

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: interpretando o artigo 8, VIII, e parágrafo primeiro da Resolução 213/2015 do CNJ.

Marco Aurélio Nascimento Amado*
Débora Ataíde**

Exposição

O presente artigo tem como objeto a prática da Audiência de Custódia no Brasil, com destaque aos limites impostos pela Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, em seu artigo 8º, inciso VIII e parágrafo 1º, que traz a seguinte redação:

Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:
[...]. VIII – *abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante.*

§ 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica,

* Promotor de Justiça do estado da Bahia, ex-Defensor Público do estado do Ceará (2008-2010), ex-Advogado (2004-2008), ex-Assessor Jurídico Parlamentar, autor de artigos publicados no sítio virtual “Conteúdo Jurídico” (Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br>.) e pós graduado em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera – Uniderp (Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes) e em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca (Espanha). Vencedor do Prêmio Nacional de “Melhor Monografia” (Pós-Graduação Jurídica – Rede de Ensino Luis Flávio Gomes – LFG – 7 Seminário de Produção Acadêmica da Anhanguera – 2014). Membro da Banca Examinadora do Concurso Público para Ingresso no Cargo de Promotor de Justiça Substituto do Estado da Bahia – 2014/2015 (Examinador de Direito Constitucional). Mestrando no Mestrado de Segurança Pública, Justiça e Cidadania – MPBA/UFBA.

** Estagiária do MP-BA.

nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, *devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação*, permitindo-lhes, em seguida, requerer. (g.n.)

O que vem ocorrendo, em algumas comarcas do estado da Bahia,¹ na aplicação prática do mencionado dispositivo, é que alguns magistrados têm realizado, com a devida licença, uma leitura apressada deste inciso VIII e parágrafo primeiro acabando por indeferir toda e qualquer pergunta, seja aquela realizada pelo membro do MP, seja a efetivada por profissional da Defensoria Pública ou da Advocacia, que tangencie o mérito (situação fática) acerca da conduta/circunstância que resultou na prisão da pessoa flagranteada.

Justificativa

O tema é de elevada importância uma vez que a audiência de custódia é a apresentação, sem demora, daquele que foi preso quando estava praticando ato delituoso, ou logo após praticar determinada infração penal, perante a autoridade judiciária (juiz), que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre Ministério Público e a Defesa técnica, controlar a legalidade e a necessidade da prisão, bem como apreciar a (in)existência de maus tratos ou tortura por parte dos agentes policiais que efeturaram a custódia.

Há limites precisos e rigidamente contornáveis acerca das perguntas sobre as circunstâncias em que se efetivou a prisão da pessoa flagranteada? Afigura-se legítimo o indeferimento radical de todo o questionamento que tangencie o “mérito dos fatos” que geraram a prisão em flagrante de determinada pessoa?

O presente ensaio abordará algumas nuances da audiência de custódia, sob o prisma do direito internacional e interno, bem como investigará os limites de aplicação das medidas cautelares nesta fase pré-processual. Por fim, será analisado o papel do Ministério Público nas audiências de custódia e as implicações da restrição desmedida à formulação de perguntas por parte do Promotor de Justiça.

Fundamento

A audiência de custódia no Brasil foi implantada em fevereiro de 2015, incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Portanto, é um instituto novo que caminha a passos lentos de forma gradual e passível de reformas

¹ Na comarca de Paulo Afonso, o ilustre Magistrado que exerce as suas funções na Vara de Execuções Penais possui entendimento de caráter extremamente restritivo acerca da possibilidade de realização de perguntas ao flagranteado nas audiências de custódia.

e adaptações. Consiste na apresentação física, em curto prazo, da pessoa presa ao Poder Judiciário, a fim de verificar a (1) a legalidade da prisão, (2) as eventuais ocorrências de abusos de autoridade ou tortura e (3) a análise da (des)necessidade da custódia cautelar.

