

Israel Tibes Wense de Almeida de Gomes

A (in)atividade probatória na audiência de custódia: violação ao “direito de confronto”



A (in)atividade probatória na audiência de custódia: violação ao “direito de confronto”

Israel Tibes Wense de Almeida de Gomes

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Autor

Israel Tibes Wense de Almeida de Gomes

Capa

AYA Editora

Revisão

O Autor

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Direito

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus
Parauapebas*

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros

Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda

Santos

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

© 2023 - AYA Editora - O conteúdo deste Livro foi enviado pelo autor para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (CC BY 4.0). As ilustrações e demais informações contidas neste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de seu autor e não representam necessariamente a opinião desta editora.

S1637 Gomes, Israel Tibes Wense de Almeida de

A (in)atividade probatória na audiência de custódia: violação ao "direito de confronto" [recurso eletrônico]. / Israel Tibes Wense de Almeida de Gomes. -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 43 p.

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-199-2

DOI: 10.47573/aya.5379.1.111

1. Audiência de custódia - Brasil. 2. Processo penal - Brasil. I. Título

CDD: 345.81

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

**International Scientific Journals Publicações
de Periódicos e Editora EIRELI**

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	8
INTRODUÇÃO	9
A PRISÃO PROVISÓRIA.....	11
Prisão preventiva	11
Conceito	11
Natureza Jurídica	12
Pressupostos para a decretação da prisão preventiva	12
Fundamentos	12
Hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva	15
Hipóteses de inadmissibilidade da prisão preventiva	18
Prisão temporária.....	19
Conceito	19
Hipóteses de cabimento	19
Prazos.....	21
Procedimento	21
Prisão em flagrante	21
A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E AS DISPOSIÇÕES DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	23
Audiência de custódia	23
Conceito e previsão normativa	23
Finalidades.....	24

Disposições de caráter humanizatório da CADH.
..... 25

**A PROIBIÇÃO DE ATIVIDADE
PROBATÓRIA NA AUDIÊNCIA DE
CUSTÓDIA 30**

Resolução nº 213 do CNJ e a *problemática* da (in) atividade probatória na audiência de custódia. 30

Previsão normativa 30

Discussão doutrinária 31

Aproveitamento do conteúdo da audiência de custódia 33

Violação ao direito de confronto 33

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 35

REFERÊNCIAS..... 37

SOBRE O AUTOR 39

ÍNDICE REMISSIVO 40

Apresentação

Este estudo propõe uma reflexão aprofundada acerca da chamada “atividade probatória” na audiência de custódia, esta entendida como a garantia prevista em diversos instrumentos normativos (principalmente em Tratados Internacionais de Direitos Humanos), que viabiliza a que todo cidadão preso seja conduzido, sem demora, a presença de uma autoridade judicial, que deverá analisar a legalidade e a necessidade da prisão, assim como verificar eventual ocorrência de tortura ou maus tratos na abordagem policial. A atividade probatória no âmbito da audiência de custódia possui grande destaque, porquanto permitirá a ampliação no convencimento do juiz, ao entrar no mérito do caso penal. Ademais, no Brasil, a audiência de custódia foi regulamentada a partir da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça e da Lei Federal nº 13.964/2019.

Israel Tibes Wense de Almeida de Gomes

INTRODUÇÃO

A audiência de custódia consiste, sinteticamente, na rápida condução do indivíduo preso em flagrante à autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, realizar uma análise mais criteriosa da legalidade, da adequação e da necessidade da custódia provisória.

Uma das questões polêmicas sobre a audiência de custódia diz respeito ao limite cognitivo e à proibição de atividade probatória pelo juiz e também pelas partes. Ora, o artigo 8º, inciso VIII, da Resolução 213 do CNJ, anuncia que o juiz deve 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, traduzindo, então, a impossibilidade de formulação de perguntas ao cidadão conduzido sobre o mérito do caso penal. Todavia, será que as audiências de custódia deveriam admitir atividade probatória? Ora, como influenciar o julgador no convencimento sobre essas questões sem entrar no mérito do caso penal?

O objetivo deste trabalho é analisar o impacto dessa orientação no sistema processual penal brasileiro, especialmente por trazer reflexos à parte acusada de algum delito. Alerta-se que o assunto, até então, é pouco tratado nos estudos promovidos no país.

Ressalta-se que a presente pesquisa utilizou como método de pesquisa o bibliográfico com base teórica, consistindo na pesquisa nas leis nacionais e resoluções vigentes pertinentes ao tema, estudos jurídicos existentes e artigos publicados na internet.

Para facilitar a compreensão, a abordagem do tema será dividida em três capítulos. Num momento inicial, no primeiro capítulo, irá ser tratado acerca da prisão provisória (cautelar), discorrendo sobre a prisão preventiva e suas peculiaridades e, também, acerca da prisão em flagrante, analisando os tipos de flagrante, procedimento e exceções ao mesmo, dando ênfase às obras de Norberto Avena, Nestor Távora, Fábio Roque, Renato Brasileiro Lima e Guilherme de Souza Nucci.

Em seguida, no segundo capítulo, irá ser abordada a audiência de custódia e as disposições da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, que tratou de sua regulamentação, e determinou que toda pessoa presa em flagrante delito fosse,

obrigatoriamente, apresentada a autoridade judicial competente. Neste segundo capítulo, irá ser tratado acerca dos princípios constitucionais atinentes ao tema e será discorrido sobre as disposições do Pacto de São José da Costa Rica.

E, finalmente, no terceiro capítulo, será abordado sobre a (in)atividade probatória na audiência de custódia e tentar-se-á esclarecer se tal proibição realmente beneficia a parte acusada.

A PRISÃO PROVISÓRIA

A prisão provisória é aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ademais, este tipo de cárcere não tem por objetivo a punição do indivíduo, mas sim impedir que venha ele a praticar novos delitos (relacionados ou não com aquele pelo qual está segregado) ou que sua conduta interfira na apuração dos fatos e na própria aplicação da sanção correspondente ao crime praticado.

Desta forma, a prisão provisória possui natureza eminentemente cautelar, razão pela qual não viola o princípio da presunção de inocência, tampouco qualquer outro direito ou garantia assegurada na Constituição Federal.

