

Título: AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO ELEMENTO DE PROVA

Marcelle Rodrigues da Costa e Faria

Promotora de Justiça titular da 28ª Promotoria de Justiça de Cuiabá/MT

Resumo: Uma vez integrado ao nosso ordenamento jurídico como garantia fundamental do acusado, estudar-se-á, o valor probatório da audiência de custódia, através da análise dos termos da Resolução 213/2015 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011, que não admitem as declarações prestadas pelo preso na solenidade como meio de prova, equiparando-as à prova ilícita.

Síntese Dogmática da proposição: Uma vez prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, regulamentada pela Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, a apresentação do preso à autoridade judicial constitui ato formal, solene e lícito, que deve integrar a investigação e consequentemente a ação penal, sendo equiparada a elementos de informação, colhidos na fase pre-processual.

Sumário: Introdução. 1. Da prova ilícita. 1.1. Da prova ilícita na legislação alienígena. 1.2. Da prova ilícita na legislação brasileira. 2. Da solenidade da custódia. 2.1. Das declarações durante a audiência de custódia. 2.2. Razões pelas quais as declarações prestadas na audiência de custódia sejam equiparadas à prova ilícita. 2.2.1. Do sistema acusatório. 2.3. Razões para que as declarações prestadas na audiência de custódia integrem a ação penal. 2.3.1 Das denúncias de Tortura. Conclusão.

Palavra-Chave: Audiência de Custódia; declarações do custodiado; valor probatório; prova ilícita.

Introdução

Com a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos pela República Federativa do Brasil, através do Decreto 678, de 06 de novembro de 1992, especialmente o seu artigo 7º, item 05, foi estabelecida a garantia do preso provisório de ser apresentado a uma autoridade judicial prontamente.

A fim de regulamentar o convencionado no citado Tratado Internacional, o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução 213/2015, determinou e estabeleceu o procedimento para a apresentação do preso em flagrante delito em todo território nacional.

O procedimento trazido pela Resolução 213/2015, visa a sobejo tutelar as garantias materiais e acessórias inerentes ao direito fundamental de liberdade quando determina no seu art. 4º “que 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, sendo vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia.”

A garantia da ampla defesa do custodiado está assegurada da mesma forma no seu art. 6º, que concede ao preso o atendimento prévio e reservado por advogado ou defensor público em lugar reservado e apropriado.

Além disso, a presença do Ministério Público, órgão incumbido da defesa da sociedade, na solenidade de apresentação do preso, atende ao princípio do contraditório estabelece a discussão dialética das circunstâncias da prisão, uma vez que a moderna doutrina é uníssona em afirmar que o princípio do contraditório é uma garantia para acusação e Defesa sob pena de proteção deficiente em relação a direitos da vítima e da própria coletividade. (BEDÊ JÚNIRO, SENNA, 2009. p. 27)

Posto isso, e considerando a forma com que a audiência de custódia ingressou no ordenamento jurídico pátrio, pretende o presente artigo avaliar o valor probatório do ato na persecução penal.

A Resolução 213 do CNJ, além de limitar a sua cognição, impedindo perguntas sobre os fatos, também, no seu art. 12, impôs que o termo de audiência de custódia seja apensado ao inquérito ou ação, e alguns tribunais do país determinam o desentranhamento do depoimento do custodiado prestado na solenidade estudada, atribuindo-se tratamento de prova ilícita, vedada, inadmissível no nosso ordenamento jurídico.

No mesmo diapasão do Conselho Nacional de Justiça, de não admitir o depoimento do custodiado como meio de prova, o Senado Federal, no Projeto de Lei 554/2011, que visa alterar o art. 306 do Código de Processo Penal, para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante, trata a solenidade como prova vedada, nos seguintes termos:

“A oitiva a que se refere parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da

marcellefaria55@hotmail.com

marcelle.faria@mpmt.mp.br

Fone: (65) 999310835

prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.”

A reflexão que se propõe no presente trabalho é porque, ato solene e tão caro à persecução penal, não pode ser considerado como meio de prova? Qual a razão de equiparar um depoimento prestado perante uma autoridade judicial, com o acompanhamento do Ministério Público, após prévia entrevista com o Defensor, constituído ou nomeado, à prova ilícita, não podendo ser colacionada à futura ação penal.

1. Da Prova Ilícita

Para Antonio Magalhaes Gomes filho a prova é muito mais que trazer ao juiz o conhecimento dos fatos em que se fundam as pretensões dos litigantes, pois possui função legitimadora das decisões judiciais.

(GOMES FILHO, 1999. p. 249)

Dessa forma, o Estado impõe limites para a produção probatória, vedando as realizadas em ofensa a direitos e garantias constitucionais, como as produzidas mediante tortura, ofensa à integridade física, dignidade e liberdade, especialmente no processo penal, de forma a garantir a legitimação do sistema punitivo.

1. 1. Da prova ilícita na legislação alienígena.

