

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DE MINAS GERAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* – ESPECIALIZAÇÃO EM “MINISTÉRIO
PÚBLICO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO”

Carolina Costa Val Rodrigues

**DA ANÁLISE DE EVENTUAL IMPACTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA
AÇÃO PENAL**

BELO HORIZONTE

2018

Carolina Costa Val Rodrigues

**DA ANÁLISE DE EVENTUAL IMPACTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA
AÇÃO PENAL**

Trabalho de conclusão do curso (TCC) de pós-graduação *lato sensu* “MINISTÉRIO PÚBLICO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO”, apresentado ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Ceaf/MPMG).

Área de concentração: Direito Processual Penal

Orientador: Mestre Leonardo Barreto Moreira Alves

BELO HORIZONTE

2018

Carolina Costa Val Rodrigues

**DA ANÁLISE DE EVENTUAL IMPACTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA
AÇÃO PENAL**

Trabalho de conclusão do curso (TCC) de pós-graduação *lato sensu* “MINISTÉRIO PÚBLICO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO”, apresentado ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Ceaf/MPMG).
Área de concentração: Direito Processual Penal

Data da aprovação:

Ms. Leonardo Barreto Moreira Alves (Orientador)

Ms. Débora Carvalho Fioratto

Ms. Luciano José Alvarenga

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, a Deus, por estar comigo em todos os momentos.

Agradeço, especialmente, à minha família, pelo apoio constante, carinho e incentivo.

Agradeço ao Dr. Leonardo, por quem tenho profunda admiração e respeito, que dedicou parte do seu tempo para me orientar e auxiliar na elaboração deste trabalho, sempre com prontidão, direcionando-me com excelentes ensinamentos. Muito obrigada por sempre acreditar em mim, pelo incentivo, pela paciência e orientação.

Agradeço ao corpo docente deste Curso de Pós-Graduação Ministério Público e o Novo Constitucionalismo, pelos brilhantes ensinamentos, que tanto contribuíram e engrandeceram minha vida acadêmica. Cada docente, em sua particularidade, transmitiu valores e conhecimentos que levarei para minha vida profissional e pessoal.

Agradeço aos amigos e colegas do curso, por tornarem o percurso acadêmico mais prazeroso.

Agradeço ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de Minas Gerais pela oportunidade de realizar esta pós-graduação.

Agradeço a todos que contribuíram, direta ou indiretamente, para a realização deste trabalho, auxiliando-me a trilhar mais esse caminho.

Jamais a condução de um processo penal deverá se dar olvidando-se da existência de uma pessoa por trás dele, e todos os atos devem ser realizados tendo em conta essa premissa. (Procurador da República Fábio George Cruz da Nóbrega)

RESUMO

O presente trabalho abordou os direitos fundamentais e o papel do Ministério Público, adentrando-se no instituto da audiência de custódia e seu impacto na ação penal, especificamente acerca da validade ou não de utilizar o conteúdo probatório realizado na audiência de custódia em eventual ação penal. Isso porque, não obstante o direcionamento do PLS n. 554/2011 ser no sentido de que “A oitiva a que se refere o § 5º (...) não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado” (art. 306, § 6º), o tema traz opiniões divergentes na doutrina e chama a atenção para a atuação prática do *Parquet* a esse respeito, notadamente no que tange à defesa das garantias fundamentais. Para a realização deste trabalho, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, com uso de doutrina, jurisprudência e literatura disponíveis, e estudada a Lei Maior, Tratados Internacionais e resoluções pertinentes. Adotaram-se os procedimentos jurídico-exploratório e jurídico-propositivo, partindo-se da previsão constitucional abstrata e chegando-se à análise prática, com sugestão de uma postura institucional do Ministério Público para maior concretude da norma. Foi empregado o método dedutivo para reduzir as considerações acerca dos direitos fundamentais a uma abordagem restrita quanto à aplicação de tais direitos no instituto da audiência de custódia.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Audiência de custódia. Ação penal. Valoração probatória.

Abstract

The present work described the fundamental rights and the role of the Public Prosecutor's Office, entering into the custody hearing institute and its impact on the criminal action, specifically about the validity or not of using the evidentiary content carried out at the custody hearing in eventual criminal action. This is because, despite the PLS n. 554/2011 is that "The verbal referred to in Paragraph 5 (...) can not be used as evidence against the deponent and will exclusively deal with the legality and necessity of the arrest, the occurrence of torture or ill-treatment and the rights granted to the prisoner and the accused "(article 306, paragraph 6), the theme brings divergent opinions in the doctrine and draws attention to the practical action of Parquet in this respect, especially regarding to the defense of fundamental guarantees. For the accomplishment of this work the bibliographical and documentary research was used, with use of available doctrine, jurisprudence and literature, and studied the Major Law, International Treaties and pertinent resolutions. The legal-exploratory and legal-propositional procedures were adopted, starting from the abstract constitutional prediction and arriving at the practical analysis, with suggestion of an institutional position of the Public Prosecutor's Office for greater concreteness of the norm. The deductive method was used to reduce considerations of fundamental rights to a narrow approach to the application of such rights at the custody hearing institute.

Key words: Fundamental rights. Custody hearing. Criminal proceeding. Probationary valuation.

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPP	Código de Processo Penal
Dec.	Decreto
DJe.	Diário do Judiciário Eletrônico
Inc.	Inciso
MP	Ministério Público
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO NOVO CONSTITUCIONALISMO.....	13
3 DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	17
3.1 Conceito.....	20
3.2 Finalidades.....	21
3.3 Previsão Normativa da Audiência de Custódia.....	22
3.3.1. Tratados Internacionais.....	22
3.3.2. Regramento Jurídico Brasileiro.....	24
4 DO IMPACTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA AÇÃO PENAL.....	29
5 CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS.....	39

1. INTRODUÇÃO

Custódia, em seu sentido denotativo, significa proteção, guarda.

A audiência de custódia, também conhecida como audiência de apresentação, tem por objetivo assegurar a máxima efetividade dos Direitos Humanos e consiste, essencialmente, no direito de toda pessoa detida ser conduzida, no prazo de até 24 horas após a sua prisão, à presença do juiz competente, para participar do ato no qual serão ouvidas as manifestações do Ministério Público e da Defensoria Pública ou do advogado do preso, para fins de controle judicial da prisão (art. 310 do CPP).

Assim, trata-se da apresentação do preso perante um juiz, permitindo-lhe o contato pessoal, de forma a propiciar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão. Decorre da aplicação dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Aludida audiência, entendida como uma garantia do preso, além de auxiliar na redução da superlotação carcerária¹, contribui para a efetivação de direitos fundamentais, possibilita o tratamento humanizado do preso e objetiva, precipuamente, avaliar, com mais segurança, o *status libertatis* da pessoa detida, bem como prevenir e punir a prática de tortura e abusos físicos.

Por tal razão, esse é um tema importante tanto para a esfera constitucional quanto para o contexto processual penal. No Brasil, especialmente, a Constituição da República de 1988 encontra-se extremamente atualizada no que diz respeito aos preceitos fundamentais de proteção da dignidade humana, mas, ao mesmo tempo, tem um Código de Processo Penal com influência autoritária – pois que foi promulgado durante a vigência do regime ditatorial getulista (1941) – e, mesmo com inúmeras reformas pontuais posteriores, esse seu caráter ainda está presente.

O processo penal é um ramo que se encontra intimamente ligado à proteção dos direitos humanos. O instituto em análise orienta uma nova política criminal, mais humanizada e orientada a reduzir prisões ilegais e a combater a banalização das prisões preventivas. Garantir a devida proteção aos Direitos Humanos tornou-se, após a criação da Organização das Nações Unidas – ONU, o escopo primordial dos países dela integrantes.

¹ De acordo com informações constantes do *site* do CNJ, “O Brasil ocupa o quarto lugar entre os países com o maior contingente de pessoas presas, atrás de Estados Unidos da América, China e Rússia. Considerando também as prisões domiciliares e em regime aberto, alcançamos o terceiro lugar.” Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 10 out. 2017.

Sob o aspecto normativo, verifica-se que a realização da audiência de custódia abarca o ingresso de Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário no ordenamento jurídico interno.

A realização dessa audiência encontra como principais amparos legais o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Brasil por meio do Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, e a Convenção Americana dos Direitos Humanos, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, convenção que foi ratificada pelo Brasil no ano de 1992, tendo sua promulgação ocorrida no mesmo ano por meio do Decreto n. 678. A implantação da audiência de custódia reforça o compromisso do Brasil com a proteção dos direitos humanos.

No âmbito internacional, merece destaque o caso *Acosta Calderón Vs. Ecuador*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Na ocasião, a CIDH considerou que o Estado havia violado o direito de Rigoberto Acosta Calderón de ser levado sem demora à presença de um juiz ou autoridade legitimada pela lei para exercer funções judiciais, como determina o art. 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, combinado com o art. 1.1 do mesmo texto legal.

