípio da proteção judicial efetiva, o caso evidencia hipótese apta a ensejar o afastamento excepcional do referido enunciado. II – No caso concreto, o fundamento da manutenção da custódia cautelar mostra-se frágil, porquanto, de acordo com o que se colhe dos autos, as 3 ameaças, em tese praticadas pelo paciente, teriam ocorrido entre os anos de 2015 e 2016, cumprindo-se salientar que a segregação em exame foi decretada em abril de 2018, havendo, portanto, um lapso temporal de cerca de 2 anos entre a data da suposta prática criminosa e o encarceramento do paciente, tudo a indicar a ausência de contemporaneidade entre os fatos a ele imputados e a data em que foi decretada a sua prisão preventiva. III – A medida já exauriu todos os seus efeitos no tocante ao requisito da conveniência da instrução criminal (art. 312 do Código de Processo Penal), tendo em vista que todas as testemunhas de acusação já foram ouvidas, não mais subsistindo risco de interferência na produção probatória, razão pela qual não se justifica, sob esse fundamento, a manutenção da custódia cautelar. IV - Assim, em verdade, o decreto prisional objeto destes autos está ancorado em presunções tiradas da gravidade abstrata dos crimes em tese praticados e não em elementos concretos dos autos. V - A utilização das medidas alternativas descritas no art. 319 do CPP é adequada e suficiente para resguardar a ordem pública e a aplicação da lei penal. VI - Habeas corpus concedido para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares dela diversas (CPP, art. 319). (STF, HC 156600, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJU 25/09/2018) (grifo nosso).

²²³ NICOLITT, André Luiz. Lei 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 4.

²²⁴ Essa é a visão de Lopes Jr., Aury. *Direito Processo Penal*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 634. Nesse sentido também: TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Processo Penal*, São Paulo: Editora RT, 2002, p. 107.

Por fim, uma referência à controvérsia da aplicação de medidas cautelares atípicas. Como referimos, antes da lei 12.403/11, o sistema era bifásico: ou se prendia o sujeito ou se lhe impunha a liberdade provisória, com ou sem fiança. Contudo, para contornar e complementar o sistema, eram adotadas medidas cautelares atípicas. Para muitos autores essas cautelares atípicas seriam ilegais, por inexistência de previsão legal, algo exigível num processo especialmente vinculado a limites ao poder punitivo estatal e à legalidade²²⁵. Até porque não estamos a falar do processo civil ou de um processo que, por princípio, deva admitir a restrição a direitos fundamentais por analogia²²⁶.

Em sentido contrário, o ministro do Superior Tribunal de Justiça, ROGÉRIO SCHIETTI, trazendo parâmetros mais plausíveis, propõe três condições necessárias ao uso das medidas cautelares atípicas: (a) idoneidade e menor lesividade da medida alternativa; (b) cobertura legal suficiente da limitação dos direitos que a medida restrinja; e (c) existência da infraestrutura necessária para a aplicação²²⁷. Nessa mesma direção, o autor RODRIGO CAMARGO²²⁸, recentemente, também veio admitir a adoção de medidas cautelares atípicas, argumentando no sentido da disposição do CPPb brasileiro que admite expressamente a analogia, a interpretação extensiva e o suplemento dos princípios gerais de direito.

Na nossa opinião, a melhor alternativa, em nome da boa aplicação de uma medida cautelar no processo penal, é aceitarmos a segunda corrente, que admite a aplicação do poder geral de cautela, desde que haja uma decisão proporcional e que respeite os direitos

²²⁵ Aury Lopes Jr esclarece aludida peculiaridade do Processo Penal, dizendo que qualquer hipótese de medida cautelar, fora do artigo 319 e 320, do CPP, seria ilegal, Lopes Jr., Aury. *Direito Processo Penal*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020, pp. 635-636; e LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 128-130. No mesmo sentido: “O juiz no processo penal está rigorosamente vinculado às previsões legislativas, razão porque somente poderá decretar as medidas coercitivas previstas em lei e nas condições por ela estabelecidas, não se admitindo medidas cautelares atípicas (isto é, não previstas em lei) nem o recurso à analogia como no processo civil. No processo penal não existe o poder geral de cautela” (CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e medidas cautelares diversas. A individualização da medida cautelar no processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 417).

²²⁶ *Idem*

²²⁷ CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar. Dramas, princípios e alternativas*. 5. Ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 230-231: “A primeira impõe a escolha da medida cautelar que seja idônea ou adequada ao êxito dos fins cautelares, e que não se mostre por um lado excessiva ou, por outro enfoque, insuficiente para a preservação do direito protegido pela providência cautelar. A segunda condição demanda a necessária previsão legal para o sacrifício do direito fundamental do indivíduo, o que constitui a essência do princípio da legalidade. A questão que se coloca, agora, diz respeito à possibilidade de adoção de medidas não previstas em lei, porém, em avaliação criteriosa, menos danosa em relação às normalmente positivadas (...) Em palavras simples, “quem pode o mais pode o menos”, cumprindo ao aplicador da lei sempre escolher “o menos”, desde que igualmente eficaz cautelarmente na esfera criminal, onde vigora o princípio *favor libertatis*. A terceira condição para que se possa lançar mão de medida cautelar atípica, de acordo com a proposta em exame, é a existência de uma infraestrutura adequada para a eficácia da aplicação da medida”.

²²⁸ CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. *Audiência de Custódia e Medidas Cautelares Pessoais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 104.

fundamentais do arguido, possibilitando a aplicação da melhor medida cautelar ao caso concreto.

2.2. Princípios processuais relativos às prisões cautelares

a) Jurisdicionalidade e motivação

As medidas cautelares estão submetidas à lei e à decisão fundamentada da autoridade judicial²²⁹. A jurisdicionalidade está prevista no artigo 5º, LXI, da Carta Magna Brasileira, segundo o qual:

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

Nesse caso, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS afirma²³⁰:

“as reservas de juiz visam assegurar uma proteção dos direitos fundamentais . O direito ao juiz apresenta-se, também ele, como um direito fundamental. Poderá mesmo referir-se que, na configuração que constitucionalmente tomam, as reservas de juiz se apresentam como concretizações dos direitos fundamentais. Tal concretização aparece especialmente evidenciada na configuração dada pelos nossos constituintes em diversos normativos consagradores de direitos, liberdades e garantias.”

Vale a ressalva de que a aplicação de medidas cautelares é proibida aos agentes administrativos envolvidos na persecução penal, sendo que quanto for maior a ingerência na esfera dos direitos individuais, maior é a necessidade de controle do poder judiciário.²³¹ Temos duas espécies de reserva, podendo ser absoluta ou relativa: a primeira cabe ao juiz um controle inicial e final acerca do tema a ser julgado, ao passo que segunda é aquela que ocorre, por exemplo, na prisão em flagrante, sendo que o juiz só faz o controle final do ato

²²⁹ Isso está previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, que foi internalizado pela lei 11964/19, Art. 315, do CPPb. “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”. Além disso, o artigo 315, §2º, do CPP,

²³⁰ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Juiz de liberdades – desconstrução de um mito processual*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 42.

²³¹ CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. *Audiência de Custódia e Medidas Cautelares Pessoais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 108.

administrativo²³². Melhor exemplo de uma reserva relativa é justamente a audiência de custódia, onde o sentido da intervenção do poder judiciário é o controle final de uma prisão em flagrante, que se inicia com um ato administrativo.

É importante referir que com a Lei 13.964/19 foram modificados dois dispositivos legais em respeito ao sistema acusatório, sendo proibida a decretação de prisão de ofício por parte do juiz²³³:

“Artigo 282, §2º, do CPP: As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”

Esse entendimento que proíbe a iniciativa ao juiz – capitaneada por AURY LOPES JR, GERALDO PRADO e JUAREZ TAVARES – é baseado numa interpretação sistemática de que a Lei 13964/19 buscou dar letra viva ao sistema acusatório, já previsto na própria Constituição Federal, no artigo 129, I, sendo que qualquer decretação de ofício de prisão pelo juiz colocaria em xeque esse sistema, bem como prejudicaria a imparcialidade do magistrado.

b) Contraditório

Até o advento da Lei nº 12.403/11, a regra quanto às cautelares era de um “contraditório postergado” ou “diferido”, o que significava que a pessoa, sendo presa ou não, só tomava conhecimento e contestava a decretação da medida cautelar em momento posterior. Com o advento da Lei no 12.403/11, o texto legal passou a prever o direito ao contraditório prévio para quem fosse afetado pela medida. Uma vez que a regra passou a ser o contraditório prévio, a partir de 2011, o juiz que não observasse a aludida regra deveria fundamentar, ou seja, de nada adianta a lei ter inserido o contraditório prévio como

²³² Cfr. MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Juiz de liberdades – desconstrução de um mito processual*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 45.

²³³ Lopes Jr., Aury. *Direito Processo Penal*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 638. Em sentido contrário, ainda admitindo a prisão preventiva de ofício pelo juiz: JOSITA, Higyra; MOREIRA, Leonardo Barreto Moreira. O juiz pode decretar prisão preventiva de ofício? Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/opiniao-juiz-decretar-prisao-preventiva-oficio>>. Acesso em: 23abr.2020.

regra se o juiz não fosse obrigado a fundamentar os casos excepcionais – sendo esse, também, o entendimento da doutrina. Porém, tal orientação era solenemente ignorada no dia a dia forense. Dessa maneira, a razão da mudança realizada nos requisitos gerais das medidas cautelares (art. 282, §3º do CPP²³⁴) pela Lei 13.964/19, foi obrigar que a fundamentação conste da decisão que decreta a própria medida, sob pena de ilegalidade, que seria a nulidade por carência de motivação²³⁵.

Uma questão que também levanta algumas dúvidas está relacionada com a possibilidade de haver ou não contraditório prévio em relação à prisão preventiva.

Há uma corrente, capitaneada pelo enunciado 31, do CNPG, que sinalizava que o contraditório prévio só seria aplicável às medidas cautelares e não à prisão preventiva, nos seguintes termos: “Os dispositivos do § 3º do art. 282 não se aplicam à prisão preventiva, mas apenas às cautelares do art. 319 do CPP.”

Outra corrente, capitaneada pelo Professor RENATO BRASILEIRO,²³⁶ afirma pelo contrário:

“Como o art. 282, §3º, do CPP, não estabelece qualquer distinção esse contraditório prévio deve ser observado tanto na fase judicial quanto na fase investigatória, apesar de sabermos que, nesta última, não vigora o contraditório de maneira absoluta. Na mesma linha considerando-se que o dispositivo está inserido no Capítulo I (“Disposições Gerais”) do Título IX do CPP (“Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”), há de se concluir que seu comando normativo é válido, pelo menos em tese, para toda e qualquer espécie de medida cautelar pessoal, inclusive prisões cautelares.”

Dessa forma, o juiz de garantias faria uma audiência para assegurar que a defesa possa exercer o contraditório e consiga contrariar os argumentos trazidos pela acusação, só podendo excepcionar aludida regra em casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, devendo, nesses dois últimos casos, exarar uma decisão que fundamente em elementos concretos essa excepcionalidade. Nesse sentido, AURY LOPES JR²³⁷ afirma que esse contraditório deverá ser feito em audiência de custódia, a ser realizada pelo juiz de garantias:

²³⁴ Artigo 282, § 3º: “Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional”.

²³⁵ Prevista no art. 564, do CPP: “A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: V-em decorrência de decisão carente de fundamentação”.

²³⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8 Ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 952.

²³⁷ Lopes Jr., Aury. *Direito Processo Penal*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 639.

“o ideal é que o contraditório se dê no próximo momento, ou seja, que o juiz das garantias que decretou a prisão preventiva imediatamente realize a audiência de custódia (sustentamos sempre que a audiência de custódia serve para qualquer prisão cautelar e não apenas para o flagrante) para avaliação – em contraditório judicial – se estão presentes efetivamente o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Não vemos qualquer óbice a que isso ocorra no novel sistema vigente.”

Por isso, esse contraditório é muito importante para que possa ter a possibilidade de o arguido ter a oportunidade de exercer sua defesa no momento da decretação da prisão ou imposição de medida cautelar diversa da prisão, ocasionando uma maior participação do arguido na feitura da decisão, tornando a decisão respeitadora dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

c) Provisoriedade

As medidas cautelares são provisórias, ou seja, só subsistem enquanto existirem a situação fática que as fundamentem. Quando não existir mais a situação fática, devem ser imediatamente revogadas. As próprias disposições da prisão preventiva demonstram a sua provisoriedade, podendo ser decretada, substituída e, até mesmo, ser decretada de novo, desde que existe ou não necessidade cautelar.

A grande celeuma do prazo da prisão cautelar brasileira é sua indeterminação em relação ao prazo, sendo que a única prisão que a prevê é a prisão temporária²³⁸. Inicialmente, considerava-se um prazo jurisprudencial de 81 dias, que compreendia o término do procedimento ordinário. Caso o indivíduo estivesse preso e o procedimento não estivesse terminado, haveria excesso de prazo, que poderia ser impugnado pelo *habeas corpus*.

Com a entrada em vigor da Lei 11.719/2008, a audiência de instrução e julgamento passou a ser realizada no prazo máximo de 60 dias, o rito sumário passou a ser realizado no prazo de 30 dias e, para que se finalize a primeira fase em tribunal do júri, o prazo passou a ser de 90 dias. Esses prazos eram legalmente estabelecidos sem nenhuma sanção em caso de descumprimento, tendo pouca eficiência prática.

²³⁸ A prisão temporária tem previsão na Lei 7960/89, sendo que ela prevê o prazo de duração de até 5 dias, prorrogáveis por igual período, caso se trate de crime comum. Entretanto, tratando-se de crime hediondo ou equiparado, a prisão temporária durará por até 30 dias, com possibilidade de prorrogação pelo mesmo período, consoante lei 8072/90.

Entretanto, a Lei 13.964/19 trouxe novidade em relação aos prazos da prisão preventiva, inserindo o artigo 316, parágrafo único do CPPb, estabelecendo o seguinte:

“Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”.

Possivelmente, dadas as possibilidades de interpretação, a obrigatoriedade contida neste parágrafo único não deverá ser restringida à prisão preventiva, podendo ser ampliada para outras cautelares. Ao fundamentar a reavaliação, o juiz pode se valer dos mesmos fundamentos anteriormente utilizados, desde que demonstre a sua persistência no caso concreto. Nos casos de Apelação, Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, o órgão que reavaliará a decisão deverá ser, em princípio, o juiz de recurso, não sendo possível o juiz de 1º grau fazer isso, pois já terá esgotado sua jurisdição²³⁹.

Note-se que a ilegalidade da prisão preventiva, que não for reavaliada dentro do prazo de 90 dias, não deverá ser automática, consoante Enunciado no 35, Conselho Nacional de Procuradores Gerais:

“o esgotamento do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 não gera direito ao preso de ser posto imediatamente em liberdade, mas direito ao reexame dos pressupostos fáticos da prisão preventiva. A eventual ilegalidade da prisão por transcurso do prazo não é automática, devendo ser avaliada judicialmente”.

No fundo, está presente uma garantia de avaliação judicial, quer em relação aos pressupostos da prisão, quer em relação à eventual ilegalidade da prisão por transcurso do prazo. Vale ressaltar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem como premissa a reavaliação periódica da segregação preventiva com critério interpretativo.²⁴⁰ Essa alteração trará uma responsabilidade muito grande dos magistrados brasileiros, para que reavaliem as prisões, no prazo de 90 dias, sob pena da decisão de prisão se tornar ilegal. É, pois, uma alteração que trará profundos reflexos nas decisões sobre prisão no Brasil.

Por fim, a revisão periódica, sempre que realizada, nos leva dizer que o excesso de prazo da prisão preventiva não possui termo final. Destarte, parecem estar superadas as

²³⁹ Conforme estatui o art. 494, do CPPb.

²⁴⁰ Nesse sentido: “A prisão preventiva deve estar submetida à revisão periódica, de tal forma que não se prolongue quando não subsistam as razões que motivaram sua adoção” (CIDH, Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñíguez vs. Equador).

Súmulas 21 e 52 do STJ²⁴¹, que preceituavam, respectivamente, que o excesso de prazo está superado pela pronúncia e pelo encerramento da instrução criminal²⁴².

d) Excepcionalidade

Em relação à prisão preventiva, a excepcionalidade deve ser lida como o último caminho a ser perseguido, sendo que deverá o intérprete buscar a adequação e suficiência da utilização das demais medidas cautelares em primeiro lugar. Está assim previsto no artigo 282, § 6º, do CPP:

“Art. 282, § 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada”.

Desde logo, devemos procurar todas as possibilidades de aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão²⁴³, com elementos do caso concreto que faticamente embasem o pedido, não sendo possível utilização de argumentos genéricos, vagos ou formulários, isto é, havendo a necessidade de uma individualização no caso concreto.²⁴⁴

Por outro lado, só haverá a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva se “revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão” (art. 310, II, CPPb). Dessa forma, a prisão preventiva só terá vez quando não puderem ser aplicadas as medidas cautelares alternativas à prisão, de forma isolada ou cumulativamente.

Para a importância desse princípio, devemos fazer uma leitura de que ele é essencial para que se evite a banalização da utilização de prisões preventivas, a fim de que se evite seu abuso, para que elas sejam utilizadas de maneira restrita, quando houver suporte probatório prévio, que justifique demonstrado o *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora*²⁴⁵.

²⁴¹ Súmula 21, do STJ: “Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão excesso de prazo da instrução” e Súmula 52, do STJ: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo”.

²⁴² Nesse sentido, é o entendimento de: Lopes Jr., Aury. *Direito Processo Penal*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 643.

²⁴³ Previstas no artigo 319 e 320, todos do CPPB

²⁴⁴ Lopes Jr., Aury. *Direito Processo Penal*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 645.

²⁴⁵ Lopes Jr., Aury. *Direito Processo Penal*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 645

e) Proporcionalidade

A aplicação das medidas cautelares à luz do processo penal deve observar a adequação, a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e condições pessoais do agente (art. 282, CPPb). As medidas cautelares que se afigurem desproporcionais às circunstâncias do caso concreto devem ser interpretadas como ilegais. Dessa maneira, RODRIGO CAMARGO²⁴⁶ propõe o seguinte critério, a fim de que seja resguardada a proporcionalidade:

“O aplicador, constatada a existência de *fumus comissi delicti* deverá valorar a intensidade do *periculum libertatis* e buscar, entre os modos possíveis, os adequados a neutralizar o risco diante das peculiaridades do caso concreto e, entre eles, o que importe em menor intervenção na esfera de liberdades do agente. Se não houver situação de perigo não há de falar em medida cautelar.”

Dessa forma, temos um verdadeiro direito à individualização da medida cautelar pessoal, que decorre do artigo 5º, LXVI, da Constituição Federal.²⁴⁷ Tal direito advém do raciocínio da individualização da pena: se, no final do processo, o agente deve ter a pena aplicada de acordo com a gravidade do delito, respeitando o princípio da individualização da pena, tal raciocínio se aplicará também na aplicação de medidas cautelares, com a individualização da medida cautelar.²⁴⁸

2.3. Da Prisão Preventiva

Tendo visto o que podemos considerar a “parte geral” das medidas cautelares, passamos agora a abordar as modalidades de prisão cautelar no ordenamento jurídico brasileiro. Começemos pela prisão preventiva.

A prisão preventiva, segundo o ordenamento brasileiro, traduz-se na prisão cautelar que pode ocorrer tanto na fase de inquérito policial, quanto no processo propriamente dito. Como já referimos, com a Lei 13.964/19²⁴⁹, não mais admitimos a

²⁴⁶ CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. *Audiência de Custódia e Medidas Cautelares Pessoais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 105.

²⁴⁷ CAPEZ, Rodrigo. Prisão e medidas cautelares diversas. *A individualização da medida cautelar no processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 336.

²⁴⁸ CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e medidas cautelares diversas. A individualização da medida cautelar no processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 344.

²⁴⁹ Artigo 282, § 2º: “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do

decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, em função da consagração do respeito ao sistema acusatório. Esse pedido de prisão preventiva pode ser feito pelo Ministério Público, pelo querelante, nos delitos de ação penal privada, pelo Delegado de Polícia e pelo assistente de acusação. O assistente de acusação não era admitido a requerer prisão, mas, entretanto, o CPP foi alterado pela Lei nº 12.403/2011, de forma a permitir essa possibilidade. Com essa novidade, percebemos que o assistente passa a ser personagem com poder de provocar a prisão cautelar²⁵⁰, com capacidade de recorrer da concessão de habeas corpus, tornando, dessa maneira, ultrapassada a Súmula 208 do STF²⁵¹.

