

Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Conforme a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 15 de dezembro de 2015, determina-se que “*toda pessoa presa em flagrante delicto, 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*”. Trata-se da denominada “audiência de custódia”,⁽¹⁾ que, a partir dos fundamentos convencionais nos arts. 9º, item 3, do PIDCP, e 7º, item 5, da CADH, tem sido implementada no Processo Penal brasileiro, essencialmente a partir de postura política iniciada por Tribunais estaduais e, posteriormente, assumida e propagada pelo Supremo Tribunal Federal.⁽²⁾

Contudo, diversos pontos problemáticos têm surgido a partir do estudo acerca de tal mecanismo, o que enseja inúmeros posicionamentos doutrinários. Uma das principais questões diz respeito aos limites cognitivos de tal audiência, o que se relaciona diretamente com a determinação das finalidades do referido ato. Visto que esse momento se executa fundamentalmente a partir da realização pelo juiz de “entrevista” com a pessoa presa, percebe-se que há um contato prévio do julgador com possíveis elementos probatórios relacionados ao caso que, eventualmente, será processado e julgado. Ou seja, considerando-se que o magistrado terá contato direto com o imputado, que muitas vezes é visto (equivocadamente) como “principal fonte de prova” para o processo, há um forte risco de antecipação da produção probatória, a partir de uma realização adiantada do interrogatório do réu sobre o mérito da persecução.

Portanto, questão primordial é a determinação precisa da finalidade da audiência de custódia no Processo Penal e, como consequência, do papel do juiz em tal ato. No caso *Tibi v. Equador* (2004), a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que “*o controle imediato é uma medida que visa a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das prisões, tomando em conta que em um Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares, quando isso se mostre estritamente necessário, e assegurar que, em geral, se trate o acusado de modo compatível com a presunção de inocência*” (item 114).⁽³⁾ Assim, em compasso com a doutrina brasileira, o ato de apresentação do preso ao juiz almeja prevenir abusos na atuação policial, evitar a tortura e, especialmente, proporcionar uma análise específica e atenta sobre a legalidade do flagrante e a necessidade da imposição de qualquer medida cautelar.⁽⁴⁾

Diante disso, segundo a Resolução 213 do CNJ, além de outras medidas, a autoridade judicial deverá “*indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão*” (art. 8º, inc. V) e “*abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do ato de prisão em flagrante*” (inc. VIII). Tal restrição caracteriza limitação cognitiva aos elementos analisados na audiência de custódia, pois, conforme **Cláudio Amaral**, “*qualquer outra consideração implicaria indevida antecipação de elementos de convicção sobre o mérito, e, dessa forma, acarretaria a contaminação psicológica do julgador, o qual se tornaria debilitado em equidistância, imparcialidade e equilíbrio para apreciar o caso em momentos futuros de maior espaço cognitivo*”.⁽⁵⁾

Com relação à gravação da oitiva, a Resolução 213 do CNJ dispõe que “*será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia*” (art. 8º, § 2º). Portanto, tal dispositivo indica a exclusão da gravação da entrevista dos autos processuais. Contudo, embora se determine que “*o termo da audiência de custódia será apensado ao inquérito ou à ação penal*” (art. 12), há a imposição de que tal documento contenha, “*apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da*

prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus-tratos” (art. 8º, § 3º).

Entretanto, diante do fato de que a decisão do magistrado sobre a prisão cautelar deverá necessariamente ser motivada, há risco de que eventual confissão seja descrita em tal documento, por exemplo. Trata-se de complexa problemática, mas, em resumo, pensa-se que, diante da autorização concedida pelo próprio CPP para a retratação, ela somente poderá ser considerada se houver confirmação em juízo no momento processual adequado, qual seja, ao final da instrução, no interrogatório do acusado.⁽⁶⁾ Em sentido contrário, há quem afirme que não há óbice jurídico a tal utilização, somente uma “mera opção de cunho político”, pois, “*por ser um ato judicial – o que leva, como já visto, a ter natureza processual – e com a incidência do princípio do contraditório, não há como negar que os requisitos previstos no art. 155 do CPP estão perfeitamente presentes*”.⁽⁷⁾ Além da referida autorização à retratação e das finalidades da audiência de custódia, tal argumentação viola o direito de defesa e o contraditório, ao passo que o acusado tem o direito de se manifestar sobre a acusação após a produção probatória, de modo a ter condições de se posicionar de modo informado.