O caso em destaque traz à tona a relevância do tema debatido, levando-se em conta a necessidade de respeito às garantias fundamentais do acautelado e o papel do órgão ministerial nesse contexto.

Na seara nacional, em 9 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 347, concedeu cautelar a fim de determinar aos juízes e tribunais que passassem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, para viabilizar o comparecimento da pessoa detida em flagrante perante a autoridade judiciária no prazo de até 24 horas da prisão.

Quanto ao regramento no ordenamento jurídico interno, no dia 15 de dezembro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça dispôs, por meio da Resolução n. 213, que

toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

No Estado de Minas Gerais, foi publicada pelo Tribunal de Justiça, no dia 25 de junho de 2015, a Resolução n. 796, regulamentando o Projeto Audiência de Custódia no âmbito da justiça comum de primeira instância.

Em 30 de novembro de 2015, o Plenário do Senado aprovou, em turno suplementar, o projeto que regulamenta a prática das audiências de custódia, o PLS n. 554/2011. A matéria seguiu para a análise da Câmara dos Deputados (PL 6.620/2016).

Com a adoção desse instituto processual penal, que já está implantado nas 27 unidades da federação, há uma transformação auspiciosa para o sistema de justiça penal brasileiro.

Todavia, surge debate polêmico concernente à vedação de atividade probatória na audiência de custódia e, reflexamente, ao impacto deste instituto em eventual ação penal.

Em caso controverso ocorrido em meados do ano de 2016, o Ministério Público do Acre, por intermédio do promotor de justiça de Xapuri, Bernardo Fiterman Albano, ofereceu denúncia, ainda na audiência de custódia, contra o acusado pela prática do delito de roubo de um telefone celular. O réu, preso em flagrante, confessou o crime quando da audiência de custódia. Foram apreendidos com o acusado o aparelho celular da vítima e a arma utilizada na conduta criminosa. Em audiência de custódia, o flagrante foi convertido em prisão preventiva, sendo, na oportunidade, já oferecida a denúncia, a qual foi recebida pelo juiz, e aberta vista ao advogado do réu, que, no mesmo ato, apresentou resposta à acusação. Designada audiência de instrução e julgamento para a mesma data, sobreveio decreto condenatório.

Segundo o promotor de justiça que atuou no caso, o processo foi resolvido com celeridade, devidamente respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, trazendo benefícios à sociedade, uma vez que o acusado foi condenado, assim como trouxe vantagens ao réu, que iniciará, de pronto, o cumprimento da pena em regime semiaberto.

No caso em exemplo, é possível afirmar que o impacto da audiência de custódia e de todo o conteúdo ali produzido foi tão evidente, que resultou na condenação do acusado no mesmo dia em que realizada a indigitada audiência.

Não obstante os argumentos do *Parquet* acerca dos benefícios de tal atuação, vêm à tona os seguintes questionamentos: Qual a finalidade da audiência de custódia? É válido que o conteúdo ali produzido tenha tamanho impacto na ação penal? A utilização deste conteúdo encontra-se em absoluta consonância com a normatividade convencional? O órgão ministerial, no contexto do neoconstitucionalismo, deve buscar sempre a condenação ou, analisando a nova postura do Ministério Público no paradigma neoconstitucional, deve atuar como agente de transformação social e defender e fiscalizar o devido cumprimento da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis?

Doutrinadores como Aury Lopes Júnior defendem a impossibilidade de realização de provas durante a audiência de custódia, sob o argumento de que a atividade judicial da referida audiência circunscreve-se à avaliação do cabimento e da necessidade da manutenção da prisão ou da imposição de medidas alternativas ao cárcere e ao exame de eventuais ocorrências de maus-tratos ou torturas, além de outras irregularidades, seguindo o caminho que restou acolhido pelos instrumentos normativos pátrios que versaram sobre o tema, tais como o PLS n. 554/2011, o PL 6.620/2016 da Câmara de Deputados e a Resolução n. 213 do CNJ.

O entendimento apontado é o que tem prevalecido na doutrina, invocando-se que a audiência de custódia não deve servir como antecipação de mérito, tampouco como instrumento apto a obter condenação antecipada, ante a inexistência de contraditório nesta fase.

Divergindo do posicionamento acima, parte da doutrina argumenta que o preso é orientado pela defesa técnica, que estará presente na audiência de custódia, juntamente com o magistrado e o Ministério Público. Neste entendimento, sustenta-se que, não obstante ser realizada a audiência de custódia na fase investigativa, este ato não deve ser abalizado como instrumento de investigação, visto que, no instante em que o auto de prisão em flagrante é judicializado, a prisão *incontinenti* alcança a natureza de ato processual, no qual se garantem a ampla defesa e o contraditório.

Diante de tal quadro, este estudo científico pretende explorar e analisar a controvertida e discutível questão, abordando os argumentos jurídicos defendidos na doutrina e na jurisprudência.

Sendo assim, o trabalho procura despertar o leitor para a temática central, abarcando a eventual atividade probatória produzida na mencionada audiência e sua validade na ação penal, com o exame crítico dos diversos posicionamentos encontrados sobre o tema, assim como trazendo à baila o papel do órgão ministerial como garantidor dos direitos fundamentais, na defesa da ordem jurídica e do regime democrático, nos termos preconizados no art. 127 da CF.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO NOVO CONSTITUCIONALISMO

Como ponto de partida para o desenvolvimento do presente trabalho, imprescindível registrar que as instituições, aqui se sobrelevando a instituição Ministério Público, desempenham um papel de extrema relevância na defesa dos direitos fundamentais, e, conseqüentemente, na efetivação e concretização destes.

A importância do Ministério Público, seja como parte ou como curador do ordenamento jurídico, na promoção da igualdade e defesa dos direitos fundamentais é realçada por Dinamarco:

Tanto maior é a importância da Instituição na sociedade quanto mais avançado for o estágio de desenvolvimento dessa tendência de eliminar privilégios e promover a igualdade entre todos [...] a Instituição Ministério Público cresce de importância na razão direta da evolução da tendência fundamental da humanidade no sentido da igualdade de direitos e oportunidades entre todos os homens, todas as camadas.²

Destarte, diante de tamanha importância alçada pela instituição, ao mesmo tempo em que a sociedade brasileira enfrenta graves problemas sociais, de violações aos direitos mais básicos, mister se faz uma análise sobre o papel do órgão ministerial e de sua atuação frente aos direitos fundamentais.

A Constituição da República de 1988, inserida no que é denominado neoconstitucionalismo, foi promulgada com o relevante escopo de transformar o Brasil em um Estado Democrático de Direito, criando um Estado que garantisse os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, concebidos esses como os valores supremos de nossa sociedade. Para isso, estabeleceu como fundamentos deste Estado Democrático de Direito a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político (art. 1º, incisos I a V).

No neoconstitucionalismo, a Constituição deixa de ser mera carta política, passando a ser considerada Lei Fundamental.

Ao revés do modelo adotado pelas constituições pretéritas, que evidenciavam a imposição de normas legislativas de cunho ditatorial, na *Lex Mater* de 1988, restou garantida a eficácia imediata das normas constitucionais. Os direitos fundamentais adquiriram exigibilidade do Estado e da sociedade em geral.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. **O Ministério Público na Sistemática do Direito Brasileiro**. Disponível em: <www.revistajustitia.com.br>. Acesso em: 15 set. 2017.

A partir da Constituição Federal de 1988, o chamado Estado Democrático de Direito passa a ter com um de seus desideratos a garantia da dignidade do ser humano, incorporando, inclusive, novas dimensões de direitos fundamentais, ou seja, os direitos sociais, coletivos e difusos que abrangem toda a sociedade.

Os direitos em voga podem ser considerados o substrato de uma democracia material-constitucional.

Os direitos fundamentais do cidadão consistem nos direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos, inseridos no Título II da Constituição da República.

Neste toar, Ingo Wolfgang Sarlet discorre:

Em primeiro plano, ainda mais em se considerando que o objeto deste trabalho é justamente a análise dogmático-jurídica dos direitos fundamentais à luz do direito constitucional positivo, há que levar em conta a sintonia desta opção (direitos) fundamentais com a terminologia (neste particular inovadora) utilizada pela nossa Constituição, que, na epígrafe do Título II, se refere aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, consignando-se aqui o fato de que este termo – de cunho genérico – abrange todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, notadamente os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e o regramento dos partidos políticos (Capítulo V).³

O padrão de efetivação e respeito aos direitos fundamentais determina o grau de legitimidade do Estado. Por essa razão, os direitos fundamentais assumem relevante papel ao assegurar a aferição da concretização da Constituição.

