

ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI



ISSN
2317-918X

V. 9, N. 1
JAN/JUN 2022

QUALIS
B2

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA ENQUANTO INSTITUTO AVALIADOR DA (DES) NECESSIDADE DE SEGREGAÇÃO CAUTELAR DO PRESO EM FLAGRANTE

Carlos Vinícius Silva da Costa

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Uninovafapi.

Viviane Maria de Pádua Rios Magalhães

Mestre em Saúde da Família pelo Centro Universitário Uninovafapi. Professora do Centro Universitário UNINOVAFAPI. Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Piauí. Mediadora Judicial.

Resumo: O presente artigo voltou-se ao estudo da audiência de custódia enquanto instituto de análise da necessidade, ou não, de segregação do preso em flagrante delito naquele momento. O instituto em destaque, regulamentado a partir da resolução nº 213, de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, traz à tona o esquecimento, durante décadas, das disposições incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, desde 1992, através da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo Brasil é signatário. Neste artigo buscou-se verificar os atuais contornos da audiência de custódia, mormente a análise das hipóteses de flagrante delito na legislação; identificação dos requisitos que possibilitam a decretação de prisão preventiva e o seu tratamento pela doutrina e jurisprudência, além das principais alterações ocorridas na legislação e o entendimento dos tribunais acerca desse instituto.

Palavras-chave: Processo penal. Audiência de custódia. Prisão preventiva. Flagrante delito.

Submetido em 23 de janeiro de 2021. Aprovado em maio de 2023.

1 INTRODUÇÃO

A audiência de custódia é um instituto que visa concretizar as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), incorporada ao ordenamento pátrio através do decreto nº 678 de 1992, a qual determina que toda pessoa detida ou retida deve ser apresentada ao juiz ou autoridade autorizada para exercer tal função judicial (BRASIL, 1992). A sua efetiva regulamentação, no entanto, só ocorrera a partir da resolução nº 213, do Conselho Nacional de Justiça, de dezembro de 2015, e somente mais recentemente passou a ter expressa previsão no Código de processo penal, ante o reconhecimento cada vez mais consolidado no que diz respeito a essencialidade em se avaliar os critérios de legalidade e necessidade da manutenção de prisões, o que termina refletindo, diretamente, nas estatísticas do sistema prisional brasileiro.

Os dados mais atuais acerca da população carcerária no Brasil, demonstram que quase 30% dos presos não possui condenação, ou seja, são presos provisórios (BRASIL, 2020), conforme se demonstrará mais detalhadamente ao longo da pesquisa, o que termina por conferir maior destaque à audiência de custódia, já que ela é um meio pelo qual o Juiz, diante do caso em concreto e levando-se em consideração o preenchimento dos requisitos contidos no código de processo penal, analisa a necessidade de conversão de uma prisão em flagrante em prisão preventiva, ou, ainda, termina por conceder liberdade provisória mediante cautelares diversas da prisão, por entendê-las suficientes para o acautelamento do processo naquele momento.

Note-se que a implementação desse instituto possui relação com as disposições já contidas no ordenamento jurídico, especialmente na Carta magna, em seu art. 5º, inciso LXI, ao salientar que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;” (BRASIL, 1988), colocando a prisão no patamar de *ultima ratio* e concretizando um modelo que entende a liberdade como regra. Além disso, em audiência, não se avalia somente a legalidade/necessidade da prisão, a existência de eventuais maus tratos no momento da prisão em flagrante ou do cumprimento do mandado de prisão também é verificada, reafirmando, assim, além de um limite às arbitrariedades porventura cometidas pelo Estado, o seu caráter de proteção aos direitos do indivíduo preso.

A despeito do que fora brevemente mencionado, a CADH, também conhecida como pacto de San José da Costa Rica, constitui um dos mais importantes instrumentos quando se trata do reconhecimento de medidas que inovem no tratamento de questões relacionadas aos direitos

fundamentais do homem e tendentes a extinguir práticas que atentem contra a dignidade da pessoa humana, esse entendimento é expressamente trazido no art. 7º do referido diploma legal:

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa (BRASIL, 1992).

Diante de tais considerações, o objeto da pesquisa é a audiência de custódia enquanto instituto avaliador da (des) necessidade de segregação cautelar do preso em flagrante, tal estudo surge a partir da seguinte indagação: De que forma tem acontecido a análise, em sede de audiência de custódia, das prisões em flagrante delito? tais questionamentos, portanto, servirão de limitação ao presente artigo.

Dessa maneira, o objetivo geral do estudo é analisar os atuais contornos da audiência de custódia, enquanto os objetivos específicos consistirão em verificar a sistemática da audiência de custódia no que diz respeito ao preso em flagrante delito e a possibilidade de decretação da prisão preventiva durante realização da referida audiência; descrever as hipóteses de flagrante delito na legislação brasileira; identificar os requisitos que possibilitam a decretação da prisão preventiva e o seu tratamento pela doutrina e jurisprudência; além de discutir as principais alterações ocorridas na legislação e o entendimento dos tribunais acerca deste instituto.

A justificativa da elaboração do presente artigo reside nos questionamentos e inquietações acerca do instituto, surgidos, essencialmente, durante experiência vivida em estágio extracurricular na audiência de custódia do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (TJPI), questionamentos estes que perpassam desde a sua primeira previsão no ordenamento jurídico pátrio, passando pela sua implementação no Brasil e chegando à sua atual conjuntura e sistemática ainda desconhecida por parcela dos juristas, envolvendo, pois, intensas discussões sobre liberdade, devido processo legal, sistema prisional etc.

A relevância do estudo, portanto, fundamenta-se não somente em expor os contornos da audiência de custódia, mas também explicitar os efeitos da instauração dessa audiência e, além disso, para que se torne nítido, embora não sendo essa a principal pretensão, eventuais falhas

que possam estar comprometendo o exercício pleno dessa garantia processual penal tão necessária por tratar de um dos bens mais relevantes juridicamente.

Quanto ao tipo de pesquisa, esta será bibliográfica narrativa, vez que o trabalho analisará informações do instituto em tela sob o aspecto essencialmente bibliográfico. Em um aspecto metodológico, a pesquisa se pautará na avaliação da legislação processual penal; resolução do Conselho Nacional de Justiça; portarias dos Tribunais regulamentando a audiência; verificação do teor de decisões e jurisprudência dos tribunais e doutrina jurídica acerca da temática;

O presente artigo ainda será dividido em tópicos para fins de melhor entendimento e explanação, dentre eles: Do surgimento da audiência de custódia e do procedimento anterior à sua implementação: uma breve retrospectiva; Da atual sistemática da audiência de custódia e suas delimitações; Do flagrante delito na legislação brasileira e sua relação com o relaxamento da prisão em sede de audiência; Dos requisitos que possibilitam a conversão da prisão em flagrante em preventiva; Do pacote anticrime e da reafirmação da audiência de custódia.

2 DO SURGIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E DO PROCEDIMENTO ANTERIOR À SUA IMPLEMENTAÇÃO: UMA BREVE RETROSPECTIVA

O marco inicial da audiência de custódia, enquanto instrumento obrigatório de implementação nas diversas comarcas do Brasil, surgiu a partir da resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2015, entretanto, a discussão acerca de um instituto especificamente voltado à análise das prisões em fase pré-processual já vinha sendo objeto de resoluções de Tribunais estaduais antes daquela resolução, merecendo destaque, por exemplo, o provimento conjunto nº 03/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (BRASIL, 2015) o qual fora objeto da ação direta de inconstitucionalidade nº 5.240 perante o Supremo Tribunal Federal (STF), cujo requerente, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, buscava a declaração da inconstitucionalidade do ato do Tribunal que disciplinava a audiência de custódia naquele estado (BRASIL, 2015).

