

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS COM AS GARANTIAS LEGAIS

Bruce David A. Guedes¹
Jefferson Calili Ribeiro²

RESUMO

Este trabalho trata acerca da audiência de custódia e as suas consequências em relação às garantias legais. Percebe-se que, com a audiência de custódia em vigor, os números crescentes de pessoas que eram torturadas ou que sofriam algum tipo de ilegalidade na sua prisão em flagrante, têm-se reduzido de forma expressiva. Nesse contexto, questiona-se até que ponto essa Audiência tem contribuído no sentido de humanização do acusado? Assim, o objetivo geral da pesquisa é observar, pela ótica da Resolução 213/2015, se há uma conscientização e melhora quanto ao tratamento recebido pelo preso em flagrante, sendo respeitadas as garantias legais do ato pré-processual. Por meio da pesquisa bibliográfica, conclui-se que audiência de custódia é um importante mecanismo para verificação da necessidade cautelar da prisão, para confirmar se houve algum abuso de autoridade ou alguma irregularidade no ato da prisão.

PALAVRAS-CHAVE: audiência de custódia; direitos; garantias; humanização; preso.

ABSTRACT:

This work deals with the custody hearing and its consequences in relation to legal guarantees. It can be seen that, with the Custody Hearing in force, the growing numbers of people who were tortured or who suffered some type of illegality in their arrest in flagrante delicto, have been significantly reduced. In this context, it is questioned to what extent this Hearing has contributed towards the humanization of the accused? Thus, the general objective of the research is to observe, from the perspective of Resolution 213/2015, if there is an awareness and improvement regarding the treatment received by the prisoner in flagrante delicto, respecting the legal guarantees of the pre-procedural act. Through the bibliographical research, it is concluded thatt custody hearing is an important mechanism for verifying the precautionary need of the arrest, to confirm if there was any abuse of authority or any irregularity in the act of arrest.

KEYWORDS: custody hearing; rights; guarantees; humanization; stuck.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 2.1 DEFINIÇÃO, PREVISÃO LEGAL E FINALIDADE. 2.2 ASPECTOS GERAIS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PONTOS PRINCIPAIS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 4 PRISÃO EM FLAGRANTE. 4.1 A PRISAO EM FLAGLANTE E SUAS FASES. 5 PACOTE ANTICRIME (LEI. 13.964/19) E A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (Fadvale).

² Mestre em Gestão Integrada do Território (GIT) pela Univale - GV e Especialista em Direito Médico e em Ciências Criminais. Professor de Direito Penal e Prática Processual Penal na Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (Fadvale). Advogado. e-mail: mf.jcalili@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O tema proposto versa sobre a audiência de custódia e suas consequências com as garantias legais. Atualmente, nota-se que, com a Audiência de Custódia em vigor, os números crescentes de pessoas que eram torturadas ou que sofriam algum tipo de ilegalidade durante a sua prisão em flagrante, apresenta uma redução em grande escala. Nesse sentido, questiona-se: a eficácia da audiência de custódia em humanizar o acusado e facilitar sua reintegração à sociedade de forma pacífica?

O estudo tem como previsão legal o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), além da Resolução 213/2015, decretada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual trata sobre Audiência De Custódia do preso em flagrante delito. Com essa base legal, o registro de ilegalidades apontadas pelos magistrados tem diminuído de forma gradual, e percebe-se uma evolução quanto à condução do preso em flagrante aos devidos locais legais para o início da fase considerada como pré-processual, até se apresentar ao juiz competente.

Sendo assim, o objetivo geral desse trabalho é observar que, por meio da Resolução 213/2015 e com o advento no pacote anticrime, vem aumentando a conscientização quanto à humanização do tratamento recebido pelo preso em flagrante, destacando as garantias legais do ato realizado após a prisão, devendo a autoridade policial respeitar o prazo previsto de 24 horas. Especificamente, abordar a relevância social sobre a audiência de custódia e suas origens, bem como mostrar os pontos principais dessa audiência, como cenário para conscientizar e humanizar o ato da prisão em flagrante.

A relevância do tema perpassa pela identificação dos principais fatores que envolvem a Audiência de Custódia e seu trâmite legal, atentando-se sempre pela garantia fundamental internacionalmente prevista.

