

# Audiência de Custódia: desafios para uma melhor efetividade. Possibilidade da propositura do ANPP e, subsidiariamente, do oferecimento de denúncia, seu recebimento e concretização da citação pessoal<sup>1</sup>

Guilherme Macabu Semeghini\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Da Audiência de Custódia. 2.1. Breve histórico e finalidade precípua e original. 2.2. Da possibilidade de propositura do Acordo de Não Persecução Penal na Audiência de Custódia. 2.3. Possibilidade de oferecimento de denúncia e seu recebimento na Audiência de Custódia. 2.4. Possibilidade de concretizar a citação pessoal do réu na Audiência de Custódia. 2.5. Do respeito às garantias constitucionais processuais penais do acusado. 3. Conclusão. Bibliografia.

## Resumo

O presente artigo objetiva abordar os aspectos processuais penais e práticos acerca da possibilidade do oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal em sede de Audiência de Custódia e, subsidiariamente, do oferecimento da denúncia, seu recebimento e concretização da citação pessoal, à luz dos princípios da economia e celeridade processuais. Pretende-se, por conseguinte, evitar, em diversos casos concretos, a citação por edital, com a aplicação do artigo 366 do CPP e, conseqüentemente, a prática de crimes sem a devida e necessária resposta penal estatal, contribuindo, dessa forma, para a diminuição da impunidade e para duração razoável do processo, sem deixar de lado o respeito aos direitos e às garantias fundamentais do acusado. Sob essa ótica, analisar-se-á a necessidade de que o Presidente do Tribunal de Justiça e o Procurador-Geral de Justiça editem atos normativos outorgando, respectivamente, competência e atribuição para que Juízes e Promotores atuantes nas Audiências de Custódia possam adotar tais providências, com o objetivo de criar mecanismos que viabilizem uma melhor efetividade na aplicação da lei penal, de modo a evitar, na prática, a realização de diversos atos processuais posteriores à Audiência de Custódia, com conseqüentes gastos desnecessários do Estado com a persecução penal.

<sup>1</sup> Projeto de artigo científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Ciências Penais do Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso – IERBB/MPRJ. Orientador: Antônio José Campos Moreira.

\* Pós-graduando no curso de pós-graduação em Ciências Penais. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

## 1. Introdução

Trata-se de artigo científico qualitativo e descritivo, no qual foram utilizadas as metodologias das pesquisas bibliográfica, legislativa e jurisprudencial para sua elaboração. O tema principal do presente artigo científico é a demonstração, tanto na prática forense, como academicamente, do quanto o instituto da Audiência de Custódia é subaproveitado no vigente sistema processual penal nacional, restringindo-se a verificar a legalidade de prisões, especial e majoritariamente, das prisões em flagrante. A finalidade e a motivação da escolha do tema é, justamente, demonstrar que, na prática forense, as Audiências de Custódias poderiam e deveriam possibilitar o aproveitamento do ato para a prática de outros atos processuais, como o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal pelo Ministério Público e, subsidiariamente (no caso do seu não oferecimento, por não cumprir o indiciado os requisitos necessários para tal, ou em razão de o indiciado recusar a proposta),<sup>2</sup> o oferecimento da denúncia, o seu recebimento e a concretização da citação pessoal do denunciado, sem, contudo, deixar de cumprir o seu papel precípua e que motivou a sua regulamentação no Brasil, que é verificar a legalidade e higidez da prisão do conduzido.

Pretende-se demonstrar, no desenvolvimento do presente artigo, que a possibilidade de realização de outros atos processuais, durante a Audiência de Custódia, representa uma grande economia ao erário, na medida em que diversos atos processuais custosos para o Estado deixarão de ser praticados, além da evidente economia processual, com a consequente melhora na efetividade da persecução penal, com a entrega da prestação jurisdicional estatal dentro de um prazo razoável de duração do processo penal. Outra consequência inexorável da possibilidade da realização de outros atos processuais durante a Audiência de Custódia é a diminuição da impunidade, eis que, com a possibilidade de concretização da citação pessoal do acusado, já na Audiência de Custódia, o processo penal poderá seguir a sua marcha processual regular, evitando-se, assim, a demorada e custosa procura pelo acusado para ser citado pessoalmente, bem como no caso de infrutíferas tentativas da sua localização, evitar eventual citação pela via editalícia, com a consequente suspensão do processo e do prazo prescricional.<sup>3</sup>

## 2. Da Audiência de Custódia

### 2.1. Breve histórico e finalidade precípua e original

*Ab initio*, há de se ressaltar que não se pretende dissecar o tema Audiência de Custódia, com todos os seus desdobramentos penais e processuais penais, mas apenas trazer à baila os motivos e os fundamentos que levaram o Conselho Nacional de Justiça, através da edição de Resoluções, a prever a obrigatoriedade da realização

<sup>2</sup> Em consonância com os artigos 28-A, §§ 2º e 8º do CPP.

<sup>3</sup> Aplicação do art. 366 do CPP.

das Audiências de Custódia em todo o território nacional. Nesse sentido, as Audiências de Custódia foram introduzidas no Brasil como uma necessidade de adequar o sistema penal nacional às normas internacionais, que previam a apresentação pessoal imediata do preso ao juiz, com a finalidade precípua de efetivar uma estrutura de fiscalização judicial imediata sobre eventuais arbitrariedades praticadas no curso da detenção e de estabelecer um mecanismo obrigatório de revisão judicial da necessidade de manutenção da detenção efetuada pela Polícia.

Verifica-se, portanto, que antes mesmo da Resolução editada pelo Conselho Nacional de Justiça, Tratados Internacionais, ratificados pelo Brasil e integrados ao ordenamento jurídico interno por meio dos Decretos nºs 678/92 e 592/92, já previam a obrigatoriedade de apresentação do preso, tão logo fosse concretizada a sua prisão, como o meio mais eficaz para prevenir e para reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, por essa via, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal. Nesse aspecto, importante ressaltar o *status* de norma supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, conforme insculpido no artigo 5º, § 2º, da CR.<sup>4</sup>

Nesse sentido, colocando em paralelo duas normas distintas, mas tematicamente dialogáveis, vale destacar o art. 9º, item 3, do *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas*, onde lemos que:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (BRASIL, 1992a)

Ao lado desse dispositivo, o art. 7º, item 5, da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica):

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer

<sup>4</sup> “O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.” (HC nº 95967/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie; Recursos Extraordinários 466.343 e 349.703 e Chás 87.585 e 92.566, julgamento conjunto pelo Plenário do STF em 03/12/2008) Constituição Federal, art. 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (BRASIL, 1992b)

Por último, vale trazer à baila a consideração do CNJ na Resolução nº 213 de 15/12/2015, onde, inspirado no *art. 5.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos* e no *art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, afirma que “a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal.” (BRASIL, 2015) Com base no que estes Tratados Internacionais subscritos pelo Brasil já previam, foi proferida a decisão nos autos da *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal*, consignando a obrigatoriedade da realização em todo território nacional das Audiências de Custódia, com a apresentação imediata da pessoa presa à autoridade judicial competente.<sup>5</sup>

