

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO**

**GABRIELA HADDAD TEIXEIRA**

**PROJETO DE LEI Nº 554/2011 DO SENADO FEDERAL  
BRASILEIRO E A REGULAMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS  
DE CUSTÓDIA**

**Brasília  
2015**

GABRIELA HADDAD TEIXEIRA

**PROJETO DE LEI Nº 554/2011 DO SENADO FEDERAL BRASILEIRO E  
A REGULAMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA**

Monografia apresentada como requisito parcial  
para obtenção do grau de bacharel em direito  
pela Faculdade de Direito da Universidade de  
Brasília

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dra. Cristina Zackseski

Brasília  
2015

## RESUMO

O presente trabalho tem como foco o estudo da audiência de custódia a partir de sua regulamentação no projeto de lei nº 554/2011 do Senado Federal. Com a implementação da referida audiência, a pessoa detida em flagrante deverá ser apresentada ao juiz em um prazo de até 24 horas, sendo esse o maior contraste com a atual sistemática processual, visto que hoje somente é remetido ao juiz o auto de prisão em flagrante, de modo que o magistrado não tem qualquer contato com a pessoa presa. Assim, partindo da atual sistemática processual, serão discutidos alguns problemas decorrentes da mera remessa do auto de prisão em flagrante ao juiz, notadamente a prática de agressões e torturas por agentes policiais; violações à ampla defesa; e a falta de humanidade no tratamento com o detido. Ao analisar a reforma sugerida com a implementação da audiência de custódia, observar-se-ão quais as possíveis soluções para os problemas apontados e possíveis novos problemas identificados no referido projeto de lei.

**Palavras-chave:** Audiência de custódia. Flagrante delito. Projeto de lei nº 554/2011 do Senado. Processo Penal.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 A PRISÃO EM FLAGRANTE ANALISADA A PARTIR DE SEU CONTRASTE COM AS PRISÕES CAUTELARES E SOB A ÓTICA DA EFETIVAÇÃO (OU NÃO) DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS QUE A REGEM.....</b>	<b>10</b>
<b>1.1 Prisões Cautelares.....</b>	<b>10</b>
1.1.1 <i>Prisão Temporária .....</i>	<i>11</i>
1.1.2 <i>Prisão Preventiva .....</i>	<i>12</i>
1.1.3 <i>Prisão em Flagrante.....</i>	<i>15</i>
<b>1.2 Especificidades da Prisão em flagrante: Princípios e Garantias Constitucionais que regem a prisão em flagrante .....</b>	<b>18</b>
1.2.1 <i>Princípios Constitucionais .....</i>	<i>18</i>
1.2.2 <i>Garantias Constitucionais.....</i>	<i>27</i>
<b>2 O ATUAL TRATAMENTO PROCESSUAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE E OS PROBLEMAS RESULTANTES DESTE PROCEDIMENTO .....</b>	<b>31</b>
<b>2.1 Dispositivos processuais regulamentadores da prisão em flagrante.....</b>	<b>31</b>
2.1.1 <i>Projeto de lei nº 373/2015 da Câmara dos Deputados e o aumento das hipóteses de flagrante.....</i>	<i>35</i>
<b>2.2 Problemas advindos da atual sistemática da prisão em flagrante .....</b>	<b>38</b>
2.2.1 <i>A prática de tortura.....</i>	<i>38</i>
2.2.2 <i>Violações ao Princípio da Humanidade .....</i>	<i>42</i>
2.2.3 <i>Violações à ampla defesa e às premissas de um sistema acusatório.....</i>	<i>43</i>
<b>3 O PROJETO DE LEI Nº 554/2011 DO SENADO E A RESPECTIVA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. SUAS SOLUÇÕES E NOVOS PROBLEMAS. ....</b>	<b>47</b>
<b>3.1 Tratados Internacionais e a previsão de apresentação imediata da pessoa detida ao juiz .....</b>	<b>47</b>
<b>3.2 Atual redação do PLS Nº 554/2011: alterações e inovações por ele trazidas</b>	<b>49</b>
3.2.1 <i>Alterações relativas à prevenção de torturas .....</i>	<i>51</i>
3.2.2 <i>Alterações relativas à humanidade no tratamento processual .....</i>	<i>53</i>
3.2.3 <i>Alterações relativas à efetivação da ampla defesa .....</i>	<i>53</i>
3.2.4 <i>Previsão de limites à audiência de custódia .....</i>	<i>54</i>
3.2.5 <i>Prevenção de decretação de prisões preventivas desnecessárias .....</i>	<i>55</i>

<b>3.3 Problemas observados no PLS N° 554/2011 .....</b>	<b>58</b>
3.3.1 <i>Consequências da não observação do prazo de apresentação do preso.....</i>	<i>58</i>
3.3.2 <i>Possibilidade de não realização da audiência.....</i>	<i>60</i>
3.3.3 <i>Possibilidade de realização da audiência de custódia por videoconferência ...</i>	<i>61</i>
3.3.4 <i>Pouca efetividade na prevenção de execuções.....</i>	<i>63</i>
<b>3.4 Observação das audiências de custódia no Distrito Federal .....</b>	<b>65</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>73</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco o estudo do projeto de lei nº 554/2011 e a respectiva regulamentação da audiência de custódia que este pretende implementar. De um modo geral, a reforma sugerida por este projeto de lei consiste na condução da pessoa detida em flagrante à presença do juiz em um prazo de até 24 horas para realização da referida audiência de custódia, momento no qual irá se decidir sobre o relaxamento da prisão, a concessão de liberdade provisória ou a decretação da prisão preventiva. Percebe-se, portanto, que, caso seja aprovada, esta norma irá causar mudanças significativas na regulamentação processual relativa à prisão em flagrante, visto que atualmente não há previsão de condução do preso à presença do juiz.

Assim, diante do contraste entre a reforma proposta e o atual cenário processual, questiona-se se a então vigente sistemática da prisão em flagrante favorece a violação dos direitos fundamentais do preso em flagrante - notadamente o direito à integridade física e psicológica e o direito à ampla defesa. A hipótese inicial é de que as atuais normas processuais de fato criam uma situação de vulnerabilidade ao preso e, como consequência, a violação aos direitos fundamentais do detido se tornaria mais propícia.

Desse modo, este estudo pretende verificar se estas violações realmente constituem uma realidade na prática forense a partir da narrativa dos autores que abordam o tema e de documentos e relatórios produzidos sobre as práticas processuais e seus efeitos sobre os direitos e garantias fundamentais dos acusados/suspeitos. Caso essas violações sejam comprovadas, um questionamento adicional há de ser feito, no sentido de se analisar se a reforma prevista no Projeto de Lei nº 554/11 traria mudanças com potencialidade para alterar a situação de agressões identificada.

A atualidade do debate acerca das audiências de custódia no âmbito legislativo, bem como no âmbito das discussões sobre segurança pública indica que a implementação legal da referida audiência já está bem próxima. Em alguns casos, essas audiências constituem mesmo uma realidade, visto que há projeto do Conselho Nacional de Justiça que permite que tribunais estaduais adotem esta prática, sendo que mais da metade dos

estados brasileiros já aderiram à realização das audiências de custódia. Nesse contexto, o estudo desse instituto é crucial, para que se verifique seu funcionamento, possíveis benefícios e malefícios.

Importante ressaltar que, tanto na doutrina como no debate parlamentar, as audiências de custódia têm sido apontadas como um instrumento para assegurar os direitos do preso. Assim, uma análise crítica deste instituto neste momento em que o projeto de lei está em pleno debate é fundamental para que se observe até que ponto o objetivo inicial está sendo efetivado durante a tramitação legislativa. Ou, de modo diverso, até que ponto os discursos midiáticos de pânico acerca da criminalidade impedem que medidas de respeito aos direitos fundamentais dos presos sejam concretizadas.

Nesse sentido, a análise da implementação das audiências de custódia aqui realizada será norteada pela ideia de que a atuação do Sistema Penal é, em potencial, uma atuação instável e violenta e que por isso mesmo precisa ser limitada. A ideia de limitação do Sistema Penal pode ser observada na perspectiva da Criminologia Cautelar trabalhada por Zaffaroni, que tem como foco a redução dos danos causados pela atuação punitiva, de forma que um sistema que esteja voltado para o combate de ilícitos não seja ele próprio a causa de mais ilegalidades. Nesse contexto de tentativa de retenção do potencial letal do sistema penal, a observância dos direitos humanos dos presos é ferramenta fundamental para delimitar os contornos do sistema punitivo, de modo que, qualquer ação estatal que viole esses direitos a pretexto de se viabilizar a persecução penal, não deve encontrar legitimidade em uma perspectiva cautelar.

Seguindo este parâmetro, em um primeiro momento, este trabalho pretende verificar se a atual sistemática processual da prisão em flagrante tem ocasionado violações e, posteriormente, analisar as medidas passíveis de serem adotadas no sentido de se prevenir essas agressões. Logo, a audiência de custódia será trabalhada aqui como um instrumento de cautela, um instrumento cujo objetivo deve ser a preservação da integridade dos presos, de modo a diminuir as violações ocasionadas pelo Sistema Penal.

Para tanto, no primeiro capítulo serão apresentadas as modalidades de prisões processuais – prisões sem condenação transitada em julgado- admitidas no sistema processual brasileiro. Dentre elas destaca-se a figura da prisão em flagrante, que é o ponto inicial para o debate acerca das audiências de custódia. Ainda nesse capítulo, serão apresentados princípios

e garantias constitucionais que regem a prisão em flagrante, sendo importante ressaltar que estes elementos serão trabalhados como limitadores da atuação estatal em seu poder punitivo.

No segundo capítulo, será apresentada a atual regulamentação processual da prisão em flagrante para que se perceba o seu contraste com a reforma sugerida pelo projeto de lei nº 554/2011. Ademais, neste momento, irá se verificar se existem problemas decorrentes deste sistema processual e quais as suas consequências relativamente ao asseguramento dos direitos fundamentais dos presos.

Por fim, no terceiro capítulo, será feita a exposição do projeto de lei 554/2011 tal qual se encontra na sua atual fase de tramitação no Senado. Neste capítulo, será realizada uma análise das mudanças trazidas pela implementação da audiência de custódia, refletindo-se como elas devem afetar a prática forense. O foco de análise não será o instituto da audiência de custódia de forma abstrata, mas sim da forma como esta audiência foi concretizada no texto do projeto de lei, justamente para que se percebam suas falhas - a partir do que constatamos da situação atual- seus pontos positivos e a dinâmica da tramitação legislativa. Ademais, serão feitos alguns apontamentos a partir da observação das audiências de custódia que já estão ocorrendo no Distrito Federal.

Não obstante as alterações que o texto do referido projeto de lei ainda pode sofrer, o seu estudo desde já se mostra necessário para a construção de uma reforma processual que efetivamente consiga garantir direitos fundamentais dos presos, sendo este o ponto de partida deste trabalho.

# **1 A PRISÃO EM FLAGRANTE ANALISADA A PARTIR DE SEU CONTRASTE COM AS PRISÕES CAUTELARES E SOB A ÓTICA DA EFETIVAÇÃO (OU NÃO) DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS QUE A REGEM**

O estudo da audiência de custódia deve partir, inicialmente, de uma análise da prisão em flagrante, tendo em vista que é este instituto que desencadeia todo o procedimento que levará à realização da audiência. Dessa forma, neste capítulo inicial, será abordada a prisão em flagrante e seu contraste com as espécies de prisões cautelares; adicionalmente, serão explicitados alguns princípios e garantias constitucionais que regem, ou deveriam reger, a prisão em flagrante, para que se observe até que medida os ditames constitucionais vêm sendo efetivados na prática.

## **1.1 Prisões Cautelares**

Tradicionalmente, a doutrina brasileira caracteriza a prisão em flagrante como espécie de prisão cautelar, distinguindo, portanto, três espécies de prisões cautelares: a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão em flagrante.<sup>1</sup>

As prisões cautelares são aquelas denominadas “prisões sem pena” ou prisões processuais, justamente por serem executadas sem que haja sentença condenatória com trânsito em julgado que tenha cominado uma pena em concreto ao acusado. Assim, como medida de absoluta excepcionalidade, as prisões cautelares permitem um aprisionamento precário do acusado/indiciado que ainda não foi julgado e condenado.

A natureza acautelatória das prisões processuais é observada nas finalidades que estas buscam atingir, quais sejam: o acautelamento do processo ou da fase de investigação preliminar, seja para garantir o normal desenvolvimento da colheita de provas, seja para garantir o direito estatal de aplicar a pena em caso de eventual condenação. Percebe-se, portanto, que as prisões cautelares são instrumentais.

---

<sup>1</sup> A título de exemplo, citam-se os autores Afrânio Silva Jardim; Julio Fabbrini Mirabete; Antônio Alberto Machado; Edilson Mougenot Bonfim; e Marco Antonio Vilas Boas.

### 1.1.1 Prisão Temporária

Começando a análise das prisões cautelares pela prisão temporária, temos que esta é uma modalidade de prisão prevista apenas na lei 7.960/89, não constando do Código de Processo Penal. A prisão temporária tem uma função de acautelamento bem demarcada, visto que sua função exclusiva é a proteção do regular curso da investigação policial:

A finalidade da custódia temporária é tão-somente a de proporcionar meios e condições necessários para a realização de algum ato de investigação que não seria possível sem a detenção do indiciado. Ou seja, somente se justifica a prisão temporária, segundo a própria lei, se ela for absolutamente indispensável para a prática de alguma diligência investigatória que ficaria prejudicada se o autor do crime estivesse solto.<sup>2</sup>

Considerando a sua restrita finalidade, a prisão temporária só pode ser decretada no curso do inquérito, não sendo cabível durante a ação penal. Ademais, sua decretação depende da representação da autoridade policial ou da requisição do Ministério Público, não podendo ser decretada de ofício pelo juiz.