Prisão preventiva

Conceito

A teor do art. 311 do CPP, se tem que a prisão preventiva é uma medida cautelar que pode ser decretada, pelo juiz, a qualquer momento para assegurar a finalidade útil do processo criminal, desde que a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Com a palavra Avena (2014, p. 898):

“A prisão preventiva é modalidade de segregação provisória, decretada judicialmente, desde que concorram os pressupostos que a autorizam e as hipóteses que a admitem (arts. 312 e 313 do CPP). Possui natureza cautelar, já que tem por objetivo a tutela da sociedade, da investigação criminal/processo penal e da aplicação da pena. (grifo nosso)”

Complementa Távora e Roque (2016, p. 491) que: “como medida cautelar, a preventiva pressupõe a coexistência do *fumus comissi delicti* (fumaça da prática do delito) e do *periculum libertatis* (perigo da liberdade), que justifiquem o cárcere cautelar.”

Assim, há que se falar que a prisão preventiva somente será decretada, pelo magistrado, caso estejam presentes seus requisitos legais, ocorram os motivos autorizadores e nenhuma outra medida cautelar diversa da prisão supra a necessidade existente. Tais

requisitos serão estudados nos tópicos seguintes.

Natureza Jurídica

Por se tratar de medida que visa assegurar a sociedade, a aplicação da pena e a investigação criminal, a natureza da prisão preventiva é cautelar.

Discorre Capez (2012, p. 329) que a prisão preventiva tem “[...] natureza cautelar e tem por objetivo garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, cuja natural demora pode comprometer sua efetividade, tornando-o inútil”.

Pressupostos para a decretação da prisão preventiva

Para a decretação da prisão preventiva é necessário a presença do *fumus boni juris* (fumaça do bom direito), também denominado de *fumus comissi delicti*, consubstanciado na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria ou participação, descritos na parte final do art. 312 do CPP.

Quanto à prova da existência do crime Nucci (2013, p. 621) destaca que:

“[...] é a certeza de que ocorreu uma infração penal, não se podendo determinar o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência de evento típico”, ou seja, é a materialidade nas infrações que deixam vestígios, ou a existência de sua ocorrência comprovada nos autos.”

Já o indício suficiente de autoria ou participação traduz-se em elementos mínimos para a convicção de que foi aquela pessoa que cometeu tal delito. Nas palavras de Avena (2014, p. 897):

“[...] é aquele que, muito embora situado no campo da probabilidade, baseia-se em fatores concretos indicativos de que o indivíduo, efetivamente, possa ter praticado a infração penal sob apuração. Não se demanda, enfim, neste juízo provisório, prova plena de autoria, já que este é grau de certeza exigido por ocasião do mérito da ação penal, quando se visa à condenação do acusado.”

Fundamentos

Para que ocorra a prisão preventiva é necessário que, além dos pressupostos, coexista pelo menos uma das circunstâncias descritas no art. 312, caput e parágrafo único

do Código de Processo Penal.

Tais circunstâncias são tidas como *periculum libertatis* ou *periculum in mora* que consiste, nas sábias palavras de Lima (2013, p. 905) “[...] como o perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade acarreta para a investigação criminal, para o processo penal, para a efetividade do direito penal ou para a segurança social”.

Assim, a liberdade do suspeito deve ser um empecilho para a efetividade da investigação criminal ou para as demais fases do processo.

a) Garantia da ordem pública

Para Nucci (2013, p. 622) tal fundamento previsto no caput do art. 312, CPP traduz-se na “[...] indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito”.

Complementa Távora e Roque (2016, p. 491):

“A expressão ordem pública é por demais imprecisa, dando margem a diversas interpretações quanto ao seu conteúdo e abrangência. Somos partidários da tese de que a ordem pública está em risco quando há a probabilidade da reiteração de delitos, em razão da manutenção da liberdade.”

Assim, entendem-se por garantia de ordem pública não o fato de a sociedade estar apavorada por conta do suspeito e o crime cometido, mas sim com o fato de ser o criminoso extremamente perigoso e este continuando solto poderá cometer novos crimes. Ademais, o clamor público não é, isoladamente, um fator determinante para a decretação da prisão preventiva.

b) Garantia da ordem econômica

Tal fundamento refere-se a crimes contra a atividade econômica, ou seja, crimes que impeça o livre exercício de tal atividade. Conceitua Lima (2013, p. 911):

“O conceito de garantia de ordem econômica assemelha-se ao de garantia de ordem pública, porém relacionado a crimes contra a ordem econômica, ou seja, possibilita a prisão do agente caso haja risco de reiteração delituosa em relação a infrações penais que perturbem o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso do poder econômico, objetivando a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4º).”

Complementa Távora e Roque (2016, p. 491) dizendo que “[...] este fundamento foi

trazido pela Lei nº 8.884/1994 (Lei Antitruste), objetivando coibir a reiteração de condutas que afetem a ordem econômica.”

Ademais, é importante destacar que para que ocorra a prisão preventiva nos crimes contra a ordem econômica, é também necessário observar, além da gravidade da lesão, que os outros requisitos autorizadores dispostos no art. 312, CPP estejam presentes.

c) Garantia de aplicação da lei penal

Nas palavras de Avena (2014, p. 901) a garantia de aplicação da lei penal “É motivo da prisão preventiva que se fundamenta no receio justificado de que o agente se afasta do distrito da culpa, impedindo a execução da pena imposta em eventual sentença condenatória”.

Esclarecem Távora e Roque (2016, p. 491):

“[...] deve haver risco considerável de fuga, com fundamentos concretos que indiquem que o imputado pretende eximir-se da responsabilidade criminal evadindo-se. A mera ausência do réu a um ato do processo, mesmo que injustificada, não faz presumir a fuga, podendo o magistrado valer-se da condução coercitiva, conforme o caso (art. 260, CPP).”

Desta forma, a prisão preventiva é autorizada para evitar que o acusado escape de futura aplicação da lei penal, pois há indícios suficientes que demonstrem que o acusado se furtará de possível pena imposta em sentença. Dentre destes indícios estão que o acusado não tem residência fixa, ocupação lícita ou algo que o estabeleça no distrito em que cometeu o delito.

Quanto a crime cometido por estrangeiro, o fato de não ter residência no Brasil não autoriza, por si só, a prisão preventiva, pois pode existir acordo entre os países que permita a colaboração durante a tramitação do processo criminal. Assevera Lima (2013, p. 915):

“[...] conclui-se que a condição jurídica de não nacional e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório, mormente se houver acordo de assistência judiciária entre o Brasil e o país de origem do acusado em matéria penal, a permitir apoio durante a tramitação do inquérito e de eventual processo criminal.”

d) Conveniência da instrução criminal

A prisão preventiva pelo fundamento da conveniência da instrução criminal visa

assegurar a produção de provas garantindo-se, assim, o devido processo legal. Afirma Lima (2013, p. 915) que a “decretação [da prisão preventiva] está condicionada [...] à necessidade ou indispensabilidade da medida a fim de possibilitar o bom andamento da instrução criminal”.

