

AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS E NA REDUÇÃO DA VIOLÊNCIA POLICIAL

CUSTODY HEARINGS: THE ROLE OF THE PUBLIC MINISTRY IN GUARANTEEING HUMAN RIGHTS AND REDUCING POLICE VIOLENCE

Gabrielli Marchese Calazans

Advogada. Especialista em Advocacia Criminal pela Faculdade Legale (2023). Especialista em Direito Público (2022). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Várzea Grande (2021). E-mail: marchese.gabrielli@gmail.com

Recebido em: 04/5/2023 | Aprovado em: 11/8/2023

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar a atuação do Ministério Público na audiência de custódia na perspectiva de promoção dos direitos humanos da pessoa presa e, ainda, como ferramenta de controle externo da atividade policial. A audiência de custódia surge como um arco jurídico nacional e internacional de proteção dos direitos humanos na prisão em flagrante, bem como na prevenção de abusos policiais e tortura. Trata-se de um procedimento judicial em que se avalia a legalidade da prisão e a necessidade de manutenção do custodiado em cárcere, no qual o Ministério Público exerce um papel fundamental. Assim, serão discutidas as suas competências e atribuições na audiência de custódia dentro da perspectiva da função do órgão ministerial. Propõe-se a avaliar a efetividade da sua atuação, valorizar a sua prática e perceber os eventuais desafios enfrentados. O estudo se realiza, do ponto de vista metodológico, por uma pesquisa documental e bibliográfica com abordagem qualitativa e quantitativa, e método dedutivo. Ao final, concluiu-se que a atuação do Ministério Público nas audiências de custódia, além de ser essencial para a garantir a efetiva proteção dos direitos humanos dos custodiados, é uma importante ferramenta na luta contra os abusos e a violência policiais. Logo, investir nesse método de controle externo, com valorização e aprimoramento contínuo da prática, é investir em um futuro mais justo e seguro para todos.

Palavras-Chave: Atuação do Ministério Público. Audiência de custódia. Controle externo da atividade policial. Direitos Humanos.

Abstract: *This article aims to analyze the role of the Public Prosecution Service in the custody hearing in promoting the human rights of the detained person, as well as a tool for external control of police activity. The custody hearing arises as a national and international legal framework for protecting human rights in cases of flagrant detention, as well as preventing police abuse and torture. It is a judicial procedure in which the legality of the detention and the need for the detainee to remain in custody are evaluated, in which the Public Prosecution Service plays a fundamental role. Thus, its competences and attributions in the custody hearing will be discussed within the perspective of the function of the prosecutorial body. The effectiveness of its actions will be evaluated, its practice will be valued, and the possible challenges faced will be identified. The study is conducted through a qualitative and quantitative documentary and bibliographic research, using a deductive method. In conclusion, it was found that the role of the Public Prosecution Service in custody hearings is not only essential to ensure effective protection of the human rights of the detainees, but also an important tool in the fight against police abuse and violence. Therefore, investing in this method of external control, with continuous improvement and valorization of the practice, is investing in a fairer and safer future for all.*

Keywords: *Performance of the Public Prosecutor's Office. Custody hearing. External control of police activity. Human Rights.*

Sumário: Introdução. 1. Direitos Fundamentais do Preso e a Violência Policial: contextualização e breves considerações. 2. Audiência de Custódia: origem e fundamentos. 3. Atuação do Ministério Público na Audiência de Custódia: promoção dos direitos humanos e controle da atividade policial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A audiência de custódia é uma prática judicial que foi implementada no Brasil em 2015, após a entrada em vigor da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Essa resolução determinou que todo preso em flagrante delito deve ser levado à presença de um juiz em até 24 horas após sua prisão, para que o magistrado avalie a legalidade e necessidade da prisão preventiva. Antes da audiência de custódia, o procedimento comum era que o preso em flagrante passasse até 48 horas ou mais na carceragem da polícia, sem qualquer contato com um juiz ou defensor público, o que gerava problemas como a superlotação dos presídios, a prática de tortura e maus-tratos por parte dos policiais, e a manutenção de prisões preventivas desnecessárias.

Com a implementação da audiência de custódia, o preso em flagrante passou a ter um contato imediato com o juiz, que pode avaliar a legalidade da prisão, ouvir a defesa do acusado e, se necessário, determinar a soltura com imposição de medidas cautelares ou a conversão para prisão preventiva. Além disso, o juiz pode determinar a instauração de investigação para apurar possíveis casos de tortura ou maus-tratos. Dessa forma, a audiência de custódia está diretamente relacionada ao controle externo da atividade policial, pois representa um mecanismo de controle para verificar se a prisão em flagrante foi realizada de forma legal e se não houve violação de direitos humanos durante a detenção.

O controle externo da atividade policial é um mecanismo que tem como objetivo garantir que a polícia exerça suas funções de forma legal, eficiente e respeitando os direitos humanos, e é realizado por órgãos e instituições independentes da polícia, como Ministério Público, Defensoria Pública, Poder Judiciário, órgãos de controle interno do governo e organizações da sociedade civil. Assim, o controle externo da atividade policial é fundamental para garantir que a polícia atue de forma democrática, transparente e responsável, evitando abusos e violações de direitos humanos. Nesse sentido, a audiência de custódia é um momento em que o judiciário pode verificar a atuação da polícia na detenção do preso e tomar medidas para garantir que a prisão seja legal e necessária.

Nesse contexto, o Ministério Público desempenha um papel fundamental no controle externo da atividade policial, já que é o órgão responsável por fiscalizar e promover a defesa da ordem jurídica, dos direitos sociais e dos interesses individuais e coletivos. Dessa forma, o Ministério Público pode atuar em diversas frentes para garantir a legalidade e a transparência das atividades policiais, a exemplo do controle da legalidade das prisões realizadas pela polícia junto ao judiciário durante a audiência de custódia.

Logo, a atuação do Ministério Público é fundamental, considerando que o objetivo da audiência de custódia é garantir a efetiva proteção dos direitos humanos dos custodiados e prevenir abusos policiais, e que o órgão ministerial tem atribuições importantes na garantia desses direitos e no controle externo da atividade policial. Assim, o Ministério Público é um

importante agente do controle externo da atividade policial, atuando para garantir a legalidade, a transparência e o respeito aos direitos humanos nas atividades da polícia. Diante disso, neste artigo, é apresentada uma análise dessa atuação do Ministério Público, sob a ótica de uma ferramenta eficaz de prevenção de abusos policiais e promoção dos direitos humanos dos custodiados.

Para tanto, realiza-se uma pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa e quantitativa e método dedutivo, dividindo-se o presente artigo em três capítulos. O primeiro capítulo contextualiza e faz breves considerações acerca dos direitos fundamentais do preso e a violência policial. Em seguida, o segundo capítulo apresenta o histórico da audiência de custódia no Brasil como marco jurídico de proteção dos direitos humanos da pessoa presa. Por sua vez, o terceiro e último capítulo estuda as competências e atribuições do Ministério Público na audiência de custódia, e faz-se uma análise da atuação do órgão e uma avaliação da efetividade da atuação do Ministério Público nesse contexto, destacando a sua importância na prevenção de abusos policiais e tortura, como método de controle externo da atividade policial, bem como na promoção dos direitos humanos.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO E A VIOLÊNCIA POLICIAL: CONTEXTUALIZAÇÃO E BREVES CONSIDERAÇÕES

Direitos humanos são um conjunto de garantias e liberdades fundamentais reconhecidas a todas as pessoas, independentemente de raça, gênero, religião, nacionalidade ou qualquer outra condição. Eles incluem direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos, e são reconhecidos por leis nacionais e internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esses direitos visam proteger a dignidade humana e garantir que todas as pessoas possam viver em liberdade, igualdade e justiça. Nesse sentido, os indivíduos presos, ainda que, e principalmente, nessa condição, são igualmente sujeitos de direito, possuindo direitos fundamentais que devem ser protegidos e garantidos pelo Estado. Um conjunto de normas constitucionais procura amenizar o impacto da prisão nos direitos fundamentais do acusado. Nos dizeres de Dimitri Dimoulis:

Essas normas têm como principal destinatário autoridades estatais, principalmente as pertencentes ao Poder Judiciário, impondo-lhes obrigações de fazer e, secundariamente, de abstenção. Seu intuito é tutelar um feixe de direitos fundamentais dos presos, notadamente a liberdade de ir e vir, a saúde e a honra, sempre em conexão com o objetivo constitucional de tutela da dignidade humana. Essas normas apresentam crucial importância prática. Procuram conter os mecanismos repressivos, protegendo direitos de pessoas em situação de extrema fragilidade, como é típico na relação de força entre o preso e os agentes estatais que ordenam, executam e garantem a prisão. Diante dessa fragilidade, o constituinte procura proteger a honra e a integridade do preso, devendo ser impedido qualquer abuso de poder e, eventualmente, sendo sanada a violação com a soltura. [...] Essa preocupação do constituinte manifesta-se em algo inusitado em perspectiva comparada. Um dos direitos que pertencem a todas as Declarações de direitos e as Constituições modernas é a integridade física, que costuma ser enunciada imediatamente após a garantia do direito à vida. A Constituição de 1988 não garantiu a integridade física como direito fundamental geral. Só a proclamou em relação aos presos, deixando claro que é a categoria de pessoas que mais se expõem, na avaliação constitucional, aos riscos de maus-tratos e arbitrariedades do Estado. A peculiar opção normativa da Constituição de 1988 em relação à integridade física e moral deve ser utilizada como critério interpretativo para decidir conflitos que envolvem direitos dos presos. Na dúvida, a opção deve ser feita em favor do preso, procurando amenizar as privações que são causadas por sua detenção compulsória. As normas que reconhecem direitos aos presos também possuem relevância ideológica, indicando que o Constituinte trata (e impõe que todos tratem) os presos não como elementos indesejáveis e até mesmo inimigos, mas como pessoas que gozam, a princípio, dos mesmos direitos e merecem igual respeito, afastando preconceitos sobre a posição social do criminoso enquanto “marginal”.¹

O autor destaca a importância das normas constitucionais que visam proteger os direitos fundamentais da pessoa presa e afirma que seu principal destinatário são as autoridades estatais, em especial o Poder Judiciário, impondo determinadas obrigações de fazer bem como de

¹ DIMOULIS, Dimitri. **Direito penal constitucional: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 53.

abstenção. Na prática, segundo o autor, essas normas procuram conter os mecanismos repressivos e proteger os direitos de pessoas em situação de extrema fragilidade, como é o caso dos presos que muitas vezes estão em uma relação de força desigual com os agentes estatais responsáveis pela execução da prisão. Além disso, o autor ressalta a peculiaridade de a Constituição de 1988 não garantir a integridade física como direito fundamental de forma geral, mas sim especificamente para os presos, o que indica a preocupação do legislador constituinte em proteger esses indivíduos por representarem a categoria de pessoas mais expostas aos riscos de maus-tratos e arbitrariedades do Estado.

Dessa forma, a tutela dos direitos fundamentais do preso está intimamente ligada ao sistema de garantismo penal, “esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantido a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada”². Assim, de acordo com o garantismo penal, o Estado deve respeitar os direitos e garantias individuais dos acusados em processos criminais, assegurando-lhes um julgamento justo e imparcial e protegendo-os contra abusos de poder. Contudo, esse sistema não se limita a garantir o devido processo legal e a presunção de inocência, mas deve ser uma postura que permeia todo o sistema penal, desde a investigação até a execução da pena.

É nesse sentido que a Constituição prevê, em seu art. 5º, que marca um rol de direitos e garantias fundamentais, a tutela daqueles referentes aos presos, como: o respeito à integridade física e moral dos presos (inciso XLIX); a obrigação de comunicabilidade da prisão para informar o juiz competente e pessoas de confiança do preso sobre a ocorrência e o lugar da detenção (inciso LXII); o dever de informar o preso de seus direitos e a possibilidade de receber assistência da família e do advogado (inciso LXIII); o direito do preso de permanecer calado durante interrogatórios e, por extensão, durante todo o processo penal (inciso LXIII), significando que o silêncio não pode ser interpretado como confissão nem dar ensejo a qualquer consequência negativa para o réu; o dever dos responsáveis pela prisão e pelo interrogatório de se identificarem a pedido do preso

2 CARVALHO, Amílton Bueno de; CARVALHO, Saulo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: **Lumen Juris**, 2002. p. 21

(inciso LXIV); a regulamentação da identificação criminal de maneira que se respeite a honra do suspeito e se evitem procedimentos vexatórios (inciso LXVIII); o remédio constitucional do *habeas corpus*, voltado a impedir prisões ou ameaças de prisão ilegal (inciso LXVIII); a previsão de que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pelo juiz competente (inciso LXV).

Logo, os direitos fundamentais da pessoa presa são garantias que visam proteger primeiramente a dignidade e a integridade física e psicológica dos detentos. No entanto, a violência policial pode ser uma ameaça a esses direitos, pois pode ocorrer abusos e violações por parte das autoridades responsáveis pela custódia dos presos. Por exemplo, o direito à assistência jurídica pode ser afetado pela violência policial, já que os presos podem ser impedidos de se comunicar com seus advogados ou de ter acesso a um defensor público; o direito à vida e à integridade física pode ser violado quando um policial faz uso excessivo de força durante uma operação ou no interior da unidade prisional, ferindo ou até mesmo matando um custodiado; o direito à assistência médica e psicológica também pode ser violado quando os presos são impedidos de receber tratamento adequado para suas condições de saúde ou sofrem abusos físicos e psicológicos por parte dos agentes responsáveis pela custódia; o direito à visita e à segurança podem ser afetados pela violência policial quando os visitantes são impedidos de entrar na unidade prisional ou sofrem violência por parte das autoridades.

Para ilustrar um pouco melhor a violência policial na sociedade, é merecido o estudo do livro “Tiras, Gansos e Trutas”, de Guaracy Mingardi, que trata do sistema de justiça criminal no Brasil, especialmente da perspectiva dos policiais que atuam na linha de frente. Veja-se:

Existe a impressão, mais ou menos generalizada na sociedade, de que a polícia usa indiscriminadamente a violência contra os suspeitos. Os meios de comunicação, vez por outra, se referem a isso, seja para criticar, seja para manifestar apoio. Os críticos da violência argumentam com a ilegalidade do fato, mencionando o desrespeito aos direitos humanos. Quem a apoia se baseia na suposta necessidade de punição física para os maus elementos. Nenhuma das duas correntes jornalísticas costuma se aprofundar na dinâmica dessa atividade. Muito menos nos motivos desse tratamento ao preso. Faz-se referência à

tortura sistemática ou então a sala de massagens, de acordo com a postura diante do fato, que é muito complexo para tratamento tão sumário.

As explicações psicológicas, por sua vez, são insuficientes para entender a questão da tortura policial. Embora sirvam para explicar os motivos que predispõem este ou aquele à sua prática, não nos permitem compreender o porque de seu emprego como método de trabalho. A ciência social, por outro lado, incorre frequentemente em outro tipo de erro. É o de considerar a violência contra o preso, por parte do policial civil, simplesmente como uma forma de controle social, visto que tem o efeito colateral de intimidar as classes despossuídas. Embora possa atender também a esse objetivo, não é ele que determina o emprego da tortura nos DPs. Existem dois motivos de ordem prática que são admitidos por boa parte dos policiais civis: a necessidade de mostrar serviço, elucidando crimes, e a utilidade da tortura como implemento da corrupção. Ignorá-los seria deixar de lado o sentido que a ação tem para seu autor.³

Uma das principais teses do livro é que o mau tratamento infligido ao preso é parte de um processo mais amplo, que começa com a seleção do suspeito e termina na entrega dele à justiça, ou então no acerto que o liberta.⁴ Mingardi argumenta que o sistema de justiça criminal no Brasil é extremamente falho e que as polícias, muitas vezes, acabam agindo de forma violenta e abusiva, em grande parte, porque são incentivadas a produzir resultados rápidos e espetaculares. Essa pressão para entregar resultados, aliada à falta de recursos e treinamento adequado, acaba levando muitos policiais a adotar práticas violentas e ilegais.