Luigi Ferrajoli afirma que:

Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos substanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar, vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer.⁴

Analisando-se os direitos fundamentais frente à Constituição da República de 1988, há que se mencionar o garantismo jurídico, que se baseia na tutela dos mencionados direitos, liberdades e direitos sociais, estabelecidos pela *Lex Mater* em vigor, figurando-se como os sustentáculos da existência do Estado Democrático de Direito.

Nesse pensar, Alexandre Moraes da Rosa assevera que:

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 34.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Madrid: Totta, 1999, p. 23.

Os direitos fundamentais são configurados como tantos outros links substanciais impostos à democracia política: vínculos negativos, gerados pelos direitos de liberdade que nenhuma maioria pode violar, vínculos positivos, gerados por direitos sociais que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer (tradução livre).

Com efeito, a *Teoria Geral do garantismo*, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à *dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais*, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. Isso porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do *Estado Democrático de Direito* deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a *democracia material*, na qual os *Direitos Fundamentais* devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais. Dito de outra forma, tendo-se em vista a supremacia constitucional dos direitos positivados no corpo de Constituições rígidas ou nela referidos (CF, art. 5º, § 2º), como a brasileira de 1988, e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos.⁵

Sob a égide da Carta Magna de 1988, com o novo modelo por ela determinado, conhecido por novo constitucionalismo, ganha ênfase o Ministério Público, que se notabilizou como órgão de defesa da sociedade e, nos termos do art. 127, *caput*, foi erigido à instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, ou seja, uma instituição justamente criada com a missão precípua de defesa dos fundamentos e valores deste novo Estado Democrático de Direito, restando tipificada como uma “Das funções essenciais à Justiça”.

Ao longo da história, o Ministério Público deixou de ser o “Procurador do Rei” e passou a tutelar os interesses sociais, como agente transformador da realidade social. É crível afirmar que o seu papel foi redesenhado pela Constituição da República de 1988.

Ao traçar esse perfil para o Ministério Público e ampliar os direitos fundamentais, a Lei Maior de 1988 fortalece a instituição, alçando-a a guardiã da Constituição e catalisadora dos anseios sociais, para a defesa da cidadania. O Ministério Público, assim, é designado a desempenhar papel de destaque na proteção e concretização dos direitos fundamentais, para realização da justiça social.

Em suma, o MP exerce funções essenciais à defesa dos direitos fundamentais e à consolidação da democracia, cujo fortalecimento se verificou em grande parte pelas novas atribuições esculpidas na *Lex Fundamental* bem como pelas mudanças paradigmáticas ocorridas após os novos conceitos trazidos pelo moderno constitucionalismo.

Nessa nova leitura constitucional, cumpre ao Ministério Público implantar o Estado Democrático constitucional, que tem como um de seus nortes a cidadania, que, se devidamente disseminada, propicia a efetivação da ordem social de concretização dos direitos fundamentais. A promoção da cidadania pelo órgão ministerial afigura a realização do compromisso constitucional da instituição.

5 ROSA, Alexandre Moraes da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 4.

Logo, tem-se que o Ministério Público brasileiro passou a ser, a partir da Constituição da República de 1988, uma grande instituição de promoção social, com atribuições constitucionais para atuar em todas as áreas relacionadas com a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A nova postura do órgão ministerial no paradigma neoconstitucional ordena o esforço de se cumprirem os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, insertos no art. 3º da Lei Maior, quais sejam:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, pode-se afirmar que constituem funções do órgão ministerial no novo constitucionalismo democrático: controlar e fiscalizar a decisão do juiz; zelar pelo devido processo constitucional; combater a banalização das prisões preventivas, que devem ser utilizadas como *ultima ratio*, isto é, se presentes os requisitos dos artigos 312 e 313 do CPP, deve-se verificar se as medidas cautelares diversas são suficientes e adequadas; e interpretar o Código de Processo penal em consonância com a Constituição Federal.

3. DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia é uma iniciativa importante inserida no processo penal pátrio.⁶ Embora seja um instituto aplicável em toda e qualquer prisão, detenção ou retenção, conforme dicção do art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁷, no presente trabalho, será estudada sua sistemática em relação à prisão em flagrante.

Trata-se de uma audiência realizada com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou do advogado do preso, na qual, formalizado o auto de prisão em flagrante, o preso é ouvido por um juiz, que avaliará a situação e a necessidade ou não da manutenção da prisão cautelar.

Nos dizeres de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar,

Esse encontro com o magistrado oportuniza um interrogatório para fazer valer direitos fundamentais assegurados à pessoa presa. Deve-se seguir imediatamente após a efetivação da providência cerceadora de liberdade. É ‘interrogatório de garantia’ que torna possível ao autuado informar ao juiz suas razões sobre o fato a ele atribuído. Ao cabo, é meio de controle judicial acerca da licitude das prisões.⁸

Essa audiência, garantia que integra o devido processo constitucional, traduz-se em um maior controle das prisões e da situação do acusado pelo julgador, que decidirá pela aplicação ou não da prisão preventiva e outras medidas cautelares, baseado não apenas em documentos escritos, mas também na entrevista a ser realizada com o detido⁹.

⁶ Segundo LOPES JR., “Na sistemática pré-convenção americana de Direitos Humanos, o preso em flagrante era conduzido à autoridade policial onde, formalizado o auto de prisão em flagrante, era encaminhado ao juiz, que decidia, nos termos do art. 310 do CPP, se homologava ou relaxava a prisão em flagrante (em caso de ilegalidade) e, à continuação, decidia sobre o pedido de prisão preventiva ou medida cautelar diversa (art. 319). Essa é a disciplina do CPP (...)”

A inovação agora é inserir, nesta fase, uma audiência, onde o preso seja – após a formalização do auto de prisão em flagrante feito pela autoridade policial – ouvido por um juiz, que decidirá nesta audiência se o flagrante será homologado ou não e, ato contínuo, se a prisão preventiva é necessária ou se é caso de aplicação das medidas cautelares diversas (art. 319).”

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 637.

⁷ 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

⁸

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Salvador: JusPodium, 2016, p. 914.

⁹ Conforme pesquisa elaborada pelo Centro de Estudios de Justicia de Las Américas - CEJA (CEJA, 2011, p. 23), introduzir-se a oralidade em fases preliminares ao processo auxilia na transformação das práticas inquisitoriais de prisão, daí a necessidade de estabelecer um esforço conjunto a fim de perscrutar acerca da criação de audiências onde estas não ocorrem para todos os tipos de casos. De acordo com o estudo, a análise e discussão de medidas cautelares durante a audiência trouxe grande impacto na racionalização do uso da prisão preventiva, segundo foi documentado na Argentina, Costa Rica, Guatemala e Equador, Colômbia e Chile (CEJA, 2011, p. 24). Com isso, nos últimos anos, inúmeros países da América Latina, ao reformarem seus sistemas processuais penais, estabeleceram um processo de oralização das fases preliminares, de maneira a

Giacomolli, com propriedade, discorre que:

Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, o do devido processo.¹⁰

Há de se ressaltar que no Brasil, antes da implantação da audiência de custódia, o contato inicial entre juiz e preso geralmente ocorria na audiência de instrução e julgamento, que, não raras vezes, demora meses para ser designada/realizada.

A audiência de custódia é objeto do Projeto de Lei do Senado Federal n. 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, cujo escopo inicial era alterar a redação do § 1º do art. 306 do CPP para o seguinte texto:

No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Em fevereiro de 2015, o CNJ, em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, lançou o projeto Audiência de Custódia, consistente na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. Por esse projeto, ao longo da audiência, cabe ao magistrado averiguar a prisão sob o prisma da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares, assim como eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.

Aludido projeto dispunha, também, acerca da estruturação de centrais de monitoramento eletrônico, centrais de alternativas penais, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, como opções ao encarceramento provisório.

