



Fernanda Vieira da Silveira Santos

Tema: A Prisão em Flagrante e a Audiência de Custódia: uma análise legislativa.

Trabalho apresentado como requisito para a conclusão da pós-graduação de Direito Penal e Processo Penal da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Brasília – DF

2017

A prisão em flagrante e a audiência de custódia: uma análise legislativa

Fernanda Vieira da Silveira Santos¹

Resumo

O presente artigo versa sobre a prisão em flagrante e Audiência de Custódia, considerando-se que o tema desenvolvido pelo presente trabalho resvala em legislação alienígena, uma vez que as bases fundantes da obrigatoriedade da Audiência de Custódia encontram-se em pactos internacionais, notadamente, Pacto São José da Costa Rica e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Sendo a liberdade um dos mais importantes direitos do ser humano, a prisão deveria ser exceção, mas infelizmente os números comprovam que há mais pessoas presas do que deveria ter, o que nos faz pensarmos se a Audiência de Custódia não seria uma solução para crise do Sistema Penitenciário brasileiro. Como se trata de um tema ainda jovem no ordenamento jurídico brasileiro, passando a ser exigida apenas no ano de 2015 pelo STF, a Audiência de Custódia desafia não só o Poder Judiciário, mas também o Poder Executivo no que concerne a toda uma logística para apresentação do custodiado ao juiz, o que acaba fazendo com que os operadores do direito em geral suscitem alternativas à audiência física, como por exemplo, videoconferência. Toda essa discussão encontra abrigo após a aprovação pelo Congresso Nacional por meio do PLS 554/2011 o qual não somente atende aos referidos Pactos, como também garante os direitos do preso ao permitir sua apresentação ao Juiz no prazo máximo de 24 horas.

Palavras-chave: Prisão. Audiência de Custódia. Flagrante.

Summary

The present article treats over the flagrant arrest and Custody Hearing, considering that the theme developed on the hereby article falls under foreign law since as founding bases of the obligation of the Custody Hearing are in international covenants, notably, Pact São José da Costa Rica and the International Covenant on Civil and Political Rights. As freedom is one of the most important human rights, imprisonment should be an exception, but unfortunately the figures prove that there are more people arrested than they should have, which makes us wonder if the Custody Hearing would not be a solution to the Brazilian Penitentiary System. As it still is a young topic in the Brazilian legal order, only being demanded in 2015 by the STF, the Custody Hearing challenges not only Judiciary Power, but also the Executive Branch, which concern all the logistic for the presentation of the custodian to the judge, which ends up with the operators of the law in general to raise alternatives to the physical audience, such as videoconference. All this discussion finds refuge after an approval by the Federal Senate through PLS 554/2011, which not only attends to the referred Pacts, but also guarantees the rights of the prisoner to allow his presentation to the Judge within a maximum of 24 hours.

Keywords: Prison. Custody Hearing. Flagrant.

¹ Aluna do curso de pós-graduação de Direito Penal e Processo Penal da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP, 2017.

1- Introdução

A prisão em flagrante delito é uma modalidade de cerceamento da liberdade individual, cautelar, que funciona como verdadeira legítima defesa da sociedade em relação àquela pessoa que realiza uma conduta tipificada como crime ou contravenção penal.

Nos ditames das disciplinas introdutórias do direito percebemos que o legislador, intérprete inicial das normas, identifica condutas violadoras de valores que requerem uma postura estatal no sentido de reeducar aquele que comete um ato ilícito.

Dessa forma, age o Estado como substituto daquele que teve o bem jurídico agredido e exige do violador desse bem uma compensação por ferir o direito de outra pessoa, mormente, compensa-se com a liberdade.

Quer-se dizer com isto que, no Brasil, quando uma pessoa viola o direito à vida de outrem, pagará não com sua própria vida, mas com um direito próprio que será limitado – conforme fez o agente ao violar a vida – no caso, a sua liberdade por intermédio da prisão.

Longe de aprofundar nos efeitos alcançados pelo cárcere como contrapartida à infração, o presente trabalho visa analisar fatos processuais, quais sejam a prisão em flagrante e a consequente audiência de custódia.

Mais do que a fixação de competência ou até mesmo o início da pretensão punitiva estatal, as etapas do *iter criminis* permitem-nos verificar a existência de um permissivo ao cerceamento de liberdade individual sem o imediato conhecimento da autoridade judiciária.

É, inclusive, o que informa o artigo 5º, LXI, da Constituição Federal ao pregar que ninguém será preso senão em flagrante delito o Estado assume uma série de condutas para que aquela situação momentânea seja analisada pelo poder judiciário e verifique quais medidas deverão ser tomadas.

Noutros tempos e ainda na atualidade em todas as comarcas que não estejam nas capitais do Brasil a análise da prisão em flagrante delito se dava unicamente, nos termos do Código de Processo Penal, a partir de documentos apresentados pela autoridade policial ao juiz competente, ou seja, a autoridade judiciária decidia acerca da necessidade e adequação da continuidade ou não de uma medida excepcional com base em documentos trazidos por aqueles que, na esmagadora das vezes, realizaram a prisão.

Portanto, enraizada em legislação alienígena incorporada à brasileira – no caso, de quilate supralegal – por força do Pacto São José da Costa Rica (Decreto nº 678/92) e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592/92) e reforçada pelo Conselho

Nacional de Justiça surge a necessidade da apresentação pessoal do preso em flagrante à autoridade judiciária o que se faz, hoje, via Audiência de Custódia.

O tema guarda extrema relevância social e política, uma vez que trata de cerceamento do segundo bem jurídico tutelado pelo Estado mais importante do ser humano que é a liberdade.

Desse modo, o presente presta-se a analisar os motivos pelo qual é necessária a implementação da audiência de custódia em todo o território nacional bem como os instrumentos legais pelos quais se passou a exigir fosse ao juiz apresentado pessoalmente o preso em flagrante para que decida conforme a lei.

2 - *Iter Criminis*

Conhecido como caminho do crime, o *Iter Criminis* é um processo que tem seu início ainda no foro íntimo da pessoa, com o surgimento da ideia criminosa na mente do agente e que culmina na consumação do delito, quando da reunião de todos os elementos do tipo penal.

O caminho do crime, ou *iter criminis*, é uma construção didático jurídica para que se possa identificar o conjunto de fases que o agente percorre ao realizar uma conduta criminosa. Por meio desse percurso, identifica-se quando a conduta do agente pode ser efetivamente punida.

De acordo com o art. 14 do Código Penal Brasileiro o *iter crimes* se divide em quatro partes: cogitação, atos preparatórios, execução e consumação. A primeira delas refere-se ao pensamento do agente em relação à prática do delito.

Os atos preparatórios estão ligados ao planejamento do autor para a execução de um crime. É quando ele resolve que meios utilizará para executar a vítima, e a aquisição da arma se configura ato preparatório. Do mesmo modo, outros instrumentos como a corda para imobilizar a vítima e objetos para contê-la, também são considerados parte do ato preparatório.

A execução é o ato pelo qual o agente inicia a prática dos elementos descritos no tipo penal. Poder-se-ia dizer que o momento em que o agente começa a realizar o fato que a lei define como crime. Já a consumação é quando o agente chega ao resultado pretendido.

De acordo com Delmanto:

As duas primeiras etapas (planejamento e atos preparatórios) não são importantes para o Direito Penal, pois os referidos atos não caracterizam a prática de um crime. Desse modo, se uma pessoa se dirige a uma delegacia e confessa ao delegado que pensou matar seu desafeto, a autoridade policial, na prática nada poderá fazer porque

houve apenas cogitação para a prática de um crime, ou seja, o crime nem foi iniciado, logo, não é possível punir o ato de pensar (2014, p. 2)

Importante é conhecer os caminhos do crime, pois, surgem dúvidas no momento da passagem dos atos preparatórios para a execução. Antes, é importante frisar algumas teorias que versam o tema em questão. A Teoria Subjetiva via no elemento subjetivo a razão da punibilidade do ato ilícito, no qual a pena do *conatus* deveria ser idêntica à pena do delito consumado para a Teoria Objetiva, que busca reprimir o perigo ao bem jurídico tutelado.

A Teoria Mista ou Eclética resulta da fusão das Teorias Objetiva e Subjetiva segundo a qual a punição do delito imperfeito é a vontade contrária a uma norma de conduta, mas a punibilidade da exteriorização da vontade dirigida ao delito somente poderá ser afirmada quando por sua causa possa resultar minada a confiança da comunidade na vigência da ordem jurídica e resultar prejudicados o sentimento de segurança e, com ele, a paz jurídica (MARONES, 2005).