O texto é composto por uma introdução e cinco capítulos. Nos capítulos dois e três, é apresentada a audiência de custódia, sua origem e sua relevância social. No capítulo quatro, são identificados seus principais pontos e, no capítulo cinco, é abordada a importância da conscientização no momento da prisão em flagrante. O sexto e último capítulo trata da conclusão do texto.

2 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

2.1 DEFINIÇÕES, PREVISÃO LEGAL E FINALIDADES

A apresentação pessoal do preso ao juiz competente logo após a efetivação do cerceamento da liberdade, oportunidade em que o magistrado analisará a prática de tortura ou maus tratos pelos policiais, bem como a necessidade da imposição de medidas cautelares prisionais ou não prisionais. Topor e Nunes (2005, p. 29) esclarecem:

A audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de todo cidadão preso ser conduzido, imediatamente, num curto lapso temporal, à presença de uma autoridade judicial competente que deverá, nessa ocasião, analisar a legalidade e necessidade da prisão, bem como averiguar as questões relativas a eventuais maus tratos/tortura. O ato de guardar e proteger estão diretamente relacionados com essa condução a qual deve ser submetida o preso, sem demora. Em suma, o conceito dado à audiência de custódia está totalmente vinculado à sua finalidade. Através da audiência de custódia, o juiz experimenta, pessoalmente, o drama vivido por milhares de cidadãos presos, muitas vezes de forma arbitrária, ou desnecessariamente, proporcionando uma análise muito mais profunda da prisão, e, conseqüentemente, mais completa e mais justa.

Imagine que um meliante estava furtando a bolsa de uma idosa, e foi surpreendido pela polícia, pela sistemática, antes da audiência de custódia, ele seria conduzido à delegacia de polícia, onde lá seria interrogado e posteriormente seria lavrado o auto de prisão em flagrante, o qual seria remetido ao juiz competente. Então, magistrado deveria decidir pela imposição da prisão preventiva ou pela concessão da liberdade provisória.

Com a audiência de custódia o tramite mudou, após a pessoa detida ser conduzida até a delegacia de polícia, o auto de prisão em flagrante é lavrado e conduzido até a presença do juiz para a realização de uma audiência com a participação da acusação e da defesa.

Depois de ouvida as partes, o magistrado deverá decidir pela imposição da prisão preventiva ou pela concessão da liberdade provisória da pessoa detida.

Cumpramos ressaltar, que a audiência de custódia possui previsão no art. 7º Item 5 do Pacto de San José da Costa Rica, também conhecida como a Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

[...]

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (BRASIL, 1992, p. 2).

Já o Pacto Internacional de Direito Civil art. 7º Item 3 da PIDCP diz:

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (BRASIL, 1992, p. 1).

Entretanto, as disposições dos tratados internacionais são muito vagas, somente com essas normas não seria possível realizar audiência de custódia.

Diante deste cenário, em 2015, o Conselho Nacional de Justiça decidiu que a audiência de custódia seria necessária. Assim, cada Tribunal de Justiça passou a regular o tema de forma como bem entendesse, cada estado tinha suas regras, umas mais favoráveis outras nem tanto. A fim de organizar o tema e sua previsão legal, o CNJ editou a resolução 213/2015 a qual regula minuciosamente o procedimento do ato, o CNJ e os Tribunais de Justiça legislaram sobre o Processo Penal cuja competência cabe apenas a União, e tais resoluções não são constitucionais.

Esse tema foi enfrentado pelo STF no Julgamento da ADI 5240/2015:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a

denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O habeas corpus ad subjiciendum, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. (...)STF - ADI: 5240 SP, Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 20/08/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2016) (BRASIL, 2015, p. 1).

Em síntese, as associações de delegados de polícia do Brasil alegou que a resolução dos Tribunais feriu a separação dos poderes, sob o argumento que o judiciário estivesse legislando e também interferindo nas atribuições do Ministério Público e da Defensoria Pública, entretanto o STF entendeu que o art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos autoriza que os direitos nela previstos sejam implementados por meio de leis ou por medidas administrativas caso seja necessário. Sobre a temática, a Convenção Americana de Direitos humanos, art. 2º, esclarece:

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades (BRASIL, 1969, p. 1).