Para a decretação da prisão temporária, a lei prevê três requisitos, elencados nos incisos de seu art. 1º: (I) a imprescindibilidade para as investigações policiais; (II) o fato de o indiciado não ter residência fixa ou não fornecer elementos para sua identificação; e (III) a existência de fundadas razões sobre a autoria ou participação do indiciado em crimes de homicídio doloso, sequestro, cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal, quadrilha ou bando<sup>3</sup>, genocídio, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro e os demais delitos previstos na lei de crime hediondos.

Esses requisitos, no entanto, não autorizam isoladamente a decretação da prisão temporária. “A decretação da prisão temporária depende da existência concomitante da hipótese do inciso III, configuradora do *fumus comissi delicti*, em conjunto com uma das hipóteses do incisos I ou II, reveladoras do *periculum libertatis*.”<sup>4</sup>

Contudo, essas hipóteses previstas na lei abrem espaço para crítica. Isto porque, se a função precípua da prisão temporária é permitir o regular curso da investigação

---

<sup>2</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 527.

<sup>3</sup> O art. 1º, inc. III, alínea “I” da Lei de Prisão Temporária (lei 7.960/89) não foi alterado desde a mudança do Código Penal em 2013, que não mais traz a previsão dos crimes de quadrilha ou bando. Necessária, portanto, uma alteração legal para que se inclua a referência ao crime de associação criminosa, previsto no art. 288 do Código Penal.

<sup>4</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 423.

policial, o requisito da “imprescindibilidade para as investigações policiais” deve sempre estar presente, sendo ele a própria razão de existir da prisão temporária. É por este motivo que o mero fato de o agente ter praticado um dos crimes previstos no inciso III e não ter residência fixa não deveria ser suficiente para a decretação da prisão temporária. Nesse caso, seria necessário, portanto, a cumulação dos três requisitos citados.

Relativamente ao seu prazo, a prisão temporária tem a duração de 5 dias, prorrogáveis por mais cinco dias em casos de extrema e fundamentada necessidade. A lei de crimes hediondos expande este prazo, afirmando que para os crimes hediondos e equiparados, a prisão temporária terá duração de 30 dias, prorrogáveis por mais 30 dias. Em qualquer caso, a prisão temporária pode ser revogada quando não mais subsistirem os motivos que autorizaram sua decretação. Ademais, por ter um prazo certo e determinado, qualquer prisão que ultrapasse os limites temporais legais se torna ilegal, devendo ser imediatamente relaxada.

Por fim, a prisão temporária, quando normatizada em 1989 foi bastante criticada, visto que acabou por legitimar prisões arbitrárias, denominadas “prisões para averiguações” feitas ilegalmente na época do regime militar. Apesar de editada em regime democrático, a prisão temporária ainda manteve espaço para arbitrariedades. Isso porque, a lei da prisão temporária não exige sequer a certeza da existência material do crime, sendo suficiente apenas a existência de “fundadas razões” quanto a sua prática. Ademais, o conceito de “imprescindibilidade para a investigação” é extremamente vago, sendo que facilmente qualquer prisão pode ser classificada como imprescindível para a realização de diligências policiais. Nesse sentido,

[...] é evidente que esses pressupostos, pela incerteza de um e vagueza de outro, poderão ensejar a decretação da medida em situações de prova muito precária quanto à existência do crime e quanto à imprescindibilidade da prisão do indiciado. É evidente também que isso favorece as decretações indiscriminadas, fundadas numa espécie de poder geral de cautela do juiz, o que é obviamente incompatível com um processo penal de garantias.<sup>5</sup>

### *1.1.2 Prisão Preventiva*

Analisando agora a prisão preventiva, observamos que esta modalidade de prisão está regulamentada no próprio Código de Processo Penal em seu art. 312:

Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para

---

<sup>5</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 535.

assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.<sup>6</sup>

Assim, a decretação da prisão preventiva depende da prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, sendo esses elementos representativos do *fumus comissi delicti*; e também da presença de alguma situação de risco à ordem pública, à ordem econômica, à conveniência da instrução criminal ou à aplicação da lei penal, sendo esses os fatores constitutivos do *periculum libertatis*. Ademais, presentes esses requisitos, a prisão preventiva só é cabível nas hipóteses delimitadas no art. 313 do Código de Processo Penal:

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;

Parágrafo único. 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.<sup>7</sup>

Importante reforçar que o art. 313 apenas delimita os casos em que a prisão preventiva é aceita. Contudo, é imprescindível que, em qualquer desses casos, os requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis* explicitados no art. 312 estejam presentes; caso contrário, a prisão preventiva perde sua função de acautelamento, se tornando uma prisão sem justificativa e, portanto, ilegal.

Apresentada a sistemática processual da prisão preventiva, importante ressaltar a crítica doutrinária quanto à prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública e da ordem econômica. A prisão preventiva, como espécie de prisão cautelar, deve ser instrumental, voltada para assegurar o desenvolvimento da ação penal. Nesse sentido, a prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando realizada de forma fundamentada está de acordo com a finalidade cautelar

---

<sup>6</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código Processo Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2015.

<sup>7</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código Processo Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2015.

que deve cumprir. De modo diverso, uma prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública ou econômica não presta qualquer acatamento ao processo. Pelo contrário, funciona já como espécie de resposta à população abalada pelo suposto delito; uma condenação sumária do indivíduo; verdadeira espécie de pena antecipada:

Quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-institucional como da perspectiva político criminal.<sup>8</sup>

A questão se torna ainda mais delicada quando se observa a indeterminação do termo “ordem pública”. Por ser expressão extremamente abstrata e vaga, qualquer indivíduo pode ser preso preventivamente com fundamento na garantia da ordem pública, bastando apenas uma construção retórica para tanto. Neste ponto, o papel da mídia é emblemático, pois é ela a principal responsável pela construção dos inimigos ameaçadores da ordem pública. Em uma verdadeira expressão da criminologia midiática, tal qual exposta por Zaffaroni<sup>9</sup>, o delinquente comum passa a ocupar o espaço do bode expiatório, sujeito identificado pela mídia como responsável por todo mal observado na sociedade, fonte do medo social e causador de insegurança. Sua neutralização, então, se torna imperiosa, surgindo o clamor público por “justiça”. Assim:

Explorado midiaticamente, o pedido de prisão vem na continuação, sob o argumento da necessidade de tutela da ordem pública, pois existe um “clamor social diante” dos fatos...

Ou seja, constrói-se midiaticamente o pressuposto da posterior prisão cautelar. Na verdade, a situação fática apontada nunca existiu; trata-se de argumento forjado.<sup>10</sup>

Da mesma forma, a prisão para garantia da ordem econômica não se sustenta como medida cautelar. Este fundamento de prisão também em nada contribui para o desenvolvimento do procedimento principal – da ação penal- e, portanto, já carece de natureza instrumental. Além disso, se a ideia é tutelar a lesão econômica causada pelo delito, visando ao

---

<sup>8</sup> SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Nota Dez, n. 10, p. 114.

<sup>9</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>10</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 867.

ressarcimento do dano causado em caso de eventual condenação, medidas tais quais o sequestro ou a indisponibilidade de bens teriam eficácia maior do que a decretação da prisão preventiva.

### 1.1.3 Prisão em Flagrante

Por fim, nosso ordenamento prevê ainda a hipótese de prisão em flagrante. A prisão em flagrante tem como função principal interromper de forma imediata uma situação de suposto delito. Observando, no entanto, essas breves considerações sobre as prisões cautelares, a classificação da prisão em flagrante como prisão cautelar merece maior reflexão. Isto porque, de fato, em um primeiro momento, a prisão em flagrante se sustenta como prisão cautelar já que também é modalidade de prisão sem pena, isto é, prisão sem que haja sentença condenatória com trânsito em julgado. Mas, ao analisar o aspecto de acautelamento, não mais se verifica a possibilidade de classificação da prisão em flagrante como prisão cautelar.

Não há prisão em flagrante para assegurar a produção de provas, tampouco para assegurar a execução de pena. Embora na prisão em flagrante o *fumus comissi delicti* seja evidente -visto que a pessoa é presa em flagrante delito- não há, nesta modalidade de prisão, qualquer análise de *periculum libertatis*, isto porque a prisão em flagrante não se mantém no tempo, sendo instituto de absoluta precariedade. Atentos a essa questionável natureza acautelatória da prisão em flagrante, há autores na doutrina brasileira que divergem quanto à classificação desse tipo de prisão como uma modalidade de prisão cautelar.

Podemos citar, neste sentido, Walter Nunes da Silva Junior<sup>11</sup> para quem a prisão em flagrante é mera medida administrativa. O referido autor defende que a prisão em flagrante nada mais é do que uma expressão do dever-poder de polícia estatal, que diante de o cometimento de um ato ilícito, deve agir para cessá-lo. Nesta concepção, como verdadeiro ato administrativo que é, a prisão em flagrante não pode ser chamada de medida processual, tampouco medida processual acautelatória. O autor citado sequer se refere a esta modalidade como uma espécie de prisão, visto que seria mera detenção. Nesse sentido:

O flagrante delito não acarreta a prisão do agente, mas a sua mera detenção. Dessa forma, a prisão em flagrante não tem a propriedade de levar o agente à prisão, mas apenas detê-lo para que o juiz, este sim decida a sua sorte,

---

<sup>11</sup> SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Teoria Constitucional do Direito Processual Penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro**. 2005. 875 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufpe.br/jspui/bitstream/123456789/4013/1/arquivo5907\\_1.pdf](http://www.repositorio.ufpe.br/jspui/bitstream/123456789/4013/1/arquivo5907_1.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2015.

devido, porém, deixar de prendê-lo, ou seja não leva-lo à prisão quando ele tiver o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança.<sup>12</sup>

Ainda sobre a natureza jurídica da prisão em flagrante, Tourinho Filho apresenta posição diversa sobre o tema. De pronto, afirma categoricamente que “a prisão em flagrante inclui-se entre as prisões cautelares na natureza processual.” Porém, logo em seguida, prossegue: “não obstante se trate de medida cautelar, o ato de prender em flagrante não passa de simples ato administrativo.”<sup>13</sup> Assim, o autor faz uma sutil diferença entre a prisão em flagrante, que seria medida processual acautelatória e o ato de prender em flagrante, sendo este um ato administrativo.

Continuando em sua exposição, Tourinho Filho afirma que:

Se a prisão-captura é um ato emanado do poder de polícia do Estado, manifesto é o seu caráter administrativo. Entretanto, depois de efetivada a prisão e de lavrado o respectivo auto, a prisão em flagrante pode converte-se e se convolar numa verdadeira medida cautelar.<sup>14</sup>

Destaca-se, no entanto, que se irá ocorrer a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, é esta última que se reveste de verdadeira natureza cautelar. Se, da análise do auto de prisão em flagrante, o juiz decide fundamentadamente pela sua convalidação em prisão preventiva, será então a prisão preventiva responsável pelo acautelamento do processo. Assim, a posição do autor de que a prisão em flagrante seria, no momento da captura, um ato administrativo e posteriormente uma prisão cautelar de natureza processual não se sustenta, visto que nesse momento posterior já não mais persiste a prisão em flagrante e sim a prisão preventiva.

Por fim, bastante interessante é a classificação dada por Aury Lopes Jr.<sup>15</sup> para quem a prisão em flagrante seria medida pré-cautelar. O autor aponta que, dentro dos parâmetros legais, lavrado o auto de prisão em flagrante, este deve ser remetido ao juiz em no máximo 24 horas para que decida sobre o relaxamento da prisão, a concessão de liberdade provisória ou a sua conversão em prisão preventiva. Assim, a prisão em flagrante não autoriza que ninguém fique preso por mais de 24 horas. Logo, em tão curto período de tempo, a prisão

---

<sup>12</sup> SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Teoria Constitucional do Direito Processual Penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro**. 2005. 875 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufpe.br/jspui/bitstream/123456789/4013/1/arquivo5907\\_1.pdf](http://www.repositorio.ufpe.br/jspui/bitstream/123456789/4013/1/arquivo5907_1.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2015, p. 805.

<sup>13</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 3 vol. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 485.

<sup>14</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 3 vol. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 486.

<sup>15</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 823.

em flagrante não é capaz de exercer uma função acautelatória propriamente dita. Isto é, ela não tem o condão de assegurar a produção de provas ou a execução da sanção penal. Sua única função seria de remeter o caso ao juiz para que este decida pela liberdade do detido ou pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, essa sim verdadeira prisão cautelar. Daí, portanto, o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante.