Segundo Mingardi, essa violência é parte de um processo mais amplo e compreende três etapas, descritas pelo autor em “atos”. O primeiro ato, descrito como “a seleção”, refere-se à escolha dos suspeitos pelas autoridades policiais. Ele argumenta que as polícias muitas vezes se concentram em prender pessoas que são “fáceis de pegar” em vez de investigar de forma adequada e focar nos verdadeiros responsáveis pelos

3 MINGARDI, Guaracy. **Tiras, Gansos e Trutas: Cotidiano e Reforma na Polícia Civil**. São Paulo: Editora Página Aberta, 1992. p. 51.

4 MINGARDI, Guaracy. **Tiras, Gansos e Trutas: Cotidiano e Reforma na Polícia Civil**. São Paulo: Editora Página Aberta, 1992. p. 51 e ss.

crimes⁵. Isso leva a um grande número de prisões arbitrárias e injustas, que muitas vezes acabam em violência policial.

O segundo ato, descrito como “o pau”, refere-se ao mau tratamento infligido ao preso após sua prisão. Segundo Mingardi, as condições precárias das prisões brasileiras, a superlotação e a falta de recursos acabam levando a um tratamento desumano e degradante dos presos, que muitas vezes são mantidos em condições sub-humanas. Além disso, as autoridades policiais muitas vezes utilizam métodos violentos e ilegais para extrair confissões dos suspeitos, incluindo ameaças, agressões físicas e até mesmo tortura.⁶

Por fim, o terceiro ato, descrito como “o acerto”, refere-se às negociações que ocorrem entre as autoridades policiais e os suspeitos para que estes sejam libertados. Muitas vezes, os policiais acabam aceitando subornos ou fazendo acordos ilegais para libertar os presos. Isso acaba perpetuando um ciclo de corrupção e violência que é extremamente prejudicial para a sociedade como um todo.⁷

Em resumo, o livro “Tiras, Gansos e Trutas”, de Guaracy Mingardi, argumenta que o mau tratamento infligido ao preso é parte de um processo mais amplo, que começa com a seleção do suspeito e termina na entrega dele à justiça, ou então no acerto que o liberta. Esse processo perpetua a violência e a corrupção no sistema de justiça criminal brasileiro. Nesse contexto, a audiência de custódia é um importante instrumento de proteção dos direitos fundamentais da pessoa presa, principalmente no que diz respeito à prevenção e ao combate à violência policial.

Trata-se de uma medida que foi implementada no Brasil em 2015, com o escopo inicial de reduzir o encarceramento em massa, permitindo que o juiz avalie a legalidade e a necessidade da prisão. Conseqüentemente, na apresentação do preso à autoridade judicial, também se verifica a ocorrência de violação dos direitos fundamentais do conduzido no momento de sua prisão por parte dos agentes policiais. Assim, a audiência de custódia atua na proteção dos direitos fundamentais do preso e, ao mesmo tempo,

5 MINGARDI, Guaracy. **Tiras, Gansos e Trutas: Cotidiano e Reforma na Polícia Civil**. São Paulo: Editora Página Aberta, 1992. p. 52.

6 MINGARDI, Guaracy. **Tiras, Gansos e Trutas: Cotidiano e Reforma na Polícia Civil**. São Paulo: Editora Página Aberta, 1992. p. 55.

7 MINGARDI, Guaracy. **Tiras, Gansos e Trutas: Cotidiano e Reforma na Polícia Civil**. São Paulo: Editora Página Aberta, 1992. p. 58.

contribui para a redução da violência policial e permite a responsabilização dos agentes, uma vez que o juiz pode determinar a instauração de procedimentos disciplinares ou criminais contra os policiais envolvidos em casos de violência ou abuso.

2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: ORIGEM E FUNDAMENTOS

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, a promoção e a proteção dos direitos e garantias fundamentais têm sido um dos principais objetivos da comunidade internacional. Entretanto, apesar dos avanços alcançados, muitos países ainda enfrentam graves violações de direitos humanos em suas instituições, principalmente em relação ao sistema prisional. Diante desse cenário, surgem iniciativas para garantir a efetividade dos direitos humanos dos presos, como a audiência de custódia, que permite a apresentação imediata do preso perante um juiz, com o objetivo de prevenir a tortura e outros tratamentos desumanos e degradantes. Assim, neste capítulo, será abordado o surgimento da audiência de custódia como uma medida de proteção aos direitos humanos dos presos.

A audiência de custódia possui fundamento em Convenções, Pactos e Tratados Internacionais Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)⁸, popularmente conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica (1969); Os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁹; a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH)¹⁰; e a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas¹¹. Ocorreu que, mesmo após ter aderido voluntariamente às convenções que previam o instituto, por mais de 20 anos, o Brasil permaneceu omissos quanto à efetivação da audiência de custódia na prática, que somente se deu a partir de 2015, e posteriormente adveio a sua previsão expressa no Código de Processo Penal, com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

8 Artigo 7, item 5.

9 Artigo 9, item 3.

10 Artigo 5, item 3.

11 Artigo XI.

Para melhor contextualizar a implementação, necessário um delineamento histórico.

A superpopulação carcerária é um problema grave enfrentado pelo sistema prisional brasileiro há décadas. A falta de vagas nas prisões, aliada a uma política criminal pautada na punição em detrimento da ressocialização, resultou em um número elevado de pessoas presas em condições precárias e muitas vezes sem terem sido julgadas ou condenadas. Diante disso:

O Judiciário brasileiro reconheceu abertamente essa deficiência, que, na opinião geral, constitui escândalo humanitário. O CNJ idealizou e implementa desde 2008 os “mutirões carcerários”, tanto diretamente como mediante a atuação dos Tribunais de Justiça dos Estados, com o intuito de diminuir o número de presos temporários e, principalmente, o tempo de sua permanência na prisão. Aproximadamente 50 mil presos foram libertados até 2012 pela iniciativa de “mutirões”.¹²

Assim, a realidade do sistema prisional levou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a criar, em 2008, os mutirões carcerários, que consistiam em inspeções em presídios e unidades de detenção para identificar irregularidades e promover a análise de processos de presos provisórios. Durante os mutirões, equipes de juízes, promotores, defensores públicos e servidores da justiça visitavam as unidades prisionais, verificavam as condições de detenção e avaliavam as situações de cada preso. A iniciativa permitiu a revisão de processos de presos provisórios e a concessão de liberdade para aqueles que já deveriam ter sido julgados ou condenados, além de ter contribuído para o registro de irregularidades e a elaboração de recomendações para melhorias no sistema prisional. No entanto, embora tenha sido um esforço importante, ela ainda não era suficiente para enfrentar a magnitude do problema.

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu uma medida cautelar, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, que obrigava os juízes e tribunais do país a realizarem audiências de custódia, garantindo que todo preso fosse apresentado a um juiz em até 24 horas após a prisão. A medida cautelar foi concedida após uma série de denúncias de violações de direitos humanos

¹² DIMOULIS, Dimitri. **Direito penal constitucional: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 48.

nos presídios brasileiros e teve como objetivo principal prevenir a tortura e outros tratamentos desumanos e degradantes, além de garantir o direito à defesa e o respeito aos direitos fundamentais dos presos. Na decisão, foi reconhecido o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema prisional brasileiro.

O conceito de “Estado de Coisas Inconstitucional” está relacionado à constatação de que um determinado sistema ou política pública em vigor em um país está em desacordo com as normas constitucionais e os direitos fundamentais. No contexto do sistema prisional brasileiro, refere-se à situação de violação massiva e sistemática de direitos humanos nos presídios, tais como superlotação, condições insalubres, tortura, ausência de assistência jurídica e de saúde, entre outras. Assim, a situação do sistema prisional brasileiro à época foi considerada na ADPF nº 347 um “estado de coisas inconstitucional”, uma vez que a grande maioria das unidades prisionais do país apresentava condições precárias e desumanas, violando os direitos fundamentais dos detentos e expondo-os a situações degradantes e perigosas, logo, transgredindo reiteradamente os Tratados Internacionais, Normas Constitucionais e Infraconstitucionais de Direitos Humanos que vinculam o Brasil.