Foi, ainda, considerado que a “prolatada decisão na *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 do Supremo Tribunal Federal* [declarou] a constitucionalidade da disciplina pelos Tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente.” (BRASIL, 2020) Foi nesse contexto que o CNJ editou e publicou, em 15 de dezembro de 2015, a Resolução nº 213, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Posteriormente, foram editadas, ainda, a resolução do CNJ 254/18, que acrescentou o § 6º ao art. 8º da Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015<sup>6</sup> e a resolução 268/18, que alterou o § 2º do art. 1º da Resolução CNJ nº 213/2015, de 15 de dezembro de 2015, passando a vigorar com a seguinte redação:

<sup>5</sup> “A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF 347), julgada inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal em setembro de 2015, é uma ação de controle de constitucionalidade ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, na qual foi reconhecido o ‘estado de coisas inconstitucional’ da situação do sistema carcerário brasileiro. Argumenta o partido que a situação atroz em que se encontram os presos brasileiros configura uma violação contínua de seus direitos fundamentais e humanos, denotando uma situação fática inconstitucional.

A petição inicial foi feita com base em representação feita pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, coordenada pelo constitucionalista Daniel Sarmento. Na audiência de julgamento preliminar, o advogado do partido argumentou em sustentação oral que: ‘Não há, talvez, desde a abolição da escravidão, maior violação de direitos humanos no solo nacional [...]’. Trata-se da mais grave afronta à Constituição que tem lugar atualmente no país.” Em resposta, o então Advogado-Geral da União, Luís Inácio Adams, disse que a situação atual não era decorrente dos contingenciamentos, mas sim da ausência de projetos proativos.

O relator do processo, o Ministro Marco Aurélio, entendeu cabível a reclamação e concedeu inicialmente medida cautelar reconhecendo dois dos oitos pedidos, sendo posteriormente acompanhando pelos outros Ministros. Determinou assim o STF a realização em todo o território nacional das audiências de custódia e a que a União liberasse imediatamente as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, vedando outros contingenciamentos.” (ADPF 374, Wikipédia).

<sup>6</sup> A redação dessa resolução traz a seguinte informação: “§ 6º Na hipótese do § 5º, a autoridade policial será cientificada e se a vítima de violência doméstica e familiar contra a mulher não estiver presente na audiência, deverá, antes da expedição do alvará de soltura, ser notificada da decisão, sem prejuízo da intimação do seu advogado ou do seu defensor público.” (BRASIL, 2018)

§ 2º Entende-se por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça Militar, Tribunal Regional Federal, Tribunal Regional Eleitoral ou do Superior Tribunal Militar que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista. (BRASIL, 2015).

Mais recentemente, motivado pelo avanço mundial da Pandemia de Covid-19, foi editada a Resolução 357/20 do CNJ, que alterou o art. 19 da Resolução CNJ nº 329/2020 e passou a admitir a realização por videoconferência das Audiências de Custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ nº 213/2015, quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial. A Resolução 357/20 traz em seu bojo, ainda, importante disposição sobre a participação do Ministério Público na Audiência de Custódia, conforme redação prevista no § 3º do artigo 1º da Resolução 357/20 do CNJ: “§ 3º A participação do Ministério Público deverá ser assegurada, com intimação prévia e obrigatória, podendo propor, inclusive, o acordo de não persecução penal nas hipóteses previstas no artigo 28-A do Código de Processo Penal.” (BRASIL, 2020, grifo nosso)

Verifica-se, portanto, que tanto as normas contidas nos Tratados Internacionais subscritos pelo Brasil como a legislação pátria acerca do tema *Audiência de Custódia* possuem como finalidade precípua a apresentação imediata do preso ao juiz, como forma de implantar um importante mecanismo de controle da atividade policial realizado pelo magistrado, que atua como fiscal contra eventuais arbitrariedades sofridas pelo preso. Interpretando normas semelhantes, afirma a Corte Europeia de Direitos Humanos que: “o controle jurisdicional decorrente do primeiro comparecimento da pessoa detida deve ser acima de tudo rápido, pois ele tem por finalidade permitir ao juiz detectar quaisquer maus tratos e reduzir ao mínimo qualquer atentado injustificado à liberdade individual.” (TEDH, 2010) Busca-se, nesse sentido, identificar e, em última análise, banir a tortura como técnica de investigação durante a investigação.

A apresentação imediata do preso ao Juiz da Custódia é uma garantia, tanto profilática, na medida em que os policiais envolvidos na prisão cautelar do investigado estão cientes de que o preso será apresentado ao Juiz da Custódia, momentos após a prisão, fato que, certamente, inibe eventuais abusos e torturas policiais. Há, ainda, a garantia de que o preso cautelarmente, caso tenha sido vítima de eventuais abusos e torturas praticados pelos policiais que efetuaram a sua prisão, poderá relatar os fatos ao Magistrado da Custódia e este, uma vez verificada a verossimilhança das alegações defensivas (que poderão ser verificadas pelo cotejamento da versão do preso com o seu auto de exame de corpo de delito e mesmo com a visualização pelo Magistrado, durante a Audiência de Custódia, de eventuais danos físicos que o preso apresente), poderá e deverá adotar providências imediatas, tanto quanto à eventual decisão de soltura do preso, como de responsabilização penal dos agressores.

À guisa de esclarecimento, o que pretende o presente artigo científico demonstrar nos próximos tópicos, além da relevante e precípua finalidade da realização

da Audiência de Custódia, que deve ser mantida e incentivada pelas razões e pelos motivos já supraexpostos, é que, durante a realização da Audiência de Custódia, outros atos processuais poderiam e deveriam ser realizados, de modo a aproveitar a reunião de todos os agentes envolvidos no processo (Juiz, Ministério Público, Defesa do acusado e acusado) em um só ato, de forma mais eficaz, trazendo benefícios e economia de tempo e de custos de dinheiro público gastos pelo Estado com a persecução penal, sem perder de vista os direitos e garantias individuais do acusado e sua defesa técnica.

