

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**ROSILENE SANTOS DA SILVA**

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O SISTEMA ACUSATÓRIO: um diálogo necessário  
frente às autorizações normativas**

**Juiz de Fora**

2017  
ROSILENE SANTOS DA SILVA

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O SISTEMA ACUSATÓRIO: um diálogo necessário  
frente às autorizações normativas**

Monografia apresentada à  
Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Juiz de  
Fora, como requisito parcial para  
obtenção do grau de Bacharel. Na  
área de concentração Direito Penal  
sob orientação do Prof<sup>a</sup>. Ma<sup>a</sup>.  
Kelvia de Oliveira Toledo.

**Juiz de Fora**

**2017**

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**ROSILENE SANTOS DA SILVA**

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O SISTEMA ACUSATÓRIO: um diálogo necessário  
frente às autorizações normativas**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

---

Orientador: Prof<sup>ª</sup>. Ma<sup>ª</sup>. Kelvia de Oliveira Toledo  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Me. Cristiano Alvares Valladares Do Lago  
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

( ) APROVADO

( ) REPROVADO

Juiz de Fora, 09 de Junho de 2017.

## **RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto da Audiência de Custódia, discorrer sobre os principais instrumentos normativos que a regulam e contrapô-la com os pressupostos clássicos do sistema acusatório, demonstrando que o referido procedimento está revestido das garantias que se inferem deste sistema. Argumentar que a decisão do juiz sobre a manutenção e a conversão da prisão em flagrante para preventiva ou a concessão da liberdade provisória, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão, a sua consequente valoração dos fatos, e o dever de fundamentação, quando da apresentação do preso, consubstanciado pelo Auto de Prisão em Flagrante e a narrativa do preso, mediante vontade livre e manifesta, não se configura ofensa ao princípio acusatório, ainda que se reconheça a natureza humana do juiz e suas aspirações político morais. A ênfase ao trabalho foi reforçada pela pesquisa empírica no acompanhamento de algumas audiências nas Varas Criminais de Juiz de Fora, no âmbito da Justiça Estadual.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Sistema Acusatório. Decisão Fundamentada. Defesa.

## **ABSTRACT**

The purpose of this study is to analyze the institute of the Custody Hearing, to discuss the main normative instruments that regulate it and to oppose it with the classic assumptions of the accusatory system, to demonstrate that this procedure is covered by the guarantees that are inferred from this system. To argue that the judge's decision on the maintenance and conversion from Flagrant imprisonment in custody or the granting of provisional release, with or without the imposition of other precautionary measures differs from prisons, its consequent assessment of the facts and the duty to state reasons, when Of the prisoner's presentation, consubstantiated by the arrest warrant and the narrative of the prisoner, through free and manifest will, does not constitute offense to the accusatory principle, even if the human nature of the judge and his moral political aspirations are recognized. Emphasis on the work was reinforced by the empirical research in the follow-up of some hearings in the Juiz de Fora Criminal Courts, in the scope of State Justice.

**Keywords:** Custody Hearing. Accusative System. Grounded Decision. Defense.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SEUS FUNDAMENTOS NORMATIVOS</b> .....	9
2.1 CONCEITO E DINÂMICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA .....	9
2.1.1 Análise da prisão em flagrante pelo judiciário .....	12
2.2 Os Tratados Internacionais e a Resolução do Conselho Nacional de Justiça.....	15
2.3 O projeto de lei da audiência de custódia em tramitação na Câmara dos Deputados.....	25
<b>3 O SISTEMA ACUSATÓRIO X PROCEDIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA</b> .....	27
3.1 Sistema Acusatório – Alguns apontamentos .....	27
3.1.1 Imparcialidade .....	30
3.1.2 Contraditório .....	33
3.1.3 Persuasão Racional .....	35
3.2. Limitação Cognitiva da Audiência de Custódia .....	36
3.2.1 Posicionamentos Favoráveis.....	41
3.2.2 Posicionamentos Contrários.....	43
<b>4 A CONCRETIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA ANÁLISE DO INSTITUTO NA CIDADE DE JUIZ DE FORA</b> .....	44
4.1 As declarações do custodiado.....	44
4.2 A ampla defesa do Custodiado .....	46
4.3 A destinação do material da audiência de custódia.....	48
4.4 Os resultados alcançados .....	49
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	51
<b>6 REFERÊNCIAS</b> .....	53

## INTRODUÇÃO

*Rosilene Santos da Silva<sup>1</sup>*

A audiência de custódia, procedimento recentemente implementado no Brasil, no âmbito das Varas Criminais, cuja essência principal é a apresentação dos indivíduos presos em flagrante delito em um prazo curto à autoridade judicial, chegou aos noticiários e jornais como uma das possíveis soluções para a alta taxa de encarcerados. A bem da verdade, sua função primordial é a verificação pelo Magistrado, das constantes violações de direitos fundamentais vivenciadas diuturnamente por indivíduos recém custodiados pelo sistema penal e ainda, a possibilidade de concessão da liberdade provisória ou a adoção de medidas cautelares alternativas à prisão. Entretanto o Ministro Ricardo Lewandowski,<sup>2</sup> no discurso de lançamento do Projeto Audiências de Custódia em São Paulo, não omitiu os anseios e expectativas das instituições na redução da comunidade carcerária, como consequência da realização das audiências de custódia.

O procedimento, há pouco tempo conhecido pelo senso comum, passou a ter relevância no início do ano de 2017, quando foi escancarada mais uma crise do sistema prisional no Brasil. Dessa vez, a guerra entre facções criminosas nos presídios do Norte do País, culminaram com o massacre de presos em uma brutal proporção<sup>3</sup>.

A rápida apresentação das pessoas detidas a um juiz de direito é um preceito previsto em alguns Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos, tendo o Brasil manifestado adesão a alguns deles, há mais de 25 anos, e por aqui, convencionou-se denominá-la, “Audiência de Custódia”.

A finalidade precípua das audiências de custódia é o combate à tortura e à violação de direitos humanos, quando da captura do sujeito para o sistema prisional, nas diferentes modalidades de prisão.

---

<sup>1</sup>Bacharelada em Direito. Técnica em Contabilidade. Assistente em Administração da Universidade Federal de Juiz de Fora.

<sup>2</sup>**Ministro Lewandowski quer levar Projeto Audiência de Custódia a outras capitais e comarcas do país.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=284925>>. Acesso em: 04 abr. 2017

<sup>3</sup>**Rebelião em Penitenciária Estadual de Alcaçuz.** Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38626405>>. Acesso em 29 Abr. 2017.

Na primeira sessão deste artigo será apresentado o conceito, as finalidades e a dinâmica das audiências de custódia, bem como o arcabouço normativo que hoje vige. Nesse ponto teceremos considerações acerca da receptividade dos Tratados Internacionais pelo Brasil, numa análise conforme a Constituição Federal, discorrendo brevemente sobre alguns pontos que se apresentam divergentes e têm suscitado discordância entre doutrinadores e estudiosos do tema.

Em seguida, será proposto um contraponto da dinâmica do procedimento em relação ao Sistema Acusatório, visto que este fora eleito constitucionalmente como norteador da persecução penal, conforme se verá, pela abordagem de alguns princípios implícitos e explícitos na Magna Carta.

Ao discorrer sobre estes princípios, objetiva-se demonstrar que alguns dispositivos que regulamentam a Audiência de Custódia, são insuficientes para resguardar e garantir a total isenção dos operadores do sistema penal, o que de certa forma, não configura uma ilegalidade, se analisadas de forma sistêmica, coadunando a Constituição Federal e o próprio Código de Processo Penal.

Também se discorrerá sobre a licitude ou ilicitude no aproveitamento das declarações do acusado, principalmente quando tentam afastar os motivos ensejadores da prisão preventiva em contrapartida com a obrigatoriedade de fundamentação da decisão.

Em sede final, será apresentado um breve apanhado do procedimento prático nas Varas Criminais da Comarca de Juiz de Fora, mediante observação de algumas audiências realizadas nos meses de Abril e Maio de 2017.

Na metodologia foram adotadas a revisão bibliográfica e a pesquisa empírica. Buscou-se a análise de publicações tais como obras, revistas especializadas e artigos virtuais. Na pesquisa empírica, foi realizado o acompanhamento de algumas audiências de custódia no âmbito das Varas Criminais da Comarca de Juiz de Fora.

O tema se mostra de grande relevância no contexto atual e sua adoção coaduna-se com um momento delicado de grande envolvimento com as questões penais, visto que a barbárie da vivência no cárcere no Brasil tem incomodado os governantes, a comunidade internacional e porque não dizer, a população, contrária à violação dos Direitos Humanos.



## 2 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SEUS FUNDAMENTOS NORMATIVOS

### 2.1 Conceito e dinâmica da audiência de custódia

A análise do tema em comento demonstra-se de mister importância, tanto para o meio acadêmico como para o meio jurídico, visto que os instrumentos regulatórios ora vigentes, tais como a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça e o Projeto de Lei nº 6.620 em tramitação na Câmara Dos Deputados, ao buscarem a inserção da Audiência de Custódia no Brasil, trazem avanços civilizatórios para o processo penal. Além disso, tais instrumentos preenchem lacuna legislativa havida há mais de vinte anos na lei adjetiva penal pátria, desde a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O termo “Custódia” está atrelado ao ato de guardar, tutelar, ou ainda, condição de quem está sob a proteção de outra pessoa ou instituição.<sup>4</sup>

A audiência de custódia, portanto, pode ser conceituada como a condução do preso, sem demora à presença de uma autoridade judicial, para que se avalie, *a priori*, as condições pessoais do preso; se no momento da captura houve violação aos direitos humanos do indivíduo, tais como maus tratos e tortura; e, de outro lado, averiguar a legalidade, a necessidade e a adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de medidas cautelares.<sup>5</sup>

Não obstante a impropriedade da denominação pela qual foi batizado o procedimento, a esse respeito, interessante a citação do Ministro Luiz Fux, ao proferir seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). 5240<sup>6</sup>, aludindo que: “[...] *Entendi de sugerir que deva ser audiência de apresentação, porque audiência de custódia dá a ideia de que uma audiência é para custodiar e, ao contrário, não liberar eventualmente, diante das circunstâncias do caso concreto [...]*”, a apresentação sem demora possibilita ao juiz verificar

---

<sup>4</sup>**Dicionário Online de Português.** Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/custodia/>>. Acesso em 17 abr. 2017

<sup>5</sup>PAIVA, Caio. **Na Série Audiência de Custódia – Conceito-Previsão Normativa e Finalidades.** Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>. Acesso em 17 abr. 2017

<sup>6</sup>**Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)5240** foi ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/Brasil), contestando ato normativo praticado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) e pela Corregedoria Geral da Justiça daquele Estado que teria implementado a audiência de custódia, estabelecendo a obrigatoriedade do delegado de polícia apresentar ao juiz toda e qualquer pessoa detida em situação de flagrante em até 24 horas após a prisão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4711319>>. Acesso em 15 abr. 2017.

não apenas a legalidade da prisão, como também sua necessidade, garantido o exercício do contraditório, contrapondo-se ao Código de Processo Penal, na dicção dos arts. 306<sup>7</sup> e 310<sup>8</sup>.

Conforme aduz Capez, a custódia só existe a partir da lavratura do APF (Auto de Prisão em Flagrante) pelo Delegado de Polícia. Após a lavratura do mesmo, comunica-se ao juiz em 24 horas, este a converte, e passa a ser a autoridade que mantém a custódia.<sup>9</sup>

Segundo Alves, deve haver também o depoimento de duas testemunhas do fato criminoso, sem contraditório ou ampla defesa. No entanto, na falta das mesmas, não há empecilho para a lavratura do auto de prisão em flagrante delito, sendo possível a oitiva de testemunhas da apresentação do preso à autoridade, sendo denominadas de testemunhas instrumentais ou indiretas.<sup>10</sup>

Uma vez convertida, deve designar audiência de custódia para apresentação do preso, sem demora, às instalações do Fórum, onde funcionam as Varas Criminais<sup>11</sup>.

A prisão é o momento em que se fixa o presente tema, pois a partir da privação da liberdade, independente da modalidade de prisão, é que se exige a aplicação da audiência de custódia. Note-se que a autoridade prevista em lei deve ter o poder de restabelecer a liberdade. Conforme regramento do Conselho Nacional de Justiça e de acordo com a posição de Cleber Masson e Vinícius Marçal, a audiência de apresentação do preso em flagrante terá dupla

---

<sup>7</sup>**Art. 306, § 1º** Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em 17 Abr. 2017.

<sup>8</sup>**Art. 310.** Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). 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; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a 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 a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em 17 Abr. 2017.

<sup>9</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 321.

<sup>10</sup>ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal–Parte Especial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.p.90

<sup>11</sup>**Resolução 796/2015.** Regulamenta o Projeto Audiência de Custódia, do Conselho Nacional de Justiça, no âmbito da justiça comum de primeira instância do Estado de Minas Gerais. Ver art. 3º e §§. Disponível em <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re07962015.pdf>.>. Acesso em 27 mar. 2017.

finalidade: a primeira (protetiva) consiste na tutela de sua integridade física; a segunda (meritória) impõe a aferição da necessidade da prisão do autuado.<sup>12</sup>

De outro lado, a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, não é explícita sobre a(s) finalidade(s) da audiência de custódia do preso por mandado de prisão temporária, preventiva ou mesmo definitiva (por condenação criminal transitada em julgado), conforme previsão do artigo 13<sup>13</sup>, que instituiu a audiência de custódia. Contudo, se vislumbrarem tais casos, que o ato terá como finalidade única (protetiva) a preservação da integridade física do preso, sendo inadmissível que o magistrado, sendo este, diferente do expedidor da ordem, ingresse no mérito da necessidade da prisão por mandado, a fim de revogá-la.

Destarte, seria atécnico um juízo revisional pelo Magistrado designado para a Audiência de Custódia acerca de decisão do juiz natural da causa. A prisão por mandado, seja para cumprimento de prisão temporária ou definitiva, pressupõe um processo já instaurado. Nesse diapasão, a racionalidade exegética do Art. 589<sup>14</sup> do Código de Processo Penal leva a crer que, caso ocorra a audiência de custódia para as prisões por mandado fora da jurisdição do juiz que expediu a ordem de custódia, deveria, a audiência, se limitar à questão protetiva do procedimento, *ipso facto*, verificar se não houve violação aos direitos fundamentais do indivíduo. Discorrem neste sentido, Cleber Masson e Vinicius Marçal, com extrema relevância:

Em verdade, ainda que a audiência de apresentação seja realizada por juiz diverso daquele que ordenou a prisão cautelar, ordinariamente não caberá ao magistrado, em audiência, modificar (ad exemplum) a ordem de prisão temporária proferida com a marca da imprescindibilidade para o sucesso da investigação. Seria mesmo um despautério admitir que uma autoridade judiciária que desconhece por completo o procedimento investigatório viesse a modificar a decisão do juiz que o conhece e

---

<sup>12</sup>MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **É possível conciliar a audiência de custódia e a prisão por mandado**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/02/17/e-possivel-conciliar-a-audiencia-de-custodia-e-a-prisao-por-mandado/>>. Acesso em 28 abr. 2017.