Diante dessa realidade, o Supremo Tribunal Federal (STF) adotou uma postura mais ativa na defesa dos direitos humanos e da Constituição, como ocorreu na decisão que concedeu a medida cautelar requerida, determinando medidas concretas para a sua superação, como a implementação das audiências de custódia e a construção de novas unidades prisionais com condições dignas. Assim, após a decisão que determinou que todas as pessoas presas em flagrante devem ser apresentadas a um juiz em audiência de custódia, como parte de um esforço para promover a sua implementação em todo o país, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou, em fevereiro de 2015, o “Projeto Audiência de Custódia”, representando um grande impacto na proteção dos direitos humanos no sistema de justiça criminal do Brasil.

O projeto idealizado pelo CNJ nos termos da decisão judicial prevê a realização de audiências de custódia em até 24 horas após a prisão em flagrante, garantindo que todo preso seja apresentado a um juiz

para avaliação das condições da prisão, prevenção da tortura e outros tratamentos desumanos e degradantes, além da garantia do direito à defesa e do respeito aos direitos fundamentais. O CNJ coordenou a implementação do projeto em parceria com os Tribunais de Justiça de cada estado, estabelecendo critérios para a realização das audiências de custódia e oferecendo suporte técnico e financeiro para a implementação da iniciativa. O Estado de São Paulo foi o primeiro a aderir ao projeto, e a meta do CNJ de expandir o “Projeto Audiência de Custódia” em todas as unidades federativas foi atingida em 14 de outubro de 2015. Com o sucesso da implementação do projeto, as audiências de custódia se tornaram uma prática amplamente realizadas em todo o país, contribuindo para a prevenção de violações de direitos humanos e para a garantia do devido processo legal e do respeito aos direitos fundamentais dos presos.

Sendo assim, inicialmente, a superpopulação carcerária foi um dos fatores que impulsionou a implantação das audiências de custódia no Brasil para garantir uma justiça criminal mais ágil e eficiente, após a timidez dos mutirões carcerários. De certo, a audiência de custódia surge, então, em decorrência do sistema penal de garantias, isto é, uma abordagem do sistema de justiça criminal que enfatiza a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos durante todo o processo penal. Na lição de Dimitri Dimoulis:

O direito penal não deve ser estudado como arma para o fortalecimento do poder repressivo, e sim como conjunto de procedimentos e garantias de direitos fundamentais de todas as pessoas envolvidas. Deve ser lido não como arma de ataque, e sim como conjunto de garantias, pensando principalmente na parte mais fraca das relações processuais penais, que é o réu.¹³

Dessa forma, no direito penal de garantias, busca-se equilibrar a proteção da sociedade contra o crime com a proteção dos direitos individuais das pessoas envolvidas no processo criminal. Assim, protegem-se os direitos fundamentais dos acusados e das vítimas ao mesmo tempo em que se assegura a eficácia do sistema de justiça criminal. Em um sistema penal de garantias, os direitos fundamentais dos acusados são protegidos desde o momento da investigação até o julgamento final, o que

¹³ DIMOULIS, Dimitri. **Direito penal constitucional: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 9.

inclui o direito à ampla defesa, ao contraditório, à presunção de inocência, à igualdade processual, ao devido processo legal, o direito a não ser submetido à tortura ou tratamento desumano, e assim por diante.

Nesse contexto, a audiência de custódia é uma importante ferramenta do sistema penal de garantias considerando as finalidades desse instituto, que, conforme Caio Paiva sintetiza, é a contenção do poder punitivo e potencialização da função do processo penal e da jurisdição como instrumentos de proteção dos direitos humanos¹⁴. Nos dizeres do autor, a audiência de custódia surge primeiro para adequar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos¹⁵, mas também para prevenir a ocorrência de tortura policial, garantindo a efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade¹⁶ e, ainda, para evitar prisões ilegais e arbitrárias¹⁷.

Não se trata de mera formalidade ou procedimento processual. É certo afirmar a audiência de custódia como um direito subjetivo do preso, trata-se da garantia de que sua voz seja ouvida após a sua prisão, devendo ele ser conduzido, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, oportunidade em que se verificam a legalidade e necessidade da prisão, se houve abuso, tortura ou lesões contra o preso por parte das Autoridades Policiais. Reduzir a audiência de custódia a uma formalidade processual é enterrar o direito do preso vivo.

Mais tarde, em 15 de dezembro de 2015, a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi editada e estabeleceu os parâmetros para a realização das audiências de custódia em todo o território nacional. De forma geral, entre os termos estabelecidos pela resolução estão a obrigação de realização de audiências de custódia em até 24 horas após a prisão em flagrante, a presença obrigatória de um defensor público ou advogado constituído pelo preso, a avaliação das condições da prisão, a prevenção da tortura e outros tratamentos desumanos e degradantes, a garantia do direito à defesa e do respeito aos direitos fundamentais. Além disso, a resolução também estabeleceu diretrizes para a elaboração de

14 PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e processo penal brasileiro**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2018. p. 36.

15 PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e processo penal brasileiro**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2018. p. 41.

16 PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e processo penal brasileiro**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2018. p. 41.

17 PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e processo penal brasileiro**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2018. p. 44.

relatórios pelas autoridades responsáveis pela realização das audiências de custódia, visando ao acompanhamento da efetividade da medida e ao aprimoramento do sistema de justiça criminal.

A respeito dos resultados obtidos com a implementação da audiência de custódia, observa-se a redução do número de prisões desnecessárias ou ilegais que contribuem para a superlotação carcerária e violações de direitos humanos. Em outras palavras, houve significativa redução do encarceramento em massa, pois o juiz avalia se existem indícios suficientes para manter o preso em detenção e se há necessidade da prisão preventiva. Além disso, vale mencionar que também houve redução no índice de reincidência delitiva, ou seja, de pessoas que foram submetidas à audiência de custódia e voltaram a ser detidas por novos crimes depois de colocadas em liberdade ou sob medida cautelar diversa da prisão. Por outro lado, a audiência de custódia contribuiu para reduzir a violência policial, prevenindo a tortura e maus-tratos, sendo que eventuais excessos por parte dos agentes policiais no momento da prisão são apurados. E, de forma geral, a audiência de custódia contribui para o fortalecimento do sistema de justiça criminal, tornando-o mais ágil e eficiente, além de garantir a observância dos direitos humanos, já que os casos de prisão em flagrante são analisados de maneira mais individualizada e criteriosa, o que tem gerado melhorias significativas no processo penal.

Já em 2020, a audiência de custódia finalmente ganhou previsão expressa no Código de Processo Penal com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, que aperfeiçoou a legislação penal e processual penal, merecendo destaque as alterações promovidas nos arts. 287 e 310 do Código de Processo Penal. O primeiro dispositivo passou a vigorar com a seguinte redação: “Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia”. Por sua vez, o art. 310 atualmente dispõe, *in verbis*:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro

do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: [...]

Vale mencionar, inclusive, que as novas redações dos dispositivos supra abriram a discussão sobre a possibilidade de aplicar o instituto também às modalidades de prisões cautelares. Na realidade, esse debate já era levantado há tempos, uma vez que as normas internacionais que asseguram a audiência, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, não fazem distinção pela modalidade prisional, conforme explica Badaró:

O primeiro aspecto a ser analisado diz respeito às hipóteses de cabimento da audiência de custódia, isto é, em que casos de restrição da liberdade será aplicável o direito do art. 7.5 da CADH. A própria redação do dispositivo indica que será cabível em qualquer forma de restrição da liberdade de locomoção: “toda pessoa presa, detida ou retida” deve ser conduzida à presença de um juiz. Procurando fugir de filigranas terminológicas ou especificidades dos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros, a Convenção, valendo-se de três denominações, indica que em qualquer forma de privação de liberdade sua legitimidade está condicionada, entre outros requisitos, a uma audiência com autoridade judiciária. Assim, por exemplo, qualquer forma de prisão no processo penal deve observar a regra do art. 7.5: prisão cautelar ou prisão como cumprimento de pena privativa de liberdade. Entre as prisões cautelares, tanto a prisão em flagrante delitos, quanto a prisão preventiva ou temporária.¹⁸