Os argumentos trazidos pelo requerente, em sede de julgamento, residiam no fator de que, em seu entendimento, o provimento impugnado possuía caráter autônomo e retirando seu substrato de validade diretamente da Constituição, porquanto disciplinando matéria processual cuja competência para disciplina seria da União, o provimento do Tribunal de Justiça do Estado São Paulo (TJSP) estaria extrapolando o poder regulamentar e invadindo a competência legislativa, fazendo-se necessário, assim, a utilização do controle concentrado de

constitucionalidade com vistas à expurgar a norma em questão, nesse sentido, em sede de julgamento, foram as seguintes colocações:

No mérito, arguiu que o regramento da audiência de custódia, por ter natureza jurídica de norma processual, dependeria da edição de lei federal, por força dos artigos 22, inciso I, e 5º, inciso II, da Constituição Federal, havendo, inclusive, projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado tratando do assunto (projetos de lei nº 7.871/2014 e 554/2011, respectivamente). Dessa forma, o provimento do TJSP estaria suprindo lacuna legal e extrapolando de forma inconstitucional o poder regulamentar daquele tribunal [...].

Prossegue a autora aduzindo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) tampouco poderia servir de fundamento para a edição do provimento atacado, visto que, segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil ingressariam no ordenamento jurídico nacional com status supralegal, de modo que, na sua ótica, não seria possível a sua regulamentação direta através da espécie normativa empregada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (BRASIL, 2015).

O entendimento adotado pelo STF, naquela oportunidade, no sentido de negar provimento à ADI em comento, apresenta-se como o mais acertado, já que não haveria que se falar em ato de legislar, pelo TJSP, sobre matéria processual penal, quando a própria CADH, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro desde 1992, já traz o instituto que se nomeia atualmente como audiência de custódia (BRASIL, 1992), e, dessa forma, aquele tribunal, ao editar o provimento conjunto nº 03/2015, objeto de impugnação, apenas teria praticado atos de autogestão, o que estaria inclusive compreendido em sua competência de organização interna, sendo nesse sentido o voto do Ministro Luiz Fux, posteriormente seguido pela maioria dos ministros:

Os princípios da legalidade (artigo 5º, inciso II, da CRFB) e da reserva de lei federal em matéria processual (artigo 22, inciso I, da CRFB) foram observados pelo ato normativo impugnado. Como visto, o Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP não inova na ordem jurídica, mas apenas explicita conteúdo normativo já existente em diversas normas do Código de Processo Penal – recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei federal de conteúdo processual – e da Convenção Americana sobre Direitos do Homem –reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como norma de *status* jurídico supralegal (BRASIL, 2015).

O julgamento ora em debate terminou por oportunizar, ainda no ano de 2015, que o CNJ, presidido à época pelo ministro do STF Ricardo Lewandowski, através da já mencionada resolução de nº 213, viesse a regulamentar o instituto em âmbito nacional, concedendo o prazo de 90 dias para que houvesse a efetiva implementação da audiência, contados da data de 01.02.2016 (BRASIL, 2015), caracterizando, nas palavras de Cruz (2020, p. 295), ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando dos estudos acerca da audiência de custódia: “[...]um desses avanços, mesmo que, como sói ocorrer nesses momentos de ampliação dos direitos individuais e, conseqüentemente, de restrição do poder estatal, alguns resistam e se oponham ao

novo". Os entendimentos ora apresentados, portanto, corroboram com a percepção de que a audiência de custódia constituiu um marco na forma de se pensar as prisões no Brasil.

Superadas as questões quanto ao surgimento do instituto, importante a compreensão de que antes mesmo da implementação da audiência de custódia pelas diversas comarcas ao longo do País, os magistrados já se debruçavam sobre a necessidade e adequação na manutenção da prisão de indivíduos presos em flagrante delito, entretanto, não havendo um momento específico em que se tinha a presença do Promotor de Justiça e Defensor Público ou Advogado constituído, em uma audiência única voltada àquela finalidade, e somando-se ainda ao fator de que a análise era feita por juiz atuante na fase processual, a prestação jurisdicional se tornava bem mais morosa, em razão de inexistência nítida entre fase investigativa, ou pré-processual, e processual propriamente dita.

Resquício desse antigo funcionamento é a previsão constante do art. 306 do Código de Processo Penal, que determinava o envio do auto de prisão em flagrante em até vinte e quatro horas após realizada a prisão (BRASIL, 1941), e não havendo complementação desse dispositivo à época a sua interpretação demonstrava que ao preso não era concedido o direito de apresentar-se pessoalmente à autoridade judicial, sendo tão somente enviados os autos ao Poder Judiciário, o que terminava, inclusive, por limitar a apreciação daquele sobre a necessidade da manutenção do cárcere e, principalmente, sobre a presença de eventuais maus tratos cometidos pelos agentes.

Como brevemente mencionado, a separação entre fase investigativa e processual não mostrava limites, o que, atualmente, ao contrário da sistemática anterior, tem se tornado objeto cada vez mais nítido de verdadeira cisão. No entanto, vale destacar que embora tal separação se mostre cada vez mais delineada no ordenamento, ainda pode ocorrer a atuação do mesmo magistrado em ambos os momentos, realidade esta que tem se buscado alterar através de proposições legislativas, e mais recentemente, por exemplo, com o conhecido pacote anticrime, com redação dada pela lei 13.964/2019, criando o juiz de garantias, atuante na fase pré-processual (BRASIL, 1941), muito embora cabendo destacar que o dispositivo se encontra atualmente suspenso em virtude de decisão do STF. Cruz (2020, p. 327) traz o seguinte entendimento acerca dessa novidade processual penal:

A divisão funcional de competências, como assinalado, assegura que o juiz da instrução e julgamento não seja o mesmo que, no início da atividade investigatória, tenha tomado conhecimento dos elementos informativos que permitiram, em decisão fundamentada e motivada, desencadear a ação penal.

Embora o objeto do presente estudo não resida nas alterações advindas da referida lei, a menção às inovações trazidas, já que não constituem premissas processuais isoladas, repercute

na forma como tem se dado o tratamento do sistema processual penal vigente, em reafirmações de um sistema acusatório ou inquisitorial, refletindo, sobremaneira, no entendimento do instituto da audiência de custódia. O dispositivo processual em comento, portanto, busca, a partir das lições expostas, evitar que exista uma parcialidade do magistrado que dará seguimento à ação penal, visto que a atuação em fase pré-processual poderia vir a torná-lo mais suscetível a agir imparcialmente em razão do conhecimento anterior de todo um trâmite na fase investigatória (BRASIL, 1941).

3 DA ATUAL SISTEMÁTICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUAS DELIMITAÇÕES

A audiência de custódia, não com essa nomenclatura ainda, tem previsão bem mais remota que sua efetiva implementação nas comarcas, e, ainda assim, é objeto de certa incompreensão por acadêmicos e até por operadores do direito. A previsão do instituto, via tratado internacional, é inclusive comentada por Teixeira (2019, p. 97), que apresenta a seguinte problemática: "[...] assim, tampouco haveria necessidade de tantas discussões, mas de respeito a aplicação desses textos, porém nossa tradição, infelizmente, caminha na "contramão" do cumprimento dos tratados internacionais". A crítica ora ressaltada, deve-se, em parte, à forma como as instituições demoram a reconhecer o caráter da obrigatoriedade dos tratados internacionais, o que explicaria o atraso em se cumprir as disposições constantes na CADH, incorporada ao ordenamento pátrio ainda no ano de 1992.

Perceptível, então, que a necessidade de apresentação do preso flagranteado à autoridade judicial já existia no ordenamento desde a década de 90 e o reconhecimento do status supralegal dos tratados internacionais se deu através da emenda constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 1988), dessa forma, aqueles tratados, necessitavam, para sua efetivação, tão somente disposições com fins de regulamentação, seja através de lei, enquanto atos normativos primários, ou através dos chamados atos secundários, dos quais são exemplos as portarias e etc.