Em relação à eventual regulamentação legislativa sobre a matéria, o PLS 554/2011 pretende alterar o CPP para introduzir previsão legal da audiência de custódia. Na redação final, após aprovação na Comissão de Constituição e Justiça, “*a oitiva a que se refere o 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 prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado*” (alteração proposta ao art. 306, § 7º, do CPP). Segundo **Fauzi Choukr**, tal dispositivo “*surge como de grande valia prática vez que estabelece os limites da legalidade e da forma da oitiva, deixando claro que se trata de depoimento sem finalidades para o mérito da ação de conhecimento*”.⁽⁸⁾

Contudo, foi apresentada emenda pelo Plenário (n.º 12), a qual propõe a adoção de texto mais genérico e, portanto, de conteúdo jurídico vazio no referido parágrafo: “*A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados e versará obrigatoriamente sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado*”.⁽⁹⁾ Fundamental perceber que a redação proposta nessa emenda esvazia por completo a limitação imposta à utilização do depoimento prestado pelo imputado em tal momento inicial da persecução penal. Assim, o texto original do PLS 554/2011, que impõe a exclusão de tal documento dos autos principais do processo e veda a sua utilização como meio de prova para condenação, é o único adequado e legítimo à essência do instituto objeto deste estudo, pois “*as informações obtidas na audiência de custódia servem somente para averiguar a legalidade e a manutenção ou não da prisão e não devem instruir o processo-crime*”.⁽¹⁰⁾

Por fim, o principal risco da não vedação ao ingresso no mérito do caso penal durante a audiência de custódia é a sua total desvirtuação e transformação em instrumento para obtenção de condenações antecipadas por meio de coações e abusos arbitrários. Tal instituto não pode se tornar espaço propício à expansão de negociações e mecanismos consensuais no processo penal, visto que a barganha é mecanismo essencialmente incompatível com as premissas de um processo penal democrático.⁽¹¹⁾ Esse temor se evidenciou no exemplo equatoriano descrito por **Jorge Paladines** ao desvelar que as Unidades de Gestão de Flagrância, criadas em Quito e Guayaquil em 2012, embora se justificassem declaradamente para um maior controle da legalidade das detenções, se transformaram em “*máquinas judiciais para promover condenações imediatas*”.⁽¹²⁾

Portanto, em resumo, a oitiva do preso realizada em audiência de custódia não pode ser utilizada como prova para eventual condenação, caracterizando-se uma regra de exclusão probatória, pois: 1) isso desvirtuaria a finalidade da audiência de custódia, causando uma completa inversão em sua essência; 2) haveria violação ao contraditório e ao direito de defesa, pois se inverteria a ordem dos atos acusatórios e defensivos, já que o imputado se manifestaria antes do estabelecimento da denúncia e da delimitação da imputação; 3) isso violaria a sistemática adotada pela reforma de 2008, que deslocou adequadamente o interrogatório para o final do procedimento, em prol do contraditório e da ampla defesa;⁽¹³⁾ e 4) possibilitar-se-iam indevidos espaços para manifestações de arbitrariedades e ilegítimas negociações, visando à obtenção de condenações antecipadas por meio de barganhas, incompatíveis com o Processo Penal de um Estado Democrático de Direito.

Notas

- (1) Sobre a terminologia adotada em relação ao instituto, ver: PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 31-33.
- (2) MINAGÉ, Thiago M.; SAMPAIO JR., Alberto. A questão político-criminal da audiência de custódia. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 16, n. 93, p. 54-61, ago.-set. 2015, p. 56.
- (3) Tradução livre. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2015.
- (4) PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 34-39; ANDRADE, Mauro F.; ALFLEN, Pablo R. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 51. Conforme Leonardo Machado, trata-se de “medida de comprometimento humanitário e aprimoramento do processo de tomada de decisões sobre as privações de liberdade especialmente cautelares (ou pretensamente cautelares)” (MACHADO, Leonardo M. Resistência crítica e poder punitivo: diálogo em torno da audiência de custódia. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 16, n. 93, p. 30-53, ago.-set. 2015, p. 50).
- (5) AMARAL, Cláudio do Prado. Da audiência de custódia em São Paulo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 23, n. 269, p. 4-6, abr. 2015, p. 6.
- (6) LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 647.