Sob o mesmo ponto de vista, Aury Lopes Jr. expõe:

Mas um detalhe: a audiência de custódia não deveria se limitar aos casos de prisão em flagrante, senão que terá aplicação em toda e qualquer prisão, detenção ou retenção (dicação do art. 7.5 da CADH), sendo portanto exigível na prisão temporária e também na prisão preventiva. Mas no Brasil, infelizmente, tem sido reduzida ao controle da prisão em flagrante. Essencialmente, a audiência de custódia humaniza o ato da prisão, permite o controle da legalidade do flagrante e, principalmente, cria condições melhores para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar (inclusive temporária ou preventiva). Também evita que o preso somente seja ouvido pelo juiz muitos meses (às vezes anos) depois de preso (na medida em que

18 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1664.**

o interrogatório judicial é o último ato do procedimento). A audiência de custódia corrige de forma simples e eficiente a dicotomia gerada: o preso em flagrante será imediatamente conduzido à presença do juiz para ser ouvido, momento em que o juiz decidirá sobre as medidas previstas no art. 310. Trata-se de uma prática factível e perfeitamente realizável. O mesmo juiz plantonista que hoje recebe – a qualquer hora – os autos da prisão em flagrante e precisa analisá-los, fará uma rápida e simples audiência com o detido.¹⁹

Na reflexão do jurista, a audiência de custódia deve ser aplicada em qualquer tipo de prisão, detenção ou retenção, e não se limitar apenas ao controle da prisão em flagrante. Isso porque, nas demais prisões, também existe o risco de arbitrariedade e ilegalidade na decretação ou manutenção dessas medidas por parte das autoridades, merecendo que o preso seja conduzido após o cumprimento de um mandado de prisão preventiva ou temporária para apresentação ao juiz que avaliará as medidas.

Na mesma linha de raciocínio, o autor Renato Brasileiro de Lima levanta igual hipótese, com base nas alterações promovidas no Código de Processo Penal pelo Pacote Anticrime, em especial, o art. 287 anteriormente citado. Segundo o autor:

Com a nova redação do art. 310, caput, do CPP, fica a impressão, à primeira vista, que o legislador teria deliberado por restringir a sua realização apenas aos casos de anterior prisão em flagrante. A uma porque o art. 310 do CPP, dispositivo legal que passou a cuidar da audiência de custódia com o advento do Pacote Anticrime, está inserido no capítulo que versa sobre a “prisão em flagrante”. A duas porque o caput do art. 310 do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19, é categórico ao afirmar que o juiz deverá promover audiência de custódia após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão. Todavia, não se pode perder de vista o quanto disposto na parte final do art. 287 do CPP, também com redação determinada pela Lei n. 13.964/19, segundo o qual se a infração for inafiançável - ou afiançável, segundo a doutrina a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia. Ou seja, enquanto o art. 310 versa sobre a audiência de custódia

¹⁹ LOPES Jr, Aury. **Prisões Cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 70.

do preso em flagrante, o art. 287 a prevê nos casos de prisão decorrente de mandado referente à infração penal, ou seja, quando se tratar de prisão temporária ou preventiva.²⁰

Argumenta o autor que, embora a nova redação do art. 310 pareça restringir a realização das audiências de custódia apenas aos casos de prisão em flagrante, a parte final do art. 287 amplia essa possibilidade para todos os casos de prisão decorrente de mandado referente à infração penal. Portanto, é possível afirmar que as audiências de custódia poderiam ser aplicadas em todas as prisões, independentemente da forma como o indivíduo foi preso (flagrante, temporária ou preventiva).

A controvérsia chegou ao STF, que recentemente pacificou o tema na Reclamação (RCL) nº 29303, no sentido de determinar a todos os Tribunais do país, bem assim a todos os juízos a eles vinculados, que realizem, no prazo de 24 horas, audiência de custódia em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões preventivas, temporárias, preventivas para fins de extradição, decorrentes de descumprimento de medidas cautelares diversas, de violação de monitoramento eletrônico e definitivas para fins de execução da pena, ratificando-se a medida cautelar e os pedidos de extensão deferidos em sede monocrática, nos termos do voto do Relator Ministro Edson Fachin.²¹

Logo, a decisão tomada pelo Plenário da Corte estende a aplicação da audiência de custódia a todas as modalidades de prisão, não apenas para prisões em flagrante, ampliando o seu alcance e garantindo que todas as pessoas privadas de liberdade tenham o direito de serem ouvidas por um juiz em até 24 horas após a prisão. A medida visa garantir o respeito aos direitos fundamentais dos presos, além de permitir a avaliação imediata da legalidade da prisão e a possibilidade de análise da necessidade ou não da prisão cautelar, contribuindo para a redução da violência e da superlotação nos presídios.

O importante é que as audiências de custódia sejam realizadas de forma efetiva e que os direitos fundamentais dos presos sejam respeitados,

20 LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 - Artigo por Artigo**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 293.

21 STF. **STF determina realização de audiências de custódia para todos os casos de prisão**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=503579&ori=1>>. Acesso em: 31 mar. 2023.

permitindo uma análise justa e imparcial da necessidade ou não da prisão cautelar. Dessa forma, é possível garantir a humanização do ato da prisão e a proteção dos direitos fundamentais dos presos, conforme preconizado pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais de direitos humanos. Portanto, negar a importância da audiência de custódia é enterrar o direito do preso à dignidade e à justiça, transformando um processo vital em mero teatro processual.

3. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E CONTROLE DA ATIVIDADE POLICIAL

Como visto no capítulo anterior, a regulamentação do procedimento das audiências de custódia ficou a cargo pela Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Nos termos da resolução, uma vez apresentado o preso à autoridade judicial em até 24 horas após a prisão em flagrante, preventiva ou temporária, ele será informado do direito de silêncio, e será assegurado atendimento prévio e reservado por seu advogado ou defensor. Em seguida, o juiz fará uma entrevista com o preso, sobre a qual Aury Lopes Jr. esclarece:

Quanto ao procedimento, deve-se atentar para o seguinte: não se trata de uma antecipação de interrogatório. Mais ainda: não se está abrindo a oportunidade para o avanço acerca das circunstâncias e elementares do delito posto então sob suspeita. A audiência destina-se tão somente ao exame da necessidade de se manter a custódia prisional, o que significa que o magistrado deve conduzir a entrevista sob tal e exclusiva perspectiva. Não lhe deve ser permitida a indagação acerca da existência dos fatos, mas apenas sobre a legalidade da prisão, sobre a atuação dos envolvidos, sobre sua formação profissional e educacional, bem como sobre suas condições pessoais de vida (família, trabalho etc.). No ponto, pensamos totalmente criticáveis as previsões normativas (Resoluções de Tribunais) que pretendem instaurar verdadeiro procedimento contraditório acerca da concreta realização do crime, buscando a confissão ou a negativa do fato, prevendo ainda a possibilidade de ampla atuação do Ministério Público e da Defesa. Não é disso ou para isso que há de servir a audiência de custódia: trata-se apenas de se permitir ao aprisionado e ao magistrado

um exame mais direto a respeito da necessidade ou da desnecessidade da imposição de cautelares a ele.²²

Sendo assim, a entrevista realizada pelo magistrado não deve se prestar para análise do mérito, isto é, autoria e materialidade, destinando-se exclusivamente a discutir a “custódia”, a forma e as condições em que foi realizada a prisão e, ao final, avaliar a necessidade de manutenção do decreto prisional nos casos de prisão cautelar e, no caso de prisão em flagrante, averiguar medida cautelar diversa mais adequada ou, em último caso, a conversão do flagrante em preventiva.

Após a entrevista realizada pelo juiz, é permitido ao Ministério Público e, em seguida, à defesa técnica fazerem perguntas adicionais ao preso, desde que sejam compatíveis com os limites do objeto e da finalidade da audiência de custódia. Assim como o juiz, o Ministério Público e a defesa não devem buscar informações acerca do mérito, pois isso extrapola os limites de cognição, e, para esse conteúdo, reserva-se a audiência de instrução no decorrer do processo criminal. Finalizada a entrevista, tanto o Ministério Público quanto a defesa técnica podem formular pedidos ao magistrado, requerendo o relaxamento da prisão no caso de ilegalidade, a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança, a aplicação de outras medidas cautelares necessárias à preservação de direitos da pessoa presa, e, no caso de flagrante, como *ultima ratio* do sistema, poderá o Ministério Público requerer a decretação da prisão preventiva.