Até o século XIX admitia-se a prova ilícita, não sendo sua validade afetada pelos meios utilizados para a sua obtenção, punindo-se tão somente o ato abusivo.

Historicamente a evolução da legislação ocidental para proibir as provas ilícitas e delas derivadas deu-se para conter abusos policiais, evitando-se confissão proveniente de coação ou tortura.

No julgamento do caso *Weeks v. United States*, onde documentos foram apreendidos na residência do acusado sem o respectivo mandado judicial, a Suprema Corte Americana, paradigmaticamente, declarou como imprestáveis as provas obtidas com infração de garantias constitucionais, determinando o respectivo descarte para que não produzissem qualquer efeito. (ROVEGNO, 2011. p. 427)

Isso porque a Suprema Corte observou que a previsão das sanções civis penais e administrativas não constituía freio suficiente à atuação ilegal da polícia. (GOMES FILHO, 2008. p. 263)

Imperioso, portanto, sublinhar que a vedação à prova ilícita, deu-se tão somente para evitar agressões a direitos e garantias fundamentais. Em sendo assim, considerando que a resolução 213 e o Projeto de Lei 554/2011 vedam as declarações prestadas pelo custodiado como meio de prova, considerando-as inadmissíveis, equipara-as à prova ilícita. Dessa forma, pretende esclarecer por quais razões o interrogatório do preso, prestado durante a solenidade de custódia é inadmissível se nesse momento ele não tem nenhum direito ou garantia violados.

No direito inglês hodiernamente prevalece o conteúdo da prova e seu valor independentemente da forma em que fora colhida, “afirma-se que seria obstáculo perigoso à administração da justiça que as provas conseguidas de forma ilegal não pudessem ser utilizadas. Entende-se que a função dos tribunais é a de verificar se um crime foi cometido pelo acusado, não a de fiscalizar como a polícia exerce suas atribuições na descoberta das provas. De qualquer modo, reconhece-se um poder discricionário ao juiz para excluir as provas resultantes de um procedimento irregular ou *unfair*, mas essa não constitui seguramente regra geral.” (GOMES FILHO, 1999. p. 255)

A Constituição Portuguesa Portugal dispôs no seu art. 32 da Constituição: São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa a integridade, abusiva intromissão da vida privada

Assim, destaca-se que a inadmissibilidade da prova ilícita, ou a produzida por meios ilícitos, garantia processual, possui como fundamento a proteção de garantias e direitos fundamentais, tanto que a Constituição Lusitana, que proíbe esse tipo de prova, é contundente: “as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa a integridade, abusiva intromissão na vida privada.”

1.2. Da prova ilícita na legislação brasileira

No Brasil, durante muito tempo vigorou o princípio da veracidade da prova, onde a prova era analisada pela carga de convencimento que continha. A irregularidade ou ilegalidade de sua obtenção era aferida em outra seara, sem repercutir na sua admissibilidade. (GOMES FILHO, 2008. p. 264)

O art. 332 do CPC de 1973 previa que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

Contudo, a Constituição da República de 1988 que erigiu a dignidade da pessoa humana como seu fundamento, estabeleceu que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CR).

Neste norte, o Código de Processo Penal arrematou no seu artigo 157: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

O texto legal deixa cristalino que a prova ilícita, inadmissível, é a decorrente de violação a normas constitucionais e legais, pergunta-se, a solenidade da audiência de custódia viola norma constitucional? Viola lei? Questão que pretende responder em seguida.

2. Da Solenidade da Custódia

A Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamentou o ato processual de apresentação do preso à autoridade judicial, trouxe novidade no procedimento das prisões em flagrante e decorrentes de mandados judiciais.

O art. 8º prevê o procedimento para a apresentação do custodiado, que deve ser entrevistado pelo juiz, oportunidade em que o magistrado deverá: esclarecer-lhe o que é audiência de custódia; seu direito ao silêncio; questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição; questionar sobre ocorrência de tortura e maus tratos e o tratamento recebido das autoridades; verificar a realização do exame de corpo de delito e averiguar hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória com ou sem imposição de medida cautelar.

Neste momento, chama a atenção para o que o inciso oitavo do dispositivo em comento que prevê: o juiz, durante a entrevista com o preso, deverá “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.”

A reflexão que se propõe é a seguinte, se na oportunidade o magistrado questionará as circunstâncias da prisão, tendo sido o segregado preso em flagrante delito, como desvincular a segregação do fato? Insiste: Se as circunstâncias da prisão se deram em decorrência da prática do delito, como narrar as circunstâncias sem adentrar na prática do crime, nos fatos?

Outrossim, o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo legal acentua que o magistrado deve indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer a prisão preventiva.

Ora, se na oportunidade será decidida a prisão preventiva ou liberdade provisória, como não avaliar as circunstâncias fáticas? Como não apreciar os fatos justificadores da prisão em flagrante se a medida cautelar a ser imposta deverá ter os requisitos à sua decretação, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*.