<sup>13</sup>**Art. 13.** A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

Parágrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em 03 abr. 2017.

<sup>14</sup>**Art. 589.** Com a resposta do recorrido ou sem ela, será o recurso concluso ao juiz, que, dentro de dois dias, reformará ou sustentará o seu despacho, mandando instruir o recurso com os traslados que lhe parecerem necessários.

Parágrafo único. Se o juiz reformar o despacho recorrido, a parte contrária, por simples petição, poderá recorrer da nova decisão, se couber recurso, não sendo mais lícito ao juiz modificá-la. Neste caso, independentemente de novos arrazoados, subirá o recurso nos próprios autos ou em traslado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em 17 Abr. 2017.

adequadamente fundamentou sua decisão. O juiz da audiência de custódia – que se encontra em igual plano hierárquico do juiz da medida cautelar, diga-se – seria ilegitimamente transformado numa pseudoinstância revisora, o que se afigura inconcebível.<sup>15</sup>

Pior ainda seria a hipótese em que, cumprido o mandado de prisão por força de condenação criminal definitiva – por prática de crime de latrocínio, por exemplo – e efetivada a apresentação do preso ao juiz em 24 horas, viesse o magistrado em audiência a desconstituir a “coisa julgada”, que impôs ao sentenciado pena privativa de liberdade em regime inicialmente fechado, e conceder liberdade ao preso.<sup>16</sup>

Em razão disso, vale a pena ilustrar nosso raciocínio com um silogismo: se o grande propósito das audiências de apresentação é a redução da população carcerária provisória, e se a concessão da liberdade só tem cabimento, ordinariamente, na audiência de custódia ocorrida em razão de prisão em flagrante, parece-nos contraproducente a realização desta audiência solene – que movimentaria polícias, juízes, defensores, promotores de justiça, servidores, etc. – por decorrência do cumprimento de mandado de prisão cautelar ou definitiva, apenas para o cumprimento da finalidade protetiva.<sup>17</sup>

### 2.1.1 Análise da prisão em flagrante pelo judiciário

O artigo 301<sup>18</sup> do Código de Processo Penal inaugura o capítulo II, do título IX (Livro I) definindo quem pode e quem deve prender, quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Em seguida, o artigo 302<sup>19</sup> descreve em seus incisos quais são as situações consideradas em flagrância delitual e, posteriormente, o artigo 303<sup>20</sup> explica a relação temporal entre o flagrante e os crimes permanentes.

Sobre a prisão em flagrante e suas nuances, destaca-se a lição prática de Gustavo Badaró:

A prisão em flagrante é uma medida que se inicia com natureza administrativa, sendo depois jurisdicionalizada, tendo por finalidade, de um lado, evitar a prática

---

<sup>15</sup> MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **É possível conciliar a audiência de custódia e a prisão por mandado**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/02/17/e-possivel-conciliar-a-audiencia-de-custodia-e-a-prisao-por-mandado/>>. Acesso em 28 abr. 2017.

<sup>16</sup> Idem.

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> **Art. 301.** Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em 17 Abr. 2017.

<sup>19</sup> Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em 17 Abr. 2017.

<sup>20</sup> **Art. 303.** Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em 17 Abr. 2017.

criminosa ou deter o seu autor e, de outro, tutelar a prova da ocorrência do crime e de sua autoria.

A prisão em flagrante é um ato complexo, que exige a conjugação de vários atos parciais que redundam na prisão em flagrante delito. Relevante distinguir, pelo menos três momentos distintos: (1) a prisão-captura; (2) a lavratura do auto de prisão em flagrante; (3) a prisão-detenção.<sup>21</sup>

Na sequência, o diploma processual penal estabelece as formalidades do auto de prisão em flagrante, sendo mencionado no artigo 306<sup>22</sup> do Código de Processo Penal, que o Auto de Prisão em Flagrante deverá ser encaminhado ao juiz competente no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Eis aqui o momento da audiência de custódia.

O investigado, após passar por todos os atos sequenciais, desde a apreensão, condução e documentação, realizados pelos agentes públicos, deve ser apresentado em 24 horas à autoridade judiciária competente para que realize a análise da necessidade de aplicação da prisão cautelar ou a sua substituição pelas medidas cautelares diversas insculpidas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011<sup>23</sup>.

Assim, após visualizar e ouvir o sujeito apreendido, o juiz terá maiores condições de verificar se foram respeitadas as garantias fundamentais do investigado e então, optar com maior segurança por uma das ações previstas no artigo 310<sup>24</sup> do Código de Processo Penal.

Verifica-se que o *caput* do artigo citado expressa que o juiz deverá atuar “fundamentadamente” e até mesmo para a situação prevista no parágrafo único, a audiência de custódia servirá para o convencimento do magistrado, desde que, em análise conjunta do conteúdo do auto de prisão em flagrante. Segundo Vieira de Andrade:

---

<sup>21</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIvahy. **Processo Penal (recurso eletrônico)**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 722.

<sup>22</sup>**Art. 306, § 1º** Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em 17 Abr. 2017.

<sup>23</sup>**Lei 12.403/2011**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em 28 abr. 2017.

<sup>24</sup>**Art. 310**. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). 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; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a 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 a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em 17 Abr. 2017.

A suficiência da *fundamentação* deve ser aferida da perspectiva do destinatário médio. Ela deve assegurar ao destinatário médio os elementos necessários à aceitação ou à contestação da decisão, ao mesmo tempo em que garanta um mínimo de transparência, uma base de informação para o controle da legitimidade e uma prova de que o julgador efetuou uma ponderação ou pelo menos decidiu com base num raciocínio inteligível.<sup>25</sup>

Assim sendo, evidencia-se que a audiência de apresentação do preso é absolutamente aproveitada à formação do livre convencimento motivado do magistrado, princípio norteador da análise das provas no sistema jurídico brasileiro<sup>26</sup>.

Importa para o tema da audiência de custódia justamente a parte inquisitiva (pré-judicial) do processo penal, que será visualizada a partir da prisão em flagrante, não se mostrando relevante uma dispersão em discorrer sobre todos os procedimentos concernentes à ação penal.

Inegável, contudo, que as garantias fundamentais a serem observadas por meio da audiência de custódia, nessa primeira fase de instauração do inquérito, produzirão efeitos para todas as fases. Isso porque se objetiva com a audiência, em respeito à proteção internacional que lhe é própria, a extirpação da tortura e maus tratos, e a prevenção a que muitos presos provisórios respondam custodiados até o trânsito em julgado, sem que de fato e de direito haja esta necessidade.

Dentro deste panorama, é salutar elucidar que a prisão cautelar quando decorre de uma decisão judicial – prisão temporária ou preventiva – o controle jurisdicional acerca do cabimento e legalidade da medida é prévio, feito pelo próprio magistrado ou colegiado que a decretou, podendo ser revista a qualquer tempo. De outro lado, cuidando-se da prisão em flagrante, inexistente controle jurisdicional prévio, devendo o magistrado ser comunicado acerca da sobrecitada prisão imediatamente após a apresentação do indivíduo à autoridade competente para lavrar o auto de prisão em flagrante, nos termos do disposto no §1º do artigo 306<sup>27</sup> do Código de Processo Penal.

---

<sup>25</sup>Andrade, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: 1992, p.399, grifo nosso.

<sup>26</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.p. 399.

<sup>27</sup>**Art. 306. § 1º** Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

E é justamente nesse momento que o magistrado exerce o controle jurisdicional da prisão em flagrante e, conforme já visto, pode adotar as seguintes providências: (a)relaxar a prisão, quando ilegal; (b) conceder a liberdade provisória com ou sem fiança; (c) converter o flagrante em prisão preventiva. O referido procedimento singular realizado pelo magistrado competente está previsto no Código de Processo Penal e demanda uma reanálise direcionada à nova realidade penal e carcerária brasileira, com a efetivação dos direitos e garantias já consagrados internacionalmente.

## **2.2 Os Tratados Internacionais e a Resolução do Conselho Nacional de Justiça**

Pode-se dizer que a formalização do sistema Interamericano teve início com a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em 1948, contando, ainda, com outros instrumentos como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Protocolos e Convenções sobre temas especializados, como a Convenção para Prevenir e Punir a Tortura, a Convenção sobre o Desaparecimento Forçado e a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, entre outros e os Regulamentos e Estatutos de seus órgãos.

Diferentemente da Constituição Federal, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>28</sup> adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas desde 16 de dezembro de 1966 estabelece que:

Art. 9 (3) 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. (...) (PIDCP, 1966).

De forma congênere previu-se na Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>29</sup> – um tratado internacional sobre direitos e liberdades que devem ser assegurados pelos Estados partes –, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São Jose da Costa Rica, em 22 de dezembro de 1969 que prevê:

---

<sup>28</sup>**Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.** 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 10 abr. 2017.

<sup>29</sup>Convenção Americana de Direitos Humanos. **Pacto de San Jose da Costa Rica**, 1969. Disponível em:<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 10 abr. 2017.

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de 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 (CADH, 1969).

No que diz respeito à finalidade de ajustar o processo penal aos Tratados Internacionais, trata-se de um requisito não efetivamente obedecido pela legislação brasileira, pois como já mencionado, a audiência de custódia tem previsão normativa no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dos quais, o Brasil é signatário desde 1992. Contudo, apenas recentemente a efetiva realização de tal instituto começou a ser discutida e colocada em prática pelo nosso sistema penal. Conforme leciona André de Carvalho Ramos:

Para melhor defesa dos direitos humanos adota-se a aplicabilidade imediata dos textos normativos às situações fáticas existentes, de modo que se reconhece que, sob o aspecto formal (jurídico normativo), tais direitos são tendencialmente completos, ou seja, aptos a serem invocados desde logo pelo jurisdicionado.

Aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos é atribuído o caráter de supra legalidade no controle judicial de convencionalidade<sup>30</sup>. Sendo o Código de Processo Penal uma lei ordinária e os referidos Tratados de caráter supralegal, devem prevalecer os Tratados, uma vez que estão acima da lei e devem ser aplicados imediatamente, sendo insuficiente apenas a comunicação ao juiz sobre a prisão (art. 306 do CPP).

Nesse sentido, ensina o douto professor Marcelo Xavier de Freitas Crespo:

Ocorre que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não reconhecia nem o status constitucional nem o supralegal dos mencionados textos, muito embora parte importante da doutrina já se posicionasse por este reconhecimento em face do art. 5º, §2º da Constituição Federal. Entretanto, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP (onde se discutiu a inconstitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária, em 2009), houve significativa mudança de posicionamento da nossa mais alta Corte. Pragmaticamente, considerado o novo entendimento – um marco histórico para a defesa dos direitos humanos – determinou que qualquer norma infraconstitucional

---

<sup>30</sup>Segundo Mazzuoli, “[...]. a compatibilidade do direito doméstico com os Tratados internacionais de direitos humanos em vigor no País faz-se por meio do controle de convencionalidade, que é complementar e coadjuvante (jamais, subsidiário) do conhecido controle de constitucionalidade. O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no País) com os Tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo estado e em vigor no território nacional. Esse controle pode se dar pela via difusa ou concentrada, merecendo especial atenção a via difusa, pois exigível de qualquer juiz ou tribunal [...]” OLIVEIRA, Valério Mazzuoli de. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Direito Interno**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 208.



colidente com as garantias previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, anterior ou posterior à promulgação de tais Tratados, não mais poderia ter aplicação porque o Brasil não fez qualquer reserva quanto aos textos.

Vale dizer, ainda, que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, houve dois posicionamentos distintos quanto à natureza da Convenção Americana de Direitos Humanos. No caso, o Min. Gilmar Mendes entendeu-a como norma supralegal e o Min. Celso de Mello como materialmente constitucional. Em qualquer dos casos, no entanto, deve prevalecer a Convenção, caso confrontada com leis ordinárias e que com elas colidir.<sup>31</sup>

Assim, a previsão da audiência de custódia não é uma inovação no nosso ordenamento, trata-se do descumprimento de algo previsto há muito tempo. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso III, prevê que “[...] *ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante* [...]”. A lei nº 9.455/97<sup>32</sup> trouxe a definição dos crimes de tortura.

Após as decisões do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF) 347<sup>33</sup> consignando a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente e a constitucionalidade da disciplina, (art. 96, I, a, da CF)<sup>34</sup>, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) decidiu uniformizar e aprimorar as rotinas procedimentais de audiências de custódia que vinham sendo adotadas pelos diversos Tribunais de Justiça estaduais em cooperação com os poderes executivos locais.

No tocante à implementação das audiências de custódia nos diversos estados da Federação, pesquisas informam que o estado do Maranhão<sup>35</sup> já se utiliza do expediente desde os idos de 2014, ou seja, anteriormente à aprovação da medida pelo Conselho Nacional de Justiça. A audiência, por lá, é realizada na sala de audiências da Central de Inquiridos, em até 48 horas após o recebimento do comunicado de prisão.

---

<sup>31</sup>CRESPO. Marcelo Xavier de Freitas. Doutor e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em Parecer encomendado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. ANO 18 • 35 • JANEIRO - JUNHO 2015. Disponível em <[www.iasp.org.br](http://www.iasp.org.br)> Acesso em 06 Maio. 2017.

<sup>32</sup>**Lei que define os crimes de tortura.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm)>. Acesso em 06 Maio. 2017.

<sup>33</sup>**ADPF-Arguição de Descumprimento de Preceito Federal 347.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 04 abr. 2017.

<sup>34</sup>**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** promulgada em 05 de Outubro de 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: 04 abr. 2017.

<sup>35</sup>**ASSOCIAÇÃO DOS DEFENSORES PÚBLICOS DO ESTADO DO MARANHÃO.** Maranhão foi pioneiro na realização de Audiências de Custódia. Disponível em: <[http://www.adpema.com.br/adpema/index.php/Noticias/ver\\_noticia/4326/](http://www.adpema.com.br/adpema/index.php/Noticias/ver_noticia/4326/)>. Acesso em: 04 abr. 2017.

Na capital baiana,<sup>36</sup> antes da Resolução do Conselho Nacional de Justiça, já funcionava serviço semelhante, que analisava de imediato as prisões em flagrante. De acordo com Daniel Nicory do Prado<sup>37</sup>, as audiências acontecem no Núcleo de Prisão em Flagrante e, segundo ele, um estudo empírico do defensor público Pedro Demo, realizado com dados anteriores e posteriores à implantação da audiência de custódia, demonstrou que a liberação do encarceramento cautelar, nos dois casos, ficou na margem dos 23%, de acordo com os resultados esperados pelo Conselho Nacional de Justiça.

São Paulo foi o primeiro estado a promover as audiências, o chamado “projeto-piloto” segundo modelo indicado na Resolução do Conselho, em 06 de fevereiro de 2015.<sup>38</sup>

Em suma, atualmente todos os estados implantaram o procedimento, pelo menos, em suas capitais, e o Ministério da Justiça, vem atuando arduamente para o bom êxito e a extensão em qualidade e equidade do procedimento, visando superar a velha lógica da política penal penitenciária e diminuir e conter os abusos que permeiam a prisão provisória no país. É o que se extrai de importante documento<sup>39</sup> elaborado em 2016, pelo Departamento Penitenciário Nacional, vinculado àquele Ministério, o qual contém análise das experiências e recomenda aprimoramentos, com base em abordagem empírica da realização das audiências de custódia em diversos lugares do território nacional.