No ano seguinte, em 1º de fevereiro de 2016, entrou em vigor a Resolução n. 213/2015 do CNJ, detalhando o procedimento de apresentação de presos em flagrante ou por mandado de prisão à autoridade judicial competente e regulamentando as audiências de custódia no Poder Judiciário. Aludida Resolução determinou o prazo de 90 dias, contados a

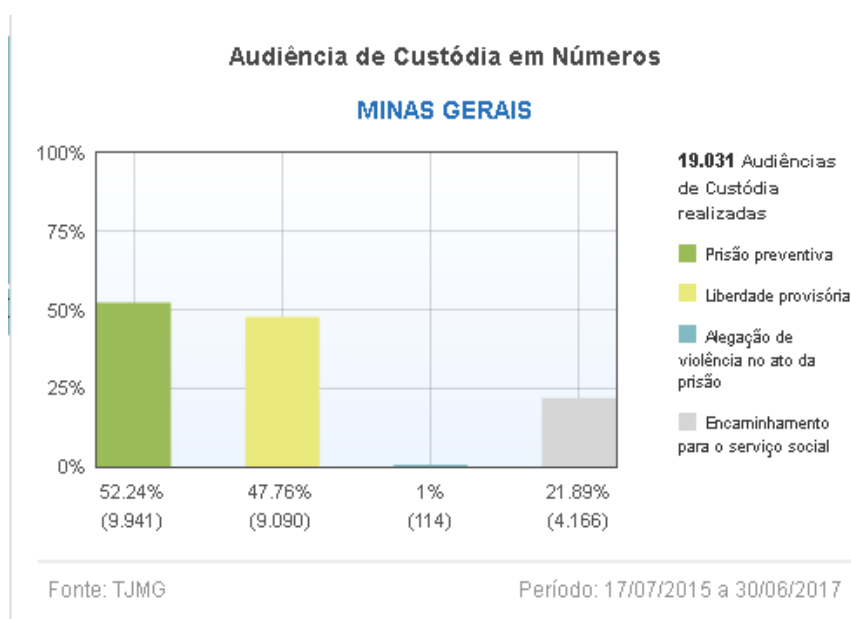
aprofundar o contraditório e reduzir o uso exorbitante de prisão preventiva.

¹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

partir da entrada em vigor, para que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais se amoldassem ao procedimento e implantassem as disposições em todo o território nacional.

A audiência de custódia, atualmente, já se encontra adotada em todas as unidades da Federação¹¹, sendo uma realidade nas capitais brasileiras e também em algumas cidades do interior.

A título de exemplificação, no Estado de Minas Gerais, segundo portal do CNJ, no período de 17 de julho de 2015 a 30 de junho de 2017, foram realizadas 19.031 audiências de custódia, conforme quadro abaixo¹²:



¹¹ Dados do Conselho Nacional de Justiça:

Implantar o projeto Audiências de Custódia em todas as Unidades da Federação foi uma das metas do Conselho efetivamente cumprida, com a instituição do projeto no Distrito Federal, em 14 de outubro de 2015. (...) No mapa a seguir, estão informações consolidadas sobre esse projeto em cada estado brasileiro e, na linha do tempo, estão indicados os marcos mais importantes da implantação nacional deste projeto, como, por exemplo, o seu lançamento nos Estados.

Total no Brasil até junho/17:

- Total de audiências de custódia realizadas: 258.485
- Casos que resultaram em liberdade: 115.497 (44,68%)
- Casos que resultaram em prisão preventiva: 142.988 (55,32%)
- Casos em que houve alegação de violência no ato da prisão: 12.665 (4,90%)
- Casos em que houve encaminhamento social/assistencial: 27.669 (10,70%)

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 28 nov 2017.

¹² Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 28 nov 2017.

A implementação do instituto em voga encontra previsão em pactos e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, tais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Daí a importância da iniciativa de inserção da audiência de custódia no Brasil, pois vai ao encontro da necessária convencionalidade que deve guardar o processo penal pátrio.

Para uma melhor compreensão acerca da coerência interna que o ordenamento jurídico deve ter com a normatividade dos tratados internacionais dos quais um país é signatário, imperioso mencionar o Caso Acosta Calderón VS. Equador, decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2005¹³. Rigoberto Acosta Calderón, de nacionalidade colombiana, foi preso pela Polícia Militar Alfandegária na cidade de Iago Agrio, no dia 15 de novembro de 1989, por suspeita de tráfico ilícito de entorpecente e ficou sob custódia por cinco anos e um mês, sendo condenado em 8 de dezembro de 1994, sem que, em momento algum, a suposta droga aparecesse. Em 1996, o Sr. Calderón foi solto, liberdade condicionada, por ter cumprido parte de sua prisão-pena ao longo da investigação e do processo criminal.

Em 08 de novembro de 1994, Calderón denunciou o Estado do Equador à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, aduzindo a violação dos direitos humanos assegurados nos arts. 7 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, merecendo ressaltar o art. 7.5, uma vez que o réu, ao ser detido, não foi conduzido, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais.

A CIDH proferiu sentença no dia 25/06/2003, verberando que ocorreu violação da normatividade convencional pelo Estado do Equador (CIDH, 2005).

A CIDH afirmou que o controle imediato do juiz visa evitar prisões ilegais e arbitrárias, controle judicial este conhecido no Brasil como “audiência de custódia”.

3.1 Conceito

A audiência de custódia, também denominada audiência de apresentação, pode ser conceituada, então, como o instrumento processual consistente no direito de todo cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, seja

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador**. 24 de junho de 2005. 63 f. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_ing.pdf> Acesso em: 24 fev. 2017.

analisada a legalidade e indispensabilidade de manutenção da prisão ou aplicação de medida cautelar diversa (art. 319 do CPP¹⁴).

Na audiência de custódia, avalia-se a ocorrência de eventuais atos de maus-tratos ou de tortura e se promove uma discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão.

O instituto em voga, segundo Carlos Weis, “aumenta o poder e a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores de exigir que os demais elos do sistema de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade e eficiência”.¹⁵ A audiência de custódia recebeu este nome no Brasil, uma vez que se trata do controle judicial das prisões. Aqui, houve um desvirtuamento do instituto, que foi implementado às avessas, vez que, onde, anteriormente, se concedia liberdade plena, agora se concede com a implementação de medidas cautelares diversas, previstas no art. 319 do CPP.

3.2 Finalidades

Na aplicação desse procedimento, identificam-se algumas finalidades precípuas, quais sejam: alinhar o Código de Processo Penal aos Tratados Internacionais firmados; ouvir o preso e assegurar a oralidade no controle jurisdicional da prisão decorrente do flagrante; avaliar a condição física do preso, constatando se não houve violação à sua integridade física e moral durante a prisão, evitando, assim, torturas e maus-tratos; verificar a legalidade da prisão, uma vez que o juiz analisará se estão presentes os requisitos para a prisão preventiva

¹⁴ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalhos fixos;

VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX – monitoração eletrônica.

¹⁵ WEIS, Carlos. Trazendo a realidade para o mundo do direito. *Informativo Rede Justiça Criminal*, edição 05, ano 03/2013. Disponível em: <www.idddd.org.br/Boletim_AudienciaCustodia_RedeJusticaCriminal.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2017.

ou para serem aplicadas outras medidas cautelares diversas da prisão, em consonância com o princípio da presunção de inocência e da normatividade convencional. Quanto a esta última finalidade, não se trata de novidade, pois já consistia atribuição do magistrado a análise da legalidade da prisão, todavia é importante o contato do juiz com o preso, para que aquele possa avaliar melhor a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

Além dos objetivos mencionados, a audiência de custódia visa à redução da população carcerária¹⁶, visto que a autoridade judiciária, em contato com o preso, possui melhores condições de verificar quais autuados devem efetivamente ser mantidos custodiados.

A audiência de custódia configura uma maneira de humanizar o processo desde o procedimento investigatório, sem a qual o primeiro contato entre o juiz e o preso consiste na audiência de instrução e julgamento, quase em vias de findar o processo.

3.3. Previsão Normativa da Audiência de Custódia

Embora no CPP não haja previsão expressa sobre a realização da audiência de custódia para o preso em flagrante, verificar-se-á, abaixo, que a base legal do instituto em exame tem como fonte principal os tratados internacionais de proteção de direitos humanos e, atualmente, em *terrae brasilis*, é objeto de Resolução do Conselho Nacional de Justiça bem como de projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional.

Dada a base legal mencionada, tem-se a imprescindibilidade de implantar este instrumento para controle judicial mais efetivo da necessidade de manutenção da custódia cautelar, em perfeita coesão com a normatividade convencional e interna.

3.3.1. Tratados Internacionais

A audiência de custódia encontra previsão normativa em tratados e convenções, entre eles a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (1969).

¹⁶ Para exemplificar como a audiência de custódia auxilia na redução da população carcerária, visto que reduz o número de prisões, Renato Brasileiro esclarece que “no primeiro dia de atividades do projeto responsável pela implantação da audiência de custódia na comarca de São Paulo, dos 25 (vinte e cinco) indivíduos presos em flagrante apresentados, 17 (dezessete) foram beneficiados com liberdade provisória, ao passo que somente 8 (oito) tiveram o flagrante convertido em prisão cautelar. Fosse a convalidação judicial realizada sem a audiência de custódia, não temos dúvida em afirmar que a proporção seria inversa.” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4 ed. Salvador: JusPodium. 2016. p. 927)

Em 4 de novembro de 1950, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais foi adotada pelo Conselho da Europa, entrando em vigor na ordem internacional a partir de 3 de setembro de 1953, com o escopo de proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, propiciando um controle judiciário do cumprimento desses direitos. O art. 5.3. da indigitada Convenção dispõe que “Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais (...)”. Trata-se de uma fonte legal indireta no que concerne ao instituto da audiência de custódia.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, chamada de Pacto de San José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil no ano de 1992, prevê em seu art. 7, item 5, que “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais.”