No *fumus comissi delicti* cobra-se a existência de lastro probatório mínimo sobre a materialidade do crime e o dolo e culpa do autor. Nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, necessária estar demonstrada a materialidade do delito e indícios de autoria, ou seja, impossível, naquela oportunidade, desconSIDerar os fatos que justificaram a prisão.

O *periculum in libertatis* que também deve ser analisado na solenidade da custódia para decidir sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, consiste na demonstração do efetivo risco da liberdade ampla e irrestrita do agente, assegurando-se o resultado prático do processo.

Posto isso, é evidente que, no momento da apresentação do preso à autoridade judicial será analisado se estão presentes os requisitos ensejadores à prisão cautelar, e como limitar a autonomia judicial, e até mesmo a liberdade de expressão do segregado, que na maioria das vezes quer falar, quer se expressar, até mesmo, como momento de defesa, apresentar sua versão, justificar sua conduta, e ser beneficiado ou com a confissão ou com uma medida cautelar mais benéfica que a segregação ou até mesmo apresentar uma causa de exclusão de ilicitude ou culpabilidade.

Limitar o conhecimento em crucial momento da persecução penal é prejudicial não só para a sociedade, que espera uma resposta rápida e eficiente no combate à criminalidade, como também o é para o preso, que tem a sua liberdade de expressão tolhida, não podendo apresentar uma versão que o

beneficiará, como causas de exclusão de ilicitude ou culpabilidade e até mesmo a confissão que é atenuante genérica.

Douglas Fischer fundamenta que a limitação cognitiva, ou seja, a proibição do magistrado realizar perguntas sobre o fato ao custodiado, está diretamente ligada ao direito constitucional do preso não produzir provas em seu favor, justificando que *“É fundamental notar que a audiência de custódia não tem a finalidade de produção de provas, notadamente em desfavor do preso. O Objetivo do ato é, unicamente, aferir se, na prisão, não houve a violação de direitos fundamentais, bem assim se não há recomendação da adoção de medidas cautelares menos gravosas.”* (FISCHER, 2017. p.105)

Além disso CAIO PAIVA, revendo posicionamento anteriormente adotado na primeira edição de sua obra *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro*, na terceira edição de 2018, concluiu:

“É interessante observar que os tratados internacionais de direitos humanos e a legislação processual penal de outros países não estabelecem nenhum limite cognitivo para esta audiência de apresentação de pessoa presa. Nas minhas pesquisas sobre o assunto, também não encontrei uma orientação na 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 da pessoa, embora auxilie na explicação sobre as finalidades desse ato processual, não parece ser o bastante para legitimar a proibição de qualquer atividade probatória.” (PAIVA, 2018. p. 130)

2.1. Das declarações durante a audiência de Custódia

Conforme ponderado acima, é salutar destacar que o fim precípua do ato em estudo é aferir se houve violação de garantia e direito fundamental no momento da prisão, não tendo finalidade de produção de provas, principalmente em desfavor do preso (*nemo tenetur se detegere*), mesmo porque, nesse momento, não há acusação formalizada.

Ocorre que, e se o custodiado, após prévia conversa com o seu advogado, espontaneamente, ainda que não perguntado pelo juiz presidente do ato, confessa a autoria delitiva? Não poderia o juiz levar em conta para fundamentar o decreto de prisão preventiva? A autodefesa, direito do segregado, não engloba a confissão, que certamente lhe trará benefícios e a liberdade de expressão, direito fundamental constitucional? Seria possível posterior aproveitamento das declarações prestadas pelo preso na audiência de custódia, ainda que sejam auto-incriminatórias?

Nos termos da Resolução em comento, essa confissão é inservível, inadmissível e, embora colhida com a observância de todos os direitos e garantias fundamentais do custodiado, vem entendendo equivocadamente os Tribunais que é vedada, equiparando o ato de forma exagerada a prova ilícita, em total dissonância ao princípio da proporcionalidade em seu duplo grau (proibição do excesso e da proteção deficiente)

Ademais, é cediço que a apresentação do preso em juízo para fins de apreciação da prisão ordenada, antes da propositura da ação penal não é novidade no nosso ordenamento jurídico, uma vez que já era prevista no art. 656 do Código de Processo Penal, a saber:

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

Parágrafo único. Em caso de desobediência, será expedido mandado de prisão contra o detentor, que será processado na forma da lei, e o juiz providenciará para que o paciente seja tirado da prisão e apresentado em juízo.”

Em nenhum momento, no entanto, a legislação adjetiva determina o desentranhamento do ato da ação penal, ou limita a cognição do juízo, portanto, prova lícita, admissível e que integra a ação penal.

Qual a diferença da audiência de custódia, como ato solene e meio de prova, da apresentação prevista no art. 656 do Código de Processo Penal? Nenhuma. Então por que o ato da custódia não integra a ação penal, possui limitação cognitiva e, por ser inadmissível como meio de prova, equipara-se à prova ilícita, como se houvesse sido colhida com violação a direito e garantia fundamental? É o que passa a descrever em seguida.