Não obstante as divergências doutrinárias quanto à natureza jurídica e o fundamento e funções da prisão em flagrante, um fator é certo: o antigo fundamento da prisão em flagrante quando da promulgação do Código de Processo Penal em 1941 não mais se sustenta. No projeto original do Código de Processo Penal, quando alguém era preso em flagrante, podia ser posto imediatamente em liberdade, com ou sem fiança, quando a pena cominada ao delito era considerada pequena. No entanto, para os delitos mais graves, o sujeito permanecia preso até o fim do processo:

Dizia-se mesmo que a prisão daquele que fosse surpreendido em estado de flagrância satisfazia a opinião pública, tranquilizava a opinião pública abalada pelo crime e, por último, restaurava a confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade.<sup>16</sup>

Observa-se, portanto, como a prisão em flagrante era instrumento deturpado, uma vez que esta espécie de prisão já cumpria a própria função da pena-sanção em seu caráter preventivo geral positivo. Nesse sentido, explica-se que as Teorias Relativas da Pena, em linhas gerais, indicam que, dentre as funções preventivas da pena, há aquela de intimidação do indivíduo pela própria cominação da pena em abstrato para que este não venha a cometer delitos, sendo essa uma função preventiva geral negativa. Adicionalmente, para além da cominação em abstrato da pena, há ainda sua aplicação concreta quando do cometimento do delito. Esta execução da pena, juntamente com o caráter retributivo, possui também uma função preventiva geral positiva, na medida em que sua execução reafirma perante a sociedade a validade do direito violado. “Assim, enquanto o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração.”<sup>17</sup>

Percebe-se assim que, no fundamento vigente quando da promulgação do Código de Processo Penal em 1941, havia uma clara antecipação da culpabilidade do réu preso

---

<sup>16</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 3 vol. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 482-483.

<sup>17</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 115.

em flagrante, de modo que a sua detenção no momento de flagrância e posterior manutenção em cárcere durante todo o processo já servia como forma de reafirmação do direito violado.

Uma vez superado este temerário fundamento, a prisão em flagrante atualmente é caracterizada como instituto precário e instrumental -portanto, não voltado para uma aplicação antecipada da pena-, que somente pode ser aplicado em casos de necessidade e urgência taxativamente previstos no art. 302 do Código de Processo Penal. Para entender melhor esses atributos da prisão em flagrante, imprescindível é a análise dos princípios e garantias constitucionais que permeiam essa modalidade de prisão.

## **1.2 Especificidades da Prisão em flagrante: Princípios e Garantias Constitucionais que regem a prisão em flagrante**

### *1.2.1 Princípios Constitucionais*

Inicialmente, cumpre ressaltar que a prisão em flagrante- assim como a prisão temporária e a prisão preventiva- parecem entrar em conflito com o princípio da presunção de inocência, visto que são situações de prisão sem efetiva condenação. No entanto, este conflito é apenas aparente, pois nenhuma dessas modalidades de prisão tem fundamento em uma espécie de condenação prévia do réu. Para assegurar que estas espécies de prisão não adquiram um caráter punitivo ou retributivo, essencial é que sua aplicação seja fundada em uma base principiológica que não permita sua deturpação. Nesse sentido:

A base principiológica é estruturante e fundamental no estudo de qualquer instituto jurídico. Especificamente nessa matéria – prisões cautelares- são os princípios que permitirão a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia de presunção de inocência.<sup>18</sup>

Fundamental, portanto, que se passe agora aos princípios que orientam a prisão em flagrante e delimitam seus contornos.

#### **1.2.1.1 Princípio da presunção de inocência**

O princípio da presunção de inocência vem expresso no art. 5º, LVII da Constituição Federal, que dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Referido princípio pode ser considerado a base do

---

<sup>18</sup>LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 809.

sistema processual penal, visto que molda toda a condução do processo, atribuindo o ônus probatório integralmente àquele que acusa, isto é, ao Estado. Porém, mais do que uma garantia processual, a presunção de inocência configura um verdadeiro atributo do indivíduo no Estado Democrático de Direito:

O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana. (...) Inocente se nasce, permanecendo-se nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal e, seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provocar a ocorrência de uma definitiva condenação criminal.<sup>19</sup>

No contexto de uma prisão em flagrante, a presunção de inocência necessita de ser reforçada ainda mais veemente. Isto porque, se a pessoa foi presa em flagrante delito, se foi presa no próprio momento de cometimento do crime, fácil é para o senso comum já tê-la como culpada.

A desconstrução deste senso comum pode ser feita primeiramente a partir de uma análise formal. O texto constitucional é claro ao estabelecer que o estado de culpado só se constitui após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Antes desse momento, todo e qualquer sujeito é inocente, ainda que se “tenha visto” a prática do delito.

Assim, ainda que a prisão em flagrante torne o suposto delito evidente, o réu que responde ao processo após uma prisão em flagrante, o faz com sua inocência integralmente conservada. Ressalta-se, no entanto, que se trata aqui de uma análise principiológica e, portanto, deontológica, do “dever-ser”. Não se ignora que o senso comum também pode atingir a prática forense, de modo que o réu preso em flagrante infelizmente pode ter seu estado de inocência indevidamente prejudicado já no início da análise processual.

Ademais, não bastasse a clareza do texto constitucional quanto ao estado de inocência, o momento da prisão em flagrante não é um momento de evidência do delito, mas sim de *aparência* da ocorrência de um delito.

Como a própria origem da palavra indica, “flagrante (...) significa ardente, que está em chamas, que arde, que está crepitando”<sup>20</sup>. Assim, a prisão em flagrante é detenção feita no calor do momento, no instante próprio do desenrolar dos fatos. Ora, é manifesto que

---

<sup>19</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 285.

<sup>20</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 3º vol. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 479.

em situação tão conturbada se torna impossível apurar de pronto os fatos que ali ocorrem. A prisão em flagrante é feita para cessar uma situação de perturbação da ordem, mas que não necessariamente será um delito. É possível que aquele preso em flagrante esteja agindo em legítima defesa própria ou putativa, em estado de necessidade, ou mesmo em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, sendo essas causas excludentes de ilicitude que eliminam o próprio caráter delitivo da conduta.

Assim, se em um primeiro momento havia a aparência da prática de um delito, uma averiguação mais detida demonstra que ali não houve qualquer cometimento de ilícito. Esta situação demonstra claramente como, mesmo em um episódio de prisão em flagrante, a presunção de inocência do indivíduo é princípio fundamental que deve ser resguardado e assegurado.

Por fim, ainda para reforçar o estado de inocência daquele que é preso em flagrante, citam-se alguns aspectos processuais que podem ocorrer. É possível, por exemplo, que após a instauração do processo não se consigam provas aptas a demonstrar a culpabilidade do agente. Dessa forma, esse indivíduo, mesmo preso em flagrante em um primeiro momento, será absolvido, já que a insuficiência de provas é causa expressa de absolvição no Código de Processos Penal.<sup>21</sup>

Ou ainda, é possível que, dada a morosidade do Estado, ocorra a extinção da punibilidade do agente pela prescrição, sendo essa mais uma situação em que não obstante a flagrância do suposto delito, o estado de inocência do réu não é abalado.

Percebe-se, assim, como a prisão em flagrante não é suficiente para desconstruir (ou ao menos não deveria ser) o estado de inocência do réu. A presunção de inocência é princípio assegurado constitucionalmente e deve pautar toda condução do possível processo instaurado após a prisão em flagrante.

Dessa forma, diante do princípio da presunção de inocência, a prisão em flagrante só se justifica em razão de sua instrumentalidade, isto é, sua capacidade de levar o caso do detido em flagrante à análise do juiz. De modo a efetivar referido princípio, jamais

---

<sup>21</sup>“Art. 386 - O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VII – não existir prova suficiente para a condenação.”

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código Processo Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2015.

poderá a prisão em flagrante extrapolar seu aspecto de instrumentalidade e se tornar espécie de antecipação da possível condenação do detido.

### 1.2.1.2 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade dentro do processo penal tem sua maior expressão como forma de limitar o poder Estatal. Assim, de forma a impedir atuações abusivas por parte do Estado, este só está permitido a atuar restringindo a liberdade do indivíduo nas hipóteses expressamente previstas em lei.

Com a prisão em flagrante não seria diferente. Por ser medida de extrema excepcionalidade, que cerceia a liberdade de ir e vir do indivíduo, esta só pode ter aplicação nos casos expressos autorizados pelo ordenamento jurídico.

É por esta razão que o art. 5º, LXI da Constituição Federal afirma 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”.

Percebe-se, assim, que, salvo os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, só existem duas hipóteses em que alguém pode ser preso, sendo elas: o flagrante delito e a prisão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

De modo a reforçar os limites legais da prisão em flagrante, o art. 302 do Código de Processo Penal regulamenta o dispositivo constitucional, explicitando quais situações são consideradas como hipótese de flagrante delito:

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 papeis que façam presumir ser ele autor da infração.<sup>22</sup>

Dessa forma, o princípio da legalidade restringe sobremaneira as hipóteses em que alguém poderá ser preso em flagrante. No entanto, referido princípio é ainda mais abrangente, pois também determina que, ocorrendo qualquer dessas hipóteses, a prisão em

---

<sup>22</sup>BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código Processo Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2015.

flagrante deve se desenvolver segundo certos critérios pré-definidos em lei. Assim, embora a prisão em flagrante seja momento anterior à fase processual, pode-se falar em um devido procedimento legal a ser seguido para a execução da prisão em flagrante.

Esse procedimento legal está definido no Título IX, Capítulo II do Código de Processo Penal e será melhor detalhado posteriormente. No momento, destaca-se apenas que a não observância desse procedimento fere o princípio da legalidade, tornando a prisão em flagrante ilegal e impondo o seu imediato relaxamento.

Logo, a fim de se respeitar o princípio da legalidade, não basta que a prisão ocorra nas hipóteses legais definidas como flagrante. Além disso, a prisão em flagrante, sobretudo nos momentos posteriores à detenção do indivíduo, deve seguir estritamente o procedimento definido no Código de Processo Penal.

### **1.2.1.3 Princípio da Jurisdicionalidade**

O princípio da jurisdicionalidade indica que as medidas de restrição de direitos devem necessariamente ser decretadas por decisão judicial devidamente motivada. Essa obrigação de manifestação da autoridade judiciária decorre da própria Constituição Federal quando, em seu art. 5º, LIV, determina que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Embora a sistemática da prisão em flagrante seja diferente das medidas cautelares propriamente ditas, também esta espécie de detenção passa pelo controle judicial:

A prisão em flagrante é medida pré-cautelares, uma precária detenção, que pode ser feita por qualquer pessoa do povo ou autoridade policial. Neste caso, o controle jurisdicional se dá em momento imediatamente posterior, com o juiz homologando ou relaxando a prisão e, a continuação, decretando a prisão preventiva ou concedendo liberdade provisória.<sup>23</sup>

O fato de a análise da jurisdicionalidade da prisão em flagrante ser posterior à própria detenção não deslegitima o instituto, até porque há a possibilidade de imediato relaxamento das prisões que não observaram os ditames legais.

Ademais, exigir uma prévia manifestação judicial para se decretar a prisão em flagrante seria um contrassenso, uma verdadeira impossibilidade teórica que prejudicaria a

---

<sup>23</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 809.

própria existência do instituto. Se a ideia da prisão em flagrante é intervir de forma imediata em uma situação de suposto delito, não há qualquer tempo hábil para uma manifestação prévia da autoridade judiciária.

Esse conhecimento *a posteriori*, pelo juiz, da prisão em flagrante também reforça sua instrumentalidade e caráter pré-cautelar. A prisão em flagrante, como exposto acima, não pode servir ao acautelamento do processo justamente porque sua decretação não parte de uma análise crítica e fundamentada da autoridade judiciária. O momento da detenção em flagrante, pelo contrário, é intervenção direta na suposta ação delitiva, que inclusive pode ser feita por qualquer pessoa do povo. Assim, sua função é estritamente instrumental, de modo a permitir que o caso chegue ao conhecimento do juiz e este aplique sua jurisdição ao caso concreto, efetivando o princípio da jurisdicionalidade.

Logo, se por um breve período de tempo, a prisão em flagrante permite a restrição da liberdade sem que haja decisão judicial, isso se dá exclusivamente pelo seu caráter instrumental e pré-cautelar. No entanto, esta prisão, em hipótese nenhuma se prologará no tempo sem que haja decisão judicial motivada autorizando referida manutenção; ademais, a hipótese de imediato relaxamento da prisão ilegal garante que a legalidade da prisão em flagrante seja respeitada mesmo quando a manifestação jurisdicional ocorre *a posteriori*.

#### 1.2.1.4 Princípio do contraditório

O contraditório significa “a oportunidade concedida a uma das partes para contestar, impugnar, contrariar ou fornecer uma versão própria acerca de alguma alegação ou atividade contrárias ao seu interesse”<sup>24</sup>. O princípio do contraditório, apesar de tão reforçado durante o processo penal, frequentemente não é efetivado em sede de medidas cautelares, ou pré-cautelares, como é o caso da prisão em flagrante:

Falar em contraditório em sede de medida cautelar, há alguns anos era motivo de severa crítica, senão heresia jurídica. Mas ele é perfeitamente possível e sempre reclamamos sua incidência. Obviamente, quando compatível com a medida a ser tomada.<sup>25</sup>

Como explicitado anteriormente, a análise judicial da prisão em flagrante é feita posteriormente à própria detenção. Logo, não há qualquer óbice à efetivação do

---

<sup>24</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 341.

<sup>25</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 810.

contraditório no momento da manifestação judicial acerca da prisão em flagrante. Uma vez que a prisão em flagrante já se concretizou e a situação de suposto delito em flagrante já foi tutelada, a aplicação do princípio do contraditório é perfeitamente compatível com a função pré-cautelares de detenção imediata do suposto autor de um delito.

É certo que a prisão em flagrante é medida precária, que não mantém o sujeito detido por período de tempo significativo. No entanto, as consequências advindas da prisão em flagrante podem interferir diretamente e de forma severa na liberdade do indivíduo, considerando que há a possibilidade de decretação da prisão preventiva a partir da prisão em flagrante. Por isso mesmo, a efetivação do contraditório neste âmbito é imprescindível.