A restrição da liberdade do indivíduo é ser considerada a *ultima ratio* no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente porque a Carta Magna trata, no seu inciso LVII do art. 5º, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Sendo assim, a prisão possui o caráter essencial de que só a lei deve determinar o caso em que é preciso empregá-la.

Nesse contexto, a audiência de custódia assume um papel fundamental, na medida em que é nela que o Ministério Público deve se manifestar acerca da necessidade da manutenção da prisão, devendo atuar com cautela, pois a prisão preventiva somente poderá ser decretada mediante o seu requerimento, o que ressalta ainda mais a importância do órgão na condução do processo em observância aos direitos humanos e a

22 PACELLI, Eugenio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 689.

promoção dos direitos fundamentais do preso. Sobre o assunto, Aury Lopes Jr. ressalta:

É importante sublinhar, uma vez mais, que a prisão preventiva somente poderá ser decretada mediante pedido do Ministério Público (presente na audiência de custódia), jamais de ofício pelo juiz (até por vedação expressa do art. 311 do CPP). A tal “conversão de ofício” da prisão em flagrante em preventiva é uma burla de etiquetas, uma fraude processual, que viola frontalmente o art. 311 do CPP (e tudo o que se sabe sobre sistema acusatório e imparcialidade), e aqui acaba sendo – felizmente – sepultada, na medida em que o Ministério Público está na audiência. Se ele não pedir a prisão preventiva, jamais poderá o juiz decretá-la de ofício, por elementar. A “conversão” da prisão em flagrante em preventiva não é automática e tampouco despida de fundamentação. E mais, a fundamentação deverá apontar – além do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* – os motivos pelos quais o juiz entendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas do art. 319, cuja aplicação poderá ser isolada ou cumulativa. O *fumus commissi delicti* não constitui o maior problema, na medida em que o próprio flagrante já é a visibilidade do delito, ou seja, já constitui a verossimilhança de autoria e materialidade necessárias nesse momento. O ponto nevrálgico é a avaliação da existência de *periculum libertatis*, ou seja, a demonstração da existência de um perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. São conceitos que pretendem designar situações fáticas cuja proteção se faz necessária, constituindo, assim, o fundamento *periculum libertatis*, sem o qual nenhuma prisão preventiva poderá ser decretada. Tais situações, para a decretação da prisão, são alternativas e não cumulativas, de modo que basta uma delas para justificar-se a medida cautelar.²³

Dessa forma, em sendo a prisão preventiva a última medida a ser adotada, reservada para situações excepcionais em que é indispensável para a garantia da ordem pública, da investigação ou para assegurar a aplicação da lei penal, e apesar de o Ministério Público atuar na defesa da ordem e da segurança pública, não se pode esquecer de que a sua atuação deve ser pautada na promoção dos direitos humanos e da dignidade

23 LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 76-77.

da pessoa humana. Isso significa que, na audiência de custódia, o órgão ministerial deve estar atento para não se precipitar em pugnar pela prisão, mas sim avaliar as circunstâncias do caso e a necessidade efetiva da medida restritiva de liberdade.

Bem por isso, é importante destacar que o Ministério Público não deve atuar como um mero acusador, cujo único objetivo é condenar e aplicar uma pena a todo custo. É preciso lembrar que a sua atuação deve estar sempre em consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, buscando garantir a efetividade da justiça sem desrespeitar os direitos fundamentais do preso. No mesmo sentido, expõe Rogério Greco ao fazer considerações sobre a instituição na persecução penal, veja-se:

Muitas pessoas, no entanto, infelizmente, ligam a figura do Promotor de Justiça a de um simples acusador. Ao contrário disso, a finalidade maior do Ministério Público e a busca pela Justiça, seja ela com a condenação, ou mesmo com a absolvição de um determinado acusado. É interessante frisar, no que diz respeito ao processo penal, que o Ministério Público, no início da ação penal, atua como parte, ou seja, ao oferecer a denúncia, seu pedido inicial, como regra, deverá ser o de condenação. Para que possa dar início a persecução penal em juízo, basta que se tenha um mínimo de prova, a que chamamos de justa causa, pois a dúvida quanto a responsabilidade penal do acusado, nessa fase, deve prevalecer em benefício da sociedade (*in dubio pro societate*). O que não pode ocorrer é o oferecimento de denúncia sem esse mínimo de prova. A denúncia não é uma mera folha de papel, onde o Ministério Público escreveu aquilo que lhe convier. Precisa de um suporte probatório, mesmo que mínimo, para iniciar a fase judicial. Ao final da instrução do processo, se as provas produzidas em juízo não forem fortes o suficiente a fim de inibir qualquer dúvida com relação a prática da infração penal e a sua autoria, deverá o Ministério Público, obrigatoriamente, requerer a absolvição daquele em face de quem iniciou o processo penal. Isto porque, ao final da instrução processual, o Ministério Público despe-se da roupagem de parte, de simples acusador, e passa a ser reconhecido como um *fiscal da lei*, ou seja, um *custos legis*, o responsável pela correta e perfeita aplicação da lei. Aqui é que, verdadeiramente, poderá se reconhecer-se estamos diante de um Promotor de Justiça, por exemplo, ou de um “Promotor Público”, já quase extinto em nossa Instituição, mas que, como em qualquer outra, ainda possui

um remanescente que não quer se amoldar ao novo perfil constitucional e democrático que lhe foi atribuído. Assim, com já deixamos antever, a função de fiscal da lei, ao final da instrução probatória em juízo, exigira que o Ministério Público pega a condenação ou mesmo a absolvição. Assim, em caso de dúvida, também pugnar pela absolvição, pois, como diz o ditado, “condenar-se um possível culpado, e condenar-se um possível inocente”. A dúvida, portanto, deve sempre prevalecer em benefício do acusado, a fim de que seja observado o princípio do *in dubio pro reo*.²⁴

Pelo exposto, observa-se que Rogério Greco faz uma crítica à visão equivocada que muitas pessoas têm do Promotor de Justiça, limitando-o apenas à figura do acusador. Ele ressalta que a finalidade maior do Ministério Público é buscar a justiça, seja ela com a condenação ou absolvição de um acusado. Ao final da instrução em um processo penal, o Ministério Público assume o papel de fiscal da lei, ou seja, um *custos legis*, responsável pela correta e perfeita aplicação da lei. Nesse momento, é importante que o órgão ministerial não se limite a buscar a condenação a todo custo, mas sim, em caso de dúvida, também pugnar pela absolvição, em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*. Assim, para Rogério Greco, um Promotor de Justiça verdadeiro é aquele que busca a justiça de forma imparcial, sem se apegar a posições extremas, seja ela a condenação ou absolvição, e que age sempre em defesa dos direitos fundamentais.

Igualmente, na audiência de custódia, o Ministério Público tem o dever de atuar na defesa da ordem e na promoção dos direitos fundamentais, buscando a justiça, considerando sempre que a prisão preventiva deve ser a *ultima ratio* e que o MP deve ter cuidado ao pugnar pela sua necessidade, pois a prisão somente se dá mediante seu requerimento. Logo, deverá buscar a justa causa para a prisão preventiva, ou seja, um mínimo de prova que fundamente a necessidade da medida cautelar. Em resumo, na audiência de custódia, o Ministério Público deve agir com prudência, buscando sempre a justiça e a defesa dos direitos fundamentais, observando os princípios constitucionais e respeitando os limites legais da prisão preventiva.

Visando explicitar ainda mais a atuação do Ministério Público nas audiências de custódia, foram editadas recomendações e resoluções pelo

24 GRECO, Rogério. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 10. ed. Niterói: Impetus, 2020. p. 109.

Conselho Nacional do Ministério Público, como a Recomendação nº 28, de 22 de setembro de 2015, que dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público nas audiências de custódia, e a Resolução nº 221, de 11 de novembro de 2020, que dispõe sobre a atuação do Ministério Público na audiência de custódia, incorpora as providências de investigação referentes ao Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), e dá outras providências.