Este ato colhe inspiração no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe:

Artigo 7º – Direito à liberdade pessoal [...] 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de 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. (g.n.)

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também ratificado pelo Brasil, normatiza a matéria em seu art. 9º, item 3:

[...] qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. (g.n)

Dessa forma, toda pessoa presa em flagrante delito deverá ser apresentada, em até vinte e quatro horas, perante a autoridade judicial que, com a participação do Ministério Público e da Defesa Técnica, analisará a circunstância da prisão realizada. Ao final desta audiência, o Juiz decidirá, nos termos do artigo 310 do CPP, acerca da (1) conversão do flagrante em prisão preventiva; (2) aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; (3) relaxamento da prisão em flagrante; (4) concessão de liberdade provisória sem a necessidade de fiança ou outra medida cautelar prevista no art. 319, CPP. Qualquer das decisões tomadas pelo Juiz deve observar o comando do art. 93, IX da Carta Magna.²

Os dispositivos internacionais acima mencionados instilam a proteção aos direitos humanos e exercem forte influência no conteúdo das normas internas brasileiras. Quanto a este aspecto, nada há para se esclarecer, investigar ou criticar.

Contudo, o que não se pode conceber como razoável é a interpretação dada ao dispositivo retro indicado (art. 8º, VIII e parágrafo 1º da Resolução 213/2015, CNJ), no sentido de se impor limites exegéticos rígidos e incontornáveis para proibir qualquer questionamento acerca do mérito (causa, circunstância e consequência) da prisão em flagrante realizada em dado caso.

² Artigo 93 [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Essa limitação acerca do conteúdo das perguntas não existe no direito comparado e, sobretudo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, que é a fonte normativa inspiradora da audiência de custódia no Brasil, não induz qualquer construção hermenêutica desta natureza. Caio Paiva (2016) observa que:

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. *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. (g.n.)

Como conceber, então, como legítima a restrição no sentido de que as perguntas se limitem à circunstância objetiva da prisão (existência, ou não, de tortura e/ou abuso de autoridade) e subjetiva da pessoa presa (dados pessoais, qualificação, etc.)?

Não é compreensível que exista essa censura judicial porque o cenário de apresentação da pessoa presa conta com a presença do Ministério Público e da Defesa Técnica, além da Autoridade Judiciária, com a observância ao contraditório, a ampla defesa (defesa técnica e autodefesa) e ao devido processo legal (dimensão formal e substancial).

Chega a surpreender que não haja discussão maior acerca da possibilidade de se adentrar no mérito das perguntas acerca da prisão realizada no ato da lavratura do APF (auto de prisão em flagrante), que possui natureza jurídica meramente administrativa, e realizar tal restrição na audiência de custódia, na qual se encontram presentes os atores processuais que são capazes de viabilizar a higidez do futuro processo penal.

Ora, como pode a Autoridade Policial, no APF, aprofundar-se em todas as causas, circunstâncias e consequências da suposta infração penal cometida pela pessoa flagranteada e o Juiz, membro do MP, da DP e o profissional da Advocacia não fazê-lo na audiência de custódia, ainda que perfunctoriamente?

Segundo a interpretação dada por alguns magistrados acerca do conteúdo do parágrafo 1º do art. 8º da Resolução 213/2015 do CNJ, o MP está impedido de fazer perguntas que adentrem no mérito, ainda que seja para opinar sobre as medidas cautelares adequadas a cada caso concreto. Este viés interpretativo impede o membro do MP de buscar elucidar questões fáticas fundamentais que possibilitarão averiguar e sopesar qual a medida cautelar mais adequada para o desate de determinada situação específica. Mais uma vez, indagasse: como joieirar com tamanho rigor científico o que pode, e o que não pode, ser objeto de indagação à pessoa flagranteada?