2.2 Razões pelas quais as declarações prestadas na audiência de custódia sejam equiparadas à prova ilícita

Primeiramente, argumenta-se que como o interrogatório constitui o último ato processual, a utilização do Termo de Audiência de Custódia em um processo poderia violar direitos do custodiado, razão pela qual optou-se por vedar a inquirição do preso sobre o mérito da imputação.

marcellefaria55@hotmail.com

marcelle.faria@mpmt.mp.br

Fone: (65) 999310835

Com a devida vênia, se a declaração prestada pelo custodiado perante uma autoridade judicial, após previa entrevista com seu defensor, irá prejudica-lo ou não numa eventual ação penal futura, é consequência do ato, e não de sua essência, caso contrário, nenhuma prova poderia ser colhida durante as investigações policiais, sob pena de prejudicar o investigado futuramente. Não se poderia realizar exames de corpo de delito durante a investigação e nem colher material de DNA, por exemplo. Esse argumento é simplista e superficial.

Outrossim, a interpretação do conteúdo do ato, eventualmente favoráveis ou desfavoráveis ao acusado é atividade inerente ao julgador, típica de seu *mister*.

Dessa forma pretendeu o legislador excluir tal declaração da análise de provas do juiz, querendo limitar com regras fixas o seu livre convencimento, nas palavras de C.J.A Mittermaier, “uma loucura querer comprimir com regras fixas a livre ação de faculdade, inata em todos os homens, de procurar e descobrir a verdade das coisas, dessa faculdade que vem em auxílio a todo indivíduo nas ocorrências cotidianas da vida privada. Embaraçar, assim, seu livre desenvolvimento não é encerrar o juiz prudente e experimentado em um círculo, que não pode transpor, e que lhe serve de obstáculo? Não é criar para o juiz ainda novo e inábil uma tutela ineficaz, e, que nunca lhe dará ciência, que lhe falta?” (MITTERMAIER, 1997. p. 69).

Para o doutrinador, “o legislador, ilude-se, se considera a convicção do juiz como o resultado direto das provas organizadas segundo o seu sistema; muito ao contrário, deriva ela da lei natural, resulta do concurso de uma infinita multidão de motivos, apoia-se em uma série interminável de pequenas circunstâncias”, e finaliza afirmando “que no espírito de cada juiz é uma circunstancia diversa que triunfa e determina a certeza.” (MITTERMAIER, 1997. p. 70).

Além disso, conclama-se a refletir: qual direito do custodiado poderia ser violado, se o depoimento é prestado perante a autoridade judicial e do Ministério Público, após prévia entrevista com o Defensor constituído e, na impossibilidade, de Defensor Público? A verdade dos fatos é alterada conforme a ordem do depoimento do segregado/réu? A verdade não é uma só, independentemente do momento em que fora colhida?

Considerando que o tempo que passa é a verdade que foge, o depoimento prestado pelo custodiado, imediatamente após sua prisão em flagrante, deveria ser considerado o mais fidedigno, uma vez que detém todos os detalhes ainda vivos na memória, sem qualquer compromisso com o tempo decorrido ou com outras sugestões decorridas. Infelizmente não é dessa forma que pensou o legislador, fruto do garantismo monocular hiperbólico, que segundo Douglas Fischer acomete a doutrina e legislação brasileira, que enxerga no direito penal e processo penal tão somente garantias do acusado, ensejando proteção deficiente dos bens jurídicos que o atual Estado Social de Direito deve tutelar, seja através do direito penal, seja através do direito processual penal. (FISCHER, 2010. p. 47)

Segundamente, os defensores da inadmissibilidade do termo de audiência de custódia integrar a ação penal, afirmam que o ato feriria o sistema acusatório.

2.2.1. Do sistema acusatório

É sabido que a doutrina não é uníssona em relação aos elementos essenciais do sistema acusatório, destacando sempre que a separação entre as atividades de acusação e julgamento devem ser distintas de forma a garantir a imparcialidade do juiz, exigindo-lhe uma postura sensata e de equilíbrio no transcorrer do processo. (BEDÊ JUNIOR, SENNA, 2009. p. 31)

Mauro Fonseca Andrade, em fantástica obra dedicada à análise dos sistemas penais, conclui, que o sistema acusatório possui dois elementos fixos para a sua caracterização: 1) a obrigatória separação entre as figuras do acusador distinto do juiz, e que corresponde ao princípio acusatório e; 2) um particular efeito produzido pelo ajuizamento da acusação, que é determinar a abertura do processo. Isso implica dizer que a investigação criminal, no sistema acusatório, constitui-se numa atividade de natureza administrativa, e que a abertura do processo acusatório significa, na verdade, igualmente o início do julgamento, com a apresentação da defesa e obtenção de provas. (ANDRADE, 2013. p. 269)

Luigi Ferrajoli, ao delimitar o sistema acusatório discorre: “pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciando pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção.” (FERRAJOLI, 2006)

Traçados os elementos obrigatórios, volta-se a indagar: a custódia do flagrantado, que é ouvido sob as circunstâncias da sua prisão, fere o sistema acusatório?