Em relação aos prazos, remete-se para tudo o que ficou dito acima acerca da reavaliação judicial dos 90 dias sob pena de se considerar uma prisão ilegal.

São dois os requisitos essenciais para a prisão preventiva:

1º) Requisito Lógico: a preventiva só pode ser decretada caso não seja possível aplicar uma medida alternativa à prisão. Nesse caso, a prisão preventiva só é aplicável quando não forem suficientes, no caso concreto, as demais medidas cautelares menos gravosas²⁵².

2º) Requisito Dogmático: no mesmo sentido dos requisitos gerais, deveremos ter o *fumus comissi delicti* (fumaça da prática do crime), que nada mais será do que a evidência do crime e também de indícios suficientes de autoria, somados à prova da materialidade; e o *periculum libertatis*, que é perigo da liberdade, que nada mais é do que as hipóteses de decretação preventiva²⁵³.

As referidas hipóteses são as seguintes:

Ministério Público.” e Artigo 311: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”, ambos do CPP, com redação dada pela 13964/19. Em sentido contrário, ainda admitindo a prisão preventiva de ofício pelo juiz: JOSITA, Higyra; MOREIRA, Leonardo Barreto Moreira. O juiz pode decretar prisão preventiva de ofício? Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/opiniao-juiz-decretar-prisao-preventiva-oficio>>. Acesso em: 23 abr 2020.

²⁵⁰ CUNHA, Rogério Sanches. Em GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). *Prisão e medidas cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2011, Cap. III, p. 143.

²⁵¹ Súmula 208, do Supremo Tribunal Federal: “O assistente do Ministério Público não pode recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de habeas corpus”.

²⁵² Dos art. 319 e 320, ambos do CPPb. Veja-se GOMES, Luiz Flávio. Em GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). *Prisão e medidas cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2011, Cap. I, p. 74: “A relevância do disposto no §6º do art. 282 é incontestável tendo em vista que o Brasil é, na atualidade, um dos campeões mundiais no uso (e abuso) da prisão cautelar: 44% dos presos não possuem sentença final condenatória.”

²⁵³ Neste sentido também, CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas Cautelares e Prisão Processual: comentários À Lei 12.403/2011*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 80.

a) Garantia da ordem pública: trata-se de uma expressão aberta, fluida, com um conteúdo que acaba dependendo do subjetivismo do intérprete. Para interpretação desse conceito, existem duas correntes doutrinárias: o primeiro entendimento, defendido por RÔMULO MOREIRA²⁵⁴ e AURY LOPES JÚNIOR²⁵⁵, critica precisamente o fato de ser uma expressão fluída, não tendo respaldo na Constituição Federal, já que o cerceamento da liberdade exige um fundamento concreto. Trata-se, pois, de uma corrente garantista. O segundo entendimento é adotado pelo Superior Tribunal De Justiça, considerando a “ordem pública” como “paz social”, sendo decretada quando o agente em liberdade provavelmente continuará praticando infrações penais²⁵⁶. Para GUILHERME NUCCI²⁵⁷, a ordem pública comporta uma tríplice análise envolvendo a periculosidade do agente, a gravidade concreta do crime e a repercussão social do fato (clamor público). Vale ressaltar que, para o Supremo Tribunal Federal, o clamor público não justifica isoladamente o encarceramento²⁵⁸.

b) Garantia da ordem econômica: existem duas posições: a primeira posição, que é minoritária, é de ROMULO MOREIRA e AURY LOPES JÚNIOR, dizendo novamente que o fundamento é fluído, não tendo amparo constitucional²⁵⁹; a segunda posição, para a maioria

²⁵⁴ MOREIRA, Rômulo. *garantia da ordem pública: fundamentação genérica constitui meio abusivo de decretação da prisão preventiva, segundo o procurador de justiça rômulo de andrade moreira*. Disponível no site em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/garantia-da-ordem-publica-fundamentacao-generica-constitui-meio-abusivo-de-decretao-da-prisao-preventiva-segundo-o-procurador-de-justica-romulo-de-andrade-moreira> . Acesso em 25abr.2020 .

²⁵⁵ Para Aury Lopes Jr, a: “Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender”(uma autorização geral e aberta para prender).

²⁵⁶ Vide a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“cinco homicídios qualificados consumados e seis tentados. prisão preventiva. decisão fundamentada. periculosidade concreta. garantia da ordem pública. ordem denegada.

1 - Revela-se devidamente justificada a custódia provisória na necessidade de garantia da ordem pública em razão da periculosidade concreta do paciente, denunciado como mandante dos 5 homicídios qualificados consumados e 6 tentados, cometidos por ocasião da invasão da residência das vítimas durante a madrugada, utilizando-se de metralhadoras, bem como de armamento de grosso calibre, e motivado por sentimento de vingança e disputa por poder dentro de organização criminoso voltada ao tráfico ilícito de drogas, inexistindo o alegado constrangimento ilegal.

2 - As condições pessoais favoráveis do paciente não têm o condão de, por si sós, impedir a decretação da segregação antecipada, existindo nos autos elementos capazes de autorizar a adoção da providência extrema.

3 - Habeas corpus denegado.”(STJ, HC 85.922/SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, Data de Julgamento: 29 de abril de 2008).

²⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 17ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2020, p. 997.

²⁵⁸ habeas corpus - crime hediondo - alegada ocorrência de clamor público - temor de fuga do réu - decretação de prisão preventiva - razões de necessidade inócenas - inadmissibilidade da privação cautelar da liberdade - pedido deferido. a prisão preventiva constitui medida cautelar de natureza excepcional” (STF, HC 80719, Relator Ministro Celso de Melo, DJU 28/09/2001).

²⁵⁹ Nesse sentido, Aury Lopes Jr, ao criticar o requisito da ordem econômica, diz: “igualmente criticável o fundamento. Se o objetivo é perseguir a especulação financeira, as transações fraudulentas, e coisas do

da doutrina, com amparo na jurisprudência, objetiva-se evitar a reiteração de delitos contra a ordem econômica²⁶⁰. No sentido da primeira posição, TOURINHO FILHO²⁶¹ considera esse fundamento ocioso, pois a garantia da ordem econômica está inserida em um contexto maior que é a garantia da ordem pública.

c) Conveniência da instrução criminal: busca-se tutelar a livre produção probatória, sendo que, uma vez encerrada a instrução, o fundamento cai por terra, podendo ser substituído por outro.

d) Garantia da lei penal: pretende-se evitar a fuga, que não é presumida, devendo haver comprovação fática. Para a maioria da doutrina, a fuga, quanto à sua probabilidade, exige demonstração idônea, sendo que a simples ausência do réu, mesmo que injustificada a uma audiência, não é, por si só, fundamento para o cárcere. Do mesmo modo, a miserabilidade extrema ou a riqueza absoluta não são fundamentos individuais de cárcere.

e) Ausência de identificação civil: a prisão dura até que seja mostrado o documento ou seja esclarecido a dúvida quanto à identidade. Desta feita, o texto constitucional prevê a identificação caso não haja a identificação civil (art. 5º, LVIII, CF²⁶²), sendo necessário concluir que a preventiva só será decretada se a identificação criminal não for suficiente.

f) Violência doméstica: se houver descumprimento das medidas de urgência, que são medidas aplicadas para evitar que a violência doméstica ocorra, caberá a decretação da prisão preventiva. Para alguns doutrinadores, essa hipótese não tem autonomia e a prisão só estaria justificada se o indivíduo, além de descumprir a medida, for um risco à ordem pública, às provas ou um risco de fuga.

g) Se houve descumprimento das medidas cautelares pessoais do art. 319, do CPPb, o juiz poderá adotar as seguintes posturas: substituir a medida descumprida por outra

gênero, o caminho passa pelas sanções à pessoa jurídica, o direito administrativo sancionador, as restrições comerciais, mas jamais pela intervenção penal, muito menos de uma prisão preventiva. É manifesta a inadequação da prisão para garantia da ordem econômica, pois já havia, no art. 30 da Lei n. 7.492, a previsão de decretação de prisão preventiva em “razão da magnitude da lesão causada”. Mas, para além disso, em nada serviria a prisão para remediar ou diminuir a lesão econômica. (Lopes Jr., Aury. *Direito Processo Penal*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020, p. Lopes Jr., Aury. *Direito Processo Penal*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 702).

²⁶⁰ Esse fundamento é aplicado aos crimes previstos nas Leis nº 1.521/51, 7.492/86, 7.134/83, 8.078/90, 8.176/91, 9.279/96 e 9.613/98.

²⁶¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3, p. 558.

²⁶² Artigo 5º, LVIII, da Constituição Federal de 1988: “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

mais adequada a situação do agente; cumular a medida descumprida com outra, aumentando o ônus; revogar a medida cautelar e decretar a prisão preventiva.

Por fim, é importante reforçar a ideia de que a decisão interlocutória que decreta a preventiva deve ser necessariamente motivada e fundamentada (art. 93, IX, CF c/c art. 315, CPP).

O tribunal, ao julgar eventual *habeas corpus*, não poderá suprir a ausência da motivação. Do mesmo modo, o magistrado ao prestar informações como autoridade coatora não poderá fazê-lo. Sempre se diga, também, que a jurisprudência admite a fundamentação *per relationem*, aquela que aproveita trechos de decisão anterior para fundamentar a prisão²⁶³⁻²⁶⁴.

Eis os principais pontos sobre a prisão preventiva no Brasil, sendo que trataremos, logo a seguir, sobre outra modalidade de prisão provisória no Brasil, qual seja, a prisão temporária.

2.4. Da Prisão Temporária

A prisão temporária, prevista na Lei nº 7.960/89²⁶⁵, traduz-se numa prisão que cabe somente na fase de investigação preliminar, antes do trânsito em julgado, sendo decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou por representação da autoridade policial²⁶⁶. Ela não caberá de ofício e, note-se, não foram contemplados o

²⁶³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8 Ed. Editora Juspodivm: Salvador. 2020, p. 1099.

²⁶⁴ . Subsistem duas posições: a doutrina especializada não admite essa possibilidade, exigindo que o juiz, por inteligência própria, fundamente; no entanto, os tribunais superiores aceitam o instituto argumentando que não há prejuízo. Sobre o assunto veja-se STJ, HC 550688/SP, Relator Antonio Saldanha Palheiro, DJU 17/03/2020: "É válida a utilização da técnica da fundamentação *per relationem*, em que o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, desde que a matéria haja sido abordada pelo órgão julgador, com a menção a argumentos próprios, como na espécie, uma vez que a instância antecedente, além de fazer remissão a razões elencadas pelo Juízo natural da causa, indicou os motivos pelos quais considerava necessária a manutenção da prisão preventiva do réu e a insuficiência de sua substituição por medidas cautelares diversas(...)

²⁶⁵ Quanto à aludida prisão, parte da doutrina afirma que a Lei 7.960/89 foi resultado da conversão da MP 111/1989 e, por isso, ela seria dotada de inconstitucionalidade formal, pois não se pode admitir que Medida Provisória verse sobre direito processual penal (Art. 62, §1º, I, "b", da Constituição Federal do Brasil). Apesar do posicionamento, esposado, dentre outros, por Paulo Rangel (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 846), essa tese não foi acolhida pelo STF, tendo a Corte entendido que a Lei 7.960/89 não foi advinda da conversão da MP 111/1989 (STF, ADI 62, Relator Ministro Aldir Passarinho, DJU 16/08/2002).

²⁶⁶ Vide artigo 2º, da Lei 7960/89: "Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade."

querelante e o assistente de acusação. É uma custódia cautelar decretada com prazo de cinco dias, prorrogável por igual prazo, desde que haja comprovada e extrema necessidade e desde que presentes os requisitos legais²⁶⁷.

São requisitos da Prisão Temporária, o *fumus commissi delicti* (inciso III) e o *periculum libertatis* (incisos I ou II). O art. 1º, da Lei nº 7.960/89 prevê três incisos:

- I- Imprescindibilidade para a investigação;
- II- Se o indivíduo não possui residência física ou identificação civil;
- III- Havendo indícios de autoria ou de participação em um dos crimes graves previstos em lei²⁶⁸.

Mencionados requisitos, segundo posição majoritária, necessitam de ser conjugados da seguinte forma: sempre recorreremos ao inciso III, conjugando com o inciso I ou inciso II.

Finalmente, o procedimento da prisão temporária é dividido da seguinte maneira: em primeiro lugar, o procedimento inicia pelo requerimento do Ministério Público ou por uma representação da autoridade policial; nesse caso, o juiz possui 24 horas para decidir sobre a provocação; para que o magistrado decida sobre a temporária, mister a prévia oitiva do Ministério Público, em homenagem ao sistema acusatório, previsto no artigo 129, I, da Constituição Federal; caso escoe os prazos legais, a prisão tem a autorevogação e, caso isso não ocorra, há a caracterização do crime de abuso de autoridade²⁶⁹; no entanto, não há nenhum impedimento legal de que haja um pedido de prisão preventiva, após escoado o prazo de prisão temporária, mas deve haver requisição do Ministério Público ou requerimento da autoridade policial.

Eis, portanto, o breve resumo de como é a prisão temporária no Brasil, sendo essa uma prisão que não encontramos em Portugal.

2.5. Da Prisão Em Flagrante

²⁶⁷ Do art. 1º, da Lei nº 7.960/89.

²⁶⁸ Art. 1º da Lei 8072/90.

²⁶⁹ “Art. 9º, da lei 13689/19 Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais: (Promulgação partes vetadas)

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de:

I - relaxar a prisão manifestamente ilegal”.

A prisão em flagrante está prevista na Carta Magna Brasileira, no art. 5º, LXI, nos seguintes termos:

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

Esse tipo de prisão não depende de anterior decisão judicial. O filtro judicial sobre a aludida prisão é feito posteriormente, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a sua realização, por intermédio da audiência de custódia²⁷⁰. Nessa audiência, terá a presença do advogado, caso tenha defensor constituído, ou membro da Defensoria Pública. A partir desse ponto, o magistrado deverá verificar se a prisão é ilegal. Caso o flagrante seja legal, verificará se é possível conceder a liberdade provisória, com a cominação de um ou mais medidas cautelares alternativas à prisão. Caso não seja possível, com os elementos presentes do caso concreto²⁷¹, deverá demonstrar insuficiente a imposição de medidas alternativas à prisão, convertendo a prisão em flagrante em prisão preventiva²⁷². Aludido procedimento é denominado de “convalidação judicial da prisão em flagrante”. Por isso, a análise da audiência de custódia revela de primordial importância para o tema objeto da presente dissertação.

²⁷⁰ Vide artigo 310, do CPPB: “Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.”. Interpretando aludido prazo: “Com a entrada em vigor da Lei 13964/19, no dia 23 de janeiro de 2020, enfim, um regramento legal acerca da matéria. Consoante disposto no art. 310, *caput*, do CPP, referido ato deverá ser realizado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão.” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8 Ed. Editora Juspodivm: Salvador. 2020, pp. 1021).

²⁷¹ Foi inserido referida necessidade de fundamentação concreta na nova redação do artigo 282, §6º, do CPPB: “Artigo 282, § 6º, do CPPB: “A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.”. Nesse sentido: “A necessidade de fundamentação da decisão no caso concreto, sem paixões, para fatores abstratos, moveu o legislador na Lei 13964/19. É a segunda vez, no mesmo dispositivo (art. 282), que alerta o não cabimento da substituição por outra medida cautelar quando não justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.” (CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime*. Editora Juspodivm: Salvador. 2020, p. 220).

²⁷² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A nova sistemática das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014, pp. 17-18.

1. Atual paradigma dos direitos do preso

É sabido que os direitos e deveres de uma pessoa presa provisoriamente são bastante diferentes daqueles de uma pessoa já condenada e a cumprir pena de prisão num estabelecimento prisional. À primeira pessoa, como forma de evitar a fuga ou a sonegação de provas, foi aplicada uma medida cautelar numa fase do processo em que ainda se considera presumivelmente inocente, ao passo que à segunda já transitou em julgado a consequência jurídica do crime que se encontra em execução. Ainda assim, como ambos se encontram em “reclusão”, aquilo que se vem defendendo para o recluso deve-se defender para o preso preventivamente ou temporariamente. Portanto, quer a execução da medida cautelar de prisão, quer a execução da pena de prisão, reclamam a salvaguarda da dignidade da pessoa e de certas garantias fundamentais.

O preso não pode deixar de ser um sujeito de direito porque também é titular de direitos humanos e de uma tutela jurisdicional efetiva, sendo colocado no centro de análise do problema.²⁷³ Nessa seara, o juiz será encarregado de fiscalizar a correta aplicação dos seus direitos, reconhecendo-se a juridicidade da situação e, depois, as suas garantias constitucionais²⁷⁴⁻²⁷⁵. Essa preocupação em relação à pessoa que se encontra presa é um reflexo do movimento global de defesa dos direitos fundamentais. Para que se consiga uma intervenção mais ativa nesse âmbito deve-se privilegiar uma intervenção do poder judiciário por meio do acesso à justiça do preso²⁷⁶, o que inclui a possibilidade de, ao ser preso, ser apresentado a um juiz, em tempo razoável, podendo inclusive peticionar perante as cortes internacionais, como por exemplo no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem²⁷⁷.

²⁷³ Vide RODRIGUES, Anabela Miranda, “*Da «afirmação de direitos» à «proteção de direitos» dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão*”, Revista “Direito e Justiça”, 2004.

²⁷⁴ *Idem*, p. 187.

²⁷⁵ De acordo com Anabela Rodrigues, “O recluso é portador de direitos fundamentais inerentes à condição de homem (não o homem abstracto das declarações revolucionárias mas o homem-situado) e à mudança de atitudes quanto à noção e ao sentido das chamadas “relações especiais de poder” in RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária, estatuto jurídico do recluso e socialização jurisdicionalização consensualismo e prisão. Estatuto jurídico do recluso e socialização jurisdicionalização consensualismo e prisão*. Coimbra, Coimbra Editora, 1ª edição, 2000, p. 73.

²⁷⁶ Nesse sentido: RODRIGUES, Anabela Miranda, “*Da «afirmação de direitos» à «proteção de direitos» dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão*”, Revista “Direito e Justiça”, 2004, p. 195.

²⁷⁷ Veja-se MAZZUOLI, Valerio. *Curso de Direitos Humanos*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. p. 138.

Sobre o tema do preso, não podemos esquecer a palestra de ANABELA RODRIGUES no 20º seminário do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, proferida no dia 26 de agosto de 2014, intitulada: “Execução penal e novo capitalismo: uma convivência impossível?”²⁷⁸, que chamou à atenção essa visão inovadora do recluso na atualidade, fazendo uma análise econômica acerca da necessidade de colocar o preso como sujeito merecedor de tutela dos seus direitos fundamentais. E, com o mesmo olhar humanista acerca do preso, não olvidemos as precisas palavras de FIGUEIREDO DIAS:

“o reconhecimento do recluso como pessoa, isto é, como alguém que mantém íntegros todos os seus direitos fundamentais não em absoluto incompatíveis com a pena criminal de privação da liberdade a que foi sujeito; direitos entre os quais se contará então o seu direito indeclinável à diferença, à forma própria de organizar e executar o seu projeto de vida. Perante o valor intocável da dignidade humana e o limite absoluto que o princípio respectivo coloca ao estatuto prisional do recluso”.²⁷⁹

Portanto, a humanização do recluso é algo digno de aplausos, não havendo outro caminho senão sua consideração como sujeito titular de direitos fundamentais em condição de vulnerabilidade, que não deve ser afastada mesmo diante de situações que, apesar de corriqueiras, são sempre conflitivas e trágicas, como rebeliões ou notícias de violência. É nesse contexto que, em relação aos presos preventivos ou temporários, as audiências de custódia se justificam e se fazem necessárias.

A importância dos direitos do preso têm um impacto ao nível dos instrumentos normativos internacionais ou dos próprios costumes internacionalmente aceites, na forma de *jus cogens*, sendo exemplos a proibição da tortura e dos tratamentos desumanos ou degradantes. Mas é a partir da eficácia vertical dos direitos fundamentais

²⁷⁸ Disponível no seguinte sítio eletrônico: https://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/190-Execucao-penal-e-novo-capitalismo-uma-convivencia-impossivel, acesso em 5 mai.2020 e vide RODRIGUES, Anabela Miranda. *Execução penal socializadora e o novo capitalismo: uma relação (im)possível?*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 23, n. 112, p. 17-32., jan./fev. 2015.

²⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Execução da pena de prisão e direitos humanos, hoje e amanhã. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; KOSOVSKI, Ester. *Estudos em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 334.

internacionalmente reconhecidos, na relação com o Estado, que resulta a obrigatoriedade de salvaguardar os direitos do preso²⁸⁰⁻²⁸¹.