Complementam Távora e Roque (2016, p. 491):

“(...) o objetivo é a preservação da livre produção probatória, despida de qualquer tipo de coação que possa ser exercida pelo imputado ou por pessoas ligadas a ele. Por força da lei nº 11.900/09, o temor da vítima e/ou testemunhas quanto à presença do imputado na audiência de instrução e julgamento pode justificar a realização da oitiva por videoconferência (art. 185, § 2º, III, CPP).”

Ademais, a inovação trazida pela Lei nº 12.403/11 diz respeito à possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva quando houver o descumprimento de alguma medida cautelar pessoal (art. 319, CPP, *infra*) aplicada. Tais medidas devem ser impostas pelo magistrado, reservando-se a prisão preventiva para as hipóteses em que aquelas se revelam insuficientes ou inadequadas.

Ora, o descumprimento da medida cautelar imposta conduz à constatação inarredável de sua insuficiência, com o que se legitima a prisão preventiva.

Hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva

As hipóteses ou condições de admissibilidade para a decretação da prisão preventiva estão elencadas no art. 313, CPP, respectivamente:

“Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

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;

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;

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).”

Depreende-se do artigo supracitado que a prisão preventiva somente será cabível quando:

a) for o crime doloso com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos.

Ensina Távora e Roque (2016, p. 502):

“[...] A preventiva só é admitida em crime doloso. Ficam excluídos, peremptoriamente, os delitos culposos e as contravenções; a redação anterior à Reforma era muito explícita nesse sentido, pois o caput do artigo em apreço reservava a preventiva aos crimes dolosos.”

b) réus reincidentes em crimes dolosos, com sentença transitada em julgado, ressaltando que a reincidência deve ocorrer no prazo de 5 (cinco) anos entre a condenação anterior e a atual, conforme traz o art. 64, inciso I do Código Penal.

Assevera Távora e Roque (2016, p. 503) que “[...] é possível a decretação da preventiva em caso de reincidência em crime doloso.”

Ou seja, ainda que se trate de crime com pena não superior a quatro anos, poderá ser decretada a prisão preventiva se o réu for reincidente em crime doloso.

Nesse sentido traz Capez (2012, p. 332):

“[...] mesmo que a pena máxima cominada seja igual ou inferior a quatro anos, caberá a prisão preventiva. Basta a condenação por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado, e desde que não tenha ocorrido a prescrição da reincidência (mais de cinco anos entre a extinção da pena anterior e a prática do novo crime).”

Assim, sendo o réu reincidente em crime doloso, não importando se a pena máxima for ou não superior a quatro anos, será decretada a prisão preventiva caso estejam presentes os pressupostos e fundamentos autorizadores e respeitado o prazo depurador de cinco anos disposto no art. 64, I, CP.

c) crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

É de se observar no inciso III que o objetivo da prisão preventiva neste caso é o

de garantir a execução das medidas protetivas de urgência previstas no art. 76, parágrafo único da Lei nº. 9.099/95 e na Lei nº. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

d) se houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Para que o Estado possa deflagrar a persecução penal, é indispensável que se saiba contra quem será instaurado o processo. Individualiza-se a pessoa por meio de seu prenome, nome, apelido, estado civil, naturalidade, data de nascimento, número da carteira de identidade, número do cadastro de pessoa física (CPF), profissão, filiação, residência etc.

Esclarece Lima (2013, p. 923 – 924):

“[...] havendo dúvida sobre a identidade civil da pessoa, ou caso esta não forneça elementos suficientes para seu esclarecimento, a prisão preventiva poderá ser decretada para assegurar a aplicação da lei penal ou a conveniência da instrução criminal, evitando-se, ademais, possíveis erros judiciais.”

Neste caso tem-se que, além de garantir a futura aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal – fundamentos para a decretação da preventiva – à prisão preventiva para esclarecer que se possa esclarecer a identidade da pessoa contribui para evitar possíveis erros judiciais, ressaltando que esta será decretada somente em último caso, quando outras medidas não forem suficientes.

Importante destacar também os apontamentos de Távora e Roque (2016, p. 503): “Não vemos razão para a segregação cautelar em face da insubsistência da identificação civil, afinal, a omissão deveria ser suprida por meio de identificação criminal (Lei nº 12.037/09), e não do cárcere.”

Têm razão os últimos doutrinadores, mesmo porque a prisão deve (ou deveria) ser a *ultima ratio*, não sendo possível a sua decretação por motivos de identificação civil, mormente por haver institutos para essa finalidade, como a identificação criminal, prevista na Lei nº 12.037/09.

Com a emergência da Lei n 13.964 de 2019, tem-se que também não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena

ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia (art. 313, §2º, do Código de Processo Penal).

Hipóteses de inadmissibilidade da prisão preventiva

De forma implícita pela lei, não é admitida a prisão preventiva nas contravenções penais. Já de forma explícita, extrai-se do art. 314, CPP que não se admite a prisão preventiva caso o agente tenha praticado o crime em estado de necessidade, legítima defesa e em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (excludentes de ilicitude previstas no art. 23, CP). Ensina Nucci (2014, p. 80):

Afinal, se existe forte tendência para se considerar lícito o fato cometido, inexistente qualquer sentido em decretar a prisão cautelar do agente. Aliás, esse dispositivo encontra-se em harmonia com o disposto pelo art. 310, §1º, do CPP, que prevê a concessão de liberdade provisória, sem fiança, quando o agente, preso em flagrante, tiver praticado o fato nas condições constantes dos incisos I a III do art. 23 do Código Penal.

Tais excludentes de ilicitude são também chamadas de causas justificativas, afastam a ilicitude do ato, mas não a tipicidade.

O estado de necessidade ocorre quando o agente pratica um fato para evitar perigo atual e iminente, desde que não provocado por sua vontade e nem há outra forma de evitar tal perigo para resguardar direito próprio ou alheio.

A legítima defesa é quando o agente, usando dos meios moderados, afasta injusta agressão, atual ou iminente (prestes a acontecer), defendendo direito próprio ou de outrem.