Antes necessário definir se a audiência de custódia é um ato processual, realizado num procedimento, ou é um ato procedimental num ato pré-procedimental? Sem aprofundar na celeuma, uma vez que o processo penal somente é deflagrado com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público,

marcellefaria55@hotmail.com

marcelle.faria@mpmt.mp.br

Fone: (65) 999310835

o ato da custódia, quando do flagrante delito, é pré-procedimental, já que o auto de prisão em flagrante inaugura o Inquérito Policial, portanto antes de se iniciar o processo.

Dessa forma, o ato da custódia funciona, ou deveria funcionar, como as medidas cautelares deferidas durante a investigação policial, que integram o processo, não constituem provas ilícitas e são admitidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso sem levar em consideração que mesmo sendo ato pré-processual é sobejamente garantido ao segregado a ampla defesa e o contraditório, de nenhuma forma vilipendiando o sistema acusatório, como insiste alguns juristas.

Conforme elucidado, no conceito dos citados doutrinadores, o procedimento da audiência de custódia está sobejamente consonante com o sistema acusatório uma vez que, ao se fazer uma análise percuente do Rito estabelecido pela Resolução 213 do CNJ, verifica-se que a audiência de custódia é realizada com presença de advogados e defensores, Ministério Público, presidida por um juiz imparcial e togado, respeitando assim, o que a maioria doutrinária prescreve como sistema acusatório, não havendo ofensa a qualquer direito fundamental do então custodiado.

Em que pese não seja objeto do presente trabalho, uma vez que o presente faz o recorte da possibilidade do Termo da Audiência e Custódia e suas declarações integrarem a ação penal, e deixa de enfrentar a impossibilidade do juiz que preside o ato questionar a respeito dos fatos objeto de investigação, cabe aqui a seguinte indagação: e se o juiz questionar o segregado sobre os fatos? Estaria ferindo o sistema acusatório?

A doutrina recomenda o afastamento do juiz das investigações preliminares, uma vez inexistindo acusação não cabe ao juiz atuar, sob pena, de se constituir em juiz inquisidor. Ocorre que durante uma investigação há reserva de jurisdição, como as interceptações telefônicas, busca e apreensão, as prisões cautelares e hoje a audiência de custódia, e nenhum desses institutos, previstos no ordenamento jurídico pátrio ferem o sistema acusatório, muito pelo contrário o fortalece.

Voltando ao questionamento se o juiz perguntar sobre os fatos ao segregado, na solenidade da custódia, ou se o sistema acusatório é compatível com os poderes instrutórios do juiz.

É evidente que a preocupação com os poderes instrutórios do juiz se dá em face da sua imparcialidade, ocorre que não se deve confundir imparcialidade com passividade do magistrado, que se dissipa se sua decisão for fundamentada e se for observado o princípio do contraditório, como acontece na solenidade de custódia.

Ora, se a custódia ensejará liberdade do preso, sua prisão, ou qualquer outra medida restritiva de seu direito, ainda que não haja ação penal, o magistrado não deve decidir com dúvida. Às vezes até mesmo uma questão envolvendo a uma excludente de ilicitude ou culpabilidade pode ser questionado ao segregado. Portanto, é absurda a vedação do juiz presidente não poder questionar o custodiado, pautado na ofensa ao acusatório quando o magistrado produz a prova.

Américo Bedê Junior e Gustavo Senna, no mesmo sentido são implacáveis: “Não se acusa ninguém ao produzir prova, não é a gestão da prova que define o tipo penal, o juiz não pode ser mero espectador que se conforme com a mentira formal. (BEDÊ JÚNIOR E SENNA, 2009. p. 36.)

Da mesma forma, a Argentina que adota o sistema acusatório no seu Código de Processo Penal, estabelecendo o princípio do contraditório, da oralidade e da imediação, ao prever a audiência de apresentação do preso, considerou que as declarações prestadas ante o Ministério Público ou ante o juiz interveniente, na presença de defensor tem valor probatório, não determinando em nenhum momento o desentranhamento do depoimento, ou sua inadmissibilidade, como já fazia do Código de Processo Penal brasileiro, no art. 656, alhures citado, a saber:

“Presentación del detenido

Art. 286. - El funcionario o auxiliar de la policía que haya practicado una detención sin orden judicial, deberá presentar al detenido inmediatamente en un plazo que no exceda de seis (6) horas, ante la autoridad judicial competente.”

Contudo o presente trabalho, conforme adrede elucidado, não questiona, em que pese não concorde, a inadmissibilidade de se perguntar a respeito dos fatos durante a entrevista do preso pelo magistrado. O que se questiona é a inadmissibilidade de colacionar as declarações prestadas perante o juiz da custódia na futura ação penal, equiparando o ato a prova violadoras de direitos fundamentais, o que evidentemente não ocorrerá.

