

Introdução

A Audiência de Custódia foi introduzida recentemente no meio processual penal brasileiro. Por força de políticas judiciais, especialmente advindas do Conselho Nacional de Justiça, bem como em respeito à previsão originalmente contida no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos), o instituto tem ganho força e sido introduzido na maioria das comarcas do país.

Por outro lado, a despeito do entusiasmo com o qual a medida foi recebida em nosso cenário, algumas novas questões passaram a enfrentar os atores jurídicos. Especialmente no tocante à produção de prova. Considerando a sistemática adotada, a Audiência de Custódia é presidida por um juiz de direito, com a participação do Ministério Público e de advogado ou defensor público. Nesse contexto, seria possível utilizar as informações ali colhidas como elementos de prova?

Sabe-se que, por um lado, a Psicologia do Testemunho¹, há décadas, tem relatado que quanto mais próxima do evento for a produção da prova, melhor será sua qualidade. Por outro lado, seria necessário sempre cuidado para não cometermos qualquer tipo de violação às garantias constitucionalmente asseguradas.

Tendo em vista estas duas hipóteses e o problema colocado, o objetivo do presente artigo, desde uma metodologia hipotético-dedutiva, com a utilização da técnica de revisão bibliográfica, será o de avaliar a possibilidade da produção de prova já no momento da Audiência de Custódia. Para tanto, além de uma contextualização acerca do surgimento e necessidade deste instituto em nosso país, também serão avaliadas as repercussões do sistema processual penal adotado constitucionalmente para respondermos à questão. Finalmente, nos debruçamos sobre a (im)possibilidade de utilização dos elementos colhidos na avaliação da Audiência de Custódia.

1. A necessidade da Audiência de Custódia no Contexto Brasileiro

No Brasil, o desrespeito à integridade física e psíquica da pessoa presa não é incomum. Os meios de comunicação divulgam cotidianamente notícias de tortura e

1 Cf. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

agressão contra presos. Além disso, o sistema carcerário brasileiro está sobrecarregado e contribui para agravar essa situação. Conforme dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no ano de 2014 havia 563.526 pessoas presas no sistema carcerário brasileiro². Se forem acrescentados os números referentes àqueles recolhidos em prisão domiciliar (muitas vezes motivada pela falta de vagas em estabelecimentos penais³), chega-se ao total de 711.463 presos.

Ainda segundo o mesmo estudo, há um *déficit* de 206.307 vagas no sistema prisional, sem levar em consideração o número de mandados de prisão em aberto. Caso estes venham a ser cumpridos, se atingiria a impressionante cifra de 1.085.454 de pessoas presas. Nessa hipótese, seriam necessárias 728.235 novas vagas para suprir a carência do sistema prisional. De acordo com as informações em epígrafe, o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo, sem computar as pessoas em prisão domiciliar. Com o acréscimo destas, o país sobe uma posição nesse ranking. São números superiores aos da Índia, país com população bastante superior à brasileira.

Do total de presos inseridos no sistema prisional brasileiro, 41% são provisórios. Computados os presos provisórios em prisão domiciliar, essa porcentagem se reduz a 32%. Esses dados permitem concluir que há um grande número de pessoas presas sem condenação definitiva. A Constituição Federal positivou como garantia fundamental o princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória. Por força desse mandamento constitucional, a privação de liberdade – em regra – somente pode ocorrer por força de decisão condenatória da qual não caibam mais recursos.

A privação provisória de liberdade somente pode ser admitida, portanto, excepcionalmente e como medida cautelar. O ordenamento jurídico pátrio admite duas modalidades de prisão cautelar: prisão temporária e prisão preventiva. A preventiva é regulada pelos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal⁴ e, por sua vez, a

2 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*. Brasília, jun. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016

3 Nesse sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641.320”.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 641.320/RS*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4076171>>. Acesso em 19 out. 2015.)

4 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

temporária obedece ao disposto na Lei 7.960/89.

Destaca-se que, com o advento da Lei 12.403/2011, não se considera a prisão em flagrante delito como espécie de custódia cautelar, passando a ser definida como uma etapa prévia à prisão preventiva ou outra medida cautelar⁵. Desse modo, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal⁶, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá relaxar a prisão ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva, caso estejam presentes os requisitos legais; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Os dispositivos legais evidenciam que a privação de liberdade sem a estrita formação da culpa deve observar uma série de requisitos. Também é explícito seu

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

(BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.)

5 Mais recentemente, com as mudanças da Lei nº 12.403/2011, a prisão em flagrante deixou de ser uma modalidade autônoma de prisão cautelar, tornando-se apenas um momento inicial, pré-jurisdicional, da prisão preventiva ou de outra medida cautelar alternativa à prisão. Será uma medida transitória, efêmera, sem aptidão para subsistir autonomamente, razão pela qual não é mais correto considerá-la uma modalidade de prisão cautelar. Aliás, justamente por isso, como se verá, parte da doutrina vem tratando-a como prisão pré-cautelar. Ou seja, atualmente, existem como modalidades autônomas de prisão cautelar apenas a prisão preventiva e a prisão temporária. (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 <ebook>).

6 Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

(BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.)

caráter subsidiário, sendo admitida apenas quando não forem suficientes outras medidas cautelares. Nesse sentido, ensina André Nicolitt:

O desenho constitucional do processo penal adotou nitidamente a liberdade como regra e a prisão processual, como exceção, ao consagrar a o *due process of law* como pressuposto da perda da liberdade e prescrever que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem judicial, bem como o comando de que ninguém será mantido preso quando for possível a liberdade provisória, com ou sem fiança, determinando, ainda, que a prisão ilegal seja relaxada. Ao final, adotou o princípio da presunção de inocência que atua como limite teleológico da prisão cautelar.

Desta forma, a prisão processual é concebida como medida excepcional, instrumental ligada à estreita necessidade de preservar o processo e sua efetividade.

A excepcionalidade da prisão processual pode ser vista, historicamente, como uma exigência própria do sistema acusatório, vez que a prisão processual como regra era a lógica do sistema inquisitivo.