## 2.2. Da possibilidade de propositura do Acordo de Não Persecução Penal na Audiência de Custódia

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) foi introduzido na legislação pátria pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que acrescentou o artigo 28-A e seus §§ 1º ao 14 ao Código de Processo Penal. O legislador restringiu a possibilidade de oferecimento de ANPP pelo Ministério Público aos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, desde que confessado pelo agente, e o Ministério Público entenda ser necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.<sup>7</sup>

Conforme previsão dos §§ 4º, 5º e 7º do artigo 28-A do CPP,<sup>8</sup> há o controle judicial acerca da voluntariedade do investigado em aceitar o acordo, bem como da legalidade dos termos do acordo, proposto pelo Ministério Público. Para a realização do referido controle, na atual prática forense, o Juiz deve designar uma Audiência Especial, com intimação do Ministério Público, defesa do investigado e investigado. E mais, ao menos no Estado do Rio de Janeiro, há determinação, contida na Resolução GPGJ nº 2429, de 16/08/2021, de que o membro do Ministério Público, antes da realização da Audiência Especial, com a presença do Magistrado, designe uma data e notifique o investigado e sua defesa técnica para comparecerem ao seu Gabinete para apresentar a proposta do ANPP (uma vez verificada a presença dos requisitos para tal – artigo 28-A e seus §§ do CPP), ocasião em que irá verificar se o acusado e sua defesa técnica aceitam a proposta do ANPP e, portanto, dentre outros requisitos, se o investigado irá confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal. Uma vez aceito e assinado o ANPP pelo Ministério Público, defesa técnica e investigado, deverá o Ministério Público remeter o acordo já assinado e aceito ao

<sup>7</sup> Vale a leitura do artigo 28-A, *caput*, do CPP: “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.” (BRASIL, 1941)

<sup>8</sup> “§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.” (BRASIL, 1941)

Magistrado, com a solicitação de data para designação de uma Audiência Especial, com a presença do Magistrado, Ministério Público, investigado e defesa técnica, para o exercício do controle jurisdicional, referido no parágrafo anterior.

Assim, de modo a facilitar o entendimento de como funciona a atual sistemática do processo penal, tomemos como exemplo um indivíduo que tenha sido preso em flagrante, após a prática do crime de furto – algo bem corriqueiro em se tratando da Comarca do Rio de Janeiro. Pois bem, será ele levado à Autoridade Policial para lavratura do auto de prisão em flagrante, para oitiva do lesado, dos policiais que realizaram a prisão-captura em flagrante e do próprio acusado, caso tenha interesse em dar a sua versão dos fatos e não exerça o direito constitucional ao silêncio. Após a lavratura do flagrante, os autos serão remetidos ao Juízo da Custódia, a fim de verificar a legalidade da prisão em flagrante, com a oitiva do conduzido (atualmente, o juiz se atém apenas a verificar a legalidade da prisão do conduzido, sem realizar qualquer questionamento que adentre ao mérito da causa). Após a oitiva do preso acerca das circunstâncias da sua prisão, o Juiz da Custódia deverá apreciar a necessidade de manutenção da prisão cautelar do preso, convalidando, ou não, a prisão em flagrante em prisão preventiva. No exemplo analisado, geralmente, o Juízo da Custódia defere a liberdade provisória ao investigado, pois o crime de furto imputado não é cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa, não preenchendo, salvo raras exceções, os requisitos autorizadores da prisão cautelar, previstos no artigo 312 do CPP. Após a soltura do investigado, os autos são distribuídos ao Juízo da Vara Criminal e remetidos ao órgão do Ministério Público que nela atua, ocasião em que, verificando a presença dos requisitos para a propositura do ANPP, irá determinar a notificação do investigado e da sua defesa técnica para comparecerem ao seu gabinete para formalização do ANPP. Posteriormente, serão os autos enviados ao Juízo da Vara Criminal para designar uma nova data para a Audiência Especial, com nova intimação das partes, para o exercício do controle jurisdicional do ANPP e, não havendo qualquer óbice, homologação.

Percebe-se, de forma cristalina, portanto, que após a Audiência de Custódia, são realizadas mais duas “audiências” (uma extrajudicial e outra judicial), com a notificação/intimação das partes nas duas ocasiões e, conseqüentemente, com inevitável gasto de dinheiro público – já que as intimações são cumpridas, via de regra, por técnicos de notificação do Ministério Público ou por Oficiais de Justiça Avaliadores, que devem se deslocar até o endereço do investigado para cumprir a intimação, com gasto de combustível dos automóveis, bancados com dinheiro do contribuinte – e, claro, tempo.

Ora, principalmente nesses casos corriqueiros e sem maiores complexidades (flagrantes de furtos, receptações, estelionatos, entre outros), que representam a grande maioria dos casos que são remetidos ao Juízo da Custódia, após o cumprimento da finalidade precípua da Audiência de Custódia, deveria e poderia o membro do Ministério Público que nela atua, aproveitando o ato e a reunião de todos os atores envolvidos no processo, caso assim entenda e presentes os requisitos para tal, propor o ANPP ao investigado e a sua defesa técnica e, uma vez aceito o acordo, o juiz

que preside a Audiência de Custódia, após exercer o controle da voluntariedade e legalidade do ANPP, homologá-lo.

Existiria algum prejuízo para o acusado e sua defesa técnica? Para o Ministério Público? Para o Magistrado? Para o erário? A resposta negativa se impõe para todos. A defesa técnica e o investigado poderiam, a qualquer momento, alegar, tanto para o Juízo da Custódia, como para o Juízo da Vara Criminal para o qual o processo for distribuído, eventuais ilegalidades. Além disso, ficariam livres dos encargos de, uma vez demonstrado o interesse em celebrar o ANPP, comparecerem em outras duas audiências, uma extrajudicial e outra judicial, para a aceitação e concretização da homologação do ANPP. O Ministério Público, por sua vez, ficaria livre da obrigação de notificar os investigados e suas defesas técnicas para comparecerem ao seu gabinete para propor o acordo, bem como da necessidade de comparecer à Audiência Judicial para homologação do ANPP. O Juiz da Vara Criminal também ficaria livre da incumbência de determinar a intimação de todos os envolvidos no processo para audiência especial com o fim de homologação do acordo, aliviando, assim, as saturadas pautas das audiências dos Juízos das Varas Criminais. E, por último, mas não menos importante, o bolso do contribuinte agradece, já que a realização de diversos atos processuais, posteriores à Audiência de Custódia, seriam evitados, tendo como consequência inevitável a diminuição dos gastos públicos com a persecução criminal (gastos com energia elétrica, combustível, manutenção de automóveis, papel, impressão etc.).

Nesse contexto, foi que o CNJ, recentemente, editou a Resolução 357/20, que no § 3º do artigo 1º da Resolução 357/20 dispõe que: “§ 3º A participação do Ministério Público deverá ser assegurada, com intimação prévia e obrigatória, *podendo propor, inclusive, o acordo de não persecução penal nas hipóteses previstas no artigo 28-A do Código de Processo Penal.*” (BRASIL, 2020, grifo nosso)

Muito embora ainda não efetivada, ao menos no Estado do Rio de Janeiro, a possibilidade de o Ministério Público oferecer a proposta do ANPP já na Audiência de Custódia é uma medida adequada e salutar que fomenta os princípios da eficiência e da economicidade, devendo se adequar o *Parquet* fluminense a essa nova e recente determinação do CNJ, seja com a designação de mais Promotores de Justiça para funcionarem na Audiência de Custódia, ou mesmo, com a determinação de que os Promotores da Audiência de Custódia sejam dotados de assessoramento jurídico, o que, atualmente, não ocorre.