No caso brasileiro adota-se a Teoria Objetiva a qual prevê que o início da execução é, invariavelmente, constituído de atos que principiem a concretização do tipo penal. A teoria objetiva tem como principal propósito a implicação do perigo jurídico, e/ou a periculosidade objetiva na causação da tentativa. O ordenamento pátrio tem adotado princípio da legalidade na fixação de tal Teoria. Nesse entendimento punir-se-á sempre que uma dada conduta oferecer perigo ao bem jurídico tutelado para a norma.

Tal teoria tem como principal fundamento a implicação ao perigo para o bem jurídico, ou a periculosidade objetiva na causação da tentativa, sendo que, para alguns doutrinadores o ordenamento jurídico brasileiro a tem adotado, decido ao princípio da legalidade.

De acordo com Oliveira:

Ao início a execução, é sumamente problemática a sua delimitação em relação aos atos preparatórios, sendo necessário o estudo analítico e detalhado de todas as nuances envolvidas a problemática questão. Conduta adversa e que deve ser evitada, é o comportamento assumido por grande parte da doutrina ao se negligenciarem em realizar denso estudo temático, desculpando-se na complexidade ali existente (2016, p. 4).

Isso porque, conforme já fora dito, a legislação penal pátria não considera caracterizado a prática de um crime, *a priori*, nem a cogitação e nem ato precatório, portanto, tais atos suscitam discussões com pontos de vistas contrários.

Delmanto (2011) adverte que se houver dúvida quanto à conduta praticada, isto é, se a conduta se refere aos atos preparatórios ou à execução, precisa ser considerado o princípio *in*

dubio pro reo. Desse modo, decide-se pelos atos preparatórios, uma vez que não deve haver condenação sem certeza.

Essa matéria é tratada no Anteprojeto do Código Penal de 2011 no Art. 24 o qual expressa que: “Há o início da execução quando o autor realiza uma das condutas constitutivas do tipo ou, segundo seu plano delitivo, pratica atos imediatamente anteriores à realização do tipo, que exponham a perigo o bem jurídico protegido”.

Seu parágrafo único assim dispõe “Nos crimes contra o patrimônio, a inversão da posse do bem não caracteriza, por si só, a consumação do delito”.

Nota-se que a adoção do critério objetivo-individual ao afirmar que se trata de início de execução o ato que, conforme o intelecto do agente é seguidamente anterior à realização do tipo legal, que ofereçam certo perigo ao bem jurídico tutelado. “Também fora expressamente adota a teoria objetiva-formal, cuja adoção se dava de forma apenas doutrinária e jurisprudencial” (DELMANTO, 2011).

Acerca do assunto, para que o agente seja punido eventualmente por crime tentado ou crime consumado, ele precisa ter iniciado a execução do crime e, no primeiro caso, não consumá-lo por motivos alheios a sua vontade.

Uma vez explicitado o caminho crime, passa-se a discorrer acerca da prisão em flagrante, suas características e requisitos.

3 - Prisão em flagrante

A prisão pode ser conceituada como um instrumento utilizado para afastar de forma cautelar uma pessoa do convívio social, tem dentre muitas finalidades condão de punir e ressocializar aquele que agiu em desconformidade da lei.

Já o vocábulo flagrante vem da expressão latim *flagare*, que significa queimar ou arder. É a situação onde o crime que está acontecendo ou acabou de acontecer. É o crime evidente por si mesmo (FANTECELLE, 2016).

Ao contrário do que possa parecer, a prisão em flagrante não se esgota em um único momento e pode ser dividida em fases cronologicamente importantes para a sua concretização. Isso quer dizer que a pessoa capturada ou detida em estado flagrancial não está concretamente presa. Ainda que nesses casos possa existir uma restrição aos direitos da pessoa detida, a segregação efetiva da sua liberdade de locomoção, que se dá com o recolhimento ao cárcere, só ocorrerá depois de aberto decreto fundamentado do delegado de polícia, que possui autoridade constitucional e convencional para analisar os fatos.

4 - Legitimidade da Prisão em Flagrante

De acordo com o art. 301 do CPP qualquer pessoa poderá realizar a prisão em flagrante, estando, nesse caso, no exercício regular de um direito, tratando a hipótese de um flagrante facultativo.

Pela possibilidade de a voz de prisão poder ser feita por qualquer um do povo, o cidadão pode impedir ou parar a prática de um crime, ou seja, ocorre a iniciação do iter criminis.

Por sua vez as autoridades policiais e seus agentes precisarão realizar a prisão em flagrante se estiverem nesse caso, no estrito cumprimento de um dever legal, sendo que nessa situação ocorre um flagrante obrigatório ou compulsório.

Sobre a referida matéria a Lei 12.40/11 trouxe alterações significativas no tocante às regras das prisões cautelares, em especial a prisão preventiva, ampliando o interesse sobre o assunto.

De acordo com Teles: (2013, p. 2)

A atual redação do art. 311 do Código de Processo Penal ampliou os legitimados para requerer a prisão preventiva, incluindo dentre eles o assistente de acusação. A modificação é positiva, porquanto o interesse da vítima não pode ficar limitado a aspectos pecuniários. Do mesmo modo, a alteração está em consonância com a reforma introduzida pela Lei 11.690/2008, a qual previu uma maior preocupação com a vítima, com a necessidade de comunicação do ofendido da entrada e saída do réu da prisão, por exemplo (2013, p. 2).

No entanto, essa previsão é criticada por grande parte da doutrina, sob a alegação que o assistente da acusação não poderia se intrometer na situação prisional do agente.

Nesse sentido, ao refletir sobre a legitimidade ativa, é válido citar Fantecelle o qual também se posiciona em relação à autoridade competente. Tal legitimidade se divide em cinco tipos.

Flagrante policial: na maioria das vezes, a autoridade policial será o delegado de polícia. Mas existem outros tipos de autoridades (CPP, art.304);
Flagrante militar: no caso de infração militar, o auto de prisão em flagrante é lavrado pela autoridade policial militar encarregada (Tenente, Capitão, etc);
Flagrante parlamentar: O poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento interno, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito (Súmula 397 do STF);
Flagrante judicial: Se o crime for cometido na presença do Juiz de direito ou contra este, no exercício de suas funções, será ele o competente para lavrar o auto (CPP, art.307, parte final) (2016, p. 2).

Ressalta-se que cada um dos tipos citados possui configurações distintas e a prisão em si ocorre no momento em que ela se faz necessária como, por exemplo, a prisão de manifestantes que invadiram a Câmara dos Deputados no dia 16 de novembro de 2016, quando diante de tal evento o presidente Rodrigo Maia mandou prender todos sob a justificativa que houve invasão no parlamento.

Conforme Teles (2013) durante a ação penal, o Juiz somente poderá decretar a prisão preventiva de ofício de maneira excepcional, pautado no poder geral de cautela do julgador, sob pena de ferir a imparcialidade e neutralidade que lhe são inerentes. O Julgador ao receber o auto de prisão em flagrante não poderá converter diretamente a prisão em flagrante em preventiva, sem que para tanto esteja com o requerimento do Ministério Público, representação da autoridade policial ou a requerimento do ofendido.

Outro ponto que merece atenção é a questão da conversão da prisão em flagrante em preventiva, pois, é discutida sob pontos de vista distintos entre os juristas. Nesse entendimento Mendonça assim se expressa:

Nem se alegue que a possibilidade de o juiz converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, prevista no art. 310, inc. II, durante o inquérito, seja um permissivo para a atuação de ofício do magistrado. Em verdade, na hipótese do art. 310, já houve uma prisão anterior em flagrante, de sorte que o magistrado não está tomando qualquer iniciativa. A prisão em flagrante já foi realizada por qualquer do povo pela autoridade policial e o magistrado, em verdade, apenas verifica se há necessidade de sua manutenção. O que o legislador chama de “converter” deve ser compreendido no sentido de verificar os pressupostos e fundamentos da prisão preventiva (2011, p. 228).

E nesse sentido, a análise do *iter crimines* é muito importante, pois, nos permite compreender que o cerceamento da liberdade individual pode ocorrer sem o imediato conhecimento do juiz, como no caso da prisão em flagrante. E é também após essa compreensão que se torna possível refletir sobre as fases desse tipo de prisão.

5 - As fases da prisão em flagrante

5.1 - 1ª Fase: Captura/Apreensão

Conforme ensina Sannini Neto (2016) esta primeira fase da prisão em flagrante pode ser realizada por policiais ou qualquer um do povo. Trata-se da detenção em que o sujeito acabou de cometer um crime, não se considerando a natureza da infração, nem as qualidades

do agente, uma vez que seu principal objetivo é a prisão-captura, a qual visa proteger o bem jurídico que está sendo lesado com a conduta criminosa e com tal ação evita-se que a infração seja consumada e assim seja possível também provar quem foi o autor do crime.