Ao afirmarmos a necessidade de efetivação do contraditório no âmbito da prisão em flagrante, referimos à necessidade de manifestação da defesa técnica antes da decisão judicial relativa ao relaxamento da prisão em flagrante, à concessão de liberdade provisória ou à conversão em prisão preventiva. Assim, a defesa poderá impugnar e contestar o auto de prisão em flagrante, além de fornecer sua versão acerca dos fatos alegados.

#### **1.2.1.5 Princípio da Provisoriedade**

O princípio da provisoriedade, por sua vez, assevera o aspecto provisório da prisão em flagrante. A detenção em flagrante é medida que se presta à tutela de uma situação fática.<sup>26</sup> Superado o pressuposto fático que autorizou a decretação desta medida, não há mais qualquer autorização legal para que se mantenha a restrição de liberdade.

Percebe-se, portanto, como a prisão em flagrante é medida de absoluta precariedade. Referido instituto se volta unicamente às hipóteses de flagrante delito expressamente delimitadas no Código de Processo Penal. Uma vez feita a detenção daquele que estava em flagrante delito e levado o caso à apreciação judicial, a prisão em flagrante já tutelou plenamente a situação fática em questão; não subiste qualquer razão para que esta se mantenha.

É certo que o juiz, ao analisar o auto de prisão em flagrante, pode ainda convolar a detenção em flagrante em prisão preventiva. No entanto, nessa hipótese, ele o faz porque ali estão presentes os requisitos da prisão preventiva (*fumus comissi delicti e periculum libertatis*) e não porque o flagrante em questão está sendo prolongado no tempo.

---

<sup>26</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 812.

Importante ressaltar que a prisão em flagrante e a prisão preventiva são institutos diferentes e que aquela se esgota no momento mesmo em que o auto de prisão em flagrante é analisado pelo juiz e este profere uma decisão a respeito. Ainda que haja a decretação de prisão preventiva, esta já é uma nova hipótese de prisão, com pressupostos fáticos-legais próprios e específicos, de maneira que a absoluta precariedade da prisão em flagrante não é excepcionada.

### 1.2.1.6 Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade, apesar de ter grande importância na restrição do poder punitivo estatal, é princípio de difícil delimitação. Surgido entre os séculos XVII e XVIII, o princípio da humanidade está inserido dentro do contexto do Iluminismo, consistindo na “afirmação da existência de direitos inerentes à condição humana”.<sup>27</sup> Assim, o Estado que então surgia, fundado em um contrato social, tinha que assegurar e respeitar os direitos humanos. No contexto da atuação da punição estatal, este princípio molda “um direito penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário, e sem penas degradantes”.<sup>28</sup>

A proibição de penas degradantes, verdadeira concretização do princípio da humanidade, é observada em nosso ordenamento jurídico na própria Constituição Federal, no art. 5º, XLVII e suas alíneas, que expressamente vedam a pena de morte (com exceção de casos de guerra declarada); a pena de caráter perpétuo; pena de trabalhos forçados; pena de banimento; bem como qualquer pena cruel. Entretanto, observa-se que

Em que pese tal consagração implícita e expressa na lei de hierarquia máxima, trata-se do princípio mais ignorado pelo poder criminalizante. As agências judiciais podem impor em parte sua observância, mas há aspectos que, por dependerem somente das agências executivas, são de difícil controle.<sup>29</sup>

Não obstante as dificuldades de se concretizar o princípio da humanidade no contexto da atuação das agências executivas, este princípio tem também grande importância na limitação da atuação dos magistrados quando da fixação das penas. Assim, adicionalmente à vedação de penas degradantes, o princípio da humanidade é efetivado também com o

---

<sup>27</sup> LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 47.

<sup>28</sup> LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 47.

<sup>29</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 233.

estabelecimento de penas racionais e proporcionais, para que a punição estatal não se subverta em mera vingança institucionalizada:

*A racionalidade da pena implica tenha ela um sentido compatível com o humano e suas cambiantes aspirações. A pena não pode, pois, exaurir-se num rito de expiação e opróbrio, não pode ser uma coerção puramente negativa. Isso não significa, de modo algum, questionar o caráter retributivo, timbre real e inegável da pena. Contudo, a pena que se detém na simples retributividade, e portanto converte seu modo em seu fim, em nada se distingue da vingança. [...]*

*Da proporcionalidade pode extrair-se igualmente a proibição de penas perpétuas. Como registrou com exatidão Cattaneo, a prisão perpetua, com seu caráter de definitividade, ou seja, de eliminação da esperança, contraria o senso da humanidade.<sup>30</sup>*

O princípio da humanidade, no entanto, não está restrito tão somente à delimitação dos contornos da pena. A humanização do Direito Penal e Processual Penal é também observada em outros dispositivos constitucionais, tais como: o art. 5º, XLIII que considera como crime grave a prática de tortura; o art. 5º, LVI que veda a utilização de provas ilícitas; o art. 5º, XLI que pretende punir discriminações atentatórias dos direitos e garantias fundamentais; o art. 5º, XLVIII que estabelece que a pena deve ser cumprida em estabelecimento adequado, segundo a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; e o art. 5º, XL que assegura as presidiárias o direito de amamentar seus filhos.<sup>31</sup>

Esta maior abrangência do princípio da humanidade é explicitada por Zaffaroni<sup>32</sup> para quem o princípio da humanidade consiste no reconhecimento do condenado como pessoa humana. Assim, não só aplicação da pena, mas todo o procedimento de acusação e eventual condenação deve levar em conta que o réu que ali figura é um ser humano e não um objeto sob o qual se aplica uma restrição.

Nesta perspectiva mais ampla, o princípio da humanidade é efetivado com a participação do condenado no processo como verdadeiro sujeito, sendo lhe dada a oportunidade de ser ouvido no exercício de sua autodefesa, bem como de participar e estar presente em todos os atos processuais que o envolvam.

<sup>30</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 100-101.

<sup>31</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2015.

<sup>32</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *apud* LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 46.

### 1.2.2 *Garantias Constitucionais*

Além dos princípios constitucionais que delimitam os contornos da prisão em flagrante, há ainda garantias constitucionais que asseguram direitos essenciais àquele detido em flagrante. Vejamos quais são essas garantias.

#### 1.2.2.1 **Garantia da dupla comunicação**

O art. 5º, LXII da Constituição Federal estabelece que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.<sup>33</sup> Portanto, a prisão em flagrante determina à autoridade policial uma obrigatoriedade de comunicação dupla.

O juiz competente deve ser comunicado do fato para que proceda ao controle judicial da prisão em flagrante. Ressalta-se que, no atual sistema processual penal, a comunicação ao juiz é feita pela mera remessa do auto de prisão em flagrante a esta autoridade.

Adicionalmente, a família do preso, ou pessoa por ele indicada, deve ser comunicada para que tome as providências que achar necessárias. Percebe-se que a comunicação à família do preso ou a pessoa a ele indicada é garantia constitucional que viabiliza a ampla defesa, uma vez que, para que o sujeito se defenda, imprescindível é que se tenha conhecimento da sua prisão.

#### 1.2.2.2 **Garantia a não auto incriminação e e garantia à defesa técnica**

Já em seu art. 5º, LXIII a Constituição Federal prevê que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.<sup>34</sup>

Configura-se neste dispositivo um direito essencial do preso, qual seja, o direito de permanecer calado. Embora a constituição se refira especificamente ao direito de nada dizer a expressão “permanecer calado” tem conteúdo mais amplo, indicado o direito do preso de não produzir qualquer prova contra si mesmo. Como indicado anteriormente, uma vez

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2015.

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2015.

vigente a presunção de inocência, o ônus probatório recai todo sobre quem acusa. Assim, não conseguindo o Estado produzir provas suficientes a uma condenação e não sendo o preso obrigado a produzir provas contra si mesmo, é o estado de inocência que prevalece, resultando na sua absolvição.

Ademais, referido dispositivo constitucional traz ainda o direito à assistência familiar e de advogado. Tal previsão deixa evidente que o direito à assistência de advogado não está restrito à fase processual, sendo certo que desde o momento da prisão em flagrante, antes mesmo da instauração de processo, a pessoa detida tem direito a uma assistência técnica.

### 1.2.2.3 Garantia de identificação

Esta garantia está expressa no art. 5, LXIV da Constituição Federal que dispõe que “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”.<sup>35</sup>

Esta previsão constitucional é um facilitador para que, em casos de tortura e ilegalidades no momento da prisão, seja possível a identificação e possível responsabilização dos envolvidos.

É bem verdade que a investigação de um caso de tortura é mais complexa e exige um completo acervo probatório para que possa ocorrer a condenação dos responsáveis. Assim, a mera identificação do responsável pela prisão não é elemento que por si só garante segurança plena ao preso, mas já é um fator de intimidação para impedir a ocorrência de maus tratos e tortura.

### 1.2.2.4 Garantia de relaxamento da prisão ilegal

O art. 5º, LXV por sua vez dispõe que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.<sup>36</sup> Esta garantia é consequência do próprio princípio da legalidade que deve reger os limites da prisão em flagrante. Em se tratando da restrição de

<sup>35</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2015.

<sup>36</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2015.

liberdade de um indivíduo, deve-se observar uma legalidade estrita, de modo a não haver espaço para arbitrariedades.

Assim, a prisão em flagrante tem hipóteses legais de incidência e além disso há todo um procedimento a ser seguido imediatamente após a detenção. A não observância dos ditames legais torna a prisão em flagrante ilegal, devendo esta ser imediatamente relaxada.

A Constituição Federal é precisa ao dizer que prisão ilegal será relaxada. Neste caso, não se fala em concessão de liberdade provisória, justamente porque a decretação de liberdade provisória pressupõe que alguém estava detido justa e legalmente. Contudo, como a hipótese em tela é de uma prisão ilegal, esta deve ser relaxada, de modo a reforçar que ali nunca houve uma prisão válida. Tanto é assim, que o auto de prisão em flagrante nem mesmo é homologado.

Por fim, embora evidente, cita-se ainda que qualquer prisão que envolva tortura, maus tratos e abusos, será obviamente uma prisão ilegal, sendo imperioso o seu imediato relaxamento.

### **1.2.2.5 Garantia à integridade física e moral**

O art. 5, XLIX da Constituição Federal dispõe que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.<sup>37</sup> A clareza do dispositivo dispensa maiores comentários, sendo óbvio que uma vez detido, o indivíduo passa à tutela do Estado, que fica responsável pela sua integridade e respeito a sua condição humana.

As consequências resultantes da violação desta garantia são a possibilidade de indenização àquele que sofreu maus tratos enquanto preso, bem como a responsabilização do agente causador. No entanto, a dificuldade de acesso à justiça faz com que os detidos que tiveram sua integridade violada acabem por não buscar qualquer resposta estatal, ficando assim em uma situação de desamparo.

Assim, com a exposição dos princípios e garantias constitucionais que regem a prisão em flagrante, percebe-se que, em maior ou menor medida, alguns deles não são concretizados na prática. A partir de uma percepção geral e panorâmica sobre o funcionamento

---

<sup>37</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2015.

do Sistema Penal, constata-se que os princípios da presunção de inocência, do contraditório e da humanidade são os que mais carecem de efetivação. Já em relação às garantias constitucionais, observa-se que a garantia à defesa técnica desde o momento do flagrante e sobretudo a garantia à integridade física e moral da pessoa detida vêm sendo ignoradas no âmbito da prisão em flagrante. Ante esta realidade, importante analisar o atual regimento processual da prisão em flagrante para que se perceba como as normas processuais contribuem para a efetivação ou violação dos ditames constitucionais.

## 2 O ATUAL TRATAMENTO PROCESSUAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE E OS PROBLEMAS RESULTANTES DESTE PROCEDIMENTO

### 2.1 Dispositivos processuais regulamentadores da prisão em flagrante

Feito os apontamentos dos limites constitucionais da prisão em flagrante, passa-se agora à análise dos principais<sup>38</sup> artigos do Código de Processo Penal que regulamentam os dispositivos constitucionais, dando forma à prisão em flagrante. Neste ponto, ressalta-se que o aspecto formal, no processo penal, não é um fator secundário, sendo a forma justamente a garantia do réu contra abusos do *jus puniendi* estatal. Assim:

Se a prisão em flagrante possui caráter excepcional, pois amplia o poder estatal de supremacia, em detrimento do direito de locomoção, sem as formalidades processuais do prévio controle jurisdicional, evidente que as normas formais impostas à autoridade administrativas são indeclináveis: trata-se de requisitos *ad sollemnitatem* cuja razão de ser se encontra na excepcionalidade do poder conferido à referida autoridade.<sup>39</sup>

Começamos destacando o ponto de maior excepcionalidade da prisão em flagrante, qual seja, o fato de que a titularidade de sua execução não está restrita às autoridades policiais, conforme indica o art. 301 do Código de Processo Penal: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.<sup>40</sup>

Realizada a detenção, pelas autoridades policiais ou mesmo por qualquer pessoa do povo, o conduzido deve ser encaminhado à autoridade competente, sendo esta o delegado de polícia.

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo

---

<sup>38</sup> Por razões de delimitação temática, não será feita a análise de todos os dispositivos do Código de Processo Penal que regulam a prisão em flagrante, mas tão somente daqueles que estão em conexão direta com o problema sugerido neste trabalho.

<sup>39</sup> MARQUES, Frederico. *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 3 vol. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 504.