Por outro lado, a prisão cautelar também tem previsão constitucional, convivendo com o princípio da presunção de inocência, não havendo qualquer incompatibilidade entre as duas regras. A presunção de inocência é a regra que atua com o escopo de evitar a antecipação da pena, enquanto a prisão cautelar é um instrumento excepcional a serviço da efetividade da jurisdição⁷.

Contudo, conforme apontam os mencionados dados acerca do sistema carcerário brasileiro, o cuidado do legislador não bastou para evitar a superpopulação e a elevada porcentagem de presos provisórios. Diante desse quadro caótico, surgiu a audiência de custódia para o enfrentamento dessa situação flagrantemente inconstitucional.

Sem a pretensão de apreciar as características inerentes à audiência de custódia, é oportuna uma definição geral acerca desse instituto. Para tanto, transcreve-se o conceito que lhe atribui Paiva:

O conceito de *custódia* se relaciona com o ato de *guardar*, de *proteger*. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato de legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura⁸.

7 NICOLITT, André. *Processo penal cautelar prisão e demais medidas cautelares*. 2. ed. Editora RT, <e-book>.

8 PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Empório do Direito, 2015, p. 31.

Segundo mencionado autor, a audiência de custódia possui as seguintes finalidades: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos; prevenir a tortura policial; e evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias⁹. Para além da análise célere dos requisitos formais da prisão, busca-se com as audiências de custódia fazer com que o magistrado tenha contato pessoal com o preso. Desse modo, se pretende humanizar a prestação jurisdicional, possibilitando-se uma melhor averiguação da integridade física e psíquica do custodiado.

Sem prejuízo das críticas a esse instituto, é bem-vindo o debate acerca de sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente diante do histórico de violência policial no país¹⁰. Conforme relatório divulgado pela Anistia Internacional em 07 de setembro de 2015, a polícia brasileira é a que mais mata no mundo¹¹.

A Audiência de Custódia (AC) tem sido saudada como importante instrumento de efetivação de direitos humanos. De um lado, exige a rápida apresentação do preso à autoridade judiciária, não apenas para que seja decidida a manutenção (ou não) da prisão, mas também para assegurar sua integridade física.

2. Sistema Processual Penal brasileiro e produção da prova

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inseriu no rol dos direitos e garantias processuais expressa proteção àqueles que são submetidos a um processo. Dentre essas garantias processuais, destacam-se: a vedação de tribunais de exceção, sendo assegurado que o processo seja presidido pela autoridade competente (art. 5º, LIII); o devido processo legal (art. 5º, LIV); o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV); e a presunção de inocência (art. 5º, LVII)¹².

9 PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Empório do Direito, 2015, p. 31.

10 É oportuno citar o trabalho de pesquisa realizado pelo jornalista Caco Barcelos, consolidado no livro com o título Rota 66, o qual – por duas décadas – analisou episódios de mortes envolvendo a atuação da ROTA – Rondas Ostensivas Tobias Aguiar, seguimento da Polícia Militar do Estado de São Paulo, notoriamente conhecido pela truculência em sua atuação. Referido trabalho evidencia a violência policial, narrando episódios de violação a direitos humanos encarados institucionalmente com indiferença e naturalidade. A naturalidade com que a tortura é tratada (e até mesmo exaltada) pelos agentes policiais é bem tratada no filme Tropa de Elite, dirigido por José Padilha.

11 ANISTIA INTERNACIONAL. *Relatório*. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2015/09/amnesty-international-releases-new-guide-to-curb-excessive-use-of-force-by-police/>> Acesso em: 20 jul. de 2016.

12 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 jul. 2015.

No texto constitucional (artigo 95¹³) também estão inseridas as garantias da magistratura: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. O objetivo dessas prerrogativas não é conferir privilégios indevidos aos magistrados; existem para resguardar os interesses sociais, assegurando que as autoridades judiciárias possam atuar com maior isenção e liberdade, livres de pressões indevidas.

Nos termos do artigo 129, inciso I¹⁴, da Constituição Federal, é função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei¹⁵. Aos membros do Ministério Público também são constitucionalmente asseguradas as mesmas prerrogativas conferidas aos magistrados (artigo 129, § 4¹⁶). O advogado também recebe especial tratamento no texto constitucional, pois é considerado indispensável à administração da justiça. Além disso, goza de inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, observados os limites legais.

A primeira etapa da persecução penal, em regra, se inicia por meio do inquérito policial, previsto no título II do Código de Processo Penal. Nos termos do artigo 4º desse diploma legal: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua autoria”¹⁷. O artigo 144 da Constituição Federal, expressamente atribui

13 Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 jul. 2015.)

14 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

(BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 jul. 2015.)

15 A ação penal privada é admitida no tocante a algumas infrações penais, justificando-se em razão da tutela de bens jurídicos que dizem respeito à intimidade e à vida privada. Como forma de evitar que o Ministério Público se tornasse senhor absoluto da ação penal, podendo – por inércia – inviabilizar a persecução penal, admite-se excepcionalmente que o particular proponha a ação penal privada, caso não seja oferecida denúncia no prazo legal (art. 5º, LIX, da Constituição Federal).

16 Art. 129. [...]

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93.

(BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 jul. 2015.)

17 BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.

essa atividade a dois órgãos de segurança pública: a polícia civil e a polícia federal (esta atuará nas hipóteses previstas no §1º do dispositivo constitucional em referência)¹⁸.

A terminologia polícia judiciária é inadequada, pois o juiz não investiga. Igualmente, o magistrado não pode utilizar-se exclusivamente do material probatório produzido pela polícia para formar seu convencimento. Essa função incumbe ao Ministério Público¹⁹. Isso está previsto expressamente no artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal²⁰.