A Recomendação nº 28/2015 do CNMP considerou, entre outros motivos, que ao Ministério Público, na audiência de custódia, cabe manifestar-se sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva, opinar, concordando ou não, pela concessão de liberdade provisória com ou sem cautelares à pessoa detida e zelar para que a pessoa presa se manifeste apenas sobre seus dados pessoais e as circunstâncias objetivas que ensejaram a custódia; deliberou por recomendar que o Ministério Público adotasse “as medidas administrativas necessárias para assegurar a efetiva participação de seus membros nas audiências de custódia”, objetivando “garantir os direitos individuais do custodiado e promover os interesses da sociedade”. Assim, a implementação da recomendação demandou variadas modelagens de atribuições e de atuação do Ministério Público nas audiências de custódia.

No que diz respeito à Resolução nº 221/2020 do CNMP, tendo em vista que a Recomendação nº 28/2015 cita que compete, ainda, ao órgão ministerial, na apresentação do custodiado, adotar as medidas necessárias e pertinentes em eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades, resolveu por incorporar as providências de investigação referentes ao Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), que trata de um conjunto de diretrizes internacionais para a investigação e documentação da tortura e de outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, tendo sido elaborado pela Organização das Nações Unidas em 1999.

Sendo assim, além da avaliação das condições e necessidade da prisão, o Ministério Público deve atuar para a prevenção da tortura e outros tratamentos desumanos e degradantes, a garantia do direito à defesa e do respeito aos direitos fundamentais. Segundo Caio Paiva, embora a audiência

de custódia não seja capaz de eliminar completamente a tortura policial, que ainda é uma prática presente na democracia brasileira, ela pode contribuir para a redução da violência policial no momento da prisão²⁵. Ao garantir a apresentação imediata do preso diante da autoridade judicial, a audiência de custódia permite que a alegação de tortura seja levada ao conhecimento do Ministério Público (e também da defesa), o que pode inibir a violência policial nas primeiras horas após a prisão.

Sobre o tema, foi editada a Recomendação nº 31, de 27 de janeiro de 2016, do CNMP, que dispõe sobre a necessidade de observância, pelos membros do Ministério Público, das normas – princípios e regras – do chamado Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), e, bem assim, do Protocolo Brasileiro de Perícia Forense, em casos de crimes de tortura e dá outras providências, e a necessidade de coadunar as providências descritas no referido Protocolo com as atribuições do órgão de execução do Ministério Público que atua na audiência de custódia. Anos mais tarde, foi editada a Resolução nº 221, de 11 de novembro de 2020, também do CNMP. Referida Resolução é composta por oito artigos, merecendo destaque os seguintes:

Art. 2º O membro do Ministério Público com atribuição para a audiência de custódia diligenciará para reunir elementos que subsidiarão sua manifestação subsequente sobre a legalidade da prisão e, em especial, sobre a necessidade e a adequação de eventuais medidas cautelares a serem requeridas em face da pessoa presa. [...]

Art. 3º O membro do Ministério Público adotará providências para assegurar que os agentes de Estado responsáveis pela prisão ou investigação do fato determinante da prisão não estejam presentes na audiência de custódia.

Art. 4º Após a inquirição pelo juiz, o membro do Ministério Público deverá formular, suplementarmente, questionamentos que se dirijam ao esclarecimento das circunstâncias da prisão, da realização do exame de corpo de delito e de eventual notícia de maus-tratos ou de tortura sofridos pela pessoa presa. [...] § 3º Havendo notícia de maus-tratos ou de tortura sofridos pela pessoa presa, os questionamentos do Ministério Público deverão se dirigir à descrição dos fatos e suas circunstâncias, à identificação e qualificação dos autores das agressões, bem como de

25 PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e processo penal brasileiro**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2018. p. 42.

eventuais testemunhas, da forma mais completa possível, respeitando-se a vontade da vítima, observando-se a efetiva compreensão dos termos utilizados e em atenção às ações e providências descritas no Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), conforme as diretrizes do Anexo a esta Resolução.

Acompanha a Resolução 221/2020 do CNMP o anexo “Diretrizes para Aplicação do Protocolo de Istambul pelo Ministério Público no Ato da Audiência de Custódia”, uma orientação técnica que estabelece diretrizes para a aplicação do Protocolo de Istambul durante a realização da audiência de custódia pelo Ministério Público, com o objetivo de prevenir a ocorrência de tortura e maus-tratos nas prisões. Dentre as diretrizes estabelecidas, destacam-se: a importância de se investigar qualquer alegação de tortura ou maus-tratos durante a prisão; a necessidade de se respeitar a integridade física e psicológica do preso durante a audiência; a importância de se entrevistar o preso em particular, sem a presença de agentes policiais ou outras pessoas que possam intimidá-lo; a necessidade de se registrar detalhadamente as condições em que o preso foi apresentado à autoridade judicial, incluindo sua aparência física e eventuais lesões; a importância de se realizar exames médicos em casos de suspeita de tortura ou maus-tratos; a necessidade de se garantir a defesa do preso durante a audiência.

As recomendações e resoluções editadas, bem como a orientação técnica constante no anexo mencionada supra, estão alinhadas à atribuição do Ministério Público de realizar o controle externo da atividade policial, uma vez que estabelecem diretrizes para a realização da audiência de custódia, que é um importante instrumento para garantir a legalidade e a humanidade das prisões realizadas pelas autoridades policiais, e visam prevenir a ocorrência de violações aos direitos humanos, em especial a tortura e os maus-tratos. O controle externo da atividade policial é uma das funções institucionais do Ministério Público, atribuída pela Constituição Federal, nos termos do art. 129, inciso VII, que tem como objetivo fiscalizar a atuação das polícias e demais órgãos de segurança pública, com o objetivo de assegurar o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos e a observância das leis brasileiras e dos tratados internacionais.

Na visão de Rodrigo Régner Chemim Guimarães, a corrupção nas polícias brasileiras é um problema significativamente maior, devido a vários

fatores, como a baixa remuneração, o processo de seleção de pessoal, a proximidade física com a prática criminosa e a falta de um “controle social interno”, ou seja, uma cultura de fiscalização e responsabilização entre os colegas de trabalho. Com isso, ele compara a atuação do Judiciário e do Ministério Público com a atuação das polícias em relação à corrupção no Brasil, destacando que, no Judiciário e no Ministério Público, há uma cultura de fiscalização e controle interno que contribui para a prevenção de desvios de conduta. Os juízes e promotores são fiscalizados pelos colegas e têm medo de serem descobertos em caso de irregularidades, o que os incentiva a manter uma conduta ética. No entanto, nas polícias, o controle social interno é muito menos efetivo, o que permite que maus policiais ajam impunemente, mesmo na presença de colegas honestos que se limitam a não interferir. Nas palavras do autor:

Sucedem que em relação às polícias e diferentemente do que se verifica no Judiciário e no Ministério Público, por exemplo, variados fatores contribuem para que a corrupção, no Brasil, tenha sido alçada a níveis significativamente elevados (particularmente no âmbito estadual) e que, portanto, merece uma atenção destacada no que concerne aos mecanismos de controle. Além da questão salarial, do mecanismo de ingresso nas carreiras, da proximidade física com a prática delitiva, da formação cultural e jurídica dos integrantes do Judiciário e do Ministério Público serem historicamente diferenciados em relação aos mesmos critérios de análise nas polícias, ainda pesa a questão do chamado “controle social interno”, que pode ser resumido na “vergonha do colega”. Ou seja, enquanto no Judiciário e no Ministério Público se algum Juiz de Direito ou Promotor de Justiça quiser cometer desvios de conduta, a regra é ter, no seu colega, uma fiscalização rotineira seguida da imediata adoção de providências para responsabilização, e, assim, passa a temer ser por ele descoberto; na polícia, não raras vezes, esse controle social interno se aproxima de níveis muito insignificantes. Em outras palavras: pela ausência de efetiva punição do mau policial, este passou a sentir-se motivado a praticar desvios de comportamento, independentemente da presença de um colega honesto no recinto, já que culmina apenas por não se envolver diretamente no caso, não raras vezes limitando-se a não interferir.²⁶