A prisão preventiva deverá ser decretada sempre que presentes os seus requisitos e pressupostos, conforme dispõe o artigo 312 do CPP. Na busca de se verificar a (in)existência de determinado requisito para a decretação da custódia cautelar, como filtrar, por exemplo, o receio concreto de que a liberdade do indivíduo pode trazer algum prejuízo à futura aplicação da lei penal? Far-se-á necessário adentrar ao mérito para fundamentar (*de fato* e de direito) qual o suporte específico que motivará esta decisão.

Não é demasiado recordar que a legislação processual penal normatiza que o juiz deverá conceder liberdade provisória, e não converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando o agente tiver praticado o fato em condições que configurem a existência de excludentes de ilicitude³ (artigo 310, parágrafo único, CPP). Ora, estas modulações só são passíveis de aferição mediante perguntas que adentrem no mérito da situação que gerou a prisão da pessoa flagranteadada.

De outro lado, a garantia constitucional da plenitude da defesa abarca não só a defesa técnica como também a autodefesa que é reconhecida como de extrema importância, em que o réu valendo-se do “direito de audiência”, manifesta-se contrapondo as acusações, apresentando a sua versão sobre os fatos de modo que venha a influir no convencimento do julgador.

É entendimento do Supremo Tribunal Federal:

[...] O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do “due process of law” [...]. Essa prerrogativa processual reveste-se de caráter fundamental, pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu processado por suposta prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados. STF Habeas Corpus: HC 9350, Segunda Turma, Min. Celso de Mello-06/08/2009 SP.

Não há como compatibilizar o “direito de audiência” e a proibição de perguntas que adentram ao mérito da prisão. O direito à autodefesa não estaria vulnerado ao se proibir que a pessoa flagranteadada explicita a sua versão para as imputações que recaem sobre ela? Cremos que sim.

A censura judicial em adentrar-se no mérito da causa penal geradora da prisão traz implicações sérias que, inclusive, ferem mandamentos constitucionais, se apresentando como um ruído do sistema inquisitório não compatível com o Carta Política vigente.

³ Artigo 23 CP – Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Considerações finais

A limitação exegética de alguns magistrados acima apontada descaracteriza a função constitucional do Ministério Público e os atributos normativos a ele ofertados, vulnerando, inclusive, a sua autonomia. A investigação criminal, incluindo a que se inicia com a lavratura do auto de prisão em flagrante, é destinada ao MP não só por ser fiscal da ordem jurídica, mas porque (e principalmente) é o titular da ação penal.

É pouco proveitoso que o Ministério Público se faça presente de forma limitada à audiência de custódia, sendo-lhe dificultada a produção de subsídios necessários para opinar, concordar, discordar e influenciar no convencimento do julgador. Vale lembrar que interessa, sobretudo ao MP, não permitir uma prisão ilegítima, circunstância que, não raras vezes, somente se viabilizará caso o Promotor de Justiça possa bem aquilatar todas as circunstâncias que engendraram a prisão de determinada pessoa.

A audiência de custódia é o momento oportuno para interrogar o imputado não só sobre a atuação dos agentes estatais que efetivaram a sua prisão (tutela dos direitos da pessoa flagranteadada), como também sobre as circunstâncias que circundam a conduta tida como criminosa (tutela dos direitos da sociedade). Isto porque, ao passo em que o acusado pode ser inocente ou injustiçado, pode desvelar-se um caso delitivo que realmente aflija a comunidade local pela prática de um delito de gravidade concreta a ser melhor dimensionada na oportunidade em que exercida o famigerado “direito de audiência”.

A audiência de custódia é esta oportunidade!

Ante o exposto, a interpretação jurídica que limita desarrazoadamente as perguntas a serem realizadas pelo MP ou pela Defesa Técnica, impedindo que se adentre nas questões de mérito do caso apresentado, se apresenta ilegítima e possível causadora de inomináveis injustiças de ordem prática.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Dispõe a convenção americana sobre direitos humanos. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Dispõe o pacto internacional sobre direitos civis e políticos. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o código de direito processual penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a audiência de custódia. *Conselho Nacional de Justiça*. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 15 out. 2016.

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