2.3. Razões para que as declarações prestadas na audiência de custódia integrem a ação penal.

O depoimento do acusado, logo após a prática do crime, perante uma autoridade judicial, nos termos do art. 7, item 5 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, possui não só sinceridade

marcellefaria55@hotmail.com

marcelle.faria@mpmt.mp.br

Fone: (65) 999310835

cristalina como também representa a liberdade de expressão do custodiado, que no momento utiliza deste direito fundamental para esclarecer as circunstâncias de sua prisão em flagrante, consistindo, portando em prova lícita.

Como sabido, a constituição estabelece o mesmo patamar para o direito ao silêncio e para o direito de expressar-se, e quando o faz, o acusado exerce o seu direito de ampla defesa, uma vez que o interrogatório é o momento para tanto.

Em sendo assim, ao ser apresentado perante o juiz que preside a audiência de custódia, após prévia entrevista com seu Defensor (constituído ou nomeado), o custodiado pode optar por ficar em silêncio, não havendo nenhuma consequência para o seu ato, como já sedimentado há muito na legislação, doutrina e jurisprudência brasileira.

Todavia, após três anos realizando audiências de custódia em Cuiabá, sublinhando que fora a primeira comarca do Brasil a realizar o ato previsto na Resolução 213, verifica-se que naquele momento procedimental, após devida entrevista com seu Defensor, o preso não exerce seu direito de ficar em silêncio, muito pelo contrário, muitas vezes, sem qualquer questionamento pelo magistrado ou Ministério Público ou defesa, demonstrando arrependimento, voluntariamente, utilizando-se da sua liberdade de expressão, confessa a autoria delitiva.

Curioso, que a solenidade de custódia, que serve para conferir garantias e direitos ao preso, nega-lhe justamente a liberdade de expressão, direito este que fundamentou toda construção dogmática dos direitos fundamentais e seus efeitos, quando a Corte Constitucional Alemã decidiu o Caso Lüth.¹

É certo que alguns pensadores sustentam que a confissão é um fenômeno anti-natural, a natureza cerra o lábio do culpado, contudo o que vem ocorrendo nas solenidades de custódia presenciadas, é justamente o inverso, fenômeno descrito por Mittermaier:

“É certo que nada pode fazer calar a voz da alma: o crime uma vez consumado, trava-se uma luta no seio do culpado; falam igualmente alto a sua consciência e o interesse; não pode mais gozar de paz interna, menos que descarregue o fardo do remorso.

Confessa então, para obedecer os ditames da verdade que o guia, e prefere expor-se à pena, que seu crime lhe atrai pela cabeça, a prolongar por mais tempo um martírio insuportável. Uma experiência constante demonstra que até o dia da confissão, manifesta ele todos os sintomas da inquietação, de um tormento interno; feita ela, o seu estado denota a calma de uma consciência aliviada.” (MITTERMAIER, 1997. p. 186)

Ora, exercendo a sua liberdade de expressão na solenidade de apresentação de preso, o segregado que possui autodeterminação, pode confessar o crime, voluntariamente, e, essa confissão, nos termos da Resolução da Custódia e nos termos do PLS 554/2011, ainda que colhida sem ofensa a garantia ou direito fundamental, é equiparada a prova ilícita, sendo inadmissível sua juntada em futura ação penal, o que entende ser absurda e fruto de um garantismo penal excessivo, nos dizeres de Douglas Fischer monocular hiperbólico, prejudicando não só o preso como também a sociedade que espera efetividade do direito penal. (FISCHER, 2010. p. 40)

A confissão, antes de mais nada, enseja benefícios ao investigado, constituindo uma atenuante genérica, prevista no artigo 65, III, *d* do Código Penal, como também pode ser analisada quando verificadas as circunstâncias do crime, previsto no artigo 59 do mesmo texto legal, a ensejar a fixação de uma pena base reduzida, levando-se em consideração a personalidade do agente, seu arrependimento, sua

¹ O alemão Erich Lüth, conclamou, na década de cinquenta (à época crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo), todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado à época por Veit Harlan, uma antiga celebridade do filme nazista e corresponsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (principalmente por meio de seu filme “Jud Süß”, de 1941). Harlan e os parceiros comerciais do seu novo filme (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra Lüth, com base no § 826 BGB, que trata da responsabilidade civil por danos causados. Esta ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Contra ela, ele interpôs um recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, sua Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo Art. 5 I 1 GG.

O TCF julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual. Essa decisão é paradigmática porque nela os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo.

colaboração na elucidação dos fatos, e até mesmo ser considerada na fixação do regime de cumprimento de pena, à luz do art. 33, § 3º do CP.

Guilherme de Souza Nucci ensina que faz parte da definição de confissão seja ela produzida diante de uma autoridade competente em ato solene e público e além disso constituiu benefício ao acusado, pois poderá ter sua pena diminuída, levando-se em consideração a atenuante genérica prevista na parte geral do Código Penal. (NUCCI, 2015. p. 135)

Além de desconsiderar e tolher a liberdade de expressão e autodeterminação do custodiado que confessa a autoria delitiva na audiência de apresentação, não admitir que a confissão ou todas as declarações prestadas na custódia integrem a ação penal, é atribuir valor superior aos depoimentos colhidos pela autoridade policial, uma vez que, o interrogatório do flagranteado perante ao Delegado de Polícia é documento processual inquestionável.