<sup>40</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código Processo Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2015.

de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.<sup>41</sup>

Neste dispositivo, são apresentados diversos procedimentos que devem ser realizados pela autoridade competente. Basicamente são ouvidas todas as pessoas envolvidas no momento da detenção em flagrante, ou seja, são ouvidos o próprio detido, o condutor do flagrante- que é a pessoa que realizou a prisão em flagrante- a vítima e testemunhas que tenham presenciado o fato. Estas oitivas servem para que se reconstrua o ambiente do flagrante, possibilitando a detecção de possíveis ilegalidades. Com esses elementos, é lavrado o auto de prisão em flagrante, documento essencial para o controle judicial da prisão em flagrante.

Prosseguindo na análise processual, passa-se ao art. 306 do Código de Processo Penal, que é o centro de toda a discussão aqui proposta. Vejamos sua atual redação:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

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

§ 2º - No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.<sup>42</sup>

Começando a análise pelo §2º do art. 306, tem-se a figura da nota de culpa. A nota de culpa é o instrumento que materializa a previsão constitucional do art. 5º, LXIV da Constituição Federal (garantia de identificação), sendo este um documento que contém a identificação do responsável pela prisão em flagrante, as testemunhas que presenciaram os fatos, a identificação da autoridade responsável pela formação do auto de prisão em flagrante e ainda os motivos da prisão. A nota de culpa a ser entregue ao preso é elemento essencial para o exercício da ampla defesa, vez que o conhecimento das imputações que lhe são feitas é imprescindível para que se exerça uma defesa de qualidade. Ademais, a nota de culpa é mais um instrumento que, junto com o auto de prisão em flagrante, funciona como um empecilho às

---

<sup>41</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código Processo Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2015.

<sup>42</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código Processo Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2015.

prisões ilegais, visto que identifica o agente que realizou a detenção, possibilitando assim sua responsabilização quando verificada qualquer ilegalidade.

Por fim, destaca-se que o Código de Processo Penal estabeleceu um prazo peremptório para que a nota de culpa seja entregue ao preso. Isto é, não sendo referido documento entregue no prazo de 24 horas, a prisão é tida como ilegal e deve ser imediatamente relaxada pelo juiz.

O *caput* do art. 306 do Código de Processo Penal, por sua vez, regulamenta o art. 5º, LXII da Constituição Federal, trazendo à garantia de comunicação da prisão em flagrante ao juiz, à família do preso ou à pessoa por ele indicada e – neste ponto o art. 306 inova em relação ao texto constitucional – trazendo também a necessidade de comunicação do Ministério Público:

A nova redação, dada pela lei n. 12.403, de 04 de maio 2011, inseriu a imediata comunicação da prisão também ao Ministério Público, até para que possa acompanhar o desenrolar da situação e postular a prisão preventiva ou alguma outra medida cautelar diversa.<sup>43</sup>

Como apontando, o *caput* do art. 306 faz referência à comunicação da prisão ao juiz. O §1º, por seu turno, explicita como esta comunicação é feita atualmente, ditando que “será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante”.<sup>44</sup> Percebe-se, portanto, que o único contato que o juiz tem com a situação do preso em flagrante é a leitura de um documento -o auto de prisão em flagrante.

Esta sistemática favorece que as circunstâncias nas quais ocorrem a prisão em flagrante se tornem obscuras, de difícil conhecimento pelo juiz. Assim, é possível que, no momento da prisão, o indivíduo seja submetido a maus tratos, a tratamento degradante ou até mesmo à tortura e tais fatos não sejam registrados no auto de prisão em flagrante.

A atual disposição do Código de Processo Penal deixa o preso em situação de fragilidade, pois a autoridade que elabora o auto de prisão em flagrante está diretamente envolvida na situação de detenção, de modo que esta fica propícia a omitir certas ilegalidades, para que não venha ser responsabilizada futuramente.

---

<sup>43</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 840.

<sup>44</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código Processo Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2015.

É certo que o art. 304 do Código de Processo Penal faz referências a testemunhas que serão ouvidas e cujos depoimentos constarão do auto de prisão em flagrante. Este, de fato, seria um fator que diminuiriam as chances de tortura e maus tratos de presos. No entanto, logo em seguida, o §2º do mesmo artigo dispõe que “a falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade”.<sup>45</sup>

Assim, não há uma exigência efetiva de que se faça a oitiva de testemunhas que presenciaram o momento da prisão em flagrante, vez que a ausência dessas não acarreta a nulidade do auto. Mas, nesse caso, referido dispositivo estabelece ainda a necessidade da assinatura de pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso, ante a ausência de testemunhas do momento da prisão.

Contudo, essa também é uma previsão que não protege o preso efetivamente; isto porque, o que se observa na prática forense é que essas duas pessoas adicionais que assinam o auto de prisão em flagrante são também policiais e seus depoimentos são meras transcrições integrais daquilo já dito pelo condutor do flagrante, também este uma autoridade policial. Percebe-se, portanto, que há um ambiente de corporativismo em torno da prisão em flagrante que dificulta a real percepção do que de fato tenha ocorrido.

Por fim, a sistemática processual da prisão em flagrante se encerra com a análise do auto de prisão em flagrante pelo juiz e das conseqüentes decisões possíveis de serem proferidas neste momento. O art. 310 do Código de Processo Penal dispõe que:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória,

---

<sup>45</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código Processo Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2015.

mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.<sup>46</sup>

Assim, deverá o juiz relaxar as prisões ilegais, efetivando assim a legalidade estrita que deve reger o processo penal. O magistrado poderá ainda converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, mas somente quando outras medidas cautelares não forem suficientes ao acautelamento da investigação, de forma que a prisão preventiva se apresenta como *ultima ratio*. E, por fim, o juiz deverá conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, quando não presentes motivos para a imposição de medidas cautelares, ou quando verificar que o agente tenha agido sob alguma excludente de ilicitude.

### *2.1.1 Projeto de lei nº 373/2015 da Câmara dos Deputados e o aumento das hipóteses de flagrante*

Atualmente as hipóteses de flagrante delito estão previstas no art. 302 do Código de Processo Penal:

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 papeis que façam presumir ser ele autor da infração.<sup>47</sup>

A análise dessas hipóteses demonstra que o objetivo principal da prisão em flagrante é interferir de forma imediata na situação de suposto delito. Mesmo nos casos dos incisos III e IV em que o flagrante não se dá no momento próprio da ação considerada delitiva, a característica da imediatez é em certa medida conservada, visto que na hipótese do inciso III há perseguição logo após o delito; e na hipótese do inciso IV o agente é encontrado<sup>48</sup> ainda com os instrumentos do crime, demonstrando assim uma proximidade temporal com a conduta, o que, em tese, justificaria o flagrante.

---

<sup>46</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código Processo Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2015.

<sup>47</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código Processo Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2015.

<sup>48</sup> Não se trata de um encontro fortuito, mas sim um encontro pelo fato de o agente estar sendo procurado pela prática daquela conduta, em tese, delitiva.

Ressalta-se que essas duas últimas hipóteses de flagrante são mais frágeis do ponto de vista da legalidade, visto que o flagrante não se dá no momento da prática do verbo núcleo do tipo penal, o que pode criar um amplo espaço de arbitrariedade na qual qualquer conduta poderia ser considerada como situação de flagrante delito. Essa fragilidade também é observada no fato de que essas duas hipóteses finais trabalham com uma presunção de autoria, o que a rigor seria “inconstitucional, pois à luz da presunção de inocência não se pode ‘presumir a autoria’, senão que ela deve ser demonstrada e provada”<sup>49</sup>. Assim, levando em conta esses elementos mais problemáticos dessas duas hipóteses de flagrante, um maior controle de legalidade fica a cargo do Judiciário, a quem cabe relaxar as prisões que foram feitas em situações nas quais não se tratava de flagrante.

Considerando que os casos de flagrante previstos no Código de Processo Penal são taxativos, há projeto de lei de número 373/2015 da Câmara dos Deputados, que tem como objetivo alargar as hipóteses de flagrante, já tendo sido, inclusive, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania daquela Casa. O referido projeto cria uma nova hipótese de flagrante, denominado flagrante provado, que, segundo o texto do projeto de lei, teria a seguinte forma:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:  
é encontrado, tempo depois, reconhecido pela vítima, por testemunha do crime pessoalmente, ou por terceiro, que o reconheça por filmagem ou foto da ação criminosa, ou por ter sido encontrado e confessado o crime.<sup>50</sup>

Nessa nova modalidade, conforme apresentado na justificativa do autor da proposta, o flagrante provado duraria por “tempo indeterminado” respeitando apenas dispositivos legais tais quais a prescrição. Assim, se dias depois da ação delitiva, a vítima reconhecer por foto o suposto autor do delito, este poderia ser preso em flagrante. O autor da proposta a justifica dizendo que:

A grande maioria dos crimes, principalmente os violentos, não tem resposta do Estado com a prisão em flagrante.

(...)

A previsão legal do “flagrante provado” vem modificar esta situação, que é frequente, não só para satisfazer com justiça o mal causado a vítima no procedimento policial até o julgamento, mas também dá ao Estado a condição real de solução nos casos mais frequentes. Sabemos que atualmente, o delinquente não fica preso e a autoridade policial depende subjetivamente e

<sup>49</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 829

<sup>50</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código Processo Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2015.

burocraticamente de um posterior mandado de prisão, que nem sempre acontece.<sup>51</sup>

Pela análise da justificativa apresentada pelo autor da proposta, percebe-se que há um grande contrassenso na hipótese de flagrante provado. Isso se dá pela própria natureza da prisão em flagrante, visto que esta modalidade de prisão é medida que visa somente interromper a situação de suposto delito, no momento próprio da ação. Não faz sentido que alguém seja preso em flagrante, dias depois, quando a ação não mais ocorre. Ademais, a prisão em flagrante é medida de absoluta precariedade, que não se mantém no tempo. Dessa forma, após a prisão em flagrante, ou indivíduo será posto em liberdade ou então será preso preventivamente, caso existam pressupostos legais para tanto. Assim, a prisão em flagrante, como medida precária e pré-cautelar que é, não tem como objetivo, tampouco meios hábeis, de ser uma resposta do Estado à população, como sugere o autor da proposta. A prisão-pena, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, essa sim pode ser tida como uma resposta estatal; mas, as prisões processuais, em nenhuma hipótese, têm como função legal a antecipação da culpabilidade do indivíduo, dando uma resposta à população.

Adicionalmente, a justificativa de que atualmente “o delinquente não fica preso e a autoridade policial depende subjetivamente e burocraticamente de um posterior mandado de prisão”,<sup>52</sup> bem como a justificativa apresentada pelo relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania no sentido de que o flagrante provado ajudaria na “prevenção à ocorrência de eventos criminosos futuros realizados por estes que acabaram de praticar o delito, mas que não ficaram presos por não configurar a hipótese do flagrante” não se sustentam como justificativas idôneas à criação de uma nova hipótese de flagrante. Isto porque, como destacado anteriormente, mesmo que se aprove a hipótese de flagrante provado, não haveria autorização legal para que o indivíduo permanecesse preso durante todo procedimento policial até o julgamento. Na atual sistemática, caso houvesse hipótese de flagrante provado, o auto de prisão em flagrante seria remetido ao juiz em 24 horas e este decidiria pelo relaxamento da prisão, pela concessão de liberdade provisória ou pela decretação da prisão preventiva, se

---

<sup>51</sup> Justificativa apresentada pelo autor do projeto de lei 373/2015 da Câmara dos Deputados, deputado Delegado Éder Mauro.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 373, de 2015. **PL 373/2015**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=545C04E1A953EC76DAC3A1884EC89CC9.proposicoesWeb1?codteor=1300564&filename=PL+373/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=545C04E1A953EC76DAC3A1884EC89CC9.proposicoesWeb1?codteor=1300564&filename=PL+373/2015)>. Acesso em: 16 out. 2015.

<sup>52</sup> BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 373, de 2015. **PL 373/2015**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=545C04E1A953EC76DAC3A1884EC89CC9.proposicoesWeb1?codteor=1300564&filename=PL+373/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=545C04E1A953EC76DAC3A1884EC89CC9.proposicoesWeb1?codteor=1300564&filename=PL+373/2015)>. Acesso em: 16 out. 2015.

estiverem presentes os seus pressupostos. Logo, a autoridade policial continuaria dependendo, felizmente, de um mandado de prisão para manter o sujeito preso.

Considerando esses fatores, espera-se que a proposta de extensão das hipóteses de flagrante não seja aprovada, uma vez a nova modalidade pretendida não possui qualquer característica de flagrante e traz justificativas que não condizem com a cautelaridade da medida.

## 2.2 Problemas advindos da atual sistemática da prisão em flagrante

### 2.2.1 *A prática de tortura*

A situação de vulnerabilidade em que se encontra a pessoa detida em flagrante é decorrência da própria sistemática processual da prisão em flagrante, conforme explicitado anteriormente. A mera remessa do auto de prisão em flagrante ao juiz, sem qualquer contato direto com a pessoa detida, faz com que violações sejam omitidas e passem despercebidas. Esta vulnerabilidade se materializa na forma de tortura e agressões que cotidianamente são efetuadas por agentes estatais.