Acerca disso, a Carta Magna brasileira em seu art. 5º inciso LXIII prevê que o preso deve ser informado acerca de seus direitos e dentre eles, o de permanecer calado. Nesse entendimento, o responsável pela primeira fase da prisão em flagrante do criminoso, geralmente um policial, deve cientificá-lo acerca de seus direitos constitucionais, especialmente sobre o seu direito de permanecer em silêncio para não produzir nenhuma prova prejudicial à defesa.

Como se pode depreender, esse tipo de prisão seria a título de evitar maiores danos, além de identificar o autor do crime, sendo que a decisão posterior ficará a cargo do Poder Judiciário, mesmo porque a própria legislação prevê que o detido seja conduzido imediatamente à Delegacia de Polícia, não sendo lícita a realização de outras diligências não essenciais ao fato criminoso.

É importante ressaltar que se o caso em questão for de contravenção penal ou crime cuja pena máxima seja igual ou inferior a dois anos, também chamado de infração de menor potencial ofensivo, não ocorrerá a prisão em flagrante, bem como sequer dará início ao inquérito policial.

5.2 - 2ª Fase: Condução coercitiva

Nesta fase a pessoa apreendida será conduzida até a Delegacia de Polícia, sendo apresentada a autoridade policial.

Nota-se que a pessoa responsável pela efetivação desta fase recebe o nome de condutor, contudo, nem sempre ele será a mesma pessoa responsável pela prisão-captura.

5.3 - 3ª Fase: Audiência preliminar de apresentação e garantias

Nessa fase, a prisão em flagrante somente se concretizará com a determinação constante no Pacto de São José da Costa Rica, o qual prevê que toda pessoa presa deve ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer, de maneira atípica, funções judiciais.

É, portanto, uma garantia para o conduzido e sinaliza um avanço do sistema jurídico pátrio quando se compara aos demais países, onde o preso chega a ser apresentado ao juiz até 48 horas após a sua captura.

Sannini Neto assim se posiciona acerca do assunto:

Mesmo com a progressiva implementação da famigerada Audiência de Custódia, criada através da Resolução nº213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, que determina a apresentação à autoridade judicial, em até 24 horas, de qualquer pessoa presa em flagrante delito, defendemos que a condução imediata do detido à Delegacia de Polícia constitui um avanço em termos de garantias fundamentais. Isto, pois, não raro, prisões-capturas não são ratificadas pelo delegado de polícia, seja por não restar demonstrado o estado flagrancial, seja por não haver indícios suficientes de autoria ou até por se tratar de fato atípico. Do mesmo modo, nos termos do artigo 322, do CPP, o preso poderá ser beneficiado com a liberdade provisória mediante fiança concedida pelo próprio delegado de polícia, assegurando, assim, a restituição imediata da sua liberdade, evitando, em casos menos graves, o seu recolhimento ao cárcere. Percebe-se, destarte, que o modelo brasileiro atende melhor aos interesses dos presos (2016, p. 1).

Conforme exposto, há uma preocupação com o preso, para que ele não venha a ser detido e possa ganhar liberdade provisória até que se conclua o processo via judicial. Ainda citando o autor supra, do mesmo modo que acontece na Audiência de Custódia realizada no Fórum, na Delegacia de Polícia a autoridade de Polícia Judiciária também deve efetuar uma Audiência Preliminar de Apresentação e Garantias, com ressalva que essa audiência se justifica o fato de que nova audiência será posteriormente concretizada pela autoridade judicial.

5.4 - 4ª Fase: lavratura do auto de prisão em flagrante

Nesta fase ocorre a formalização da prisão, por meio da lavratura do auto de prisão em flagrante pelo delegado de polícia.

Nota-se, que na hipótese do crime for praticado na presença do juiz e durante o exercício de suas funções, excepcionalmente o auto de prisão em flagrante poderá ser por ele lavrado.

Se após ouvir os envolvidos na referida audiência, a autoridade policial concluir que não é caso de prisão em flagrante, a pessoa conduzida será liberada apenas com a lavratura do boletim de ocorrência, que, nesses termos, funcionará como uma espécie de *notitia criminis*. Consigne-se, ainda, que, em tese, o condutor ou o responsável pela captura poderá responder por eventuais abusos.

5.5 - 5ª Fase: Entrega da Nota de Culpa

Nesta etapa o preso deverá receber o documento denominado nota de culpa, que deverá conter os motivos de sua prisão, os seus direitos, bem como a assinatura do delegado e o nome das testemunhas e do condutor.

5.6 – 6ª Fase: Recolhimento ao cárcere

Aqui o preso será recolhido ao cárcere e ficará à disposição do poder judiciário.

5.7 - 7ª Fase: Comunicações

Conforme Sannine Neto (2016) com o encerramento dos procedimentos de Polícia Judiciária, que documentam e legitimam a prisão em flagrante, o Delegado de Polícia deve enviar o auto de prisão em flagrante no prazo máximo de 24 horas ao Poder Judiciário para que a legalidade da prisão seja novamente analisada, desta vez, pela autoridade judicial.

Além dessas fases, outra particularidade da prisão em flagrante são as espécies as quais se dividem num amplo conjunto. Algumas são permitidas pela Legislação vigente, outras são rejeitadas pela Jurisprudência dos Tribunais brasileiros.

Fernando Capez faz uma breve análise dessas espécies.

Flagrante próprio: é o flagrante propriamente dito, real ou verdadeiro. O agente é preso enquanto está cometendo a infração penal ou assim que acaba de cometê-la (art. 302, incs. I e II, do Código de Processo Penal).

Flagrante impróprio: é o flagrante irreal ou quase-flagrante. O agente é perseguido logo após cometer o ilícito, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração (art. 302, inc. III, do Código Penal). A expressão logo após abarca todo o espaço de tempo para a polícia chegar ao local, colher as provas do delito e iniciar a perseguição. O conceito de perseguição por sua vez, encontra-se erigido no art.290, §1º, do CPP.

Flagrante presumido: é o flagrante ficto ou assimilado. O agente do delito é encontrado, logo depois, com papéis, instrumentos, armas ou objetos que fazem presumir ser ele o autor do delito (art. 302, inc. IV, do Código de Processo Penal).

Flagrante facultativo: é a faculdade que qualquer um do povo tem de efetuar ou não a prisão em flagrante, conforme os critérios de conveniência e oportunidade (art.301, 1ª parte, do CPP).

Flagrante compulsório: as autoridades policiais e seus agentes têm o dever de efetuar a prisão em flagrante, não possuindo qualquer discricionariedade (art.301, 2ª parte, do CPP).

Flagrante preparado, provocado ou induzido: é o delito de ensaio, delito de experiência, delito putativo por obra do agente provocador.

Flagrante forjado, é o flagrante maquinado, fabricado ou urdido. Policiais ou terceiros criam provas de um crime inexistente para prender em flagrante (2001, p. 310).

Os diferentes tipos de flagrantes acima citados sinalizam que é preciso conhecer cada uma dessas configurações, pois, quando se trata do conceito, dá-se a impressão que se refere a um tipo apenas. Embora sejam muitos e com diferentes significados, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STJ) admite um prazo de 24 após de cada caso que será analisado conforme cada situação e de maneira ponderada.

É importante ressaltar que a prisão em flagrante pode ser feita tanto na fase do inquérito policial (ou mesmo antes deste) ou durante o processo judicial, não se exigindo mandado judicial. A Lei 11.403/11 positivou que no processo penal a prisão só é legítima antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, quando presentes requisitos cautelares que apontem sua absoluta necessidade.

De acordo com Vegas:

A novel inseriu no sistema jurídico medidas cautelares, medidas de cunho judicial que visam resguardar a eficácia e utilidade do processo principal, buscando, assim, aplicar apenas excepcionalmente a prisão processual provisória, tanto na modalidade preventiva, quanto temporária. De fato, em consonância com os princípios insculpidos na Constituição da República Federativa Brasileira, o estado de inocência deve imperar até o definitivo julgamento de um processo penal (2012, p. 3).

De acordo com Fantecelle (2013) não há restrições quanto ao momento porque pode ser realizada em qualquer dia, horário ou local, inclusive dentro de residência, mesmo sem o consentimento do morador (art.5º, XI, CF/88). É do entendimento da doutrina pátria que pode ocorrer inclusive nas situações onde a polícia adentra a residência em perseguição ao criminoso que acabou de praticar a infração.

A Lei 12.403/2011 prevê que ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá relaxar a prisão (caso ela seja ilegal), converter o flagrante em prisão preventiva ou, ainda, conceder liberdade provisória, com ou sem a imposição de outra medida cautelar.