Já o estrito cumprimento de dever legal ocorre quando a lei impõe ao agente que pratique determinada conduta.

Por último, temos o exercício regular de direito que ocorre quando o agente age dentro dos limites do direito exercido para proteger direito próprio, como por exemplo, o desforço imediato no esbulho possessório.

Prisão temporária

Conceito

A prisão temporária tem sua previsão na Lei nº. 7.960/89 e trata-se de medida cautelar destinada a garantir a eficácia nas investigações das infrações penais de natureza grave decretada durante a fase de inquérito policial, presidido pelo Delegado de Polícia.

A prisão temporária é uma medida privativa de liberdade de locomoção, decretada por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações de crimes considerados graves (listados na referida Lei), e somente é admitido durante o inquérito policial.

Explica Nucci (2014, p. 48): “A prisão temporária é uma das modalidades de prisão cautelar, de cunho persecutório penal, decretada na fase de investigação criminal, com o objetivo de aprimorá-la, tornando-a eficiente, dentro dos parâmetros constitucionais.”

Desta forma, é de se observar que inexistente qualquer possibilidade de decretação da prisão temporária durante a fase judicial, pois para esse estágio da persecução penal, serve-se o Estado da prisão preventiva.

Hipóteses de cabimento

Além de ser o delito considerado grave, para que ocorra a prisão temporária necessário se faz que a situação esteja enquadrada no art. 1º, da Lei nº. 7.690/89, respectivamente:

“Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - Quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).”

Conforme incisos I e II, a prisão temporária será decretada devido a sua imprescindibilidade para a investigação criminal e quando o indiciado não tiver residência fixa ou forneça elementos que esclareçam a sua identidade.

Entretanto, não pode o juiz fundamentar a prisão temporária somente nestes dois incisos, devendo combinar o inciso III que traz o rol dos crimes considerados graves, além de considerar as outras leis especiais de natureza grave.

Esclarece Nucci (2013, p. 599):

“[...] não se pode decretar a temporária somente porque o inciso I foi preenchido, pois isso implicaria viabilizar a prisão para qualquer delito, inclusive os de menor potencial ofensivo, desde que fosse imprescindível para a investigação policial. Não parece lógico, ainda, decretar a temporária unicamente porque o agente não tem residência fixa ou não é corretamente identificado, em qualquer delito. Logo, o mais aceitado é combinar essas duas situações com os crimes enumerados no inciso III, e outras leis especiais, de natureza grave, o que justifica a segregação cautelar do indiciado. [...]”

Assim, a prisão temporária será decretada devido à combinação dos três incisos do art. 1º, em especial do inciso III, pois a mesma é para os crimes de natureza mais grave, não cabendo para os de menor potencial ofensivo.

Convém mais uma vez ressaltar que a prisão temporária apenas será decretada durante a fase do inquérito policial, já quanto a fase judicial a medida a ser utilizada é a prisão preventiva, salientando que não há possibilidade de fungibilidade entre a prisão provisória e a temporária.

Prazos

Enquanto que na prisão preventiva não há prazo definido para a sua duração, na prisão temporária, conforme art. 2º, *caput*, da Lei nº. 7.960/89 temos o prazo de 05 (cinco) dias podendo ser prorrogado uma única vez por igual período.

Quando tratar-se de crimes hediondos ou equiparados o prazo será de 30 (trinta) dias prorrogáveis uma única vez por igual período (art. 2º, § 4º da Lei nº. 8.072/90).

Quanto à prorrogação do prazo de duração, esta não é automática, devendo sua imprescindibilidade ser comprovada com base em elementos colhidos enquanto o acusado estava preso.

Procedimento

Tal procedimento encontra-se previsto no art. 2º, *caput* e parágrafos da Lei nº. 7960/89. No *caput* temos que a autoridade competente para a decretação da prisão temporária é o juiz, entretanto não pode ser decretada de ofício, dependendo de representação do Ministério Público ou representação da autoridade policial (neste caso o juiz deve ouvir o Ministério Público antes de decidir, conforme art. 2º, § 1º).

Recebida a representação ou requerimento o juiz tem prazo de 24 (vinte e quatro horas) para proferir fundamentadamente decisão que decrete ou indefira a prisão temporária (art. 2º, § 2º).

Decretada a prisão temporária será expedido mandado de prisão em duas vias, uma será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa (art. 2º, § 4º).

Dispõe o § 3º que o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, poderá determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo e delito.

Prisão em flagrante

O termo flagrante vem do latim *flagrans*, que significa ardente, queimante, brilhante. É o crime que está sendo praticado ou acabou de sê-lo. Assim a prisão em flagrante é

aquela que ocorre no momento da prática criminosa ou momentos após. Deste modo dispõe Renato Brasileiro:

A expressão 'flagrante' deriva do latim 'flagrare' (queimar), e 'flagrans', 'flagrantis' (ardente, brilhante, resplandecente), que, no léxico, significa acalorado, evidente, notório, visível, manifesto. Em linguagem jurídica, flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da própria sociedade. (LIMA, 2014, p. 859)

Está prevista no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal de 1988 e nos artigos 301 a 310 do Código de Processo Penal, a prisão em flagrante é a modalidade de prisão em que não há a expedição de mandado pelo juiz, uma vez que não tem como saber quem e onde será praticado determinado crime, assim trata-se de uma forma de autodefesa da sociedade.

Ademais, para a doutrina majoritária, a prisão em flagrante é tratada como uma modalidade de prisão cautelar. Importante ressaltar doutrina de Avena (2014, p. 857) que aponta: "(...) a prisão preventiva que possui natureza cautelar e não a prisão em flagrante que, por anteceder à preventiva no regramento do art. 310, II, do CPP, assume a natureza de prisão precautelar." (grifo nosso).

Insta salientar que é justamente logo após a prisão em flagrante que o instituto da audiência de custódia se faz presente e deve ser assegurado, pois se trata de uma garantia prevista em nosso ordenamento jurídico.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E AS DISPOSIÇÕES DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Audiência de custódia

Conceito e previsão normativa

A audiência de custódia, também chamada de audiência de apresentação, até pouco tempo não possuía previsão expressa em nosso Código de Processo Penal. Incluída pelo *Pacote Anticrime* no art. 3-B, parágrafo 1º, do CPP, o instituto da audiência de custódia é previsto na Convenção Americana de DH (Pacto de San José). No Brasil, em termos de regulamentação doméstica, foi de forma inaugural instituída pelo Conselho Nacional de Justiça em 2015, ressaltando-se que o STF já decidiu que essa regulamentação é constitucional pois a resolução não criou obrigações, mas sim o Pacto de San José (CADH).