A observação das execuções das prisões confirma que, infelizmente, a tortura realizada por policiais tem sido uma prática constante no Brasil. Em recente visita ao Brasil, realizada em agosto de 2015, o especialista em direitos humanos da ONU, Juan E. Mendéz apontou diversas violações a direitos dos presos. O relatório oficial ainda está em fase de elaboração, mas em entrevista coletiva, o relator da ONU já apontou que:

recebeu testemunhos confiáveis de tortura e maus-tratos por parte da polícia acontecidos durante a detenção e interrogatório. Nesse sentido, ele observou com preocupação a ausência de uma política forte para lidar com as ocorrências de tortura, a falta de responsabilização nestes casos e a probabilidade que essa situação se perpetue, e até mesmo que esta prática aumente, tanto em número como em gravidade.<sup>53</sup>

Dados mais antigos colhidos pela Comissão de Direitos Humanos e de Minorias da Câmara dos Deputados demonstram que o problema constatado por Juan U. Mendéz em sua visita já vem de longa data. A pesquisa realizada por referida comissão se

---

<sup>53</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. CENTRO DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O BRASIL (UNIC RIO). (Ed.). **Especialista da ONU insta Brasil a resolver superlotação das prisões e agir contra tortura**. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/especialista-da-onu-insta-brasil-a-resolver-superlotacao-das-priso-es-e-agir-contr-a-tortura/>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

baseia em dados colhidos entre os anos 2000 e 2004 a partir de ligações para o Disque Denúncia, totalizando um total de 2.532 ligações com relatos de tortura e maus tratos provenientes de todos os estados da Federação. Dessas denúncias, 1.863 casos tinham elementos suficientes ao encaminhamento de uma investigação.

Os resultados da pesquisa mostram que, naquele período, mais de 75% das agressões e torturas foram praticadas por policiais militares e policiais civis.<sup>54</sup> Os policiais militares foram apontados como os principais agressores, sendo responsáveis por 53% dos casos.<sup>55</sup> Quanto aos motivos da tortura, a pesquisa revelou que 38% das agressões foram realizadas como forma de castigo em presos e suspeitos de crimes;<sup>56</sup> e 33% correspondem a agressões realizadas com a finalidade de obtenção de confissão ou informação, o que, segundo o relatório, “ocorre em geral no âmbito das investigações policiais e durante o policiamento ostensivo”.<sup>57</sup>

Por fim, os dados relativos aos locais de tortura demonstram que a prática de agressões está intimamente ligada com o ambiente policial e de detenção em flagrante. Dos casos registrados, 40% ocorreram na delegacia, contra 21% de casos ocorridos em unidades prisionais.<sup>58</sup> Assim, percebe-se que a tortura é mais frequente na fase de investigação policial do que na própria execução da pena.

Ademais, continuando na análise dos principais locais de ocorrência de tortura, temos que 6% ocorreram em locais desertos; 1% no batalhão da PM; 1% no quartel; e

---

<sup>54</sup> BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. **Relatório Sobre Tortura no Brasil**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a\\_pdf/relatorio\\_cdhcf\\_tortura\\_br\\_2005.pdf](http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/relatorio_cdhcf_tortura_br_2005.pdf)>. Acesso em: 9 nov. 2015.

<sup>55</sup> BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. **Relatório Sobre Tortura no Brasil**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a\\_pdf/relatorio\\_cdhcf\\_tortura\\_br\\_2005.pdf](http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/relatorio_cdhcf_tortura_br_2005.pdf)>. Acesso em: 9 nov. 2015.

<sup>56</sup> BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. **Relatório Sobre Tortura no Brasil**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a\\_pdf/relatorio\\_cdhcf\\_tortura\\_br\\_2005.pdf](http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/relatorio_cdhcf_tortura_br_2005.pdf)>. Acesso em: 9 nov. 2015.

<sup>57</sup> BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. **Relatório Sobre Tortura no Brasil**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a\\_pdf/relatorio\\_cdhcf\\_tortura\\_br\\_2005.pdf](http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/relatorio_cdhcf_tortura_br_2005.pdf)>. Acesso em: 9 nov. 2015.

<sup>58</sup> BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. **Relatório Sobre Tortura no Brasil**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a\\_pdf/relatorio\\_cdhcf\\_tortura\\_br\\_2005.pdf](http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/relatorio_cdhcf_tortura_br_2005.pdf)>. Acesso em: 9 nov. 2015.

menos de 1% na viatura e nas ruas. Todos esses indicam locais propícios à realização da prisão em flagrante e juntos representam quase 9% dos ambientes de ocorrência de tortura. Se somados com as torturas realizadas na delegacia, tem-se que quase 50% das agressões ocorrem em ambientes relacionados à detenção em flagrante.<sup>59</sup>

O relatório traz ainda a seguinte observação:

[...] policiais militares e civis, no exercício de suas atribuições funcionais, agem com abuso de poder, extrapolando os limites legais e constitucionais daquelas, envolvendo-se em atos de violência e homicídios contra a população que deveriam proteger. Estas atividades ilegais muitas vezes tem um conteúdo de “limpeza social”, tendo como possíveis vítimas adolescentes ou adultos jovens, envolvidos com pequenos delitos ou não, ou ainda, que tenham tido passagem pela FEBEM pela prática de atos infracionais.<sup>60</sup>

Dados mais recentes trazidos na pesquisa “Julgando a tortura” realizada pela Conectas Direitos Humanos; Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim); Pastoral Carcerária; Ação dos Cristãos para a Abolição da Tortura (Acat); e Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP) também mostram uma situação alarmante. A pesquisa trabalhou com dados recolhidos em 455 acórdãos julgados pelos Tribunais de Justiça do Brasil entre 2005 e 2010.

Como referida pesquisa trabalhou com casos que efetivamente chegaram aos tribunais, aborda casos específicos, que já passaram por uma série de filtros e seleções. Portanto, seu nicho de abrangência é mais restrito do que aquele apresentado pelo relatório da Câmara dos Deputados. Não obstante, tal fato não prejudica a percepção da tortura no Brasil; pelo contrário, permite uma análise específica daquilo que está no Judiciário brasileiro.

O relatório advindo dessa pesquisa confirma a tendência apontada pelo relatório da Câmara dos Deputados nos anos anteriores, mostrando que 61% das torturas realizadas naquele período tiveram como autores agentes estatais.<sup>61</sup> Relativamente aos locais

<sup>59</sup> BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. **Relatório Sobre Tortura no Brasil**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a\\_pdf/relatorio\\_cdhcf\\_tortura\\_br\\_2005.pdf](http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/relatorio_cdhcf_tortura_br_2005.pdf)>. Acesso em: 9 nov. 2015.

<sup>60</sup> BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. **Relatório Sobre Tortura no Brasil**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a\\_pdf/relatorio\\_cdhcf\\_tortura\\_br\\_2005.pdf](http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/relatorio_cdhcf_tortura_br_2005.pdf)>. Acesso em: 9 nov. 2015.

<sup>61</sup> AÇÃO DOS CRISTÃOS PARA A ABOLIÇÃO DA TORTURA (ACAT) et. al. (Org.). **Julgando a tortura: Análise de jurisprudência nos tribunais de justiça do Brasil (2005-2010)**. 2015. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando\\_a\\_tortura.pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando_a_tortura.pdf)>. Acesso em: 24 ago. 2015.

de ocorrência da tortura, 31% dos casos ocorreram em locais de contenção, abrangendo nesta categoria prisões, delegacias e locais de internação. A pesquisa registrou ainda 16% de agressões ocorridas em via pública, sendo este um ambiente próprio das prisões em flagrante.<sup>62</sup>

Por fim, os motivos das agressões feitas por agente estatais também guardam relação com as prisões em flagrante, visto que em 65,6% dos casos a tortura foi utilizada como forma de obter confissão ou informação.<sup>63</sup> Neste contexto:

No modelo de investigação no Brasil, em que cabe à polícia a utilização de mecanismo inquisitorial, expresso no inquérito policial, o suspeito passa a ser a fonte principal das informações acerca do delito e sua autoria. A coação costuma ser realizada em vista do interrogatório bem como, por vezes, durante ele, para fazer falar ou “passar o serviço”. Nesse contexto, “a tortura para fazer confessar tem alguma coisa de inquérito, mas tem também de duelo”, como lembra Foucault.<sup>64</sup>

Assim, os dados demonstram que a prática de tortura por agentes estatais é uma realidade. Ademais, os motivos principais de tortura –confissão e obtenção de informação– e locais de maior ocorrência –delegacia– sugerem que grande parte das torturas ocorre no contexto das prisões em flagrante.

O fato de essas práticas continuarem tão frequentes ao longo dos anos mostra que a atual sistemática processual acerca da prisão em flagrante deixa o conduzido em situação de extrema vulnerabilidade. Primeiramente, porque a comunicação da prisão em flagrante é feita tão somente pela remessa do auto de prisão em flagrante. Logo, torturas e maus tratos podem ser facilmente omitidos deste documento e, como o juiz não tem um contato imediato e pessoal com o detido, não pode inquiri-lo acerca de maus tratos, nem mesmo observar possíveis violações a sua integridade física.

Ademais, para favorecer ainda mais esse cenário de violações, não há previsão legal que determine a realização de um exame de corpo de delito cautelar, de modo

---

<sup>62</sup> AÇÃO DOS CRISTÃOS PARA A ABOLIÇÃO DA TORTURA (ACAT) et. al. (Org.). **Julgando a tortura: Análise de jurisprudência nos tribunais de justiça do Brasil (2005-2010)**. 2015. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando\\_a\\_tortura.pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando_a_tortura.pdf)>. Acesso em: 24 ago. 2015.

<sup>63</sup> AÇÃO DOS CRISTÃOS PARA A ABOLIÇÃO DA TORTURA (ACAT) et. al. (Org.). **Julgando a tortura: Análise de jurisprudência nos tribunais de justiça do Brasil (2005-2010)**. 2015. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando\\_a\\_tortura.pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando_a_tortura.pdf)>. Acesso em: 24 ago. 2015.

<sup>64</sup> MAIA, Luciano Mariz. **Do controle judicial da tortura institucional no Brasil hoje: à luz do direito internacional dos direitos humanos**. 2006. 403 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando\\_a\\_tortura.pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando_a_tortura.pdf)>. Acesso em: 24 ago. 2015, p. 188.

que não consta do auto de prisão em flagrante qualquer documento que ateste a integridade física do detido.

Conclui-se, portanto, que tal qual está elaborada hoje, a sistemática da prisão em flagrante corrobora constantemente com a violação ao direito constitucional à integridade física e psicológica do indivíduo preso em flagrante.

### 2.2.2 *Violações ao Princípio da Humanidade*

Não bastassem essas graves violações, há ainda outro problema ocasionado pela mera remessa do auto de prisão em flagrante ao juiz. Trata-se de uma questão de humanidade, ou melhor, da falta dela, visto que um juiz tomará uma decisão acerca da liberdade de um indivíduo sem ao menos vê-lo e sem que seja dada a oportunidade para que este apresente sua versão dos fatos. Nesse sentido:

Mesmo que a prisão se efetivasse, haveria um mínimo de humanidade no tratamento dispensado ao detido, na medida em que, ao menos, teria sido 'ouvido pelo juiz'. Para os 'operadores' do Direito já imunizados pela insensibilidade, isso pode não representar muito, mas com certeza para quem está sofrendo a medida, é um ato da maior relevância.<sup>65</sup>

Assim, a questão da humanidade não pode ser tida como fator secundário no processo penal. Aquele que está sofrendo a restrição tem que ser capaz de reconhecer um mínimo de legitimidade no sistema que o acusa, o que se torna muito difícil quando referido sistema não quer nem mesmo ouvir o acusado.

Trata-se assim da necessidade de efetivação do princípio da humanidade no Processo Penal. Aquele que sofre a acusação deve ser visto, em todo momento, na sua condição humana, de sujeito, e não como mero objeto. A tomada de uma decisão judicial sem qualquer participação da pessoa detida configura, ao contrário, um processo penal voltado ao andamento de processos e não ao tratamento humano do acusado. Neste ponto, a literatura de Albert Camus, apesar de ficção, reflete perfeitamente o sentimento do acusado que vê outros tomando decisões sobre sua vida, sem que lhe seja permitida qualquer manifestação:

De algum modo, pareciam tratar desse caso à margem de mim. Tudo se desenrolava sem a minha intervenção. Acertavam o meu destino, sem me pedir uma opinião. De tempos em tempos, tinha vontade de interromper todo

---

<sup>65</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 810-811.

mundo e dizer: “mas afinal quem é o acusado? É importante ser o acusado. E tenho algo a dizer!”<sup>66</sup>

Ilustra-se, assim, o sentimento do acusado, que aguarda detido em uma prisão, enquanto outros tomam decisões acerca de sua vida. Conclui-se, portanto, que a simples remessa do auto de prisão em flagrante ao juiz reduz a questão da liberdade de um indivíduo a mera análise de um documento, não efetivando assim o princípio da humanidade.

### 2.2.3 *Violações à ampla defesa e às premissas de um sistema acusatório*

A análise do art. 310 do Código de Processo Penal revela ainda outro problema advindo da sistemática da prisão em flagrante. A questão está no fato de que, não há, no referido dispositivo, qualquer menção à obrigatoriedade de manifestação da defesa técnica antes da tomada da decisão pelo juiz.

É certo que não há uma proibição, no sentido de que a defesa técnica não poderia se manifestar nesse momento processual. Assim, os detidos que já possuem advogado constituído conseguem apresentar alguma defesa nessa fase tão primordial. Contudo, para os presos em flagrante que não têm advogado constituído, a situação se torna problemática.