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Brasil por meio do Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, disciplina, em seu art. 9, item 3, *verbis*:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.¹⁷

Há de se frisar a importância de respeitar os tratados internacionais de direitos humanos firmados, os quais, após a ratificação, são inseridos no sistema de leis brasileiro como normas supralegais, suprimindo efeitos de atos infraconstitucionais que contrariam seu conteúdo e efetivação¹⁸.

¹⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 jun 2017.

¹⁸ Nessa toada, reproduz-se excerto do voto do Ministro Luiz Fux na ADI 524040, p. 13/14:

Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação. Esse é o escólio de **KONRAD HESSE**, em comentários ao artigo 25 da Constituição Federal alemã (Elementos de direito constitucional na República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 94):

A essas regras, o artigo 25 da Lei Fundamental dá primazia sobre as leis e, com isso, também sobre as normas jurídicas de hierarquia inferior, de modo que elas prevalecem sobre cada norma jurídica estatal que fica atrás delas ou as contradiz, não, ao contrário, sobre a própria Constituição, na qual assenta aquela validade intra-estatal como direito federal e que não conhece direito federal que está, em hierarquia, sobre ela. As regras gerais de Direito Internacional Público tornaram-se,

Sobre o tema, Fioratto afirma que:

O Brasil, enquanto signatário de tratados internacionais, obriga-se a adaptar a normatividade interna à normatividade convencional. Dessa maneira, sempre que existir conflito entre a normatividade interna, constitucional, e a normatividade convencional, deve-se aplicar aquela que assegure maior proteção aos direitos fundamentais. O sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos passou a integrar o ordenamento jurídico interno em 1992 (GIACOMOLLI, 2014), no entanto, as garantias convencionais do preso, ainda são gradativamente implementadas, em especial, a garantia de audiência de custódia para controle judicial da prisão cautelar.¹⁹

3.3.2. Regramento Jurídico Brasileiro

A audiência de custódia está prevista na normatividade convencional, isto é, inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, quais sejam, o pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção americana Sobre Direitos Humanos.

Não obstante os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que asseguram o direito à audiência de custódia prescindirem de implemento normativo interno – pois o Brasil, como signatário de Tratados de Direitos Humanos, encontra-se obrigado a cumpri-los –, não se pode descurar que a edição de lei é relevante na promoção do direito, notadamente em se tratando da audiência de custódia, cuja previsão normativa convencional não traz a definição de todas as características do instituto.

Ainda não há no CPP enquadramento legislativo do procedimento em voga.

A despeito de o Brasil ter aderido à CADH no ano de 1992, somente agora, mais de 20 anos depois, é que, após recomendação feita pelo Conselho Nacional de Justiça, foram providenciadas medidas para implementar a audiência de custódia.

Assim, o Judiciário, buscando colocar em prática o procedimento no território nacional, regulamentou-o por intermédio da Resolução n. 213/2015 do CNJ, que entrou em vigor em 01/02/2016 e estipulou o prazo de 90 dias, contados da entrada em vigor, para adequação dos Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, a fim de darem início à

com isso, em virtude do Direito Constitucional, obrigatórias diretamente para o poder legislativo, executivo e judiciário. Na medida em que elas, como regras de Direito Internacional Público, fundamentam direitos e deveres para o particular, criam elas também direitos e deveres para os habitantes do território federal. Nessa proporção, o artigo 25 da Lei Fundamental garante a concordância entre a ordem jurídica de Direito Internacional Público e intra-estatal, uma garantia na qual se manifesta claramente a ‘amabilidade para o Direito Internacional Público’ da Lei Fundamental. (grifo no original)

19

prática da realização da audiência de custódia em suas unidades jurisdicionais. A Resolução preconiza que:

toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.²⁰

No Estado de Minas Gerais, foi publicada, no dia 25 de junho de 2015, a Resolução n. 796, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, regulamentando o Projeto Audiência de Custódia no âmbito da justiça comum de primeira instância.

No âmbito do Ministério Público, importante destacar os atos normativos do Conselho Nacional do Ministério Público relativos à audiência de custódia, quais sejam, a Recomendação n. 28/2015²¹, que dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público nas audiências de custódia, objetivando garantir os direitos individuais do custodiado e promover os interesses da sociedade, e a Nota Técnica n. 11, de 27 de julho de 2016, referente à atuação do órgão ministerial nas audiências de custódia em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher²².

A audiência de custódia é matéria do Projeto de Lei do Senado Federal n. 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, que visa alterar a redação do art. 306, § 1º, do CPP, com o seguinte teor:

Art. 306. (...)

§ 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Aludido PLS, quando em trâmite na Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa (CDH), após apresentação de relatório pelo Senador João Capiberibe, recebeu um substitutivo, que, aprovado, alterou o projeto originário, conferindo-lhe a seguinte redação:

Art. 306. (...)

²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 213, de 2015. **DJEN**. Brasília, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf> Acesso em: 16 jan. 2017.

²¹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação n. 28, de 2015. **Diário Eletrônico do CNMP**. Brasília, 22 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_28-2015.pdf> Acesso em: 6 jan. 2018.

²² BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Nota Técnica n. 11, de 2016. **Diário Eletrônico do CNMP**. Brasília, 27 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Diario_Ed.158_23.08.2016.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2018.

§ 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2.º Na audiência de custódia de que trata o § 1.º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.

§ 3.º A oitiva a que se refere o § 1.º não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 4.º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas.

§ 5.º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no § 2.º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.

O PLS n. 554/2011 foi então também aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) em 26.11.2013, chegando, depois, à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), onde foi distribuído para o Senador Humberto Costa, relator, e recebeu, em 25.06.2014, uma emenda substitutiva, da autoria do Senador Francisco Dornelles, que previa que a audiência de custódia poderia ser feita mediante o sistema de videoconferência.

O Senador Francisco Dornelles expôs como justificativa principal para esta alteração que “A diminuição da circulação de presos pelas ruas da cidade e nas dependências do Poder Judiciário representa uma vitória das autoridades responsáveis pela segurança pública”.

Em 30 de novembro de 2015, o Plenário do Senado aprovou, em turno suplementar, o projeto que regulamenta a prática das audiências de custódia, o PLS n. 554/2011. A matéria seguiu para a análise da Câmara dos Deputados (PL 6.620/2016).

No estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça implantou a realização dessas audiências desde o ano de 2014. A matéria foi regulamentada por meio do Provimento Conjunto n. 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Corregedoria-Geral da Justiça, de 27 de janeiro de 2015, tendo como reflexo uma redução de aproximadamente de 45% de prisões provisórias.

O Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que a regulamentação do instituto por intermédio de Resoluções e Provimentos dos Tribunais não afronta os princípios da legalidade e da reserva de lei federal em matéria processual penal (arts. 5º, inciso II, e 22, inciso I, da CF/88) e não extrapola o que já consta da Convenção Americana sobre Direitos

Humanos, dotada de *status* normativo supralegal, e do próprio Código de Processo Penal, numa interpretação teleológica dos seus artigos.

É o que se extrai da ementa a seguir transcrita, referente ao julgamento da ADI 5.240/SP:

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, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O *habeas corpus ad subjiciendum*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo *ad argumentandum* impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. *In casu*, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. 9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. 10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo. 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.²³

A entrada do instituto em voga no ordenamento jurídico interno surge como uma importante medida de proteção do indivíduo detido, traduzindo-se como controle judicial da

²³ STF, ADI nº 5.240/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 20/08/2015, DJe-018, divulgado em 29-01-2016 e publicado em 01-02-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+5240%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/htctl>>. Acesso em: 20 out. 2017.

prisão, que não se resume à análise dos autos apenas, mas sim um contato pessoal com o detido, protagonizando uma mudança de paradigma do sistema prisional brasileiro.

A aplicação da audiência de custódia reforça um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III, da Carta Magna. Além disso, encontra-se em consonância com os princípios do devido processo legal constitucional, da ampla defesa e da liberdade e possibilita o cumprimento pelo Brasil de compromisso assinado na esfera internacional.

4 DO IMPACTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA AÇÃO PENAL

A audiência de custódia, estudada no capítulo anterior, figura como medida salutar para a proteção dos direitos humanos, objetivando garantir e dar eficiência a direitos referentes à liberdade e integridade física dos presos.

Um ponto crucial e polêmico da audiência de custódia encontra-se nos limites cognitivos que essa entrevista deve alcançar: se pode ser realizada atividade probatória pelo juiz, pelo Ministério Público e pela defesa técnica quando da apresentação do preso; se aqueles podem elaborar perguntas sobre o mérito dos fatos ou se devem circunscrever-se às questões referentes à prisão; qual a valoração do conteúdo da audiência e, conseqüentemente, qual o seu impacto na futura ação penal.