Levando-se em consideração todo o processo de aperfeiçoamento da audiência de custódia tal qual é conhecida atualmente, importante demonstrar os contornos desse instituto, cumprindo ressaltar, inicialmente, que muito embora o objeto do presente artigo resida no exame da audiência de custódia sob o enfoque da prisão em flagrante delito, àquela não se atem somente quando da ocorrência deste, abrangendo também, o cumprimento de mandados de prisão, preventiva ou definitiva (BRASIL, 1941), porém, em sendo este o caso, o Juiz avaliará somente questões relativas à legalidade da prisão e eventual ocorrência de maus tratos porventura

cometidos no momento do cumprimento do mandado de prisão, tomando, então, as medidas cabíveis.

Retornando às hipóteses de flagrante delito, após as diligências policiais e a lavratura dos autos, o preso e o auto de prisão em flagrante delito serão encaminhados à Audiência de Custódia (BRASIL, 1941), nesta contendo ainda etapas de identificação do preso e atendimento psicossocial (BRASIL, 2015). Esse atendimento é capaz de auxiliar o magistrado quando da busca pela melhor medida a ser adotada no momento de fixação das medidas cautelares, tendo em vista que parcela dos custodiados sequer possui moradia, ou, ainda, são dependentes alcoólicos ou químicos, dessa forma, tais programas de assistência visam possibilitar que medidas adotadas em audiência sejam ainda mais satisfatórias em sua finalidade.

Teixeira (2019, p. 116) apresenta uma série de vivências percebidas durante participação nestas audiências na comarca de Belém, apresentando detalhes do que seria um dia nas Audiências de Custódia, ao passo em que tece comentários, críticas, elogios e, em uma dessas passagens, por exemplo, o autor traz o seguinte relato:

No início da audiência de custódia é confirmado, é morador “de rua”, possui 18 (dezoito) anos e está nesta condição há 3 (três) anos, o motivo dito por ele: “o uso de drogas, maconha e cocaína”. Pergunta-se: “você foi agredido por algum policial?”, ele responde: “Não, senhor!”. Ele é orientado para não falar nada sobre o crime, pelo próprio magistrado, trata-se de uma recomendação, mas ele insiste dizendo que está arrependido do que fez, que nunca tinha sido preso antes, só quando era “menor de idade”. Não possui identidade, apenas certidão de nascimento, não está com ele e nem com sua família, está em um abrigo no Distrito de Icoaraci, que ele não sabe dizer onde fica.”

Ultrapassado todos os questionamentos para o flagranteado, é dirigida palavra para o Ministério Público, na figura do promotor de justiça. Tudo gravado, não era apenas a audiência, mas o discurso robotizado da acusação, entre tantos vernáculos jurídicos – homologação da prisão em flagrante, reiteração delitiva, medidas cautelares e etc. – nada era entendido por aquele jovem, seus olhos saltavam sobre cada canto daquela sala, talvez esperava ansioso apenas pela palavra liberdade. Pois bem, ao final da fala, ela é dita pela autoridade ministerial, nos seguintes termos: “manifesta-se pela liberdade provisória com a imposição de medidas cautelares”.

O professor, no excerto acima, aponta aspectos importantes ocorridos durante audiência e que merecem destaque, o primeiro reside na orientação para que o preso não fale do crime em si. Embora o autor pareça apresentar essa questão como ponto negativo, é necessário perceber que trata-se de um limite à atuação do magistrado consistente em não adentrar no mérito do delito, e essa postura não poderia ser diferente, visto tratar-se de fase pré-processual e, assim, os elementos colhidos acerca do crime ainda não estão totalmente elucidados, entretanto, não se poderia pensar em ilegalidade, tendo em vista que a situação da prisão ocorre em uma das hipóteses de flagrante delito, e, nesse momento, são suficientes os indícios de autoria e prova da

materialidade delituosa para fundamentar eventual decreto preventivo, desde que presente os demais requisitos que o autorizam (BRASIL, 1941).

Em um segundo ponto ressaltado, cita-se a robotização na postura do membro do *Parquet*, o autor utiliza essa atuação “robotizada” como ponto negativo e, aqui, dependendo do sentido dessa robotização realmente se trataria de um problema, uma vez que se tem buscado, há tempos, dissociar a percepção da atuação do Promotor de Justiça de um papel tipicamente “acusador”, e longe de qualquer obrigatoriedade em se manifestar somente nesse sentido, o representante do Órgão Ministerial possui independência funcional, para, inclusive, manifestar-se no sentido de concessão de liberdade provisória quando assim o entender diante do caso em concreto, conforme se extrai dos ensinamentos de Pacelli e Fischer (2019) quando da análise da figura do Promotor de Justiça no processo penal.

Dessa forma, se a crítica levantada por Teixeira (2019) reside essencialmente em eventual pleito do Promotor pela manutenção da prisão preventiva quando os motivos para tal não se fazem presentes, é válido o apontamento, visto que se trataria de verdadeira conduta vazia da própria razão de existir, já que a atuação acerca de medidas a serem tomadas, longe de ser pré-moldada, deve residir em um juízo de adequação e necessidade, se, no entanto, utilizou-se àquele do excerto a fim de criticar tão somente o vocábulo utilizado em sede de audiência, não parece que tal questão enseje prejuízos aos custodiados, já que as perguntas voltadas à estes são feitas em linguagem acessível e somente sendo utilizados termos técnicos quando referentes à manifestação do Juiz, Promotor e Defesa, sem prejuízo ainda de haver explicações ao preso quando do término da audiência.

Feitas tais considerações, frise-se que o jogo de adequação entre medidas que podem ser adotadas pelo magistrado em audiência é justamente o grande marco da audiência de custódia, por exemplo, em se verificando que determinado delito tenha sido cometido por agente sob o estado de embriaguez, e que esta seja recorrente, não entendendo a autoridade judicial que o delito enseje prisão preventiva naquele momento, seria adequado, dentre as medidas cautelares distintas da prisão impostas ao custodiado, que fosse estabelecido a proibição de frequentar bares, boates e similares, com a finalidade de diminuir a possibilidade de reiteração delituosa, conforme permissivo do Código de Processo Penal (CPP):

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:
II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (BRASIL, 1941).

Outra importante questão no âmbito das audiências de custódia é a verificação de ocorrência de maus tratos no momento da prisão em flagrante delito (BRASIL, 2015). O depoimento do custodiado junto à verificação das próprias condições físicas deste devem permitir uma análise mais fiel do momento da prisão e da atuação dos agentes policiais, no entanto, nítido que essa verificação deve ser realizada com bastante cautela, sob pena de punição de agentes que agiram dentro do estrito limite da legalidade. Em virtude disso, o juiz pode determinar que sejam oficiadas as corregedorias de polícia, delegacias de direitos humanos e promotorias de justiça que atuem no controle da atividade policial, a depender da configuração e disposição destes órgãos ou outros, porventura existentes, no âmbito de cada comarca, para que sejam adotadas as medidas necessárias à elucidação do que de fato ocorreu.

Dentre os sistemas utilizados no âmbito das audiências de custódia, tem-se o Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC), trazido na resolução nº 213 do CNJ, à qual determina inclusive sua obrigatoriedade. Nesse sistema são cadastrados os dados dos presos flagranteados e designada a realização da audiência naquela data (BRASIL, 2015). Essa alimentação de dados serve até para acompanhamento da passagem daqueles em audiência e, conseqüentemente, como forma de se verificar eventual descumprimento de medidas anteriormente fixadas.

O Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP) também faz parte da rotina de cadastramentos da audiência de custódia, lá são registrados, principalmente, os mandados de prisão que foram expedidos durante o dia, em consequência da conversão de uma prisão em flagrante em preventiva. Esse sistema é de suma importância, uma vez que nele pode ser verificado se há algum mandado de prisão em aberto, e em caso positivo, o cumprimento desse é feito na própria audiência pela autoridade policial responsável, evitando que aconteça, por exemplo, de que um preso flagranteado e com mandado de prisão anterior em aberto seja posto em liberdade, ante o desconhecimento da existência daquele.

4 DO FLAGRANTE DELITO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A SUA RELAÇÃO COM O RELAXAMENTO DA PRISÃO EM SEDE DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

As hipóteses de flagrante delito estão dispostas no art. 302 do CPP, as quais serão explanadas, a partir de então, sob os aspectos da legislação pertinente, doutrina e jurisprudência, tendo em vista que constitui um dos objetos de análise obrigatória durante realização da Audiência de Custódia, possuindo, por assim dizer, estrita relação com o relaxamento de prisão, uma vez que em razão do reconhecimento da inexistência daquele, imperiosa a necessidade de se relaxar

a prisão que se originou do flagrante inexistente, por não encontrar correspondência com as hipóteses permissivas elencadas no artigo ora em destaque:

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 (BRASIL, 1941).

A primeira hipótese de flagrante na legislação é comumente chamada pela doutrina de flagrante próprio, abrangendo as situações do inciso I e II do CPP, em artigo retromencionado, ou seja, quando o flagrante ocorre enquanto o agente ainda se encontra em momento de execução da prática delituosa ou em caso de ter acabado de cometê-la, dessa forma, em sendo verificado tal ocorrência, as autoridades policiais possuem o dever de efetuar a prisão em flagrante delito, por força do mandamento previsto no art. 301 do mesmo diploma legal (BRASIL, 1941).

Em sua doutrina Processual penal, Avena (2020) entende que a situação de flagrante amparada no inciso II do art. 302 do CPP deve ser entendida da forma mais restritiva possível, no sentido de que ocorra imediatamente após realizada a prática delituosa, devendo ser surpreendido o indivíduo ainda no cenário do crime, por assim dizer. Tal concepção doutrinária é acertada e a mais defendida pela doutrina uma vez que terminada a prática delituosa e não sendo surpreendido o agente neste instante, as hipóteses de flagrante delito possíveis no caso em concreto diminuem e restringem-se às situações dos incisos III e IV do artigo retromencionado (BRASIL, 1941).

O flagrante impróprio, ou ainda chamado de imperfeito ou quase flagrante, é a situação trazida no art. 302, inciso III, sendo possível notar, em princípio, que, diferentemente das primeiras hipóteses, nesta o legislador utiliza-se da expressão “presumir” firmando entendimento de que não mais estaria o agente no local da prática delituosa, porém, em razão do contexto em que se iniciou a perseguição, ou seja, logo após a conduta, presume-se ser àquele o autor do crime (BRASIL, 1941), nesse mesmo sentido se manifesta Lopes Júnior (2019, p. 605):

Deve-se considerar ainda a necessidade de que a perseguição inicie “logo após” o crime. Esse segundo requisito, temporal, deve ser interpretado de forma restritiva, sem que exista, contudo, um lapso definido na lei ou mesmo na jurisprudência. Exige-se um lapso mínimo, a ser verificado diante da complexidade do caso concreto, entre a prática do crime e o início da perseguição. Reforça esse entendimento o fato de que a “perseguição”, na dimensão processual, somente é considerada quando há o contato visual inicial ou, ao menos, uma proximidade tal que permita à autoridade ir ao encaixe do agente.

O alcance temporal dessa perseguição iniciada “logo após” o delito, empregado na redação do CPP e acima comentado, deve ocorrer, para a maior parte da doutrina, incluídos Nucci (2020) e Avena (2020), em “ato contínuo a execução do delito”, ou seja, em um mesmo contexto temporal que se segue à prática do crime, sob pena do instituto do flagrante delito tornar-se objeto caracterizador de prisões arbitrárias. Há, ainda, doutrinadores que entendem ser aplicável, por analogia, o disposto no art. 290, §1º do mesmo código, que caracteriza a perseguição como o ato de perseguir, sem interrupção, ou quando sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o flagranteado seguiu em determinada direção ou proximidade (BRASIL, 1941).

Evidentemente que em casos concretos tais situações nem sempre se mostrarão tão bem delineadas, e é por essa mesma razão que tanto o juízo da audiência de custódia, como àquele atuante na fase processual e até os tribunais podem vir a se debruçar sobre o tema, seja enquanto tentativa de descaracterização, em audiência de custódia, das hipóteses que possibilitam a prisão em flagrante diante do caso em concreto, pleiteando-se o relaxamento desta, ou durante o trâmite da ação penal enquanto tentativa de desconstrução da autoria delituosa, podendo inclusive ser apreciada em sede de segundo grau, em razão de eventual interposição de recursos que rediscutam a matéria ou *Habeas Corpus*, como no caso abaixo colacionado em que fora impetrado àquele remédio constitucional perante o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas:

Ocorre que a impetrante sustenta, com razão, que a prisão em flagrante do paciente foi ilegal, pois o acusado não fora preso logo após o crime, mas apenas no outro dia em casa, e que nenhum instrumento do crime foi encontrado em sua posse, descaracterizando quaisquer das hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal que assim se apresenta: 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. 17 – Pelos depoimentos prestados no inquérito policial, observa-se que a testemunha, Capitão Antônio Fortunato, que participou da prisão do paciente, afirmou que “[...] ao chegar de serviço no Batalhão de Polícia da cidade de União dos Palmares, foi convocado juntamente com todos os Oficiais do referido Batalhão de Polícia, para participar de uma Operação já em curso, referente a um homicídio ocorrido no dia 27/02/2020 às 19h30; Que foram formadas seis guarnições e que cada uma foi incumbida de um ponto distinto de busca específica [...]”. 18 – No interrogatório do conduzido, este afirmou “[...] que no dia de hoje, por volta das 12h, o atuado se encontrava em sua residência juntamente com seus pais e sua irmã Claudiane, quando apareceram em sua porta três viaturas da Polícia Militar; que os militares ao avistarem o atuado deram voz de prisão e o conduziram até o xadrez do camburão [...]”. 19 – Pois bem, da leitura dos depoimentos, extrai-se que o crime ocorreu no dia 27/02/2020, sendo o acusado detido no dia seguinte (28/02/2020), sem que para isso tenha sido comprovada a perseguição logo após o crime, hipótese em que ficaria caracterizada a situação de flagrância. 20 – Ao contrário, pelo depoimento do capitão da polícia militar, o que foi feito no dia posterior foi uma operação para prender o suspeito do crime. Neste caso, um mandado de prisão era imprescindível para detenção do paciente (BRASIL, 2020).

Passando à última hipótese de flagrante delito, esta constitui o chamado flagrante presumido ou ficto, nesta o agente não fora encontrado em plena execução do crime ou logo após finalizar a prática delituosa, nem tampouco tendo sido perseguido. Nessa modalidade de flagrante o agente é encontrado com a *res* objeto do crime, e é em razão da posse de tais objetos, armas, documentos etc. que o CPP presume como autor àquele possuidor (BRASIL, 1941). No entanto, é razoável atentar para o fato de que esse flagrante presumido, em decorrência de o agente se achar com o objeto de determinado delito, não pode ocorrer a qualquer tempo indiscriminadamente após a conduta delituosa, sob pena de estar se alongando demasiadamente o período de flagrante delito e o tornando mais passível de erro e menos confiável quanto ao real autor do delito.