26 GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 19.

Diante disso, argumenta-se que, para minimizar essa crise de confiança nas instituições policiais, é necessário investir em mecanismos eficientes de controle externo das instituições públicas, incluindo as polícias. Dessa maneira, expõe-se:

Não obstante, uma destas formas de controle em relação às Instituições foi estabelecida no art. 129, VII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que prescreve estar afeto ao Ministério Público o exercício do controle externo da atividade policial. A medida, de todo salutar, vem atender (ainda que não integralmente) a antigo anseio do Ministério Público brasileiro em poder controlar externamente, isto é, sem ingerência em assuntos internos, a atividade policial. Visa, assim, impedir a ocorrência dos abusos de poder, e constantes desmandos a que, cotidianamente, são vistos na imprensa, e vividos na lide forense, bem como melhorar a coleta da prova, por vezes mal conduzida ou precariamente produzida. Como sói acontecer àqueles que se vêem controlados externamente, a medida constitucional esbarra em intensa resistência por parte de parcela considerável da Polícia, que não admite ser fiscalizada de forma mais efetiva. No entanto, o sistema de fiscalização externa que se propõe, tanto da atividade policial, quanto dos Poderes, inclusive do Poder Judiciário e, também, do Ministério Público, é importante, na medida em que visa impedir os desvios, por vezes encontrados em todos os ramos do poder público, contribuindo, assim, para restabelecer a necessária confiança da população nas instituições públicas.²⁷

Também aponta Rodrigo Régner Chemim Guimarães que, de fato, o simples exercício do controle externo não é suficiente para eliminar totalmente os casos de omissão, corrupção e abuso de poder da Polícia, mas não há dúvidas de que contribuirá para esse fim.²⁸ Nesse sentido, a audiência de custódia é uma importante ferramenta de controle externo da atividade policial, pois permite ao Ministério Público – além de avaliar de forma criteriosa a legalidade e a necessidade das prisões realizadas pelas autoridades policiais –, com base nas diretrizes do Protocolo de Istambul, prevenir e verificar a ocorrência de eventuais violações aos direitos

27 GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 22.**

28 GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 90.**

humanos, como a tortura e os maus-tratos, bem como responsabilizar os agentes, contribuindo, portanto, para o efetivo controle externo da atividade policial, a garantia e o respeito às leis e à Constituição.

Sendo assim, nesse contexto e por todo o raciocínio desenvolvido até o momento, a atuação do Ministério Público na audiência de custódia é um exemplo concreto de como os mecanismos de controle externo das instituições e do poder do Estado podem ser efetivamente utilizados para garantir a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e a promoção da justiça. Pode-se indicar as formas de o Ministério Público atuar no combate da violência policial nas audiências de custódia, precipuamente, na verificação da legalidade da prisão, onde, durante a audiência de custódia, o MP pode verificar se a prisão foi realizada de forma legal, analisando se houve excesso de poder ou violação de direitos fundamentais e, ainda, investigar se há indícios de tortura ou maus-tratos durante a prisão, podendo instaurar um procedimento para apurar as denúncias.

Além disso, o órgão ministerial pode fiscalizar a atuação policial, requisitando informações e documentos que possam comprovar a legalidade da prisão; pode realizar a fiscalização das condições de detenção em que o preso está sendo mantido, se estão em conformidade com a lei e se não há riscos à integridade física ou psicológica do detido; pode solicitar ao juiz medidas protetivas para garantir a integridade física e psicológica do preso, tais como a transferência para outro local de detenção ou a proibição do contato com outros presos; pode promover a sensibilização e capacitação dos policiais sobre os direitos humanos e os procedimentos legais de prisão, a fim de evitar a violência policial e garantir o respeito aos direitos fundamentais; pode emitir recomendações às autoridades policiais e judiciárias para que adotem medidas de prevenção e combate à violência policial, como treinamento dos agentes de segurança pública, implantação de mecanismos de controle interno e externo e aprimoramento dos procedimentos de abordagem e detenção; caso identifique situações de violência policial, pode oferecer denúncias criminais e ações civis públicas, buscando responsabilizar os agentes envolvidos e pretendendo a reparação dos danos causados às vítimas. Pode promover o incentivo à participação da sociedade civil na fiscalização das atividades policiais, por meio de

mecanismos como ouvidorias, conselhos de segurança pública, audiências públicas e manifestações.

Dessa forma, o Ministério Público atua como fiscal da lei e dos direitos humanos, contribuindo para a efetividade da audiência de custódia como instrumento de proteção dos direitos dos presos. Nos dizeres de Aury Lopes Jr., “a audiência de custódia representa um grande passo no sentido da evolução civilizatória do processo penal brasileiro e já chega com muito atraso”²⁹. Por essa razão, merece atenção no sentido de se estar sempre realizando estudos para aprimoramento contínuo da prática, que constitui importante área de atuação do Ministério Público na promoção dos direitos fundamentais da pessoa presa, e ferramenta de controle externo da atividade policial, já que combate a tortura, o abuso e a violência policiais nesse contexto.

CONCLUSÃO

As audiências de custódia têm se mostrado um importante instrumento mitigador do encarceramento em massa e, por outro lado, um instrumento de conformação do sistema penal aos apelos constitucionais e da legislação internacional pertinente, além de contribuir para a garantia dos direitos humanos e redução da violência policial. O procedimento ajuda a combater a violência policial ao permitir que os presos sejam apresentados imediatamente a um juiz ou autoridade judicial após a prisão, o que reduz o risco de abusos e maus-tratos nas primeiras horas de detenção. A presença de um juiz ou autoridade judicial durante a audiência de custódia pode servir como um freio contra a violência policial, pois os responsáveis pela prisão saberão que qualquer alegação de tortura ou maus-tratos pode ser levada imediatamente ao conhecimento da autoridade judicial, da defesa e do Ministério Público. Além disso, a audiência de custódia pode contribuir para a prevenção da tortura policial ao assegurar a efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade.

O Ministério Público desempenha um papel fundamental na audiência de custódia, pois é responsável por acompanhar a realização do procedimento e se manifestar sobre a necessidade de manutenção

²⁹ LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 78.

da prisão. O promotor de Justiça presente na audiência pode verificar se houve violência policial ou outras irregularidades, bem como pode requerer medidas para proteger os direitos do preso. Além disso, o Ministério Público pode tomar providências em relação aos casos de violência policial, como instaurar inquéritos para investigar denúncias de abusos policiais, como tortura, abuso de autoridade, execuções extrajudiciais, entre outras violações de direitos humanos, e responsabilizar os agentes envolvidos. Ainda, promover a fiscalização das atividades da polícia acompanhando as investigações e verificando se as ações estão sendo realizadas de acordo com as leis e normas, efetuando monitoramento e avaliação da política de segurança pública. Dessa forma, o Ministério Público atua como fiscal da lei e dos direitos humanos, contribuindo para a efetividade da audiência de custódia como instrumento de proteção dos direitos dos presos.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. Título original: Dei delitti e delle pene.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Saulo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito penal constitucional: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Título original: Diritto e ragione: teoria del garantismo penale. 6. ed. Roma: Laterza, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014. Título original: Surveiller et punir.

GRECO, Rogério. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 10. ed. Niterói: Impetus, 2020.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

JÚNIOR, Azor Lopes da Silva. **Fundamentos jurídicos da atividade policial: uma abordagem histórica e de Direito Comparado das atividades de polícia administrativa e polícia judiciária**. São Paulo: Suprema Cultura Editora, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 - Artigo por Artigo**. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR. Aury. **Prisões Cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINGARDI, Guaracy. **Tiras, Gansos e Trutas: cotidiano e reforma na Polícia Civil**. São Paulo: Editora Página Aberta, 1992.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Garantismo e Barbárie (a face oculta do garantismo penal)**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PACELLI, Eugenio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e processo penal brasileiro**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF reconhece a audiência de custódia como direito fundamental do preso em todas as modalidades de prisão**. Notícias STF, Brasília, DF, 06 mar. 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=503579&ori=1>>. Acesso em: 31 mar. 2023.