Os direitos fundamentais são tão importantes que eles podem ser regulados por lei ou medidas administrativas desde que o objetivo seja implementá-los. A audiência de custódia ainda não tinha uma previsão legal na legislação brasileira, sendo assim os tribunais puderam licitamente regular o tema ainda que pela via administrativa.

Existem três finalidades para a audiência de custódia, e são elas: a primeira é adequar melhor o Processo Penal Brasileiro, as determinações dos tratados internacionais, depois que o Brasil ratificou a convenção em 1992, a segunda finalidade é colocar frente a frente o preso e o magistrado, fazendo com que o juiz entenda que se trata de uma pessoa que ele está julgando, muitos entendem que isso aprimoraria a forma pela qual a decisão de conversão da prisão em flagrante em preventiva, ou da concessão da liberdade provisória seria proferida.

E por fim a terceira finalidade é fiscalizar melhor a atuação dos maus policiais que torturam presos após terem sido capturados.

Sabe-se que a audiência de custódia é uma audiência especial, para pessoa presa em flagrante, há uma discussão sobre essa audiência ser somente para presos em flagrante ou se consideraria a todos os tipos de prisões.

2.2 ASPECTOS GERAIS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Alguns magistrados chamam de audiência pré-processual, tendo em vista que ainda não existe processo, e ainda não existe denuncia pelo Ministério Público. Em linhas gerais, essa audiência é realizada logo após a prisão da pessoa física.

Não há ainda um consenso sobre essa audiência ser apenas para presos em flagrante, existe estado que editaram resoluções na qual a audiência de custódia deveria ser realizada em qualquer tipo de prisão seja ela preventiva, temporária, aplica-se a maneira indistinta a todas as prisões, mas também em alguns estados restringiram a realização de audiência de custódia apenas para os presos em flagrante.

No Rio de Janeiro houve uma resolução e a defensoria pública do Estado RJ ingressaram com uma Reclamação nº 29303 do STF:

Em que pese o fato de a Reclamação Constitucional nº 29.303 ter sido ajuizada para questionar a Resolução do TJ-RJ (artigo 2º, Resolução TJ-RJ

nº 29/2015), impede pontuar que a restrição das audiências de custódia às prisões em flagrante não é um fenômeno tipicamente fluminense, podendo ser observado no cotidiano dos Poderes Judiciários de Pernambuco e do Ceará, o que somente engradasse a importância do julgamento dessa ação constitucional. A audiência de custódia consiste no direito que todo preso tem, sem demora, de ser entrevistado por um juiz, objetivando que: a) se verifique a eventual ocorrência de maus tratos e (ou) tortura; b) se analise a (i) legalidade; e c) (des) necessidade de sua prisão (BRASIL, 2015, p. 1).

Pondera Paiva (2020, p. 3) “A finalidade da realização do ato será predominantemente prospectiva, voltada para o futuro, para verificar ou reavaliar a necessidade da prisão, notadamente os fundamentos que ensejaram a sua decretação.”

Essa resolução 293030 discute um posicionamento do STF deste tema, e não há até hoje um julgamento definitivo do STF sobre essa reclamação. O art. 1º da Resolução 213/15 CNJ determina que:

[...] toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. (CNJ, 2015, p. 1).

Dados do CNJ informam que no Brasil até junho de 2017 foi realizado 258.485 audiências de custódia, sendo que resultaram em 115697(44,68%) de pessoas liberadas, já os casos em que se resultaram em prisão preventiva foram de 142.988 (55,32%). Houve alegação de violência no ato da prisão em 12.665 (4,90%) e foi feito encaminhamento para assistência social 27.669(10,70) (GOMES, 2018, p. 1).

Por fim, a finalidade das audiências de custódia é apenas para averiguar se foi ocasionada alguma lesão no preso ou se ele sofreu maus tratos durante a condução após sua prisão.

3 PONTOS PRINCIPAIS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Logo após a pessoa ser apresentada ao juízo dentro do prazo de 24 horas, o juiz passa a ouvir o preso. Antes de começar efetivamente a audiência de custódia, o juiz pergunta sobre as circunstâncias da prisão e precisa esclarecer para o preso que

tem direito de permanecer calado; direito garantido pela CRFB/88. Ressalta-se que na sala de audiência de custódia não pode estar presente aqueles agentes que foram responsáveis pela prisão, para não inibir o preso de contar e relatar eventual agressão, é o que se depreende do parágrafo único, art. 4º da resolução do CNJ.