A interpretação das normas deve ser feita de forma a compatibilizar a máxima efetividade dos direitos, tendo, no caso, o preso o máximo proveito, com uma aplicabilidade direta e imediata dos direitos humanos. Em caso de conflito, deveremos levar em consideração o método interpretativo *pro homine*, melhor dizendo: a norma que mais direitos conferir ao preso deverá ser levada em consideração²⁸². Esse paradigma leva em conta essa interpretação mais favorável aos direitos humanos do recluso, por ser a mais condizente com os tempos atuais. Por exemplo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos busca a proteção da integridade física e psíquica do ser humano, havendo a proibição dos maus tratos, que abrangem tratamentos desumanos, cruéis, degradantes e a tortura²⁸³.

Tendo em vista o contexto dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, o arcabouço normativo de proteção internacional e regional do preso ou do recluso pode ser sintetizado da seguinte maneira: a importância da Declaração Universal de Direitos Humanos na implementação dos direitos humanos dos presos; a relevância da Convenção Europeia dos Direitos do Homem no que tange aos direitos do preso; o pioneirismo da Carta Dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no que diz respeito a ser vetor interpretativo dos Direitos Fundamentais; o Tratado de Funcionamento da União Europeia como fator interpretativo, calcado nos direitos e garantias fundamentais, mormente da cooperação judiciária internacional; e a importância da Convenção Americana de Direitos

²⁸⁰ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1181.

²⁸¹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos humanos*, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 440: “Sua classificação, então, é pautada: 1) pelo reconhecimento do caráter positivo dos direitos, ou seja, direitos previstos e regulados pelo Estado, contrapondo-se à tese de inerência ou de que seriam direitos natos; 2) pela afirmação da verticalidade, defendendo que os direitos são concretizados na relação desigual entre indivíduo e Estado. Como a teoria é construída no final do século XIX (em seu livro *Sistema de direitos públicos subjetivos*, 1892), não abarca os direitos humanos nas relações entre particulares (efeito horizontal dos direitos humanos, como veremos) e também os direitos de titularidade difusa, transindividual (os direitos difusos, como veremos)”.

²⁸² Neste sentido RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos humanos*, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 2018, p. 112-13.

²⁸³ Sobre a proibição da tortura como norma que protege a integridade pessoal, mas também a dignidade da pessoa humana: “(2) A proibição da tortura é uma norma consolidada no Direito Internacional, tendo como fundamento não apenas a tutela da integridade pessoal, mas também a dignidade da pessoa humana. Já na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, há previsão expressa da proibição da submissão à tortura e a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (art. 5º). (PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 52).

Humanos para os direitos do preso na cooperação judiciária internacional em matéria penal. Ora, vejamos.

Em primeiro lugar, a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada em 1948, traz dispositivos legais que fundamentam esse novo paradigma de análise, daí resultando – apesar de não ser considerada um tratado internacional²⁸⁴ – importantes considerações para a vida, a liberdade e a segurança da pessoa humana, sendo vedado qualquer ato de tortura ou penas cruéis, desumanas ou degradantes.

Em segundo lugar, no espaço europeu, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, com o mesmo sentido, prevê o direito à vida e a proibição de tortura²⁸⁵. No que toca à proibição da tortura, o TEDH tem consolidado o entendimento de proibir, de forma absoluta, a tortura, os tratamentos desumanos e degradantes, que coloquem em risco a vida das pessoas.²⁸⁶

Em terceiro lugar, com o advento do Tratado de Lisboa e com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), no vínculo jurídico estabelecido entre os Estados membros da União, passou a existir um gênero de um “Tratado Internacional de Direitos Humanos”, sendo, por isso, componente do direito primário da União Europeia²⁸⁷. Destarte, a aludida Carta é um dos princípios base da União Europeia e na sua relação com os outros Estados, enquanto matriz interpretativa no que diz respeito aos direitos fundamentais²⁸⁸. Esse documento, portanto, é imprescindível na compreensão dos direitos fundamentais dos presos e reclusos, tendo presente a dignidade da pessoa humana, a vida e a proibição da tortura ou penas desumanas ou degradantes, sendo mola propulsora da

²⁸⁴ Nesse sentido: “A Declaração Universal não é tecnicamente um tratado, pois não passou pelos procedimentos tanto internacionais como internos de celebração de tratados, não guardando também as características definidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) (...)”. Ao final, pontua que ela é “um código ético universal em matéria de direitos humanos” (MAZZUOLI, Valerio. *Curso de Direito Internacional Público*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 802-803). Também, nesse viés, Anabela Miranda Rodrigues conclui, de forma pontual, sobre a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos em relação aos direitos humanos: “Com a declaração Universal dos Direitos do Homem, a questão dos direitos humanos não releva mais do domínio interno, mas do domínio internacional – é este o ponto de vista expresso pelos primeiros comentadores da Carta das Nações Unidas, logo em 1948”. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Globalização do Direito Penal – Da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização*. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 82-83.

²⁸⁵ BARRETO, Irineo Cabral: *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 3 ed. Coimbra Editora Coimbra, 2005, pp. 65-71.

²⁸⁶ *Idem*, p. 71.

²⁸⁷ UNIÃO EUROPEIA. *Objetivos e Valores da UE*. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_pt. Acesso em: 18/06/2019.

²⁸⁸ UNIÃO EUROPEIA. *Compreender as políticas da União Europeia: Justiça, Cidadania e Direitos Fundamentais*. 2014. Disponível em: <https://infoeuropa.eu/rocid.pt/files/database/000059001-000060000/000059716.pdf>. Acesso em: 18/06/2019.

interpretação dos direitos e garantias fundamentais da União Europeia, que se estendem à cooperação jurídica internacional, no que diz respeito à entrega ou à extradição.

Por último, especialmente em relação ao Brasil enquanto Estado-Membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tendo ratificado a Carta da Organização dos Estados Americanos e sendo também aderente da Convenção Americana de Direitos Humanos, resulta a possibilidade de se realizarem petições com fundamento na violação dos direitos humanos, o que pode originar recomendações ao Estado responsável para que a situação se repare ou restabeleça dentro do possível. Dentro desse texto normativo, verificamos a existência de dispositivos legais que estabelecem o direito à vida e à integridade pessoal, inclusive no que concerne a proibição de tortura²⁸⁹, impondo ao Estado um dever de respeito e uma proteção adequada²⁹⁰. Portanto, de forma semelhante à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Convenção Interamericana sobre os Direitos Humanos traz uma tutela da integridade física com a mesma carga axiológica, resultando num diálogo entre a CEDH e a CIDH²⁹¹.

2. Audiência de custódia como um meio de controle ao uso indevido da prisão à luz do ordenamento jurídico brasileiro²⁹²

A audiência de custódia²⁹³ é o ato processual pelo qual uma pessoa presa é apresentada a uma autoridade judicial, sem demora, na presença de um representante do Ministério Público e da defesa; caso a pessoa não detenha recursos financeiros, haverá a participação da Defensoria Pública, objetivando deliberar sobre a legalidade e a necessidade de manutenção da prisão, bem como constatar se houve tortura ou maus tratos

²⁸⁹ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 56.

²⁹⁰ SILVA, Eduardo Rodrigues Gonçalves; Érico Gomes de Souza; Nathália Mariel F. de S. Pereira e Stanley Valeriano da et al. *Legislação Internacional Comentada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 267.

²⁹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos E Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 251.

²⁹² Inspirado na palestra proferida no 22º Seminário Internacional do IBCCRIM: LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana; PAIVA, Caio. *Audiência de custódia*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2016. (Seminário internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 22). Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/631-Audiencia-de-Custodia. Acesso em: 4 jun. 2020.

²⁹³ Também, chamado pela doutrina alienígena de “audiência de garantia” (SANTOS, Cleopas Isaías. *Audiência de Garantia: ou sobre o óbvio ululante*. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, v. 91, p. 76-93, 2015) e de “audiência de apresentação” (Vide manifestações dos ministros do STF, no julgamento da ADI 5240, rel. min. Luiz Fux, Plenário, j. 20.08.2015).

no momento da prisão²⁹⁴. A audiência de custódia não é uma invenção do Conselho Nacional de Justiça, mas, na verdade, é decorrência de inúmeros instrumentos normativos internacionais²⁹⁵: do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 9.3), da Convenção Americana dos Direitos Humanos (artigo 7.5): “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”; Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), art. 5.3 : “Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais (...)”; e, mais, atualmente, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 8.766/2016, prevê que “Toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentada, sem demora e de acordo com a legislação interna respectiva, à autoridade judiciária competente”(art. XI).

Ainda assim, há um entendimento no Brasil de que a audiência de custódia só caberá em casos de prisão em flagrante²⁹⁶, o que, digamos desde já, é uma redução hermenêutica dificilmente contemplada nos aludidos tratados. No Estado do Rio de Janeiro a audiência de custódia está limitada à figura da prisão em flagrante. Em decorrência disso, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, manejou uma Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal (Reclamação nº 29303), cujo relator é o Ministro LUIZ EDSON

²⁹⁴ No mesmo sentido, PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3 Ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. p. 43. E, de forma mais sintética, temos as palavras do Conselho Nacional de Justiça: “consistem na rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante, em uma audiência onde também são ouvidas as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Audiências de custódia. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

²⁹⁵ PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3 Ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. p. 44.

²⁹⁶ Defendendo que a audiência de custódia deve somente ser restrita à prisão em flagrante, devemos citar citars: MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *É possível conciliar a audiência de custódia e a prisão por mandado?*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/02/17/e-possivel-conciliar-a-audiencia-de-custodia-e-a-prisao-por-mandado/>, acesso em: 12 mai. 2020.

FACHIN²⁹⁷. Vale ressaltar que a Resolução 213, do CNJ, no seu Artigo 13²⁹⁸, menciona que a audiência de custódia é cabível para toda espécie de prisão: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, inclusive prisão de alimentos²⁹⁹.

A audiência de custódia foi formalizada vinte e três anos após estar em vigor o Pacto de San José da Costa Rica no Brasil, de 1992, quando foi pioneira no Estado do Maranhão, tendo o Conselho Nacional de Justiça inaugurado o projeto piloto no foro da Barra Funda, na cidade de São Paulo, no dia 24 de fevereiro de 2015. Falar de audiência de custódia é confrontar duas perspectivas de análise: o compromisso da defesa dos direitos individuais do preso e a força coercitiva do Estado. Nesse sentido, surge como um modo de resolver os problemas ocasionados pelo uso indevido da prisão no nosso país. O problema, em geral, é que a população tende a aceitar o descumprimento dos mais elementares direitos inerentes à pessoa e à privação da sua liberdade quando estão em causa indícios da prática de crime, como se isso fosse algo natural. Como já dissemos alhures, o preso deve ser visto como centro das preocupações no âmbito da justiça penal, com uma visão humanista, contando com uma análise criteriosa do poder judiciário brasileiro. De fato, os juízes deveriam ser os primeiros a evitar o emprego imoderado de reclusões tão

²⁹⁷ A história dessa ação é bem curiosa: num primeiro momento, o ministro Fachin negou-lhe seguimento. Com isso, a DPRJ agravou, de forma Regimental, da decisão, chegando ao plenário virtual da 2ª turma do STF. O ministro Gilmar Mendes, então, pediu para que fosse votada em plenário presencial. No plenário presencial, o Ministro Fachin e a ministra Carmen Lúcia votaram contra, enquanto o ministro Gilmar Mendes deu provimento ao agravo regimental. Na hora em que o Ministro Ricardo Lewandowski iria votar (em sentido de empate, até mesmo porque a resolução nº 213/15, do CNJ, foi de autoria intelectual dele), o ministro Edson Fachin decide afetar ao plenário do Supremo Tribunal Federal. Pautou-se então para o dia 5 de dezembro de 2019, mas foi adiado para o dia 12 de Dezembro, pelo excesso da pauta do primeiro dia.

Nessa última data foi iniciado esse julgamento com as sustentações orais, inclusive, valendo demonstrar a importância da intervenção da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, apresentada pelo Defensor Público, Eduardo Newton, que defendeu a extensão da Audiência de Custódia, não só para a prisão em flagrante, mas também para todas as demais espécies de prisão cautelar, sendo a atuação defensorial, na seara dos direitos humanos, de suma importância nesse julgamento. A atual fase desse julgamento é que ele está suspenso, aguardando os votos dos demais ministros.

²⁹⁸ “Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução”.

²⁹⁹ Nesse sentido, podemos dizer que: “A realização da audiência de custódia para o devedor de alimentos, além de assegurar um controle judicial imediato sobre o respeito à integridade física e psicológica do cidadão preso, ainda tem a vantagem de propiciar um ambiente em que, pessoalmente, o devedor poderá justificar ao juiz porque está inadimplente ou demonstrar que já efetuou o pagamento. (PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. 3 Ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. p. 119).

graves como a prisão preventiva³⁰⁰, considerando o preso como sujeito de direito e não como objeto.³⁰¹

Infelizmente, nós temos a impressão de que a prisão deve impor um sofrimento à pessoa segregada, sendo que as imagens de terror que emanam dos presídios não mais nos causam espanto. É também por sentimento desprovido de preocupação social que não nos rebelamos quando alguém, que viole a lei criminal, é submetido à privação de liberdade, ficando vulnerável a alguma espécie de tortura ou maus tratos – pelo menos, no Brasil. Temos, hoje em dia, a sociedade do ódio, da intolerância, com programas televisivos que propagam a justiça pelas próprias mãos, o processo penal sem seguir os direitos humanos, sendo que a profissão Defensor Público é tida como aquela que só “Defende Bandido” e não aquela que promove a efetiva defesa de direitos humanos no Processo Penal. É certo que muitos conhecem o caos em que se insere o sistema carcerário brasileiro, contudo, parece haver um esquecimento global quanto às medidas cautelares alternativas à prisão, como se essas fossem o único caminho para resolver os problemas de violência. Nesse sentido, mister citarmos FOUCAULT³⁰², que bem elucida a questão em poucas palavras:

“Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E, entretanto, não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”.

Se para alguns essa realidade pode até ser desconhecida, certo é que ela vai ajudar um pouco a explicar a situação calamitosa que, hoje, demanda e exige, sobretudo, uma atuação humanitária *pro homine*, especialmente porque o mau uso da prisão, especialmente da prisão preventiva, no nosso país, tornou-se a regra. Vejamos os dados do último censo penitenciário do DPEN, de dezembro, do ano de 2019³⁰³: o Brasil possui a 3ª maior

³⁰⁰LOPES JR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 121: “A banalização da prisão cautelar tem um forte componente simbólico e de correspondência às expectativas sociais criadas em torno da punição, na medida em que se situa no eterno conflito entre tempo social *versus* tempo do direito. Uma sociedade regida pela velocidade e hiperacelerada, dominada pelo instantâneo, não está acostumada a esperar. Por conta disso, diante de um crime, existe um imenso mal-estar em ter que esperar pelo processo enquanto caminho necessário para se chegar à pena é vista – sempre, qualquer que seja a duração – como uma dilação insuportável, jamais correspondendo à ambição de velocidade e à ilusão de justiça imediata. Nesse contexto, a prisão cautelar é a satisfação plena do anseio mítico, vista como um encurtamento entre fato e punição, sem a intermediação processo”.

³⁰¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Execução penal socializadora e o novo capitalismo: uma relação (im)possível?*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 23, n. 112, p. 17-32., jan./fev. 2015. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=118462. Acesso em: 5 mai. 2020.

³⁰² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 20. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999, p. 261.

³⁰³ BRASIL. Ministério da Justiça, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Painel Interativo junho/2019. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

população carcerária do mundo; dos anos 90 para cá, o Brasil saltou dos 100 mil presos para 748.009 mil presos, num intervalo de 30 anos. Com esse *superencarceramento*, temos um déficit de 312.925 vagas. O que isso significa? É basicamente o dobro da média mundial. E o número preocupante é que 30,43% desses presos são “presos provisórios”, num índice muito acima do tolerado³⁰⁴.

O confronto desses dados nos chama a atenção. Quase 312.925 mil pessoas estão à espera de uma sentença e existem elementos que autorizam a crer que boa parte dessas pessoas poderiam estar respondendo aos seus processos em liberdade. Desses números, constatamos que o número de presos, em nosso país, não cresceu conforme o aumento número de vagas, fazendo das prisões um local ainda mais desfavorável, tolerando-se práticas de crueldade, de tortura e de maus tratos em relação àqueles que estão ali inseridos. Quase se poderia dizer que o cárcere no Brasil, tal como é praticado, só serve para uma coisa: reforçar os mecanismos de amparo de um mecanismo de violência que só acentua a vulnerabilidade das pessoas e os índices de criminalidade. Com essa cultura de aumento de prisões, de construção de mais presídios, propagamos um mecanismo operacional de desconstrução dos pilares em que se amparam a Constituição Federal, quais sejam, redução da criminalidade ou construção de uma sociedade com mais justiça e igualitária.

A prisão é um mecanismo utilizado de uma forma tão “irracional” que propaga a reincidência, esquecendo que o objeto precípua do encarceramento é a ressocialização. Vale ressaltar que nós não produzimos segurança, nós prendemos mais, ocasionando maior reincidência. Esse é um problema de segurança pública, pouco entendido e fracassado. Há um senso comum equivocado de que, pela prisão, os problemas sociais podem ser resolvidos.

Assim sendo, o uso abusivo e desproporcional da prisão preventiva, em especial, mostrou para o Conselho Nacional de Justiça que algo estava equivocado e que o sistema de justiça estava com grandes problemas no que tange ao aprisionamento provisório. Nesse sentido, havia pessoas com tempo de prisão extrapolado, mas que continuavam encarceradas. Os mutirões carcerários eram feitos para tentar contornar o problema das prisões vencidas, mas trouxeram luz à essa questão do problema do sistema prisional, sendo que a audiência de custódia passou a ser um instrumento idôneo para evitar o *superencarceramento*.

³⁰⁴ Até por países que têm números gerais de presos muito mais elevados do que nós, como os EUA, a China ou a Rússia, segundo o Departamento de Estudos Penitenciários (Depen).

Como pioneiro temos o Estado do Maranhão, que foi o primeiro a implementar a audiência de custódia, em razão da rebelião do presídio de Pedrinhas, na capital do Estado, São Luís. O Maranhão é um bom exemplo porque já se fazia há muito tempo audiência de custódia. No mês de Outubro de 2014, houve o provimento do ato da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão, nº 14/2014³⁰⁵, e, depois, 24/2014,³⁰⁶, que regulamentaram a Audiência de Custódia na comarca de São Luís. Em relação ao último, é bom citarmos o § 1º do Artigo 1º do referido ato, o qual trata da necessidade de realização da audiência de custódia naquele Estado: “[...] e o juiz plantonista não se achar em condição de realizar a audiência de custódia, deverá consignar suas razões em despacho fundamentado.”.

Após esse pontapé inicial feito no Maranhão, juízes, promotores e defensores públicos maranhenses foram fundamentais como palestrantes para o projeto pioneiro, implementado pelo Conselho Nacional de Justiça, no Fórum da Barra Funda, na cidade de São Paulo, no dia 24 de fevereiro de 2015³⁰⁷, apesar de forte resistência do Ministério Público de São Paulo para que fosse difundido para todo o Brasil. A partir daí foi visível o movimento de jurisprudência e do Conselho Nacional de Justiça no sentido da implementação de uma audiência de custódia no processo penal brasileiro.

2.1. A consolidação jurisprudencial da audiência de custódia no STF

As disposições legais relativas a uma “audiência de custódia” previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos ganharam força coativa “erga omnes” no ordenamento jurídico brasileiro após várias decisões do STF. Uma das mais importantes decisões foi a ADI 5240³⁰⁸, que questionava o provimento do TJSP, adequando o Código

³⁰⁵ MARANHÃO, Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Provimento no 14, 24 de novembro de 2014. São Luís, 2014a. Des. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/cgi/visualiza/sessao/1581/publicacao/407410>. Acesso em 16mai. 2020.

³⁰⁶ MARANHÃO, Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Provimento nº 24, 5 de dezembro, 2014. São Luís, 2014b. Des. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/cgi/visualiza/sessao/1559/publicacao/407902>. Acesso em 16mai. 2020.

³⁰⁷ Vide a seguinte notícia: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-24/audiencia-custodia-comeca-resistencia-ministerio-publico>, acesso em 05mai2020.

³⁰⁸ Ementa: ação direta de inconstitucionalidade. provimento conjunto 03/2015 do tribunal de justiça de são paulo. audiência de custódia. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, consecutivamente,

de Processo Penal Brasileiro à sistemática da CADH, num autêntico controle de convencionalidade³⁰⁹. Dessas decisões da Suprema Corte Brasileira³¹⁰, concluímos que a Convenção Americana de Direitos Humanos, nesse ponto, seria autoaplicável, não havendo necessidade de uma lei federal regulamentando a audiência de Custódia.

deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O habeas corpus ad subjiciendum, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. 9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. 10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo. 11. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada improcedente, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país (stf, adi 5240, relator ministro luiz fux, dju 01/02/16).