Como apontando anteriormente, o art. 306, §1º dispõe que, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será remetido cópia integral do auto de prisão em flagrante para a Defensoria Pública. Ocorre que, dado o grande volume de trabalho e escassez de pessoal<sup>67</sup>, quando os defensores públicos -que se dividem entre audiências, atendimento ao público, elaboração de peças processuais- finalmente conseguem dedicar algum tempo à análise dos autos de prisão em flagrante, a decisão já foi tomada monocraticamente pelo juiz, sem qualquer manifestação da defesa técnica.

<sup>66</sup> CAMUS, Albert. **L'étranger**. France: Folio, 2010, p. 150-151. Tradução livre.

<sup>67</sup> Segundo os dados apresentados pelo IPEA, no Mapa da Defensoria Pública, há um déficit total de 10.578 defensores públicos no Brasil. O cálculo do déficit de defensores públicos considerou como necessário ao menos um defensor público para cada 10.000 (dez mil) pessoas com mais de dez anos de idade com até três salários-mínimos em uma comarca. Seguindo esse critério, os únicos entes da Federação que não apresentam déficit de defensores públicos, considerando o número de cargos providos, são o Distrito Federal e Roraima. Alguns estados apresentam a taxa média de pessoas com até três salários-mínimos por defensor público muito alta, sendo que São Paulo apresenta a pior situação, com 30.418; seguido por Rio Grande do Norte, com 28.823; Amazonas, com 28.206; Alagoas, com 24.037; Rondônia, com 21.533; e Bahia, com 21.262. BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Ipea. Governo Federal. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. 2014. Disponível em: <[https://www.anadep.org.br/wtksite/mapa\\_da\\_defensoria\\_publica\\_no\\_brasil\\_impresso\\_.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf)>. Acesso em: 21 ago. 2015.

Esta prática viola o direito constitucional à ampla defesa. Referida decisão judicial, por se tratar de decisão que tem o condão de restringir a liberdade do indivíduo, jamais poderia ser tomada sem apresentação de uma defesa técnica e também sem o próprio exercício da autodefesa pelo detido.

Ademais, é impensável que, em um sistema acusatório, um juiz possa tomar uma decisão desta natureza, sem a prévia manifestação dos envolvidos. É certo que a prisão em flagrante instaura o inquérito policial, não havendo ainda um processo propriamente dito, tampouco partes processuais. No entanto, a partir do momento em que há uma manifestação jurisdicional a respeito do caso, dois polos opostos ficam bem delimitados: de um lado tem-se a pessoa detida em flagrante, com interesse em provar sua inocência; e de outro, há o Ministério Público que tem interesse na apuração dos fatos para o eventual oferecimento de denúncia, bem como para o possível requerimento de decretação da prisão preventiva.

Assim, ainda que não haja uma ação penal instaurada, a manifestação judicial a respeito da prisão em flagrante é um ato que tem efeitos diretos na esfera de direitos do indivíduo. Logo, essencial que este apresente uma defesa acerca do caso e que o Ministério Público também apresente sua versão dos fatos, até mesmo para garantir o acautelamento do futuro processo, se for o caso, com o pedido de prisão preventiva.

A atual possibilidade de tomada da decisão pelo juiz sem a oitiva dos interessados representa, de fato, verdadeiro elemento inquisitivo no meio da sistemática processual. Explica-se: na condução do processo penal pode-se delimitar dois sistemas, que se diferenciam sobretudo pelo papel do juiz na condução do processo e gerenciamento das provas. O sistema acusatório é aquele pautado sobretudo no contraditório entre as partes e completa inércia do juiz. Assim, o juiz não deve ter poderes instrutórios, estando restrito aos elementos que as partes trazem ao seu conhecimento no exercício de seu contraditório. Com esses fatores, a imparcialidade do juiz é mantida:

No sistema acusatório, regido pelo *princípio dispositivo do juiz espectador*, o Magistrado é sujeito passivo, tanto no que concerne à iniciativa da ação penal quanto na gestão da prova. Encontra-se rigidamente separado das partes, principalmente do órgão acusador, de forma a garantir a imparcialidade do julgamento. O juízo é caracterizado pelo procedimento oral e público, sendo a decisão final modelada pelo princípio do livre convencimento, ou seja, a sentença cabe exclusivamente ao juiz que, a partir da exposição motivada dos

argumentos que permitiram concluir sobre o objeto da discussão (caso penal), coloca termo ao procedimento.<sup>68</sup>

O sistema inquisitório, por sua vez, é aquele em que o juiz assume o curso da investigação criminal, buscando ele próprio provas, na tentativa de obter do acusado uma suposta verdade real sobre os fatos. O procedimento é instrutório e sigiloso, não há participação das partes. Enquanto no sistema acusatório as funções de acusar, defender e julgar estão distribuídas entre entes distintos (Ministério Público, Defesa Técnica e Magistrado), no sistema inquisitório o juiz reúne essas três funções, sendo ele quem acusa, busca provas para fundamentar suas acusações e por fim sentencia. Ressalta-se que, naturalmente, toda investigação parte de uma hipótese inicial e, como o magistrado reúne em si a figura do investigador-acusador e ao mesmo tempo do julgador, no momento da sentença “tendem a prevalecer as hipóteses assumidas sobre os fatos, e com liberdade, o juiz orienta o êxito para onde quiser.”<sup>69</sup> Conclui-se, portanto, que “o sistema inquisitório exclui o contraditório, limita a ampla defesa e obstaculiza, quando não inviabiliza, a presunção de inocência, cuja comissividade é o postulado básico do garantismo processual.”<sup>70</sup>

Como a garantia de julgamento por um juiz imparcial é constitucionalmente assegurada em nosso ordenamento, é imperioso que o processo penal seja todo baseado em um sistema acusatório, de modo a não prejudicar a imparcialidade do magistrado, bem como assegurar o exercício do contraditório e da ampla defesa. Assim, de modo a abranger a integralidade da persecução penal, o sistema acusatório deve orientar também a sistemática da prisão em flagrante. A concretização do sistema acusatório aplicada à prisão em flagrante teria como efeito a exigência de manifestação da Defesa e também do Ministério Público antes da tomada de qualquer decisão por parte do juiz.

Dessa forma, para decidir acerca do relaxamento da prisão, da concessão de liberdade provisória ou da decretação da prisão preventiva, o juiz teria como elementos o descrito no auto de prisão em flagrante, mas sobretudo aquilo apresentado pelas partes, que poderiam, inclusive, questionar aquilo trazido no referido auto. A efetivação do contraditório neste momento seria fundamental, principalmente porque o auto de prisão em flagrante é

---

<sup>68</sup> CARVALHO, Salo de. **O Papel do Sistema Penal na Era do Punitivismo** (O exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 79.

<sup>69</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório**: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 46, n. 183, p.103-115, set. 2009, p. 112.

<sup>70</sup> CARVALHO, Salo de. **O Papel do Sistema Penal na Era do Punitivismo** (O exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 81.

documento inquisitivo, produzido a partir de uma percepção policial dos fatos, sem qualquer alegação por parte da pessoa detida. Logo, o exercício do contraditório nesse momento, além de permitir a ampla defesa, serviria para questionar as premissas assumidas pela autoridade policial.

Ademais, essencial seria que a prisão preventiva só fosse decretada quando houvesse expressa representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público.<sup>71</sup> Isto porque, o juiz, de ofício, não pode ter o interesse na restrição de liberdade do indivíduo, sendo certo que este é um interesse do órgão acusador:

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando –de ofício– a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia.<sup>72</sup>

Ante todo o exposto, soma-se aos dois problemas iniciais da prisão em flagrante (prática de tortura e falta de humanidade no tratamento processual) o fato de que os dispositivos processuais vigentes violam ainda o direito à ampla defesa, bem como trazem elementos inquisitivos ao processo penal, comprometendo a imparcialidade do juiz. Identificados esses problemas, passamos à análise das mudanças sugeridas pelo projeto de lei 554/2011, para que se perceba até que ponto essas violações podem ser minimizadas a partir da implementação das audiências de custódia.

---

<sup>71</sup> Atualmente, a prisão preventiva ainda pode ser decretada de ofício pelo juiz, desde que no curso do processo. É o que estabelece o art. 311 do Código de processo Penal: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código Processo Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2015.

<sup>72</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 850.

### **3 O PROJETO DE LEI 554/2011 DO SENADO E A RESPECTIVA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. SUAS SOLUÇÕES E NOVOS PROBLEMAS.**

#### **3.1 Tratados Internacionais e a previsão de apresentação imediata da pessoa detida ao juiz**

Antes de entrar na apresentação do projeto de lei propriamente dito, importante ressaltar que referido projeto não inova em nosso ordenamento jurídico, mas tão somente regulamenta uma situação já prevista na legislação brasileira.

A afirmação de que essa norma já está prevista no ordenamento jurídico brasileiro provém do fato de que o Brasil, como signatário de diversos Tratados Internacionais sobre direitos humanos, internalizou as previsões normativas dos referidos tratados à legislação brasileira. Assim, tais tratados internacionais não representam corpo estranho, indiferente aos assuntos nacionais, mas sim verdadeira legislação do país que deve ser cumprida e efetivada ao máximo. Nesse sentido:

Incumbe aos juízes e tribunais hoje, ao aplicar o Código de Processo Penal, mais do que buscar a conformidade constitucional, observar também a convencionalidade da lei aplicada, ou seja, se ela está em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Constituição não é mais o único referencial de controle das leis ordinárias.<sup>73</sup>

É o caso, por exemplo, da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário desde 1992, e que prevê em seu art. 7.5 que:

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

---

<sup>73</sup> PAIVA, Caio; LOPES JUNIOR, Aury. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 17, p.11-24, set./dez. 2014. Disponível em <[http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/209-Artigos](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos)>. Acesso em: 10 set. 2015.

liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.<sup>74</sup>

Referido tratado fala na necessidade de a pessoa ser conduzida “sem demora” à presença de um juiz competente. Neste caso, não houve uma delimitação temporal concreta no sentido de qual seria o prazo máximo para apresentação do preso. Não obstante, é evidente que a atual possibilidade, no sistema processual penal brasileiro, de uma pessoa ser detida em flagrante e posteriormente presa preventivamente –prisões preventivas essas que se prolongam indeterminadamente no tempo- sem qualquer contato com a pessoa do juiz, não efetiva o seu direito de ser ouvida dentro de um prazo razoável e sem demora pelo juiz.

No mesmo sentido, o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos, o qual também foi internalizado na legislação brasileira em 1992, prevê em seu art. 9.3 que:

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.<sup>75</sup>

Mais uma vez há a previsão de apresentação imediata da pessoa detida à presença do juiz. O texto do referido pacto também usa a expressão “sem demora” para indicar essa imediatez. Novamente, reforça-se que a indeterminação da expressão não impede que se identifique de pronto que os presos brasileiros demoram consideravelmente a serem conduzidos à presença do juiz, sendo que, frequentemente, a primeira oportunidade que têm de falar com o magistrado já é na audiência de instrução e julgamento, após longos meses de prisão preventiva.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2015.

<sup>75</sup> BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos**. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2015.

<sup>76</sup> Em entrevista concedida no lançamento do projeto de audiência de custódia em Roraima, o presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, afirmou que 40% da população carcerária brasileira, o que corresponde a 240 mil detentos, estão presos provisoriamente sem jamais terem tido qualquer contato com o magistrado. JUSTIFICANDO. **Audiências de custódia já pouparam R\$ 400 milhões aos cofres públicos**. Disponível em: <[http://www.justificando.com/2015/09/08/audiencias-de-custodia-ja-pouparam-r\\$-400-milhoes-aos-cofres-publicos/](http://www.justificando.com/2015/09/08/audiencias-de-custodia-ja-pouparam-r$-400-milhoes-aos-cofres-publicos/)>. Acesso em: 11 set. 2015.

Ademais, são descabidas as alegações de que o Brasil efetiva referido direito da pessoa detida, uma vez que o conhecimento pelo juiz da prisão é feito em até 24 horas, por meio da remessa do auto de prisão em flagrante. Os textos dos referidos tratados internacionais são claros ao afirmar que o preso deve ser apresentado pessoalmente ao juiz. Nesse sentido, já decidiu a Corte Americana de Direitos Humanos, sentenciando que “o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante o juiz ou autoridade competente.”<sup>77</sup>

Assim, salutar é a iniciativa do projeto de lei que vem regulamentar essa imediata apresentação da pessoa presa à autoridade judiciária. Se aprovada, referida lei irá encerrar mais de 20 anos de mora legislativa, durante os quais o Brasil descumpria sistematicamente seu próprio ordenamento jurídico.

### **3.2 Atual redação do PLS N° 554/2011: alterações e inovações por ele trazidas.**

Inicialmente, a proposta original de alteração da sistemática da prisão em flagrante trazia tão somente a mudança do §1º do art. 306 do Código de Processo Penal para incluir a obrigação de que a pessoa presa em flagrante fosse apresentada à autoridade judicial no prazo máximo de 24 horas.

O referido projeto de lei teve como casa iniciadora o Senado Federal, tendo sua tramitação começado na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal. Em uma primeira emenda sugerida e aprovada totalmente por referida comissão, a proposta de modificação das regras da prisão em flagrante se tornou mais significativa, já com acréscimo de alguns parágrafos ao art. 306 do Código de Processo Penal.

Em seguida o projeto seguiu para a Comissão de Assuntos Econômicos, onde foi totalmente aprovado, seguindo para Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Nesta comissão, diversas emendas foram propostas, sugerindo alterações em outros dispositivos do Código de Processo Penal, além do art. 306. Dada a mudança significativa do texto original do projeto de lei, um projeto substitutivo foi apresentado, cujo texto final após tramitação na comissão de Constituição, Justiça e Cidadania assumiu a seguinte forma:

---

<sup>77</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. CIDH. Washington. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/seriec\\_129\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/seriec_129_esp.pdf)>. Acesso em: 09 nov. 2015.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º- O art. 304 do Decreto-Lei no. 3.689, de 3 outubro de 1941, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 304.....  
.....