O artigo 306 da nova lei também determina a comunicação da prisão em flagrante ao Ministério Público, à família do autuado ou a qualquer outra pessoa por ele indicada. Da mesma forma, o dispositivo legal impõe o envio de cópia integral do auto à Defensoria Pública, caso o preso não informe o nome de seu advogado (SANNINI NETO, 2016).

Explicitados os tipos de flagrantes, passa-se aos requisitos da prisão em flagrante.

5.7 - Requisitos da prisão em flagrante e as inovações da Lei 12.403/2011

Além do aspecto material, ou seja, ter sido conduzido a partir de estado de flagrância, deve-se observar o aspecto formal para se lavrar o auto de prisão em flagrante, sob pena de relaxamento da prisão manifestada ilegalmente (art.5º, LXV, CF/88).

Esse aspecto é importante porque a inversão ou a ausência dos requisitos sendo material ou formal pode induzir o à liberdade o que foi conduzido em prisão e tal fato pode gerar desconforto para as autoridades envolvidas bem como o direito a reparação ao conduzido ilegalmente.

Nesse entendimento, a Lei 12.403/2012 trouxe muitas inovações procedimentais, ao estabelecer uma sistemática própria para lavratura do auto de prisão em flagrante. De acordo com os artigos 304 a 310 do Código de Processo Penal, as mudanças que aconteceram foram as seguintes:

Captura e apreensão em “estado de flagrância”. Se for infração de menor potencial ofensivo (contravenção penal ou crime cuja pena máxima seja igual ou abaixo de dois anos) será lavrado um TCO (termo circunstanciado de ocorrência policial – art.69 da Lei 9.099/95) e não haverá prisão em flagrante ou mesmo inquérito policial;

Na sequência, o conduzido é apresentado coercitivamente à autoridade competente; Neste momento, tem direito de comunicar imediatamente sua prisão a pessoa livremente indicada (art.306 do CPP);

O condutor da prisão será ouvido (ex. policial militar condutor);

A vítima será ouvida (e colhida sua representação, se for o caso);

O Representante legal da vítima menor será ouvido (se for o caso);

Oitiva das testemunhas (no mínimo duas – art.304,§2º, do CPP, ainda que seja apenas de apresentação).

O capturado é interrogado (a presença do advogado nesse momento é facultativa);

Lavratura e assinatura dos termos, autos e laudos.

Análise de fiança pelo delegado conforme arts. 322 a 325 do CPP;

Sendo negado o arbitramento da fiança, será o autuado encarcerado e recolhimento ao estabelecimento prisional adequado (art.304, §1º, do CPP).

Expedição da Nota de Culpa em até 24 horas após a captura (art.306, §2º, do CPP).

A Nota de Culpa deverá conter os direitos do conduzido, a assinatura da autoridade, o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas;

O auto de prisão em flagrante será encaminhado em até 24 horas ao Juiz e Promotor com competência e atribuição, respectivamente, para conhecer da infração penal (art.306, §1º, do CPP). Será entregue uma cópia também ao advogado declinado pelo autuado. Caso não tenha advogado, será enviada cópia integral para a Defensoria Pública. Não havendo defensor disponível, deverá ser nomeado um advogado dativo.

Como se pode depreender da lei supracitada, as mudanças visam propiciar a organização da lavratura do auto de prisão em flagrante com parâmetros específicos para cada caso.

De acordo com Mendonça (2011) o Juiz ao tomar conhecimento da prisão em flagrante pode/deve tomar as seguintes medidas (Novo art.310, do CPP, com as alterações da Lei 12.403/2011): Relaxar a prisão em flagrante: quando manifestamente ilegal ou irregular o

flagrante (art.5º, IXV, CF/88); Converter a prisão em flagrante em prisão preventiva: se presentes os requisitos desta (arts.310, II e 312 do CPP); Conceder liberdade provisória: cumulada ou não com algumas medidas cautelares (inclusive a fiança), se ausentes os requisitos da preventiva (art.321 do CPP e art.5º, LXVI, CF).

Nota-se que as mudanças favoreceram o autuado não ficando ele sob o risco de ser detido em razão da liberdade provisória que se dará mediante os parâmetros legais estabelecidos conduzidos de maneira mais rápida.

Conforme Távora (2011, p.544) com exceção de caso de relaxamento de ofício da prisão manifestamente ilegal, caso o Juiz queira colocar o autuado em liberdade provisória ou mesmo converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, ele deverá ouvir antes o Ministério Público. Isso porque o Juiz não poderá decretar prisão preventiva de ofício na fase de investigação criminal (art.311 do CPP), pela mesma razão, não poderia convertê-la *ex officio*.

Outro aspecto importante a considerar é a audiência de custódia, sendo esse o assunto tratado a seguir.

5.8 - Audiência de Custódia: suporte legislativo que serviu de espora à exigência

Trata-se do instrumento processual o qual estabelece que todo preso em flagrante deve ser levado à presença da autoridade judicial no prazo de 24 horas, para que esta avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão.

De acordo com Costa:

Audiência de Custódia, consiste na criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento e a necessidade de manutenção dessa prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere. O objetivo principal é garantir que, em até 24 horas, o preso seja apresentado e entrevistado por um Magistrado, em uma audiência em que serão ouvidas o Ministério Público, a Defensoria Pública ou advogado do preso. Durante a audiência, será analisada a prisão, apenas, sob o aspecto da legalidade, da necessidade e adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares, além de eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades (2016, p. 2).

A audiência de custódia é fruto do Projeto de Lei 554/2011 que regulamenta a prática das audiências de custódia e estipula prazo máximo de 24 horas para que um preso em flagrante seja levado diante de um Juiz.

Essa proposta altera o Código de Processo Penal ao estabelecer que o preso terá direito a realizar exame de corpo de delito e a depor na presença do advogado ou de membro do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Se a audiência de custódia não acontecer, o fato deverá ser comunicado ao Ministério Público, à Defensoria Pública ou ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (VALADARES, 2016).

Pimenta (2016) ao versar sobre o assunto assevera que a previsão legal se encontra, desde muito, em Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil. Segundo ele o art. 7º., 5º, do Pacto de São Jose da Costa Rica ou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê que 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.

De acordo com Costa a implantação do procedimento das audiências de custódia, visa apenas dar cumprimento ao tratado internacional de direitos humanos da Costa Rica. A legislação estrangeira assim trata o assunto:

Na Espanha, o detido em flagrante deverá ser apresentado ao juiz no prazo máximo de 24 horas (art. 496 da LECrim), momento em que será convertida a prisão preventiva ou será concedida liberdade provisória.

Na Alemanha (StPO, § 128), o detido deverá ser conduzido ao juiz do Amtsgericht em cuja jurisdição tenha ocorrido a detenção, de imediato ou quando muito no dia seguinte à detenção;

Na Itália, o Códice de *Procedura Penale* (art. 386.3), determina que a polícia deverá colocar o detido à disposição do Ministério Público o mais rápido possível ou no máximo em 24 horas, entregando junto o correspondente atestado policial;

Em Portugal, o Código de Processo Penal (art. 254, a) determina que no prazo máximo de 48 horas deverá ser efetivada a apresentação ao juiz, que decidirá sobre a prisão cautelar aplicável, após interrogar o detido e dar-lhe oportunidade de defesa (2016, p. 3).

É, portanto, legislação que favorece o preso, lembrando que, no Brasil, o primeiro contato entre Juiz e o preso usualmente acontecia na audiência de instrução e julgamento que em sua maioria leva meses para acontecer.

Acerca disso, afirma Pimenta:

Não há, no Brasil, lei que regulamente o tema, embora já haja projeto tramitando no Congresso (PLS nº 554/2011). Mas o STF já se posicionou no sentido de ratificar a legalidade da metodologia das audiências. No estado de São Paulo, as audiências vêm sendo realizadas desde 2014, por determinação do Tribunal de Justiça, que regulamentou o tema no Provimento Conjunto nº 03/2015. Desde então, o programa já reduziu em 45% (quarenta e cinco por cento) o número de prisões provisórias no

estado. A audiência será presidida por autoridade que detém competências para controlar a legalidade da prisão. Além disto, serão ouvidas também as manifestações de um Promotor de Justiça, de um Defensor Público ou de seu Advogado. O preso será entrevistado, pessoalmente, pelo juiz, que poderá relaxar a prisão, conceder liberdade provisória com ou sem fiança, substituir a prisão em flagrante por medidas cautelares diversas, converter a prisão em preventiva ou ainda analisar a consideração do cabimento da mediação penal, evitando a judicialização do conflito, corroborando para a instituição de práticas restaurativas (2016, p. 1).