A investigação criminal se define como o conjunto de atos estatais voltados à apuração da autoria e da materialidade de uma infração penal²¹. Essa atividade é de natureza administrativa²². Tem por finalidade subsidiar o Ministério Público dos elementos probatórios necessários para a propositura da ação penal (prova da materialidade da infração penal e indícios de autoria) ou solicitação de medidas de natureza cautelar (prisão preventiva, sequestro de bens, busca e apreensão domiciliar, etc.).

18 Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras.

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

(BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 jul. 2015.)

19 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas: 2016, p. 52.

20 Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

(BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.)

21 NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 2. ed. Editora RT, 2016 <e-book>. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F99925223%2Fv6.2&titleStage=F&titleAcct=ia744d77900000151914eef3aad7c9161#sl=e&eid=44014768c3de6d9379091c9e0be768fd&eat=a-112131306&pg=1&ppl=&nvgS=false>>. Acesso em 05 dez, 2016.

22 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas: 2016, p. 56.

No curso do inquérito policial, ao investigado não são assegurados o contraditório e ampla defesa. Não se nega que a simples instauração do inquérito policial provoca prejuízos ao investigado, maculando o exercício de sua cidadania e sua reputação. Entretanto, tal providência não traz como consequência jurídica qualquer gravame equiparado a uma sanção²³.

A Lei nº 13.245/2016 alterou o Estatuto da OAB, ampliando o acesso aos autos de inquérito policial pelos advogados. Igualmente, foi assegurado a esses profissionais o direito de assistirem seus clientes que sejam investigados, sob pena de nulidade absoluta do interrogatório ou depoimento. Entretanto, essa mudança legislativa não instituiu o contraditório nessa etapa da persecução penal. Foi assegurado aos advogados maior acesso aos autos de investigação. No entanto, não se determinou a obrigatoriedade de intimá-los nem lhes assegurou poder de reação. Ausente esta, não há contraditório, o qual se constitui do binômio “informação” e “reação”²⁴.

O artigo 7º, inciso XXI, do Estatuto da OAB também foi alterado pela Lei nº 13.245/2016. Dessa forma, foi assegurado ao advogado assistir a seus clientes em todos os atos investigatórios, sob pena de nulidade do respectivo interrogatório e depoimento, bem como das diligências subsequentes. Uma interpretação literal desse dispositivo de lei conduziria à conclusão de que a presença de defensor é obrigatória durante o inquérito policial. Contudo, tal conclusão é equivocada, pois não foi imposta tal obrigação. Trata-se de direito subjetivo do investigado e não de uma determinação legislativa cogente²⁵.

O investigado, assim como o ofendido, pode solicitar diligências. Porém, a autoridade policial não é obrigada a acatá-las (artigo 14 do Código de Processo Penal). Por outro lado, ao Ministério Público é assegurada a prerrogativa de requisitar diligências investigatórias (artigo 129, inciso VIII, da Constituição Federal). Verifica-se, assim, que o inquérito policial não é presidido por uma autoridade imparcial e tampouco assegura a paridade de armas entre o Estado (responsável pela persecução penal) e a

23 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas: 2016, p. 57.

24 NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 2. ed. Editora RT, 2016 <e-book>. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F99925223%2Fv6.2&titleStage=F&titleAcct=ia744d77900000151914eef3aad7c9161#sl=e&eid=44014768c3de6d9379091c9e0be768fd&eat=a-112131306&pg=1&ppl=&nvgS=false>>. Acesso em 05 dez, 2016.

25 NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 2. ed. Editora RT, 2016 <e-book>. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F99925223%2Fv6.2&titleStage=F&titleAcct=ia744d77900000151914eef3aad7c9161#sl=e&eid=44014768c3de6d9379091c9e0be768fd&eat=a-112131306&pg=1&ppl=&nvgS=false>>. Acesso em 05 dez, 2016.

pessoa investigada.

No curso do processo penal, é imprescindível que a defesa do acusado seja patrocinada por advogado ou defensor público. A presidência dos atos processuais incumbe ao membro do Poder Judiciário. Em regra, a acusação fica a cargo do membro do Ministério Público.

Anteriormente à implantação da audiência de custódia no Brasil, cogitou-se a possibilidade de apresentação do preso à autoridade diversa da judicial (membro do Ministério público ou autoridade policial). No entanto, os tratados internacionais que abordam o tema dispõem que a apresentação do preso deve ser feita ao juiz ou "outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais". Prevaleceu, assim, o entendimento segundo o qual a apresentação deve ser realizada ao juiz, tendo em vista que o Ministério Público e a autoridade policial não exercem funções jurisdicionais no Brasil²⁶.

De acordo com a tradição constitucional e processual penal brasileira, o juiz de direito ou o juiz federal, membro do Poder Judiciário, aprovado em concurso público de provas ou provas e títulos, é competente para analisar a prisão e deliberar acerca de eventual concessão de liberdade. Igual prerrogativa se estende ao Desembargador de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal, Ministro do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, segundo os critérios previstos expressamente pela Constituição Federal para os respectivos cargos. Nenhuma outra autoridade pública brasileira possui essas prerrogativas²⁷.

A audiência de custódia é realizada com brevidade subsequentemente à prisão. Nesse contexto, o magistrado exerce papel fiscalizatório e deve averiguar a presença dos requisitos legais inerentes à prisão em flagrante delito (preenchimento dos requisitos exigidos pelo artigo 302 do Código de Processo Penal). Também é necessário aferir se há necessidade de segregação da liberdade ou se é possível substituir a prisão por outra medida cautelar dentre as previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Igualmente, é preciso ficar atento ao tratamento dispensado ao preso, com a finalidade de averiguar se houve tortura ou qualquer outro tipo de maus tratos²⁸.

26 MELO, Raphael. *Audiência de custódia no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016, p. 180-181.

27 VASCONCELOS, Eneas Romero de. Resolução 2013. Art. 1. Juiz competente no direito brasileiro. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen (Org.). *Comentários à Resolução n. 213 do Conselho Nacional de Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 28.