Durante sua 223ª Sessão Ordinária, o Conselho aprovou, por unanimidade, a Resolução nº 213, de 15/12/2015<sup>40</sup>, que detalha o procedimento de apresentação de presos em flagrante ou por mandado de prisão à autoridade judicial competente e possui a previsão de dois protocolos de atuação – um sobre aplicação de penas alternativas e outro sobre os procedimentos para apuração de denúncias de tortura.

A Resolução leva em conta o “contingente desproporcional de pessoas presas”, informado por relatórios do Conselho Nacional de Justiça<sup>41</sup> e do INFOPEN<sup>42</sup>; a previsão

---

<sup>36</sup>PRADO Daniel Nicory do. **Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implantação.** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 23-Nº 276-Novembro/2015-ISSN 1676-3661.

<sup>37</sup>Idem.

<sup>38</sup>**Ministro Lewandowski quer levar Projeto Audiência de Custódia a outras capitais e comarcas do país.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=284925>>. Acesso em 04 abr. 2017.

<sup>39</sup>**BALLESTEROS. Paula R. Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento.** Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>. Acesso em 06 Maio 2017.

<sup>40</sup>**Resolução 213 de 15/12/2015.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em 03 abr. 2017.

<sup>41</sup>Relatórios do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/relatorios-publicacoes>>. Acesso em 03 abr. 2017

constitucional de que a prisão “é medida extrema que se aplica somente nos casos expressos em lei, quando a hipótese não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas”; as inovações introduzidas no Código de Processo Penal pela lei nº 12.403/2011, que “impuseram ao juiz a obrigação de converter em prisão preventiva a prisão em flagrante delito, somente quando apurada a impossibilidade de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, com ou sem medida cautelar diversa da prisão”; e o potencial da apresentação imediata do preso à autoridade judicial ser “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”.

Além das audiências, o projeto prevê a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, responsáveis por apresentar ao Juiz opções ao encarceramento provisório.

A partir de 1º de fevereiro de 2016, data em que a Resolução entrou em vigor, os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais teriam o prazo de 90 dias para implantar as disposições em todo território nacional. Dentro deste mesmo prazo, é assegurada a apresentação daqueles que tenham sido presos em flagrante antes da implantação da audiência de custódia.

O texto detalha com maior especificidade o papel do juiz durante o ato, oferecendo-lhe protocolos e orientação sobre o modo de atuação judicial. O objetivo foi o de conferir ao magistrado um guia específico para sua intervenção no ato, habilitando-o a atuar com mais segurança e discricionariedade para resguardar direitos e aferir a legalidade estrita do ato de prisão.

A Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça prevê que toda pessoa presa em flagrante delito deverá ser obrigatoriamente apresentada à “autoridade judicial competente” (definida pelas leis de organização judiciária locais ou por ato normativo do tribunal, podendo ser juiz plantonista), no prazo de 24h a partir da comunicação do flagrante (protocolo do Auto de Prisão em Flagrante e da respectiva nota de culpa, para ser ouvida sobre as circunstâncias da prisão ou apreensão). A apresentação pessoal não é suprida pelo mero encaminhamento do APF (Auto de Prisão em Flagrante). Caso a prisão seja por delito de competência originária do Tribunal, o preso pode ser apresentado ao juiz que o Presidente da Corte ou o Relator do inquérito designarem para esse fim.

---

<sup>42</sup> **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Infopen. Dezembro de 2014. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf). Acesso em 20 Abr. 2017.

Nas hipóteses de presos gravemente enfermos ou nos casos em que haja uma circunstância “comprovadamente excepcional” que impeça a apresentação ao juiz no prazo de 24h, a audiência de custódia deverá ser realizada no local em que o detido se encontre. Se o deslocamento do magistrado for inviável, o preso deverá ser conduzido assim que se restabelecer ou assim que cessar a circunstância impeditiva. Se não houver juiz na comarca no fim do prazo de 24h, a pessoa presa será levada à presença do substituto legal, porém o Conselho Nacional de Justiça editará um ato complementar para aqueles Municípios em que o juiz estiver impossibilitado de cumprir o prazo.

Nos casos de prisão preventiva ou definitiva por cumprimento de mandado expedido com ordem judicial, o deslocamento da pessoa presa será de responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária ou da Secretaria de Segurança Pública. O mandado deverá conter a determinação para que a pessoa seja apresentada no prazo de 24h ao juiz que expediu a ordem de custódia. Sendo outra a jurisdição do cumprimento da ordem, o detido será levado à autoridade judicial competente, segundo as leis de organização judiciária locais.

A audiência será realizada na presença do Ministério Público e do defensor público ou particular, sendo vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação. O advogado que for constituído até o término da lavratura do APF (Auto de Prisão em Flagrante) deverá ser notificado, pelos meios mais comuns, para que compareça ao ato.

É assegurado ao preso atendimento prévio e reservado com seu defensor, em local apropriado para garantir a confidencialidade da entrevista, sem a presença de agentes policiais. Um funcionário credenciado explicará ao preso os motivos, os fundamentos e os ritos que versam a audiência de custódia.

Na audiência de custódia, a autoridade judicial esclarecerá ao preso qual a finalidade do ato; assegurará que não esteja algemado (salvo em casos de resistência, receio de fuga ou perigo à integridade física ou alheia, circunstância justificada por escrito); advertirá sobre o direito ao silêncio; indagará sobre a ciência e efetiva oportunidade de exercer os direitos constitucionais inerentes à sua condição (especialmente consulta com defensor, atendimento médico e comunicação com familiares); indagará sobre as circunstâncias da prisão ou apreensão; perguntará “sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis” (apuração da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima); verificará se houve realização de exame de corpo de delito,

determinando sua realização caso não tenha sido realizado, seja insuficiente, haja alegação de tortura ou maus tratos posterior, ou tenha desrespeitado a Recomendação do Conselho Nacional de Justiça 49/2014.<sup>43</sup>

O juiz não poderá formular perguntas “com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante”. A fim de analisar a necessidade de encaminhamento assistencial e o cabimento da concessão de liberdade provisória, com ou sem imposição de medida cautelar, o juiz deverá averiguar hipótese de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob os cuidados do preso e histórico de doença grave (inclusive transtorno mental e dependência química).

Após proceder à oitiva, o juiz passará a palavra ao Ministério Público e, em seguida, à defesa técnica, para formulação de perguntas compatíveis com a natureza do ato, vedadas indagações sobre o mérito dos fatos. As partes poderão requerer o relaxamento da prisão em flagrante; a concessão da liberdade provisória, com ou sem aplicação de medida cautelar diversa; a decretação da prisão preventiva; e a adoção de “outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa”.

A Resolução cria o Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC), sendo um sistema eletrônico de amplitude nacional, distribuído gratuitamente pelo Conselho Nacional de Justiça às unidades judiciais que realizam o ato, com a finalidade de coletar dados produzidos na audiência. Toda apresentação de preso em flagrante demanda obrigatoriamente cadastro no SISTAC.

Entre os estados da Federação, segundo pesquisa de Fernanda Medeiros<sup>44</sup>, o último a implantá-la foi o Distrito Federal.<sup>45</sup> O primeiro foi o de São Paulo, e entre os provimentos de implantação dos estados, existem algumas divergências em relação à Resolução do Conselho Nacional de Justiça. Percebe-se, na verdade, falta de consenso entre o disposto nos Tratados e as demais resoluções, principalmente no ponto relativo ao prazo de apresentação do preso à autoridade judiciária após a prisão. No tocante à temática deste artigo, seguem alguns dados.

---

<sup>43</sup>O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou na última quinta-feira (3) a recomendação 49/2014 destinada a garantir a apuração de crimes de tortura em estabelecimentos prisionais e no sistema socioeducativo do País. Ela orienta os magistrados a observarem normas e regras do Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), e do Protocolo Brasileiro de Perícia Forense, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Disponível em: <<http://seculodiario.com.br/16256/12/cnj-publica-recomendacao-para-garantir-apuracao-do-crime-de-tortura-nos-presidios-1>>. Acesso em 17 abr. 2017.

<sup>44</sup>MEDEIROS. Fernanda Teixeira de. Orientanda de Geraldo Prado. **Audiência de custódia: limites à oitiva do preso**. <<http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-limites-a-oitiva-do-presos-por-fernanda-teixeira-de-medeiros/>>. Acesso em 27 mar. 2017>.

<sup>45</sup>**Dados Estatísticos – Mapa de Implantação:** <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em 16 abr. 2017.

Em relação à gravação da Audiência de Custódia em sistema audiovisual, 22 unidades da Federação previram a gravação em mídia, enquanto 4 não mencionaram esta possibilidade em seus regramentos.

Das unidades da Federação que previram a gravação da Audiência de Custódia em mídia, 19 destinaram que a cópia da mídia fosse juntada ao auto de prisão em flagrante. O estado de Santa Catarina estabeleceu que o conteúdo da audiência fosse disponibilizado no site; o Tribunal do Rio de Janeiro determinou que a mídia fosse lacrada e o Amazonas não informou a destinação da mídia.

Em relação à limitação de perguntas feitas em audiência, 22 unidades da Federação estabeleceram limites, enquanto o Rio Grande do Sul, Goiás, Paraíba e Maranhão não estabeleceram quais os limites das perguntas a serem feitas ao custodiado.

Ainda, segundo Fernanda Medeiros<sup>46</sup>, em relação à posterior utilização das declarações do preso na Audiência de Custódia, 23 unidades da Federação não estabeleceram qualquer impedimento à utilização das declarações do preso, podendo ser valoradas posteriormente, enquanto no Rio de Janeiro, Ceará e Pará proibiram a utilização das declarações como meio de prova contra o custodiado.

No que tange à defesa técnica, o estado do Rio de Janeiro, na sua Resolução de implantação (Resolução TJ/OE/RJ 29/15<sup>47</sup>), dispôs que a audiência de custódia será realizada, ainda que não presentes, defensor e Ministério Público. O artigo 6º, caput, da Resolução dispõe que, na audiência, depois de ouvido o preso, manifestar-se-ão “em seguida, o MP e defesa, se presentes ao ato”. Ora, uma vez mais invocando o posicionamento da CADH, a presença do Ministério Público e do defensor é obrigatória em tal ato.

Cabe frisar o disposto no artigo 8º da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça:

Art. 8º (...) § 2º A oitiva da pessoa presa será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia. (...)

§ 1º 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, permitindo-lhes, em seguida, requerer:

§ 4º Concluída a audiência de custódia, cópia da sua ata será entregue à pessoa presa em flagrante delito, ao Defensor e ao Ministério Público, tomando-se a ciência de

---

<sup>46</sup>MEDEIROS. Fernanda Teixeira de. Orientanda de Geraldo Prado. **Audiência de custódia: limites à oitiva do preso.** Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-limites-a-oitiva-do-preso-por-fernanda-teixeira-de-medeiros/>>. Acesso em 27 mar. 2017>.

<sup>47</sup>**Resolução OE 29/2015.** Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/2272629/10-09->>>. Acesso em 17 abr. 2017.

todos, e apenas o auto de prisão em flagrante, com antecedentes e cópia da ata, seguirá para livre distribuição.

Portanto, analisando esses números, algumas conclusões podem ser extraídas. Em primeiro, a importância de um texto normativo em forma de lei que traga a devida uniformidade e segurança jurídica ao procedimento, pois frise-se, ainda que a audiência seja procedimento de natureza pré-processual, terá esta, implicações futuras na trajetória processual do acautelado, conforme será exposto adiante, demonstrando, não haver ilegalidade ou ofensa ao devido processo legal.

Ressalte-se que há uma corrente doutrinária que advoga contra o ativismo do Conselho Nacional de Justiça e há até os que sustentem uma inconstitucionalidade formal das audiências de custódia, tendo em vista a previsão do artigo 22, inc. I do texto constitucional, o qual textualiza que somente a União poderá legislar em matéria processual penal. Dentre os que comungam dessa ideia, está a Associação de Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, conforme se vê pelo trecho, na peça vestibular da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240, interposta no Supremo Tribunal Federal:

Ao dispor sobre apresentação de pessoa presa em audiência de custódia nas 24 horas seguintes à prisão em flagrante, o ato normativo legislou sobre Direito Processual, tema de competência legislativa privativa da União, nos termos do art. 22, I, da Constituição da República. O Provimento Conjunto 3/2015 violaria também o princípio da legalidade, uma vez que possuiria natureza infralegal, e o princípio da divisão funcional de poder, pois delegados de polícia se subordinam ao Executivo, por força do art. 144, § 6º da CR.<sup>48</sup>

Ainda nesse sentido, as palavras de Guilherme de Souza Nucci:

Não há essa previsão no CPP; o STF tem a tendência de equiparar Tratados à lei federal; de todo modo, mesmo que se considere a referida Convenção acima de qualquer lei, segundo nos parece, quem deve legislar sobre o procedimento nacional a ser adotado para a audiência de custódia é o Poder Legislativo e não o CNJ, nem qualquer Tribunal Regional ou Estadual. A isto se chama legalidade, que vem sendo vilipendiada por um número excessivo de portarias, resoluções, provimentos e similares, originários dos mais diversos órgãos, sem o menor apego à função do legislador em matéria de direito criminal. Enfim, o mito dessa audiência é que ela é essencial para tirar presos provisórios do seu calvário. Aliás, a moderna Constituição de 1988 (a Constituição-cidadã) nem

---

<sup>48</sup>ADEPOL-Associação dos Delgados de Polícia do Estado de São Paulo-moveu ação direta de inconstitucionalidade (**Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 5240**) no Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2015 contra o Provimento Conjunto 3/2015 publicado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que institui as audiências de custódia. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/a-audiencia-de-custodia-e-a-inconstitucionalidade-do-provimento-conjunto-do-tribunal-de-justica-de-sao-paulo-por-rafael-barone-zimmaro-e-andre-vinicius-monteiro/>>. Acesso em 04 Mai. 2017.

percebeu que estava olvidando a audiência de custódia no art. 5º. Outra ironia do destino.<sup>49</sup>

Para o jurista Lênio Luiz Streck Rocha:

Mas existe, ainda, outro grande problema, de ordem constitucional-formal e, como constitucionalista e coerentista, não poderia deixar passar in albis: a AC cria regra processual por iniciativa administrativa do poder judiciário, nem mesmo por atividade jurisdicional. Pode-se dizer: "mas isso é controle de convencionalidade". Sim, mas não ao ponto de se substituir, via ato administrativo, ao legislador. Alguém poderá dizer: mas a lei já existe, que é a própria Convenção. Sim, sabemos que a Convenção tem valor supralegal. Então, das duas uma ou as duas juntas: estamos na ilegalidade desde 1992 ou deveríamos ter adaptado a alteração do Código de Processo Penal à Convenção. A terceira hipótese é o da não validade desse dispositivo da Convenção (trato disso na sequência, face à tese da rigidez constitucional). Não fizemos nenhuma das duas coisas e tampouco tratamos da terceira. E, agora, sem adaptação legislativa, o judiciário "regulamenta a matéria".

Não se pode olvidar, todavia, do art. 5º, §§ 2º e 3º, da CRFB/88, que consagra:

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.