Outro ponto relevante, é o que a súmula vinculante do STF prevê sobre o uso de algemas, a resolução do CNJ determina a retirada da aljava do preso durante a realização da audiência, salvo em caso de resistência e fundado receio de fuga ou perigo da integridade física.

A súmula vinculante do STF 11 prevê que: só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo á integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou de autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado. (BRASIL, 2008, p. 1).

O Ministro Marco Aurélio, no HC 91.952-9/SP, em seu voto fundamentou que o princípio da inocência deve ser levado em conta, ainda que a pessoa esteja presa, todo ser humano merece um tratamento digno, e manter esse preso algemado significa colocar a defesa antecipada em patamar inferior, já basta à situação em que ele se encontra :

HABEAS CORPUS 91.952-9 SÃO PAULO RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO PACIENTE(S): ANTONIO SÉRGIO DA SILVA IMPETRANTE(S): KATIA ZACHARIAS SEBASTIÃO E OUTRO (A/S) COATOR (A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA R E L A T Ó R I O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O julgamento perante o Tribunal do Júri não requer a custódia preventiva do acusado, até então simples acusado - inciso LVII do artigo 5º da Lei Maior. Hoje não é necessária sequer a presença do acusado – Lei nº 11.689/08, alteração do artigo 474 do Código de Processo Penal. Diante disso, indaga-se: surge harmônico com a Constituição manter o acusado, no recinto, com algemas? A resposta mostra-se iniludivelmente negativa. Em primeiro lugar, levem em conta o princípio da não-culpabilidade. É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia o tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito. Segundo o artigo 1º da Carta Federal, a própria República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Da leitura do rol das garantias constitucionais – artigo 5º -, depreende-se a preocupação em resguardar a figura do preso. A ele é assegurado o respeito à integridade física e moral - inciso XLIX. Versa o inciso LXI, como regra, 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. (STF - HC: 91952 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 07/08/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-04 PP-00850) (BRASIL, 2008, p. 1).

O juiz então passará a explicar ao preso para que serve o ato, o juiz tem que explicar que aquela audiência não é para o preso se defender do crime, é questionado ao preso se dado a ele os direitos básicos, direito de comunicação, direito de se comunicar com alguém da família, o direito de se consultar com um advogado ou defensor público, o direito de serem atendidos por um médico, esses são direitos básicos dispostos na CRFB/88, art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, [...] II - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...] XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;”.

Trata-se de um direito constitucional, que garante aos acusados a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (artigo 5º, inciso LV), assinalando ainda que a lei não possa excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (artigo 5, inciso XXXV da CRFB/88). A proteção contra qualquer lesão de direito individual do preso e ampla defesa no processo penal não estaria assegurados se não se permitisse a livre entrevista deste com seu advogado, mesmo na hipótese de se encontrar incomunicável (MIRABETE, 2004, p. 124).

A previsão desse direito não é tão somente constitucional, mas também se encontra resguardado na Lei de Execução Penal, em seu artigo 41, inciso IX, bem como na Lei 8.906 de 1994, Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), art. 7º, inciso III, onde estabelece que:

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

III – comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detida ou recolhida em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis. (BRASIL, 1994, p. 2).

Logo, após o juiz irá indagar sobre as circunstâncias da prisão ou apreensão quando se fala de menor de 18 anos, o juiz perguntará o dia da prisão, depois que foi

preso ou detido, para onde ele foi levado, isso não são circunstâncias da prisão, essa audiência de custódia não entra no mérito da prisão, não averigua a culpa do preso, o juiz ainda questiona sobre o tratamento que ele recebeu por todos os locais em que ele passou antes de ser apresentado naquela audiência