### **2.3. Possibilidade de oferecimento de denúncia e seu recebimento na Audiência de Custódia**

A possibilidade do oferecimento do ANPP durante a Audiência de Custódia já é uma realidade consubstanciada na recente Resolução 357 do CNJ, conforme exposto no item anterior, devendo os Ministérios Públicos Estaduais e Federal se adequarem para efetivar e concretizar a determinação do CNJ. O que propõe o presente artigo

científico é avançar ainda mais, possibilitando que a Audiência de Custódia seja utilizada para a prática de outros atos processuais necessários para o bom e regular andamento do processo criminal, dentro da perspectiva da efetividade e do razoável tempo de duração do processo, evitando-se, em última análise, a ausência de resposta penal estatal pela prática de infrações penais.

Nessa toada, uma vez verificada a legalidade e a higidez da prisão do acusado – finalidade principal da Audiência de Custódia –, e incabível a proposta do ANPP pelo Ministério Público (artigo 28-A, §§ 1º e 2º, do CPP), ou, ainda, caso o investigado e sua defesa técnica não aceitem o ANPP proposto pelo Ministério Público, ou o Juízo da Custódia não homologue o ANPP (artigo 28-A, §§ 4º, 5º, 7º e 8º do CPP), ao Ministério Público deveria ser possibilitada a oportunidade de oferecimento da denúncia, caso presente, evidentemente, as condições para o regular exercício da ação penal no momento da realização da Audiência de Custódia, especialmente a justa causa.

Vale aqui ressaltar que estamos tratando da possibilidade do oferecimento da denúncia na Audiência de Custódia. Portanto, a oportunidade e conveniência do oferecimento da denúncia, já na Audiência de Custódia, deverá ser verificada pelo membro do Ministério Público nela atuante. Assim, caso o membro do *Parquet* verifique tratar-se de um caso complexo, ou inexistentes os indícios mínimos de autoria e prova da materialidade do crime, a chamada justa causa para a deflagração da ação penal, sendo necessária a realização de outras diligências investigativas, o membro do *Parquet* deixará de oferecer a denúncia nesta oportunidade, remetendo os autos ao Promotor de Justiça que atua perante a Vara Criminal para a qual os autos do flagrante serão distribuídos.

Por outro lado, uma vez verificada a presença das condições para o regular exercício da persecução penal, não sendo um caso complexo, o membro do *Parquet* atuante na Audiência de Custódia, poderia e deveria oferecer a denúncia, dirigida ao Juízo da Custódia, que, por sua vez, uma vez verificada a presença dos requisitos da exordial acusatória,<sup>9</sup> poderia e deveria recebê-la.

Oportuno esclarecer que, na prática forense, os presos em flagrante delito, representam a grande maioria dos casos que são encaminhados ao Juízo da Custódia. Desses, quase a totalidade não representa questões juridicamente complexas (furto, receptação, roubo, estelionato, tráfico de entorpecentes, porte ou posse de arma de fogo etc.) permitindo que o membro do *Parquet* atuante na Audiência de Custódia forme a sua *opinio delicti* em sua plenitude, sem a necessidade, via de regra, da determinação de outras diligências investigativas para a deflagração da ação penal.

Essa situação decorre da própria natureza da prisão em flagrante, dada a força probatória da matéria colhida em situação flagrancial, sendo desnecessário, na grande maioria dos casos, a realização de novas diligências investigativas para se chegar à

<sup>9</sup> “Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.” (BRASIL, 1941)

justa causa para o oferecimento da denúncia, o que, evidentemente, não significa uma antecipação do resultado do processo. Oferecida a denúncia pelo Ministério Público, recebida pelo Juízo e o denunciado citado pessoalmente, ainda restará pela frente toda a instrução probatória a ser percorrida, inclusive com a possibilidade de eventuais alterações e adições dos fatos inicialmente imputados.<sup>10</sup>

Nesse ponto, pedimos vênia para trazeremos à colação trecho do livro dos autores Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

De todo modo, malgrado os efeitos de origem, o flagrante delito é um momento de grande importância para a persecução penal. Com ele, em razão da imediatidade na coleta do material informativo (para a prova do fato), se agiliza a fase da investigação e, eventualmente, se obtém uma possível redução dos danos causados na prática da infração, impedindo o exaurimento de delitos mais graves.

Podem-se apontar, portanto, duas grandes missões das quais deve se ocupar a prisão em flagrante: (a) permitir a imediata coleta de material a ser utilizado na instrução do processo (e, claro, para o convencimento do órgão de acusação); (b) salvaguardar bens jurídicos submetidos a condutas lesivas (crime).

Feito isso, há que se encerrar a sua função. Não se pode extrair de tal modalidade de prisão uma antecipação do resultado final do processo.

Primeiro, porque a Constituição da República teve o cuidado de explicar o óbvio: em princípio, isto é, até prova em contrário, todos devem ser tratados como inocentes.

E, em segundo lugar, porque, ainda que se reconheça a força probante da matéria colhida em situação de flagrância, há muito

<sup>10</sup> É a *emendatio e mutatio libelli*, previstas, respectivamente, nos artigos 383 e 384 do CPP: “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. § 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. § 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. § 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. § 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. § 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao *caput* deste artigo. § 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento. § 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.” (BRASIL, 1941)

a ser acertado no processo (de conhecimento). O flagrante pode até demonstrar ampla probabilidade de definição da natureza, do modo e da extensão do comportamento humano no caso concreto. Não demonstrará, porém, nem a sua correta capitulação, e nem permitirá um exame mais aprofundado das motivações e demais elementos subjetivos que possam interferir na sua compreensão jurídica. (PACELLI; FISCHER, 2020, p. 748)

Sobre atos decisórios a serem realizados pelo Juiz durante a Audiência de Custódia, recentemente, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, alterou a redação do artigo 310 e seus parágrafos do CPP. Eis a nova redação:

*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:*

*I – relaxar a prisão ilegal; ou*

*II – converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presentes os requisitos constantes no art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou*

*III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.*

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no *caput* deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no *caput* deste artigo, a não realização de

audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (BRASIL, 1941, grifo nosso)

Por seu turno, o artigo 312 do CPP, também com a nova redação dada pela Lei nº 13.964/19, assim prevê:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, *quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria* e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º - A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (CPP, art. 282, § 4º).