E segue o parágrafo seguinte:

Os Tratados e Convenções Internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Com efeito, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos reforçam a Carta de Direitos prevista constitucionalmente, inovando-a, integrando-a e completando-a com a inclusão de novos direitos.<sup>50</sup>

Neste sentido da hermenêutica voltada aos direitos humanos, inspirada na prevalência da norma mais favorável, posicionou-se o Ministro Celso de Mello no julgamento do HC

---

<sup>49</sup>NUCCI, Guilherme. **Os mitos da audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>>. Acesso em 17 abr. 2017.

<sup>50</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 15ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 168.



96.772/2009<sup>51</sup> ao sustentar argumento disposto no artigo 29, “b” do Pacto de San José da Costa Rica que estabelece regras de interpretação.

Segundo palavras do próprio ministro Lewandowski,<sup>52</sup> relatando dados do INFOPEN<sup>53</sup> do ano de 2014, a realidade brasileira é de 600 mil presos, sendo 40% deles provisórios, em estabelecimentos ineficientes para abrigar essa superpopulação de presos. Portanto, mister se faz mencionar as palavras do constitucionalista Luis Roberto Barroso, apud Marina Ito<sup>54</sup> sobre o ativismo judicial.

O ativismo judicial se expande quando outros Poderes se retraem. Nesse sentido, o ativismo tem um ponto positivo: atende às demandas sociais não atendidas por instâncias políticas. Mas apresenta um aspecto negativo ao revelar que as instituições constitucionalmente competentes não funcionam satisfatoriamente.

### 2.3 O projeto de lei da audiência de custódia em tramitação na Câmara dos Deputados

Paralelamente à implantação das audiências de custódia, em Fevereiro de 2015, nos moldes da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.620 de 2016<sup>55</sup>, aprovado no Senado em 09/09/2015, sob o nº 554/2011<sup>56</sup>. O projeto é de autoria do senador Antônio Carlos Valadares, que busca dar verdadeira efetividade ao que dispõem os Tratados Internacionais de Direitos Humanos acerca do tema, prevendo normativamente características da Audiência de Custódia que os Tratados deixam em aberto, além de ser demanda social expressa em iniciativa legislativa. Não que esses Tratados necessitem de qualquer implemento normativo interno para adquirirem vigência,

<sup>51</sup> **Habeas Corpus 96.772 de 09 de junho de 2009.** E m e n t a: "habeas corpus" - prisão civil - depositário judicial - revogação da súmula 619/STF - a questão da infidelidade depositária - convenção americana de direitos humanos (artigo 7º, n. 7) - natureza constitucional ou caráter de supra legalidade dos tratados internacionais de direitos humanos? - pedido deferido. Ilegitimidade jurídica da decretação da prisão civil do depositário infiel, ainda que se cuide de depositário judicial. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000162313&base=baseAcordaos>>. Acesso em 17 abr. 2017

<sup>52</sup> **Ministro Ricardo Lewandowski quer levar Projeto Audiência de Custódia a outras capitais e comarcas do país.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=284925>>. Acesso em 17 abr. 2017.

<sup>53</sup> **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Infopen. Dezembro de 2014. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf). Acesso em 20 Abr. 2017.

<sup>54</sup> **ITO, Marina apud Luis Roberto Barroso. “A conclusão é do constitucionalista Luis Roberto Barroso, em palestra no Seminário Direito e Desenvolvimento entre Brasil e EUA, realizado pela FGV Direito Rio em 2009”.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>>. Acesso em 04 abr. 2017.

<sup>55</sup> **CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 6.620/2016.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoes/Web/fichadetramitacao?idProposicao=2120017>>. Acesso em 10 abr. 2017.

<sup>56</sup> **SENADO FEDERAL. Projeto de Lei 554/2011.** Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em 16 abr. 2017.

visto que a partir do momento que forem ratificados e promulgados, passam a ter status supra legal.

O citado Projeto de Lei recebeu emenda substitutiva, aprovada por unanimidade, ao passar pela Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa (CDH), que lhe conferiu uma estrutura praticamente completa sobre a audiência de custódia. Nesta esteira, sintetiza Aury Lopes Junior, ao comentar sobre o substitutivo do Senador João Capiberibe, aduzindo pela completude do Projeto:

Sequer abrindo margem para interpretações sobre a autoridade a quem o preso deve ser conduzido (o juiz) ou a respeito do prazo em que tal medida deve ser viabilizada (em até vinte e quatro horas da prisão), além de cercar a realização da audiência de custódia das garantias do contraditório e da ampla defesa quando prevê a imprescindibilidade da defesa técnica no ato.<sup>57</sup>

Dessa forma, pode-se concluir que a previsão trazida pelo art. 306, caput e parágrafo único do Código de Processo Penal, não satisfaz o nível de exigência internacional de realização da audiência, restando clara a insuficiência do regramento jurídico interno. De acordo com Aury Lopes Júnior:

A norma contida no Código de Processo Penal não passa por um controle de convencionalidade quando comparada com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos a que o Brasil voluntariamente aderiu, especialmente a CADH, cujos preceitos, se violados, podem ensejar a responsabilização do país perante a Corte IDH.<sup>58</sup>

Nesta linha, o artigo 306<sup>59</sup> do Código de Processo Penal estabelece apenas a imediata comunicação ao juiz de alguém que foi detido, bem como a posterior remessa do Auto de Prisão em Flagrante para homologação ou relaxamento, e, dessa forma, não são suficientes para o nível de exigência constitucional.

---

<sup>57</sup> **LOPES JUNIOR, Aury e PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesE.php?rcon\\_id=209](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesE.php?rcon_id=209)>. Acesso em 16 abr. 2017.

<sup>58</sup> Idem.

<sup>59</sup> **Art. 306, § 1º** Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em 17 Abr. 2017.

No momento da edição deste artigo, o Projeto de Lei nº 6.620/2016<sup>60</sup> foi apensado ao Projeto de Lei nº 8.045/2010<sup>61</sup>, cuja temática é a reforma do Código de Processo Penal. O Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) considerou prejudicial a decisão da Câmara dos Deputados de apensar o Projeto de Lei que regulamenta as audiências de custódia no Brasil (Projeto de Lei 6.620/2016) ao Projeto que trata da reforma do Código de Processo Penal (8.045/2010).<sup>62</sup>

### 3 O SISTEMA ACUSATÓRIO X PROCEDIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

#### 3.1 Sistema Acusatório – Alguns apontamentos

Pragmaticamente, a doutrina aponta como fator crucial na distinção dos sistemas acusatório e inquisitório, a divisão entre as funções de investigar, acusar e julgar. Tal afirmação fundamenta-se no artigo 129 da Constituição Federal que atribuiu ao Ministério Público, a titularidade da ação penal pública.

Segundo Capez:

*É que, no sistema acusatório, a fase investigatória fica a cargo da Polícia Civil, sob controle externo do Ministério Público (CF, art. 129, VII; Lei Complementar n. 734/93, art. 103, XIII, “a” a “e”), a quem, ao final, caberá propor a ação penal ou o arquivamento do caso. A autoridade judiciária não atua como sujeito ativo da produção da prova, ficando a salvo de qualquer comprometimento psicológico prévio.*<sup>63</sup>

Esta é uma importante característica do sistema acusatório, mas não é a única e tampouco pode, por si só, ser um critério determinante, quando não vier aliada a outros, como iniciativa probatória, publicidade, contraditório, oralidade, igualdade de oportunidade, etc<sup>64</sup>

<sup>60</sup>CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 6.620/2016**. Disponível em:<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120017>>. Acesso em 10 abr. 2017.

<sup>62</sup>CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 8.045/2010**. Disponível em:<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em 10 abr. 2017

<sup>63</sup>REDE JUSTIÇA CRIMINAL. **Advogados criticam junção de projetos sobre audiência de custódia e novoCPP**. Disponível em:<<http://redejusticacriminal.org/pt/advogados-criticam-juncao-de-projetos-sobre-audiencia-de-custodia-e-novo-cpp/>>. Acesso em 28 abr. 2017.

<sup>64</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.p. 84, apud GianpaoloPoggioSmanio. Criminologia e juizado especial criminal (São Paulo, Atlas, 1997, p. 51 e 53).

<sup>64</sup>Idem.

Paulo Rangel, apud, Geraldo Prado, por sua vez, considera prevalente no Brasil, a teoria da aparência acusatória, uma vez que a Constituição Federal, com todas as garantias, e a privatividade da ação penal pública dada ao Ministério Público, de fato se filiou ao sistema acusatório. Mas, levando-se em consideração o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica dos tribunais, diz que se deve admitir que o princípio e o sistema acusatórios sejam ainda meras promessas.<sup>65</sup>

Na Resolução do Conselho Nacional de Justiça e no Projeto de Lei 6.620/2016<sup>66</sup>, conforme já mencionado, a oitiva versará, exclusivamente, sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura física e/ou psicológica ao preso, a necessidade da conversão da prisão em preventiva ou da aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão. O problema que se coloca é que, a partir da leitura do artigo 312<sup>67</sup> do Código de Processo Penal, o qual, literalmente descreve e autoriza que são exigências para a decretação da prisão preventiva, a prova da existência do crime e os indícios suficientes de autoria, pergunta-se: como conciliar o disposto no artigo 310<sup>68</sup> e 312<sup>69</sup> do Código de Processo Penal, com o sistema acusatório na dinâmica da audiência de custódia, posto que, a decisão final deste procedimento deve ser fundamentada?

---

<sup>65</sup> RANGEL, Paulo. Apud Geraldo Prado, Geraldo. **Sistema Acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 171. Apud

<sup>66</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 6.620/2016**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120017>>. Acesso em 10 abr. 2017.

<sup>67</sup> **Art. 312.** 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm)>. Acesso em 8 Maio 2017.

<sup>68</sup> **Art. 310.** Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: 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; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a 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 a todos os atos processuais, sob pena de revogação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm)>. Acesso em 8 Maio 2017.

<sup>69</sup> **Art. 312.** 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. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm)>. Acesso em 8 Maio 2017.

Além disso, para boa parte da doutrina, na concepção do sistema acusatório, o juiz jamais deveria ter contato com documentos do inquérito e argumentam pela inconstitucionalidade<sup>70</sup> do artigo 155 do Código de Processo Penal. Não obstante, autoriza o *Codex*, que o magistrado se auxilie das informações do inquérito para formar seu convencimento. Eis a redação:

*Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).*

Nesse sentido:

Não se pode, entretanto, desconsiderar que os elementos amealhados no inquérito policial, apesar de insuficientes, por si sós, para sustentar a condenação, mostram-se hábeis na formação do convencimento do magistrado, pois colhidos na polícia na função de apurar a ilicitude e, quase sempre, com grande proximidade temporal do delito (nesse sentido: TACrim-SP – Rel. Renato Nalini – RJD 28/39).<sup>72</sup>

De outra sorte, perpassando-se pelas previsões internacionais, pela Resolução do Conselho Nacional de Justiça, e chegando até as resoluções dos estados, normas concretas que por ora regulam a instrumentalização da audiência de custódia, claramente se depreende que o trâmite deverá ser capitaneado pelas garantias constitucionais da imparcialidade do julgador, do contraditório, da ampla defesa, da persuasão racional, dentre outros, como será abordado a seguir.

---

<sup>70</sup>AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. São Paulo: Método, 2009. (2009, p.380).

A exigência do contraditório judicial agora incorporada ao Código pela nova legislação, na verdade, não produzirá grandes consequências em termos práticos, pois há muito se consolidou a doutrina e a jurisprudência pátrias no sentido de que apenas a prova realizada na fase das investigações policiais, à revelia das garantias do contraditório e da ampla defesa, não tem força bastante para fundamentar a condenação.

<sup>71</sup>LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol.I. 3ª Edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2008. "[...] manteve-se assim, a autorização legal para que os juízes e tribunais sigam utilizando a versão dissimulada, que anda muito em voga, de "condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito". Na verdade, essa fórmula jurídica deve ser lida da seguinte forma: não existe prova no processo para sustentar a condenação, de modo que vou me socorrer do que está no inquérito. Isso é violar a garantia da própria jurisdição e do contraditório [...]"

<sup>72</sup>JUSBRASIL. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/busca?q=JULGADOS+DO+TACRIM-SP%2C+VOL>>. Acesso em 12 Maio 2017.

### 3.1.1 Imparcialidade

É uma garantia processual que embora não expressamente prevista em lei decorre de uma interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988, como se infere dos artigos 95<sup>73</sup>, que estipula garantias; art. 95<sup>74</sup>, parágrafo único, que prescreve vedações e do art. 5º<sup>75</sup>, XXXVII, que proíbe juízes e tribunais de exceção.<sup>76</sup>

Dessas regras decorre a de que ninguém poderá ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato.<sup>77</sup>

O princípio da imparcialidade judicial significa o afastamento do magistrado da gestão persecutória das provas no processo penal. Conforme afirma Rangel, relacionando-a ao sistema acusatório:

*A imparcialidade do juiz tem perfeita e íntima correlação com o sistema acusatório adotado pela ordem constitucional vigente, pois exatamente visando retirar o juiz da persecução penal, mantendo-o imparcial, é que a Constituição Federal deu exclusividade da ação penal ao Ministério Público, nitidamente, as funções dos sujeitos processuais.*<sup>78</sup>

<sup>73</sup>**Art. 94.** Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

**Parágrafo único.** Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

V exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 30 Maio 2017.

<sup>74</sup>**Art. 95.** Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 30 Maio 2017.

<sup>75</sup>Art. 5º Inciso XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 30 Maio 2017.

<sup>76</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.p. 64.

<sup>77</sup> Idem.

<sup>78</sup>RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

A imparcialidade do juiz significa também que esse ente estatal julgará a lide com independência, e que não sofrerá a ação de forças no decorrer de sua atuação. Assim, poderá perseguir, de maneira isenta a busca pela verdade processual.<sup>79</sup>

Se aglutinarmos a concepção clássica de sistema acusatório, qual seja, a divisão de funções de acusar e julgar, não se vislumbra ofensa ao princípio acusatório na Audiência de Custódia, tendo em vista que, quer queira ou não, o procedimento estará *sub judice*. O magistrado irá mensurar a situação fática que lhe é apresentada, ou seja, o próprio custodiado, não como meio de prova, mas sim como aquele que mediante esclarecimento e informação, em função da oralidade, se defenderá da forma que lhe for possível, tendo em vista ter sido detido numa situação de flagrante delito. O magistrado não se colocará como gestor de provas e somente se influenciará pela defesa, acaso esta se coloque de forma efetiva e incisiva, antagonicamente aos relatos e documentos já apensados ao inquérito.

No entanto, é relevante a posição de Calamandrei<sup>80</sup>, apud Geraldo Prado, o qual atenta para o fato de que o juiz é um homem político, que vive na sociedade e que participa da dinâmica de aspirações econômicas e morais dessa mesma sociedade, exprimindo na sentença o seu sentimento, inafastável da sua condição de homem político e social.