³⁰⁹ O Controle de Convencionalidade é definido da seguinte maneira, de forma precisa: “todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no Estado devem – para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito – passar por dois níveis de aprovação, quais sejam: (1) a Constituição e os tratados de direitos humanos (material ou formalmente constitucionais) ratificados e em vigor no Estado; e (2) os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor interno. A compatibilidade das leis com a Constituição é feita por meio do clássico e bem conhecido controle de constitucionalidade, e a relativa aos tratados internacionais em vigor no Estado (sejam ou não de direitos humanos) por meio dos controles de convencionalidade (no que tange aos tratados de direitos humanos) e de supralegalidade (no que toca aos tratados comuns).” (MAZZUOLI, Valério. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 107).

³¹⁰ Não podemos nos esquecer da ADPF 347: Os principais argumentos da Medida Cautelar, conferida na ADPF 347 (STF, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, j. 09.09.2015. Voto do Rel. Min. Marco Aurélio), foram os seguintes: “postulou-se o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no que tange ao sistema carcerário no Brasil. O ECI é originário da Colômbia, cuja Corte Constitucional entende restar configurado caso presentes três pressupostos: (i) uma situação de violação generalizada e massiva de direitos fundamentais; (ii) a inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; (iii) a necessidade de atuação de uma pluralidade de órgãos estatais para a superação das violações”. (PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 101).

Caso tivéssemos dúvidas, poderíamos tomar por empréstimo o próprio artigo 656 do CPPb³¹¹ que, ao tratar do *Habeas Corpus*, já previa que, quando o juiz recebe a petição do HC, ele pode, se entender necessário, determinar que o paciente lhe seja apresentado numa audiência. Destarte, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, seja por conta da CADH, bem como do art. 656, CPPb, a audiência de custódia já seria uma realidade no nosso ordenamento jurídico.

Desse modo, foi feito um projeto piloto do TJSP, reconhecendo a eficácia normativa dos aludidos tratados internacionais. Assim, atos dessa magnitude, por fazerem parte de tratados internacionais de Direitos Humanos, fazem força de suprimir qualquer legislação infraconstitucional que os contrarie.

Na prática, contudo, juízes em nosso país têm tratado as pessoas da segurança pública (Polícia Militar, Polícia Civil) com maior importância humana do que as pessoas que são presas no sistema. Passou a ser prática comum manter a prisão em flagrante, transformando-a em prisão preventiva, como sendo uma ação automática, sendo a atuação dos magistrados vista como meramente burocrática, quando, na verdade, deveríamos raciocinar com base no seguinte: nenhuma prisão se deve realizar sem decisão escrita e fundamentada de uma autoridade judicial.

O expediente da prisão, que pode ser efetuada por qualquer pessoa (prisão em flagrante) deve ser submetido a um juiz, no máximo, em 24 horas após a prisão. Infelizmente, O CPPb³¹² estabelecia que, quando uma pessoa, maior de idade, era preso em flagrante, somente o procedimento policial escrito precisava de ser enviado a um magistrado, no prazo de 24 horas, não se preocupando com apresentação física do preso. Destarte, verificavam se a prisão era legal, decidindo pela decretação ou não da custódia cautelar ou a imposição de medidas alternativas à prisão, fundamentando sua decisão por meio de documentos escritos advindos da delegacia de polícia, não se preocupando se a prisão foi realizada com moderação, excesso, ou se foram violadas as regras padronizadas

³¹¹ Art. 656, do CPPB: “Recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.”

³¹² Antiga redação do artigo 310, do CPPB: “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.”

de respeito aos direitos humanos no momento da prisão. Daí, o preso só era visto nas primeiras audiências, muito tempo depois da prisão em flagrante.

Do ponto de vista da legalidade formal, estava tudo em ordem. O CPPb, na redação anterior à Lei 13964/19³¹³, promovia uma forma peculiar de prender, sem se preocupar com o respeito do respeito dos direitos humanos no momento da prisão. Não havia, da parte de certa parcela de juízes, a perspicácia de perceber que o comportamento formal é insuficiente, não permitindo alcançar os detalhes de como ocorreu uma prisão. Para espelhar esse posicionamento, mister trazeremos à tona os argumentos da magistrada do Estado do Rio de Janeiro, YEDDA ASSUNÇÃO³¹⁴, nos seguintes termos:

“A audiência de custódia na forma como ela foi instituída, com regulamentação pelo CNJ e pelos Tribunais viola a legalidade das normas processuais, mas além disso é uma enorme fonte de violação de princípios processuais, como do Juiz Natural e da uniformidade, posto que há lugares onde está sendo realizada audiência de custódia, e lugar onde não está. A grande questão da audiência de custódia, é a finalidade. De fato, não esconderam que a finalidade era soltar presos em flagrante, o que por si só já é um absurdo (...)Se a nossa mazela já era a impunidade, quando concedemos liberdade a presos em flagrante legitimamos a delinquência, e estimulamos a vingança privada. Em suma. Audiência de custódia é uma bobagem criada pelo CNJ, por vaidade, e que tem por finalidade a soltura de pessoas que foram presas em flagrante. Contudo, a resolução fala-se em preso de qualquer natureza (que incluiria prisão preventiva), e ainda assim, o Supremo Tribunal Federal não fez nenhuma audiência de custódia, apesar de tantos presos no último ano. Perplexidade”.

Pretendendo modificar esse quadro, o Conselho Nacional de Justiça reconheceu que, desde 1992, o Brasil internalizou a CADH³¹⁵, ou seja, rompendo com a tradição anterior, o CNJ reconheceu que a CADH, ao exigir que toda pessoa detida ou presa deve

³¹³ Nova redação do artigo 310, do CPPB prevê a audiência de custódia: “Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente”.

³¹⁴ ASSUNÇÃO, Yedda Christina Ching-san. Posicionamento técnico e prático acerca do tema audiência de custódia. In: NOGUEIRA, Marcelo de Almeida & LACERDA, Jackson dos Santos. Imediatismo político ou progresso real através da audiência de custódia? SANTORO, Antônio Eduardo Ramires e GONÇALVES, Carlos Eduardo (org.). Audiência de custódia. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 478-479. No mesmo sentido, A Associação Paulista do membros do Ministério Público impetrou Mandado de Segurança contra o provimento do TJSP, que implementou a audiência de custódia, sendo um dos argumentos que somente modificando a lei, poderia ser implantado aludido projeto piloto, não sendo suficiente a redação da CADH para ter essa força coativa. Para ver a petição, ver: <https://www.conjur.com.br/dl/membros-mp-sp-entramacao-audiencias.pdf>, acesso em: 05 mai.2020. No entanto, com a lei 13964/19, tal discussão não existe mais, uma vez que a audiência de custódia está expressamente prevista, no artigo 310, do CPPB.

³¹⁵ Foi assegurada a sua eficácia pelo Decreto no 678, de 06 de novembro de 1992.

ser levada, sem demora, a uma autoridade judicial, alterou o rito de apresentação do flagrante, previsto na redação originária de 1941.

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal não só reconheceu a validade da iniciativa, como tornou obrigatória as audiências de custódia em todo país, sendo mudado totalmente o raciocínio, até então vigente, passando a vigorar o seguinte: *só serão válidas as decisões de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva depois de realizada a audiência de custódia.*

Na ADPF 347, o STF, da mesma maneira que fez a corte constitucional colombiana, reconheceu que a questão carcerária brasileira, em matéria penitenciária, vive um estado inconstitucional de coisas, em virtude da lastimável situação em que se encontram os presídios brasileiros, sendo que todos nós, e não só os juízes, somos responsáveis por esse estado inconstitucional de coisas. Desse modo, foi implantada a audiência de custódia em todo o país, sendo regulamentada pela Resolução nº 213/15, que será tratada no tópico seguinte.

2.2. A Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça

Com a propositura da ADPF nº 347, foi necessário editar a Resolução 213/15, do Conselho Nacional de Justiça, que obrigou a implementação da audiência de custódia em todos os tribunais do Brasil³¹⁶, a partir da entrada em vigor da norma, que ocorreu no dia 1º de fevereiro de 2016³¹⁷. Essa resolução foi importante para a sistematização uniforme da audiência de custódia³¹⁸, sem desprezar a realidade local de cada Estado.³¹⁹ Mesmo com a recente Lei 13.964/19 (pacote anticrime), que estabeleceu a audiência de custódia expressamente no CPPb, a dinâmica procedimental continuará a ser realizada pela aludida

³¹⁶ “Art. 15. Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais terão o prazo de 90 dias, contados a partir da entrada em vigor desta Resolução, para implantar a audiência de custódia no âmbito de suas respectivas jurisdições”.

³¹⁷ “Art. 17. Esta Resolução entra em vigor a partir de 1º de fevereiro de 2016”

³¹⁸ Em sentido contrário, dizendo que a Resolução nº 213/15 é inconstitucional: MOREIRA, Rômulo Moreira. *A resolução n.º 213 do conselho nacional de justiça e as audiências de custódia*. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires e GONÇALVES, Carlos Eduardo (org.). *Audiência de custódia*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 545.

³¹⁹ “Art. 14. Os tribunais expedirão os atos necessários e auxiliarão os juizes no cumprimento desta Resolução, em consideração à realidade local, podendo realizar os convênios e gestões necessárias ao seu pleno cumprimento”.

resolução, que não perde eficácia com a entrada em vigor dessa lei que modificou o CPP do Brasil, no que com a mesma for compatível.

O artigo 5º da referida resolução dispõe o seguinte:

“Art. 5º Se a pessoa presa em flagrante delito constituir advogado até o término da lavratura do auto de prisão em flagrante, o Delegado de polícia deverá notificá-lo, pelos meios mais comuns, tais como correio eletrônico, telefone ou mensagem de texto, para que compareça na audiência de custódia, consignando nos autos.

Parágrafo único. Não havendo defensor constituído, a pessoa presa será atendida pela Defensoria Pública.”

Aqui, consagra-se o direito de escolha do advogado, não podendo a Defensoria Pública defender compulsoriamente, dependendo da não constituição de um advogado. Isso advém, aliás, do direito da ampla defesa³²⁰.

Na segunda parte do dispositivo, parece haver um certo equívoco, pois quem deverá notificar o defensor para comparecer à audiência de custódia é o poder judiciário e não o delegado de polícia. Diante disso, CAIO PAIVA³²¹ discorre que:

“A obrigação do delegado de notificar o advogado para comparecimento na audiência de custódia, expediente que considero equivocado, pois consistindo esta audiência em ato processual somente o Poder Judiciário pode proceder com este expediente comunicativo para o advogado”.

O artigo 7º, da Resolução 213/15³²², estabelece que o preso deve ser apresentado a um magistrado e, com a Lei 13964/19³²³, está expresso que o preso deve ser apresentado ao próprio juiz de garantias, não sendo possível delegar tal iniciativa a um delegado de

³²⁰ Prevista no artigo 5º, LV, da Constituição Federal. Cfr. PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3 Ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. p. 145.

³²¹ Idem, p. 146.

³²² “Art. 7º A apresentação da pessoa presa em flagrante delito à autoridade judicial competente será obrigatoriamente precedida de cadastro no Sistema de Audiência de Custódia (SI S T A C) (grifo nosso).

³²³ “Art. 3º-B, do CPP: O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo”.

polícia. Nesse sentido, mister trazer à tona as precisas palavras de RÔMULO MOREIRA, esclarecedoras desse dispositivo da resolução:

“Para evitar qualquer dúvida, a Resolução esclarece que se entende por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal local que instituir as audiências de apresentação, incluído o Juiz plantonista. Portanto, afasta-se qualquer possibilidade de interpretação segundo a qual possa se atribuir a qualidade de autoridade judicial ao Delegado de Polícia como já decidiu (absurdamente) o Tribunal de Justiça de São Paulo.”³²⁴

Em posição minoritária, importante mencionarmos artigo de autoria do processualista GUILHERME DE SOUZA NUCCI, para quem a apresentação do preso ao juiz de custódia seria de todo desnecessária, na medida em que:

“Então, muitos leram o meu voto a respeito e torceram como puderam, somente para ser notícia, dizendo que eu estaria defendendo que o delegado “pode presidir audiência de custódia” ou estava “equiparando o delegado ao juiz” e assim vai. São esses divulgadores de falsas notícias ignorantes ou agiram de má-fé. Disse e insisto que o sistema processual do Brasil, vigente há mais de 70 anos, adotou o critério de apresentar o preso ao delegado, para, na sequência (24 horas), ser avaliado o auto de prisão em flagrante por magistrado togado.”³²⁵

E complementa:

“o delegado de polícia, no sistema adotado pelo Brasil, é um bacharel em Direito, concursado, que conhece muito bem o Direito Penal e o Processo Penal. Para essa autoridade, segundo o CPP, deve ser o preso imediatamente apresentado. Faz-se um juízo inicial da legalidade – não por um leigo, mas por alguém qualificado. Encontrando razões para detê-lo, a autoridade policial lavra o auto de prisão em flagrante. Pode, segundo defendemos (art. 304, CPP), ao final do referido auto, percebendo a debilidade das provas, relaxá-lo e não recolher o detido ao cárcere. Há, inclusive, quem defenda possa o delegado fazer o mesmo se não vislumbrar, além da tipicidade, os elementos referentes à ilicitude e à culpabilidade”.

Apesar da posição minoritária acima levantada, prevaleceu o primeiro posicionamento, até realçado agora com a recentíssima reforma que passou o Processo

³²⁴ MOREIRA, Rômulo Moreira. A resolução nº. 213 do conselho nacional de justiça e as audiências de custódia. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires e GONÇALVES, Carlos Eduardo (org.). Audiência de custódia. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 547.

³²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Os mitos da audiência de custódia*. GENjurídico.com.br. Artigo elaborado em 17.jul.2015. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2015/07/17/os-mitos-da-audiencia-de-custodia/>>. Acessado em: 5.mai.2020.

Penal vigente, uma vez que só o magistrado é a autoridade com competência para sanar eventual ilegalidade de uma prisão em flagrante. O que foi reafirmado pela recente alteração legislativa do artigo 310, do CPP, quando preceitua que o “juiz deverá promover a audiência de custódia”, não dando margem a interpretar que possa ser outra autoridade³²⁶.

2.3. As funções da audiência de custódia

A audiência de custódia possui quatro finalidades fundamentais³²⁷, conforme a maioria da doutrina, sendo que pode ser inserida uma quarta finalidade, numa visão minoritária do defensor público EDUARDO NEWTON. Passamos a enunciá-las:

1^a) Ajustar o Processo Penal brasileiro aos tratados internacionais de Direitos Humanos³²⁸. Nesse caso, não poderia deixar ao bel prazer do Estado Brasileiro o cumprimento ou não dos tratados internacionais de direitos humanos relativos à audiência de custódia, sendo uma garantia do cidadão contra o arbítrio do Poder Público Estatal³²⁹, devendo seguir a forma preceituada internacionalmente sem que haja margem de

³²⁶ No sentido do que foi dito: LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime*. Editora Juspodivm: Salvador, 2020, p. 295; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 1.230, 24 cm. ISBN 978-85-549-4737-8. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=142018. Acesso em: 8 mai. 2020, pp. 1092-1093.

³²⁷ PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3 Ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. pp. 47-58.

³²⁸ Vide: PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3 Ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. p. 47; CHOUKR, Fauzi Hassan. *PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 22, n. 254, p. 2-3., jan. 2014. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=103794. Acesso em: 8 mai. 2020 e LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal*. Revista Liberdades, São Paulo, n. 17, p. 11-23., set./dez. 2014. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=129019. Acesso em: 8 mai. 2020.

³²⁹ Aury Lopes Jr pontua, de forma eloquente, “No Processo penal, forma é garantia e limite de poder, pois aqui se exerce o poder de punir em detrimento da liberdade. É um poder limitado e condicionado, que precisa se legitimar pelo respeito às regras do jogo. Logo, não se deve importar a tal “instrumentalidade das formas” e “informalismo processual”, pois, aqui o fenômeno é completamente diferente (LOPES JR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 6^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 69) e Cláudia Cruz Santos, de maneira pontual, defende que a defesa intransigente das garantias do indivíduo em relação ao Poder do Estado é medida salutar, por meio do processo penal, nos seguintes termos: “É, de resto, esse mal (ou “sofrimento”, como refere Anabela Rodrigues) que sobretudo justifica a necessidade de uma defesa intransigente das garantias do indivíduo confrontado com o poder punitivo do Estado através do processo penal, mesmo que a pena já não seja apenas a privativa da liberdade: “o caráter da pena” vem do “sofrimento” que esta implica e hoje, como é geralmente aceite, o “sofrimento” não está ligado só à “pessoa em sentido físico” (o que estava implícito na pena privativa de liberdade), mas à “pessoa mais os seus direitos”, o que significou a criação de “novas penas”, de que a pena pecuniária é o exemplo paradigmática. O que tudo nos leva a defender que não é por ter mudado a “face” da pena que ela é “menos pena” ou pode suportar menos garantias na sua aplicação (SANTOS, Cláudia Cruz. *O Direito Processual Penal Português em Mudança: Rupturas e Continuidades*. Coimbra: Editora Almedina, 2020, p.16).

discricionariedade para a autoridade judicial realizá-la ou não, uma vez que é uma formalidade obrigatória. E isso sob pena de restar caracterizada a ilegalidade da prisão, consoante artigo 310, §4º, do CPPB³³⁰, sendo que a autoridade que deu ensejo à não realização de audiência de custódia pode responder criminalmente pelo crime de abuso de autoridade do artigo 9º, inciso I, da Lei 13869/19 (embora a questão seja controvertida, como se verá mais adiante)³³¹.

2ª) A prevenção e repressão da tortura policial³³²: a audiência de custódia inaugura um novo modelo “face-to-face”³³³ do processo penal brasileiro, com a obrigatoriedade do juiz encarar o preso, no momento imediatamente posterior à sua prisão, também com o fim de verificar se houve alguma tortura ou maus tratos em sua detenção. Tal finalidade é das mais importantes da audiência de custódia, uma vez que nosso processo penal deve estar em consonância com os inúmeros tratados internacionais de direitos humanos, que almejam, em qualquer detenção, a não realização de tortura como forma de abordagem policial. Como afirma CARLOS WEIS³³⁴, é igualmente uma forma de exigir responsabilidade para os juízes, promotores e defensores. CAIO PAIVA, de maneira precisa, diz assim:

“Garantindo-se a apresentação imediata, ou, ainda, “sem demora”, a audiência de custódia pode eliminar – pelo menos – a violência policial praticada no momento da abordagem no flagrante e nas horas seguintes, pois os responsáveis pela apreensão/condução do preso terão prévia ciência de que qualquer

³³⁰ Redação suspensa por liminar no Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, na ADI 6305 (j. 22/01/2020), sob o seguinte argumento: “(...)não se desconsidera a importância do instituto da audiência de custódia para o sistema acusatório penal. No entanto, o dispositivo impugnado fixa consequência jurídica desarrazoada para a não realização da audiência de custódia, consistente na ilegalidade da prisão. Esse ponto desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país, especialmente na região Norte, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável porte, que muitas vezes incluem grande número de cidadãos residentes em diferentes estados do país. A categoria aberta ‘motivação idônea’, que excepciona a ilegalidade da prisão, é demasiadamente abstrata e não fornece baliza interpretativa segura aos magistrados para a aplicação do dispositivo”. De forma diversa, o mesmo ministro, quando julgou a ADI 5240 (STF, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20/08/2015, DJE 29/01/2016), disse que a imprescindibilidade da realização da audiência de custódia em até 24 (vinte e quatro) horas após a prisão, permitindo somente a extensão do prazo somente quando houvesse motivação idônea (como por exemplo, um município que não seja sede da comarca ou que o acesso seja difícil, um auto de prisão em flagrante de inúmeros réus presos.

³³¹ Em Sentido da possibilidade de incriminação pelo delito de abuso de autoridade: LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime*. Editora Juspodivm: Salvador. 2020, p. 315-316. Em sentido contrário, em virtude do esquecimento do legislador de prever consequências para a não realização da audiência de custódia: CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime*. Editora Juspodivm: Salvador. 2020, p. 252.

³³² PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3 Ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. p. 48.

³³³ Para aprofundamento: LOPES JÚNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Afinal, Quem Tem Medo da Audiência de Custódia? (Parte I)*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afina-l-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 08mai2020.