Observe que a hipótese do flagrante ficto nem sempre culminará no mesmo tipo penal que recaiu anteriormente sobre o objeto. Para exemplificar essa questão, imagine que ocorrera um crime de roubo e o autor deste não fora flagrantado quando da ação delituosa ou logo após terminá-la, nem tendo sido perseguido após o cometimento daquela, imagine agora que tal agente, entendendo que continuar na posse do objeto poderia lhe incriminar, termina decidindo vendê-lo a um terceiro; após alguns dias do repasse dos objetos roubados à um terceiro, a Polícia recebe informações e diligencia no sentido de capturar este último, agora possuidor do objeto, logo, nessa situação, não há que se falar em flagrante em crime de roubo onde não se poderia mais presumir a autoria delituosa, porém, quanto ao crime de receptação do art. 180 do Código Penal (BRASIL, 1940), o flagrante se mostraria plenamente possível (BRASIL, 1941).

Tais hipóteses explanadas neste tópico constituem objeto obrigatório de análise pelo magistrado responsável pela realização da audiência de custódia, como mencionado anteriormente, e entendendo, quando dessa análise em concreto das prisões, não ter sido configurada hipótese de flagrante delito prevista no art. 302 do CPP, deverá então proceder com o relaxamento do flagrante, nos termos da mesma legislação processual penal, por força do art. 310, inciso I, abaixo em destaque:

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

I - relaxar a prisão ilegal; ou (BRASIL, 1941).

Note-se, no entanto, que o relaxamento da prisão em flagrante possui relação somente com o aspecto da legalidade daquela, nada impedindo que, embora entendendo o magistrado não ter a situação, em concreto, se amoldado às hipóteses do art. 302 do CPP, e, após

requerimento dos legitimados do art. 311 do CPP pela conversão do flagrante em preventiva, possa àquele vir a realizar tal conversão quando demonstrado os requisitos que permitem a segregação cautelar naquele momento (BRASIL, 1941). Esse entendimento é consolidado na jurisprudência do STJ nos seguintes termos: “A discussão acerca de nulidade da prisão em flagrante fica superada com a conversão do flagrante em prisão preventiva, haja vista a formação de novo título a embasar a custódia cautelar[...]” (BRASIL, 2018), demonstrando, assim, que o decreto preventivo pode vir a sanar os vícios relativos ao flagrante delito.

Nesse mesmo sentido, Pacelli e Fischer (2019), entendem que o relaxamento da prisão em sede de audiência de custódia não implica necessariamente em concessão de liberdade provisória para o flagranteado. O entendimento ora ressaltado é, sem dúvidas, o mais acertado, uma vez que o flagrante delito e o decreto preventivo constituem institutos diferentes e com fundamentações e observâncias legais próprias, de modo que a ilegalidade daquele primeiro não tem o condão de impossibilitar que seja decretada a prisão preventiva do agente delituoso quando preenchidos os requisitos presentes na legislação.

5 DOS REQUISITOS QUE POSSIBILITAM A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA

Superada as questões quanto a legalidade do flagrante delito, bem como suas consequências, a análise feita pelo juiz da audiência de custódia deve repousar sobre a necessidade de conversão do flagrante delito em prisão preventiva, no entanto, somente quando demonstrada a imprescindibilidade dessa medida, conforme bem aponta Mendes e Branco (2020), ou concessão de liberdade provisória com a aplicação das medidas cautelares constantes do art. 319 do CPP, que podem ir desde o comparecimento periódico em juízo até a medida entendida como mais gravosa dentre aquelas distintas da prisão: o monitoramento eletrônico (BRASIL, 1941).

Importante ainda ressaltar que por força do art. 311 do CPP, recentemente alterado pela lei 13.964/2019, não mais cabe a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz no curso da ação penal (BRASIL, 1941), seguindo a tendência da doutrina e jurisprudência que enxergavam uma incompatibilidade entre um sistema acusatório e a atuação daquele ao emanar eventual decreto preventivo sem que houvesse intervenção do órgão acusador ou do delegado de polícia. Esse aspecto da atuação *ex officio* é inclusive ressaltado por Amaral (2014) entendendo que tal possibilidade constituía “ondas inquisitivas” presentes, à época, no processo

penal pátrio. As alterações do texto abaixo destacadas, em que se suprimiu a expressão “de ofício” anteriormente presente no texto, embora inovem somente na fase processual, terminam repercutindo inclusive no debate sobre a atuação do juiz na fase pré-processual:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (BRASIL, 1941).

Note-se que no tocante à possibilidade de o magistrado, de ofício, decretar a prisão preventiva na fase pré-processual a redação é nítida quanto a sua impossibilidade, entretanto, em algumas situações pode surgir a indagação quanto ao conteúdo da conversão do flagrante em preventiva, em sede audiência de custódia, com previsão no art. 310, inciso I do CPP, se seria àquela situação possível ainda que não houvesse requerimento do membro do *Parquet* ou representação da autoridade policial, na forma como posta na redação processual penal, com alterações dadas pela lei 13.964/2019:

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

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; (BRASIL, 1941).

Tal “confusão” surge, principalmente, por não haver distinguido, o legislador, a conversão do flagrante em preventiva da decretação da prisão preventiva. No entanto, parece ter sido exatamente essa a intenção daquele, ao passo que, não se distinguindo os institutos, o agir de ofício pela autoridade judicial é vedado em ambas as situações, dependendo, pois, a conversão do flagrante delito em preventiva, do prévio requerimento ou representação dos legitimados destacados no art. 311 do CPP (BRASIL, 1941).

Há ainda posicionamentos no sentido de que no caso da representação feita pelo Delegado de Polícia, a formalização do auto de prisão em flagrante seria objeto de materialização da própria representação da autoridade policial pela prisão preventiva, descaracterizando, portanto, o agir de ofício do magistrado quando convertesse a prisão em flagrante em preventiva, entendendo, dessa forma, que o ato de levar a conhecimento do judiciário os fatos ocorridos, através do auto de prisão em flagrante, funciona como provocação à posterior manifestação judicial.

Data vênia aos entendimentos apresentados no parágrafo anterior, não parece assistir total razão aos que entendem da forma posta acima. A primeira questão a ser apontada é a de

que a lavratura do auto de prisão em flagrante consiste em cientificação da prisão e da situação de sua ocorrência, sendo, para Bonfim (2019), peça formal, com observância em lei e forma de garantia do indivíduo preso contra eventuais ilegalidades, dessa forma, e partindo dos entendimentos ora ressaltados, entende-se a provocação dirigida ao judiciário, através daqueles autos, em princípio, como fator que reside tão somente na adequação ou não da situação em que ocorreu a prisão às hipóteses de flagrante discriminadas no artigo 302 do CPP, visto que nem sempre haverá, nos autos, menção à necessidade do decreto preventivo e o seu cabimento frente as hipóteses que o possibilitam.

Nesse sentido, a mera formalização do auto de prisão em flagrante, essencialmente descritivo, não pode servir como provocação suficientemente apta a retirar o caráter oficioso de futura manifestação do juiz da audiência de custódia. Em verdade, a representação da autoridade policial em relação ao decreto preventivo muito embora possa ser feita no próprio bojo daqueles autos, precisa, para sua correta função, demonstrar não somente a subsunção entre legislação processual penal e o caso em concreto, como também a necessidade e adequação da medida. Nesse mesmo sentido, embasado pelos novos ditames do “pacote anticrime” foi o entendimento exarado nos autos do julgamento de *Habeas Corpus* perante o STF:

– A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência. [...] – Mostra-se inconcebível que um ato de natureza meramente descritiva, como o é o auto de prisão em flagrante, limitado a relatar o contexto fático-jurídico da prisão, permita que dele infira-se, por implicitude, a existência de representação tácita da autoridade policial, objetivando, no âmbito da audiência de custódia, a conversão da prisão em flagrante do paciente em prisão preventiva[...] (BRASIL, 2020).