28 ANDRADE, Mauro Fonseca; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 128-129.

Para o exercício dessa atividade fiscalizatória, o magistrado tem por base o contido no auto de prisão em flagrante delito e as declarações do preso. A análise da legalidade da prisão em nada difere do procedimento adotado até a implantação da audiência de custódia. Com fundamento na documentação apresentada, o juiz verificará se estão preenchidos os requisitos formais da prisão cautelar, assim como a adequação do ato praticado à tipificação penal empregada segundo o entendimento da autoridade policial. Por outro lado, ao ouvir o conduzido, o magistrado deve perquirir acerca da ocorrência de outras infrações penais, derivadas de tortura ou maus-tratos ocorridos durante a atuação policial. Sem prejuízo disso, também deve ater-se à infração penal imputada ao conduzido, motivadora de sua prisão em flagrante delito²⁹.

Conforme já mencionado, nos termos do artigo 4º da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, “a audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante”³⁰.

Consoante o disposto no artigo 133 da Constituição Federal, “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”, garantindo ao preso também a assistência de advogado no artigo 5º, inciso LXIII³¹. Nos termos do artigo 306, § 1º, do Código de Processo Penal, no prazo de vinte e quatro horas, contadas a partir da realização da prisão, dentre outras providências, deve ser remetida cópia do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública. Essa remessa é necessária quando o preso não indicar o nome de seu advogado³².

Portanto, é imprescindível a presença de advogado na audiência de custódia. A assistência por defensor técnico deve ser disponibilizada ao preso mesmo antes da realização desse ato (imediatamente após a prisão). Caso se constate a não disponibilização do auto de prisão em flagrante delito à Defensoria Pública ou a advogado constituído pelo preso, deve ser reconhecida a nulidade da prisão. Igual

29 ANDRADE, Mauro Fonseca; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 129.

30 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 213 de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

31 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 jul. 2015. 32 Art. 306. [...]

§ 1o Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

(BRASIL. *Decreto-lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.)

consequência ocorrerá na hipótese de realização da audiência de custódia sem a presença de defensor, público ou constituído.

Embora a audiência de custódia não seja ato praticado com a finalidade de produzir provas, tem por objetivo proteger direitos de personalidade da pessoa presa (por meio da prevenção e/ou repressão da tortura ou maus tratos). Essa finalidade somente será atingida em sua plenitude se o preso estiver assistido por defesa técnica, exercida por profissional legalmente habilitado. Neste ponto se faz necessária a distinção entre instrumento de investigação e fase de investigação. O primeiro nada mais é do que o procedimento que tem como objeto apurar as circunstâncias em que ocorreu uma infração penal e elucidar sua autoria. Extintos os procedimentos judicialiformes, todo procedimento investigatório presidido pela polícia judiciária (ou pelo Ministério Público), passou a ter natureza administrativa. Dentre estes, incluem-se o inquérito policial, o procedimento preliminar de informação e o auto de prisão em flagrante delito³³.

Por outro lado, fase de investigação penal diz respeito ao momento da persecução penal, na qual os instrumentos de investigação se desenvolvem, anteriormente ao ajuizamento da ação penal condenatória. Contudo, essa etapa também admite outros instrumentos que não estarão sob a responsabilidade e presidência da autoridade investigante. Trata-se dos incidentes verificados anteriormente ao oferecimento da denúncia, assim como todos os requerimentos de quebra de direitos fundamentais anteriores à formalização da acusação. Estes são presididos por autoridade judiciária e se encontram sob sua presidência. Desse modo, posteriormente à distribuição, o auto de prisão em flagrante delito passa a ser presidido por um juiz. Por tal motivo, passa a admitir contraditório, devendo ser assegurado às partes interessadas (Ministério Público e defensor do investigado) possibilidade de ciência e manifestação acerca dos atos praticados³⁴.

A ausência do Promotor de Justiça enseja consequências no âmbito administrativo, estando o faltoso sujeito à responsabilização funcional, podendo ser punido com sanção disciplinar. No âmbito da persecução penal, a falta do Ministério Público implica na restituição da liberdade em favor do conduzido. Isso ocorre porque, a redação do artigo 282, § 2º, do Código de Processo Penal é categórica: “As medidas

33 ANDRADE, Mauro Fonseca; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 156-157.

34 ANDRADE, Mauro Fonseca; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 156-157.

cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”³⁵.

Na mesma linha, o artigo 311 do Código de Processo Penal dispõe que, no curso da ação penal, a prisão preventiva pode ser decretada de ofício pela autoridade judiciária³⁶. Durante a investigação criminal (etapa em que se insere a audiência de custódia realizada por força de prisão em flagrante delito), essa providência cautelar somente pode ser determinada a requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial. O mesmo se aplica à prisão temporária, nos termos do artigo 2º da Lei 7.960/89. Nessa etapa, o juiz deve zelar por sua imparcialidade, atendo-se ao papel de tutor de garantias e da legalidade³⁷.

Tendo em vista a finalidade da audiência de custódia, o Ministério Público nela atuará de modo diverso do qual exerce suas funções no curso do processo penal. Nesse ato, prepondera sua função institucional de fiscal da ordem jurídica, devendo zelar pela integridade física e psicológica do preso, bem como insurgir-se contra a ilegalidade (ou desnecessidade) da prisão ou de outras medidas cautelares que impliquem em restrição de direitos da pessoa conduzida. Do mesmo modo, impõe-se ao Promotor de Justiça o dever de solicitar as providências necessárias para responsabilizar os agentes policiais que eventualmente pratiquem qualquer desvio de conduta. Tal dever decorre de sua função institucional de exercer o controle externo da atividade policial, a teor do que dispõe o artigo 129, inciso VII, da Constituição Federal.

Maior discussão reside na possibilidade de arquivamento do inquérito policial por ocasião da audiência de custódia. Nos termos do o artigo 8º, § 5º, da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, é possível que o Ministério Público promova o arquivamento do inquérito policial por ocasião da audiência de custódia. Caso os autos de inquérito policial já estejam disponíveis e adequadamente instruídos, não há óbice para que a denúncia seja desde logo apresentada.