§ 2º - A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (BRASIL, 1941, grifo nosso)

Percebe-se, portanto, pela nova redação dada aos dispositivos legais supracolacionados, que o Juízo da Custódia realiza diversos atos decisórios no curso da Audiência de Custódia e não se atém, portanto, apenas à verificação da higidez e da legalidade da prisão. Nessa toada, caso não seja verificada qualquer ilegalidade na prisão do conduzido, o Juiz da Custódia deverá constatar se o conduzido praticou o fato criminoso sob a égide de alguma excludente da ilicitude, ocasião em que poderá conceder a liberdade provisória ao investigado (artigo 312, § 1º, do CPP). Para tomar tal decisão, evidentemente, o Juiz da Custódia deverá apreciar as provas colhidas em sede policial e juntadas aos autos da prisão em flagrante, como depoimentos de eventuais vítimas ou lesados, depoimentos de eventuais testemunhas, dos policiais que porventura realizaram a prisão, além das provas materiais acostadas, como autos de exame de corpo delicto, laudos de exame de material entorpecente e de armas, laudo de exame de local etc.

Caso o Juiz entenda que não há qualquer excludente da ilicitude a ser considerada, deverá decidir acerca da necessidade de manutenção da prisão cautelar, com a convalidação da prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presentes os requisitos constantes no art. 312 do Código de Processo Civil, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, o que implica a necessária verificação da prova da existência do crime (materialidade do delito) e indícios suficientes de autoria.

*Pelo exposto, é possível afirmar que na atual sistemática jurídica processual penal, o Juiz da Custódia não se limita à verificação da higidez e legalidade da prisão cautelar efetivada – finalidade precípua da Audiência de Custódia –, mas também realiza a análise dos fatos e das provas colhidas em sede policial, de modo a formar seu livre convencimento acerca da necessidade de manutenção da prisão cautelar, ou de concessão da liberdade provisória ao conduzido com, ou sem, a imposição de medidas cautelares diversas da prisão.*

*Ora, se pode o Juiz da Custódia realizar a análise dos requisitos para a manutenção da prisão cautelar – dentre os quais, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (artigo 312 do CPP) –, por óbvio, deveria ser permitido a ele analisar o recebimento de eventual denúncia oferecida durante a realização da Audiência. Isso porque, ao analisar o recebimento, ou não, da denúncia, realizará o Juízo da Custódia análise acerca da existência das condições para o regular exercício da ação penal pelo Ministério Público – dentre elas, a justa causa, ou seja, prova da materialidade do crime imputado e indícios suficientes da autoria do delito, análise esta que já realiza o Juízo da Custódia, ao analisar a necessidade de manutenção, ou não, da prisão cautelar do preso apresentado, repise-se.*

*Tais argumentos nos levam a concluir que não há qualquer óbice legal, atualmente, para restringir o poder decisório do Juiz da Custódia, podendo e devendo os Presidentes dos Tribunais de Justiça de cada Estado editarem atos normativos para outorgar e ampliar referidas competências aos Juizes atuantes nas Audiências de Custódia.*

#### **2.4. Possibilidade de concretizar a citação pessoal do réu na Audiência de Custódia**

Uma vez prevista a possibilidade de o Juízo da Custódia analisar o recebimento, ou não, da denúncia, consequência lógica é possibilitar, no caso do seu recebimento, a concretização da citação pessoal do denunciado, que estará presente ao ato, devidamente representado pela sua defesa técnica, de forma célere, com economia de energia, tempo e dinheiro público, conforme se pretende demonstrar a seguir.

Muito embora a 5ª Turma do STJ, ao julgar o *habeas corpus* nº 652068/DF (2021/0075807-0), tenha admitido a possibilidade de citação do denunciado pelo aplicativo WhatsApp, desde que contenha elementos indutivos da autenticidade do destinatário, como número do telefone, confirmação escrita e foto individual, fato é que tal possibilidade ainda carece de um regramento legal e somente pode ser concretizada nos casos em que exista nos autos algum número de telefone do acusado que utilize o referido aplicativo, vale dizer, a citação pessoal do acusado continua a ser a regra na grande maioria dos processos que se apresentam nas Varas Criminais.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> “HABEAS CORPUS Nº 652068 – DF (2021/0075807-0)  
RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR  
IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL  
ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL LUÍS CLÁUDIO VAREJÃO DE FREITAS – DF009689  
IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS  
PACIENTE: CRISTHIANO STEFANIO DE FREITAS AGUIAR  
INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS  
EMENTA

Recentemente, este signatário atuou como Promotor de Justiça junto à 38ª Vara Criminal da Comarca da Capital. Situação corriqueira e que causava indignação era o fato de o investigado, solto na Audiência de Custódia e, posteriormente denunciado, não ser localizado para possibilitar a sua citação pessoal. Nesses casos, e acreditem, não eram poucos, o Ministério Público e o Poder Judiciário enfrentam uma verdadeira *via crucis* burocrática para tentar a localização do denunciado, a fim de viabilizar a sua citação pessoal.

Uma vez que se verifique que o acusado não foi localizado no endereço fornecido nos autos, ou que o Oficial de Justiça Avaliador informe que não é possível a realização da citação, por ser o local de risco para a sua integridade física – algo, infelizmente, bem comum na realidade carioca e de grandes cidades, situações em que o poder público fica impedido de entrar em diversas localidades –, é determinado pelo Juiz da Vara Criminal a expedição de ofícios de praxe para concessionárias de energia elétrica, de água, de telefonia, Câmara de Dirigentes Lojistas, Receita Federal, TRE, visando à localização do denunciado. Os já assoberbados Cartórios dos Juízos das Varas Criminais, assim, expedem diversos ofícios, juntados aos autos do processo, com a previsão de prazos para resposta. Evidente que as respostas levam tempo, muitas vezes, devendo ser determinada a reiteração dos ofícios porventura não respondidos dentro dos prazos fixados. Após a resposta de todos os ofícios, devidamente juntados aos autos, é necessário realizar uma análise dos endereços porventura fornecidos em todos os ofícios, a fim de verificar se foram diligenciados, de modo a evitar a repetição de diligências pelo Oficial de Justiça Avaliador.

Pois bem, caso verificado que existem endereços fornecidos não diligenciados, o Ministério Público requer e o Juízo Criminal determina que o OJA compareça a todos os endereços não diligenciados, a fim de tentar cumprir pessoalmente a citação do

---

**HABEAS CORPUS. AMEAÇA NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AÇÃO PENAL. RÉU SOLTO. CITAÇÃO POR MANDADO. COMUNICAÇÃO POR APLICATIVO DE MENSAGEM (WHATSAPP). INEXISTÊNCIA DE ÓBICE OBJETIVO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE LIMITADA AOS CASOS EM QUE VERIFICADO PREJUÍZO CONCRETO NO PROCEDIMENTO ADOTADO PELO SERVENTUÁRIO. ART. 563 DO CPP. PRECEDENTES DESTA CORTE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE INDICAM A NECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DA DILIGÊNCIA.**