Esse juízo de valor sobre os fatos por parte do juiz não configura ilegalidade. Antes das audiências de custódia, o juiz já avaliava e valorava o Auto de Prisão em Flagrante, para assim, proferir a sua decisão, conforme se extrai do artigo 312<sup>81</sup> do Código de Processo Penal. A diferença é que, a partir da audiência de custódia, o juiz estará frente a frente com o detido, tendo este, a oportunidade de concretizar sua autodefesa, partindo-se da premissa de que o preso tem o direito de dialogar com a autoridade que será a responsável pelo cerceamento ou não da sua liberdade, sendo inconcebível que o juiz fique atrelado somente às informações relatadas no documento expedido pela autoridade policial, inerte à presença física do

---

<sup>79</sup>BATISTA, Renato Batista; Gorayeb, Luciana de Paula. **O sistema acusatório processual penal e a iniciativa probatória do juiz – afronta a preceitos constitucionais**. Revista Ciência e Cultura Vol. 1 Faculdade Padrão – Goiânia. Disponível em <<https://pt.scribd.com/document/344013566/o-Sistema-Acusatorio-Processual-Penal-e-a-Iniciativa-Probatoria-Do-Juiz-Afronta-a-Preceitos-Constitucionais>>. Acesso em 08 Maio 2017.

<sup>80</sup>CALAMANDREI, Piero. Opere Giuridiche: **Processo e Democrazia**, Napoli: Morano, 19965, p. 678. Apud Geral do Prado. **Sistema Acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais**. pg.77.

<sup>81</sup>**Art. 312A** 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em 17 Abr. 2017.

custodiado, que, por vezes queira relatar algo relevante capaz de amenizar ou reverter sua tormentosa situação.

Nas traduções de Zafaronni, por Daniel Andrés Raiman e Fernanda Freixinho, depreende-se que:

O juiz não pode deixar de valorar, tanto para estabelecer a verdade dos fatos como para declarar sua relevância jurídica para habilitar o exercício de certo poder punitivo. O juiz penal está condenado a valorar, ainda que não o faça livremente segundo seus valores subjetivos, e sim de acordo com critérios legais que objetivam os valores subjetivos daqueles que impuseram as leis, legitimados pelo soberano popular no marco de uma Constituição e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.<sup>82</sup>

Assim, é na motivação da decisão que se expressa a voz final da imparcialidade que se exige, conforme se extrai do teor do artigo 8<sup>o</sup><sup>83</sup> da Convenção Americana dos Direitos Humanos que preconiza que toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela.

---

<sup>82</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por Vulnerabilidade**. Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade. Ano 9, número 14, 1º e 2º semestres de 2004, p. 31-48. Editora Revan Rio de Janeiro.

<sup>83</sup>**Convenção Americana dos Direitos Humanos -Artigo 8º** - Garantias judiciais1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. Convenção Americana de Direitos Humanos. **Pacto de San Jose da Costa Rica**, 1969. Disponível em:<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 10 abr. 2017.



Rodrigo da Silva Brandalise, ao defender o aproveitamento das autodeclarações incriminatórias do acusado dadas na audiência de custódia ressalta que:

A audiência de custódia é só uma primeira etapa a ser percorrida. Se a decisão ali lançada necessita ser fundamentada, com muito mais razão será a sentença futura (absolutória ou condenatória), vinculada ao processo que se seguirá à audiência havida, pelo que não há o mínimo sentido em impor-se a restrição que o projeto quer colocar.<sup>84</sup>

Interessante a colocação de Caio Paiva ao advogar no sentido de que as Audiências de Custódia deveriam admitir atividade probatória, ao colocar sua mudança de entendimento a partir da segunda edição de sua obra<sup>85</sup>, abaixo referenciada, que:

*Ainda sobre este primeiro argumento, surpreende que a comunidade jurídica brasileira censure qualquer atividade probatória na audiência de custódia, em que estão presentes o Ministério Público, a defesa técnica e o juiz, mas admita, com tranquilidade, que a pessoa presa adentre no mérito do caso penal quando é ouvida na lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, sem o acompanhamento de advogado ou de defensor público.<sup>86</sup>*

### 3.1.2 Contraditório

O contraditório é um dos mais importantes corolários do devido processo legal que se aporta no Estado de Direito, conforme previsão no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, em que, “aos acusados em geral, é assegurado o contraditório e a ampla defesa, com os recursos e meios a ela inerentes.”

O fundamento essencial do princípio do contraditório decorre da bilateralidade da ação. Dessa forma, a decisão do juiz somente pode ser prolatada quando este tiver o conhecimento das teses de acusação e de defesa, de maneira que as partes possam, também, influenciar no objetivo final do processo, tendo o contraditório um verdadeiro poder de influência.

---

<sup>84</sup>BRANDALISE, Rodrigo da Silva. E-Book-Audiência de Custódia – Da boa intenção à boa técnica- FMP. Porto Alegre, 2016.

<sup>85</sup>PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro – 2ª Edição. Editora Empório do Direito. Ano 2016.

<sup>87</sup>PAIVA, Caio. Audiências de custódia deveriam admitir atividade probatória. Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria>>. Acesso em 30 Abr. 2017.

Quanto ao contraditório na fase pré-processual, muito se discute a respeito. Mas a doutrina majoritária sustenta que não há contraditório na fase da investigação policial, pois somente existem partes perante o juízo local do processo.<sup>87</sup>

Em que pese à audiência de custódia se antepor ao processo, como dito acima, a mesma é um procedimento judicial, ainda que em fase de investigação. Uma atuação eficiente das partes permite um contraditório de melhor qualidade, capaz de permitir que elas exerçam uma maior influência sobre o desfecho da lide.

O contraditório, compreendido na sua essência, decorre do processo penal de natureza acusatória, com a participação em contraposição dos sujeitos e intervenientes, conforme a natureza das decisões que possam os afetar. Este princípio pode ser dividido em duas espécies: direito de audiência (possibilidade de fazer-se ouvir sobre o pedido que o afeta) e na incidência sobre os meios de prova (para que os sujeitos possam oferecer suas provas e também aferir as provas produzidas pelo adversário ou oficiosamente).<sup>88</sup>

Ainda que em sede investigatória o contraditório não seja pleno, o contato do preso com o juiz, com o membro do Ministério Público e seu defensor no prazo de 24 horas é uma forma de assegurar maior eficácia às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa em situação de tutela cautelar. Ademais, o órgão jurisdicional deve analisar as razões e decidir por eventual relaxamento da prisão ou conversão em prisão preventiva, analisando o caso concreto que lhe foi submetido.

Os Provimentos e Resoluções consultados para a presente pesquisa preveem unanimemente, a presença do Ministério Público e da defesa durante o ato, com ressalva à Resolução do Rio de Janeiro, que alhures, realiza o ato, independentemente da presença da acusação e defesa, o que configura inconstitucionalidade, na visão de Marcellus Polastri Lima,<sup>89</sup> pois estariam somente juiz e autuado, tendo o magistrado, portanto, que atuar de ofício, ao decretar uma medida cautelar, como se isso fosse possível, em vista da Constituição e do próprio Código de Processo Penal. Destaca ainda, ao citar Gustavo Badaró que a presença da defesa é fundamental para respeitar os direitos do preso, como por exemplo, o de permanecer calado, bem como para assegurar a legalidade na realização da própria audiência, e ainda, porque naquele ambiente, normalmente se utilizam termos estritamente jurídicos.

---

<sup>87</sup>FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 280

<sup>88</sup>PIMENTA, José da Costa. **Introdução ao processo penal**. Coimbra: Almedina, 1989, p. 150.

<sup>89</sup>LIMA, Marcellus Polastri. **E-Book-Audiência de Custódia – Da boa intenção à boa técnica- A infeliz Resolução TJ/OE nº 29/2015 do Rio de Janeiro**. FMP. Porto Alegre, 2016.

Interessante notar que a visão contemporânea de contraditório como concessão de paridade de armas exige um comportamento mais dinâmico, atento e presente do juiz. Neste panorama não pode e nem deve o julgador da lide, suprimir ou minimizar a participação ativa das partes no processo, e se assim o for, haverá grande afronta à Constituição Federal.

O contraditório na audiência de custódia é decorrente da apreciação mais detalhada da prisão com a presença física do autuado em flagrante, em que eventuais dúvidas acerca do caso concreto podem ser dirimidas rapidamente e ainda, no calor dos fatos, já que praticamente se estará no estado de flagrância. Não se defende a criação de uma onda de impunidade e sim uma preservação daqueles agentes detidos em flagrante delito antes que passem pelo crivo do processo judicial. É importante ressaltar que após o advento da lei nº 12.403/2011, o magistrado só deverá manter alguém segregado caso não seja possível a decretação de uma das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

### 3.1.3 Persuasão Racional

Quanto às provas, o sistema adotado no Brasil, constitucionalmente previsto no art. 93<sup>90</sup>, inciso IX, da Constituição Federal, é o da persuasão racional. Este método é misto, uma vez que a atividade de ponderação probatória está parcialmente atrelada à lei, já que há necessidade de fundamentação; no entanto, é concedida ao magistrado a liberdade de sopesar a prova para formar seu livre convencimento.

Merece destaque a síntese de Edílson Mougenot Bonfim<sup>91</sup>:

No sistema do livre convencimento, ou da persuasão racional, é dada ao julgador a possibilidade de valorar livremente a prova, desde que exponha os motivos que o levaram à decisão. É uma maneira de garantir flexibilidade aos julgamentos, evitando situações manifestamente injustas ensejadas pela adoção cega do sistema da prova legal, sem, por outro lado, recair no excessivo arbítrio concedido aos juízes pelo sistema do livre convencimento absoluto, permitindo um controle objetivo sobre a legalidade das decisões.

O princípio da persuasão racional, que tem previsão na Carta Maior, consagra que, após fazer a apreciação da prova apresentada, o magistrado expressa seu livre convencimento, mas de maneira fundamentada. A previsão constitucional reverbera no Código de Processo Penal, em seu art. 155, aduzindo que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da

---

<sup>90</sup>**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: ...[X- as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)].... Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 29 Maio 2017.

<sup>91</sup>BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.** 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82

prova produzida em contraditório judicial, sendo vedado fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, com exceção das provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas.”

Em que pese o teor do artigo 155, levando a crer que a prova produzida em sede acautelatória não poderia fundamentar sozinha uma condenação, Rodrigo Silva Brandalise<sup>92</sup> defende que, em última análise, a declaração prestada pode ser considerada como prova emprestada (ainda que seja a *posteriori*, conhecida conforme as regras das provas documentais). Aventa ainda que o interrogatório realizado em audiência de custódia guarda fortes semelhanças com a chamada prova antecipada, mas não como prova irrepetível, pois o réu terá seu momento adequado, previsto em lei para ser interrogado.

A estruturação estatal abriga a forma de apuração da verdade processualmente válida e que pode justificar a condenação do acusado. O princípio do *Nemo tenetur se ipsum accusare* desobriga o acusado de um comportamento colaboracionista, o que somente pode ocorrer de forma livre, voluntária e consciente daquele a quem se imputa uma acusação.

Segundo Luiz Flavio Gomes<sup>93</sup> este princípio significa que ninguém é obrigado a se auto-incriminar ou a produzir provas contra si mesmo. Evidencia que qualquer tipo de prova contra o réu que dependa (ativamente) dele só vale se o ato for levado a cabo de forma voluntária e consciente. Aduz que é intolerante a fraude, a coação, física ou moral, a pressão, os artificialismos, etc.

Dessa sorte, a oralidade, como característica principal da audiência de custódia, aliada à informação, imediação, bem como contraditório qualitativo, são pressupostos para que a persuasão racional não seja mera ficção, consubstanciando-se o devido processo legal para a defesa de direitos.

### **3.2 Limitação Cognitiva da Audiência de Custódia**

No sentido de corroborar o argumento de que a Audiência de Custódia deve integrar os autos do eventual processo, o trecho abaixo, extraído do documento *Implementação das Audiências de Custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento* elaborado pelo Ministério da Justiça elucidada o que se pretende demonstrar: a ata sucinta ou o arquivamento da mídia, ocultando-a (como se pretende na Resolução do Rio

---

<sup>92</sup>BRANDALISE, Rodrigo da Silva. E-Book-**Audiência de Custódia – Da boa intenção à boa técnica**- FMP. Porto Alegre, 2016.

<sup>94</sup>GOMES, Luiz Flavio. **Princípio da não auto-incriminação significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. Disponível em: <[lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia](http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia)>. Acesso em 24 Maio 2017.

de Janeiro, por exemplo) <sup>94</sup>, podem propiciar a ocorrência de abusos, acusações prévias, arbitrariedades, etc.

Eis o teor do documento:

Todos os parceiros que fizeram o acompanhamento presencial das audiências relataram e todas as audiências presenciadas por esta consultoria confirmaram o relato de que as audiências ocorrem muito mais voltadas ao cumprimento do ritual que lhes foi imposto do que para averiguar a real necessidade de manutenção da prisão e as reais circunstâncias da prisão. Somado à questão do tempo dedicado a cada uma das audiências já apontado, também o hábito protocolar e formalista de condução dos atos do sistema de justiça tende a se repetir durante as audiências de custódia. O relato da pessoa presa é desvalorizado diante do registrado no auto de prisão em flagrante e poucas vezes é tratado como merecedor de credibilidade, principalmente se a pessoa em flagrante já tiver algum registro na folha de antecedentes e/ou se fizer alguma menção a violências que sofreu por parte dos policiais envolvidos em sua prisão ou condução. À exceção do momento em que o juiz faz perguntas diretas ao preso, todos os demais atos da audiência são dirigidos à pessoa do juiz ou são dirigidos deste para os representantes do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ou para o servidor que está secretariando a audiência. Isto inclusive no momento de prolação da decisão, quando não raras vezes o magistrado não se dirige ao preso para informá-lo sobre qual foi o resultado das audiências, nem quais foram os motivos que levaram àquela decisão.<sup>95</sup>

Destaca-se ainda o princípio da ampla defesa, compreendido como o mais legítimo dos direitos do homem. Referido princípio comporta duas regras básicas: a possibilidade do indiciado se defender e recorrer. Dentro da análise da ampla defesa, ressaltam-se suas espécies: a autodefesa e a defesa técnica (o defensor deve estar devidamente habilitado). Deverá ser efetiva (a garantia e a efetividade de participação da defesa em todos os momentos do processo). Dentre os mandamentos deste princípio decorre a impossibilidade de cerceamento infundado, ou seja, se houver falta de defesa ou se a ação do defensor se mostrar ineficiente, o processo poderá ser anulado. Caso o juiz perceba que a defesa vem sendo deficiente, ele deve intimar o réu a constituir outro defensor ou nomear um, se o acusado não puder constituí-lo, segundo Cylmar Pitelli Teixeira Fortes<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> **Art.6º - Aberta a audiência, o preso será ouvido a respeito das circunstâncias da prisão e suas condições pessoais, manifestando se, em seguida, o MP e defesa, se presentes ao ato. Parágrafo único - As declarações do preso colhidas, preferencialmente, por meio digital, serão lacradas e mantidas em separado.** TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Resolução OE 29/2015**. Disponível em: <<http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.html>>. Acesso em 17 abr. 2017.

<sup>95</sup> **BALLESTEROS, Paula R. Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento.** Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>> Acesso em 06 Maio 2017.