Pontuadas tais questões que poderiam dificultar a explanação do que se seguiria, importante agora iniciar a exposição acerca dos requisitos que possibilitam a conversão da prisão em flagrante em preventiva, primeiramente separando-os em requisitos objetivos, relativos, portanto, ao cabimento legal do decreto preventivo, e, posteriormente, quanto aos requisitos subjetivos autorizadores da prisão preventiva, em atividade mais discricionária, vez que passíveis de conceitos e interpretações mais amplos, no entanto, encontrando limites na própria legislação em que previstos, para tanto, destaca-se abaixo a redação do art. 313 do CPP onde constam, inicialmente, as hipóteses de cabimento:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva

- I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
- II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
- III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (BRASIL, 1941).

A primeira hipótese trazida já demonstra a impossibilidade da prisão preventiva em se tratando de crimes culposos, ou seja, cometidos sem uma vontade específica em atingir certo fim, e sim concretizados no plano fático em razão de imperícia, imprudência ou negligência do autor (BRASIL, 1941). Porém, essa situação não impossibilita que um crime, cuja posterior elucidação em fase de instrução tenha sido entendido como culposos, quando do seu cometimento tenha sido autuado o agente em sua modalidade dolosa, visto que essa aparente contradição com a lei ocorre porque, não raramente, na fase pré-processual, especialmente no momento de flagrante delito, os elementos ainda são frágeis para que se determine ter sido culposos alguns crimes, e, dessa forma, restando ser enquadrados como dolosos, admite-se perfeitamente a situação flagrancial.

Ressalte-se ainda que a previsão constante do inciso I não se aplica aos incisos II e III do artigo ora em destaque, constituindo, pois, hipóteses autônomas de cabimento do decreto preventivo. Nesse sentido, portanto, podemos citar o crime de ameaça, com previsão no art. 147 do Código Penal (BRASIL, 1940), neste, em sendo demonstrado conjuntamente os requisitos do art. 312 do CPP, bem como indícios da autoria delituosa e materialidade do crime, caso tenha sido cometido contra a mulher no âmbito doméstico, nos termos do inciso III, poderá vir a ensejar o decreto preventivo, ainda que o crime tenha pena inferior a 04 (quatro) anos, ressaltando o caráter da autonomia das hipóteses do rol do 313 do CPP (BRASIL, 1941).

O art. 313 também coloca a reiteração em crime doloso como sendo hipótese apta ao cabimento da prisão preventiva, dessa forma, já tendo sido condenado o agente em crime doloso e, posteriormente, tenha vindo a praticar outro delito na modalidade dolosa e se achando este em sede audiência de custódia, poderá, desde que presentes os demais requisitos já mencionados, ter sua prisão em flagrante convertida em preventiva (BRASIL, 1941).

Outras hipóteses também possibilitam a decretação da prisão preventiva, se diferenciando, no entanto, em relação àquelas contidas no rol de incisos do art. 313 do CPP, isso porque, nos termos do art. 313, §1º, é admitida a decretação da prisão para fins de identificação do preso, entretanto, após devidamente identificado deve logo ser posto em liberdade, sob pena de ilegalidade, perceptível, ainda, que por força do próprio art. 313 do CPP, além da ausência de

identificação civil ou de elementos aptos a esclarecê-la, é necessário o preenchimento, concomitantemente, de um dos requisitos do art. 312 do mesmo diploma, para possibilitar o decreto preventivo, nos termos da redação transcrita abaixo:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (BRASIL, 1941).

No próprio caput do art. 313 do CPP há menção à necessidade de conjugá-lo, quando do caso em concreto, com o art. 312 do mesmo código, perfazendo, pois, uma junção entre requisitos objetivos e subjetivos capazes de possibilitar a conversão ou decretação da prisão preventiva, tal situação evidenciando uma relação de conjugação entre os artigos retromencionados é abordada pela doutrina:

Não é despiciendo, a seu turno, que as hipóteses materializadas no artigo 313 do CPP não dispensam a verificação dos pressupostos inerentes a qualquer medida cautelar já analisados acima, quais sejam, a existência de prova da ocorrência de um crime e indícios de que o sujeito passivo da cautela foi seu autor ou partícipe, e a verificação de que a liberdade deste representa um concreto risco à aplicação da lei penal, à instrução criminal ou à ordem pública ou econômica. Ou seja, é mister conjugar, sempre, a hipótese de *cabimento legal* da prisão preventiva (artigo 313) com os *requisitos ou motivos autorizadores* indicados no art. 312 do CPP (CRUZ, 2020, p. 252).

Os requisitos, de ordem subjetiva, assim comumente chamados, que autorizam a prisão preventiva, estão discriminados no art. 312 do CPP, tais conceitos são objetos de debates pela doutrina, sobretudo em razão de sua extensão, não sendo raro, pois, que o embate jurídico se dê especialmente quanto a esses requisitos. Importante, portanto, antes de adentrar em possíveis embates colocados pela doutrina e jurisprudência, conhecer os exatos termos contidos na legislação processual penal colacionada abaixo:

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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (BRASIL, 1941).

Buscando iniciar a exposição do que seria ordem pública, ou pelo menos buscar uma aproximação com o seu real sentido, e utilizando, primeiramente, das ideias formuladas por Nucci (2020) que entende que o alcance da expressão ordem pública encontra sentido no abalo causado a uma determinada sociedade, mormente o surgimento do sentimento de impunidade e insegurança a partir daquela prática delituosa, capaz, inclusive, de causar traumas à vida de muitos, esse entendimento sobre o que seria o abalado à ordem pública compartilha de um traço

comum ressaltado por diversos doutrinadores: o sentimento de insegurança e impunidade no meio social após determinado crime. Por outro lado, Capez (2020) ressalta uma vertente diferente ao sentido daquela expressão, entendendo constituir fundamento de eventual prisão pautada na necessidade de impedir o agente de continuar a delinquir.

No entanto, nem todo crime desperta tais sentimentos nos indivíduos, e, além do mais, a invocação da necessidade de se garantir a ordem pública, por si só, não constitui fundamentação suficiente a permitir o decreto preventivo, sendo necessário ainda a conjugação com alguma das hipóteses do art. 313 do CPP e a presença de indícios de autoria delituosa e prova da materialidade (BRASIL, 1941). Assim, a despeito da expressão “ordem pública” ora em análise, e em mesmo sentido ao entendimento apresentado pela doutrina, em parágrafo anterior, os Tribunais têm entendido que àquela expressão também abrange a situação em que se verifica um perigo, em concreto, de reiteração delitiva de determinado agente. Este foi o entendimento adotado pelo STJ no julgamento do *Habeas Corpus* abaixo colacionado:

3. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, explicitado na periculosidade dos acusados, pois já respondem processos criminais pela prática de crime da mesma espécie, o que é admitido por esta Corte como fundamento idôneo para a decretação da custódia, haja vista concreto risco de reiteração delitiva em face da vivência delitiva dos indiciados. 4. Havendo a indicação de fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, visto que insuficientes para resguardar a ordem pública (BRASIL, 2018).

Fato é que tal dispositivo, com previsão no art. 312 do CPP, é comumente criticado por essa ausência de uma legalidade estrita, colocando, em situações diversas, nas mãos dos magistrados, a tarefa de proceder com uma interpretação hermenêutica. Esse tipo de interpretação, nas palavras de Maximiliano (2017) consiste em descobrir o sentido e alcance das expressões jurídicas. Essa tarefa, portanto, é objeto pelo qual os operadores do direito se debruçarão e buscarão validar suas proposições ou invalidar entendimentos já postos, configurando, assim, a atividade tipicamente jurisdicional, com a atuação dos mais diversos agentes na busca por fundamentar eventual pleito.