Na audiência de custódia não é o momento de se formular perguntas para produzir provas para investigação, nada poderá ser perguntado sobre os fatos, objeto da prisão. Sendo a pessoa detida do sexo feminino, o juiz tem que fazer algumas perguntas, referentes a gravidez, por exemplo. Tendo em vista caso a pessoa detida seja gestante, ela precisará ir para uma ala especial, receber a medicação adequada, bem como, há exceções para mulheres com filhos menores ou enfermos que acabam recebendo a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Sobre a temática o Supremo Tribunal Federal já decidiu da seguinte forma:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TORTURA. PRISÃO DOMICILIAR. MULHER PRESA. FILHOS DA PACIENTE MENORES DE 12 ANOS DE IDADE. HC COLETIVO Nº 143.641/SP (STF). CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] II - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641, determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes. [...] (STJ - HC: 467738 RJ 2018/0228781-2, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 23/10/2018, T5 - QUINTA TURMA Data de Publicação: DJe 26/10/2018) (BRASIL, 2018, p. 1).

Ressalta-se que em audiência de custódia também deve ser verificado se a pessoa detida é dependente de algum remédio ou droga, se detém algum transtorno mental, para que a pessoa receba o tratamento adequado.

Após o juiz encerrar as suas perguntas ele passa a palavra para o Ministério Público fazer suas perguntas. O CNJ, (2015, p.10) pontua que o juiz deverá indeferir qualquer tipo de perguntas sobre o mérito dos fatos e que possam comprovar ou contribuir para comprovação da imputação.

Ademais, o Ministério Público não só acusa, ele poderá também fazer o relaxamento da prisão ou do flagrante, pois tem a função de promover a justiça e como

acusador, se não houver bases nem elementos para sustentar aquele flagrante, e ela for considerado ilegal, ele deve pedir o relaxamento

4 PRISÃO EM FLAGRANTE

4.1 A PRISÃO EM FLAGRANTE E SUAS FASES

A prisão em flagrante está descrita na CRFB/88, art. 5º LXI: “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, p.17).

O flagrante é dividido em fases, são quatro fases, a primeira fase é a fase da captura, momento em que o sujeito está em situação de flagrância e será capturado será preso, detido, onde ele estiver, e a pessoa legitimada nessa fase é qualquer pessoa, e autoridades e seus agentes.

Conforme já consignado, esta primeira fase da prisão em flagrante pode ser realizada por policiais ou qualquer um do povo. Trata-se da detenção do indivíduo que acabou de cometer um crime, não importando a natureza da infração (se de menor potencial ofensivo ou não), nem as qualidades do agente (imputável ou imputável). O objetivo principal da prisão-captura é proteger o bem jurídico que está sendo lesado com a conduta criminosa, impedindo, assim, a consumação da infração e assegurando a identificação de sua autoria, bem como das fontes iniciais de prova. (SANNINI NETO, 2016, p.1).

A segunda fase é a fase da condução, momento em que a pessoa é levada a presença da autoridade policial para lavratura do flagrante, quem pode ser legitimada nessa fase é a autoridade policial e seus agentes. Sannini Neto (2016, p. 1) destaca que na lavratura do auto de prisão em flagrante, a pessoa responsável pela efetivação desta fase recebe o nome de “condutor”, mas, nem sempre o *condutor* será a mesma pessoa responsável pela prisão-captura, como o caso em que a própria vítima é responsável pela detenção do criminoso, sendo a Polícia Militar posteriormente acionada a condução até o Distrito Policial.

A terceira fase é a fase da lavratura do flagrante e de regra caberá à autoridade atuar como um defensor dos direitos individuais das pessoas envolvidas

na ocorrência, analisando a situação e, depois de efetivada Audiência Preliminar de Apresentação e Garantias, decidir, fundamentadamente, sobre a legalidade da prisão e caso seja constatado não é caso de prisão em flagrantes, a pessoa será liberada, apenas com a lavratura do boletim de ocorrência, que funcionará como uma espécie *denotitia criminis*. (SANNINI NETO, 2016, p.1)

A última fase é a custódia, ou seja, a decisão se o sujeito vai receber liberdade provisória ou se vai ser conduzido ao sistema prisional.

Após a lavratura do auto de prisão em flagrante, não sendo possível a concessão de fiança pelo delegado de polícia ou, se concedida, o preso não tiver condições de pagá-la, o conduzido/indiciado será recolhido ao cárcere, onde ficará à disposição do Poder Judiciário. Com o encerramento dos procedimentos de Polícia Judiciária, que documentam e legitima a prisão em flagrante, o delegado de polícia deve enviar o auto no prazo máximo de 24 horas ao Poder Judiciário para que a legalidade de prisão seja novamente analisada, desta vez, pela autoridade judicial (MENDONÇA, 2011, p. 412).