<sup>96</sup> **FORTES, Cylmar Pitelli Teixeira.** Disponível em: <<http://www.fortes.adv.br/pt-br/termo/glossario/173/principio-da-ampla-defesa.aspx>>. Acesso em 24 Maio 2017.

O direito de ser assistido por um defensor técnico já na fase inquisitiva repele acusações infundadas, ambíguas e até mesmo caluniosas.

Nesse sentido, encontra-se vigente a inserção do inciso XXI ao artigo 7º da lei 8906/94<sup>97</sup> (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) que torna obrigatória a presença do advogado na fase de inquérito, sob pena de nulidade absoluta.

Segundo análises de observadores do Projeto Implementação das Audiências de Custódia no Rio de Janeiro, o contraditório e a ampla defesa estão sendo relegados na audiência de custódia, pois, entre outros, o procedimento tem sido realizado de modo protocolar, a linguagem dos operadores institucionais são incompreendidas pelo preso, a ponto de terem que refazer frases, argumentos e substituir palavras, até que a pessoa possa entender o que está sendo dito pelo interlocutor.<sup>98</sup>

Além disso, o indeferimento de perguntas relativas ao mérito como atribuição da autoridade judiciária no âmbito da audiência de custódia, tem se mostrado contraproducente. Assim são os relatos de Pedro Abramovay, advogado, diretor da Open Society Foundation<sup>99</sup>:

Em primeiro lugar, os juízes se utilizam da ideia de que não se julga o mérito nas audiências de custódia de maneira bastante arbitrária. As audiências de custódia, de fato, não são audiências finais, nas quais se profere uma sentença de condenação ou não do réu. Mas é claro que o mérito é relevante. Isso aparece em muitos momentos nas justificativas dos juízes para manter os réus presos. Mas cada vez que a defesa tenta levantar uma questão de mérito os juízes não admitem escutá-los.<sup>100</sup>

A possibilidade de participação do réu quando de seu indiciamento também merece destaque. Isso, pois, ainda que não haja acusação formal, há uma situação de litígio, pela confrontação do investigado por parte do Estado acusador, e, sob pena de macular a imagem e

---

<sup>97</sup>Lei 8906/94. Art. 7º. Inciso XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm)>. Acesso em 29 Maio 2017.

<sup>98</sup>LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia; MUSUMECI, Leonarda; BENACE, Maíza; BRANDO, Caio. Liberdade mais que tardia: As audiências de custódia no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: CESeC/ISER, 2016. Disponível em <<http://www.ucamcesec.com.br/livro/liberdade-mais-que-tardia-as-audiencias-de-custodia-no-rio-de-janeiro/>>. Acesso em 12 Abr. 2017.

<sup>99</sup>Fundada por George Soros em 1979, a **Open Society Foundations** trabalha para construir sociedades abertas, com governos responsáveis e tolerantes, mecanismos políticos transparentes, flexíveis e abertos à participação popular. A OSF financia pesquisas e programas ao redor do mundo pela promoção dos direitos humanos e combate à corrupção. Disponível em: <<https://www.opensocietyfoundations.org/>>. Acesso em 17 Maio 2017.

<sup>100</sup>ABRAMOVAY, Pedro. **Banalidade do réu: um dia de observação das audiências de custódia**. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/banalidade-reu-um-dia-de-observacao-das-audiencias-de-custodia-19072016>>. Acesso em 14 Maio 2017.

a liberdade do indiciado, deve ser oportunizado ao mesmo, o direito de contraditar, nos termos do art. 5º LV CF/88<sup>101</sup>.

A Resolução do Conselho Nacional de Justiça traz essa previsão, mas o teor do documento sugere que haveria um prejuízo em desfavor do flagranteado. Isso porque, há um desprezo desse momento, não o oficializando, ou pelo menos, não o autorizando. Abramovay, mais uma vez, destaca que:

Não posso negar o fato de que observo essas situações a partir da minha formação jurídica. E é por isso que noto que há uma contradição central na maneira como os juízes conduzem o processo. O tempo todo eles lembram aos réus e aos advogados que este não é um processo para avaliar o mérito, não vão decidir se a pessoa é ou não culpada, mas sim se ela deve ou não permanecer presa. Esse argumento, que tem algum sentido jurídico, parece evidentemente absurdo para os réus. O réu, sobretudo aquele que tem a certeza de que está preso injustamente, não concebe a ideia de que ele está diante de um juiz que vai decidir só se ele fica ou não preso. Não é possível compreender que não importa, naquele momento, se ele cometeu ou não o crime. Este poderia ser apenas um caso no qual a impermeabilidade do argumento jurídico para quem não tem formação legal aprofundasse a desconstrução do sujeito e a incapacidade do réu de assumir algum protagonismo sobre seu futuro e sua eventual violação de direitos. Mas é muito mais do que isso. Afinal, os juízes usam argumentos de mérito e os descartam conforme lhes convém, sobretudo para manter o réu preso.<sup>102</sup>

No que tange à problemática envolvida no artigo 8º da Resolução do Conselho Nacional de Justiça, parágrafo 1º e incisos; parágrafos 2º e 3º, e no Projeto de Lei 6.620<sup>103</sup>, artigo 1º, Parágrafos 6º e 7º, concernentes, principalmente aos limites cognitivos do magistrado quanto às circunstâncias da prisão e à abstenção de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação e para a ação penal, convém assinalar *ad argumentandum* posições que demonstram, *data vênia*, a falácia dos instrumentos normativos, que ora regulam e que futuramente regulamentarão a audiência de custódia.

O que se pugna é harmonizar com as demais garantias, ou seja, não recair no reducionismo de somente levar o sujeito à frente do juiz sem que este possa dizer algo ou que o juiz possa perguntá-lo.

---

<sup>101</sup> **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 5º. Inciso LV: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 29 Maio de 2017

<sup>102</sup> ABRAMOVAY, Pedro. **Banalidade do réu: um dia de observação das audiências de custódia**. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/banalidade-reu-um-dia-de-observacao-das-audiencias-de-custodia-19072016>>. Acesso em 14 Maio 2017.

<sup>103</sup> CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 6.620/2016**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120017>>. Acesso em 10 abr. 2017.

O juízo de admissibilidade da prisão é feito de imediato pela autoridade judiciária, que decidirá de pronto sobre a sua manutenção ou conversão. A audiência de custódia pode ser entendida como elemento de informação, ou seja, um caminho inicial para a busca da verdade processual. Não se concebe a construção de outra (in) verdade, que não seja corroborada por outras provas que refutem a conclusão a que se chegará o magistrado, pois este as aduziu no primeiro contato. Em outras palavras, com a insurgência de novas provas, e somente assim, se desconstruirá a apreensão da autoridade judicial quanto ao que se apresentou para ele naquele momento estanque.

Para tanto, tudo o que foi realizado no procedimento deve ficar apenso ao futuro processo, principalmente para verificar a legalidade daquele quanto para subsidiar a futura reconstrução dos fatos no iter processual.

Segundo o Projeto do Novo Código de Processo Penal<sup>104</sup>, o interrogatório deixará de ser meio de prova e passará a ser item da defesa do réu, o que, acaso confirmado, desmistificará o argumento de que a Audiência de Custódia antecipa o interrogatório. Ao contrário, a antecipação é da defesa, requerendo desta maior empenho.

Outrossim, o procedimento está concebido e revestido de todas as garantias do devido processo legal insculpidas na Constituição, sendo, portanto, um ato judicial, legitimamente determinado por um Tratado Internacional. O detido pode ter liberdade de declaração, usando os meios de defesa, positiva ou negativa, após os devidos esclarecimentos, de forma a que não seja levado a erro em seu ânimo, criando uma falsa representação da realidade<sup>105</sup>, ainda que o seu tempo com o defensor seja reduzido, tanto no âmbito da Delegacia, quanto nos momentos antecedentes à Audiência de Custódia.

Convém ressaltar que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade tem previsão em diversos tratados internacionais, tendo especial importância na Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas<sup>106</sup>.

Em âmbito interno, foi previsto expressamente somente em nossa Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII, tendo, anteriormente, sido considerado como decorrência do

---

<sup>104</sup>SENADO FEDERAL. **PL8.045/2010** Disponível em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=BB21F4EC5FEA9E017BEA7B16D4F4958D.proposicoesWebExterno1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BB21F4EC5FEA9E017BEA7B16D4F4958D.proposicoesWebExterno1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010)>. Acesso em 30 Maio 2017.

<sup>105</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. E-Book-**Audiência de Custódia – Da boa intenção à boa técnica**- FMP. Porto Alegre, 2016.

<sup>106</sup>**Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Artigo 11. 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social>>. Acesso em 29 Maio 2017.



devido processo legal<sup>107</sup>, não obstante ter sido mitigada a amplitude de tal princípio, conforme se confere no bojo do Habeas Corpus nº 126.292<sup>108</sup>.

Sinteticamente, esse princípio dispõe que ninguém poderá ser considerado culpado até superveniente trânsito em julgado de sentença penal condenatória, impondo, por consequência, a observância de duas regras em favor do acusado, quais sejam, (i) o réu não poderá sofrer restrições pessoais fundamentadas na mera conjectura de futura condenação e (ii) o ônus da prova atinente à existência do fato e à autoria é do órgão acusador.<sup>109</sup>

Como se vê, o direito ao silêncio decorre da presunção de inocência e desempenha papel fundamental na audiência de custódia, haja vista que o investigado somente poderá ser preso cautelarmente com fundamentação específica e concreta, afastando-se, por óbvio, argumentos que colidam com a sua inocência, assim como poderá ficar calado sem que isso seja interpretado em seu desfavor.

### 3.2.1 Posicionamentos Favoráveis

Corroborando a interpretação aqui apresentada, colacionam-se alguns entendimentos favoráveis ao aproveitamento das declarações do custodiado, pelo que, são inerentes ao procedimento, às garantias e princípios constitucionais já debatidos, de forma que não configura ofensa ao sistema acusatório.

Para Lênio Streck, não obstante sua discordância com o provimento por meio de Resolução aduz que não haveria impedimento judicial:

Se nem o juiz que teve contato com a prova ilícita fica impedido, por força do veto ao parágrafo 4º do artigo 157 do CPP, não é possível que se crie administrativamente um impedimento para o juiz que fez essa audiência, que no mínimo, nada teria de ilegal. Concluiu que há um paradoxo, o juiz que teve contato com a confissão obtida mediante tortura vai poder julgar o processo, mas o juiz que ouviu o réu em audiência, na presença do defensor, fica impedido.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup>BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 49.

<sup>108</sup>**Habeas Corpus 126.292**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em 14 Maio 2017.

<sup>109</sup>BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 49.

<sup>110</sup>STRECK, Lênio. **Desde 1992, a falta de Audiência de Custódia pode anular condenações?** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-23/senso-incomum-falta-audiencia-custodia-anular-condenacoes-antigas>>. Acesso em 29 Maio 2017.

Caio Paiva<sup>111</sup>, argumenta que aqueles que defendem a vedação à autodefesa a justificam como proteção da pessoa presa, como se fosse necessário protegê-la de si mesma. Ele classifica o fenômeno como *paternalismo processual*, sendo um discurso que restringe a liberdade de comunicação e que tenta limitar o momento somente à legalidade e à cautelaridade da prisão, o que, no seu entendimento, inexistente. Ressalta os requisitos do Código de Processo Penal para a concessão da liberdade provisória, ou para a conversão da prisão em flagrante em preventiva, conforme alhures referenciado, bem como os requisitos da Lei 7960/89<sup>112</sup> para a decretação da prisão temporária. Aduz o ilustre defensor que a vedação da atividade probatória viola o direito ao confronto com a versão oficial trazida pela Polícia.

Caio Sergio Paz de Barros<sup>113</sup>, aventa sobre a inserção da audiência de custódia entre o termo de flagrante e a audiência de instrução e julgamento, horas após a entrada do conduzido nas Câmaras de Flagrante, e sugere a imediata instrução da ação penal. Advoga o professor que a criação dessas Câmaras evitaria o refazimento, meses depois, das oitivas de todos que participaram do flagrante, como as testemunhas e o acusado, de forma a evitar constrangimentos e coerção por parte de quem tenha interesses avessos à plena apuração dos fatos.

O interstício temporal como um elemento que, ao que parece, foi internalizado no Processo Penal faz parecer que o juiz somente deva ter acesso aos autos, meses depois dos fatos que ensejaram a ação penal. Entretanto, numa hipotética situação de adesão à proposta de Caio Barros, o juiz teria contato com as provas, horas depois da prisão em flagrante, sentenciaria, e em caso de condenação, o detido, já na situação de condenado, seria colocado no cárcere, já em cumprimento de pena, e nesse aspecto, nenhuma ilegalidade poderia ser suscitada, a não ser, uma mudança de paradigma no que se refere à morosidade hoje existente, o que se sabe, advinda de fatores diversos, e que propicia altíssimas taxas de prisão provisória no

Brasil.

---

<sup>111</sup> PAIVA, Caio. **Audiências de custódia deveriam admitir atividade probatória.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria>>. Acesso em 30 Abr. 2017. Grifos do autor.

<sup>112</sup> **Lei 7960/89.** Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. § 2º O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em 12 Maio 2017.

<sup>113</sup> BARROS, Caio Sérgio Paz de Barros. **As Câmaras de Flagrante a invertem o caos causado pelas Audiências de Custódia.** Revista Síntese Direito Processual e Penal . Ano XVI-nº 93 – Ago-Set 2015.

### 3.2.2 Posicionamentos Contrários

Para Aury Lopes Junior<sup>114</sup>, essa entrevista não deve se prestar para análise do mérito (leia-se, autoria e materialidade), reservada para o interrogatório de eventual processo de conhecimento. A rigor, limita-se a verificar a legalidade da prisão em flagrante e a presença ou não dos requisitos da prisão preventiva, bem como permitir uma melhor análise da(s) medida(s) cautelar (es) diversa(s) adequada(s) ao caso, dando plenas condições de eficácia do art. 319 do CPP, atualmente restrito, na prática, à fiança. Salienta ainda que, infelizmente, como regra, os juízes não utilizam todo o potencial contido no art. 319 do CPP, muitas vezes até por falta de informação e conhecimento das circunstâncias do fato e do autor. No entanto, ele reconhece que haverá uma insignificante separação entre forma e conteúdo. Problematiza o autor a negativa do preso quanto ao *fumus commissi delicti*. Ele sugere que o magistrado deve ser cauteloso nesta situação para não adentrar ao mérito e que alguma contradição nas declarações do preso, neste momento, e futuramente, no interrogatório, não podem ser usadas em seu prejuízo. Por fim, defende que o diálogo entre custodiado e magistrado não integre o processo para evitar uma errônea (des)avaliação.

Fauzi Hassan Choukr ostenta que os contornos jurídicos escapam entre os dedos, e, nessa situação pode perfeitamente escapar o argumento que se trata de uma audiência efetivamente jurisdicional na qual, em determinado momento, a pessoa presa desejou espontaneamente falar sobre o mérito. Ainda, segundo ele:

Gravada, como determinam os provimentos, mas isolada dos autos principais por igual sede normativa, como impedir que o acusador a use ou mesmo que o Magistrado – potencialmente o mesmo da análise do mérito ou, se tanto, não impedido de vir a tê-lo pela sistemática do CPP – venha a dela se valer, será um dos grandes desafios práticos a ser enfrentado. Até para não transformar essa audiência numa produção antecipada de cognição do mérito.<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> LOPES, Aury Junior. **Direito Processual Penal**. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

<sup>115</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Audiência de Custódia: Resultados preliminares e percepções teórico-práticas**. Disponível em: <<https://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/253238993/audiencia-de-custodia>>. Acesso em 14 Maio 2017.

