



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
SAF SUL Quadra 2 Lotes 5/6 Blocos E e F - CEP 70070-600 - Brasília - DF
www.cnj.jus.br

DESPACHO

Trata-se de expediente administrativo instaurado em razão de consulta formulada a este Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF) pela MMª Juíza de Direito Substituta, Lorena Alves Ocampos, que atua no Núcleo de Audiências de Custódia (NAC) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

A magistrada consulta este Departamento acerca da interpretação do *novel* art. 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/2019, que instituiu o acordo de não persecução penal, inquirindo sobre as implicações do instituto no contexto das audiências de custódia.

Informa que “*como o Núcleo de Audiências de Custódia centraliza todas as audiências de custódia decorrentes de prisões em flagrante do Distrito Federal, não é o juízo criminal – não atua em inquéritos ou em ações penais -, de forma que não seria o juízo competente para o recebimento da denúncia e de demais atos*”. Ressalta a existência da Portaria Conjunta TJDFT nº 56, de 22 de maio de 2019, que restringe a competência do NAC à análise dos autos de prisão em flagrante, nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal.

É o breve relatório.

Preliminarmente, cumpre informar que é do Plenário deste Conselho Nacional de Justiça a atribuição para decidir sobre consultas, em tese, de interesse e repercussão gerais quanto à dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência (art. 4º, inciso XXXII e art. 89 do Regimento Interno do CNJ). Ademais, o peticionamento ao Conselho Nacional de Justiça foi disciplinado pela Portaria n. 52/2010, **sendo o requerimento eletrônico via Processo Judicial Eletrônico (PJe) obrigatório aos magistrados, advogados, Tribunais, bem como aos órgãos e instituições públicas e pessoas jurídicas em geral** (art. 1º, §1º, Portaria Nº 52 de 20/04/2010). Demais informações sobre o peticionamento eletrônico podem ser consultadas no portal do Conselho (<https://www.cnj.jus.br/como-peticionar-ao-cnj-n/>).

Na hipótese de encaminhamento de consulta acerca de ato normativo do Conselho Nacional de Justiça, destaca-se o requisito de que a indagação nela veiculada seja deduzida sempre em tese, e que a dúvida então suscitada, além de ser relativa à aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, possua também interesse e repercussões gerais. Deve conter, ainda, a indicação precisa do seu objeto, ser formulada articuladamente e estar instruída com a documentação pertinente, quando for o caso (art. 89, § 1º, Regimento Interno do CNJ).

Não obstante a tais fatos, destaca-se que a hipótese em apreço remete à orientação já assentada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de que a audiência de custódia decorre de obrigação convencional assumida pela República Federativa do Brasil face à Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu Artigo 7.5, e ao Pacto dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, em seu Artigo 9.3. Estes tratados internacionais, incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro por meio de decretos e reconhecidas pelo STF como normas supralegais (RE 466.343, Min. Cezar Peluso, J. 03.12.2008, DJE 05.06.2009), consagram a apresentação física imediata de qualquer pessoa presa ou detida à autoridade judicial como direito fundamental inarredável.

Com o escopo de regulamentar o instituto da audiência de custódia, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 213, de 12 de dezembro de 2015, que disciplinou a apresentação da

pessoa presa, independentemente da motivação ou natureza do ato, à autoridade judicial em até **24 horas após a comunicação da prisão**. Com a promulgação da recente Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que entrou em vigência no dia 23 de janeiro de 2020, a audiência de custódia passou a ter previsão expressa também no Código de Processo Penal (CPP), nos termos da nova redação do art. 310 e do art. 287.

A Lei nº 13.964/2019, em outra inovação legislativa, instituiu também o chamado Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) em seu art. 28-A, mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal por meio de acordo de discricionariedade regrada entre o membro do Ministério Público e a pessoa acusada de infração penal, dadas determinadas condições e pressupostos. Ressalte-se que, anteriormente, tal instituto havia sido previsto em disposição editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) – Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017.

O novo art. 28-A do CPP, em seu *caput*, determina que, 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 anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante certas condições ajustadas.

Do referido dispositivo extraem-se os seguintes pressupostos para a efetivação do ANPP: (i) presença da justa causa para o oferecimento da denúncia (*opinio delicti*) por parte do *Parquet*, em não sendo caso de arquivamento dos elementos prévios de informação (art. 28-A, *caput*); (ii) pena mínima da infração cominada ser inferior a 4 anos, considerando as causas de aumento ou de diminuição de pena (art. 28-A, *caput*, § 1º); (iii) confissão formalizada e circunstanciada (art. 28-A, *caput*) do suposto autor; e (iv) não ser o crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino (art. 28-A, §2º, III).

Ademais, são também requisitos do negócio jurídico: a ausência de condenação definitiva a pena privativa de liberdade ou de elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional do acusado (art. 28-A, §2º, II); e a ausência de realização de acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, em prazo inferior a 5 anos da infração supostamente cometida (art. 28-A, §2º, III).