Por fim, se a prisão for considerada ilegal será relaxada, se prisão legal, o juiz converte flagrante em preventiva.

4.1 PRISAO EM FLAGRANTE E SUAS ESPÉCIES

O flagrante próprio ele está previsto no art. 302, I e II do CPP, quando ocorre esse tipo de flagrante é quando o agente é pego cometendo delito, ou logo após o cometimento do crime.

Estará em flagrante próprio, aquele que é capturado cometendo a infração – O autor está realizando os atos executórios do tipo no momento da captura (302, I, CPP) ou acaba de cometê-la – Os atos executórios, neste caso, já se encerraram, mas o agente, no entanto, não deixou o local do delito (302, II, CPP). (OLIVEIRA, 2014, p.1).

Outra espécie é o flagrante impróprio, é a situação de perseguição, o agente depois que comete o crime ele é perseguido, e no tocante dessa perseguição existe umas peculiaridades, esse flagrante está descrito no art. 302 III do CPP, o

agente é perseguido logo após cometer o delito e essa perseguição é feita pela polícia ou qualquer pessoa.

O inciso III, chamado de flagrante impróprio ou quase-flagrante, diz respeito ao agente que é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que se faça presumir ser autor da infração. Não ficará caracterizado o flagrante delito: se a perseguição não se iniciar logo após; se a perseguição não se iniciar contra agente determinado. Pela expressão “logo após”, não pode se passar mais de uma ou duas horas, dependendo das circunstâncias do caso concreto. Esse espaço temporal estabelece o limite entre flagrante delito e diligências policiais *post delictum*. Quanto à perseguição, essa pode demorar até mais de um dia, desde que se inicie logo após a consumação do delito e seja contra agente determinado. Conforme exposição do desembargador federal Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, o conceito de perseguição se apresenta quando o policial está no rastro do agente, de forma contínua, sem interrupções até o momento da captura. Nesse caso, ainda que não haja previsão legal expressa, não há divergência quanto à desnecessidade de contato visual com o agente, bastando que o perseguidor tenha alguma direção quanto ao seu paradeiro. Da mesma forma, não há prazo de duração da perseguição que possa descaracterizar o estado de flagrância. (MEDEIROS, 2020, p.1).

Já o flagrante presumido ou ficto ele está descrito no art. 302 IV do CPP, esse flagrante é presumido ou ficto porque o agente ele não é pego cometendo crime, nem logo em seguida do cometimento do crime, e ele também não é perseguido, ele não é pego no mesmo dia pode se pego até três dias depois.

Parte da doutrina defende que há, no flagrante, uma evolução temporal, uma “linha do tempo”, em que se figuram as modalidades flagrâncias, iniciando no flagrante propriamente dito, com visualização da conduta, remetendo a uma imediatidade, passando pelo impróprio, onde se comporta um lapso de tempo um pouco maior para início da perseguição (“logo após”) e por fim, no ponto mais longínquo da “linha”, o flagrante presumido ou ficto (“logo depois”) em que se permite um tempo ainda maior na localização do agente. (OLIVEIRA, 2014, p.1).

Esse flagrante é presumido porque ele não foi pego na hora, isso aconteceu em um momento posterior.

Em 2019, foi sancionada a Lei 13.964/19 que fez algumas alterações no Código Penal e uma dessas mudanças e com relação à audiência de custódia que está descrita no art. 310, sabe-se que preso em flagrante é feito a prisão e o preso

tem que ser apresentado no prazo de 24 horas para audiência, caso não seja feita a audiência nesse prazo entende-se que pode até ocorrer o relaxamento da prisão.

5 PACOTE ANTICRIME (LEI. 13.964/19) E A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Antes do advento da lei anticrime (Lei nº 13.964/19) a audiência de custódia era prevista no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, conforme Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992 e não tinha a sua previsão no Código Penal, agora está elencada no art. 310, após o pacote anticrime.