## **4 A CONCRETIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA ANÁLISE DO INSTITUTO NA CIDADE DE JUIZ DE FORA**

### **4.1 As declarações do custodiado**

Com vistas a dar maior concretude ao que aqui se argumenta, ou seja, a falácia de se afastar o mérito da audiência de custódia, tendo em vista o dever de fundamentação da decisão do magistrado acerca da manutenção da prisão do custodiado, convertendo-a em preventiva ou a concessão da liberdade provisória e na probabilidade de que este juiz será o juiz natural do processo, foi realizado o acompanhamento das audiências de custódia nas varas criminais da comarca de Juiz de Fora. Observou-se que as audiências de custódia na cidade de Juiz de Fora vêm atendendo ao previsto nos instrumentos que regulam o instituto.

Foi possível verificar a ocorrência do princípio da oralidade nas audiências de custódia acompanhadas, sendo o meio de o preso esclarecer se foi ou não agredido no momento da prisão, se foi oportunizado o acompanhamento de advogado durante o seu depoimento na delegacia, se trabalha, se possui residência fixa, com quem reside, se foi comunicada a prisão à família, bem como o contato com algum membro da mesma. Quanto às circunstâncias da prisão percebeu-se que foi oportunizado ao preso se pronunciar e, em todos os casos vistos foram os custodiados devidamente esclarecidos pelos magistrados que conduziam as audiências, quanto às finalidades daquele procedimento.

Durante o acompanhamento das referidas audiências, alguns pontos evidenciaram o cumprimento da legislação em vigor a respeito da audiência de custódia. De outro lado, pontos controversos a respeito da aplicação do instituto restaram demonstrados durante o procedimento, conforme será visto nas transcrições das falas das partes envolvidas na audiência.

Quanto às declarações prestadas pelos presos, inferiu-se que as mesmas não interferiram na decisão final de cada uma das audiências vistas, conforme segue abaixo.

Na audiência realizada no dia 12 de maio de 2017, na 4ª Vara Criminal, o magistrado advertiu o depoente quanto ao seu direito ao silêncio, enfatizando que:

*Juiz:* Com relação aos fatos, o senhor tem direito ao silêncio, o senhor não precisa falar nada sobre o fato, pra se resguardar, pra não falar alguma coisa aqui que possa te prejudicar lá na frente, mas se você quiser falar alguma coisa, eu não posso

impedir. Você quer falar alguma coisa? Ou prefere se reservar o direito ao silêncio?

*Preso:* Se eu puder, eu falo sim.

*Juiz:* Porque aqui tá dizendo que foi encontrada droga na sua casa, balança,

*Preso:* O que que acontece. Eu tava na minha casa dormindo, eles invadiram minha residência, pularam o muro, o portão pra entrar dentro da casa tava trancado, aí só que o da sala tava aberto e eles pularam o muro e entraram, se deparam comigo dormindo, aí, deram busca, aí pegaram essa quantidadezinha de 100 gr. 90 e poucas gramas, e uma balança de precisão.

*Juiz:* E essa droga que encontraram lá no botijão de gás? 147 pedras de crack. 1 tablete de maconha e vários sacolés vazios. De quem era essa droga?

*Preso:* Eu não vi, lá em casa não tinha, eu só tinha 100 gramas.

*Juiz:* Não sabe de onde surgiu essa droga?

*Preso:* Aí como eles pegou e falou assim comigo. Vai ter que sentar aí porque nos vamos ter que ligar para o canil. Aí de repente eles veio e falou que achou uma bucha na escada, certo? E uma bucha debaixo do bujão de gás, sendo que não tinha.

*Juiz:* Não tinha isso? Surgiu do nada assim? Você acha que aconteceu o quê então? Eles estavam forjando?

*Preso:* A, com certeza.

*Juiz:* Mas com tanta droga, porque quando forjam, forjam com pouco, né.

*Preso:* O que tinha era só as 100 gramas e a balança de precisão.

*Juiz:* E isso era pra quê?

*Preso:* Isso era pro meu consumo.

*Juiz:* O que você tinha então era 100 gramas e a balança de precisão. E as 100 gramas era pro seu consumo. E a balança?

*Preso:* A balança era porque quando eu compro, aí eu sempre peso pra garantir.

*Juiz:* Você não fazia tráfico?

*Preso:* Não, não.

Conforme se depreende da conversa transcrita, as perguntas realizadas pelo magistrado, bem como as respostas do custodiado não induzem qualquer mérito em eventual ação penal, isso porque neste momento, e *in casu*, o depoente apenas mencionou que não tinha conhecimento da quantidade de droga encontrada e que apenas a adquirira para consumo pessoal. Sendo assim, no que concerne à primazia da oralidade nesta audiência e o direito de permanecer calado, constatou-se que foram preservados durante o procedimento.

## 4.2 A ampla defesa do Custodiado

Diversamente da oralidade e da oportunidade de fala concedida ao depoente, a ampla defesa do custodiado demonstrou-se prejudicada nas audiências realizadas em Juiz de Fora. Sabe-se que o papel principal da defesa na audiência de custódia é tentar reverter a conversão da prisão em flagrante em preventiva com base no princípio da presunção de inocência, e evitar que sejam produzidas provas desfavoráveis ao custodiado. Com a obrigatoriedade da presença da defesa técnica, em algumas das audiências, foi observado que havia a presença do defensor público, e, em outras, a do defensor constituído.

Quanto às audiências realizadas com a presença do advogado constituído, estes se mostraram mais ativos e contundentes na tentativa de reversão da prisão em flagrante em medidas cautelares diversas da prisão, de acordo com o artigo 319, CPP. Na audiência acompanhada no dia 04 de Abril de 2017, na 1ª Vara Criminal, o defensor requereu um peticionamento acerca da antecipação das provas irrepetíveis. Entretanto, a MM. Juíza o orientou que peticionasse nos autos do inquérito, na Delegacia de Polícia. O caso tratava de uma custodiada (N.A.V.M.) que tinha sido detida por acusação de portar drogas em sua bolsa quando entrava ao Centro de Remanejamento do Sistema Prisional (Ceresp) para visitar o companheiro. O advogado, em audiência, tentou argumentar quanto à negativa de autoria, mas foi impedido pela magistrada. Ele ainda insistiu em esclarecer que os objetos descritos não pertenciam à sua cliente, e que, mais uma vez, foi repellido pela magistrada não tendo permitido um maior aprofundamento da questão levantada. Destarte, embora a MM. Juíza tenha refutado o argumento posto pelo causídico, aduziu seus fundamentos com base na quantidade de droga apreendida e manifestou-se claramente quanto ao objeto do flagrante.

Neste mesmo caso, o advogado ainda apresentou ao Juízo, comprovantes de residência e de que sua cliente tinha filhos menores, inclusive lactantes, requerendo, dessa forma, o deferimento da prisão domiciliar, com fulcro na lei nº 13.257, de 8 de Março de 2016.

Na realização desta audiência, ainda ocorreram duas outras intercorrências que chamaram a atenção, tendo em vista o modo como o membro do *parquet* se portou no procedimento. Conforme preconizam as Resoluções sobre a implementação da audiência de custódia, o Promotor de Justiça deve se fazer presente ao ato desde o início, pugnando pelo que entender necessário e não adentrando ao mérito da causa. Ademais, neste momento, o acautelado sequer sofreu a persecução penal e não há contra ele, a imposição de uma pena com o trânsito em julgado de uma condenação. Em outras palavras, mister considerar o agente

presumidamente inocente, até que, transcorrido todo o *iter* procedimental se comprove que ele realmente foi o autor do delito. No entanto, esse entendimento não foi corroborado durante a referida audiência. Isso porque a representante da Promotoria se apresentou já quase ao final, após a decisão da magistrada pela concessão da prisão domiciliar. Embora tenha sido uma decisão favorável à custodiada, a presença da Promotora somente ao final levanta a dúvida quanto à violação do princípio da ampla defesa, eis que, aquela poderia ter entendimento diverso do magistrado e o rumo da audiência ter sido outro. Ademais, o momento crucial em que se visualiza o rompimento com a máxima da presunção de inocência foi quando o *parquet* se dirigiu à presa, afirmando:

*Promotora:* No momento de entrar com drogas no CERESP vocês não pensam nos filhos.

Ainda relutou, indignada, na intenção indireta de se dirigir à Magistrada:

*Promotora:* Mas 84 gramas é muita coisa

Não obstante o atraso e a decisão já ter sido proferida, a promotoria pediu que constasse em ata o pedido de prisão preventiva da custodiada.

Outra violação ao princípio da ampla defesa foi constatada no momento em que o advogado conversa com o custodiado. Segundo a Resolução, o encontro deveria ocorrer em um ambiente reservado, de forma que pudessem estar distantes das outras partes que estariam durante a audiência de custódia. Mas infelizmente, essa não foi a realidade encontrada nas repartições públicas analisadas. Verificou-se que algumas varas possuem uma ante sala para que ambos conversem, mas que, na verdade, a conversa pode ser ouvida por outras pessoas, haja vista que somente uma divisória separa os ambientes. Em outros cartórios, o custodiado e seu advogado conversam dentro da sala de audiência, de forma que não há um espaço destinado a tal mister. Isso demonstra, mais uma vez, violação ao princípio da ampla defesa e da própria legislação sobre o tema. É sabido da precariedade das instalações dos Fóruns e da falta de recursos públicos para garantir com dignidade espaços para os custodiados exercerem a sua defesa. Mas, de uma forma ou de outra, a garantia deve ser respeitada como corolário da dignidade da pessoa humana.

No que tange à técnica realizada pelos defensores públicos, estes desempenham seu papel de forma protocolar, sem um contato maior com o custodiado, até porque o tempo é ínfimo, dado que os Juízes das audiências de custódia são os mesmos magistrados

responsáveis pelos demais processos criminais. Aduzem seus pontos na ata da audiência, ditando para o escrevente um texto técnico, previamente elaborado, não exaltando seu entendimento para a conversão da prisão em flagrante em medidas cautelares diversas da prisão. Dessa forma, o que se viu, foi pouca efetividade na atuação desses mandatários. Ao revés, os advogados constituídos demonstraram maior empenho na modificação da situação dos custodiados. Essa atuação põe em cheque, mais uma vez, o princípio da ampla defesa. Ela não basta ser técnica, mas principalmente deve ser efetiva, no sentido de que o Defensor lute pelas melhores teses defensivas e pugne pela concessão da liberdade de seu cliente. Isso foi claramente evidenciado na audiência do dia 04 de Abril de 2017 na 3ª Vara Criminal, do preso H.R.N. A ilustre defensora ditou para o escrevente, sem se reportar ao preso e sem evidenciar qualquer ponto que lhe fosse favorável, ou sequer, qualquer movimento facial que demonstrasse estar argumentando com o juiz da audiência.

*Defensora:* O custodiado é primário, portador de bons antecedentes, conforme consta na CAC às fls. 14 dos autos, e declarou nessa oportunidade que é usuário de crack e maconha, há mais ou menos um ano. Tendo em vista o art. 28 da Lei 11.343/2006, não prescreve pena privativa de liberdade. A manutenção do custodiado no cárcere, seria antecipação da condenação. Requer a concessão da liberdade provisória ao custodiado.

Em seguida, continuou a conversa que vinha tendo anteriormente com a representante da promotoria, entre outros, tecendo comentários sobre as próximas audiências.

#### **4.3 A destinação do material da audiência de custódia**

De acordo com a previsão normativa da Resolução 796 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a ata da audiência deve ser lavrada em termo sucinto, sendo o inteiro teor da decisão proferida pelo juiz. A mídia da gravação da audiência e o termo sucinto ficarão anexos ao Auto de Prisão em Flagrante.

Na Resolução do Conselho Nacional de Justiça, artigo 8º, parágrafo 2º, há a determinação que a oitiva da pessoa presa seja registrada preferencialmente em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes. Essa mídia deverá ficar arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia. Quanto à ata, prevê a Resolução, que esta conterà apenas e



resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória com ou sem a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso de constatação de indícios de tortura e maus tratos.<sup>116</sup>

Não foi possível o acompanhamento do processo após a audiência de custódia, mas conforme já salientado, os Juízes das Varas Criminais de Juiz de Fora tem, em sua maioria, seguido os ditames das resoluções. A Resolução do Estado de Minas Gerais, diversamente do que preconizado na Resolução do CNJ, determina que a mídia seja anexada ao Auto de Prisão em Flagrante, proporcionando, dessa forma, à defesa questionar possíveis arbitrariedades e irregularidades, acaso presentes na audiência de custódia<sup>117</sup>.

#### 4.4 Os resultados alcançados

Conforme analisado pelo acompanhamento das audiências, verificou-se que a análise da prisão em flagrante pelo magistrado não se dá exatamente no momento da audiência de custódia, pois o juiz ainda está fortemente ligado ao ranço do auto de prisão em flagrante, pois quando o preso chega à audiência, o que se notou, foi que a decisão acerca do destino daquele custodiado já estava previamente determinada, inclusive com as atas já elaboradas. Constatou-se que os membros da Promotoria, da Defensoria e o juiz, já analisaram a materialidade e a autoria e sabem como conduzir a audiência, questionando o custodiado de forma que, mesmo sem discutir teses defensivas, o mérito é, de uma forma ou de outra, analisado subliminarmente.

No que tange à defesa, se realizada por defensores públicos, ocorre de forma técnica, distante, ou seja, a presença do defensor na audiência e a sua mecânica argumentação, para que conste em ata, não tem força suficiente para reverter a decisão do magistrado acerca do custodiado. De outro lado, os defensores constituídos se mostram mais vorazes no desempenho do seu papel, tentando afastar a prisão.

---

<sup>116</sup>**Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. Art. 8º** Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: § 3º A ata da audiência conterá, apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus tratos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em 29 Maio 2017.

<sup>117</sup>**Idem. § 2º** A oitiva da pessoa presa será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em 29 Maio 2017.

Diferentemente do que descreve o documento Liberdade Mais que Tardia – As Audiências de Custódia no Rio de Janeiro – em que relata que os presos muitas vezes são transportados de um lado para o outro com roupas sujas, rasgadas, quase expondo a intimidade, descalços ou de chinelos, os presos de Juiz de Fora já comparecem à audiência de custódia “coisificados”<sup>118</sup> pelo sistema penitenciário.

Por fim, percebe-se pela coisificação dos custodiados, que eles já adentraram nas instalações do Centro de Remanejamento do Sistema Prisional (Ceresp) antes de passar pelas audiências, ou seja, elas só acontecem após o protocolo e distribuição do auto de prisão em flagrante e entrega da respectiva nota de culpa ao detido. Todo esse trâmite não evita o contato do custodiado com o sistema prisional, o que, reputa-se altamente questionável. Da mesma forma, a sua liberação, a depender do horário de assinatura do alvará de soltura, pode ocasionar de o preso pernoitar mais uma vez, ou pela primeira vez na carceragem. Esse procedimento realizado na cidade de Juiz de Fora, faz com que os acautelados convivam, por pouco tempo, com os demais detentos e, mesmo que transitório o contato, podem ocorrer intercorrências durante sua permanência na prisão.