1. Em se tratando de denunciado solto – quanto ao réu preso, há determinação legal de que a citação seja efetivada de forma pessoal (art. 360 do CPP) –, não há óbice objetivo a que Oficial de Justiça, no cumprimento do mandado de citação expedido pelo Juízo (art. 351 do CPP), dê ciência remota ao citando da imputação penal, inclusive por intermédio de diálogo mantido em aplicativo de mensagem, desde que o procedimento adotado pelo serventuário seja apto a atestar, com suficiente grau de certeza, a identidade do citando e que sejam observadas as diretrizes estabelecidas no art. 357 do CPP, de forma a afastar a existência de prejuízo concreto à defesa. 2. No caso, o contexto verificado recomenda a renovação da diligência, pois a citação por aplicativo de mensagem (WhatsApp) foi efetivada sem nenhuma cautela por parte do serventuário (Oficial de Justiça), apta a atestar, com o grau de certeza necessário, a identidade do citando, nem mesmo subsequentemente, sendo que, cumprida a diligência, o citando não subscreveu procuração ao defensor de sua confiança, circunstância essa que ensejou a nomeação de Defensor Público, que arguiu a nulidade do ato oportunamente. 3. O andamento processual, obtido em consulta ao portal eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, indica que ainda não foi designada audiência de instrução em julgamento, ou seja, o réu ainda não compareceu pessoalmente ao Juízo, circunstância que, caso verificada, poderia ensejar a aplicação do art. 563 do CPP. 4. Ordem concedida para declarar a nulidade do ato de citação e aqueles subsequentes, devendo a diligência (citação por mandado) ser renovada mediante adoção de procedimentos aptos a atestar, com suficiente grau de certeza, a identidade do citando e com observância das diretrizes previstas no art. 357 do CPP.” (BRASIL, 2021)

denunciado. Não raras as vezes, são necessárias as expedições de cartas precatórias para serem cumpridas em outros Estados, ou mesmo em Comarcas distintas. Após a realização de todas as diligências, em todos os endereços fornecidos pelos órgãos respondidos, inclusive com a devolução de eventuais cartas precatórias, devidamente cumpridas pelos OJAs dos juízos deprecados, caso o denunciado não seja localizado, e tenham sido expedidas certidões de não localização do acusado, em cada uma das diligências realizadas, por cada um dos OJAs, poderá ser determinada a citação por edital do acusado<sup>12</sup> e, posteriormente, ultrapassado o prazo de 15 dias, sem o comparecimento do acusado, nem a constituição de advogado nos autos, serão aplicadas as determinações previstas no artigo 366 do CPP,<sup>13</sup> quais sejam, suspensão do processo e do curso do prazo prescricional.

Ou seja, ficarão o processo e o curso do prazo prescricional suspensos, até: (I) o comparecimento espontâneo do acusado – o que, via de regra, não ocorre, já que pressupõe que o acusado tenha tomado ciência da acusação, após ler a publicação do edital da sua citação no Diário Oficial, algo, no mínimo, inusitado (artigo 365 e seu parágrafo único do CPP) –; (II) até que o acusado tenha o azar de ser preso novamente, pela prática de outra infração penal, ou pelo cumprimento de eventual mandado de prisão preventiva expedido pelo Juízo em seu desfavor, o que possibilitaria a sua citação pessoal (artigo 360 do CPP) ou; (III) que o prazo prescricional volte a fluir – embora controvertida a matéria na doutrina, recentemente, o STF pacificou a questão nos autos do Recurso Extraordinário nº 600.851, em sessão de julgamento de 07/12/2020.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> “Art. 361. Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias.” (BRASIL, 1941)

<sup>13</sup> “Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.” (BRASIL, 1941)

<sup>14</sup> “A tese de repercussão geral aprovada foi a seguinte: “Em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital, ressalvados os crimes previstos na Constituição Federal como imprescritíveis, é constitucional limitar o período de suspensão do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a despeito de o processo permanecer suspenso.”

Ademais, o voto condutor do acórdão de lavra do Eminentíssimo Ministro Edson Fachin fixou balizas interpretativas relevantes nas razões de decidir para garantir a segurança jurídica em relação ao art. 366 do CPP:

(i) diante da lacuna legislativa, afigura-se constitucional limitar o período de suspensão do processo e do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime (CP, art. 109), nos termos da súmula nº 415/STJ, bem como se adota tal parâmetro por guardar proporcionalidade entre a pena cominada ao crime e sua gravidade e o respectivo período de suspensão;

(ii) revendo seus precedentes, alterou a jurisprudência da corte, para fixar o entendimento de que somente a Constituição Federal pode prever casos de imprescritibilidade de crimes, não sendo possível ao legislador ordinário estabelecer novos casos de imprescritibilidade;

(iii) para fixar a orientação segundo a qual, após a suspensão do processo pelo tempo previsto no art. 109 do Código Penal, de acordo com a pena máxima de cada infração penal, não haverá prosseguimento do processo sem a citação efetiva do réu, sob pena de violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa previstos na Constituição Federal (art. 5º, LIV e LV) e ao direito subjetivo à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada contra si, assim como a autodefesa e à constituição de defensor, previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, item 2, alíneas “b” e “d”), e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, item 3, alíneas “a” e “d”).

Confira-se a ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. PROCESSO PENAL. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL 438: LIMITAÇÃO DE PRAZO DE PRESCRIÇÃO E SUSPENSÃO DO PROCESSO EM CASO DE INATIVIDADE

Em resumo, no caso da hipótese (III), aventada no parágrafo anterior, à luz dos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais acima, a forma de cálculo da suspensão do processo e da prescrição decretada com fundamento no art. 366 do CPP pode ser descrita nas palavras do professor Aury Lopes Junior:

Adotando-se esse entendimento, não comparecendo o réu, após a citação editalícia, deverá ser suspenso o processo e a prescrição, sendo essa última suspensão pelo período de tempo correspondente ao da prescrição pela pena em abstrato (para tanto, deve-se verificar a pena máxima do tipo penal e buscar, no art. 109 do CP, o respectivo lapso prescricional). Após esse período, a prescrição voltaria a correr de novo. Ou seja, suspende primeiro por um período de tempo e, depois, permanece suspenso o processo, mas volta a fluir a prescrição. Por exemplo: diante de um processo por crime de furto, cuja pena máxima é de 4 anos, a prescrição opera em 8 anos (art. 109, IV, do CP). Significa que se o réu não for encontrado, o prazo prescricional (e o processo) ficará suspenso por 8 anos, voltando a correr normalmente a partir do implemento desse prazo. Portanto,

---

PROCESSIONAL DECORRENTE DE CITAÇÃO POR EDITAL. ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ART. 109 DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA 415 DO STJ. ART. 5º, INCISOS XLII e XLIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VEDAÇÃO DE PENAS DE CARÁTER PERPÉTUO (ART. 5º, INCISO XLVII, ALÍNEA B). DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF). DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL (ART. 5º, INCISO LIV, CF). AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO (ART. 5º, LV, CF). DIREITO DE AUTODEFESA. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. PACTO DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. PRECEDENTE DO STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Ressalvados os crimes de racismo e as ações de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático listados no art. 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal, a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro é de que as pretensões penais devem ser exercidas dentro de marco temporal limitado. Histórico da prescrição no Direito pátrio. Precedente do Supremo Tribunal Federal. 2. A vedação de *penas* de caráter perpétuo, a celeridade processual e o devido processo legal substantivo (art. 5º, incisos XLVII, b; LXXVIII; LIV) obstem que o Estado submeta o indivíduo ao sistema de persecução penal sem prazo previamente definido.