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, 1940, p. 48)

A obrigatoriedade da audiência de custódia não está apenas no *caput*, encontra-se na criação de novos parágrafos do art. 310. O antigo parágrafo único passou a ser parágrafo primeiro. De acordo com Ganen (2020, p. 1) “O ponto mais controverso (e até mesmo inconstitucional, a meu ver) é o § 2º, que impossibilita a concessão de liberdade provisória para os casos de reincidência, organização criminosa armada ou milícia e porte de arma de uso restrito.”

A nova lei trouxe à baila a previsão literal e legal da audiência de custódia. Ao receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, após a realização do flagrante, o juiz deverá promover a audiência de custódia com a presença do acusado, seu defensor ou membro da defensoria pública- ou dativo- e o membro do Ministério Público; momento esse em que juiz poderá, fundamentadamente: se verificar pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qual quer das condições dos incisos I, II ou III do *caput* do art. 23 do Código Penal, poderá, fundamentadamente conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação; verificando a existência de reincidência, ou que custodiado integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. Note-se, que a teor da lei, o juiz, constatando reincidência a participação em organização criminosa ou milícia, ou ainda que o custodiado porte arma de fogo de uso restrito, será caso obrigatório, segundo a letra fria da lei, de denegação da liberdade provisória. Neste ponto, nos parece que há

clara inconstitucionalidade na lei, pois não observa os princípios constitucionais da individualização da pena e da presunção de inocência, entre outros. (FROZI, 2020, p. 2).

Já no parágrafo terceiro há uma norma que obriga realmente a audiência de custódia.

Com o advento da lei anticrime, o Código de processo penal sofreu inúmeras modificações e uma delas foi o seu artigo 310, que prevê expressamente a audiência de custódia. Impende-se registrar que, este citado artigo sobreveio para acabar com a falta de previsão legislativa a respeito da audiência, que antes da lei era prevista somente em uma resolução do CNJ e em um decreto ratificando um Tratado Internacional. (JUSBRAZIL, 2020, p.1).

Assim, o art. 310 refere-se a uma garantia ao agente delitivo de ter sua prisão, efetivamente, comunicada ao juiz de custódia, que verificará a legalidade da prisão administrativa. Se, acaso, a prisão for ilegal, haverá relaxamento da prisão, como posto no inciso I, citado a seguir:

I - relaxar a prisão ilegal;

Pois bem. Registra-se que, não é só determinação infraconstitucional que assevera o relaxamento da prisão em flagrante (Remédio contra prisão ilegal). É também medida expressamente prevista na Carta Magna de 1988, mais especificamente, em seu artigo 5º inciso LXV, disposto a seguir:

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; Nota-se que, a Constituição Federal, por óbvias razões, é uma espécie de espelho legislativo, tendo em vista que, seus dispositivos normativos deverão ser refletidos nas leis infraconstitucionais, para uma maior proteção dos princípios fundamentais previstos em seu artigo 1º e os direitos e garantias fundamentais em seu artigo 5º, sob pena de inconstitucionalidade, acarretando a invocação do Controle de constitucionalidade em abstrato de atos comissivos. É clarividente que a Lex fundamentalis estatuiu uma maior proteção ao indivíduo hipossuficiente em relação às medidas impostas pelo Estado, por isso é imprescindível o seu respeito. (JUSBRAZIL, 2020, p. 1).

Ganen (2020, p. 1) pontua quanto ao artigo 287 do CPP, ele percebe que a mudança é bem interessante, pois, após a regulamentação da realização da audiência de custódia nos casos de prisão em flagrante, ficou uma lacuna sobre a apresentação do preso em decorrência do cumprimento do mandado de prisão, seja prisão preventiva ou prisão temporária.

6 CONCLUSÃO

A partir das análises realizadas, pode-se afirmar que a audiência de custódia não só é eficaz em humanizar o acusado, como também é fundamental para garantir a proteção dos direitos humanos e a integridade física e psicológica do detido.

Além disso, a audiência de custódia é um importante mecanismo para a verificação da necessidade cautelar da prisão, confirmando se houve algum abuso de autoridade ou alguma irregularidade no ato da prisão.

Diante deste cenário, é imprescindível a sua realização no prazo máximo de 24 horas, conforme determinado pelo pacote anticrime da Lei 13.964/19, uma vez que o descumprimento deste prazo pode tornar a prisão ilegal e passível de relaxamento.