Conforme exposto, mediante a audiência de custódia tem como finalidade uma melhor apreciação da prisão que foi imposta. Além disso, o contato entre preso em flagrante e a autoridade judiciária faz com que a ampla defesa seja de fato garantida, pois o autuado tem a oportunidade de contar sua versão dos fatos para a pessoa que decidirá acerca de sua liberdade e, em contrapartida, o juiz poderá lhe questionar sobre pontos que o deixaram em dúvida, o que não aconteceria caso a análise da prisão se desse única e exclusivamente através da análise de documentos.

Neste sentido, dispõe Canes:

Antes das audiências, o juiz tomava a decisão sobre a prisão em flagrante baseando-se apenas em documentos, mas, com o projeto, a metodologia mudou. O juiz também vai ter que requisitar essa pessoa para ter um contato pessoal, uma apresentação olho no olho, como forma de colher mais informações, mais subsídios para ter seu ato respaldado por mais elementos, de maneira a se impor uma prisão realmente nos casos em que seja efetivamente necessária. Com a implantação das audiências, o Brasil cumpre uma obrigação que assumiu ao ratificar convenções internacionais que foram internalizadas no país em 1992 (CANES, 2016 p. 1).

Além disso, a audiência de custódia também traz a possibilidade de que juízes, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública tomem conhecimento de casos de tortura e possam tomar providências.

Embora a audiência de custódia se configure em algo benéfico ao preso e também ao Judiciário, de certa forma, na medida em que viabiliza o processo para o magistrado, a matéria não está livre de críticas.

Consoante a Resolução 213/2015, o prazo para apresentação do preso em juízo é de 24 horas, mas existem situações de crimes de extrema complexidade e de âmbitos transnacionais no qual a própria lavratura do auto de prisão em flagrante acontecerá em período superior a este prazo. Desse modo, a dúvida que surge é quanto ao prazo. E outra questão é em relação à situação flagrancial, a partir do momento em que for dada voz de prisão, da apresentação ao Delegado, do registro da ocorrência, do ato da lavratura, bem como em relação ao tempo certo de como tomar ciência dos direitos e garantias.

Conforme Pimenta (2016), outro aspecto considerado emblemático é o que diz respeito à competência, considerando-se a Resolução que autoriza nos casos em que a ordem de custódia for cumprida fora da jurisdição do Juiz processante, a qual será competente para a audiência. Ainda segundo a mesma autora, existe também o problema que será gerado para o transporte e escolta do custodiado. O efetivo policial é escasso, os recursos destinados a tais fins são restritos, e os riscos são elevados.

Para Assis (2016), outra novidade no processo penal, decorrente de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, é a renovação da possibilidade da prisão preventiva após a condenação do réu em segundo grau de jurisdição, que tem sido tratada como execução provisória da pena. Tais decisões vêm sendo alvo de inúmeros debates e artigos, mas nenhum enfrentou a efetiva significação do julgamento do STF, consoante a melhor técnica jurídica, conforme a Constituição.

Existem discussões acerca da presunção da inocência em relação a audiência de custódia e nesse sentido Assis afirma que:

[...] Não se trata de afastar o princípio de presunção de inocência ou de não culpabilidade, mas de dar efetividade à Constituição Federal que exige a realização de Justiça pelo Poder Judiciário. Ainda que a presunção de inocência ou de não culpabilidade tenha validade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a Lei Maior também permite a prisão preventiva, quando presentes os requisitos legais. Uma coisa é a dita presunção, outra é a possibilidade de prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. E a presunção em questão é *iuris tantum*, ou seja, não é absoluta e admite prova em sentido contrário. Fosse presunção *iuris et de iure* sequer seria possível a prisão em flagrante ou qualquer outra forma de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois violaria o tão aclamado princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade (2016, p. 2).

Ao que parece a proposta da PLS nº 554/2011 é viabilizar o processo para a decisão judicial e também evitar que um acusado seja preso sem a devida necessidade, pois, não se chegou a uma conclusão acerca do ato cometido por ele.

Em 2015 o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) editou o Provimento Conjunto nº 03/2015 regulamentando a audiência de custódia no âmbito daquele Tribunal. Alguns desses dispositivos estão expostos a seguir.

Art. 1º Determinar, em cumprimento ao disposto no artigo 007º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica), a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia.

(...)

Art. 3º A autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia.

§ 1º O auto de prisão em flagrante será encaminhado na forma do artigo 306, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, juntamente com a pessoa detida.

(...)

Art. 5º O autuado, antes da audiência de custódia, terá contato prévio e por tempo razoável com seu advogado ou com Defensor Público.

Art. 6º Na audiência de custódia, o juiz competente informará o autuado da sua possibilidade de não responder perguntas que lhe forem feitas, e o entrevistará sobre sua qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão.

§ 1º Não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução próprio de eventual processo de conhecimento.

§ 2º Após a entrevista do autuado, o juiz ouvirá o Ministério Público que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, pela concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

§ 3º A seguir, o juiz dará a palavra ao advogado ou ao Defensor Público para manifestação, e decidirá, na audiência, fundamentadamente, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, podendo, quando comprovada uma das hipóteses do artigo 318 do mesmo Diploma, substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

(...)

Art. 7º O juiz competente, diante das informações colhidas na audiência de custódia, requisitará o exame clínico e de corpo de delito do autuado, quando concluir que a perícia é necessária para a adoção de medidas, tais como:

I - apurar possível abuso cometido durante a prisão em flagrante, ou a lavratura do auto;

II - determinar o encaminhamento assistencial, que repute devido.

Contudo, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra o referido Provimento sob a argumentação que a audiência de custódia somente poderia ter sido criada por lei federal e nunca por intermédio de provimento independente uma vez que a competência para legislar sobre a matéria é da União (art. 22, I, da CF/88), por meio do Congresso Nacional.

De sua parte aquela Corte se posicionou dizendo que o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, por possuir caráter supralegal, sustou os efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. De outro modo a Convenção Americana de Direitos Humanos CADH inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao prever expressamente a audiência de custódia.

Além disso, a apresentação do preso ao Juiz está associada à ideia de garantia básica de liberdade, ou seja, *habeas corpus*. A essência desse remédio constitucional, no entanto, reside exatamente no contato direto do Juiz com o preso, a fim de que o julgador possa saber do próprio detido a razão pela qual foi preso e em que condições se encontra encarcerado. Nesse ponto, o CPP institui que “recebida a petição de ‘habeas corpus’, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar” (art. 656).

Nessa seara, o STF acatou que o Provimento Conjunto do TJSP não trouxe inovação na ordem jurídica, tendo apenas explicitado o conteúdo normativo já previsto em diversas normas da CADH e do CPP. O Egrégio Tribunal entendeu que não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes uma vez que o Provimento Conjunto que criou obrigações para os Delegados de polícia, mas sim a citada convenção e o CPP (STF. Plenário. ADI 5240/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20/8/2015 - Info 795).

Assis, ao dar segmento à sua argumentação sobre a audiência de custódia afirma que:

A prisão após a condenação por um tribunal significa uma prisão preventiva de ofício, permitida pelo art. 311 do CPP, qualificada pelo juízo de mérito da culpa pela autoridade competente, ainda que esse juízo seja passível de recurso, por natureza extraordinária. Nesse diapasão, a prisão em decorrência da condenação em segundo grau de jurisdição é uma prisão preventiva, em que, pela gravidade do fato em apuração, e pelo juízo de mérito da culpa, ainda que revisível – apenas extraordinariamente, a garantia da ordem pública e a segurança da aplicação da lei penal são inerentes ao juízo condenatório qualificado, dispensando-se a fundamentação mais pormenorizada, uma vez que os motivos respectivos, as razões da custódia cautelar, são os mesmos que levaram à conclusão pela ocorrência do crime e imposição da pena, tendo o *fumus commissi delicti* se transformado em fogo condenatório, enquanto o *periculum libertatis* também decorre da gravidade do fato criminal reconhecido pelo tribunal, com pena de prisão. Somente nesse sentido, uma vez que não se trata de condenação transitada em julgado, é cabível falar em execução provisória de pena, como já ocorre quando o réu responde preso ao processo e interpõe o recurso ordinário – apelação. E vale dizer que a pena privativa de liberdade, no sistema penal pátrio, apenas é imposta em casos realmente mais graves, como regra em penas superiores a quatro anos, no caso de reincidência criminal ou crime praticado com violência à pessoa (2015, p. 2).

Nesse entendimento, a ordem pública, após a condenação provisória em segundo grau, por crime de grave repercussão social, considera a pena em concreto aplicada ao réu, podendo este ficar em risco caso o acusado continue solto, como regra, permitindo uma prisão preventiva qualificada.