3. Com exceção das situações expressamente previstas pelo Constituinte, o legislador ordinário não está autorizado a criar outros casos de imprescritibilidade penal.

4. O art. 366 do Código de Processo Penal, ao não limitar o prazo de suspensão da prescrição no caso de inatividade processual oriunda de citação por edital, introduz hipótese de imprescritibilidade incompatível com a Constituição Federal.

5. Mostra-se em conformidade com a Constituição da República limitar o tempo de suspensão prescricional ao tempo máximo de prescrição da pena em abstrato prevista no art. 109 do Código Penal para o delito imputado. Enunciado sumular n. 415 do Superior Tribunal de Justiça.

6. Afrenta as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal) o prosseguimento do processo penal em caso de inatividade processual decorrente de citação ficta. Direito subjetivo à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada contra si, assim como à autodefesa e à constituição de defensor. Previsões da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (art. 8º, item 2, alíneas “b” e “d”) e do Pacto de Direitos Civis e Políticos (art. 14, item 3, alíneas “a” e “d”). 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a fixação da seguinte tese: Em caso de inatividade processual decorrente de citação por edital, ressalvados os crimes previstos na Constituição Federal como imprescritíveis, é constitucional limitar o período de suspensão do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a despeito de o processo permanecer suspenso. (RE 600.851/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, votação unânime, julgamento finalizado na sessão de 07/12/2020, tema 438 da repercussão geral)” (SANTANA, 2021)

a efetiva extinção da punibilidade somente ocorrerá após 16 anos. É quase o mesmo que estabelecer uma prescrição em dobro. (...)

Com a decisão que aplica o art. 366, opera-se uma suspensão da prescrição, de modo que, quando o prazo prescricional voltar a fluir (após os primeiros 8 anos, no exemplo acima), devemos retomar a contagem considerando aqueles meses de tramitação inicial do processo. Isso porque, quando se suspende o prazo, ele volta a correr pelo tempo restante, ou seja, considera-se o período entre o recebimento da denúncia e a decisão que determinou a suspensão. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 602-603)

Fácil perceber que toda essa burocracia para tentar concretizar a citação pessoal do réu, custa dinheiro público (gastos com combustíveis dos automóveis que transportam os OJAs, gastos com a manutenção desses automóveis, gastos com tinta e papel para impressão dos ofícios e dos mandados citatórios, com a expedições de cartas precatórias etc.) e, claro, gasta-se tempo, muito tempo, não só do Juiz, do Promotor de Justiça, dos serventuários do cartório do Juízo, do Ministério Público, e dos Oficiais de Justiça Avaliadores, mas também das empresas concessionárias e demais destinatárias dos ofícios enviados que, não raras as vezes, devem manter um departamento exclusivamente dedicado ao envio das respostas aos ofícios expedidos pela Justiça.

Nessas idas e vindas do processo criminal para respostas aos ofícios expedidos, reiterações dos ofícios, expedições e devoluções de cartas precatórias, análises dos ofícios respondidos e cumprimento de diligências para viabilizar a citação pessoal do denunciado, além das suspensões do processo e do prazo prescricional, no caso da citação por edital, o tempo corre, e a resposta estatal para o crime praticado se alonga no tempo, dando aquela sensação de impunidade no seio social, sem a devida resposta estatal para as infrações penais cometidas.

*Toda essa burocracia, todo gasto de energia e de tempo, todo dinheiro público despendido para tentar localizar o denunciado com o fito de citá-lo pessoalmente, poderiam, na grande maioria dos casos, ser evitados, caso a citação pessoal do denunciado fosse concretizada na Audiência de Custódia, após o recebimento da denúncia pelo respectivo Juízo, permitindo, assim, que o processo criminal siga o seu trâmite natural, ainda que o acusado decida não mais comparecer aos atos posteriormente designados, ou se mude de endereço, sem prévia comunicação ao Juízo,<sup>15</sup> evitando-se, assim, a aplicação do artigo 366 do CPP e, conseqüentemente, a ocorrência de crimes sem uma resposta estatal correlata, ou seja, a impunidade.*

<sup>15</sup> “Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.” (BRASIL, 1941, CPP)

## 2.5. Do respeito às garantias constitucionais processuais penais do acusado

Importante destacar que todas essas inovações que o presente artigo científico pretende propor, com a possibilidade de concentração desses atos processuais na Audiência de Custódia, devem sempre respeitar todas as garantias constitucionais processuais penais do conduzido. Nesse sentido, verifica-se que todos os atos processuais são praticados na presença do investigado e da sua defesa técnica, aos quais deve ser garantida a possibilidade de se manifestarem, a qualquer momento, sobre qualquer ilegalidade, diretamente, ao Juiz da Custódia. Poderão o conduzido e sua defesa técnica, ainda, alegar qualquer ilegalidade porventura ocorrida no decorrer da Audiência de Custódia, posteriormente, ao Juiz da Vara Criminal, após a distribuição do processo, bem como socorrerem-se dos remédios constitucionais e/ou dos recursos processuais penais contra decisões que entendam ilegais ou desarrazoadas. Não se vislumbra, portanto, nas inovações ora propostas, qualquer prejuízo à defesa do conduzido.

*Importante repisar, ainda, de modo a espancar qualquer dúvida, que a finalidade precípua da Audiência de Custódia, e que motivou a sua implantação no Brasil, qual seja, a verificação da legalidade e higidez da prisão cautelar do conduzido, deve, obviamente, ser mantida. Não pretendem as inovações, ora propostas, retirar da Audiência de Custódia o próprio motivo da sua existência. O que se propõe é que, uma vez cumprida a finalidade principal da Audiência de Custódia e, aproveitando-se a reunião de todos os atores do processo, seja viabilizada a realização de outros atos processuais, com enorme economia de tempo, energia e dinheiro público, respeitando-se todas as garantias constitucionais do conduzido.*

Postas essas premissas, ainda assim, algumas críticas salutares às proposições inovadoras elencadas no presente artigo científico poderiam surgir: por que esse açodamento? Por que possibilitar ao Ministério Público oferecer denúncia na Audiência de Custódia, de maneira precipitada e sem dar tempo de formar a sua *opinio delicti*, de modo a permitir uma correta capitulação penal dos fatos e, consequentemente, que o Estado exerça o seu *jus puniendi* em sua plenitude? Não estaríamos diante de uma “justiça express”?