Em relação às demais hipóteses apresentadas no caput do art. 312, no que diz respeito à conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, parecem ganhar sentido, respectivamente, quando no trâmite da ação penal e, posteriormente, quando de eventual condenação (BRASIL, 1941). Nucci (2020) destaca, inclusive, a “gradação” trazida naquele dispositivo, bem como corrobora com o entendimento ora exposto, o de que a aplicação da lei penal possui relação com a condenação, e, ainda destacando que o principal empecilho à efetiva aplicação, seria a fuga do condenado, mormente restaria fundamentada a necessidade do decreto

preventivo. Já a prisão para fins de conveniência da instrução criminal, destaca o autor as situações em que o réu busca a destruição de provas, ameaça de testemunhas etc., atitudes estas que tumultuariam o trâmite processual.

A prisão preventiva, para fins de garantia da ordem econômica (BRASIL, 1941), embora para alguns doutrinadores também constitua conceito vago tal qual o conceito de “ordem pública” não é objeto tão marcante de crítica, sobretudo em razão de sua menor ocorrência ou utilização em casos concretos, o entendimento de eventual decreto preventivo consubstanciado nesse artigo é o de que o crime deve ser de gravidade tal que a medida unicamente suficiente seria a segregação cautelar, portanto, nenhuma novidade em se tratando dessa hipótese, haja vista que todas as medidas adotadas devem observar o *periculum in libertatis*, ou seja, o perigo do agente estar em liberdade, destacado no próprio dispositivo em questão.

6 DO PACOTE ANTICRIME E DA REAFIRMAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

Incorporadas à legislação processual penal através da lei 13.964/2019, uma das disposições que parecem mais ter servido de orientação ao autor da lei ora em destaque foi a opção em reafirmar um sistema acusatório, logo no art. 3º-A do CPP, sistema este marcado pela separação de funções de acusação e julgamento, ao passo em que se vedou, expressamente, a atuação do juiz na fase investigativa e na substituição da atuação probatória do Ministério Público (BRASIL, 1941).

A característica desse sistema termina por eliminar disposições que permitiam a atuação da autoridade judicial em situações que mais se aproximavam de um processo penal inquisitorial, como no caso, por exemplo, da possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício, disposição essa que também constituiu objeto de vedação pela legislação acima mencionada (BRASIL, 1941) conforme amplamente discutido ao longo desta pesquisa. Em comentários à lei anticrime, o autor abaixo destacado tece os seguintes comentários em mesmo sentido:

Assim, de acordo com a nova redação dos arts 282, §§2º e 4º, e 311, ambos do CPP, permite-se a decretação das medidas cautelares pessoais (inclusive da prisão preventiva) apenas mediante *provocação*[...]

A proibição absoluta da iniciativa judicial atende ao princípio acusatório (art. 129, I, da CF), pois a decretação das medidas cautelares pessoais implica o exercício da jurisdição penal cautelar, e, portanto, exige provocação do Ministério Público, do ofendido ou da autoridade policial (FULLER, 2020, p.202).

Observe-se ainda que, antes das alterações retromencionadas, a nomenclatura “audiência de custódia” sequer constava no Código processual penal, presente neste, tão somente as

medidas que poderiam ser adotadas quando da análise das prisões. E embora não fosse exigida a previsão da audiência de custódia em lei em sentido formal, já que prevista em tratado internacional incorporado ao ordenamento pátrio, como mencionado em parágrafos anteriores, o seu surgimento no CPP traz mais reconhecimento e reafirmação ao instituto, uma vez que uniformiza, em único dispositivo, a previsão da realização da audiência e a análise das prisões durante àquela, tal disposição consta agora no art. 310 do CPP:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (BRASIL, 1941).

Ressalte-se também que o pacote anticrime trouxe, como forma de estabelecer de vez a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia, o dever de relaxamento da prisão quando a audiência não ocorrer sem motivação idônea, vez que constituiria ilegalidade e desaguaria, inclusive, em responsabilidade da autoridade que deu causa a não realização (BRASIL, 1941), porém, apesar do entendimento ora apresentado, o dispositivo que trata do tema, o art. 310, §4º do CPP, teve sua eficácia suspensa em virtude de liminar concedida no âmbito da Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.299 que questiona diversos dispositivos da lei 13.964/19.

Suspensa tal dispositivo e até que sobrevenha decisão do STF sobre a constitucionalidade de alguns dispositivos da lei 13.964/19, o entendimento sinalizado com o advento da referida lei, é o de que a não realização da audiência de custódia constitui ilegalidade e o relaxamento da prisão daquele que não passou pela dita audiência seria medida imediata a ser adotada, quando não fosse emanado decreto preventivo pela autoridade judiciária capaz de sanar eventual ilegalidade em razão de não ter ocorrido àquela, porém, tais questões ainda se mostram controversas, visto que dependem de uma análise detida e separada entre as consequências do flagrante delito e a decretação de eventual prisão preventiva, mas, para fins de discussão no presente pesquisa, interessa apenas conhecer da questão controversa.

Desse modo, e embora alguns dispositivos da referida lei ainda tenham que passar pelo crivo do STF, acerca de sua constitucionalidade, as alterações que apenas trataram de reafirmar o entendimento já bastante presente, e em algumas situações até consolidado, pela doutrina e jurisprudência pátria, como no caso impossibilidade de o magistrado decretar de ofício a prisão preventiva, bem como a sinalização da obrigatoriedade na realização da audiência de custódia (BRASIL, 1941), não parecem apresentar maiores entraves ao reconhecimento, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, de sua consonância com a Constituição federal e a

CADH, enquanto legislação supralegal, responsável por incorporar o instituto da audiência de custódia, ou audiência de apresentação do preso, em território brasileiro.

Essa obrigação na realização da audiência de custódia ganha especial importância frente a quantidade de presos provisórios no Brasil que, conforme levantamento de dados feito pelo Sistema de informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN (2020), entre janeiro e junho de 2020, abrangendo unidades penitenciárias estaduais e federais, equivalem a cerca de 29,8% dos 702.069 mil presos em diferentes regimes, totalizando, pois, um total de 209.257 presos sem condenação no País, demonstrando, assim, a necessidade de que o controle das prisões se faça desde o início, quando da verificação da necessidade da segregação do preso em flagrante delito durante realização da audiência de custódia, evitando-se uma superlotação desnecessária desses sistemas, mormente quando se verifica que medidas cautelares outras seriam suficientes naquele momento processual.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa objetivou o estudo da audiência de custódia, tendo como objetivo geral analisar os atuais contornos da audiência de custódia a partir da indagação de como tem ocorrido a análise das prisões em flagrante quando da referida audiência. Durante exposição inicial do tema discutiu-se o histórico da audiência de custódia e questões que envolvem seu atual contexto, dentre críticas e elogios, tendo ainda sido observado que esta, apesar da incorporação no ordenamento pátrio ter se dado em 1992, só fora regulamentada em meados de 2015, demonstrando, pois, a inobservância, por mais de duas décadas, dessa garantia processual penal por parte do Estado.

Posteriormente, tratou-se da sistemática da audiência de custódia, sendo destacado os principais passos desde a prisão em flagrante até a realização da audiência. Após, buscou-se descrever as hipóteses de flagrante delito na legislação e demonstrar sua relação com o relaxamento de prisão em sede de audiência de custódia, sendo demonstrado que a análise do flagrante delito consiste em matéria de apreciação obrigatória pelo juiz quando da realização daquela audiência. Identificou-se, ainda, os requisitos que possibilitam o decreto preventivo em sede de audiência de custódia, mormente a imprescindibilidade da legislação processual penal para fins de legalidade das prisões, bem como a problemática do papel do magistrado enquanto sujeito interpretador de conceitos mais amplos como “ordem pública”, além de limites à atuação daquele frente aos entendimentos jurisprudenciais e em razão de alterações legislativas.