Segundo Assis (2016), a noção de ordem pública é um tanto subjetiva, contudo, em face da condenação a uma pena de prisão, por tribunal, a prisão preventiva não pode ser considerada absurda. Para o autor, desproporcional é a regra exigir o trânsito em julgado para que seja entendida como constitucional a prisão após uma condenação qualificada, em segundo grau, por pelo menos dois Magistrados dentre os mais experientes do país.

Conforme já mencionado, a prisão em flagrante tem suscitado muitas discussões entre os debatedores do direito. Nesse sentido, cita-se Pellegrini

A criminalidade do século XXI mostra outra realidade, crimes complexos, interestaduais ou transnacionais, inseridos no contexto de uma sociedade de massa e no mercado capitalista, leva frequentemente a autoridade policial na lavratura de auto de prisão em flagrante a situações extremas, principalmente aquelas que

envolvem crimes permanentes como associação criminosa e organização criminosa, com o pleno exercício da atividade policial em mais de uma circunscrição ou Estado da federação, cujas ações são, de fato, coordenadas de modo concomitante para execução efetiva de constrição do maior número de integrantes (2016, p. 1).

Mais adiante em sua argumentação o autor supra expressa uma dúvida quanto à contagem do tempo, já que a lei determina que no prazo de 24 horas se faça da lavratura do auto de prisão.

Resta saber quando se inicia o cômputo deste prazo. Seria da situação flagrancial, do momento em que for dada voz de prisão, quando da apresentação ao delegado, do registro da ocorrência, do ato da lavratura, quando tomar ciência dos direitos e garantias. Enfim, diversas possibilidades existem em face de omissão infralegal. Seria ponderado propor o termo inicial do cômputo do prazo a partir do momento em que foi dada ciência da nota de culpa ao preso, na medida em que, nos casos de associação ou organização criminosa, deverá iniciar quando o último integrante da situação flagrancial receber a presente notificação dentro de um critério de brevidade, comunicando sempre o Juízo de eventuais imprevistos próprios da dinâmica da atividade persecutória (PELLEGRINI, 2016 p. 2).

Na prática forense, existem alguns casos nos quais a Autoridade policial excede o arbitramento de fiança para os delitos cuja pena máxima cominada é inferior a 4 anos (CPP, artigo 322), o que sinaliza uma decretação de prisão preventiva ao contrário. Hipóteses que sequer exigiriam a apresentação do preso, uma vez que se estaria librando preso com o Juízo acautelado. A correção exige parcimônia e proporcionalidade da aplicação da fiança pelo delegado de Polícia de acordo com os parâmetros postos pelo CPP (artigo 325 e 326).

5.9.1 - Audiência de Custódia e questões a serem debatidas

Conforme mencionado anteriormente, a audiência de custódia tem sido matéria bastante discutida nos últimos anos. Tais discussões culminaram na aprovação do projeto que regulamenta a prática das audiências de custódia (PLS 554/2011). No dia 30 de novembro próximo passado o projeto foi aprovado em turno suplementar e a matéria agora segue para a análise da Câmara dos Deputados.

Um aspecto a ser mencionado do referido projeto é a garantia de um rápido contato do preso com o juiz nos casos em que permanecer preso após a lavratura do auto de prisão em flagrante, a partir das seguintes considerações:

O presente projeto objetiva determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada a prisão, a fim de que seja resguardada sua integridade física e psíquica.

O art. 5º, inciso LXII, da Constituição determina que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à

família do preso ou à pessoa por ele indicada, procedimento que o atual art. 306 do Código de Processo Penal detalha, ao dispor que, em até 24 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, bem como, no mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas (COSTA, 2015 p. 1).

A análise desses critérios chama a atenção sobre o reconhecimento que é preciso avançar na temática dos direitos humanos, se possível adotando as medidas sugeridas acima.

Após o reconhecimento da audiência de custódia, os procedimentos do advogado forense também mudam, ou seja, “Após o flagrante delito, estando a prisão em ordem, a autoridade policial realizará a comunicação da prisão ao juiz plantonista, ocasião em que o advogado postulava no plantão forense, pedido de liberdade provisória, antes da decisão do magistrado”. (COSTA JUNIOR, 2015 p. 1).

A partir da audiência de custódia a modificação na prática forense aconteceu em relação ao prazo, pois, após a comunicação da autoridade policial, num período de, no máximo, 24 horas deve-se realizar a audiência de custódia com a presença do juiz, promotor de justiça, defensor e flagranciado.

Ainda sobre o PLS 554/2011 é importante refletir outros apontamentos em face de sua aprovação pelo Senado Federal. A primeira delas é uma emenda apresentada pelo senador Lindbergh Farias (PT-RJ) a qual assegura que antes da apresentação do preso ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio por advogado ou defensor público, em local reservado, visando a garantia da confidencialidade. Outra emenda de autoria de Lindbergh veda a presença, durante a audiência de custódia, dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação. Para o referido senador a presença desses policiais intimida e constrange o preso no momento de seu depoimento acerca das circunstâncias da prisão.

De acordo com a Agência Senado:

O texto também estipula prazo máximo de 24 horas para que um preso em flagrante seja levado diante de um juiz. Nessa audiência de custódia, o magistrado decidirá sobre a manutenção da prisão, ouvida a defesa e o Ministério Público. Se a audiência de custódia não ocorrer no prazo previsto, o fato deverá ser comunicado à defesa, à acusação e ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Uma emenda apresentada em Plenário, no entanto, estabelece que o prazo para a apresentação do preso perante o juiz competente poderá ser estendido para até 72 horas, no máximo, mediante decisão judicial fundamentada, se houver dificuldades operacionais da autoridade policial (2016, p. 1).

Ressalta-se conforme a proposta dessa emenda, o tempo de 24 horas pode se estender para 72 horas tendo como parâmetro uma decisão judicial fundamentada, lembrando que a

prisão em flagrante deverá ser comunicada às autoridades competentes, bem como às autoridades da Defensoria Pública.

Será necessário que juiz verifique se os direitos fundamentais do detento estão sendo respeitados e poderá até mesmo dispensar o pagamento da fiança, quando for o caso, se constatar as poucas condições financeiras do preso. Segundo Agência do Senado (2016) não poderá o Juiz utilizar a audiência como prova contra o depoente, devendo tratar apenas da legalidade e da necessidade da prisão, da prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos e do esclarecimento dos direitos assegurados ao preso.

Ainda conforme a mesma fonte o projeto ainda estabelece que, imediatamente após o registro do auto de prisão em flagrante e se for alegada violação a direitos fundamentais, a autoridade policial deverá determinar as medidas necessárias para a preservação da integridade do preso, pedir a apuração dos fatos e instaurar inquérito.

Como se pode verificar, as mudanças trazidas pelo projeto em comento visam, em sua totalidade, respeitar os direitos do preso. Outro destaque desse projeto é a videoconferência. Contudo, o senador Humberto Costa (PT-PE) questionou a medida, por considerar que a audiência de custódia exige a presença física do preso, que poderá tanto fazer uma denúncia como ter sua condição de integridade física confirmada pelo juiz (AGÊNCIA SENADO, 2016).

Uma das principais vantagens da audiência de custódia é que muitas pessoas que foram apresentadas em audiência puderam responder ao processo em liberdade provisória, poupando recursos públicos e também deixando de contribuir para a superlotação do sistema prisional. Conforme site do CNJ em 2015 quase 15 mil prisões foram evitadas.

Contudo, a lei que regulará a audiência de custódia em todo o território nacional logo sairá do papel, apesar de muitos pontos que ainda devam ser debatidos e creio que com a sua devida implementação o país inteiro terá muitos benefícios, como houve no Estado de São Paulo, cujo o número de prisões provisórias reduziu 45%, poupando assim recursos públicos e combatendo a crise carcerária.

6 - A prática da audiência de custódia nos Tribunais

Uma questão importante que emerge com a apresentação do preso ao Juiz na Audiência de Custódia é se existem ou não limites à oitiva do custodiado. Dentre as dúvidas mais comuns estão: se Juiz e as partes podem fazer qualquer pergunta ao preso, que perguntas

podem ser feitas e quais são vedadas, que declarações do preso poderão ser futuramente utilizadas como meio de prova ou elemento informativo ou devem ser lacradas.

Entre tantas é importante refletir as limitações à oitiva do custodiado. Para tanto serão analisadas e comparadas as Portarias, Resoluções, Provimentos e Atos Normativos Conjuntos dos Tribunais Estaduais que implementaram a Audiência de Custódia, o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 sobre o tema e a Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015 do Conselho Nacional de Justiça que uniformizou o regulamento da Audiência de Custódia em todo o país (MEDEIROS, 2016).