Insta aqui lembrarmos que a realização dos atos concentrados na Audiência de Custódia é facultativa. A título exemplificativo, suponha-se uma investigação sobre uma associação criminosa, especializada em tráfico de entorpecentes e roubos de cargas. No bojo do inquérito policial são investigados 15 indivíduos e a Autoridade Policial que o preside representa pela quebra dos sigilos telefônicos de todos os investigados. Os autos do Inquérito Policial são distribuídos ao Juiz da Vara Criminal que, em razão dos elementos probatórios existentes nos autos do Inquérito Policial, decreta as quebras dos sigilos telefônicos e devolve os autos à Autoridade Policial para dar continuidade às investigações.

Pois bem, após o transcurso de um ano, com base nas provas colhidas pelas interceptações telefônicas, devidamente autorizadas pela autoridade judicial competente, o Delegado de Polícia representa pelas decretações das prisões temporárias dos 15 investigados e o Juiz prevento da Vara Criminal, após o parecer

favorável do Ministério Público, as decreta. Esses 15 mandados de prisões temporárias são devidamente cumpridos e os 15 investigados são conduzidos à Audiência de Custódia. Logicamente, no caso do exemplo, o juízo e o membro do *Parquet* atuantes na Audiência de Custódia limitar-se-ão a verificar a legalidade e a higidez das prisões temporárias cumpridas, com o posterior envio dos autos ao Juiz prevento da Vara Criminal. Dada a complexidade das investigações policiais, com a juntada de diversas transcrições das interceptações telefônicas realizadas, bem como diante da existência de diversos investigados, evidentemente, fica inviabilizada uma análise mais profunda das provas acostadas aos autos do Inquérito Policial e, conseqüentemente, o oferecimento da denúncia, o recebimento e a citação dos investigados na Audiência de Custódia (no exemplo, não caberia o Acordo de Não Persecução Penal, diante da natureza dos crimes imputados aos investigados).

Todavia, nos casos corriqueiros de prisões em flagrante como furtos, estelionatos, roubos, tráficos de entorpecentes, portes de armas – que representam a maioria dos casos que são apresentados nas Audiências de Custódia –, a denúncia é relativamente simples de ser elaborada, pois é baseada, via de regra, nas provas colhidas em sede policial, por ocasião da lavratura do flagrante, quais sejam, depoimentos de eventuais vítimas/lesados, testemunhas, policiais que realizaram a prisão em flagrante e eventuais provas técnicas já acostadas aos autos do flagrante. Esses elementos probatórios, já analisados pelo MP e pelo Juízo, na ocasião da Audiência da Custódia, serão, na grande maioria dos casos, exatamente os mesmos que serão analisados pelo MP e Juízo ao receberem o auto de prisão em flagrante, agora já distribuído à Vara Criminal, não ocorrendo, em regra, a juntada de novas provas nesse ínterim. Não há, portanto, qualquer prejuízo à qualidade da prova penal colhida até então, permitindo que o membro do Ministério Público atuante na Custódia forme a sua *opinio delicti* de maneira segura e plena, lembrando que, posteriormente, já no curso do processo, sempre haverá a possibilidade de aplicação dos artigos 383 e 384 do CPP.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao *caput* deste artigo.

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.” (BRASIL, 1941)

### 3. Conclusão

À guisa de conclusão, o presente artigo pretendeu demonstrar que a possibilidade de realização de outros atos processuais, como o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal e, subsidiariamente, o oferecimento da denúncia, o seu recebimento e a concretização da citação pessoal durante a realização da Audiência de Custódia, é medida salutar e benéfica para a persecução criminal.

Conforme demonstrado no corpo do presente artigo, as inovações propostas trazem benefícios práticos incontestes, na medida em que se evita a realização de diversos atos processuais posteriores e dispendiosos para o Estado, como a busca do investigado para ser notificado a comparecer à “audiência” com o Promotor de Justiça, a fim de possibilitar o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal, ou, no caso de incabível, ou não aceito, na burocrática e dispendiosa busca para localização do denunciado, a fim de concretizar a sua citação pessoal, contribuindo, dessa forma, para uma persecução criminal mais célere e mais barata para o Estado.

Além disso, evita-se, em diversos casos concretos, a citação por edital, com a aplicação do artigo 366 do CPP e, conseqüentemente, a prática de infrações penais sem a devida e necessária resposta penal estatal, com a inevitável diminuição da impunidade, contribuindo para que os processos criminais tenham uma duração razoável, e não se alonguem no tempo, sem uma resposta penal do Estado para o crime praticado, tudo isso sem prejuízo ao respeito aos direitos e às garantias fundamentais do investigado e sua defesa técnica.

Por último, importante frisar que as alterações elencadas no presente artigo científico dependem, unicamente, da edição de atos normativos pelo Presidente do Tribunal de Justiça e pelo Procurador-Geral de Justiça (no caso das Justiças Estaduais), a fim de outorgar as respectivas competências e atribuições para que Juízes e Promotores que atuem nas Audiências de Custódia possam realizar os atos processuais ora propostos.

### Bibliografia

ADPF 347. In: *WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre*. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=ADPF\\_347&oldid=59068070](https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=ADPF_347&oldid=59068070). Acesso em: 17/08/2022.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei Nº 3.689, 1941* (Código de Processo Penal). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 23/05/2022.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 16/05/2022.

\_\_\_\_\_. *Decreto Nº 592, 1992*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 16/05/2022.

\_\_\_\_\_. *Decreto Nº 678, 1992b*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 16/05/2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 213, 2015*. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_213\\_15122015\\_22032019145102.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_213_15122015_22032019145102.pdf). Acesso em: 16/05/2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 254, 2018*. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_254\\_04092018\\_05092018142446.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_254_04092018_05092018142446.pdf). Acesso em: 23/05/2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 357, 2020*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original000449202011275fc042a1730c2.pdf>. Acesso em: 23/05/2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus Nº 652068*. Paciente: Cristhiano Stefano de Freitas Aguiar. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Distrito Federal, 27 de setembro 2021.

LOPES JR., A.; PAIVA, C. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 9, p. 154-174, 2014.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2020.

SANTANA, Danilo Rodrigues. Suspensão do processo e da prescrição – art. 366 do CPP: controvérsia sobre o prazo e forma de cálculo. In: *Jusbrasil*. Texto publicado em 30 de março de 2021. Disponível em: <https://danilorodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/1186069972/suspensao-do-processo-e-da-prescricao-art-366-do-cpp-controversia-sobre-o-prazo-e-forma-decalculo#:~:text=A%20tese%20de%20repercuss%C3%A3o%20geral,prescri%C3%A7%C3%A3o%20da%20pena%20m%C3%A1xima%20em>. Acesso em: 24/05/2022.

SOUZA, Renee do Ó. *Lei anticrime: comentários à Lei 13.964/2019*. São Paulo: D'Plácido, 2020.