³³⁴ WEIS, Carlos. *Trazendo a realidade para o mundo do direito. Informativo Rede Justiça Criminal*. Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>, acesso em: 06 mai.2020.

alegação de tortura poderá ser levada imediatamente ao conhecimento da autoridade judicial, da defesa (pública ou privada) e do Ministério Público, na realização da audiência de custódia”.

Por sua vez, CARNELLUTI³³⁵ elucida muito bem essa importância da presença do preso perante o seu julgador, a fim de expressar seus sentimentos sobre os motivos que ensejaram seu encarceramento, nos seguintes termos:

“A verdade é que o germe do bem, em cada um de nós, e não nos delinquentes somente, está aprisionado. Há quem tenha mais e quem tenha menos, mas nenhum de nós tem todo o espaço que deveria ter. Todos, em uma palavra, estamos na prisão; uma prisão que não se vê, porém que não se pode deixar de sentir. Essa angústia do homem, que constitui o motivo de uma filosofia moderna, de grande notoriedade e indiscutível importância, não é outra coisa que o sentido da prisão. Cada um de nós está aprisionado enquanto está fechado em si mesmo, no amor de si mesmo. O delito não é outra coisa senão uma explosão de egoísmo em sua raiz: o outro não conta; o que conta, somente, é ele próprio. Apenas abrindo-se para nós, o homem poderá sair da prisão.”

A corte interamericana no julgamento do caso *Acosta Calderon versus Equador*³³⁶ sinalizou que o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida ou presa não contempla essa garantia, já que o detido ou preso deve comparecer pessoalmente e apresentar sua declaração perante o juiz. Para que isso seja cumprido de forma real, caso o preso não seja liberado, deveria ser levado para uma unidade prisional diferente daquela em que se encontrava, sobretudo para evitar que seja agredido caso faça a denúncia de algum agente policial. Sobre isso, já deliberou o Comitê de Direitos Humanos da ONU, dizendo que a conversão do flagrante em preventiva:

“não deve implicar uma volta à detenção policial, mas sim a detenção numa instalação separada, sob uma autoridade diferente, porque a continuação da detenção policial cria um risco demasiado grande de maus tratos”.³³⁷⁻³³⁸

³³⁵ CARNELLUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução da versão espanhola do original italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pílares, 2009, pp. 27-28.

³³⁶ Caso *Acosta Calderon versus Equador*, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf, acesso em 19 mai. 2020.

³³⁷ O Comitê de Direitos Humanos é um órgão da ONU que incumbe de fiscalizar o cumprimento dos direitos humanos previstos no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, com previsão nos artigos 28 a 45 do aludido pacto.

³³⁸ PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3 Ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. p. 53.

Isso objetiva desconstruir um mito que existe sobre a tortura no Brasil: muito se fala que a tortura é um resquício da ditadura civil-militar de 1964-1985³³⁹. A tortura existiu nesse momento. Porém, pode-se dizer que ela é anterior ao Brasil, tido como estado independente, porque ela também está inserida numa lógica da escravidão³⁴⁰. Existiam diversos mecanismos de tortura, como por exemplo queimar com ferro ou colocar máscara ou correntes. Mas, como é sabido, a tortura não é só lesão corporal, podendo ser psíquica. O Protocolo de Instambul da ONU³⁴¹ estabelece como deve ser feita a perícia no caso da tortura. Daí, quando existir a dúvida sobre a existência de tortura, devemos seguir as diretrizes desse mesmo protocolo. Por outro lado, temos a Resolução 213/15, no seu protocolo 2, juntamente com a recomendação 49/14³⁴², ambos do Conselho Nacional de Justiça³⁴³, sendo que esta última visa adequar as normas do direito brasileiro à realidade das normas de Instambul. Ambos trazem questões relativas às perícias da tortura, além de um rol indicativo de casos de tortura, como exemplo as pessoas que são mantidas em algemas ou com olhos vendados, as que não são informadas da razão de sua prisão, as que não são submetidas a exame de corpo delito, entre outros casos. É um mero rol exemplificativo. Aliás, muitas vezes essa tortura não consegue ser visualizada pelo perito, em virtude do tempo que passou, ou até porque se trata de uma tortura psíquica. O que mais impressiona é que o Ministério Público Brasileiro oferece denúncia, em muitos casos, por denunciação caluniosa de tortura.

Essa finalidade da audiência de custódia não busca perseguir todos os policiais, mas somente àqueles que violem direitos humanos no momento da prisão de uma pessoa suspeita da prática de um crime. Isso ensejará, de forma inequívoca, numa mudança de pensamento das abordagens policiais, sendo que as regras de Instambul devem ser

³³⁹ CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 235.

³⁴⁰ SCHWARCZ, Lília Moritz. *Sobre o Autoritarismo Brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 22-32

³⁴¹ “Ratificado pelo Brasil, trata-se de um manual para a investigação e documentação eficaz da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, produzido no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU. O Protocolo apresenta, em resumo: as normas internacionais aplicáveis no que tange ao tema; os códigos éticos aplicáveis; informações quanto a inquéritos legais sobre a prática da tortura; considerações gerais para as entrevistas; e indícios físicos e psicológicos da tortura”

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. *A importância do Protocolo de Istambul para as audiências de custódia*. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/396208166/a-importancia-do-protocolo-de-istambul-para-as-audiencias-de-custodia>, acesso em 07 mai.2020.

³⁴² Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1983>, acesso em 07 mai.2020.

³⁴³ CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. *A importância do Protocolo de Istambul para as audiências de custódia*. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/396208166/a-importancia-do-protocolo-de-istambul-para-as-audiencias-de-custodia>, acesso em 07 mai.2020.

conhecidas por todos os operadores jurídicos, a fim de que a tortura não se perpetue no dia a dia da justiça criminal brasileira.

3ª) Evitar prisões ilegais ou desnecessárias: nessa finalidade, a audiência de custódia é uma forma de fiscalizar a conversão de uma prisão em flagrante em prisão preventiva, admitindo que há possibilidade de imposição de uma medida alternativa à prisão. A prisão será assim medida de última razão (*ultima ratio*). Na visão de GUSTAVO BADARÓ³⁴⁴:

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

Assim, a própria CIDH³⁴⁵ já decidiu que:

“o controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tomando em conta que num Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção, quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o investigado de maneira coerente com a presunção de inocência”.

4ª) Por fim, de forma inovadora, EDUARDO NEWTON³⁴⁶ nos traz uma quarta função: acolher e escutar a figura do preso, que advém da entrevista prévia e reservada com o defensor, sendo crucial para saber por qual motivo a pessoa foi presa, como também serve para a pessoa ter noção das consequências da prisão. É, antes de tudo, uma função acolhedora, pois tem de ouvir e tratar essa pessoa com dignidade.

Para arrematar, mister trazermos as pontuais palavras de RODRIGO CAMARGO³⁴⁷, que sintetiza, de forma didática as finalidades da audiência de custódia:

³⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 1.230, 24 cm. ISBN 978-85-549-4737-8. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=142018. Acesso em: 8 mai. 2020, p. 1096.

³⁴⁵ Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs Equador*. Mérito, reparações e custas. Sentença proferida em 24.06.2005, §76.

³⁴⁶ NEWTON, EDUARDO. *Uma nova função nas audiências de Custódia*. Disponível em: <https://caosfilosofico.com/2020/05/22/uma-nova-funcao-nas-audiencias-de-custodia/>, acesso em 22 mai.2020.

³⁴⁷ CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. *Audiência de Custódia e Medidas Cautelares Pessoais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 38.

“São, portanto, finalidades da audiência de custódia evitar prisões ilegais, abusivas ou desnecessárias, atestar o real paradeiro dos custodiados e assegurar a incolumidade física e psíquica dos detidos ante a ação de agentes de persecução penal”.

Com essas finalidades, podemos realmente almejar a diminuição da superlotação carcerária brasileira, com um tratamento humanitário no momento da prisão, prevenindo também a tortura policial. Por outro lado, promove-se uma mudança de mentalidade no juiz, tendo que decidir pela prisão ou não de uma pessoa, uma vez que o raciocínio que deve nortear é a prisão como última medida, não podendo, em hipótese nenhuma, optar pela prisão como primeira medida, sob pena de ir na contramão de todo o entendimento que rege as medidas cautelares no processo penal. Ademais, a audiência de custódia é uma oportunidade de alerta para os operadores jurídicos caso haja a ocorrência de uma tortura policial, fato que obriga a que sejam tomadas as providências legais cabíveis, com o consequente encaminhamento do fato ao Ministério Público, para oferecimento de denúncia por delito de tortura.

3. Institutos correlatos mas distintos

Existem alguns institutos próximos à audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro.

Quem atua na Vara da Infância conhece uma “audiência de apresentação”³⁴⁸, que é um instituto próximo, mas não é o mesmo, porque o adolescente, perante uma autoridade judicial, apresentará sua versão dos fatos, o que não ocorre na audiência de custódia. Nessa última, o defensor do arguido ficará restrito somente a suscitar temas relativas ao encarceramento, da forma como ocorreu, bem como buscar todos os meios para que seja feita a soltura do arguido, não podendo, segundo a doutrina majoritária, adentrar no mérito do processo, que não é objeto de deliberação na audiência de custódia³⁴⁹.

³⁴⁸ Art. 184, do ECA: “Oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação, observado o disposto no art. 108 e parágrafo”.

³⁴⁹ Artigo 8º, I, da Resolução 213, do Conselho Nacional de Justiça, que regulamenta a audiência de custódia no Brasil: “esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisados pela autoridade judicial. Importante que o juiz seja claro e didático neste momento, que consiga fazer com que a pessoa presa entenda que não se trata de uma audiência de instrução e julgamento, que a finalidade primordial

Por outro lado, o Código Eleitoral Brasileiro estabelece que o preso em flagrante, no dia da eleição, tem de ser apresentado ao magistrado³⁵⁰. Então, é um instituto muito próximo ao da audiência de custódia, bem antigo, mas tem pouca utilidade na prática.

Por fim, temos a hipótese do artigo 287 CPPb, com redação anterior à lei 13964/19 (pacote anticrime), cuja previsão era a seguinte:

“Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará à prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado”.

Há de se ter em conta que essa disposição também tratava implicitamente de uma audiência de custódia, prevendo a necessidade de audiência quando houver mandado judicial relacionado a infrações penais, contemplando casos de prisão preventiva ou prisão temporária³⁵¹. Agora, com as alterações do pacote anticrime, faz-se uma referência expressa à audiência de custódia no mesmo artigo 287 do CPPB³⁵². Mas há um detalhe importantíssimo: apesar de a infração ter que ser inafiançável, já havia o entendimento, desde 2011, que essa necessidade da “infração inafiançável” já não existe mais. E qual o motivo? Independentemente da natureza afiançável, o indivíduo pode ser preso, ainda que a autoridade policial não tenha o mandado de prisão em mãos, desde que essa mesma autoridade policial tenha certeza quanto à existência da ordem judicial prévia³⁵³. Portanto, essa audiência de custódia deve ser realizada independentemente da natureza afiançável ou não do crime.

Esses são, portanto, os institutos correlatos, mas distintos da audiência de custódia agora prevista no artigo 310, do CPPb.

do ato consiste em controlar a legalidade e a necessidade da prisão, assim como verificar se a pessoa presa sofreu algum tipo de violência”.

³⁵⁰ “Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto. § 2º Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.”

³⁵¹ Reclamação 29.303 AgR/RJ, que ainda está pendente de apreciação pelo relator do caso, Ministro Edson Fachin, que questiona a possibilidade de realização de audiência de custódia para outras espécies de prisão cautelar, que não a prisão em flagrante.

³⁵² “Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia.”

³⁵³ Nesse sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal Comentado. 5 Ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 866. Decorreu da alteração operada pela lei 12403/11, ao artigo 299 do CPPb: “Art. 299, do CPPB A captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por qualquer meio de comunicação, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta.”

4. O primeiro interrogatório em Portugal e o papel do defensor³⁵⁴

A intervenção do defensor, em Portugal, no que tange à detenção e à prisão preventiva, na fase de inquérito criminal, ocorre no primeiro interrogatório³⁵⁵ – que é o ato equivalente à audiência de custódia no Brasil. Além disso, importante frisar que a nomeação de Defensor oficioso ocorre sempre que a lei determine e sempre que o arguido o solicitar. Nesse caso, todo e qualquer interrogatório feito sem defensor poderá ser considerado ilegal, não podendo as declarações colhidas valerem como prova³⁵⁶.

A princípio, tal entendimento não era respaldado pelo Tribunal Constitucional Português³⁵⁷. O argumento partia do pressuposto de que existe uma liberdade para delimitar a assistência do defensor no interrogatório policial, não sendo uma liberdade total, mas de acordo com a seguinte interpretação: deve ser obrigatório quando o ato processual possa resultar diretamente a condenação do arguido ou, então, quando possa resultar na limitação da sua liberdade. Além disso, o mesmo Tribunal concluiu pela não inconstitucionalidade da obrigatoriedade de assistência em certos cenários, como por exemplo no caso da presença de defensor no interrogatório não judicial do arguido que se encontre em liberdade.

Em sentido oposto, O TEDH assumiu um entendimento diferente do TC Português. Isso tendo em vista que o acesso do defensor, nas fases iniciais do processo

³⁵⁴ Para contextualizar, não poderíamos deixar de fazer uma referência ao romance “Nenhuma verdade se escreve no singular”, no capítulo XVII – onde se equipara o processo penal ao melão, pois nunca sabemos o que vem dentro –, cuja estória aborda o caso da francesa Anne, acusada de tráfico de estupefacientes:

“A busca ao barco, a descoberta daquilo de que vinha à procura, a sua detenção, o primeiro interrogatório judicial e a chegada ao estabelecimento prisional onde ficou em prisão preventiva”. Tal trecho é uma verdadeira aula primorosa de direito processual penal português, pois traz, em palavras simples, o caminho percorrido no processo, desde a busca, à detenção, passando pelo interrogatório judicial (equivalente à audiência de custódia brasileira), até à aplicação de uma medida de coacção, qual seja, a prisão preventiva, culminando com a chegada ao estabelecimento prisional.

³⁵⁵ Sendo tal intervenção prevista no artigo 141, n.º 6, do CPPp Artigo 141º, 6, do CPPp: “Durante o interrogatório, o Ministério Público e o defensor, sem prejuízo do direito de arguir nulidades, abstêm-se de qualquer interferência, podendo o juiz permitir que suscitem pedidos de esclarecimentos das respostas dadas pelo arguido. Findo o interrogatório, podem requerer ao juiz que formule àquele as perguntas que entenderem relevantes para a descoberta da verdade. O juiz decide, por despacho irrecorrível, se o requerimento há-de ser feito na presença do arguido e sobre a relevância das perguntas”. O que pode ser lido em consonância com o artigo 80, do Estatuto da Ordem dos Advogados de Portugal, relativo ao direito de protesto. Veja-se CAMPOS, Carlos da Silva. Os direitos de defesa no inquérito criminal. *Revista do Advogados* n.º49, 1989, pp. 1016-1017.

³⁵⁶ *Idem*, p. 1017.

³⁵⁷ Acórdão 413/2004, Tribunal Constitucional, de 7 de junho de 2004.

criminal, é muito salutar, inclusive no interrogatório policial, podendo o arguido trazer consequências futuras que prejudiquem sua defesa. No processo *Salduz vs Turquia*³⁵⁸, o requerente foi detido pela polícia de segurança de Esmirna, em razão da suspeita de ter participado de uma manifestação ilegal em apoio ao PKK (Partido dos Trabalhadores do Curdistão). O requerente, como não teve contato com um defensor, começou por confessar o delito quando prestou o interrogatório na polícia, tendo mais tarde rechaçado tal versão. Por fim, o poder judiciário turco, baseado na primeira versão prestada, condenou-o. Nesse caso específico, o TEDH decidiu que, para que a defesa seja efetiva, deve o preso ter assistência a um advogado desde a fase de detenção policial. Isso porque, no caso do ordenamento jurídico turco, as provas apuradas na fase do inquérito podem ser levadas em consideração para condenar o arguido, o que ocorreu no caso concreto, sendo que o aludido Tribunal declarou que houve uma violação do artigo 6º, 3, c) (direito de ter um defensor), c/c com o artigo 6º, 1, da CEDH (processo equitativo), em decorrência da falta de assistência de advogado para o arguido, enquanto esteve detido na polícia. O que foi preponderante para sua condenação, em decorrência da justiça turca ter usado as provas produzidas no inquérito para fundamentar a condenação.

De qualquer forma, em Portugal houve uma alteração legislativa³⁵⁹ no sentido de que as declarações de arguido em interrogatórios perante a autoridade judiciária, antes do julgamento, podem ser valoradas, desde que ele esteja acompanhado por defensor e for advertido dessa possibilidade. E isso considerando que, por exigência da mesma lei, todos os interrogatórios de arguido *preso* – judiciais, não judiciais ou policiais – são feitos com assistência do defensor. Aliás, mesmo o arguido em liberdade, deve ser informado de que tem direito a ser assistido por advogado.

Por outro lado, em relação ao primeiro interrogatório judicial, a presença do defensor é mesmo obrigatória – com muito mais razão –, uma vez que o mesmo fará a fiscalização dos critérios justificativos da detenção ou, caso não seja detido, a possibilidade de defender o arguido, de forma efetiva, na aplicação de uma medida de coação, fazendo, nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA, “que o arguido possa estar bem informado dos seus direitos e deveres processuais e das consequências jurídicas dos seus actos”³⁶⁰.

³⁵⁸ Consoante Acórdão do TEDH, Caso *Salduz contra Turquia*, de 27 de novembro de 2008.

³⁵⁹ Lei n.º20/2013 que alterou várias disposições do CPPp

³⁶⁰ Nesse sentido: SILVA, Germano Marques da. Curso de Processo Penal, Volume I, 6ª Edição, Lisboa: Editora Verbo, 2010, p. 326.

Ressaltando a importância da intervenção do defensor no primeiro interrogatório, em Portugal, segundo o mesmo autor português:

“É por isso mas também porque deve ser ouvido sobre a eventual medida de coação a ser-lhe aplicada que o arguido deve ser assistido por defensor e é também por isso que nos termos insurgidos que neste acto, extraordinariamente delicado e relevante para a decisão sobre liberdade, o arguido seja normalmente assistido por defensor oficioso, advogado estagiário quase sempre, quando não tem defensor constituído.”³⁶¹

Na mesma toada, FÁBIO LOUREIRO entende que o arguido detido deve ser logo interrogado por um juiz, pois é o mesmo que deverá fazer a fiscalização do devido cumprimento dos direitos e garantias fundamentais do arguido³⁶². Também, caso haja decretação de prisão preventiva, é necessário de que haja um interrogatório posterior, a fim de que o direito de defesa do arguido possa ser exercido.³⁶³ Outrossim, caso seja recebida a denúncia e seja decretada a prisão preventiva, deve-se seguir o interrogatório³⁶⁴.

O juiz competente para realizar o primeiro interrogatório, pela legislação portuguesa, será o juiz da instrução, respeitando as regras da competência territorial³⁶⁵.

Em relação ao cumprimento dos prazos, caso não haja a apresentação do detido dentro dos prazos previstos, haverá a ilegalidade da detenção, o que permitirá o ingresso de *habeas corpus*³⁶⁶. E, dessa maneira, quais seriam os efeitos dessa ilegalidade?

Desde logo, eventual responsabilidade penal para quem deveria proceder à apresentação do arguido ao Juiz da Instrução Criminal, pelo crime de abuso de poder³⁶⁷. Em relação a esse tema, no Brasil, com a nova lei de abuso de autoridade, há duas posições sobre a responsabilidade do agente que não procede à apresentação do arguido preso à autoridade judicial, na famosa audiência de custódia: há posição, mais ampla, dizendo que é possível, pois tal descrição fática se enquadraria no art. 9º, parágrafo único, da lei

³⁶¹ SILVA, Germano Marques Da, *Curso de Processo Penal*, vol. II. 5ª edição. Coimbra: Editora Verbo, 2011, p. 245.

³⁶² LOUREIRO, Fábio. *O primeiro interrogatório judicial do arguido detido in: Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 74.

³⁶³ Idem, p. 75.

³⁶⁴ Nos termos do artigo 141º, do CPPp. Idem, p. 75.

³⁶⁵ Cfr. artigos 19.º, 142.º e 288.º, nº 2, do CPP. Idem, p. 75-76

³⁶⁶ Conforme artigo 220, nº 1, al. a), do CPPp “Artigo 220º Habeas corpus em virtude de detenção ilegal 1 - Os detidos à ordem de qualquer autoridade podem requerer ao juiz de instrução da área onde se encontrarem que ordene a sua imediata apresentação judicial, com algum dos seguintes fundamentos:

a) Estar excedido o prazo para entrega ao poder judicial”.