Para a homologação do ANPP, que será realizado sempre por autoridade judicial, deverá ainda ser designada audiência específica na qual o juiz garanta a prevalência do princípio da voluntariedade, por meio de inquirição ao investigado e sempre na presença do seu defensor; há de prevalecer, outrossim, a efetiva observância ao princípio da legalidade, devendo ser objeto da análise jurisdicional a adequação, a suficiência e a eventual abusividade das condições acordadas face ao caso concreto, nos termos dos §§ 4º, 5º do art. 28-A.

Também, o representante do Ministério Público deverá avaliar a pertinência da *opinio delicti*, como pressuposto de existência do ANPP, em atendimento aos requisitos para o oferecimento da peça acusatória, bem como se as condições propostas são necessárias e suficientes “*para reprovação e prevenção do crime*”, nos termos do art.28-A, *caput*. Por oportuno, o recente Enunciado nº 19 do Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPJ) dispõe que o representante do Ministério Público deverá avaliar, inclusive em última análise, se o instrumento “*é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto*”.

Na mesma esteira, registre-se que deve ser realizado juízo preliminar sobre a cominação em abstrato da pena, com a consideração de causas de aumento e de diminuição (art. 28-A, §1º), para se verificar se a pena mínima da infração respeita o limite mínimo de 4 anos. Ora, é certo que, em diversas situações, há de se exigir maior dilação de tempo para este juízo preliminar, bem como realização de outras diligências investigativas, para o enquadramento adequado do caso concreto.

Denota-se, pois, que o ANPP constitui-se em **ato jurídico bilateral complexo**, a pressupor diversas condições e requisitos, dentre elas a confissão circunstanciada e formal, a voluntariedade idônea, a aceitação formal por parte do acusado e de sua defesa das condições apresentadas pelo membro do Ministério Público, e o controle de legalidade e adequação das condições previamente ajustadas por parte da autoridade judicial. Há, pois, um seguimento de atos extrajudicial e judicial, no momento da sua homologação em

audiência, que inspiraram cautela quanto à integridade de atos de vontade, sobremaneira por se tratar de matéria processual penal e, especificamente, de renúncia ao devido processo legal e à obrigatoriedade da ação penal.

In casu, questiona-se acerca da possibilidade de ser a audiência de custódia, disciplinada legalmente no art. 310 do CPP e regulamentada pela Resolução nº 213/2015 do CNJ, o momento pré-processual adequado para o oferecimento, a aceitação formal e a homologação do Acordo de Não Persecução Penal.

Ab initio, não se olvide que um dos princípios informadores da audiência de custódia é o *princípio da imediatidade*, de onde se extrai que a imediatidade do controle jurisdicional de ato constritivo da liberdade constitui elemento intrínseco à audiência de custódia, em aproximação procedimental deste com o remédio constitucional do *habeas corpus*. No voto do relator, Min. Luiz Fux, é afirmada a relação imbricada entre a audiência de custódia e o *habeas corpus*, haja vista o caráter de imediatidade e urgência na decisão crítica sobre a liberdade. O procedimento legal de análise do *habeas corpus* ("que tenhas o corpo") espelharia o procedimento da apresentação física da pessoa presa em audiência de custódia, face à urgência e à sumariada necessária para a apreciação da privação da liberdade. Consoante o Min. Luiz Fux (ADI 5240, Rel. Min. Luiz Fux, Dje-018. 01.02.2016):

"É clara, por conseguinte, a imbricação da audiência de custódia com o remédio constitucional do *habeas corpus*, uma vez que ambos são instrumentos voltados para a imediatidade no processo penal, especificamente no seu momento mais crítico, em que a liberdade do indivíduo é cerceada."

Ainda em outro norte, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos são enfáticos no mandamento convencional da apresentação *sem demora*, imediata, de toda pessoa presa ou detido à autoridade judicial. Também a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em reiterados julgados, estabelece a imediatidade do controle jurisdicional da prisão como proteção à liberdade pessoal e como garantia da segurança pessoal e da integridade física e psíquica.

Logo, a imediatidade da audiência de custódia (ou *audiência de apresentação*) encontra fundamento convencional e constitucional na urgência da prestação jurisdicional face a ato gravoso de constrição da liberdade por parte do Estado.