- (7) ANDRADE, Mauro F.; ALFLEN, Pablo R. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 140.
- (8) CHOUKR, Fauzi Hassan. PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 22, n. 254, p. 2-3, jan. 2014, p. 2.
- (9) Informações fornecidas em quadro comparativo elaborado pela coordenação de redação legislativa da secretaria-geral da mesa do Senado Federal em 10.12.2015. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/184798.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2015.
- (10) PRUDENTE, Neemias M. Lições preliminares acerca da audiência de custódia no Brasil. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 16, n. 93, p. 9-31, ago.-set. 2015, p. 13.
- (11) Sobre as críticas à justiça criminal negocial e sua essencial incompatibilidade com as premissas de um processo penal democrático, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 143-208.
- (12) “As Unidades de Flagrância não promoveram em geral uma discussão sobre o direito das pessoas acusadas, mas um debate sobre a eleição de formas de controle social punitivo que não limitaram o processo de aprisionamento, nos levando ao maior crescimento do encarceramento na história republicana do país. Sendo assim, se deve perguntar constantemente se na realidade esse modelo de gestão gerou menos impunidade ou, por outro lado, a aumentou às custas das vítimas da fábrica de flagrantes” (PALADINES, Jorge Vicente. *Fábrica Flagrância: la gestión procesal de la detención en Ecuador*. In: MACHADO, Bruno Amaral (coord.). *Justiça Criminal e Democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 161-tradução livre).
- (13) “A mudança do momento procedimental do interrogatório, da fase postulatória para o final da fase instrutória, ressalta a sua natureza de ato de defesa, mais especificamente de autodefesa, por meio do seu direito de audiência” (BADARÓ, Gustavo H. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 437). Assim também: GIACOMOLLI, Nereu J. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 69.

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Doutorando em Direito pela USP.

Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS.

Professor das Faculdades Integradas “Campos Salles” (SP).

Excisão do clitóris feminino: uma obrigação penal?

6

Orlando Faccini Neto

Trataremos da excisão do clitóris feminino, pautada em uma espécie de *dimensão cultural*. Teria relevância a alegação de uma *cultural defense*, isto é, o argumento de que quem realiza tal prática limitou-se a seguir as regras de sua própria cultura?⁽¹⁾

A bem acabada formulação de **Silva Dias** conta com nossa concordância parcial. Da atualidade do problema, em vista dos fluxos migratórios contemporâneos, mormente na Europa, até a asserção de que a vigência das normas penais, pela “relevância dos valores que tutelam”, não pode depender dos sistemas de crenças dos destinatários, nada em acréscimo poderíamos estabelecer. É inequívoco que punir com fundamento tão só na preservação de vigência das normas, sem atender ou cuidar da sua ligação com “o mundo da vida dos destinatários, representa afinal um enfeudamento do Direito Penal a uma lógica funcionalista, autopoietica, alheia à vivência normativa dos indivíduos, e por isso avessa a considerações de justiça”.⁽²⁾

Silva Dias afasta solução baseada na exclusão da tipicidade ou da ilicitude, alertando que a prática da excisão, recaindo sobretudo sobre crianças, priva-as de, no futuro, optarem por uma concepção de sexualidade diferente daquela de sua comunidade de origem, sem contar que se, sob o fundamento da *cultural defense*, assinalar-se a ausência de ilicitude, serão estabelecidos padrões diferentes de proteção estatal, conforme a origem e filiação das vítimas, isto é, à criança membro da comunidade praticante da excisão seria negada a igual proteção dos seus direitos à integridade física e ao desenvolvimento sexual, afrontando-se o princípio da igualdade.

No plano da culpabilidade, porém, alvitra que algumas situações

de excisão, máxime as praticadas por pessoas que chegaram há pouco tempo ao país de destino, sem tempo ainda de compreender os valores por que se rege, poderiam constituir casos de erro sobre a ilicitude, dado que o agente não compreende o “*significado e o alcance da proibição do facto*”, carecendo da orientação normativa necessária para aceder à ilicitude penal.⁽³⁾

Ponto relevante, a tornar discutível a alegada insciência sobre a ilicitude, é haver, também nos países de origem, incriminação específica, concernente à excisão clitoriana.⁽⁴⁾ Ficaria por dizer, ademais, se a falta de consciência da ilicitude apregoada aplicar-se-ia, igualmente, aos casos de canibalismo ou de morte de mulheres adúlteras por lapidação.

Quando o comportamento se dá, já não é sob um juízo de subsunção, senão o de verificação sobre se o *sentido* do fato praticado corresponde ao *sentido* da proibição, que se parte da tipicidade para o campo da ilicitude. O *sentido* mesmo do ato, na excisão, está nas convicções profundas de quem o realiza, assinalando a degradação da dignidade das vítimas.

Porque não está propriamente vinculado a uma compreensão de religiosidade – e nada do que diremos seria diverso se estivesse –, e sim num *aviltamento da condição feminina*, na medida em que a mulher é concebida meramente como ser reprodutor, de quem se retira, no fim de tudo, qualquer possibilidade de desfrute ou obtenção de prazer através do sexo.

O afastamento potencial da culpabilidade, então, resvala justamente numa concepção funcionalizada desta, pois já não importa se os praticantes da excisão virão ou não a reincidir, mas, sim, a mensagem de que, para mais da reprovação do comportamento que se realiza num