³⁶⁷ Previsto no art. 382º, do CPp

13869/19³⁶⁸, enquanto outro posicionamento afirma não ser crime, pois o legislador não colocou expressamente uma disposição legal a regular a ausência de realização da audiência de custódia dentro do prazo, podendo, a depender das circunstâncias, ser enquadrada como delito de prevaricação³⁶⁹.

Portanto, a prisão ilegal poderá gerar indenização³⁷⁰, eventual crime e obrigatoriedade de apresentação do arguido detido ao JIC.

Em relação à estrutura do primeiro interrogatório português, podemos dividi-lo da seguinte forma³⁷¹:

1º) Identificação do arguido: o arguido é obrigado a responder a certas perguntas sobre a sua identidade, por exemplo, nome, estado civil e profissão³⁷².

2º) Informação ao arguido do seus direitos e deveres processuais³⁷³, sob pena de as provas colhidas no interrogatório serem consideradas ilícitas³⁷⁴.

3º) Oportunidade de contraditório e ampla defesa, inclusive podendo exercer o direito ao silêncio³⁷⁵.

4º) Intervenção do MP e do defensor, com uma participação algo restrita, não podendo influenciar no respectivo ato, a não ser para arguir alguma nulidade³⁷⁶. Ao final, podem dirigir ao JIC pedido de esclarecimentos ao arguido; sobre isso, o JIC decide por despacho irrecorrível.

O prazo, para aludida oitiva, é de 48 horas, que deve ser contado entre o momento da detenção e o início do interrogatório. Caso seja extrapolado, a prisão é considerada ilegal. No aludido ato, o arguido é informado de todo o arcabouço de direitos e deveres, além de ser informado sobre o motivo da detenção. Na sequência, o JIC decide sobre a validade da detenção e, só depois, entra em cena a possibilidade de se aplicar ou não medidas de coação ou de garantia patrimonial requeridas pelo MP (se está na fase de inquérito) ou determinada officiosamente pelo JIC, com respeito ao contraditório.

³⁶⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime*. Editora Juspodivm: Salvador. 2020, p. 315-316.

³⁶⁹ CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime*. Editora Juspodivm: Salvador. 2020, p. 252.

³⁷⁰ Artigo 225, do CPPp

³⁷¹ LOUREIRO, Fábio. O primeiro interrogatório judicial do arguido detido in: *Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 80-87.

³⁷² Caso não responda, pode ser incriminado, com base no art. 359º, nº 2, do CP. Quais artigos fundamentam isso? Arts. 61º, nº 3, al. b) e 141º, nº 3, do CPP, que deve ser dita ao arguido, bem como do que ocorrerá caso não as cumpra

³⁷³ Constantes no artigo 61, nº1. Isso está no artigo 141º, nº 4, do CPP.

³⁷⁴ Cfr. art. 126º, nº 3 CPPp.

³⁷⁵ Cfr. art. 61º, nº 1, al. d), do CPPp.

³⁷⁶ Cfr. artigo 141º, nº 2 e art. 119, als. b) e c), do CPP

Note-se que, no Brasil, com o mais recente pacote anticrime (Lei 13964/2019)³⁷⁷, o juiz não pode impor medida de coação sem que haja requerimento da autoridade policial, por meio de representação, ou do Ministério Público, por intermédio de requerimento. Acabou, com isso, a possibilidade de o juiz conceder medidas cautelares de ofício. Nessa esteira, o sistema acusatório brasileiro sofreu um avanço considerável³⁷⁸, enquanto em Portugal permite que o JIC possa aplicar Medida de Coação, a pedido do Ministério Público, decorrente do princípio do pedido³⁷⁹, na fase de inquérito, podendo o Ministério Público requerer uma medida de coação menos grave e o juiz conceder uma medida de coação mais grave³⁸⁰, tendo tal alteração sido implementada pela Lei nº 20/2013.

Somente após o inquérito o juiz pode, de ofício, aplicar medida de coação, com a oitiva sempre do Ministério Público e, caso isso não ocorra, poderá causar a nulidade³⁸¹, em decorrência dele ser o comandante dessa fase.

A importância da intervenção do defensor na fase do inquérito está presente no exercício do contraditório no âmbito da aplicação de medida de coação, possibilitando a utilização de elementos fáticos de defesa para contradizer o Ministério Público, e contribuindo para que haja a imposição de uma possível medida de coação mais justa ao arguido, sendo sua atuação de imprescindível importância para a defesa do arguido³⁸².

³⁷⁷ Vide artigo 282, §2º, do CPP: “§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)”

³⁷⁸ Nesse sentido: CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime*. Editora Juspodivm: Salvador. 2020, p. 213, nos seguintes termos: “A Lei 13964/19 alterou a redação deste dispositivo (bem como do art. 311), proibindo o juiz decretar qualquer medida cautelar sem provocação, seja na fase de investigação, seja na fase do processo. Rende-se, assim, obediência ao sistema acusatório.”

³⁷⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4 Ed. Editora Universidade Católica: Lisboa. 2011, p. 574 e Mesquita, Paulo Dá. 2003. "Direcção do Inquérito e Garantia Judiciária". s.l. : Coimbra Editora, 2003.

³⁸⁰ Vale ressaltar que Maria João Antunes critica essa manobra citada anteriormente (Antunes, Maria João. O segredo de Justiça e o Direito de Defesa do Arguido sujeito a medidas de coacção. [autor do livro] org. Manuel da Costa Andrade. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias: Coimbra editora, 2003, p. 1265; No mesmo sentido, ver o artigo de Nuno Brandão (BRANDÃO, Nuno. 1º semestre 2008. Medidas de Coacção: o procedimento de aplicação na revisão do Código de Processo Penal. Revista do CEJ, nº 9 (especial) - Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal. 1º semestre 2008, p. 19)

³⁸¹ Vide Art. 194, 1, do CPPp: “À exceção do termo de identidade e residência, as medidas de coação e de garantia patrimonial são aplicadas por despacho do juiz, durante o inquérito a requerimento do Ministério Público e depois do inquérito mesmo oficiosamente, ouvido o Ministério Público, sob pena de nulidade”.

³⁸² Segundo Brandão, Nuno. 1º semestre 2008. Medidas de Coacção: o procedimento de aplicação na revisão do Código de Processo Penal. Revista do CEJ, nº 9 (especial) - Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal. 1º semestre 2008, pp. 74-75: “Trata-se da obrigatoriedade de assistência do defensor nos interrogatórios de arguido detido ou preso (arts. 64.º-1, a). É evidente que o arguido nessas condições já poderia fazer-se acompanhar por advogado, nos termos do art. 61º, nº 1, e), e do art. 32º, n.o 3, da CRP. Mas também é sabido que, pelas mais variadas razões, esse direito não era frequentemente exercido, sendo certo que uma assistência por defensor em inquirições prévias ao interrogatório judicial para aplicação de medida de coacção, nomeadamente em interrogatório perante o Ministério Público, contribuirá de forma muito

5. Principais problemas suscitados

5.1 Conversão da audiência de custódia em audiência de instrução e julgamento?

É possível desenvolver atividade probatória na audiência de custódia? Essa pergunta se desdobra em outros questionamentos: se sim, é possível converter o ato em audiência de instrução e julgamento?

Há uma posição³⁸³ que nega a possibilidade de produção antecipada de prova na audiência de custódia, pois a atividade judicial deve limitar-se a perguntas sobre a prisão em si mesma e sobre a pessoa presa, vedando perguntas sobre o mérito da causa e afastando a finalidade de produção de provas³⁸⁴. Para defender essa primeira posição, RENATO BRASILEIRO³⁸⁵ traz os seguintes motivos para não aceitarmos esse julgamento antecipado:

“a) Primeiro, porque há uma subversão da própria finalidade da audiência de custódia, que jamais foi concebida para imprimir maior celeridade ao procedimento comum;

b) Segundo, porque a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, “c”) assegura a “concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa”, direito este que é evidentemente ignorado quando alguém se vê julgado em até 24 (vinte e quatro) horas após sua prisão em flagrante;

efectiva para a realização da defesa. Seja porque aí e não apenas no interrogatório judicial o defensor tomará conhecimento dos factos imputados ao arguido (cf. os arts. 61º-1, c), e 141º-4, c), ex vi 143º-2), o que permitirá começar logo a perceber os contornos e implicações dos factos indiciados no processo e a organizar a defesa. Seja também porque já nesse momento poderá coadjuvar o arguido no sentido de oferecer ao Ministério Público uma nova perspectiva sobre os factos e o material probatório que o leve a reconsiderar a promoção de determinada medida de coacção que tenha em mente.”

³⁸³ Nesse sentido: CHOUKR, Fauzi Hassan. *Audiência de Custódia: Resultados preliminares e percepções teórico-práticas*. Disponível em: https://www.academia.edu/18010764/Audiência_de_Custódia_Resultados_preliminares_e_percepções_teorico-praticas, Acesso em: 07 mai.2020;

ROSA, Alexandre Morais da. *O que você precisa saber sobre Audiência de Custódia?*. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-que-voce-precisa-saber-sobre-audiencia-de-custodia>, acesso em: 07 mai.2020; LOPES JÚNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Afinal, Quem Tem Medo da Audiência de Custódia? (Parte 2)*. Disponível em: <ite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>. Acesso em: 10 mai.2020.

³⁸⁴ Vide: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regras de exclusão probatória*. IBCRRIM, boletim nº 283, junho/2016.

³⁸⁵ Sustentando que a Lei 13964/19 sepultou a celeuma sobre a atividade probatória na audiência de custódia: Brasileiro: LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8 Ed. Editora Juspodivm: Salvador. 2020, pp. 1023-1024.

c) Terceiro, porque o direito a um julgamento no prazo razoável não pode ser entendido como direito a um processo que busque a celeridade processual a qualquer custo.

d) Quarto, porque não se pode admitir a utilização subsidiária do Código de Processo Civil, notadamente dos dispositivos que versem sobre o julgamento antecipado do mérito (arts. 355 e 356), se há, no âmbito do Código de Processo Penal, disposição legal em sentido expresso e contrário, como por exemplo, o art. 396, que prevê que o acusado terá 10 (dez) dias para apresentar sua resposta à acusação;

e) Quinto, porque, a depender do caso concreto, é possível que a conversão em questão viole o princípio do juiz natural, quando, por exemplo, o julgamento for feito por um juiz de plantão – geralmente competente para realização das audiências de custódia -, o que acarretaria usurpação da competência do juiz da vara competente para o processo e julgamento daquele feito”.

Com efeito, para arrematar essa corrente, mister estabelecermos a premissa de que o juiz de garantias³⁸⁶ deverá esgotar a sua atividade na audiência de custódia, sendo que a atividade probatória deverá ser feita, obrigatoriamente, por outro juiz distinto, a fim de se resguardar o sistema acusatório³⁸⁷. Não será possível a realização de atividade probatória na audiência de custódia, como uma etapa de coleta de provas do processo³⁸⁸. Isso seria, quanto a nós, admitir uma convalidação da audiência de custódia em audiência de instrução e julgamento, manejando algo como um “processo penal *fast food*”, no sentido de se implementar um processo penal rápido que não se preocupa com as garantias processuais³⁸⁹.

Utilizando da teoria dos jogos, ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, nos brinda com brilhante passagem que elucida como é equivocado o julgamento antecipado do mérito na audiência de custódia³⁹⁰:

³⁸⁶ Foi introduzido entre os artigos 3º-B a 3º-F do CPP, que foram suspensos, no Supremo Tribunal Federal, pelo relator Ministro Luiz Fux, em medida cautelar deferida nas ADI's 6298,6299, 6300 e 6305

³⁸⁷ Previsto no artigo 129, I, da Constituição Federal, positivado no artigo 3º-A, do CPP.

³⁸⁸ Vide artigo 3º-D, do CPP: “Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo. (Incluído pela Lei no 13.964, de 2019)

³⁸⁹ Fatos estes duramente criticados por artigo recente publicado pelos NEWTON, Eduardo; BHERON, Jorge; STRECK, Lenio Luiz. *A volta do processo penal fast food e da condenação 4.0*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-05/opiniao-volta-processo-penal-fast-food-condenacao-40>, acesso em 12 mai. 2020.

³⁹⁰ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 5. Edição. Florianópolis: E-mais Editora, 2019, p. 490.

“Confundem o ato de audiência de custódia com a produção antecipada de provas, em que se busca, não raras vezes, a confissão do conduzido. É a inversão da lógica do devido processo legal. Munidos de mentalidade inquisitória, buscam facilitar a instrução e eventual condenação, mediante perguntas sobre a conduta e com sorriso nos lábios. Nesse caso, o material da audiência viola diversas garantias constitucionais e deveria ser declarado nulo, com a exclusão do ato, inclusive física.”

E, no entanto, a despeito das críticas acima apresentadas, de se notar o exemplo da comarca de Xapuri, no estado do Acre, onde houve a implementação da criticada manobra jurídica ao arrepio dos princípios constitucionais do processo penal, como legalidade, ampla defesa e contraditório (p. ex. ignorando a audição de testemunhas)³⁹¹. Tal entendimento encontra resistência por parte da doutrina brasileira e coloca certa insegurança jurídica na audiência de custódia.

Por outro lado, CAIO PAIVA, em estudos mais aprofundados, não viu nenhuma proibição dessa manobra em ordenamentos de outros países, sendo que a legislação processual penal não traz nenhuma “limitação cognitiva”, defendendo até que haja uma “cognição probatória”³⁹². Porque, em primeiro lugar, a pessoa presa terá direito a uma defesa técnica, sendo que sua versão, naquele momento, poderá ou não ser confirmada posteriormente. Em segundo lugar, a audiência de custódia não pode ser considerada um instrumento de investigação, pois, a partir do momento que ela é judicializada, ela se torna um ato processual, admitindo o contraditório e a ampla defesa³⁹³. Por último, não há como separar a cautelar e o mérito do caso penal³⁹⁴. Assim, as pessoas presas têm de ter liberdade de dar a sua versão dos fatos para confrontar com a versão oficial e para permitir uma decisão judicial.

No Direito Português, não temos essa possibilidade, prevalecendo a finalidade da aferição da legalidade da prisão no primeiro interrogatório, sendo que a atividade probatória ficará para um momento posterior – o que se coaduna com a primeira posição predominante da vedação da atividade probatória da custódia no Processo Penal Brasileiro. Nesse sentido, elucida muito bem a questão, no Direito Português, PAULO PINTO DE

³⁹¹ Neste sentido, CARVALHO, Daniel de Paulo. *Audiência de custódia: a (in)validade jurídica da oitiva do flagranteado como meio de prova*. Florianópolis: UFSC (Monografia – Direito), 2016, p. 64; Também, na mesma linha: SALMEN, Ygor Nasser Salah; ALMEIDA, Wellington M. de. *Processo penal à moda fast-food*. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/processo-penal-a-moda-fast-food-1508758713>, acesso em 17mai.2020.

³⁹² PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3 Ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. p. 130.

³⁹³ PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3 Ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. p. 132.

³⁹⁴ Idem, pp. 133-134.

ALBUQUERQUE³⁹⁵, dizendo que não cabe diligência probatória no primeiro interrogatório português:

“O juiz não pode proceder a diligências de prova durante o primeiro interrogatório judicial de arguido detido, com vista a decidir sobre a validade da detenção ou a necessidade da medida de coacção. O juiz deve decidir de acordo com os elementos dos autos, não podendo substituir-se ao MP na instrução do processo. A tanto obrigam a estrutura acusatória do processo (artigo 32º, n.º 5, da CRP), na qual assenta a direção do inquérito pelo MP (ver anotação ao artigo 213º).”

Portanto, diante desse cenário, caso haja a entrada em vigor do juiz de garantias no ordenamento jurídico brasileiro – com o fim da suspensão da liminar dada pelo Ministro LUIZ FUX ao artigo 3º-B, do CPPB – tornar-se-á inviável a segunda posição, que também parece ser a posição adotada no Direito Processual Penal Português, prevalecendo a primeira, que entendemos privilegiar uma atuação mais voltada para verificação da legalidade da prisão, bem como para a aferição da ocorrência ou não de tortura policial, o que vai ao encontro do que entendemos ser a mais plausível e que resguarda o sistema acusatório, o princípio da legalidade e o respeito aos direitos fundamentais do preso no processo penal.

5.2 Dispensa da realização da audiência de custódia quando houver pedido de liberdade provisória ou houver conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva?

Há jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça que entende que, caso seja concedida a liberdade provisória ou caso haja conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, não existe constrangimento ilegal e não existe a necessidade de realização da audiência de custódia. Nesse sentido, o julgado abaixo:

“processual penal. recurso ordinário em habeas corpus. lesão corporal. ameaça. violência doméstica. alegada ausência de fundamentação do decreto prisional. segregação cautelar devidamente

³⁹⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4 Ed. Editora Universidade Católica: Lisboa. 2011, p. 409.

fundamentada na garantia da ordem pública. reiteração delitiva. reincidente. não realização de audiência de custódia. nulidade superada. recurso ordinário desprovido.

(...)

IV - Quanto à alegação de constrangimento ilegal em razão da não realização da audiência de custódia, cumpre consignar que a jurisprudência desta Corte tem reiteradamente decidido que "a não realização da audiência de custódia, por si só, não é apta a ensejar a ilegalidade da prisão cautelar imposta ao paciente, uma vez respeitados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Ademais, operada a conversão do flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidade na ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem, logo após o flagrante³⁹⁶ .

Importa reiterar que a finalidade precípua da audiência de custódia é certificar se a prisão foi realizada legalmente e sem a ocorrência de maus tratos ou tortura contra o preso. Além disso, no que tange às referidas funções da audiência de custódia, é importantíssima a função informativa ao preso dos motivos pelos quais está preso, imprescindível para que haja uma certa legitimidade judicial no próprio ato de prisão. Mais importante ainda é o fundamento legal, pois a realização da audiência de custódia não se revela um ato discricionário, mas sim obrigatório, decorrente dos tratados internacionais (CADH, PICCP, CEDH, Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas) e da força expressa do artigo 310, do CPPb, recentemente alterado pelo pacote anticrime.

Assim, para plena efetivação da audiência de custódia, temos de revolucionar a mentalidade jurídica dos operadores do direito, superando essa jurisprudência defensiva e atentatória a direitos humanos e fundamentais do preso. Nesse sentido, vale a pena citarmos ALEXANDRE MORAIS DA ROSA³⁹⁷:

“Cabe aos operadores do Direito do país lutar pela implementação da audiência de custódia em patamares democráticos, convencendo parcela da magistratura da relevância do ato. A postura autoritária do magistrado implicará, em breve (assim esperamos), decretações de nulidade e, por via de consequência, maior ineficiência do sistema penal”.

³⁹⁶ HC n. 344.989/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 28/4/2016”. STJ, 5ª Turma, RHC 103.333/ MG, Relator Ministro Felix Fischer, j. 06/12/2018, DJU 12/12/2018. Na mesma esteira, valer citarmos os seguintes julgados do mesmo Sodalício: (STJ, 6ª Turma, HC 474.093/SP, Min. Nefi Cordeiro, j. 04/12/2018, DJE 04/02/2019); (STJ, 6ª Turma, RHC 98.748/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 04/12/2018, DJE 19/12/2018); (STJ, 5ª Turma, HC 423.564/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 13/11/2018, DJE 28/11/2018); (STJ, 5ª Turma, RHC 85.101/MG, Rel. Min. Feliz Fischer, j. 15/08/2017, DJE 21/08/2017).

³⁹⁷ ROSA, Alexandre Morais da. Quando os juizes não querem fazer audiência de custódia?. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/02/20/quando-os-juizes-nao-querem-fazer-audiencia-de-custodia/>, acesso em : 17 mai. 2020.

Para que haja essa mudança, mister o papel da Defensoria Pública Brasileira em exigir o cumprimento da medida cautelar, conferida na ADPF 347, no STF, mediante o ajuizamento de Reclamação Constitucional, visando ao efetivo respeito da realização da audiência de custódia. Em Portugal, os advogados de ofício somente se preocupam com a participação no primeiro interrogatório, não havendo maiores controvérsias quanto a esse ponto.

5.3. Audiência de custódia por videoconferência?

A pergunta central desse tópico passa pelas inovações tecnológicas perante nossa sociedade da informação e da forma como podem influenciar a dinâmica da relação comunicacional do processo penal. Como pode ser observada a relação processual a partir das novas técnicas de comunicação à distância? Há concorrência entre o direito e a nova relação tecnológica? A tradicional observância do trâmite, princípios e garantias processuais sofrem abalos? A influência do tempo no processo, a consequente necessidade da imediatidade dos atos e novas formas de interação, com ênfase na colheita de informações das audiências por videoconferência, denotam importantes focos de análise.