Com efeito, o art. 7º, item 5º da CADH estatui que:

“Art. 7º, item 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença do 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”. (grifo nosso).

Como se percebe, a audiência de custódia consiste em apertada síntese, no direito da pessoa, presa em situação de flagrância, em ser conduzida à presença do magistrado.

A implementação das audiências de custódia está prevista em pactos e tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo Brasil, como o **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos** e a **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Além disso, a realização das audiências de custódia foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar, em 2015, a ADI 5240¹ e a ADPF 347².

À vista disto, o Conselho Nacional de Justiça, aprovou, no dia 15 de dezembro de 2015, a Resolução nº 213, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

¹ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4711319>

² <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>

A referida Resolução do CNJ determina em seu primeiro artigo, respectivamente:

“Art. 1º (...) 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.” (grifo nosso)

Ademais, 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. Ainda, é vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia.

Finalidades

Nas palavras de Lopes Júnior e Paiva (2014, p. 03) a audiência de custódia tem “[...] a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um *encontro* do juiz com o preso.”

Desta forma, vários doutrinadores enxergam a audiência de custódia como uma das soluções para a superlotação nos presídios, pois argumentam que o instituto contribui diretamente para a prevenção de desaparecimentos forçados, execuções sumárias, e entre outros tipos de torturas cometidos, principalmente, por condutores dos presos.

Cumprе ressaltar que há entendimentos opostos, no sentido de não ser a medida a ser adotada no momento, pois poderá aumentar o volume de pautas de audiências e, também, por ser o delegado de polícia, a autoridade competente para realizar a primeira análise da legalidade da prisão. Este é o entendimento de Thiago Costa (2015):

“[...] o delegado de polícia está inserido no conceito amplo de autoridade previsto nos tratados de direitos humanos, razão pela qual se conclui que o sistema processual brasileiro não só está de acordo com os tratados internacionais como vai além e estabelece um duplo controle de legalidade da prisão em flagrante, realizado, *a priori*, pelo delegado de polícia, e *a posteriori*, pelo juiz de direito.”

Por outro lado, antes da regulamentação do instituto pelo Pacote Anticrime, havia também quem entendia que a resolução editada pelo CNJ que regulamenta as audiências de custódia careceria de legalidade. Este era o entendimento de Távora e Roque (2016, p. 480):

“De antemão, cabe mencionar que referida resolução nos parece de uma manifesta ilegalidade. O procedimento a ser adotado em um ato de tamanha relevância demanda lei, aprovada pela União. Não há dúvidas de que os juízes podem adotar a resolução do CNJ como referência, sobretudo diante da ausência de legislação específica sobre a matéria. Não se lhe pode ser conferida, todavia, o caráter cogente, sob pena de se permitir ao Conselho usurpar a competência constitucional do legislador.”

De toda sorte, sem adentrar na questão da inconstitucionalidade formal da resolução editada pelo CNJ, não se pode negar que ela constituiu um inegável avanço, ao traçar os parâmetros a serem seguidos pelo juiz diante da prisão de uma pessoa, sendo uma das formas de assegurar os princípios constitucionais da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

Aliás, dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça apontaram que as audiências de custódia já evitaram a prisão desnecessária de mais de 45 (quarenta e cinco) mil presos que não precisavam aguardar o julgamento no cárcere no ano de 2016, logo após a inaugural regulamentação do instituto no Brasil.

Desta forma, não há dúvidas de que o instituto da audiência de custódia é de observância obrigatória pelos juízes e tribunais, observado o artigo 7.5 da CADH, a normatização da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, bem como a previsão legal incluída pelo *Pacote Anticrime* no art. 3-B, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, que impõem a realização das audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Disposições de caráter humanizatório da CADH

Em 22 de novembro de 1969 foi assinado a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) entre os países integrantes da Organização de Estados Americanos (OEA) e entrou em vigência em 18 de julho de 1978. Este tratado internacional tem como propósito instituir os direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à igualdade, etc., trata também das garantias judiciais, ou seja, visa garantir que os países que ratificaram o pacto internacional respeitem os seus princípios.

No Brasil, como dito em tópico anterior, a CADH foi ratificada em 06 de novembro de

1992, pelo decreto nº 678, quatro anos após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), onde constam os direitos e garantias fundamentais a todas as pessoas, sem quaisquer discriminações negativas.

Conforme palavras de Melgaço e Moreno (2010, p. 05) em artigo redigido e intitulado “Comentários Pacto de São José da Costa Rica”:

“Consiste numa das bases do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos. Os Estados Signatários desta Convenção se comprometem a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que está sujeita à sua jurisdição, sem qualquer discriminação”.

Se o exercício de tais direitos e liberdades não estiverem ainda assegurados na legislação ou outras disposições, os Estados membros estão obrigados a adotar as medidas legais ou de outro caráter para que venham a tornarem-se efetivas.

Desta forma, a Convenção Americana de Direitos Humanos tem como finalidade assegurar o estabelecimento do regime de liberdade pessoal e justiça social, assegurando, assim, a dignidade da pessoa humana, pois os países membros devem adotar medidas que efetivem direitos e liberdades inerentes à pessoa humana.

Em suma, a CADH é composta por 82 artigos, separados em três partes: Parte I sobre os Deveres dos Estados e Direitos Protegidos; a Parte II sobre os ‘Meios de Proteção’ e a Parte III, sobre as ‘Disposições Gerais e Transitórias’. O segundo capítulo da Parte I trata dos “Direitos Cíveis e Políticos” onde anuncia as situações desiguais de sua proteção. Os referidos direitos são:

a) Reconhecimento da personalidade jurídica;

b) Direito à vida: traz que o direito à vida deve ser protegido por lei e que ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. A pena de morte só poderá ser imposta pelos delitos mais graves nos países que não a aboliram. Já naqueles países que aboliram a pena de morte, esta não poderá ser restabelecida;

c) Direito à integridade pessoal: à integridade pessoal abrange a física, psíquica e moral. Dispõe o item 2 do art. 5º que “Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o devido respeito à dignidade inerente ao ser humano”. Assim, ninguém deve ser

submetido a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes e, muito menos, submetido a torturas. Desta forma, a pena não pode passar da pessoa que cometeu o delito e que processados e condenados devem ficar separados;

d) Proibição da escravidão e da servidão: ninguém poderá ser obrigado a executar trabalho forçado ou obrigatório;

e) Direito à liberdade pessoal: só haverá a privação da liberdade física de alguém se existirem causas e condições previamente estabelecidas na Constituição ou nas leis promulgadas em conformidade com a Constituição, ou seja, prisões arbitrárias, sem fundamento legal, são proibidas. Ademais, deve ser informada a pessoa presa os motivos da prisão.