Contudo, tanto a possibilidade de imediata promoção de arquivamento quanto de pronto oferecimento da denúncia devem ser averiguadas com extrema cautela. Com efeito, entre o fato e a audiência de custódia decorre exíguo intervalo de tempo (pois o

35 MELO, Raphael. *Audiência de custódia no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016, p. 173.

36 BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.

37 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas: 2016, p. 120-121.

preso deve ser apresentado à autoridade judiciária sem demora). Em razão disso, é muito provável que nem todas as diligências investigatórias necessárias tenham sido realizadas. Assim, essas providências (promoção de arquivamento ou oferecimento de denúncia) devem ser tomadas em casos excepcionais, nos quais se evidencie a desnecessidade de outras providências para a elucidação da materialidade do crime e de sua autoria (ou desde logo demonstrem que não há materialidade do crime e que o conduzido não é autor da conduta delituosa).

A promoção de arquivamento ou oferecimento de denúncia se mostram mais eficientes em comarcas ou outras unidades de órgãos do Poder Judiciário com competência criminal. Nessas hipóteses é comum que o mesmo magistrado o mesmo órgão de execução do Ministério Público, respectivamente, tenham competência e atribuição, para realizar a audiência de custódia e atuar em eventual ação penal decorrente dos mesmos fatos delituosos.

Em unidades de atuação do Poder Judiciário, situadas em grandes centros, onde, via de regra, há diversos magistrados – cada qual titular de uma esfera delimitada de competência (muitas vezes em razão da matéria). Por esse motivo, a abordagem do fato delituoso por ocasião da audiência de custódia se torna mais complexa. Nessa hipótese, é maior a possibilidade de o presidente da audiência de custódia não ser o mesmo juiz competente para processar e julgar os fatos que a ensejaram. O mesmo se pode dizer em relação ao Ministério Público, também em virtude da especialização das atribuições de seus órgãos de execução atuantes nos grandes centros urbanos.

A título de exemplo, é interessante citar o que menciona a regulamentação das audiências de custódia no Estado do Paraná. Por meio da Resolução nº 144, de 14 de setembro de 2015, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, foi criada a Central de Audiências de Custódia no âmbito do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. O artigo 1º desse Ato Regulamentar dispõe que as Centrais de Audiência de Custódia terão competência – exclusiva – para analisar os autos de prisão em flagrante delito provenientes das Delegacias e Departamentos de Polícia Judiciária situados no aludido Foro Central. O artigo 6º, § 2º, desse ato regulamentar, menciona especificamente a formulação de pedido de arquivamento dos autos de inquérito formulado pelo Ministério Público em relação aos fatos objeto de análise na audiência de custódia³⁸.

38 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. *Resolução 144 de 14 de setembro de 2015*. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_athos/publico/ajax_concursos.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f3ef803651701>

A Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, também abordando o tema, expediu a Instrução Normativa nº 003/2016. O artigo 14 desse ato correicional dispõe que o termo da audiência de custódia, o arquivo de áudio e vídeo bem como eventual pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público serão anexados ao auto de prisão em flagrante delito e remetidos ao distribuidor, para distribuição ao ofício criminal competente³⁹.

A respeito do tema, a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Paraná expediu a Recomendação nº 001/2016. Por meio desse ato, recomendou aos promotores de justiça o não oferecimento de denúncia ou promoção de arquivamento do caso penal por ocasião da audiência de custódia. Para tanto, o órgão correicional utilizou-se dos seguintes fundamentos: respeito ao princípio do Promotor Natural⁴⁰; prejuízo para a acusação em decorrência e sua formulação prematura, sem a coleta adequada de provas, em razão do encerramento sumário das investigações; e não observância do princípio do *in dubio pro societate* pela promoção prematura do arquivamento, sem investigação aprofundada dos fatos criminosos⁴¹.

Os tratados internacionais firmados pelo Brasil consignam a necessidade de apresentação da pessoa presa a um juiz ou autoridade que detenha prerrogativas e poderes correlatos. Igual determinação consta da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. O termo “outra autoridade” utilizado nos textos internacionais é muito genérico. Diante dessa generalidade, a própria Organização das Nações Unidas – ONU, no texto de seu *Conjunto de Princípios Para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão*, procurou esclarecer os atributos que mencionada autoridade deve apresentar⁴².

Em interpretação autêntica, referida normativa esclarece que

1e90e23725c617bcb7918bf440087b6b30641a2fb19108057b53eef286ec70184c6e>. Acesso em: 27 nov. 2016.

39 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. *Instrução Normativa 3/2016*. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_athos/publico/ajax_concursos.do?

tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f3ef8036517011e90d9920a11c4e398b38bf440087b6b30641a2fb19108057b53eef286ec70184c6e>. Acesso em: 27 nov. 2016.

40 A existência do Princípio do Promotor Natural é polêmica e discorrer a respeito e foge ao objetivo deste trabalho. No entanto, é oportuno destacar que a não observação da regulamentação das atribuições dos membros do Ministério Público implica em considerável inconveniente para o funcionamento da instituição. Isso se agrava em virtude da independência funcional assegurada aos seus membros.

41 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Corregedoria-Geral. *Recomendação n. 001/2016*. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/cgmp/2016/recomendacao0012016cgmp.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

42 ANDRADE, Mauro Fonseca; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 79-80.

[...] por juiz ou outra autoridade se entente uma autoridade judicial ou outra autoridade estabelecida por lei, cuja condição e mandato ofereçam as maiores garantias possíveis de competência, imparcialidade e independência. Essa função não pode ser atribuída ao Ministério Público, pois esse órgão, enquanto titular da ação penal pública, em regra será o responsável pela acusação a ser eventualmente formulada em face da pessoa presa⁴³.