Sublinha-se que a confissão ainda que prestada perante a autoridade policial, durante o seu interrogatório na fase administrativa, comporta o benefício do art. 65 do Código Penal, como negar esse efeito favorável ao acusado, quando o depoimento é prestado na presença do Juiz, do Ministério Público, do Defensor, após previa entrevista.

2.3.1 Das denúncias de Tortura

Conforme já ponderado alhures, a finalidade da custódia, em atendimento a Tratados Internacionais dos quais Brasil é signatário, mormente a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamento ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes, é garantir que direitos dos presos não sejam violados no momento da prisão.

Dessa forma, deve o magistrado que preside o ato, ao entrevistar o custodiado, aferir as circunstâncias de sua prisão, e nesse momento, se o interrogando apontar que fora vítima de tortura, maus tratos ou abuso dos policiais ou agentes que efetuaram a sua prisão, a sua declaração constitui meio de prova contra os policiais.

A Resolução 213 é explícita nesse sentido:

“Art. 11. Havendo declaração da pessoa presa em flagrante delito de que foi vítima de tortura e maus tratos ou entendimento da autoridade judicial de há indícios da prática de tortura, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial.”

Ora, como admitir a declaração como meio de prova contra os milicianos e não admiti-la como meio de prova na ação penal que tramita em face do interrogando? Como aceitar que um ato é meio de prova numa ação e equipará-lo à prova ilícita em outra ação?

Não há lógica jurídica para que não se admita as declarações prestadas pelo custodiado na audiência de apresentação, na ação penal que passará a responder.

O Estado, ao montar uma estrutura para audiência de custódia, despense pessoal e recursos financeiros, estruturando o Poder Judiciário com psicólogos, agentes sociais, agentes prisionais, o próprio magistrado que presidirá o ato, bem como membros do Ministério Público e Defensoria.

Esse aparato todo estatal deve servir para conter o abuso de agentes públicos, coibir tortura e maus tratos da polícia, mas também deve servir à sociedade, sendo plenamente possível compatibilizar os direitos fundamentais do custodiado e os interesses sociais em combater a aviltante criminalidade que assola o país.

Que fardo seria para a sociedade como um todo, que a declaração do custodiado, após todo o esforço estatal de colhê-la imediatamente após a prisão, perante instituições de credibilidade e essências ao Estado Democrático de Direito, em plena observância dos direitos e garantias processuais, fossem desconsideradas, descartadas, dispensadas, inadmissíveis.

Conforme preleciona Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna, “a se continuar trabalhando com uma obediência cega em relação a alguns princípios e garantias processuais individuais, típicas de um pensamento puramente liberal e individualista, haverá sério risco para efetividade da justiça criminal, com comprometimento dos direitos sociais da coletividade,” uma vez que não há direitos fundamentais absolutos e ilimitados. (BEDÊ JÚNIOR, SENNA, 2009. p. 26).

Ainda que as declarações sejam autoincriminatórias, quando prestadas perante uma autoridade judicial, assistida por um Defensor, possuem validade, devem ser aproveitadas, consoante já decidiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso *Salduz v. Turkey*. (BRANDALISE, 2017. p. 156)

O Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em recentes decisões deferiram a juntada das declarações prestadas na solenidade nas

ações penais, todavia, sempre destacando a vedação à autoridade judicial de formular perguntas relativas aos fatos objeto da prisão (STJ, HC 381186/ DF HABEAS CORPUS 2016/0319404-5 Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 06/10/2017).

Contudo, os Tribunais ainda não enfrentaram a questão da confissão durante a audiência de custódia e seu devido valor probatório, mencionam apenas o direito das partes em ter acesso aos documentos produzidos durante as fases processuais, pontuando sempre que não são admitidas perguntas que antecipem a instrução processual.

O que se enfrenta no presente estudo, no entanto, é a possibilidade das declarações prestadas na solenidade integrar a ação penal, independentemente de seu conteúdo e sua consequência, seja quando o segregado exerce seu direito ao silêncio, seja quando exerce a sua liberdade de expressão, seja quando arrependido, ou em busca de diminuição de sua pena, confesse voluntariamente a prática do delito.

Independente do seu conteúdo, deve ser a audiência de apresentação do preso, conduzida por juiz imparcial e competente que garanta a ampla defesa e o contraditório, ser admitida como meio de prova, por ser ato previsto no ordenamento jurídico, em plena conformidade com os direitos e garantias processuais, num processo pautado pela publicidade.

Nesse sentido já manifestou Caio Paiva: “não vejo motivo e considero até mesmo impertinente se proibir a juntada dos autos de 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 não devem conviver com pronunciamentos ocultos.” (PAIVA, 2017. p. 130.)