Por fim, foram discutidas algumas das importantes alterações, no que concerne a audiência de custódia, introduzidas na legislação processual penal através do pacote anticrime, destacando-se, sobretudo, a reafirmação de um sistema acusatório; a impossibilidade do agir de ofício pela autoridade judicial em eventual decretação de prisão; o entendimento sobre a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia e a responsabilidade das autoridades quando derem causa a não realização daquela. Dessa forma, e por constituir o presente artigo apenas um recorte sobre o tema, outras questões podem vir a ser discutidas a partir desta pesquisa, como, por exemplo, uma abordagem das medidas cautelares fixadas na audiência de custódia; o papel do Juiz, Ministério Público e defesa durante audiência de custódia; bem como os reflexos do “pacote anticrime” na referida audiência.

O estudo da audiência de custódia, portanto, possibilitou que fossem destacados erros, acertos e discussões diversas que perpassam desde os mais entusiastas de medidas extremas e chega até os que se denominam contrários ao que se tem comumente chamado de “cultura do encarceramento”, fato é que o amadurecimento na forma de pensar o sistema prisional já não podia mais subsistir somente enquanto um ideal a ser atingido, e sim como um plano que deve ser efetivamente executado, percebe então que a preocupação não reside exclusivamente no “ser solto” ou no “continuar preso”, ela ultrapassa essa barreira e coloca o procedimento como foco, a exemplo da observância à atuação do juiz balizada por dispositivos legais, bem ainda a impossibilidade do seu agir de ofício quando da conversão de um flagrante em prisão preventiva, reafirmando o fortalecimento de garantias constitucionais e processuais penais.

Desta feita, o presente artigo possibilitou que se vislumbrasse um instituto que surge como forma de modernização do poder de punir do Estado, ante a percepção de um sistema prisional falho, cheio de máculas e pouco efetivo em sua finalidade, quando, em conjunto com suas constantes modernizações, busca reafirmar a liberdade do homem como regra e o seu eventual enclausuramento deve ser devidamente fundamentado, sob pena de se cair no abismo de prisões arbitrárias. A despeito dos avanços, no entanto, não se poderia falar em instituto perfeito, tratando-se, em verdade, de construção lenta e conjunta entre leis, doutrina, e jurisprudência que debatem e confrontam-se, e talvez seja esse o grande cerne do amadurecimento dos diversos institutos jurídicos, e em especial a audiência de custódia ao anunciar um novo olhar ao sistema prisional, medidas cautelares e segregação do homem.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2020.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 Abr. de 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05 de Nov. 2020.

BRASIL. 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. Acesso em 05 de Nov. 2020.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 05 Nov. de 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) – Sistema de informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN).

Disponível em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaWU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWEwMDAtZDIzNWQ5YmlzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MmWYyLTRiOGRhNmJmZThIMSj9>.

Acesso em: 05 de Nov. 2020.

BRASIL. **Provimento conjunto nº 03/2015**. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Disponível em:

<http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>. Acesso em: 17 de Set. 2020.

BRASIL. Resolução nº 213/2015 – Conselho Nacional de Justiça. **Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas**. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>.

Acesso em: 05 de Abr. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 188.888/MG**. “Habeas Corpus” – audiência de custódia (ou de apresentação) não realizada – a audiência de custódia (ou de apresentação) como direito subjetivo da pessoa submetida a prisão cautelar – direito fundamental assegurado pela convenção americana de direitos humanos (artigo 7, n. 5) e pelo pacto internacional sobre direitos civis e políticos (artigo 9, n. 3) – reconhecimento jurisdicional, pelo supremo tribunal federal (adpf 347-mc/df, rel. min. marco aurélio), da imprescindibilidade da audiência de custódia (ou de apresentação) como expressão do dever do estado brasileiro de cumprir, fielmente, os compromissos assumidos na ordem internacional – “pacta sunt servanda”: cláusula geral de observância e execução dos tratados internacionais (convenção de viena sobre o direito dos tratados, artigo 26) – previsão da audiência de custódia (ou de apresentação) no ordenamento positivo doméstico (lei nº 13.964/2019 e resolução cnj nº 213/2015) – inadmissibilidade da não realização desse ato, ressalvada motivação idônea, sob pena de tríplice responsabilidade do magistrado que deixar de promovê-lo (cpp, art. 310, § 3º, na redação dada pela lei nº 13.964/2019) – “habeas corpus” concedido de ofício. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC188888acordao.pdf>. Acesso em 01 de Nov. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus 425.414/RS**. Processual penal e penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Tráfico de drogas. Associação para o tráfico. Prisão em flagrante. Nulidade. Constrangimento ilegal por não realização da audiência de custódia. Superveniência do decreto de prisão preventiva. Questões superadas. Fundamentação concreta. Reiteração delitiva. Ilegalidade. Ausência. Aplicação de medidas alternativas à prisão. Insuficiência à garantia da ordem público. Habeas corpus denegado. 1. A discussão acerca de nulidade da prisão em flagrante fica superada com a conversão do flagrante em prisão preventiva, haja vista a formação de novo título a embasar a custódia cautelar. 2. Em relação à ausência da audiência de custódia, ressaltava pessoal compreensão diversa, o entendimento majoritário desta Sexta Turma é no sentido de que sua não realização não enseja nulidade da prisão preventiva em que posteriormente convertida, pois observadas as outras garantias processuais e constitucionais, restando então superado o exame desse tema. 3. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, explicitado na periculosidade dos acusados, pois já respondem processos criminais pela prática de crime da mesma espécie, o que é admitido por esta Corte como fundamento idôneo para a decretação da custódia, haja

vista concreto risco de reiteração delitiva em face da vivência delitiva dos indiciados. 4. Havendo a indicação de fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, visto que insuficientes para resguardar a ordem pública. Precedentes. 5. Habeas corpus denegado. (HC 425.414/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018) Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702996594&dt_publicacao=14/03/2018. Acesso em: 02 de Nov. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240/SP**. Ação direta de inconstitucionalidade. Provimento conjunto 03/2015 do tribunal de justiça de são paulo. Audiência de custódia. [...] 6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. [...] 11. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada improcedente, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. Relator: Ministro Luiz Fux, 20 de Agosto de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308563579&ext=.pdf>. Acesso em: 17 Out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. **Habeas Corpus n.º 0801568-89.2020.8.02.0000**. Penal e processo penal. Habeas corpus. Acusação de latrocínio. Prisão em flagrante e conversão em preventiva. Flagrante não configurado. Paciente preso no dia seguinte sem comprovação de perseguição. Impossibilidade da prisão preventiva de ofício. Prisão substituída por medidas cautelares. Paciente que responde a outra ação penal. Ordem conhecida e parcialmente concedida. 1 – A impetrante sustentou, com razão, que a prisão em flagrante do paciente foi ilegal, pois o acusado não fora preso logo após o crime, mas apenas no outro dia em casa, e que nenhum instrumento do crime foi encontrado em sua posse, descaracterizando quaisquer das hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal. [...] 3 – Ordem conhecida e, parcialmente, concedida. Impetrante/Def : João Fiorillo de Souza e Bernardo Salomão Eulálio de Souza Impetrado : Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal de União dos Palmares, 06 de Abril de 2020. Disponível em:

<https://www2.tjal.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=273512&cdForo=0>. Acesso em: 31 de Out. de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 5º Ed. Bahia: Juspodivm, 2020.

FULLER, Paulo Henrique. Alterações ao Código de Processo Penal. *In*: JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; PARDAL, Rodrigo. **Lei anticrime comentada: artigo por artigo; inclui a decisão liminar proferida nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Cap. 3, p. 80-221.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

TEIXEIRA, Yuri Serra. **Do grande encarceramento à audiência de custódia: reflexões etnográficas sobre a seletividade penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