Conforme já mencionado, na primeira etapa da persecução penal, ou seja, durante as investigações, conduzidas por autoridades policiais ou diretamente pelo Ministério Público, o magistrado deve zelar pela preservação dos direitos fundamentais do investigado. E o deve fazer impondo a estrita observância da legalidade. Nesse contexto, é imperioso perquirir se a audiência de custódia – na forma como vem sendo realizada no Brasil – importa em violação ao sistema acusatório. Para o enfrentamento dessa questão, deve-se tecer considerações a respeito do momento histórico em que foram elaborados os textos internacionais referentes ao tema. Todos surgiram nas décadas 50 e 60 do século XX, período no qual o sistema acusatório não passava de anseio dos juristas integrantes do direito continental. Em tal período, o modelo de investigação criminal estava centralizado no juiz. O responsável por conduzi-la era conhecido como Juiz de Instrução⁴⁴.

Esse modelo de investigação começou a ser abandonado na década subsequente. O marco dessa mudança foi a alteração da legislação processual penal alemã, conhecida como Grande Reforma (1974). O Ministério Público substituiu o juiz na presidência da investigação criminal. Esse novo parâmetro investigatório se difundiu por diversos países. Isso restringiu o papel do juiz a uma espécie de garante da fase de investigação. Exemplos proeminentes nesse sentido foram as reformas ocorridas na legislação portuguesa (1988) e italiana (1989). Esse histórico justifica, em relação à audiência de custódia, a realização de um interrogatório voltado não apenas à análise da legalidade da prisão, mas também à obtenção de elementos caracterizadores de eventual tortura ou maus tratos. Constata-se, assim, que a audiência de custódia foi concebida para ser executada por um juiz competente para investigar (ainda que essa investigação restrinja-se aos objetivos desse ato)⁴⁵.

43 ANDRADE, Mauro Fonseca; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 79-80.

44 ANDRADE, Mauro Fonseca; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 132-133.

45 ANDRADE, Mauro Fonseca; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 133-134.

Consoante anteriormente afirmado, investigação criminal tem como objetivo, ainda que de forma indiciária, produzir provas acerca da autoria e da materialidade de uma infração penal⁴⁶. O gerenciamento da prova, ademais, constitui fator de diferenciação dos sistemas processuais. No modelo inquisitorial, o juiz concentra – no tocante à gestão da prova – poderes de iniciativa e de produção. Por outro lado, no sistema acusatório, restringe-se às partes integrantes do jogo processual. Em outros termos, na sistemática inquisitória, a liberdade do condutor do feito é praticamente absoluta em relação à produção probatória. Ao revés, na sistemática acusatória, a regulamentação dessa atividade é precisa, evitando-se que o juiz assuma um papel processual que não lhe cabe⁴⁷.

A resolução 213 do Conselho Nacional de justiça não restringe a prática de atos de natureza probatória pelo juiz (no que diz respeito a crimes praticados contra o investigado). Não impõe que ele o faça apenas mediante provocação do Ministério Público ou do defensor do apresentado. Na audiência, ele acaba por exercer atividade de investigação. Embora tenha como foco os ilícitos penais praticados contra o investigado (especialmente eventual crime de tortura), é inegável que o magistrado assim agindo se propõe a obter provas acerca da materialidade de infração penal e indícios respectivos de autoria.

Portanto, diante da possibilidade de o magistrado a quem se apresenta a pessoa presa poder exercer atividades investigatórias, a adequação da audiência de custódia à Constituição Federal é posta em xeque. Partindo-se da premissa de que o legislador constituinte brasileiro optou pelo sistema acusatório, é inconstitucional reconhecer à autoridade judiciária a prerrogativa de empreender diligências para demonstrar a existência de uma infração penal e elucidar a respectiva autoria. Esse argumento é válido ainda que o juiz assim proceda para aferir se o investigado, apresentado por ocasião da audiência de custódia foi vítima de maus tratos.

Há quem aponte a necessidade de ser revisada a jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal como do Superior Tribunal de Justiça, cortes que sustentam a existência de um sistema acusatório constitucionalizado. Invoca-se como argumento

46 NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 2. ed. Editora RT, 2016 <e-book>. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F99925223%2Fv6.2&titleStage=F&titleAcct=ia744d77900000151914eef3aad7c9161#sl=e&eid=44014768c3de6d9379091c9e0be768fd&eat=a-112131306&pg=1&psl=&nvgS=false>>. Acesso em 05 dez, 2016.

47 ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2. ed. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2016, p. 149.

para esse entendimento o ajustamento da Constituição Federal simultaneamente ao sistema acusatório e ao sistema misto (para aqueles que defendem a existência deste). De qualquer forma, deve ser considerado e concretizado o princípio segundo o qual quem investiga não julga. Para tanto, cogita-se da implementação do modelo denominado juizado de instrução, no qual o juiz investigador não possui competência para atuar como acusador. Essa proposta somente se ajustaria, contudo, ao sistema misto (no sistema acusatório não existe a figura do juiz investigador)⁴⁸.

Solução adequada seria a expressa vedação de providências investigatórias a cargo do magistrado. Caso a iniciativa de provocar a tomada de providências acerca da existência de tortura contra o investigado fique a cargo do Ministério Público e do defensor do investigado, não haveria mácula ao sistema acusatório. Ao magistrado caberia o papel de garantidor de direitos fundamentais do apresentado, por meio do controle da legalidade da segregação de liberdade. Caso o juiz constate omissão nesse sentido por parte do órgão do Ministério Público ou do defensor, nada impede que ele solicite providências aos respectivos órgãos de controle das atividades dessas instituições.

Caso o magistrado se depare com evidente situação de tortura, deve encaminhar os autos ao órgão do Ministério Público com a atribuição para investigar fatos dessa natureza (caso o promotor de justiça e o advogado presentes à audiência permaneçam omissos). Isso não se confundiria com autorização ao magistrado para tomar a iniciativa de investigar fatos delituosos, indagando o investigado a respeito. Trata-se de providência a ser tomada em situações evidentes. O juiz solicitaria (e não requisitaria) providências ao Ministério Público, titular da ação penal pública no tocante a situação que evidencie hipótese de tortura (e o faria, repita-se, somente diante de patente omissão do promotor de justiça presente à audiência de custódia). Assim agindo, o magistrado não investigaria, mas solicitaria a abertura de investigação.