Ainda segundo a autora supracitada, dados extraídos do Conselho Nacional de Justiça identificam quantas Audiências de Custódia foram realizadas por unidade da federação. Nesse caso são destacadas aquelas realizadas até outubro de 2015.

UF	Total de Audiências	Prisão Preventiva	Liberdade Provisória	Alegação Violência Policial	Encaminhamento ao Serviço Social
RS	1.674	68,1%	31,9%	Não informado	Não informado
SC	115	39,13%	60,87%	27%	13,04%
PR	129	44,19%	55,81%	Não informado	0%
SP	10.316	56,17%	43,83%	9%	7,9%
RJ	194	57,22%	42,78%	13%	52,58
MG	1.569	52,07%	47,93%	Não informado	1,08%
ES	2.691	51,1%	48,9%	4%	42%
MS	46	41,3%	58,7%	Não informado	Não informado
MT	484	40,5%	59,5%	5%	29,96%
GO	720	36,53%	63,47%	9%	Não informado
DF	550	42,36%	57,64%	0%	Não informado
BA	436	31,88%	68,12	Não informado	3,21%
SE	36	47,22%	52,78%	3%	Não informado
AL	76	34,21%	65,79%	Não informado	Não informado
PE	570	62,81%	37,19%	Não informado	1,05%
PB	412	51,7%	48,3%	Não informado	Não informado
RN	38	55,26%	44,74%	5%	2,63%
CE	588	54,08%	45,92%	3%	34,86%
PI	226	53,1%	46,9%	12%	39,38%
MA	931	50,48%	49,52%	8%	0,32%
TO	99	39,39%	60,61%	Não informado	Não informado
PA	61	34,43%	65,57%	Não informado	45,9%
AP	82	23,17%	76,83%	Não informado	0%
RR	76	34,21%	65,79%	4%	7,89%
AM	200	49,5%	50,5%	33%	0%
RO	148	57,43%	42,57%	14%	0%
AC	Dados ainda em contabilização				

Fonte: Medeiros, 2016

Os dados acima serão descritos a seguir por estados, considerando a pesquisa de Medeiros (2016).

No Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça daquele estado programou a Audiência de Custódia pela Resolução nº 1087/2015-COMAG, a qual prevê prazo para apresentação do preso de 48 horas (art. 2º, parágrafo único), a gravação da Audiência de Custódia por sistema audiovisual (art. 6º), cuja mídia irá acompanhar o Auto de Prisão em Flagrante (art. 6º, parágrafo único).

Em Santa Catarina, o Tribunal de Justiça implantou a Audiência de Apresentação pela Resolução Conjunta GP/CGJ 06/2015, que estabelece prazo para apresentação do preso de 24 horas (art. 1º, parágrafo único), a gravação da Audiência de Custódia por sistema audiovisual (art. 5º, §3º), cuja mídia ficará à disposição para consulta processual no site do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (art. 5º, §3º).

Naquele Tribunal existe limitação quanto ao tipo de perguntas, sendo que aquelas feitas ao preso serão limitadas às matérias existentes no *caput* e devem ser evitadas as que antecipem a instrução de eventual processo de conhecimento.

No Paraná, o Tribunal criou a Central de Audiências de Custódia para fins de realização Audiências de Custódia conforme prevê a Resolução nº 144/2015, que estabelece prazo para apresentação do preso de 24 horas (art. 4º), a possibilidade de gravação da Audiência de Custódia por sistema audiovisual (art. 6º, §4º), cuja mídia, se for o caso, será anexado ao Auto de Prisão em Flagrante (art. 6º, §4º). Naquele Tribunal existe limitação de perguntas não sendo admitidas perguntas que antecipem a instrução probatória de eventual processo de conhecimento, sendo permitidas apenas as forem relacionadas aos fundamentos e requisitos da prisão preventiva.

Em São Paulo, o Tribunal de Justiça criou a Audiência de Custódia pelo Provimento Conjunto nº 03/2015, que estabelece o prazo para apresentação do preso de 24 horas (art. 1º e 3º), a possibilidade de gravação da Audiência de Custódia por sistema audiovisual (art. 6º, §4º), cuja mídia será anexada ao Auto de Prisão em Flagrante (art. 6º, §5º). Naquele Tribunal há limite quando as perguntas da oitiva.

No Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça criou a Audiência de Custódia pela Resolução 29/2015, a qual não estabelece prazo para apresentação do preso, ao determinar a sua apresentação “sem demora” (art. 2º), a gravação da Audiência de Custódia por sistema audiovisual preferencialmente (art. 6º, parágrafo único). Há limites para o tipo de pergunta

realizada, sendo que as declarações do preso não poderão ser utilizadas posteriormente, com garantia do seu lacramento.

Em Minas Gerais, o Tribunal de Justiça implantou a Audiência de Custódia pela Resolução 796/2015, que estabelece prazo para apresentação do preso de 24 horas (art. 1º e 2º), a gravação da Audiência de Custódia por sistema audiovisual sempre que possível (art. 5º, §4º) e a sua juntada ao Auto de Prisão em Flagrante (art. 5º, §4º). Existe limitação ao tipo de pergunta.

No Espírito Santo o Tribunal de Justiça criou o Serviço de Plantão de Flagrantes no âmbito do Poder Judiciário do Espírito Santo para a realização de Audiências de Custódia pela Resolução nº 13/2015, que havendo previsão do prazo para apresentação do preso. Existe naquele tribunal limitação ao tipo de pergunta a ser realizado, conforme artigo 7º, caput, e §1º.

Em Mato Grosso do Sul, foi implantada a Audiência de Custódia pelo Provimento nº 352/2015, que estabelece prazo para apresentação do preso de 24 horas (art. 2º e 7º). Não havendo menção a gravação da Audiência de Custódia por sistema audiovisual, sendo estabelecido como objetivo da Audiência de Custódia a oitiva informal do preso com limitação de perguntas.

Em Mato Grosso, Tribunal de Justiça implantou a Audiência de Custódia pelo Provimento nº 14/2015-CM, que prevê prazo para apresentação do preso de 24 horas (art. 1º, §3º), a possibilidade de gravação da Audiência de Custódia por sistema audiovisual (art. 5º, §4º) e a sua juntada ao Auto de Prisão em Flagrante (art. 5º, §5º). Existe na resolução do Tribunal do Mato Grosso limitação ao tipo de pergunta a ser realizado.

No Estado de Goiás, o Tribunal de Justiça implantou a Audiência de Custódia pela Resolução 35/2015, que não prevê prazo para apresentação do preso, contudo exige apresentação sem demora (art. 1º), não havendo menção a gravação da Audiência de Custódia por sistema audiovisual ou sua juntada ao Auto de Prisão em Flagrante. Não há limitação de perguntas.

No Distrito Federal foi implantada a Audiência de Custódia por meio da Portaria Conjunta 101/2015, que estabelece prazo para apresentação do preso de 24 horas (art. 3º), a possibilidade de gravação da Audiência de Custódia por sistema audiovisual (art. 11º, §1º) e a sua juntada ao Auto de Prisão em Flagrante (art. 11º, §2º).

Na Bahia, foi implantada Audiência de Custódia em 2015, mas não foi encontrado Resolução ou Provimento regulamentando o seu funcionamento.

O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe implantou a Audiência de Custódia pela Instrução Normativa 11/2015, não prevê prazo para apresentação do preso, mas prevê a gravação da Audiência de Custódia por sistema audiovisual (art. 5º, §1º) e a sua juntada ao Auto de Prisão em Flagrante (art. 5º).

No Sergipe e em Alagoas foi implantada a Audiência de Custódia, não havendo limitação de perguntas. Em Pernambuco Tribunal de Justiça implantou a Audiência de Custódia pela Resolução 380/2015, que prevê prazo para apresentação do preso de 24 horas (art. 1º, inciso I), a possibilidade de gravação da Audiência de Custódia por sistema audiovisual (art. 5º, §2º) e a sua juntada ao Auto de Prisão em Flagrante (art. 5º, §3º).

Na Paraíba, o Tribunal de Justiça implantou a Audiência de Custódia pelo Provimento Conjunto 01/2015, que prevê prazo para apresentação do preso de 24 horas (art. 1º, §1º), a possibilidade de gravação da Audiência de Custódia por sistema audiovisual (art. 5º, inciso I) e a sua juntada ao Auto de Prisão em Flagrante (art. 5º, inciso I).

No Rio Grande do Norte foi implantada a Audiência de Custódia pela Resolução nº 18/2015-TJ, que estabelece o prazo para apresentação do preso de 24 horas (art. 1º, §2º). Não existindo previsão de gravação da Audiência de Custódia por sistema audiovisual ou sua juntada ao Auto de Prisão em Flagrante e com limitação de perguntas.