Essa questão foi objeto de polêmica por parte dos diversos ramos do Ministério Público no tocante ao teor do PLS 554/2011, concernente à validade jurídica do depoimento prestado na audiência de custódia para, em conjunto com demais elementos probatórios, embasar eventual julgamento de mérito.

Levando-se em conta as características, as finalidades e o regramento do instituto em voga, esta temática foi instigada por um episódio controverso que ocorreu em meados do ano de 2016, em que o Ministério Público do Estado do Acre, por meio do promotor de justiça de Xapuri, Bernardo Fiterman Albano, ofereceu denúncia, ainda na audiência de custódia, em face do acusado, pela prática do crime de roubo de um aparelho de telefone celular. O réu, preso em flagrante, confessou o crime quando do inquérito policial. Foram apreendidos com o acusado o aparelho celular da vítima e a arma utilizada na conduta criminosa. Em audiência de custódia, o flagrante foi convertido em prisão preventiva, sendo, na oportunidade, já oferecida a denúncia, a qual foi recebida pelo juiz, e aberta vista ao advogado do réu, que, no mesmo ato, apresentou resposta à acusação. Designada audiência de instrução e julgamento para a mesma data, sobreveio decreto condenatório.

De acordo com o promotor de justiça que atuou no caso em exame, o processo foi resolvido com celeridade, sendo devidamente respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, trazendo benefícios à sociedade, uma vez que o acusado foi condenado, assim como trouxe vantagens ao réu, que iniciará, de pronto, o cumprimento da pena em regime semiaberto.

No caso exemplificado, o impacto da audiência de custódia e de todo o conteúdo ali produzido foi tão evidente, que resultou na condenação do acusado no mesmo dia em que realizada a audiência.

Todavia, não obstante os argumentos apresentados pelo promotor de justiça sobre os benefícios de tal atuação, importante avaliar, em consonância com a normatividade convencional e interna, se tal conduta implicou a correta aplicação do conteúdo produzido no decorrer da audiência.

Anuindo com a conduta adotada na prática pelo promotor de justiça no exemplo mencionado, há posicionamento encampando a validade jurídica do depoimento prestado na audiência de custódia como prova em eventual ação penal, sob o fundamento de que o preso é orientado pela defesa técnica, que estará presente na audiência de apresentação, juntamente com o magistrado e o Ministério Público.

Há, ainda, argumento de que, não obstante ser realizada a audiência de custódia na fase investigativa, este ato não deve ser abalizado como instrumento de investigação, visto que, no instante em que o auto de prisão em flagrante é judicializado, a prisão *incontinenti* alcança a natureza de ato processual, no qual se garante a ampla defesa e o contraditório.

Nessa linha, o Procurador da República, conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público, Fábio George Cruz da Nóbrega, em voto acerca do relatório de proposta de Nota Técnica referente ao Projeto de Lei n. 554/2011, à época em tramitação no Senado Federal²⁴, sustentou:

Prevê o projeto de lei em apreço que a oitiva na audiência de custódia “será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de torturas e maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.”

A alteração legislativa no Código de Processo Penal para prever o interrogatório como último ato do processo antes do julgamento e a compreensão de que é meio de defesa, e não de prova, representaram avanço significativo na observância dos direitos fundamentais do acusado no processo penal, já que corporificam o intuito de evitar agressões tendentes a obter a sua confissão já no nascedouro do processo.

Tais fatos, porém, não ensejam qualquer óbice ao reconhecimento da validade jurídica do depoimento prestado na audiência de custódia, a fim de que sirva de subsídio ao julgamento de mérito a ser realizado, desde que avaliado conjuntamente com os outros elementos de provas coligidos, prestigiando-se, assim, o princípio do livre convencimento motivado do juiz que vigora no ordenamento jurídico pátrio.

Nota-se que não se está, em absoluto, a antecipar o interrogatório, claro que resta que o preso será indagado apenas em relação às matérias referidas, não se ampliando a perquirição a todos os fatos que implicaram a sua prisão. Mas as informações prestadas pelo preso não podem ser, simplesmente, desconsideradas.

Por outra banda, porém, certamente não há sentido em que seja o depoimento autuado em apartado e completamente desprezado para o julgamento do processo, uma vez que se cuida de ato oficial e, mesmo que pré-processual, já produzido sob o viés do contraditório, com a observância da ampla defesa, vez que revela-se indispensável a presença da defesa técnica.²⁵

²⁴ Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/nota-audiencia-custodia.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

²⁵ Conselho Nacional do Ministério Público. Processo: NT Nº 0.00.000.001622/2014-69. Relator: Conselheiro Fábio George Cruz da Nóbrega. Requerente: Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais. p. 19/20.

Ainda como argumento, aduz que a jurisprudência pátria admite que o depoimento colhido em sede policial, sem a presença da defesa, corroborando os demais elementos de prova, seja apto a embasar um decreto condenatório.²⁶

Ao final, o Procurador da República assim concluiu:

Assim, o Conselho Nacional do Ministério Público expressa seu entendimento acerca da relevância da questão, e posiciona-se favoravelmente à aprovação do Substitutivo do PLS 554/2011, na redação conferida pelo Substitutivo aprovado pelas Comissões de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) e de Assuntos Econômicos (CAE) com as incorporações das sugestões aventadas, quais sejam:

²⁶ Neste sentido, à guisa de exemplo, seguem alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

APELAÇÃO - CRIMES DE ROUBOS MAJORADOS, EM CONTINUIDADE DELITIVA, E CORRUPÇÃO DE MENORES - RECURSOS DEFENSIVOS - 1º APELANTE - ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENOR - IMPOSSIBILIDADE - CRIME FORMAL - DESNECESSIDADE DE PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO MENOR - SÚMULA 500 DO STJ - DOCUMENTAÇÃO DETENTORA DE FÉ-PÚBLICA A ATESTAR A IDADE DO ADOLESCENTE - DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE CÓPIA DE CÉDULA DE IDENTIDADE OU CERTIDÃO DE NASCIMENTO PARA TAL FIM - RECONHECIMENTO DO CRIME ÚNICO - INVIABILIDADE - CONCURSO FORMAL DE CRIMES - 2º APELANTE - ABSOLVIÇÃO QUANTO AOS DELITOS DE ROUBO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS - DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS EM JUÍZO E NA FASE DE INQUÉRITO - VALIDADE - CONGRUÊNCIA COM AS DEMAIS PROVAS JUDICIALIZADAS - DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES - VALIDADE - AMPLA DEVOLUTIVIDADE - PENA-BASE - CONSEQUÊNCIAS DO CRIME - VALORAÇÃO FAVORÁVEL AOS RÉUS - REDUÇÃO - NECESSIDADE - INCIDÊNCIA DAS FRAÇÕES ALUSIVAS AO CONCURSO FORMAL E À CONTINUIDADE DELITIVA EM CRIMES DE ESPÉCIES DIFERENTES NUMA MESMA OPERAÇÃO SANCIONATÓRIA - "BIS IN IDEM" - INOCORRÊNCIA - PENAS DE MULTA - REDUÇÃO. - Em sede de crimes patrimoniais, que geralmente são praticados na clandestinidade, configura-se preciosa a palavra da vítima e de testemunhas para o reconhecimento do agente, mormente quando não há nada nos autos que demonstre que o ofendido tenha inventado tais fatos com a simples intenção de prejudicar o acusado.- Não há óbice à utilização da prova inquisitorial para dar suporte à condenação se esta está aliada a outros elementos de prova colhidos durante a instrução processual, o que, como visto, ocorreu no caso em testilha. - Resta superada a controvérsia sobre a validade, como prova judicial, do testemunho de policial, ainda mais quando inexiste nos autos qualquer demonstração de interesse na investigação e que não encontre sustentação alguma em outros elementos probatórios. - É sabido que para a configuração do delito de corrupção de menores, art. 244-B da Lei nº 8.069/90, como crime formal que é, basta o simples envolvimento de menor em alguma prática criminosa é o suficiente para a consumação do delito, sendo certo que a comprovação da menoridade se afigura possível por intermédio da apresentação de qualquer documento válido, expedido por qualquer ente estatal, cuja veracidade não tenha sido elidida no decorrer da ação penal. - Não é de se considerar a prática de crime único se o agente mediante uma única ação atinge patrimônios distintos, pelo que fica configurada a hipótese de concurso formal de crimes. - Considerando que os bens roubados foram devolvidos a três das quatro vítimas, e não sendo de grande monta o prejuízo amargado por uma delas, deve as circunstância judicial das consequências do crime ser tida como inerente ao tipo pena, não podendo ser usada para recrudescimento da pena. - Não há "bis in idem" na hipótese em que se aplica, concomitantemente, fração do concurso formal e da continuidade a crimes de espécies e/ou blocos de crimes diferentes. - Diferentemente do que ocorre no concurso de crimes, em que se aplica à pena de multa o art. 72 do Código penal, ao delito continuado deve ser aplicada a regra do art. 71 do referido estatuto repressivo, acrescendo-se a multa, idêntica fração utilizada para aumentar a pena corporal. V.v.p.: Havendo concorrência entre o concurso formal de crimes e a continuidade delitiva, aplica-se, tão somente, um desses institutos (continuidade delitiva), sob pena de incorrer em "bis in idem". (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0024.16. 089670/0-001, 7ª Câmara Criminal, Rel. Des. Sálvio Chaves, julgado em 30/08/2017, publicado em 08/09/2017).