Destaca-se que a atividade exercida pelo Ministério Público também é fiscalizada pelo Poder Judiciário. É o que se depreende do artigo 28 do Código de Processo Penal, que determina o encaminhamento dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, caso o magistrado discorde das razões de arquivamento de inquérito policial ou outras peças de informação. Nesse caso, em respeito à titularidade da ação penal pública, a decisão final quanto à existência de prova da materialidade de crime e de

48 ANDRADE, Mauro Fonseca; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 139.

indícios de autoria permanece a cargo do Ministério Público, preservando o sistema acusatório. A postura do presidente e dos participantes da audiência de custódia repercute na possibilidade ou não do aproveitamento do depoimento do investigado em futura ação penal. Essa questão será desenvolvida no item subsequente, no qual será debatida a viabilidade do emprego do material produzido na audiência de custódia posteriormente ao recebimento da denúncia.

3. A Utilização do Depoimento Prestado em Audiência de Custódia para Fins Probatórios

O Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, após adoção de emendas ou substitutivos, contém proibição do emprego da oitiva do investigado como meio de prova contra ele. Impõe inclusive a realização da oitiva em autos apartados. Trata-se de uma inovação em termos de vedação probatória, não havendo disposição semelhante no ordenamento jurídico nacional. Por outro lado, a resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça dispõe em sentido contrário. Determina o apensamento do termo da audiência de custódia aos autos da investigação criminal ou do processo de conhecimento. Cumpre asseverar que somente a lei (em sentido estrito) e não ato regulamentar emitido pelo Poder Judiciário pode dispor sobre vedação probatória⁴⁹.

Nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)”⁵⁰. Interpretando esse dispositivo legal, afirmam Eugênio Pacelli e Douglas Fisher: “A prova ilícita significa, então, a prova obtida, produzida ou valorada de modo contrário à determinada ou específica previsão legal”⁵¹.

Portanto, formalmente, qualquer vedação probatória somente pode ser imposta por lei. Contudo, enquanto a reforma do código de processo penal não for aprovada, há margem para indagar acerca da possibilidade de aproveitamento da oitiva do investigado realizada na audiência de custódia como prova em futura ação penal. A

49 ANDRADE, Mauro Fonseca; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 160.

50 BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.

51 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas: 2014, p. 332.

análise dessa questão parte da estruturação desse ato, muito distinta da empregada no interrogatório prestado perante a autoridade policial. Este último é um ato naturalmente direcionado para a produção probatória⁵².

A inserção do depoimento colhido na audiência de custódia em futuro processo penal confere àquele natureza de prova emprestada. É válido o seu emprego na etapa processual da persecução penal. No entanto, porque repetível, não pode servir para embasar condenação. A vedação do emprego de mencionado depoimento como meio de prova somente ocorre na hipótese de o juiz, o Ministério Público ou a defesa, ingressarem no mérito da conduta delituosa imputada ao apresentado. Nessa hipótese, haveria violação a direito do investigado, consistente no direcionamento em seu prejuízo de um ato criado para proteger-lhe os direitos. Mesmo assim, o que deveria haver é o seu desentranhamento dos autos, pressupondo sua incorporação ao processo de conhecimento⁵³.

Trata-se de questão polêmica. Foi adotada na Resolução 213⁵⁴ do CNJ e no PLS 554⁵⁵ orientação para que o apresentado não seja indagado acerca do mérito do caso penal. Também prevalece na doutrina a ideia de que a audiência de custódia não pode ser convertida em ato destinado à produção antecipada de prova ou em instrumento destinado a obter condenações antecipadas por meio de coação e arbítrio. Predomina, assim, o entendimento de que este ato não se destina à produção de provas⁵⁶.

No entanto, os tratados internacionais de direitos humanos e a legislação processual penal de outros países não apresentam limite cognitivo para a audiência destinada à apresentação da pessoa presa. Dois argumentos são invocados para fundamentar a proibição de atividade probatória na audiência de custódia: o retrocesso causado pela antecipação do interrogatório; e a ausência de contraditório na fase de investigação. Apontam-se equívocos em relação a esses dois argumentos. O fato de a pessoa apresentada ser ouvida no início da persecução penal não lhe prejudicaria, pois a defesa técnica lhe seria assegurada. Além disso, além do defensor público ou constituído, também participam da audiência de custódia o juiz e o membro do

52 ANDRADE, Mauro Fonseca; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 160.

53 ANDRADE, Mauro Fonseca; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 160-161.

54 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

55 SENADO FEDERAL. *Projeto de lei do senado nº 554, de 2011*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

56 PAIVA, Caio. *Audiências de custódia e o Processo Penal brasileiro*. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 110.

Ministério Público. Ademais, a ausência de atividade probatória na audiência de custódia viola o *direito ao confronto*, desdobramento da garantia do contraditório⁵⁷.

Outrossim, existirá controvérsia quando o investigado, por ocasião da audiência de custódia, confessar a prática da infração penal que lhe é imputada. Embora o investigado não possa ser instado a se reportar ao crime, nada impede que ele o faça voluntariamente, confessando ou negando a autoria delitiva. Não se pode proibi-lo de se manifestar a respeito da conduta delituosa pela qual é investigado. Trata-se de lhe assegurar o exercício de autodefesa, lembrando que mesmo a confissão pode constituir estratégia defensiva, pois constitui atenuante da pena a ser eventualmente aplicada.

Outrora, a confissão foi considerada a “rainha das provas”, prova por excelência ou a *probatio probantissima*. Entretanto, atualmente não mais possui valor absoluto. Sua relevância é equivalente à dos demais meios de prova, dentre os quais devem ser valorados pelo juiz. Este formará seu convencimento confrontando-a com o restante do acervo probatório à sua disposição por ocasião da prolação da sentença⁵⁸. Nos termos do artigo 197 do Código de Processo Penal,⁵⁹ a confissão não possui valor probatório relativo. Sua relevância deve ser aferida por meio dos critérios adotados para os demais elementos de prova. Ao apreciá-la, deve o magistrado confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre elas há compatibilidade ou concordância.