No tópico relativo à liberdade pessoal é que se encontra a audiência de custódia, previsto no item 5 do art. 7º. Neste item é anunciado a garantia de que tem a pessoa detida de ser conduzida sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais, além do direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade;

f) Garantias judiciais: assegura-se o direito a toda pessoa de “ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial”. Aqui é resguardado o princípio da presunção de inocência e a assistência gratuita por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal, além de demais garantias que assegurem o devido processo legal (art. 8);

g) Princípio da legalidade e da retroatividade da lei penal benéfica (a lei penal só poderá retroagir para beneficiar o réu) consta no art. 9;

h) Direito a indenização por erro judiciário (art. 10).

i) Direito à proteção da honra e da dignidade: “[...] ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”. (RAMOS, 2014, p. 242);

j) Direito à liberdade de consciência e de religião: uma pessoa não pode ser submetida a medidas que limitem sua liberdade de conservar sua religião ou crença, assegura-se a liberdade de professar e divulgar as mesmas;

k) Liberdade de pensamento e de expressão: Ramos (2014, p. 243) traz que “Pela Convenção, esse direito não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores [...]”. Assim, não se pode restringir a liberdade de pensamento ou de expressão, caso ocorra desrespeito aos direitos e à reputação de outras pessoas deverá ser aplicada a lei, responsabilizando a pessoa que cometeu o ato;

l) Direito de retificação ou resposta: é assegurado a toda pessoa que for ofendida o direito de resposta realizada no mesmo local (emissora) a qual se deram as informações falsas ou inexatas;

m) Direito de reunião pacífica e sem armas;

n) Liberdade de associação: as pessoas podem associar-se livremente, seja por fins religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas etc. Sendo que a restrição de tal associação deve vir prevista em lei e sua imposição deve ser extremamente necessária;

o) Proteção da família: trata-se da base da sociedade, devendo ser especialmente protegida;

p) Direito a uma nacionalidade: entende-se por nacionalidade aquela do Estado onde a pessoa nasceu, caso ela não tenha direito a outra nacionalidade. Não pode impedir que a pessoa mude de nacionalidade quando for possível;

q) Direito à propriedade privada: toda pessoa tem direito de uso e gozo de seus bens, entretanto a lei pode subordiná-los ao interesse social, como é o caso da desapropriação, desde que haja pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social.

r) Direito de circulação e de residência: a pessoa tem direito de circular livremente no território em que se encontra e de residir no mesmo. “Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional nem ser privado do direito de nele entrar”;

s) Direitos políticos: dentre estes direitos políticos está o de votar e ser eleito em eleições periódicas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto;

t) Direito à igualdade perante a lei: a toda pessoa é garantido o tratamento igual perante a lei, não podendo haver nenhum tipo de discriminação;

u) Proteção judicial: é assegurado a toda pessoa um recurso simples e rápido que a proteja contra atos que violem seus direitos e garantias fundamentais.

A PROIBIÇÃO DE ATIVIDADE PROBATÓRIA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Resolução nº 213 do CNJ e a *problemática* da (in)atividade probatória na audiência de custódia

Um dos temas mais polêmicos no âmbito da audiência de custódia diz respeito ao limite cognitivo e à proibição de atividade probatória pelas partes (Ministério Público e Defesa) e pela autoridade judicial. De fato, muito se questiona no meio acadêmico o que pode ser perguntado à pessoa presa na sua apresentação ao juiz bem como se é permitido formular perguntas à pessoa presa sobre o mérito do caso concreto ou devem limitar-se às questões estritamente relacionadas à prisão.

Previsão normativa

A discussão se inicia pelo fato da Resolução nº 213, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, responsável pela inauguração do instituto da audiência de custódia no Brasil, adotar a orientação pela impossibilidade de formulação de perguntas ao cidadão conduzido sobre o mérito do caso penal, conforme se vê em alguns de seus preceitos, respectivamente no artigo 8º, inciso VIII:

“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;” (grifo nosso).

A Resolução nº 213 do CNJ ainda prevê que o juiz deverá indeferir perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, em seu artigo 8º, §1º:

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

No Código de Processo Penal, após a inclusão do instituto da audiência de custódia pelo Pacote Anticrime, não há previsão legal semelhante.

Ou seja, se determinado sujeito é preso em flagrante, v.g., acusado do delito de tráfico de drogas e, em seguida, apresentado em uma audiência de custódia, não se poderá adentrar no mérito do caso concreto, impedindo o acusado de dizer, por exemplo, que realmente trazia droga consigo, mas que era para consumo próprio.

Ora, o sujeito detido necessita ter total liberdade de falar na audiência de custódia para poder influenciar no convencimento do juiz, comunicando, por exemplo, que agiu em legítima defesa ou que não foi ele quem incorreu no crime ou, ainda, assumindo a autoria do fato, agregar uma tese defensiva que possa contribuir para sua liberação.

É interessante observar que os tratados internacionais de direitos humanos e a legislação processual penal de outros países não estabelecem nenhum limite cognitivo para essa audiência de apresentação da pessoa presa. Nesta esteira é o entendimento de Caio Paiva (2016, p. 06), em seu artigo intitulado “Audiência de custódia deveria admitir atividade probatória”, o autor traz que:

“Nas minhas pesquisas sobre o assunto também não encontrei uma orientação da doutrina estrangeira no sentido de que o juiz e as partes devem se abster de formular à pessoa presa qualquer pergunta relacionada ao mérito do caso penal. O fato de a audiência de custódia estar relacionada na normativa internacional ao direito à liberdade pessoal, embora auxilie na explicação sobre as finalidades desse ato processual, não parece ser o bastante para legitimar a proibição de qualquer atividade probatória.”

À vista disso, espera-se que o Poder Legislativo, quando tratar do tema em termos de atualização, possa promover essas alterações no Código de Processo Penal, para assim, garantir uma maior humanização nas audiências de custódia.