O tema é tão discutido que Paiva mudou o entendimento apresentado na primeira edição do livro e o manteve nas edições seguintes, que denota a necessidade de estudo e aprofundamento acadêmico em relação ao tema. (PAIVA, 2018. p. 136)

Conclusão

Consoante o art. 5º, inciso LVI da Carta Magna, somente será inadmissível a prova colhida por meio ilícito, ou seja, a colhida mediante violação de direito fundamental, fato que não ocorre na solenidade de apresentação do preso, muito pelo contrário.

O argumento raso e superficial para que tal documento válido, portanto prova lícita, não integre a ação penal, é que o ato feriria o sistema acusatório, constitui argumento meramente retórico a justificar o injustificável, uma vez que o contraditório e ampla defesa se faz presente na solenidade.

Se é certo da importância da audiência de custódia para prevenir comportamentos desviados de alguns poucos policiais, se é certo que constitui direito fundamental do acusado, também é certo que o ato é documento público e, portanto, não pode ser extirpado da ação, sob pena de grave prejuízo à sociedade.

Nos dizeres de Rodrigo Brandalise: “a salvaguarda exclusiva dos interesses, direitos e liberdades individuais dos acusados, em desconsideração aos demais interesses que são socialmente aceitos, representa uma ditadura individual e a possível ruína dos alicerces estatais – afinal, forçoso admitir a imperiosa existência de um processo penal no qual haja também o respeito aos interesses públicos e que reflita uma melhor solução para o caso concreto.” (BRANDALISE, 2017. p. 151)

A solenidade de custódia, instituto tão caro à defesa dos direitos fundamentais e ao Estado de Direito, realizada por um juiz competente, assegurando ao segregado a ampla defesa e o contraditório jamais deve ser equiparado à prova espúria, produzida através de atos de agressão aos mesmos direitos fundamentais que se pretende tutelar, jamais deve, portanto, ter o mesmo tratamento e destino jurídico da prova ilícita.

Dessa forma, impedir que ato solene, realizado com fulcro no contraditório e ampla defesa, realizado por um juiz imparcial somente possa ter finalidade para investigar policiais, é um disparate inaceitável, já que movimenta toda uma estrutura do estado e não serve para proteger a sociedade, enseja em proteção deficiente do bens jurídicos, ocasionando-lhe sérios prejuízos.

Proposta de Enunciado: A solenidade de audiência de apresentação do preso à autoridade judicial, constitui elemento de informação, colhido na fase extraprocessual, que, realizado para garantia dos direitos fundamentais do custodiado, não constitui prova ilícita, portanto deve integrar o Inquérito Policial e consequentemente a ação penal.

Referências

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

marcellefaria55@hotmail.com

marcelle.faria@mpmt.mp.br

Fone: (65) 999310835

- AMBOS, Kai & LIMA, Marcellus Polastri. *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009
- ANDRADE, Mauro Fonseca & ALFLEN, Pablo Rodrigo, organizadores. *Audiência de Custódia, Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- _____. *Sistema processuais penais e seus princípios reitores*, 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas gravações clandestinas*. 1ªed. São Paulo:RT, 1995.
- BEDÊ, Américo Júnior & SENNA, Gustavo. *Princípio do Processo Penal. Entre o garantismo e a efetividade da sanção*, 1ª ed. São Paulo:RT.2009.
- BONFIM, Edilson Mougnot *Curso de Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Resolução 213 do CNJ – artigo 12. In ANDRADE, Mauro Fonseca & ALFLEN, Pablo Rodrigo, organizadores. *Audiência de Custódia, Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- _____. Resolução 213 do CNJ – art. 11. In ANDRADE, Mauro Fonseca & ALFLEN, Pablo Rodrigo, organizadores. *Audiência de Custódia, Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- CARNAÚBA, Maria Cecília. *Prova Ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2 ed. São Paulo: RT, 2000.
- _____, ALMEIDA, José Raul Gavião e MORAES, Maurício Zanoide (coordenadores). *Provas no Processo Penal. Estudo Comparado*. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. 2º ed. São Paulo: RT, 1982.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre (Coord.). *10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 249-261.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. Comentários ao art. 157. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal – As novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008, p. 262-271.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Forense, 2017.
- MELO, Raphael. *Audiência de custódia no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Campinas/SP: Bookseller, 1997.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Prova no Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- _____. *Direitos Humanos versus Segurança Pública. Questões controvertidas penais, processuais penais, de execução penal e da infância e adolescência*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- OLIVEIRA, Gisele Souza; SOUZA, Sérgio Ricardo; BRASIL, Samuel Meira Junior & SILVA, Willian. *Audiência de Custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativa (Lei 12.403)*. 3ª ed. Rio de Janeiro: 2017.
- PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro*, 2ª ed. Florianópolis Empório do Direito, 2017.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

marcellefaria55@hotmail.com
marcelle.faria@mpmt.mp.br
Fone: (65) 999310835