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE - DEPOIMENTO DE POLICIAIS - VALIDADE PROBATÓRIA - PENA - REDUÇÃO - INVIABILIDADE. 1. Se as provas dos autos, colhidas na fase

(...)

d) que o termo da audiência de custódia integre os autos do processo penal e que seja suprimida a vedação expressa à sua validade enquanto meio de prova.²⁷

Renato Brasileiro de Lima, em seu Manual de Processo Penal, explica que é vedada a inquirição do preso sobre o mérito da imputação durante a audiência de custódia, a fim de que não ressurgja a figura do juiz inquisidor em um sistema acusatório, em que se colima pela imparcialidade do magistrado. Não obstante, o autor consigna, em nota de rodapé, ser possível a utilização das informações colhidas na audiência a título de prova, *in verbis*:

Por mais que a oitiva do preso durante a audiência de custódia deva ser registrada em autos apartados, parece-nos perfeitamente possível a utilização das informações por ele reveladas a título de prova, nos termos do art. 155, *caput*, do CPP. Ora, se os elementos de informação produzidos no bojo do inquérito policial, aí incluído o próprio interrogatório policial, podem ser usados para a formação da convicção do magistrado, desde que não exclusivamente, como se pode cogitar em descartar o termo da audiência de custódia, produzido na presença do Juiz, do Promotor de Justiça e do Defensor?²⁸

Também a favor da atividade probatória na audiência de custódia, Caio Paiva argumenta:

(...) a vedação de atividade probatória na audiência de custódia viola o *direito ao confronto*, que é uma decorrência da garantia do contraditório. A pessoa presa deve ter total liberdade de comunicação na audiência de custódia para influenciar no convencimento do juiz, dizendo, por exemplo, que agiu em legítima defesa ou que não foi ela quem praticou o crime ou, ainda, admitindo a autoria do fato, agregar uma tese defensiva que possa contribuir para a sua liberação, dizendo, por exemplo, que realmente trazia droga consigo, mas que era para consumo próprio. Enfim, a pessoa presa deve ter o direito de *confrontar* a “versão oficial” trazida pela polícia na audiência de custódia.²⁹

Em posicionamento diametralmente oposto, Aury Lopes Júnior defende a impossibilidade de realização de provas durante a audiência de custódia, sob o argumento de que a atividade judicial da referida audiência circunscreve-se à avaliação do cabimento e da

de inquérito e reproduzidas em juízo, demonstram o envolvimento do acusado com o tráfico de drogas, impossível é acolher a tese de desclassificação para uso, mormente diante da expressiva quantidade de crack apreendida em seu poder. 2. Os depoimentos dos policiais, que comprovam o envolvimento do réu com o tráfico de drogas, são provas idôneas e suficientes para a condenação, quando não desacreditados por outros elementos probatórios. 3. Não merece reparo a pena aplicada de forma comedida e razoável ao caso em discussão. (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0145.16.021789/2-001, 6ª Câmara Criminal,. Relatora Desembargadora Denise Pinho da Costa Val, julgado em 29/08/2017, publicado em 11/09/2017).

²⁷ Conselho Nacional do Ministério Público. Processo: NT Nº 0.00.000.001622/2014-69. Relator: Conselheiro Fábio George Cruz da Nóbrega. Requerente: Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais.

²⁸ Lima, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 4 ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 929.

²⁹ PAIVA, Caio. Audiências de custódia deveriam admitir atividade probatória. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

necessidade da manutenção da prisão ou da imposição de medidas alternativas ao cárcere e ao exame de eventuais ocorrências de maus-tratos ou torturas, além de outras irregularidades, sintetizando que:

Essa entrevista não deve se prestar para análise do mérito (leia-se, autoria e materialidade), reservada para o interrogatório de eventual processo de conhecimento. A rigor, limita-se a verificar a legalidade da prisão em flagrante e a presença ou não dos requisitos da prisão preventiva, bem como permitir uma melhor análise da(s) medida(s) cautelar(es) diversa(s) adequada(s) ao caso, dando plenas condições de eficácia do art. 319 do CPP, atualmente restrito, na prática, à fiança. Infelizmente, como regra, os juízes não utilizam todo o potencial contido no art. 319 do CPP, muitas vezes até por falta de informação e conhecimento das circunstâncias do fato e do autor.

Contudo, em alguns casos, essa entrevista vai situar-se numa tênue distinção entre forma e conteúdo. O problema surge quando o preso alegar a falta de *fumus commissi delicti*, ou seja, negar autoria ou existência do fato (inclusive atipicidade). Neste caso, suma cautela deverá ter o juiz para não invadir a seara reservada para o julgamento. Também pensamos que eventual contradição entre a versão apresentada pelo preso neste momento e aquela que futuramente venha a utilizar no interrogatório processual, não pode ser usada em seu prejuízo. Em outras palavras, o ideal é que essa entrevista sequer viesse a integrar os autos do processo, para evitar uma errônea (des)avaliação.³⁰

Assim, com base na argumentação exposta acerca dos limites cognitivos do conteúdo da audiência de custódia, tem-se, em epítome:

1 - Argumentos favoráveis:

a) O preso será orientado pela defesa técnica, que estará presente na audiência de custódia juntamente com o MP e o juiz;

b) É válido se analisado juntamente com os demais elementos de prova (Livre convencimento motivado do juiz – art. 155 do CPP); e

c) A jurisprudência admite o depoimento colhido em sede policial sem a presença da defesa, logo, deve se admitir também o conteúdo da audiência de custódia, corroborando com os demais elementos de prova.

2 – Argumentos contrários:

a) Conteúdo da audiência de custódia não se presta à análise de mérito (autoria e materialidade);

b) A audiência de custódia limita-se a verificar a legalidade e a necessidade da prisão, ocorrência de torturas ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso; e

c) Alinhar aos Tratados Internacionais e à finalidade do controle judicial da prisão.

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 640.

A linha argumentativa contrária à validade do conteúdo produzido na audiência de custódia como prova segue o caminho que restou acolhido pelos instrumentos normativos pátrios que versaram sobre o tema, tais como o PLS n. 554/2011 (PL 6620/2016 da Câmara de Deputados) e a Resolução n. 213 do CNJ³¹.

Neste ínterim, oportuno mencionar o texto final do Projeto de Lei do Senado n. 554/2011, encaminhado à Câmara dos Deputados:

Art. 1º. O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

Art. 306. (...)

§ 7º. A oitiva a que se refere o § 6º será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

A Resolução n. 796/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais adotou, expressamente, a mesma linha de inteligência, preconizando que:

Art. 5º. Na audiência de custódia, o juiz informará o autuado da possibilidade de não responder perguntas que lhe forem feitas e o entrevistará sobre sua qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão.

§ 1º. Na entrevista a que se refere o “caput” deste artigo, não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento.

O entendimento apontado é o que tem prevalecido na doutrina, invocando-se que a audiência de custódia não deve servir como antecipação de mérito, tampouco como instrumento apto a obter condenação antecipada, ante a inexistência de contraditório nesta fase.

Na esteira, Débora Carvalho Fioratto afirma que:

A finalidade da audiência de custódia é o controle judicial da prisão realizada e a necessidade de se manter esta prisão cautelar. Esta audiência não visa antecipar a audiência de instrução e julgamento. Dessa maneira, o CNJ alerta que esta audiência não visa a produzir prova para investigação ou ação penal.

Após a oitiva do preso, caso ele exerça a sua autodefesa positiva, o §1º do art. 8º da Resolução nº. 213 do CNJ dispõe que

§ 1º (...) o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas

³¹ Art. 8º. Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

(...)

VIII – abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;

(...)

§ 1º. Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação (...)

relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer:³²

Esse ponto nevrálgico é de grande relevância prática, visto que deve ser assegurada, na audiência de custódia, a garantia dos direitos fundamentais do acusado, objetivando alinhar, em absoluta sintonia, os ditames constitucionais e dos tratados de direitos humanos³³ ao sistema processual penal brasileiro, a fim de extirpar qualquer possível violação às verdadeiras finalidades do instituto em comento.