Discussão doutrinária

Por conseguinte, alguns autores costumam invocar dois argumentos para justificar a proibição de atividade probatória na audiência de custódia: primeiro, o retrocesso causado pela antecipação do interrogatório; e segundo, a inexistência de contraditório na fase de investigação.

Quanto ao primeiro argumento, no âmbito da audiência de custódia, em verdade, não haverá uma antecipação de interrogatório, porquanto a pessoa detida estará sendo

orientada por um defensor bem como estará ciente de seu direito ao silêncio. Nesse sentido, dispõe Paiva:

“Não há dúvida de que a alteração procedimental promovida pela Lei 11.719/2008, com a colocação do interrogatório como sendo o último ato de instrução (artigo 400, *caput*, do CPP), representou um avanço e trouxe um benefício para o acusado, que agora exercita o seu direito à defesa pessoal após ter conhecimento de toda a atividade probatória desenvolvida no processo, em especial do depoimento prestado pelas testemunhas arroladas pela acusação e pela vítima. No entanto, em nada prejudica esse cenário o fato de se permitir a atividade probatória na audiência de custódia, seja porque a pessoa presa será orientada pela sua defesa técnica (privada, por meio de advogado, ou pública, pela Defensoria) e cientificada pelo juiz do seu direito ao silêncio, seja — principalmente — porque este *interrogatório* naturalmente estará limitado àquele contexto da flagrância, em que as manifestações da vítima, das testemunhas e, sobretudo, do acusado, são provisórias e sujeitas à ratificação ou retificação em juízo. (Paiva, 2016)”

Em relação ao segundo argumento, também não merece acolhimento. Ora, a audiência de custódia não pode ser considerada ato ou instrumento de investigação, pois a partir do momento em que o conduzido é apresentado ao juiz, o auto de prisão em flagrante é *judicializado*, e a prisão imediatamente adquire a natureza de ato processual, incidindo as garantias da ampla defesa e do contraditório.

De outro giro, conforme dito, a orientação que restou acolhida pela Resolução 213 do CNJ, possui uma nítida pretensão de promover uma separação rigorosa entre cautelar e mérito do caso penal. Em verdade, esta pretensão não encontra guarida em nosso ordenamento jurídico.

O Código de Processo Penal exige prova da materialidade do crime e indícios de autoria para que a prisão preventiva possa ser decretada (artigo 312, *caput*). A Lei da Prisão Temporária exige fundadas razões, de acordo com as provas, de autoria ou participação do investigado (artigo 1º, II), para que a prisão temporária possa ser decretada. Ainda, o CPP preceitua que a autoridade judicial deve conceder liberdade provisória, e não converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando o agente tiver praticado o fato amparado por excludente de ilicitude (artigo 310, parágrafo único), dispondo, ainda, que em caso algum se admitirá a decretação de prisão preventiva se presente esta situação (artigo 314, CPP).

Aproveitamento do conteúdo da audiência de custódia

Ao vedar a atividade probatória na audiência de custódia, sem previsão semelhante na lei, a Resolução nº 213 do CNJ nada abordou sobre o aproveitamento do conteúdo que for produzido nela, omitindo-se quanto à possibilidade de eventual pronunciamento da pessoa detida sobre o mérito dos fatos a serem utilizados como prova acusatória na fase processual penal.

No âmbito doutrinário, o tema divide opiniões, havendo tanto quem defenda a tese da impossibilidade de utilização do conteúdo da audiência de custódia como expediente probatório na ação penal quanto quem não enxergue nenhum inconveniente neste procedimento. Sobre este assunto, é válido o posicionamento de Paiva (2016):

“Para quem defende a proibição de atividade probatória na audiência de custódia, eventual colheita de confissão da pessoa presa naquela ocasião consistirá em prova ilícita, devendo ser desentranhada do processo nos termos do artigo 157, caput, do CPP, proibindo-se, então, a sua utilização como expediente probatório na fase processual. Esta deverá ser a conclusão se mantido o cenário normativo desenhado no PLS 554 e na Resolução 213 do CNJ. Por outro lado, para quem admite a atividade probatória na audiência de custódia, não há argumento capaz de impedir a utilização de eventual confissão da pessoa presa na fase processual.”

Destarte, considerando que em determinado caso concreto em que a audiência de custódia tenha tratado exclusivamente da legalidade e da necessidade da prisão, sem qualquer incursão no mérito do caso penal, não há motivo e revela-se impertinente proibir a juntada dos autos da audiência de custódia em apenso aos autos do processo principal, e isso porque o devido processo legal e a garantia da publicidade dos atos processuais devem prevalecer.

Ademais, cumpre ressaltar que eventual confissão da pessoa detida pronunciada na audiência de custódia não se afigura uma prova irrepetível e poderá, inclusive, ser objeto de retificação pelo acusado quando do seu interrogatório ao final da instrução processual penal.

Violação ao direito de confronto

Diante de todo o exposto, conclui-se que a vedação da atividade probatória na audiência de custódia ocasiona uma verdadeira violação ao direito de confronto, que se

trata de uma decorrência da garantia do contraditório.

O conduzido deve ter total liberdade de fala na audiência de custódia para produzir provas e influenciar no convencimento do juiz, podendo neste momento, alegar que agiu sob o manto de alguma excludente de ilicitude, por exemplo, ou que não foi o responsável pelo cometimento do delito ou, ainda, admitindo a autoria do crime, se utilizar de estratégias defensivas, objetivando angariar alguma decisão favorável para si.

Enfim, a pessoa presa em flagrante e apresentada ao juiz deve possuir o direito de *confrontar* a versão trazida pela polícia na audiência de custódia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estatuto Processual Penal vigente, não estabelece a necessidade de apresentação do sujeito detido à autoridade judiciária, limitando-se a dispor que a prisão deve ser comunicada ao juízo, com o envio do auto de prisão em flagrante.

Este método utilizado rotineiramente há décadas, resultou em vários abusos por parte, principalmente, de policiais que efetuam prisões diariamente, daí o porquê de a doutrina moderna dizer que a audiência de custódia no Brasil veio em boa hora, com a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um encontro direto do juiz com o preso.

O que temos visualizado é o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais elencadas na Constituição Federal de 1988 e em Tratados e Convenções internacionais ao qual o Brasil internalizou em seu ordenamento jurídico e é signatário. Um dos exemplos, senão o maior, é o desrespeito e abusos sofridos pelos presos, que permanecem recolhidos por muito mais tempo do que deveriam.