Perscrutando os pressupostos e requisitos do Acordo de Não Persecução Penal já citados, faz-se necessário confrontar a sua compatibilidade prática, e mesmo axiológica, com estes elementos constitutivos de imediatidade e de urgência da audiência de custódia, conforme aqui citado. Assim, factível que, no prazo *sem demora* de 24 horas, não caberia à autoridade judicial, além de voltar-se com urgência para o controle de legalidade de ato de constrição da liberdade, cindir-se, com a mesma celeridade e urgência da audiência de custódia, à analisar a legalidade e a integridade de seguidos atos extrajudiciais necessários à formalização do Acordo de Persecução Penal. **Nesse passo, compreende-se não ser a Audiência de Custódia o momento adequado e idôneo para a consecução do ato complexo e bilateral constitutivo do ANPP.**

Registre-se, ademais, que na audiência de custódia, por força mesmo da nova redação do art. 310 do CPP, a decisão interlocutória proferida versará estritamente sobre a legalidade da prisão e a adequação e necessidade de aplicação de medidas cautelares. As deliberações jurisdicionais e decisórias possíveis vêm expressas nos seguintes termos, *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:**

I - **relaxar a prisão ilegal**; ou

II - **converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código**, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;

II - **conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.**

Além do art. 310, o novo texto legal referiu-se ao instituto da audiência de custódia também no art. 287 do CPP, o qual determina que a falta de exibição do mandado de prisão, em sendo o crime inafiançável, não obstará a constrição da liberdade, e o preso, em tal caso, deverá ser imediatamente apresentado para a realização de audiência de custódia, com o juiz que tiver expedido o respectivo mandado. Eis a segunda e última possibilidade da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, por ocasião da prisão por força de mandado judicial, nos termos já anteriormente previstos no art. 13, da Resolução nº 213/2015.

Muito embora a instituição legal do ANPP tenha ocorrido por meio da mesma legislação que definiu estas deliberações da audiência de custódia, a saber, a referida Lei nº 13.964/2019, **não houve, por parte do legislador ordinário, determinação específica quanto à possibilidade de decisão sobre a homologação do ANPP em sede de audiência de custódia.** O texto legal não expande os atos jurisdicionais da audiência de custódia para além daqueles referentes à deliberação sobre a legalidade da prisão e a necessidade e adequação de aplicação de medidas cautelares, nos termos disciplinados nos referidos arts. 310 do CP e 287 do CPP.

O legislador também foi expresso em disciplinar, no âmbito da Lei nº 13.964/2019, que competirá especialmente ao denominado *juiz das garantias*, dentre outras providências, decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação, nos termos do art. 3-B, XVII, do CPP. Sublinhe-se que este dispositivo, entretanto, resta suspenso por decisão cautelar em sede da ADI 6299, de relatoria do Min. Luiz Fux, até decisão ulterior de Plenário. Logo, mesmo que fosse possível conceber a audiência de custódia como momento para homologação do ANPP, não poderia ser ela o momento adequado para o oferecimento e aceite formal das condições ajustadas, por ausência de previsão legal, haja vista não caber à autoridade judicial o acompanhamento destes atos.

Soma-se, ainda, à presente análise, o disposto no art 8º, §2º da Resolução CNJ 213/2015, o qual entabula que *“após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação”*. Ora, é de se observar, pois, que o conteúdo dos atos proferidos em audiência de custódia prescinde de ingresso nas circunstâncias que tangenciam o mérito do fato imputado.

Em contraponto, importante destacar um controverso pressuposto processual do ANPP: a confissão circunstanciada e formal do acusado, nos termos do *caput* do art. 28-A. A formalização da confissão implica na sua realização perante autoridade pública, reduzida a termo e subscrita. A confissão circunstanciada materializa-se na especificação sobre as circunstâncias e características da infração penal sobre a qual versará o acordo ajustado (circunstâncias de tempo, lugar, partícipes e meio de execução). Neste tocante, compreende-se que **a confissão circunstanciada e formal do acusado, em ato pré-processual, nos termos do art. 28-A do CPP, assoma como pressuposto tendente a colidir com a natureza jurídica da audiência de custódia e com seus princípios de imediatidade, além de violar frontalmente a disposição em vigor da Resolução CNJ nº 213/2015 quanto ao não tratamento de questões tangentes ao mérito.**

Assim, à luz da quanto exposto, não há de se conceber a audiência de custódia como momento adequado para ato complexo como o Acordo de Não Persecução Penal previsto no *novel* art. 28-A do CPP.

Sendo estas as considerações pertinentes ao caso em apreço, opina-se pela remessa destes autos ao Gabinete do Exmo. Conselheiro Supervisor do DMF para conhecimento e eventual deliberação acerca da necessidade de notificar-se a requerente sobre os pressupostos formais do peticionamento eletrônico, conforme destacado preambularmente na espécie, haja vista as disposições insertas no art. 4º, inciso XXXII e no art. 89 do Regimento Interno do CNJ c/c o art. 1º, §1º, Portaria Nº 52 de 20/04/201.

Após, não havendo outras deliberações, **arquite-se** o presente expediente.

Carlos Gustavo Direito

Juiz Auxiliar da Presidência do CNJ
Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas
Socioeducativas - DMF



Documento assinado eletronicamente por **CARLOS GUSTAVO VIANNA DIREITO, JUIZ AUXILIAR DA PRESIDÊNCIA - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**, em 27/05/2020, às 16:42, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no [portal do CNJ](#) informando o código verificador **0884169** e o código CRC **35E4415B**.