Considerando que a redemocratização brasileira, com o advento da Constituição da República de 1988, fez surgir um novo direito constitucional (novo constitucionalismo) e engrandeceu a instituição Ministério Público, que assumiu um novo perfil institucional, voltado à consecução dos objetivos fundamentais da República (art. 3º da CF), não se pode admitir que direitos fundamentais sejam violados, notadamente tendo em vista que esses direitos estão assegurados em normatividade convencional.

A dificuldade de incorporar o regramento internacional de direitos humanos indica um viés autoritário, que vai de encontro ao traçado pelo novo constitucionalismo.

Ressalta-se que a participação do representante do Ministério Público no decorrer da audiência de custódia, enquanto defensor da ordem jurídica e titular da ação penal, é primordial à regularidade desta audiência, pois fortalece a garantia dos direitos fundamentais do preso, visto que, em hipótese de afronta a tais direitos, o Ministério Público pode adotar as medidas necessárias ao restabelecimento destes.

Uma nova normativa que propõe regulamentar a atuação do Ministério Público e que menciona a audiência de custódia é a Resolução n. 183, de 24 de janeiro de 2018, do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Ela trata, em seu art. 18, do acordo de não-persecução penal, que poderá ser proposto pelo órgão ministerial ao

³² FIORATTO, Débora Carvalho; BOLZON DE MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros. Implementação da Audiência de Custódia em *terrae brasiliis* e a excepcionalidade da prisão preventiva. No prelo. p. 9.

³³ O Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, informa que “A CIDH reconhece o dever que os Estados tem de manter a ordem pública e proteger do delito e da violência todas as pessoas sob sua jurisdição. Entretanto, reitera que o princípio largamente estabelecido no Sistema Interamericano de que “independentemente da natureza ou gravidade do crime que se persiga, a investigação de todos os fatos e eventual processamento de determinadas pessoas devem desenvolver-se dentro dos limites e conforme procedimentos que permitam preservar a segurança pública, no marco do pleno respeito aos direitos humanos.” Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante “a Corte Interamericana” ou “a Corte”) estabeleceu que “(o) conceito de direito e liberdades e, portanto, o de suas garantias, é também inseparável do sistema de valores e princípios que o inspira. Em uma sociedade democrática, os direitos e liberdades inerentes à pessoa, suas garantias e o Estado de Direito constituem uma tríade, cada um desses componentes se define, se completa e adquire sentido em função dos outros.”

investigado, nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os requisitos, de forma cumulativa ou não, dos incisos I a VI.

O § 7º do art. 18 estabelece que o acordo de não-persecução penal poderá ser celebrado na audiência de custódia. Essa previsão vem ratificar a ideia de que o conteúdo produzido na audiência de custódia não se presta à antecipação de mérito e não se destina à produção de provas, pois a medida trazida pela Resolução n. 183/2018 consubstancia a valorização da autocomposição no direito processual, evitando eventual ação penal em face do investigado.

5. CONCLUSÃO

O Ministério Público é coparticipante das transformações paradigmáticas ocorridas no Brasil após a promulgação da Constituição da República de 1988 e da redemocratização social, período conhecido como neoconstitucionalismo, em que a Constituição deixa de ser mera carta política, passando a ser considerada Lei Fundamental.

O órgão ministerial, como instituição legitimada a promover a defesa dos interesses sociais indisponíveis, é também responsável pela realização material do direito por meio da concretização e efetivação dos direitos fundamentais, notadamente os sociais.

A audiência de custódia, também chamada de audiência de apresentação, de grande relevância para o direito processual penal, afigura-se, em sintonia com os tratados internacionais, como um controle judicial das prisões.

A custódia relaciona-se com o ato de proteger. Logo, pode-se afirmar que tal instituto objetiva proteger, assegurar os direitos do preso.

A implantação da audiência de custódia no território brasileiro para os casos de prisão em flagrante é de amplo interesse do sistema de justiça pátrio e, também, do Ministério Público.

Em inúmeros precedentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem destacado que o controle judicial imediato, assegurado pela audiência de custódia, consiste num meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais.

O instituto é tido, desta forma, como uma evolução do sistema de persecução penal estatal, que decorre das especificidades do processo penal, sendo mais uma garantia que engloba o devido processo penal, que leva o juiz e o Ministério Público a uma participação fundamental desde o momento da privação de liberdade do autuado, contemplando o viés do preso e também dos agentes estatais.

Referida audiência propõe uma humanização do processo, dá aplicabilidade ao princípio da dignidade da pessoa humana, auxilia na redução do número de prisões provisórias ilegais e arbitrárias, que agravam, sobremaneira, a situação do sistema prisional brasileiro.

Sobre o limite cognitivo da audiência de custódia, especialmente quanto ao questionamento se pode ser realizada atividade probatória quando da apresentação do preso, e, conseqüentemente, qual o seu impacto na futura ação penal, tomando-se por base a normatividade convencional e interna, bem como as reais finalidades do instituto em exame, conclui-se que a audiência de custódia não tem por escopo averiguar do mérito da questão,

analisar se ocorreu ou não o delito, mas sim estabelecer um contato inicial entre o Estado e o custodiado, permitindo um controle melhor e mais eficaz da legalidade da prisão em flagrante e da integridade física do preso.

Na prática, o Ministério Público, embora seja o órgão titular da ação penal, deve buscar, quando da valoração acerca do conteúdo produzido na audiência de custódia, perfilar sua atuação de acordo com a previsão contida nos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário, assegurando a proteção dos direitos humanos e das garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Jane Barbosa. **Didática do Ensino Superior**. 2.ed. São Paulo: IESDE, 2006.

BRASIL. Presidente da República. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Presidente da República. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 06 de novembro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 11 jan. 2017.

BRASIL. Presidente da República. Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 19 dez. 2016.

BRASIL. Senado Federal, Projeto de Lei n. 554/2011. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Legislativo. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 5 dez. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 213, de 2015. **DJEN**. Brasília, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao213-15-12-2015-presidencia.pdf> Acesso em: 16 jan. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Nota Técnica n. 11, de 2016. **Diário Eletrônico do CNMP**. Brasília, 27 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Diario_Ed.158_23.08.2016.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação n. 28, de 2015. **Diário Eletrônico do CNMP**. Brasília, 22 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_28-2015.pdf> Acesso em: 6 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 347. Rel.: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 9 de setembro de

2015. **DJ**, 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 5.240/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 20/08/2015, **DJe-018**, divulgado em 29-01-2016 e publicado em 01-02-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+5240%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/htctl>>. Acesso em: 20 out. 2017.

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). **Manual de Servicios de Antelación Juicio Mecanismos para racionalizar el uso de las medidas cautelares em materia penal**. Santiago de Chile: CEJA, 2011.

CLEMENTE, Walter Antônio Avelar. **Audiência de custódia como um reflexo do contraditório na fase pré-processual**. 53 f. Monografia. Faculdade Padrão, Goiânia, 2015. Orientadora: Profa. Me. Marina Zava de Faria Nunes.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia Dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador**. 24 de junho de 2005. 63 f. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_ing.pdf> Acesso em: 24 fev. 2017.

FIORATTO, Débora Carvalho; BOLZON DE MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros. **Implementação da Audiência de Custódia em *terrae brasilis* e a excepcionalidade da prisão preventiva**. No prelo.

GALLI, Marcelo. **Conteúdo da audiência de custódia deve ser prova, diz CNMP**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-27/conteudo-audiencia-custodia-prova-cnmp>> Acesso em: 19 dez. 2016.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo (Org.). **Métodos de pesquisa**. Coordenado pela Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia**: teoria e práxis. São Paulo: Editora Direito, 1998.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Audiências de custódia do Conselho Nacional de Justiça – Da política à prática. **Consultor Jurídico**, s/p, 11 de nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo01.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

LOPES Jr., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

LUCHETE, Felipe. **Debatedores divergem se audiência de custódia pode antecipar o mérito**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-24/debatedores-divergem-audiencia-custodia-antecipar-merito>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 4 ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Resolução n. 796, de 2015. Diário. **Imprensa Oficial de Minas Gerais**. Poder Judiciário, Belo Horizonte, 24 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re07962015.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

MEDINA, Layla. **Indefinite Detention, Deadly Conditions: How Brazil's Notorious Criminal Justice System Violates the Internacional Covenant on Civil and Political Rights**. 2016. American University International Law Review. v. 31, issue 4, p. 593-628.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ONU. **Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its Visit to Brazil (8 to 28 March 2013)**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/Annual.aspx>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PAIVA, Caio. **Audiências de custódia deveriam admitir atividade probatória**. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

WEIS, Carlos. Trazendo a realidade para o mundo do direito. **Informativo Rede Justiça Criminal**, edição 05, ano 03/2013. Disponível em:

<www.iddd.org.br/Boletim_AudienciaCustodia_RedeJusticaCriminal.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2017.