Ocorre que o Brasil internalizou a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto dos Direitos Civis e Políticos que trata da audiência de custódia e, além disso, o instituto foi regulamentado no Brasil, em termos de legislação doméstica, pelo Pacote Anticrime ao inserir o art. 3-B, parágrafo 1º, no Código de Processo Penal, em 24 de dezembro de 2019.

Em boa hora, o Conselho Nacional de Justiça regulamentou em 15 de dezembro de 2015, através da Resolução nº 213, acerca da indispensabilidade de apresentação ao juiz de qualquer pessoa que for presa ou detida, sem demora, a fim de que tenha um julgamento dentro de prazo razoável ou que seja concedida a liberdade provisória.

Por conseguinte, referida modificação no ordenamento jurídico brasileiro revelou-se necessária e premente, haja vista que proporciona o ajuste do processo penal brasileiro aos tratados internacionais, evitando a manutenção de prisões ilegais e despiciendas, contribuindo para a redução da superpopulação carcerária e, acima de tudo, efetivará direitos fundamentais à ampla defesa, à presunção de inocência bem como ao contraditório.

Destarte, a Resolução nº 213 do CNJ seguiu a orientação pela impossibilidade de formulação de perguntas ao cidadão conduzido, sobre o mérito do caso penal, devendo as partes 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. Todavia, restou demonstrado que isto não traz benefícios ao acusado, somente prejudicando-o.

Deste modo, a pessoa presa necessita ter total liberdade de comunicação na audiência de custódia para poder influenciar no convencimento do magistrado, falando, por exemplo, que agiu em legítima defesa ou que não foi ele quem incorreu no delito ou, ainda, assumindo a autoria do crime, agregar uma tese defensiva que possa contribuir para sua liberação.

Trata-se de uma orientação ainda tímida na doutrina contemporânea, mas que merece ser discutida e difundida, pois, acredita-se que traria um maior avanço no instituto da audiência de custódia, preservando o contraditório assim como o direito de confronto.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal: esquematizado. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: L13964 (planalto.gov.br). Acesso em: 11 de jan. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 out. de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Senado, 1941.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Thiago. Audiência de custódia – avanço ou risco ao sistema acusatório. Disponível: <<http://thiagofscosta.jusbrasil.com.br/artigos/161368436/audienciadecustodia-avanco-ou-risco-ao-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 14 abr. 2016 às 15:01h.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n. 213, de 15 de dez. de 2015. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, n. 1.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Volume único. 2º edição – 3ª tiragem. Salvador/BA: Editora JUSPODIVM, 2013.

LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES Jr, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Disponível: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rco_n_id=209>. Acesso em: 14 out. 2016 às 23:18h.

MELGAÇO, Danilo; MORENO, Ícaro. Comentários sobre o Pacto de San José da Costa Rica. Disponível: <<https://brasildireito.wordpress.com/2010/10/26/comentarios-sobre-o-pacto-de-san-jose-da-costa-rica/>>. Acesso: 05 fev. 2023 às 10:35 h.

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), 1969. Disponível: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 05 fev. 2023 às 10:25 h.

PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Florianópolis/SC: Editora Empório do direito, 2015.

PAIVA, Caio. Audiências de custódia deveriam admitir atividade probatória. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria>> Acesso em: 03 mar. 2017, às 02:32h.

PAIVA, Caio. Depoimento da audiência de custódia pode ser utilizado na Ação Penal? Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-23/tribuna-defensoria-depoimento-audiencia-custodia-utilizado-acao-penal>> Acesso em: 10 fev. 2023, às 15:32h

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2014.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. Código de Processo Penal para concursos. 7ª ed. ver. e atual. Salvador/BA: Editora JUSPODIVM, 2016.

ZAMPIER, Deborah. Audiências de custódia já evitaram 45 mil prisões desnecessárias. Disponível: <https://www.cnj.jus.br/audiencias-de-custodia-ja-evitaram-45-mil-prisoas-desnecessarias-2/> Acesso em: 11 fev. 2023, às 11:03h.

Sobre o Autor

Israel Tibes Wense de Almeida Gomes

Pós-graduado em Direito Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade de Cuiabá (UNIC). Assessor de Gabinete de Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de Mato Grosso (TJMT)

Índice Remissivo

A

análise 9, 24
atividade probatória 2, 8, 9, 10, 30, 31, 32, 33, 37
audiência 2, 8, 9, 10, 15, 22, 23, 24, 25, 27, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40
audiências 9, 23, 24, 25, 31
autoridade 8, 9, 10, 11, 21, 23, 24, 25, 27, 30, 32, 35, 40

C

cidadão 8, 9, 30, 36
condenatória 11, 14
constitucional 23, 25
contraditório 9, 31, 32, 34, 35, 36
crime 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 21, 22, 31, 32, 34, 36
criminal 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20
criminoso 13
custódia 2, 8, 9, 10, 22, 23, 24, 25, 27, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40
custódia provisória 9

D

delito 9, 11, 12, 13, 14, 19, 20, 21, 22, 24, 27, 30, 31, 34, 36
direito 2, 11, 12, 13, 18, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 32, 33, 34, 36, 37

F

flagrante 9, 18, 21, 22, 24, 30, 31, 32, 34, 35, 36

I

indivíduo 9, 11, 12
instrumentos 8
investigação 9, 11, 12, 13, 18, 19, 20, 24, 30, 31, 32, 36

J

judicial 8, 9, 10, 19, 20, 22, 23, 24, 29, 30, 32, 40
juiz 8, 9, 11, 15, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 30, 31, 32, 34, 35, 37
jurídicos 9

L

legalidade 8, 9, 24, 27, 33, 40
liberdade 11, 13, 15, 16, 18, 19, 23, 25, 26, 27, 28, 31, 32, 34, 35, 36

M

maus tratos 8

P

penal 8, 9, 11, 12, 13, 14, 17, 19, 27, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37

pessoa 9, 12, 15, 16, 17, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36

policiais 24, 35

policial 8, 11, 19, 20, 21

prática 11, 13, 16, 22

presídios 24

princípios 10, 25

prisão 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 27, 30, 32, 33, 35, 36

processo criminal 11, 14

provisória 9, 11, 18, 20, 32, 35

pública 13, 28, 32

R

risco 13, 14, 37

S

sentença 11, 14, 15, 16

sociedade 11, 12, 13, 22, 28

T

tortura 8



AYA EDITORA
2023