---

<sup>118</sup> O termo, no documento citado quer se referir aos presos já identificados visualmente pelo Sistema Prisional, ou seja, cabeça raspada ou cabelo preso para as mulheres e uniformes da Secretaria de Administração Penitenciária. No caso de Juiz de Fora, calça e camisa vermelhos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Falar sobre o novel instituto da audiência de custódia foi desafiante, tendo em vista ser um procedimento que vem sendo construído e que, na espécie, foi possível observar seu trâmite na prática, no âmbito das Varas Criminais na cidade de Juiz de Fora.

Não se pode dizer que é um paradigma no que se refere ao sistema prisional no Brasil, mas vem trazendo mudanças significativas no sentido de remediar a situação alarmante que é a vida no cárcere e a dimensão que se afigura, nas diversas unidades da Federação.

Casos recentes chamaram a atenção, principalmente, das Instituições e Poderes constituídos para o grande número de prisões provisórias no Brasil e o grande número de pessoas que sofrem torturas e repressões, quando não, o desaparecimento forçado. Somente para exemplificar, o sumiço do pedreiro Amarildo de Souza, no Rio de Janeiro, após sua captura pela polícia, e tantos outros que passam meses acautelados na prisão, até que tenham seu processo analisado pela Justiça.

O discurso penal caminha à distância da realidade e as audiências de custódia não fogem à regra. Evidentemente, a colocação em prática, num tempo tão curto e envolvendo tantos atores, de algo da dimensão e complexidade das audiências de custódia gerará problemas que irão requerer correções e adaptações. Mas a grande incógnita que paira sobre o projeto é em que medida será possível mudar a mentalidade e as atitudes dos operadores, de tal modo que o funcionamento efetivo das audiências corresponda mais de perto à teoria e à legislação que as inspiram. Para se efetivar é preciso que haja uma mudança cultural nas instituições competentes pela persecução penal, ou seja, olhar o detido como pessoa e como detentor de direitos.

Procurou-se demonstrar que a supressão da liberdade de um indivíduo sem o devido prestígio ao contraditório é dos mais graves atentados aos direitos humanos. Direitos estes que, em primeira instância, as instituições públicas devem promover, e não cassar. O verdadeiro Estado de Direito não pode conviver com arbítrios concebidos na incongruência da sobreposição de papéis de juiz e acusador. No entanto, ao se judicializar o procedimento, que legalmente está previsto em Tratados Internacionais não se atenta contra o sistema acusatório, porque o juiz jamais poderá decidir sem fundamentar e para tanto terá que valorar os fatos. Entrementes, a presença do Ministério Público e da defesa na Audiência de Custódia fortalece e ratifica a adoção do sistema acusatório, pois cada um cumprirá seu papel.

O revolucionário no tocante ao tema, além dos já mencionados, proteção à integridade física e reflexos nos números de prisões cautelares, é que a defesa tem de se mostrar de forma mais imediata. Requer-se perspicácia; uma efetiva participação; sem intimidação; atualização técnica; capacidade de produção de informação e de litigância dos defensores nas audiências de custódia, tanto dos defensores públicos quanto dos particulares. Essa imediatidade da participação da defesa se confirma nas mudanças trazidas pela Lei 13.245/2016.

O cerne do problema levantado por muitos de que a audiência de custódia pode ferir o sistema acusatório, a nosso ver, se refere exatamente à premissa da natureza humana do juiz, pois a possibilidade de o magistrado da audiência tornar-se juiz natural do caso, ou seja, de vir a julgar em definitivo a mesma pessoa cuja prisão ou soltura decidira antes de começar o processo, é quase certa.

Se a audiência de custódia vem regulamentada por instrumentos internos dos tribunais, esses mesmos instrumentos teriam força normativa e coercibilidade para regulamentar o impedimento dos juízes?

Neste diapasão, nos parece que a figura do juiz das garantias prevista no Projeto do Novo Código Penal se mostrará mais adequada e coerente para o exercício das competências da Audiência de Custódia.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Pedro. **Banalidade do réu: um dia de observação das audiências de custódia**. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/banalidade-reu-um-dia-de-observacao-das-audiencias-de-custodia-19072016>>. Acesso em 14 Maio 2017.

ADEPOL-Associação dos Delgados de Polícia do Estado de São Paulo-moveu ação direta de inconstitucionalidade (**Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 5240**) no Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2015 contra o Provimento Conjunto 3/2015 publicado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que institui as audiências de custódia. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/a-audiencia-de-custodia-e-a-inconstitucionalidade-do-provimento-conjunto-do-tribunal-de-justica-de-sao-paulo-por-rafael-barone-zimmaro-e-andre-vinicius-monteiro/>>. Acesso em 04 Mai. 2017.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal–Parte Especial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.p.90

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: 1992 399p.

ASSOCIAÇÃO DOS DEFENSORES PÚBLICOS DO ESTADO DO MARANHÃO. **Maranhão foi pioneiro na realização de Audiências de Custódia**. Disponível em: <[http://www.adpema.com.br/adpema/index.php/Noticias/ver\\_noticia/4326/](http://www.adpema.com.br/adpema/index.php/Noticias/ver_noticia/4326/)>.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. São Paulo: Método, 2009. (2009, p.380).

BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIvahy. **Processo Penal (recurso eletrônico)**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 722.

BALLESTEROS, Paula R. **Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento**. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>> Acesso em 06 Maio 2017.

BARROS, Caio Sérgio Paz de Barros. **As Câmaras de Flagrante a inverterem o caos causado pelas Audiências de Custódia**. Revista Síntese Direito Processual e Penal. Ano XVI-nº 93 – Ago-Set 2015.

BATISTA, Renato Batista; Gorayeb, Luciana de Paula. **O sistema acusatório processual penal e a iniciativa probatória do juiz – afronta a preceitos constitucionais**. Revista Ciência e Cultura Vol. 1 Faculdade Padrão – Goiânia. Disponível em <<https://pt.scribd.com/document/344013566/o-Sistema-Acusatorio-Processual-Penal-e-a-Iniciativa-Probatoria-Do-Juiz-Afronta-a-Preceitos-Constitucionais>>. Acesso em 08 Maio 2017.

BBC BRASIL. Rebelião em **Penitenciária Estadual de Alcaçuz**. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38626405>>. Acesso em 29 Abr. 2017.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **E-Book-Audiência de Custódia – Da boa intenção à boa técnica**- FMP. Porto Alegre, 2016.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 49.

BRASIL. **Lei 12.403/2011**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em 28 abr. 2017.

\_\_\_\_\_**Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em 17 Abr. 2017.

\_\_\_\_\_**Lei que define os crimes de tortura**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm)>.

\_\_\_\_\_**Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. 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 10 abr. 2017.

\_\_\_\_\_**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de Outubro de 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: 04 abr. 2017.

\_\_\_\_\_**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 93. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em 29 Maio 2017.

\_\_\_\_\_**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 93 **Art. 94**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htmk](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htmk) Acesso em 30 Maio 2017.

\_\_\_\_\_**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 95. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htmk](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htmk) Acesso em 30 Maio 2017.

\_\_\_\_\_**Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Art. 5º. Inciso LV: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 29 Maio de 2017.

\_\_\_\_\_ **Habeas Corpus 96.772 de 09 de junho de 2009.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000162313&base=b aseAcordaos>>. Acesso em 17 abr. 2017.

\_\_\_\_\_ **Lei 7960/89** Art. 2º- Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em 12 Maio 2017.

\_\_\_\_\_ **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Artigo 11. 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social>>. Acesso em 29 Maio 2017.

CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche: Processo e Democrazia*, Napoli: Morano, 19965, p. 678. Apud Geral do Prado. **Sistema Acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais.** pg.77

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 6620/2016.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120017>>. Acesso em 10 abr. 2017.

\_\_\_\_\_ **Projeto de Lei 8045/2010.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em 10 abr. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 19. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 321 Et sequens

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Audiência de Custódia: Resultados preliminares e percepções teórico-práticas.** Disponível. Em: <<https://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/253238993/audiencia-de-custodia>>. Acesso em 14 Maio 2017.

CRESPO. Marcelo Xavier de Freitas. Doutor e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em Parecer encomendado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, **Revistado Instituto dos Advogados de São Paulo.** ANO 18 • 35 • JANEIRO - JUNHO 2015. Disponível em <[www.iasp.org.br](http://www.iasp.org.br)> Acesso em 06 Maios. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dados Estatísticos – Mapa de Implantação:** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em 16 abr. 2017.

\_\_\_\_\_ **Resolução 213 de 15/12/2015. Art. 13.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/buscatas-adm?documento=3059>>. Acesso em 03 abr. 2017.

\_\_\_\_\_ **Relatórios.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/relatorios-publicacoes>>. Acesso em 03 abr. 2017.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San Jose da Costa Rica**, 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 10 abr. 2017.

**Dicionário Online de Português**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/custodia/>>. Acesso em 17 abr. 2017.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 280

FORTES, Cylmar Pitelli Teixeira. Disponível em: <<http://www.fortes.adv.br/pt-br/termo/glossario/173/principio-da-ampla-defesa.aspx>>. Acesso em 24 Maio 2017.

GOMES, Luiz Flavio. **Princípio da não auto-incriminação significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. Disponível em: <[lgf.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia](http://lgf.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia)>. Acesso em 24 Maio 2017.

ITO, Marina apud Luis Roberto Barroso. “A conclusão é do constitucionalista Luis Roberto Barroso, em palestra no Seminário Direito e Desenvolvimento entre Brasil e EUA, realizado pela FGV Direito Rio em 2009”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>>. Acesso em 04 abr. 2017.

JUSBRASIL. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/busca?q=JULGADOS+DO+TACRIM-SP%2C+VOL>>. Acesso em 12 Maio 2017.

LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia; MUSUMECI, Leonarda; BENACE, Maíza; BRANDO, Caio. **Liberdade mais que tardia: As audiências de custódia no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: CESeC/ISER, 2016. Disponível em <http://www.ucamcesec.com.br/livro/liberdade-mais-que-tardia-as-audiencias-de-custodia-no-rio-de-janeiro/>. Acesso em 12 Abr. 2017.

LIMA, Marcellus Polastri. **E-Book-Audiência de Custódia – Da boa intenção à boa técnica**- FMP. Porto Alegre, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-partehtt>>. Acesso em 16 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal**– 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016. 1. Processo penal – Brasil I. Título.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol.I. 3ª Edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2008.

LOPES JUNIOR, Aury e PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**.



Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=209](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209)>. Acesso em 16 abr. 2017.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **É possível conciliar a audiência de custódia e a prisão por mandado**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/02/17/e-possivel-conciliar-a-audiencia-de-custodia-e-a-prisao-por-mandado/>>. Acesso em 28 abr. 2017.

MEDEIROS, Fernanda Teixeira de. Orientada de Geraldo Prado. **Audiência de custódia: limites à oitiva do preso**. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-limites-a-oitiva-do-preso-por-fernanda-teixeira-de-medeiros/>>. Acesso em 27 mar. 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. INFOPEN. Dezembro de 2014. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf)>.

NUCCI, Guilherme. **Os mitos da audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>>. Acesso em 17 abr. 2017.

OLIVEIRA, Valério Mazzuolide. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Direito Interno**. São Paulo: Saraiva 2010. P. 208.

PAIVA Caio. **Na Série Audiência de Custódia – Conceito-Previsão Normativa e Finalidades**. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>. Acesso em 17 abr. 2017

\_\_\_\_\_. **Audiências de custódia deveriam admitir atividade probatória**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria>>. C:\rosil\Documents\material\ConJur - Audiências de custódia deveriam admitir atividade probatória.pdfk Acesso em 30 Abr. 2017.

PIMENTA, José da Costa. **Introdução ao processo penal**. Coimbra: Almedina, 1989, p. 150.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 15ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 168.

PRADO Daniel Nicory do. **Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implantação**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 23-Nº 276-Novembro/2015-ISSN 1676-3661

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.196.

RANGEL, Paulo. Apud Geraldo Prado. **Sistema Acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 171.

\_\_\_\_\_. RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2001.

REDE JUSTIÇA CRIMINAL. **Advogados criticam junção de projetos sobre audiência de custódia e novo CPP.** Disponível em: <<http://redejusticacriminal.org/pt/advogados-criticam-juncao-de-projetos-sobre-audiencia-de-custodia-e-novo-cpp/>>. Acesso em 28 abr. 2017.

SECULO DIARIO. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou na última quinta-feira (3) a **Recomendação 49/2014** destinada a garantir a apuração de crimes de tortura em estabelecimentos prisionais e no sistema socioeducativo do País. Ela orienta os magistrados a observarem normas e regras do Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), e do Protocolo Brasileiro de Perícia Forense, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Disponível em: <<http://seculodiario.com.br/16256/12/cnj-publica-recomendacao-para-garantir-apuracao-do-crime-de-tortura-nos-presidios-1>>. Acesso em 17 abr. 2017.

**SENADO FEDERAL. Projeto de Lei 554/2011.** Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>.

STRECK, Lênio. **Desde 1992, a falta de Audiência de Custódia pode anular condenações?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-23/senso-incomum-falta-audiencia-custodia-anular-condenacoes-antigas>>. Acesso em 29 Maio 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A ADI 5240** foi ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/Brasil), contestando ato normativo praticado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) e pela Corregedoria Geral da Justiça daquele Estado que teria implementado a audiência de custódia, estabelecendo a obrigatoriedade do delegado de polícia apresentar ao juiz toda e qualquer pessoa detida em situação de flagrante em até 24 horas após a prisão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4711319>>. Acesso em 15 abr. 2017.

**ADPF 347.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>

**Ministro Ricardo Lewandowski quer levar Projeto Audiência de Custódia a outras capitais e comarcas do país.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=284925>>. Acesso em 17 abr. 2017.

**Habeas Corpus 96.772 de 09 de junho de 2009.** E m e n t a: "habeas corpus" - prisão civil - depositário judicial - revogação da súmula 619/Stf - a questão da infidelidade depositária - convenção americana de direitos humanos (artigo 7º, n. 7) - natureza constitucional ou caráter de suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos? - pedido deferido. Ilegitimidade jurídica da decretação da prisão civil do depositário infiel, ainda que se cuide de depositário judicial. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/l/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000162313&base=baseAcordaos>>. Acesso em 17 abr. 2017

**Habeas Corpus 126.292.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em 14 Maio 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Resolução 796/2015**. Regulamenta o Projeto Audiência de Custódia, do Conselho Nacional de Justiça, no âmbito da justiça comum de primeira instância do Estado de Minas Gerais. Ver art. 3º e §§. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re07962015.pdf>.> Acesso em 27 mar. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Resolução OE 29/2015**. Disponível em: <<http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.html>>. Acesso em 17 abr. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por Vulnerabilidade**. Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade. Ano 9, número 14, 1º e 2º semestres de 2004, p. 31-48. Editora Revan Rio de Janeiro.