Sobre a inovação de se realizar a audiência de custódia por videoconferência, DENIS SAMPAIO³⁹⁸, apesar de reconhecer os pontos positivos evidentes de preservação da viabilidade do arguido participar de todo o processo, da celeridade processual, da economia ao erário e de preservação da segurança pública, reconhece o imenso prejuízo que tal inovação tecnológica pode trazer para o exercício da ampla defesa do arguido no processo penal. Dessa maneira, a utilização dos meios tecnológicos na esfera do processo penal deve estar em plena consonância com a proteção e visibilidade dos direitos e garantias fundamentais. Nessa linha de raciocínio, relegar ao arguido uma singela aparição midiática vai na contramão do disposto no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, onde está expresso que a pessoa detida deve ser conduzida, sem demora, à presença *física* de um juiz, obstando ao seu direito de presença, tão importante na formação do

³⁹⁸ SAMPAIO, Denis. *Inovações tecnológicas no processo penal: dialética entre eficácia e garantia na produção da prova judicial*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 21, n. 102, p. 243-284., mai./jun. 2013. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=100711. Acesso em: 15 mai. 2020, pp. 276-278.

convencimento do julgador.³⁹⁹ Quando realizada de forma virtual, impede-se a proximidade das partes envolvidas no processo, a observação natural de suas expressões e reações no calor da apresentação, tornando demasiadamente objetivo e superficial o ato judicial virtual.

Quanto à possibilidade de realização do ato por videoconferência, colacionam-se duas correntes na doutrina e na jurisprudência. A primeira corrente, capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça, entende o seguinte⁴⁰⁰:

“Não é cabível a realização de audiência de custódia por meio de videoconferência. A audiência de custódia, no caso de mandado de prisão preventiva cumprido fora do âmbito territorial da jurisdição do Juízo que a determinou, deve ser efetivada por meio da condução do preso à autoridade judicial competente na localidade em que ocorreu a prisão. Não se admite, por ausência de previsão legal, a sua realização por meio de videoconferência, ainda que pelo Juízo que decretou a custódia cautelar”.

No mesmo caminho, temos uma decisão administrativa de 19/11/2019, proferida pelo Ministro DIAS TOFFOLI, que, exercendo a função de Presidente do Conselho Nacional de Justiça, concedeu liminar, suspendendo a resolução que permitia a realização da audiência de custódia por videoconferência⁴⁰¹. Podemos transcrever alguns trechos da decisão:

“De outro lado, sem olvidar da reconhecida importância da ferramenta ora em análise para o trâmite dos procedimentos judiciais [videoconferência], sua utilização para as audiências de custódia aparentemente contrasta com os princípios e as garantias constitucionais que a institucionalização deste procedimento buscou preservar.

(...)

(...) a apresentação pessoal do preso é fundamental para inibir e, sobretudo, coibir, as indesejadas práticas de tortura e maus tratos, eis que a 'transmissão de som e imagem' não tem condições de remediar as vantagens que o contato e a relação direta entre juiz e jurisdicionado proporciona'. (...)”

Ela busca realizar o fim precípua da audiência de custódia, que é ser o contato cara a cara, entre o preso e o juiz, promovendo a humanização do processo penal, buscando que a autoridade judiciária, pessoalmente, possa verificar o que se passou no ato da prisão e se houve a tortura ou não na pessoa presa. Nesse mesmo sentido, criticando aludida

³⁹⁹ Idem, p. 277.

⁴⁰⁰ STJ. 3a Seção. CC 168.522-PR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 11/12/2019 (Info 663)

⁴⁰¹ Processo 0008866-60.2019.2.00.0000 – CNJ

inovação tecnológica, por colocar por terra esse contato pessoal entre preso e juiz, podemos citar CAIO PAIVA e AURY LOPES JR⁴⁰²:

“O contato pessoal do preso com o juiz é um ato da maior importância para ambos, especialmente para quem está sofrendo a mais grave das manifestações de poder do Estado. Sob o pretexto dos altos custos e riscos (como se não vivêssemos numa sociedade de risco) gerados pelo deslocamento de presos “perigosos”, o que estão fazendo é retirar a garantia da jurisdição, a garantia de ter um juiz, contribuindo ainda mais para que eles assumam uma postura burocrática e de assepsia da jurisdição. É elementar que a distância da virtualidade contribui para uma absurda desumanização do processo penal. É inegável que os níveis de indiferença (e até crueldade) em relação ao outro aumentam muito quando existe uma distância física (virtualidade) entre os atores do ritual judiciário. É muito mais fácil produzir sofrimento sem qualquer culpa quando estamos numa dimensão virtual.”

Vale dizer que o entendimento da Corte Interamericana é de que tal inovação tecnológica deve ser utilizada como medida excepcional, não bastando para tal a mera comodidade dos sujeitos do processo⁴⁰³. Ainda, observamos que a questão do risco de uma audiência de custódia realizada por videoconferência é a desfiguração da questão humana em relação ao processo penal, levando a “virtualizar, distanciar, dessensibilizar”⁴⁰⁴. Um outro argumento sedutor é de que o ato virtual fere a própria ampla defesa, pois o direito de apresentação é um direito do conduzido.⁴⁰⁵

Por outro lado, temos uma segunda corrente que preceitua que, nas hipóteses excepcionais do artigo 185, §2º, do CPPB⁴⁰⁶, seria possível a realização da audiência de

⁴⁰² LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal*. Revista Liberdades, São Paulo, n. 17, p. 11-23., set./dez. 2014. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=129019. Acesso em: 8 mai. 2020, p. 21.

⁴⁰³ Para isso, basta verificar o Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas, 2017, disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>, p. 18.

⁴⁰⁴ BECKER, Fernanda E. Nöthen Becker; ROSA, Alexandre Morais da;. O desafio de implementar a audiência de custódia: a decisão como ela é. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires e GONÇALVES, Carlos Eduardo (org.). *Audiência de custódia*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 24.

⁴⁰⁵ AGUIAR, Michele. *Audiência de Custódia e seus limites cognitivos*. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires e GONÇALVES, Carlos Eduardo (org.). *Audiência de custódia*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 24

⁴⁰⁶ Artigo 185, § 2º, do CPPB: “Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; (Incluído pela Lei no 11.900, de 2009);IV - responder à gravíssima questão de ordem pública”.

custódia por videoconferência, desde que respeitados os direitos fundamentais do preso⁴⁰⁷. Esclarecendo essa corrente, Renato Brasileiro afirma o seguinte⁴⁰⁸:

“O preso e a autoridade judiciária deverão estar, preferencial e simultaneamente, em estabelecimentos sob a administração do Poder Judiciário, assegurando-se a presença, na localidade onde se encontrar o preso, de defensor constituído, público ou dativo, à semelhança do que ocorre no interrogatório judicial por videoconferência (CPP, art. 185, §5º).”

Tal corrente parece ter sido adotada pelo mais recente “pacote anticrime” (Lei 13.964/19), uma vez que houve o veto do artigo 3º-B, §1º, do Projeto de Lei n. 6341/19 (n. 10.372/18) na Câmara dos Deputados, que impossibilitava o emprego de videoconferência na audiência de custódia, nos seguintes termos:

“A propositura legislativa, ao suprimir a possibilidade da realização da audiência por videoconferência, gera insegurança jurídica ao ser incongruente com outros dispositivos do mesmo código, a exemplo do art. 185 e 222 do Código de Processo Penal, os quais permitem a adoção do sistema de videoconferência em atos processuais de procedimentos e ações penais, além de dificultar a celeridade dos atos processuais e do regular funcionamento da justiça, em ofensa à garantia da razoável duração do processo, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 77580/RN, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/02/2017) (...)”

Na esteira dessa segunda corrente, temos o Enunciado n. 32⁴⁰⁹, do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCCRIM):

“Em razão do veto presidencial ao §1º do art. 3º-B (que proibia a realização do ato por videoconferência), nos casos em que se faça inviável a realização presencial do ato (devidamente fundamentada) faculta-se o uso de meios tecnológicos.”

⁴⁰⁷ Criticando a abertura exagerada do artigo 185, §2º, do CPPB, com ausência de direção epistemológica em seu exercício: (SAMPAIO, Denis. *Inovações tecnológicas no processo penal: dialética entre eficácia e garantia na produção da prova judicial*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 21, n. 102, p. 243-284., mai./jun. 2013. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=100711. Acesso em: 15 mai. 2020, pp. 275).

⁴⁰⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8 Ed. Editora Juspodivm: Salvador. 2020, p. 1022.

⁴⁰⁹ Disponível em: https://www.cnpge.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCCRIM_Enunciados.pdf, Acesso em 13 mai.2020.

Portanto, apesar de termos jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, os termos do novo “pacote anticrime” (Lei 13964/19) cancelam a possibilidade da audiência de custódia ser realizada, de forma excepcional, por videoconferência⁴¹⁰. Aliás, essa possibilidade já é uma nova tendência, na prática, diante da pandemia do “COVID-19”. No momento atual, temos por bem que a audiência de custódia por videoconferência poderá ser o caminho viável para evitar a propagação do vírus nos estabelecimentos prisionais, conforme a própria recomendação 62 do CNJ, permitindo, excepcionalmente, de forma expressa, a audiência de custódia virtual, com a utilização da videoconferência⁴¹¹.

Apesar das circunstâncias excepcionais, não podemos deixar de dizer que a videoconferência tornará o Processo Penal menos humano, possibilitando que haja um maior número de casos de ilegalidade de prisões, bem como o incremento dos casos de maus tratos e tortura de presos, merecendo uma revisão disso após o fim período conturbado da Pandemia do COVID-19.

Em Portugal, pelo menos legalmente, não parece haver impedimento para a realização do primeiro interrogatório por videoconferência em fase de inquérito. Entretanto, com o avanço tecnológico dos tempos e com o aparecimento de outras circunstâncias excepcionais, deveremos considerar essa mudança de paradigma para fases posteriores do processo, tendo sempre presente o respeito dos direitos fundamentais dos sujeitos processuais.

5.4 A recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça e os reflexos na audiência de custódia em tempos de pandemia.

Com a recomendação n.º 62, de 17 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça⁴¹², foram adotadas medidas preventivas à propagação da infecção (Covid-19) pelo novo “coronavírus” (SARS-CoV-2) no âmbito do sistema de justiça penal, recomendando

⁴¹⁰ Nesse sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 5 Ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 918.

⁴¹¹ Artigo 8º, §2º, da Recomendação 62, do CNJ: “§ 2º Nos casos em que o magistrado, após análise do auto de prisão em flagrante e do exame de corpo de delito, vislumbrar indícios de ocorrência de tortura ou maus tratos ou entender necessário entrevistar a pessoa presa, poderá fazê-lo, excepcionalmente, por meios telemáticos.”

⁴¹² Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomendação.pdf>, acesso em 06 mai.2020.

a não realização de audiências de custódia⁴¹³. O Defensor EDUARDO NEWTON, na Reclamação 40461⁴¹⁴, interposta em Maio de 2020, perante o STF, veio defender que as audiências de custódia não podem ser suspensas, devendo prevalecer a decisão da Medida Cautelar dada na ADPF 347, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que é um direito subjetivo do preso. Como é que vamos verificar a legalidade da prisão ou a existência de maus tratos ou tortura sem poder comunicar com o preso? Nesse sentido, em recente artigo, o mesmo autor argumenta⁴¹⁵:

“A denúncia, por si só, é importante, mas é preciso ir além. E isso somente se mostrará possível quando as instituições públicas indicadas conseguirem sair do seu mais completo estado de inação. A jurisdição criminal é função essencial, acredite. E não pode ser prestada na atual forma caótica e que sequer consegue atender a Recomendação do Conselho Nacional de Justiça. A unidade prisional de Benfica onde se encontra a Central de Custódia do Rio de Janeiro possui várias áreas abertas, que lá sejam então realizadas as audiências de custódia. Quem sabe assim os agentes penitenciários saberão o que é um EPI (Equipamento de proteção Individual) fornecido pelo Poder Público e as pessoas privadas de liberdade poderão voltar a ter algum conhecimento sobre as razões do seu encarceramento ou da soltura. Melhores mentes poderão imaginar outras soluções ou mesmo que se faça cumprir a Recomendação nº 62, Conselho Nacional de Justiça acompanhado da torcida para que o país não seja responsabilizado internacionalmente por decidir dar uma tacanha leitura ao artigo 7º, item 5, Convenção Americana sobre Direitos Humanos”.

E conclui:

“E se nada for feito e as prisões em flagrante continuarem a ser analisadas a partir das frias folhas – de papel ou virtual? Além do pranto pelas lesões ao contraditório e a ampla defesa, já que as manifestações defensivas são elaboradas sem a prévia ciência do que foi pleiteado pelo Estado-acusação, restará o prosseguimento da liturgia. Assim, peço o silêncio, a audiência de custódia morreu”.

Como precedente da CIDH, chancelando a proibição da custódia em situações excepcionais, na década de 90, no Peru, quando o “Sendero Luminoso” (o partido comunista) estava atuando naquele país, o Presidente da época, Alberto Kenya Fujimori,

⁴¹³ “Art. 8º Recomendar aos Tribunais e aos magistrados, em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerar a pandemia de Covid-19 como motivação idônea, na forma prevista pelo art. 310, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Penal, para a não realização de audiências de custódia.”

⁴¹⁴ Ainda conclusa à relatora, Ministra Rosa Weber.

⁴¹⁵ NEWTON, Eduardo. Réquiem para as audiências de custódia, vítima da Covid-19. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/opinio/requiem-para-as-audiencias-de-custodia-vitima-da-covid-19/?fbclid=IwAR1PeM0xdE2Ebysv80qD8xtrIXc7IXpK5HnwK2LJBCiPH7--y0tfGIsfZPg>, acesso em 06 mai.2020.

decretou um estado de emergência com a respectiva suspensão de certos direitos e garantias. A Senhora J. , peruana, que era acusada de ser militante do Sendero Luminoso, foi presa, tendo sido torturada, violentada e não foi apresentada ao juiz. A CIDH decidiu que, por mais que a própria convenção preveja a hipótese de suspensão de determinados direitos em situação de guerra, de emergência, alguns direitos não podem ser limitados⁴¹⁶, entre eles está o direito de apresentação do preso ao juiz, previsto no artigo 7.5, da CADH⁴¹⁷.

No que diz respeito à pandemia Covid-19, em sentido contrário, destacamos a lição dos professores AURY LOPES JR e ALEXANDRE MORAIS DA ROSA⁴¹⁸, que adotaram um posicionamento de aceitar a não realização da audiência de custódia em tempos de pandemia, em razão do direito à vida preponderar e em razão do princípio da proporcionalidade⁴¹⁹, inclusive potencializando a audiência de custódia por videoconferência nesse período.

No Direito Processual Penal Português, adota-se a primeira corrente, ou seja, o primeiro interrogatório no país lusitano não pode ser afetado durante o estado de sítio ou de emergência, uma vez que prepondera o direito de apresentação do preso, como direito fundamental, o que é digno de aplausos. Em virtude disso, mister citarmos PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁴²⁰:

“O direito de o detido contestar diante de um tribunal as razões da sua detenção não pode ser afectado durante o estado de sítio ou de emergência. O artigo 19.º, n. 6, da CRP deve ser

⁴¹⁶ “Artigo 27 - Suspensão de garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 6 (proibição da escravidão e da servidão), 9 (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos”.

⁴¹⁷ Caso J. versus Peru. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf. Acesso em 12 mai.2020.

⁴¹⁸ No podcast “Criminal Player”, em seu episódio nº 91 “Audiência de Custódia e Pandemia”, a partir do minuto 5:08, disponível:https://open.spotify.com/episode/29bmHUQMvzjschbtaxC81O?si=Uo83iFgFS_yqkI8K1TvTNg, acesso em 06 mai.2020.

⁴¹⁹ Seguindo a sistemática do artigo 310, do CPP.

⁴²⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4 Ed. Editora Universidade Católica: Lisboa. 2011, p. 412.

interpretado à luz do ponto 20º da recomendação Rec (2006) 13 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre o uso da prisão preventiva, as condições em que tem lugar e as medidas de salvaguarda contra o seu abuso.”

Portanto, torcemos para que o primeiro posicionamento prevaleça no STF, no julgamento da Reclamação nº 40461, como já é adotado em Portugal, uma vez que a fiscalização da prisão e a prevenção de uma tortura, no momento da prisão, deve prevalecer sobre um interesse geral de saúde pública, não sendo essa uma motivação idônea para não realizar a audiência de custódia com todas as medidas de saúde preventivas, evitando um retrocesso social em relação a mais um direito fundamental.

Considerações finais

Ao final do exposto, não podemos deixar de reforçar a ideia de que a Defensoria Pública Brasileira tem um objetivo primordial de defender a fiscalização e a promoção dos direitos humanos, inibindo, no que diz respeito aos detidos ou presos, a prática dos maus tratos, da tortura e das prisões ilegais, lutando assim pela máxima eficácia dos seus direitos, fazendo com que tenham “vida real”⁴²¹. Tal sentido de intervenção demonstra que o Defensor Público Brasileiro assume um importante papel de intervenção na audiência de custódia, possibilitando o contato com o preso e defendendo os seus direitos fundamentais.

A audiência de custódia é primordial para alinhar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos, prevenindo e reprimindo a tortura policial, evitando prisões ilegais ou desnecessárias e, também, para encarar e acolher o preso, pelo menos do ponto de vista da Defensoria Pública, a fim de que ele possa saber os motivos de sua prisão. Outro sentido da intervenção do Defensor Público na audiência de custódia é subsidiar uma investigação penal defensiva para o assistido, podendo angariar provas substanciais para a elaboração da defesa futura, já que, caso não houvesse o instituto, somente muito tempo depois o preso teria contato com o defensor⁴²²⁻⁴²³.

O Defensor Público deve buscar, na sua atividade profissional, a tutela da presunção de inocência do arguido, calcado na busca do resguardo dos princípios do contraditório e ampla defesa, o que gerará o respeito do sistema acusatório do Processo Penal, com a nítida divisão de tarefas de acusar, julgar e defender, tornando a justiça criminal mais justa. Isso deve ser uma realidade no que tange às prisões cautelares ocorridas que, hoje, por imposição convencional e legal, só podem ser confirmadas caso haja a realização da audiência de custódia, que assume a função de mecanismo de humanização da prisão cautelar, viabilizando um efetivo contraditório e uma certa democracia processual.

⁴²¹ LOPES JR, Aury. Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 89 e CARVALHO, Amilton Bueno de. Direito Alternativo – Teoria e Prática. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 56-57.

⁴²² A ser realizada na fase do “Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.”. Nesse sentido, podemos citar: PAIVA, Caio. Resolução 213 do CNJ: artigo 5º. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de custódia no processo penal brasileiro: Comentário à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 71.

⁴²³ NEWTON, Eduardo Januário. *A defesa intransitiva de direitos: ácidos inconformismos de um defensor público*. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 133-134.

Para além disso, é notória a forte atuação das Defensoria Públicas Brasileiras com o ingresso de inúmeros *Habeas Corpus*, com a implementação da proibição da prisão, no julgamento concreto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, assim como, também, com a intervenção na Reclamação Constitucional 29303.

Por tudo, respeitosamente a eventuais posições dissonantes, defendemos que a audiência de custódia reformulou a importância da Defensoria Pública no Brasil, sendo tal intervenção humanitária muito peculiar, diferentemente da intervenção do defensor de ofício no primeiro interrogatório em Portugal, por mais que este profissional assumia papel similar. Essa conclusão que emerge de todo o trabalho até aqui construído pode, quiçá, estimular a movimentação legislativa no país lusitano em prol da criação de uma Defensoria Pública, o que, no primeiro interrogatório, propiciaria um enorme ganho defensivo: em favor dos presos que não ostentam condições financeiras de custear um advogado e, conseqüentemente, um ganho ao devido processo legal, que não admite processos ou procedimentos de segunda classe, deficitários em direitos e garantias. Em última instância, com a implementação de uma Defensoria Pública, os arguidos, sem condições financeiras, podem ter sua prisão defendida com mais estrutura e rigor, elevando o acesso à justiça no país.