Portanto, conclui-se que a audiência de custódia é uma ferramenta essencial para facilitar a reintegração pacífica do acusado à sociedade e garantir a aplicação justa e imparcial da lei.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n.º 108, de 26.08.2020. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08 jun. 2021a.

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: 08 jun. 2021b.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 08 jun. 2021c.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 08 jun. 2021d.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 08 jun.2021e.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República, 1994.
Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em: 08 jun. 2021f.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 08 jun. 2021g.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 91.952-9** São Paulo. Relator: min. Marco Aurélio. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2008.
Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc91952.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2021h.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **STJ - HC: 467738 RJ 2018/0228781-2,** Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 23/10/2018, T5 - QUINTA TURMA Data de Publicação: DJe 26/10/2018. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/conteudo/stf-hc-143-641-sp-nao-cabimento-tortura-prisao-domiciliar#.YMAPzPIKgdU>. Acesso em: 08 jun. 2021i.

BRASIL. **Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015.** Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-audiencias-custodia-cnj.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2021j.

BRASIL. **ADI 5240/15 Ação Direta de inconstitucionalidade.** Ação Direta de inconstitucionalidade. Provimento conjunto 03/2015 Do Tribunal de Justiça de São Paulo. Audiência de custódia. Relator Ministro Luiz Fux, Julgado em 20 de out. de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 08 jun. 2021l.

FROZI. Wagner. Das Alterações trazidas pela Lei nº 13.964/19 – Lei do Pacote Anticrime- ao Código de Processo Penal Brasileiro. **Jus.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79477/das-alteracoes-trazidas-pela-lei-n-13-964-19-lei-do-pacote-anticrime-ao-codigo-de-processo-penal-brasileiro>. Acesso em: 08 jun.2021.

GANEM, Pedro Magalhães . Entenda as mudanças na audiência de custódia com o Pacote Anticrime. **Jusbrasil.** Disponível em: <https://pedromaganem.jusbrasil.com.br/artigos/803660749/entenda-as-mudancas-na-audiencia-de-custodia-com-o-pacote-anticrime>. Acesso em: 08 jun.2021.

GOMES, Fernanda Maria Alves. Audiência de custódia uso de algemas e relaxamento da prisão. **Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/289504/audiencia-de-custodia--uso-de-algemas-e-relaxamento-da-prisao>. Acesso em: 08 jun.2021.

JUSBRASIL. Audiência de custódia (Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019). **Jusbrasil**, 2019. Disponível em: <https://vinciuiiuss.jusbrasil.com.br/artigos/821628258/audiencia-de-custodia-lei-n-13964-de-24-de-dezembro-de-2019>. Acesso em 16 jun.2021.

MEDEIROS, Flávio Meireles. Artigo 302º CPP – Caracterização do flagrante delito. **Jusbrasil**, 2020. Disponível em: <https://flaviomeirellesmedeiros.jusbrasil.com.br/artigos/1109434655/artigo-302-cpp-caracterizacao-do-flagrante-delito>. Acesso em: 08 jun.2021.

MEDEIROS, Felipe Rocha de. A súmula vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal (STF). **Canal Ciências Criminais**, 24 jul. 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/sumula-vinculante-11-stf/>. Acesso em: 08 jun. 2021.

MIRABETE. Júlio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SANNINI NETO. Francisco. As seis fases da prisão em flagrante. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/321036465/as-6-fases-da-prisao-em-flagrante>. Acesso em: 08 jun. 2021.

OLIVEIRA, Diego Renoldi Quaresma de. Da natureza da prisão em flagrante e suas modalidades. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://diegorenoldi.jusbrasil.com.br/artigos/152734078/da-natureza-da-prisao-em-flagrante-e-suas-modalidades>. Acesso em: 08 jun. 2021.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação Constitucional nº 29303 decisão proferida, 07 de maio de 2019, pelo Ministro Ricardo Lewandowski. **Conjur**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-09/eduardo-newton-reclamacao-constitucional-29303-mercede-decidida>. Acesso em: 08 jun. 2021.

TÓPOR, Klayton Augusto Martins e NUNES, Andréia Ribeiro. **Audiência de custódia**: controle jurisdicional da prisão em flagrante. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.