No Ceará foi implantada Audiência de Custódia pela Resolução do Órgão Especial nº 14/2015, que prevê prazo para apresentação do preso de 24 horas (art. 2º), a gravação da Audiência de Custódia por sistema audiovisual (art. 4º, §5º) e a sua juntada ao Auto de Prisão em Flagrante (art. 5º, §3º) e há limitação de perguntas.

No Piauí, o Tribunal de Justiça implantou a Audiência de Custódia pelo Provimento Conjunto nº 03/2015, que prevê prazo para apresentação do preso de 24 horas (art. 3º). Não há previsão da gravação da Audiência de Custódia por sistema audiovisual.

No Maranhão, Tocantins e Pará, os Tribunais daqueles estados por meio de provimentos e resoluções implantaram Audiência de Custódia e em todos há limitação de perguntas.

Estados como: Amapá, Roraima, Amazonas, Rondônia e Acre tiveram Audiência de Custódia criadas por seus Tribunais de Justiça sempre considerado o estabelecido pela Constituição Federal e em todos eles, é permitida a gravação da Audiência de Custódia por sistema audiovisual sempre que possível (art. 6º, §5º) e com limitação de perguntas na oitiva.

A Resolução nº 213 do CNJ prevê que os Tribunais deverão implantar em todo território nacional as disposições a partir da entrada em vigor da Resolução (art. 15), que ocorrerá na data 1º de fevereiro de 2016 (art. 17), para a criação de Audiência de Custódia.

6 - Conclusão

Buscou-se neste artigo discutir e/ou ampliar a discussão sobre a audiência de custódia e nesse sentido, o estudo procurou compreender quatro aspectos importantes nesse processo: o conceito de *inter criminis*, a prisão em flagrante, a audiência de custódia e a audiência de custódia na prática.

O *inter criminis* é o caminho do crime cujo processo permite conhecer os caminhos ou as etapas de um crime desde o momento em que o autor planeja, até a materialização do crime propriamente dito. Notamos que em regra a conduta humana somente é punida quando iniciada os atos executórios.

Neste sentido, verificamos que a prisão em flagrante ocorre exatamente na fase de execução, ou seja, quando o crime está acontecendo ou acabou de acontecer.

Por último, adentramos ao tema central, qual seja, discutir a importância da Audiência de Custódia na efetivação dos direitos do preso haja vista a liberdade se tratar do bem jurídico mais importante do ser humano tutelado pelo Estado.

Recentemente o Senado Federal votou favorável a PLS 554/221 e tal aprovação trará como obrigatória a audiência de custódia em todo território nacional, apesar de que em alguns Estados referida audiência já ocorria.

Em suma, podemos concluir que a aprovação de uma lei que traga como obrigatória a audiência de custódia em todo o território nacional trará grandes benefícios para toda coletividade, dentre os quais evitar prisões ilegais, encarceramento em massa e consequentemente colaborará com a reestruturação carcerária.

Referências Bibliográficas

ASSIS, Thiago Brega de. **Audiência de Custódia**. Tradição em transição (2016) Disponível em < <http://emporiiodireito.com.br/tag/audiencia-de-custodia>> Acesso em 29 nov. 2016.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 9^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do Processo Penal**: Comentários à Lei n.12.403/2011. Saraiva, São Paulo: 2011.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011**. Disponível em < <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1>> > Acesso em 24 nov. 2016 às 20h30min.

CANES, Michèle. **CNJ pública resolução que regulamenta audiências de custódia** (2016) Disponível em < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-01/cnj-publica-resolucao-que-regulamenta-audiencias-de-custodia>> Acesso em 4 nov. 2016 às 20h15min.

COSTA JÚNIOR, Osny Brito da. **A atuação do advogado criminalista na audiência de custódia** (2015) Disponível em < <https://canalcienciascriminais.com.br/a-atuacao-do-advogado-criminalista-na-audiencia-de-custodia>> Acesso em 24 nov. 2016 às 18h15min.

COSTA, Luiz Felipe Mitri da. Audiência de custódia: (i)legalidade, previsão normativa e vantagem de sua aplicação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17509&revista_caderno=22>. Acesso em 29 nov. 2016.

COSTA, Thiago Frederico de Souza. **A audiência de custódia (PLS nº 554, de 2011) e sua interpretação conforme a Constituição Federal e os Tratados de Internacionais Sobre Direitos Humanos** (2015) Disponível em: <http://www.adpf.org.br/adpf/admin/painelcontrole/materia/materia_portal.wsp?tmp.edt.materia_codigo=7280&#.WER51NIrLIU> Acesso em 24 nov. 2016 às 14h15min.

DELMANTO, Celso; et al. **Código penal comentado**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FANTECELLE, Gylliard Matos. Prisão em flagrante e conversão em preventiva. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3661, 10 jul. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24920>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

FANTECELLE, Gylliard Matos. **Prisão em flagrante e os requisitos legais para sua conversão** (2016) Disponível em < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13177&revista_caderno=3> Acesso em 20 nov. 2016 às 17h25.

MARONES, Sandro Loureiro. **Atos preparatórios e executórios na tentativa: teorias, limites e diferenças** (2005) Disponível em <www.amprs.org.br/arquivos/comunicao.../ATOS_PREP_EXEC.pdf> Acesso em 15 jan. 2017.

MEDEIROS, Fernanda Teixeira. Audiência de Custódia: Limites à oitiva do preso (2016) Disponível em < <http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-limites-a-oitiva-do-preso-por-fernanda-teixeira-de-medeiros>> Acesso em 4 dez 2016 às 19h15min.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais**. Rio de Janeiro: Método, 2011.

OLIVEIRA, Marco Aurélio da Silva. **A emblemática distinção entre o término dos atos preparatórios e o início dos atos executórios no iter criminis** (2016) Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/47052/a-emblematica-distincao-entre-o-termino-dos-atos-preparatorios-e-o-inicio-dos-atos-executorios-no-iter-criminis>> Acesso em 20 nov. 2016 às 16h20.

OLIVEIRA, William César Pinto de. Iter criminis: o caminho do crime. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11028>. Acesso em 27 nov 2016.

PELLEGRINI, Carlos Eduardo. **Pontos emblemáticos da aplicação da audiência de custódia** (2016) Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-mai-09/carlos-pellegrini-pontos-emblematicos-audiencia-custodia>> Acesso em 29 nov. 2016.

PEREIRA, Ricardo Souza Pereira. **A prisão e a liberdade sob a ótica da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011** (2011) Disponível em < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-prisao-e-a-liberdade-sob-a-otica-da-lei-12403-de-04-de-maio-de-2011,33622.html>> Acesso em 21 nov. 2016.

PIMENTA, Luciana. **Audiência de custódia: o que é e como funciona** (2016) Disponível em < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239559,41046-Audiencia+de+custodia+o+que+e+e+como+funciona>> Acesso em 29 nov. 2016.

ROMANO, Rogério Tadeu. **O instituto da tentativa** (2014) Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/32529/o-instituto-da-tentativa>> Acesso em 14 nov. 2016 às 14h30.

SANNINI NETO, Francisco. **As 6 fases da prisão em flagrante** (2016) Disponível em < <https://canalcienciascriminais.com.br/as-6-fases-da-prisao-em-flagrante>> Acesso em 27 nov. 2016.

SANNINI NETO, Francisco. **As 6 fases da prisão em flagrante**. Disponível em < <https://canalcienciascriminais.com.br/as-6-fases-da-prisao-em-flagrante>> Acesso em 13 nov. 2016.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual penal**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

TELES, André. **Legitimidade em relação à prisão preventiva, nos termos da Lei 12.403/2011** (2013) Disponível em < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,legitimidade-em-relacao-a-prisao-preventiva-nos-terminos-da-lei-124032011,45091.html>> Acesso em 12 nov. 2016.

TELES, André. **Legitimidade em relação à prisão preventiva, nos termos da Lei 12.403/2011** (2013) Disponível em < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,legitimidade-em-relacao-a-prisao-preventiva-nos-terminos-da-lei-124032011,45091.html>> Acesso em 18 nov. 2016 às 17h25.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VALADARES, Antônio Carlos. **Plenário aprova regulamentação de audiência de custódia** (2016) Disponível em < <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/07/13/plenario-aprova-regulamentacao-de-audiencia-de-custodia>> Acesso em 29 nov. 2016.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. A alteração do mecanismo de prisões no Brasil a partir da Lei 12.403 de 2011. in: **Âmbito Jurídico**, RIO GRANDE, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11144>. Acesso em 17 jan 2017.