Bibliografia

- AGUIAR, Michele. Audiência de Custódia e seus limites cognitivos. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires e GONÇALVES, Carlos Eduardo (org.). Audiência de custódia. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 4 Ed. Editora Universidade Católica: Lisboa. 2011.
- ALVES, Cleber Francisco. A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça. 2005. p. 397-398. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067747.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2020.
- ALVIM, Roberta Pires. “O Trabalho da DPU na defesa dos migrantes venezuelanos”. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-06/tribuna-defensoria-trabalho-dpu-defesa-direitos-migrantes-venezuelanos>. Acesso em: 15/01/2020.
- ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal. 2 ed. Coimbra: Editora Almedina. 2018.
- ANTUNES, Maria João. O segredo de Justiça e o Direito de Defesa do Arguido sujeito a medidas de coacção. [autor do livro] org. Manuel da Costa Andrade. *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, p.1237-1268. s.l. : Coimbra editora. 2003.
- ASSUNÇÃO, Yedda Christina Ching-san. Posicionamento técnico e prático acerca do tema audiência de custódia. In: NOGUEIRA, Marcelo de Almeida & LACERDA, Jackson dos Santos. Imediatismo político ou progresso real através da audiência de custódia? SANTORO, Antônio Eduardo Ramires e GONÇALVES, Carlos Eduardo (org.). Audiência de custódia. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

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>, Acesso em 19 mai.2020.

AZAMBUJA, Rodrigo. Para uma defesa criminal efetiva: A assistência jurídica gratuita em Portugal e no Brasil. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais. Orientador: Prof. Doutora Maria João Antunes. Coimbra, 2015.

AZAMBUJA, Rodrigo. “Uma História da Defensoria Pública”. In: Maria João Antunes; Cláudia Cruz Santos; Cláudio do Prado Amaral. (Org.). Os Novos Atores da Justiça Penal. 1ed. Coimbra: Almedina, 2016, v. 1.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JÚNIOR, Aury. Direito ao processo penal no prazo razoável. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo penal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 1.230, 24 cm. ISBN 978-85-549-4737-8. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=142018. Acesso em: 8 mai. 2020.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito Público Internacional. 2ª ed. Rio de Janeiro, 1939.

BAHIA, Flávia. Coleção descomplicando direito constitucional. 3ª Edição. Recife: Armador, 2017.

BARRETO, Ireneu Cabral. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.

BELEZA, Tereza Pizarro. Prisão preventiva e direitos do arguido, in Mário Monte e outros (coord.), Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge

Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra: Coimbra Editora. 2009.

BECKER, Fernanda E. Nöthen Becker; ROSA, Alexandre Morais da;. O desafio de implementar a audiência de custódia: a decisão como ela é. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires e GONÇALVES, Carlos Eduardo (org.). Audiência de custódia. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BETTIOL, Giuseppe. Instituições de direito e de processo penal, tradução de Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Coimbra editora, 1974.

BHERON, Jorge; MAZZUOLI, Valerio. Controle de convencionalidade e Instituições Essenciais à Justiça. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-19/tribuna-defensoria-defensoria-publica-essencial-controle-convencionalidade> , acesso em : 20 mai.2020.

BOTELHO, Marta. “Defensoria Pública em Portugal: uma solução possível e desejável? Análise comparada entre os modelos português e brasileiro. In: Maria João Antunes; Claudia Cruz Santos; Cláudio do Prado Amaral. (Org.)”. Os Novos Atores da Justiça Penal. 1ed. Coimbra: Almedina, 2016, v. 1.

Brandão, Nuno. 1º semestre 2008. Medidas de Coacção: o procedimento de aplicação na revisão do Código de Processo Penal. Revista do CEJ, nº 9 (especial) - Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal. 1º semestre 2008.

BRASIL. Ministério da Justiça, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Painel Interativo junho/2019. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. Vol 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. 9ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CABRAL, José Santos/GASPAR, António Henriques/COSTA, Eduardo Maia/ MENDES, António Oliveira/ MADEIRA, António Pereira/GRAÇA, António Pires da. Código de Processo Penal Comentado, Coimbra: Almedina, 2014, p. 898; LOUREIRO, Fábio. O primeiro interrogatório judicial do arguido detido in: Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal, Coimbra: Almedina, 2010.

CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. Audiência de Custódia e Medidas Cautelares Pessoais. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

CAMPOS, Carlos da Silva. Os direitos de defesa no inquérito criminal in: Revista do Advogados nº49, 1989.

CANOTILHO, J.J Gomes / MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I. 4 Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. A importância do Protocolo de Istambul para as audiências de custódia. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/396208166/a-importancia-do-protocolo-de-istambul-para-as-audiencias-de-custodia>, acesso em 07 mai.2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1983> , acesso em 07 mai.2020

CAPEZ, Rodrigo. Prisão e medidas cautelares diversas. A individualização da medida cautelar no processo penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

CARVALHO, Daniel de Paulo. Audiência de custódia: a (in)validade jurídica da oitiva do flagranteado como meio de prova. Florianópolis: UFSC (Monografia – Direito), 2016.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Direito Alternativo – Teoria e Prática. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Tradução da versão espanhola do original italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pilares, 2009.

CASARA, Rubens R. R. Mitologia Processual Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

CHIARETTI, Daniel. “Breve histórico do desenvolvimento institucional da assistência jurídica no Brasil”, em Boletim da Reunião das Instituições Públicas de Assistência Jurídica dos Países de Língua Portuguesa, n. 1, Brasília, 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Audiência de Custódia: Resultados preliminares e percepções teórico-práticas. Disponível em: https://www.academia.edu/18010764/Audiência_de_Custódia__Resultados_preliminares_e_percepções_teorico-praticas, Acesso em: 07 mai.2020;

CHOUKR, Fauzi Hassan. Medidas Cautelares e Prisão Processual: comentários À Lei 12.403/2011. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 22, n. 254, p. 2-3., jan. 2014. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=103794. Acesso em: 8 mai. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Audiências de custódia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>. Acesso em: 08 mai. 2020.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. “Decisões conflitantes do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos: vinculação ou desprezo”. In: Marcelo Rebelo de Sousa e outros.(Org.). Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. 1ed. Coimbra: Coimbra, 2012, v. 5.

CORGOSINHO, Gustavo. Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

CORTINA, José Miguel de la Rosa. Las medidas cautelares personales en el processo penal. Barcelona: Bosh. 2015.

COSTA, Miguel João. “Comentário à proposta de directiva do parlamento europeu e do conselho relativa ao apoio judiciário provisório para suspeitos ou arguidos privados de liberdade e ao apoio judiciário em processos de execução de mandados de detenção europeus (COM(2013) 824 final)”. A agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantia da Defesa em Processo Penal: a "segunda vaga" e o seu previsível impacto sobre o direito português, Coimbra, p. 61-78, abr. 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, n. 183, julho/set. 2009.

CRUZ, Rogério Schietti. Prisão Cautelar. Dramas, princípios e alternativas. 5. Ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime. Editora Juspodivm: Salvador. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. Em GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). Prisão e medidas cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2011, Cap. III.

DEL GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta. A defesa na cooperação jurídica internacional penal: o auxílio direto e a atuação por meio de redes. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2016. 285 p. (Monografias digitais). ISBN 978-85-99216-45-3. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=130703>, p. 188. Acesso em: 14 mai. 2019.

DIAS, Jorge Figueiredo. Clássicos Jurídicos- Direito Processual Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Execução da pena de prisão e direitos humanos, hoje e amanhã. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; KOSOVSKI, Ester. Estudos em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

ESTEVES, Diogo / SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios institucionais da defensoria pública. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FENSTERSEIFER, Tiago; PAIVA, CAIO. Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública. Belo Horizonte: Editora Cei, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal. 4. Ed. São Paulo: RT, 2014.

FILHO, Edilson Santana Gonçalves. Defensoria Pública e a tutela coletiva de direitos: teoria e prática. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.

FRANCO, Alberto Silva Franco; Zanoide, Mauricio. Código de Processo Penal e sua Interpretação Judicial. 2ª ed, vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. 20. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999

GOMES, Luiz Flávio. Em GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). Prisão e medidas cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2011.

GONÇALVES, Fernando/ALVES, Manuel João. As Medidas de Coação no Processo Penal Português. Editora Almedina, Coimbra, 2011.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurilio Casas. Custos Vulnerabilis: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: Editora Cei, 2019.

Klip, André. European criminal law. An Integrative Approach. 3rd Edition. Cambridge: Intersentia, 2016.

JOSITA, Higyna; MOREIRA, Leonardo Barreto Moreira. O juiz pode decretar prisão preventiva de ofício? Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/opiniaio-juiz-decretar-prisao-preventiva-oficio> >. Acesso em: 23 abr 2020.

LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana; PAIVA, Caio. Audiência de custódia. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2016. (Seminário internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 22). Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/631-Audiencia-de-Custodia. Acesso em: 5 mai. 2020.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim; SOUZA, Carlos Eduardo Freitas de. Defensoria pública: instituição imprescindível ao combate da impunidade. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5207, 3 out. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60394>>.

LEITE, Antonio José Maffezoli. A atuação da Defensoria Pública na promoção e defesa dos direitos humanos, inclusive perante o sistema interamericano de direitos humanos, In Temas aprofundados da Defensoria Pública. V. 2. Salvador: Juspodivm, 2014.

LEONES DANTAS, António. “Portugal”, in Sistemas de Processo Penal en Europa. Coord. Ramón Maciá Gómez. Barcelona: CEDECS, 1998.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. Revista e Atualizada. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal Comentado. 5 Ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8 Ed. Editora Juspodivm: Salvador, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Nova Lei de Abuso de Autoridade. Editora Juspodivm: Salvador. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime. Editora Juspodivm: Salvador. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Revista Liberdades, São Paulo, n. 17, p. 11-23., set./dez. 2014. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=129019. Acesso em: 8 mai. 2020.

LOPES JR., Aury. Direito Processo Penal. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Afinal, Quem Tem Medo da Audiência de Custódia? (Parte 1). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 05 mar.2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Afinal, Quem Tem Medo da Audiência de Custódia? (Parte 2). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-10/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>>. Acesso em: 10 mai.2020.

LOPES JR, Aury. Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. "Não sei, não conheço, mas não gosto da audiência de custódia". Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-sei-nao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>>. Acesso em: 05 mar.2020.

LOUREIRO, Fábio. O primeiro interrogatório judicial do arguido detido in: Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Coimbra: Almedina, 2010.

MARANHÃO, Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Provimento no 14, 24 de novembro de 2014. São Luís, 2014a. Des. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/1581/publicacao/407410>. Acesso em 16mai. 2020.

MARANHÃO, Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Provimento nº 24, 5 de dezembro, 2014. São Luís, 2014b. Des. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/1559/publicacao/407902>. Acesso em 16mai. 2020.

MARTINEZ, Sara Aragonese et al. Derecho Procesal Penal. 2. Ed. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon, 1996.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. É possível conciliar a audiência de custódia e a prisão por mandado?. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/02/17/e-possivel-conciliar-a-audiencia-de-custodia-e-a-prisao-por-mandado/>, acesso em: 12 mai. 2020.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz de liberdades – desconstrução de um mito processual. Coimbra: Almedina, 2011.

MAZZUOLI, Valerio. Curso de Direitos Humanos. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

MELO, Raphael. Audiência de custódia no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

Mesquita, Paulo Dá. 2003. "Direcção do Inquérito e Garantia Judiciária". s.l. : Coimbra Editora, 2003.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. A prisão em flagrante delito constitucional. Salvador: JusPodivm, 2018.

MOREIRA, Rômulo Moreira. A resolução nº. 213 do conselho nacional de justiça e as audiências de custódia. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires e GONÇALVES, Carlos Eduardo (org.). Audiência de custódia. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MOREIRA, Rômulo. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA CONSTITUI MEIO ABUSIVO DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, SEGUNDO O PROCURADOR DE JUSTIÇA RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA. Disponível no site em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/garantia-da-ordem-publica-fundamentacao-generica-constitui-meio-abusivo-de-decretacao-da-prisao-preventiva-segundo-o-procurador-de-justica-romulo-de-andrade-moreira> . Acesso em 25abr2020.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A nova sistemática das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. Constituição da república e exercício do direito de defesa no inquérito policial. In: CIÊNCIAS criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Coordenação de Marcus Alan de Melo GOMES, Ana Cláudia Bastos de PINHO. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=11156. Acesso em: 6 mar. 2020. p. 206. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=6841. Acesso em: 6 mar. 2020.

MORAES, Guilherme Peña de. Instituições da Defensoria Pública. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenelle T. da. *Assistência Judiciária: Sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. 2ª ed revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

NEWTON, Eduardo Januário. *A defesa intransitiva de direitos: ácidos inconformismos de um defensor público*. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

NEWTON, Eduardo; BHERON, Jorge; STRECK, Lenio Luiz. *A volta do processo penal fast food e da condenação 4.0*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-05/opiniaio-volta-processo-penal-fast-food-condenacao-40> , acesso em 12 mai. 2020.

NEWTON, Eduardo. *Réquiem para as audiências de custódia, vítima da Covid-19*. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/opiniaio/requiem-para-as-audiencias-de-custodia-vitima-da-covid-19/?fbclid=IwAR1PeM0xdE2Ebysv80qD8xtrIXc7IXpK5HnwK2LJBCiPH7--y0tfGIsfZPg> , acesso em 06 mai.2020.

NEWTON, EDUARDO. *Uma nova função nas audiências de Custódia*. Disponível em: <https://caosfilosofico.com/2020/05/22/uma-nova-funcao-nas-audiencias-de-custodia/> , acesso em 22 mai.2020.

NICOLITT, André Luiz. *Lei 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*.17ª Ed. São Paulo: Editora RT, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Os mitos da audiência de custódia*. GENjurídico.com.br. Artigo elaborado em 17.jul.2015. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2015/07/17/os-mitos-da-audiencia-de-custodia/>>. Acessado em: 5.mai.2020.

NUNES, Helom. *AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: Do papel da Defensoria Pública na efetivação dos Direitos Humanos à importância da realização para o bom funcionamento*

da Justiça. 2015. Disponível em: <<https://helomnunes.com/2015/02/07/audiencia-de-custodia-do-papel-da-defensoria-publica-na-efetivacao-dos-direitos-humanos-a-importancia-da-realizacao-para-o-bom-funcionamento-da-justica/>>. Acesso em: 17 mai. 2020.

PAIVA, Caio. Resolução 213 do CNJ: artigo 5º. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de custódia no processo penal brasileiro: Comentário à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. 3 Ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

PASTOR, Daniel R. El plazo razonable en el proceso del estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. 1. ed. 1. reimp. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009.

PEDROSO, João António Fernandes. Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em (des)construção O caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. 2011. p. 194. Tese (Doutorado) - Curso de Economia, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/22583/1/Tese_Joao%20Pedroso.pdf.

PINTO, Frederico de Larcerra Da. A fase de inquérito e a evolução do processo penal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 28, nº 1, 2018 (jan-mar 2018). Coimbra: Coimbra Editora.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos E Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PRADO, Geraldo. A Defensoria Pública e o Direito Processual Penal brasileiro. In: Em torno da jurisdição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RAMOS, André de Ramos. Curso de direitos humanos. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 23. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

REMÓN, Florabel Quispe. Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo. Anuario Español de Derecho Internacional, Pamplona, v. 28, p.182-, 2012. Disponível em: <<https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/2534/2407>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

ROCHA, Jorge Bheron. A Defensoria como custos vulnerabilis e a advocacia privada. Consultor Jurídico. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-23/tribuna-defensoria-defensoria-custos-vulnerabilis-advocacia-privada>>. Acesso em: 11mar.2020.

ROCHA, J. BHERON. “O Histórico do Arcabouço Normativo da Defensoria Pública: da Assistência Judiciária à Assistência Defensorial Internacional”. In: Maria João Antunes; Cláudia Cruz Santos; Cláudio do Prado Amaral. (Org.). Os Novos Atores da Justiça Penal. 1ed. Coimbra: Almedina, 2016, v. 1.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A Globalização do Direito Penal – Da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização. In: Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A jurisprudência constitucional portuguesa e a reserva de juiz nas fases anteriores ao julgamento ou a matriz basicamente acusatória do processo penal. XXV Anos Jurisprudência Constitucional Portuguesa - Colóquio

Comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional. s.l. :Coimbra editora, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. As relações entre o Ministério Público e o Juíz de Instrução Criminal ou a matriz de um processo penal europeu. Que Futuro Para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. s.l. : Coimbra editora, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda, “Da «afirmação de direitos» à «proteção de direitos» dos reclusos: a jurisdicionalização da execução da pena de prisão”, Revista “Direito e Justiça”, 2004.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Execução penal socializadora e o novo capitalismo: uma relação (im)possível?. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 23, n. 112, p. 17-32., jan./fev. 2015. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=118462.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária, estatuto jurídico do recluso e socialização jurisdicionalização consensualismo e prisão. Estatuto jurídico do recluso e socialização jurisdicionalização consensualismo e prisão. Coimbra, Coimbra Editora, 1ª edição, 2000.

ROMERO, Marta Muñoz De Morales. “Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero”. Los casos Caldararu y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, [S.L], n. 1, jan./mar. 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. 5 Ed. Florianópolis: E-mais Editora, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. O que você precisa saber sobre Audiência de Custódia? . Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-que-voce-precisa-saber-sobre-audiencia-de-custodia>. Acesso em 10 mai2020.

ROSA, Alexandre Morais da. Quando os juizes não querem fazer audiência de custódia?. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/02/20/quando-os-juizes-nao-querem-fazer-audiencia-de-custodia/>. Acesso em 10 mai2020.

ROXIN, Claus. Presente y futuro de la defensa en el proceso penal del estado de derecho. In Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

SANTOS, Cleopas Isaías . Audiência de Garantia: ou sobre o óbvio ululante. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal , v. 91, p. 76-93, 2015.

SANTOS, Élide de Oliveira Lauris dos. Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece: Dinâmicas de colonialidade e narra(alterna-)divas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal. 2013. P. 160. Tese (Doutorado) - Curso de Economia, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. Disponível em: <<https://core.ac.uk/reader/19629862>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

SANTOS, Cláudia Cruz. Nenhuma Verdade se escreve no singular. Lisboa: Beltrand Editora, 2017.

SANTOS, Cláudia Cruz. O Direito Processual Penal Português em Mudança: Rupturas e Continuidades. Coimbra: Editora Almedina, 2020.

SANTOS, Cláudia Cruz. O direito processual penal, as suas finalidades conflituantes e alguns problemas de “burla de etiquetas”. In: COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia. (Orgs.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017.

SALMEN, Ygor Nasser Salah; ALMEIDA, Wellington M. de. Processo penal à moda fast-food . Disponível em: <https://emporioidireito.com.br/leitura/processo-penal-a-moda-fast-food-1508758713> , acesso em 17mai.2020.

SAMPAIO, Denis. Inovações tecnológicas no processo penal: dialética entre eficácia e garantia na produção da prova judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 102, p. 243-284., mai./jun. 2013. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=100711. Acesso em: 15 mai. 2020

SANTOS, Patrícia Vieira dos Santos. *Prisão cautelar: à luz do princípio do estado de inocência*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o Autoritarismo Brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

Silva, Ana Paula Gonzatti da. *O Auxílio Direto à luz dos princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, da Experiência brasileira à inspiração europeia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

SILVA, Eduardo Rodrigues Gonçalves; Érico Gomes de Souza; Nathália Mariel F. de S. Pereira e Stanley Valeriano da et al. *Legislação Internacional Comentada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: Juspodivm, 2019.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal, Volume I, 6ª Edição*, Lisboa: Editora Verbo, 2010, p. 341.

SILVA, GERMANO MARQUES DA. *Curso de Processo Penal, vol. II. 5ª edição*. Coimbra: Editora Verbo, 2011.

SOUZA, Carlos Eduardo Freitas de. *A abrangência da garantia da inamovibilidade do defensor público*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-15/abrangencia-garantia-inamovibilidade-defensor-publico>. Acesso em: 15/01/2020.

- SOUZA, Carlos Eduardo Freitas de. Defensoria Pública em Portugal: uma realidade possível?. Revista CEJ, nº2, 2019
- TAVARES, Andre Ramos. Curso de direito constitucional. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.
- TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. Prova e Vedade. São Paulo: Tirant Blanc, 2020.
- TREVISOL, Elias Guilherme. É obrigatória a presença do advogado no Inquérito Policial? Disponível em:<http://www.justificando.com/2016/02/01/e-obrigatoria-a-presenca-do-advogado-no-inquerito-policial/>. Acesso em: 16 jan 2020.
- TUCCI, Rogerio Lauria. Teoria do Processo Penal, São Paulo: Editora RT, 2002.
- VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regras de exclusão probatória. IBCRRIM, boletim nº 283, junho/2016.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Processo Penal – TOMO I. Coimbra: Almedina, 2010.
- VILELA, Alexandra. Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- WEIS, Carlos. Trazendo a realidade para o mundo do direito. Informativo Rede Justiça Criminal. Edição 05, ano 03/2013. Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>, acesso em: 06 mai.2020.