Para formar seu convencimento, o juiz deve agir com cautela diante da confissão. A confissão total ou parcial deve ser confrontada com os demais elementos de prova. Tanto o falso reconhecimento da prática delitiva, quanto a negativa mendaz são nocivas. Ambas conduzem ou à absolvição do culpado ou à condenação de quem não praticou a infração penal. A alteração de versões permite ao juiz negar credibilidade às palavras do acusado, especialmente quando não justificada a alegada falsidade da confissão prestada na investigação⁶⁰.

Também é importante destacar que o conteúdo da confissão constitui meio de prova dependente da memória. Não se pode olvidar o decurso do tempo desde a data do

57 PAIVA, Caio. Audiências de custódia e o Processo Penal brasileiro. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 110-111.

58 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 <ebook>.

59 Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

(BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.)

60 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas: 2014, p. 417-418.

fato delituoso até o momento da recuperação da memória pelo indivíduo que presta depoimento durante a persecução penal. O principal efeito desse lapso temporal é o esquecimento, pois, com o passar do tempo, a memória, gradualmente, tende a perder nitidez e riqueza de detalhes. Não se descarta, inclusive, a perda total da lembrança acerca do evento. Diante desse argumento, o depoimento do investigado a respeito da infração penal, quando colhido no início da persecução penal, contribuiria para evitar a prejuízos à memória em consequência do decurso do tempo⁶¹.

Em verdade, é superestimado o conteúdo da oitiva do apresentado ao juiz, tanto por aqueles que a defendem quanto pelos que a rechaçam. Aliás, trata-se de falsa discussão. Não importa a saída ou a permanência dessa informação nos autos de prisão em flagrante. Relevante é a continuidade do juiz que presidiu a audiência de custódia à frente da persecução penal, com todos os seus conceitos e preconceitos formados por ocasião da audiência de custódia, independentemente do resultado de futura instrução processual penal⁶².

Considerações Finais

Talvez, em um futuro não tão distante, o modelo de *juiz das garantias* possa ser incorporado em nosso ordenamento. Esta forma de avaliar o caso penal pode nos levar à antecipação da prova penal dependente da memória, mais adequada para preservar o conteúdo e quantidade de informações, evitando a ocorrência de distorções que possam levar a erros judiciais. Por outro lado, em uma cultura eficientista, como a nossa, ainda é bastante temerário a utilização dos elementos colhidos em audiência de custódia.

A uma, por inexistir regramento suficiente acerca de como seriam feitas as indagações às testemunhas, vítimas e conduzido. A duas, por o nosso sistema penal não inspirar ainda confiança de que possam ser preservadas as garantias constitucionais nesta fase. Caso sejam respeitadas as cautelas, está demonstrada que a coleta da prova

61 BRASIL. Ministério da Justiça, Secretaria de assuntos legislativos. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses*. Brasília, DF, Ipea, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/24557490/_Relat%C3%B3rio_de_Pesquisa_Avan%C3%A7os_Cient%C3%ADficos_em_Psicologia_do_Testemunho_aplicados_ao_Reconhecimento_Pessoal_e_aos_Depoimentos_Forenses_2015_?auto=download>. Acesso em: 18 jan. 2017.

62 ANDRADE, Mauro Fonseca; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 164.

penal dependente da memória precisa ser o mais próxima possível ao fato ocorrido. Isto irá preservar e prevenir a ocorrência de Falsas Memórias.

Desta forma, ampliar as possibilidades de atos a serem realizados na Audiência de Custódia, depende fundamentalmente de garantias que possam resguardar os direitos envolvidos. Especialmente os relativos ao conduzido. Apenas assim será o caso de efetivarmos qualquer ato de prova neste momento. É preciso, antes, fazer com que os objetivos originais da Audiência de Custódia sejam cumpridos. Após, assegurar o comprometimento com as disposições constitucionais. Desta forma, estaremos evitando o surgimento de mais espaços de ilegalidade e sufocamentos institucionais às liberdades.

Referências

ANDRADE, Mauro Fonseca; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Relatório*. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2015/09/amnesty-international-releases-new-guide-to-curb-excessive-use-of-force-by-police/>> Acesso em: 20 jul. de 2016.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 <ebook>.

BRASIL. Ministério da Justiça, Secretaria de assuntos legislativos. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses*. Brasília, DF, Ipea, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/24557490/Relat%C3%B3rio_de_Pesquisa_Avan%C3%A7os_Cient%C3%ADficos_em_Psicologia_do_Testemunho_aplicados_ao_Reconhecimento_Pessoal_e_aos_Depoimentos_Forenses_2015?auto=download>. Acesso em: 18 jan. 2017.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 jul. 2015.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 641.320/RS*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4076171>>. Acesso em 19 out. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*. Brasília, jun. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 213 de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

MELO, Raphael. *Audiência de custódia no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Corregedoria-Geral. *Recomendação n. 001/2016*. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/cgmp/2016/recomendacao0012016cgmp.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

NICOLITT, André. *Processo penal cautelar prisão e demais medidas cautelares*. 2. ed. Editora RT, <e-book>.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas: 2016.

PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Empório do Direito, 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2. ed. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2016.

SENADO FEDERAL. *Projeto de lei do senado nº 554, de 2011*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. *Resolução 144 de 14 de setembro de 2015*. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_atmos/publico/ajax_concursos.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f3ef8036517011e90e23725c617bcb7918bf440087b6b30641a2fb19108057b53eef286ec70184c6e>. Acesso em: 27 nov. 2016.

VASCONCELOS, Eneas Romero de. Resolução 2013. Art. 1. Juiz competente no direito brasileiro. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen (Org.). *Comentários à Resolução n. 213 do Conselho Nacional de Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