§4º O preso tem o direito de ser assistido por defensor, público ou particular, durante o seu interrogatório policial, podendo lhe ser nomeado defensor dativo pelo delegado de polícia que presidir o ato.

§5º Todo preso será submetido a exame de corpo de delito cautelar, realizado por perito-médico oficial, onde houver, ou médico nomeado pelo delegado de polícia, preferencialmente da rede pública de saúde.

§6º Após a lavratura do auto de prisão em flagrante pelo delegado de polícia, proceder-se-á na forma do art. 306, ficando o preso à disposição do juiz competente, em estabelecimento prisional previsto na Lei no. 7.210, de 11 de julho de 1984.

Art. 2º- O art. 306 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 306- A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente pelo delegado de polícia responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público e à Defensoria Pública quando não houver advogado habilitado nos autos, bem como à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado pelo delegado de polícia ao juiz competente e ao Ministério Público o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública respectiva.

§2º O descumprimento do prazo previsto para apresentação do preso perante o juiz competente, por si só, não enseja o relaxamento da prisão.

§3º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pelo delegado de polícia, com o motivo da prisão, capitulação jurídica, o nome do condutor e os das testemunhas.

§4º Imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, diante da alegação de violação aos direitos fundamentais da pessoa presa, o delegado de polícia em despacho fundamentado determinará a adoção das medidas cabíveis para a preservação da integridade do preso, além de determinar a apuração das violações apontadas, instaurando de imediato inquérito policial para apuração dos fatos, requisitando a realização de perícias, exames complementares, também determinando a busca de outros meios de prova cabíveis.

§5º No prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judiciária tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§6º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo quarto, o juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida, ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.

§7º A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§8º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo sexto, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310.

§9º Na impossibilidade, devidamente certificada e comprovada, da autoridade judiciária realizar a inquirição do preso quando da sua apresentação, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia, por meio de seus agentes, tomará recibo do seventuário judiciário responsável, determinando a juntada nos autos neste último caso, retornando com o preso e comunicando o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao Conselho Nacional de Justiça.

§10º Tendo em vista a necessidade de garantir os direitos fundamentais da pessoa presa, a audiência de custódia deverá ser obrigatoriamente realizada no primeiro dia útil subsequente, devendo a autoridade custodiante, sob pena de responsabilidade, reapresentá-lo na data indicada.

§11º Nos casos de crimes de competência da Polícia Federal, quando o município do local da lavratura do flagrante delito não coincidir com sede da Justiça Federal, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia federal deverá determinar a seus agentes que conduza o preso ao Juízo de Direito do local da lavratura da peça flagrantial no prazo máximo de vinte e quatro horas, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.<sup>78</sup>

Uma primeira leitura do projeto de lei, tal que se encontra no momento, já mostra que, se aprovada, referida lei tem potencial efetivo para solucionar alguns problemas gerados a partir da prisão em flagrante.

### *3.2.1 Alterações relativas à prevenção de torturas*

O primeiro e mais significativo avanço diz respeito à prevenção da prática de torturas no momento da prisão em flagrante. A disposição central do projeto de lei se encontra no art. 306, §5º, que prevê o prazo peremptório de 24 horas, após a lavratura do auto de prisão em flagrante, para que o preso seja conduzido à presença do juiz.

Esta medida, aparentemente tão simples, tem repercussão significativa na prevenção de torturas. O fato de o juiz ter um contato pessoal com o preso, logo após a sua prisão, garante um diálogo direto entre a autoridade judiciária e o detido, de modo que eventuais irregularidades na prisão podem ser facilmente relatadas. Nesse sentido, importante ressaltar que a apresentação do preso ao juiz- denominada de audiência de custódia ou audiência de

---

<sup>78</sup> BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. **Parecer Final da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado.** Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=178143&tp=1>>. Acesso em: 14 set. 2015.

apresentação- visa expressamente à proteção dos direitos fundamentais do preso, tal qual expresso no art. 306, §5º. Trata-se, portanto, de dispositivo que está em consonância com os preceitos de uma Criminologia Cautelar<sup>79</sup>, visto que os direitos fundamentais do preso são colocados em posição central, limitando, ao menos no âmbito legal, a atuação das agências executivas no momento da prisão em flagrante e visando à redução dos efeitos danosos ocasionados por uma abordagem em flagrante ilegal.

Não bastassem os benefícios já trazidos por este diálogo, o contato visual da autoridade judiciária com o preso também é ponto fundamental na prevenção de torturas. O fato de o juiz poder observar a pessoa detida já é capaz de revelar marcas de agressões mais evidentes. É certo, porém, que há sinais de violações que podem ser facilmente escondidos pela vestimenta. Considerando isso, o projeto de lei em questão traz ainda outro ponto positivo, visto que, no §5º acrescentado ao art. 304 do Código de Processo Penal, foi incluída a determinação da realização de um exame de corpo de delito cautelar.

A realização do exame de corpo de delito cautelar é fundamental. Isto porque, não só permite que o juiz tome conhecimento de eventuais agressões não visíveis a uma primeira vista, como também é prova concreta da materialidade de um delito praticado contra a pessoa presa em flagrante. Assim, em eventual ação penal para responsabilizar o agente causador das agressões, a materialidade do delito resta devidamente preservada.

Por fim, outro ponto salutar no que se refere à prevenção de torturas é o art. 306, §4º que determina que o delegado de polícia, ao constatar supostas violações aos direitos fundamentais do preso, instaure inquérito policial para apuração dos fatos, requisitando exames e perícias necessárias à investigação do caso.

Da mesma forma, a parte final do art. 306, §5º dispõe que a autoridade judiciária, ao perceber indícios de violações a direitos fundamentais, também deve tomar medidas cabíveis para apurar eventual violação. Essas são determinações que se voltam a responsabilização dos agentes causadores das torturas e maus tratos e que também funcionam como mais um fator de segurança à pessoa detida.

---

<sup>79</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

### 3.2.2 Alterações relativas à humanidade no tratamento processual

Outro ponto positivo observado na proposta do projeto de lei 554/2011 se refere à questão da humanidade. Como apontado no Capítulo I, a tomada de decisão acerca da liberdade de um indivíduo sem que este nem mesmo esteja presente, é prática desumana. A audiência de custódia, ao permitir um diálogo entre autoridade judiciária e pessoa presa traz contornos de sensibilidade e humanidade ao processo penal. Nesse sentido, o ministro Lewandowski afirmou que o projeto representa um salto civilizatório, dizendo ainda que:

[...] estamos, com esse passo, não apenas dando efetividade a um princípio importantíssimo que é o da dignidade da pessoa humana, mas também cumprindo uma obrigação que o país assumiu ao assinar tratados internacionais.<sup>80</sup>

### 3.2.3 Alterações relativas à efetivação da ampla defesa

A reforma trazida no projeto de lei se volta ainda para a efetivação da ampla defesa. Se a atual sistemática da prisão em flagrante permite que o juiz decida sobre a prisão em flagrante - seu relaxamento; a concessão de liberdade provisória; ou a decretação de prisão preventiva - sem qualquer manifestação da Defesa, este é um fator que será eliminado com a aprovação do referido projeto de lei.

O art. 306, §6º determina que, na audiência de custódia, serão ouvidos o Ministério Público- que, caso entenda necessário, pode requerer a prisão preventiva-, o próprio preso, no exercício de sua autodefesa e também a Defesa Técnica. Só depois é que irá fundamentadamente decidir nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal.

Percebe-se, portanto, o fim dos traços de inquisitorialidade e cerceamento de defesa apontados no Capítulo I. O juiz não mais poderá decidir sem a manifestação da Defesa Técnica que poderá, além de apontar indícios de uma prisão ilegal, pleitear a liberdade provisória, evitando assim a decretação de prisões preventivas desnecessárias.

Nesse mesmo sentido, o §8º do art. 306 vem reforçar o papel da Defesa Técnica indicando que a oitiva do preso em juízo deve obrigatoriamente ocorrer na presença de seu advogado ou de Defensor Público. Ademais, o referido dispositivo reafirma que a decisão

---

<sup>80</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Projeto Audiência de Custódia chega a 14 estados com adesão do Piauí.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298296>>. Acesso em: 10 set. 2015.

a ser tomada pelo juiz será sempre posterior à manifestação do Ministério Público e da Defesa, garantido assim o contraditório e reforçando a sistemática de um processo penal acusatório, com a respectiva imparcialidade do magistrado.

A presença obrigatória de Defesa Técnica nesta audiência de custódia é fator crucial, que será benéfica sobretudo aos presos defendidos por defensores dativos. Atualmente, quando a pessoa presa não tem advogado constituído, o auto de prisão em flagrante é remetido à Defensoria Pública, de modo que esta instituição já se ocupa do caso em questão desde o seu início. Ocorre, no entanto, que muitos dos assistidos pela Defensoria Pública não têm qualquer consciência de que há uma defesa pública atuando por eles neste momento.

Aliás, é verdadeiramente natural que estas pessoas não saibam que já estão sendo defendidas, visto que não têm qualquer contato imediato com seus defensores. Assim, apesar de o auto de prisão em flagrante ser remetido automaticamente à Defensoria, e da mesma forma, a eventual ação penal também ser encaminhada direto à Defensoria, os acusados comumente têm seu primeiro contato com o Defensor Público já na audiência de instrução e julgamento. Dessa forma, passam grande parte da ação penal sem conhecer a instituição que os defende e, em alguns casos, ficam com o sentimento de que não estão sendo defendidos.

A audiência de custódia, por outro lado, muda esta situação, visto que o contato com o Defensor Público será imediato, logo após a detenção, já na audiência de custódia. Logo, haverá uma melhor concepção da ideia de defesa constituída. A pessoa detida saberá desde logo que há uma instituição pública atuando em sua defesa e que a eventual ação penal instaurada não correrá sem a atuação de defensor. Tais fatores não apenas dão mais legitimidade à atuação da Defensoria Pública, como também permitem um melhor exercício da autodefesa pela pessoa detida em flagrante.

#### *3.2.4 Previsão de limites à audiência de custódia*

Configura-se como essencial a disposição do art. 306, §7º que impõe limites às provas produzidas na audiência de custódia. Como bem explicitado no art. 306, §5º, a audiência de custódia tem como objetivo principal a verificação do respeito aos direitos fundamentais do preso. Assim, as provas produzidas nesta audiência se voltarão exclusivamente à necessidade e legalidade da prisão; à prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e ao asseguramento dos direitos do preso e do acusado. Cumpridos esses

objetivos, as provas serão autuadas em apartados e não poderão ser utilizadas contra a pessoa detida em flagrante em eventual ação penal a ser ajuizada.

Percebe-se assim uma preocupação em restringir os limites da audiência de custódia para que ela se volte precisamente à efetivação dos direitos fundamentais da pessoa detida. O objetivo é impedir que a audiência de custódia se subverta já em momento de colheita de provas contra o acusado, o que seria típico de uma audiência de instrução e julgamento, devendo ocorrer, portanto, no âmbito de uma ação penal.

### 3.2.5 *Prevenção de decretação de prisões preventivas desnecessárias*

Apesar de ainda não haver previsão legal exigindo a realização da audiência de custódia, há projeto do Conselho Nacional de Justiça –CNJ que prevê a realização das referidas audiências nos estados que quiserem aderir ao projeto. Assim, São Paulo, Espírito Santo, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso, Rio Grande do Sul, Paraná, Amazonas, Tocantins, Goiás, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Ceará, Santa Catarina e Bahia são estados que, juntamente com o Distrito Federal, já aderiram à realização de audiências de custódia.

O impacto da realização dessas audiências já foi bastante positivo. Há estimativa de que, nesses estados, 50% das pessoas detidas foram liberadas para responder o processo em liberdade.<sup>81</sup> Este dado indica que, no momento das audiências de custódia, foi possível identificar que a decretação da prisão preventiva para metade das pessoas detidas seria completamente desnecessária e poderia –como de fato foi- ser substituída por outras medidas cautelares ou mesmo pela liberdade provisória sem qualquer restrição. Percebe-se, assim, que as audiências de custódia têm potencial para reduzir pela metade o número de prisões preventivas decretadas. A título de exemplo, cita-se o estado do Maranhão no qual, em quatro meses e meio de realização de audiências de custódia, houve a concessão de liberdade provisória a 60% dos casos analisados, sendo que, quando as decisões eram tomadas somente pela mera análise do Auto de Prisão em Flagrante, a concessão da liberdade provisória

---

<sup>81</sup> Dado apresentado pelo Ministro Ricardo Lewandowski no lançamento do projeto audiência de custódia em Roraima. JUSTIFICANDO. **Audiências de custódia já pouparam R\$ 400 milhões aos cofres públicos.** Disponível em: <[http://www.justificando.com/2015/09/08/audiencias-de-custodia-ja-pouparam-r\\$-400-milhoes-aos-cofres-publicos/](http://www.justificando.com/2015/09/08/audiencias-de-custodia-ja-pouparam-r$-400-milhoes-aos-cofres-publicos/)>. Acesso em: 11 set. 2015.

correspondia a apenas 10% dos casos.<sup>82</sup> Este número reforça também a necessidade de efetivação da ampla defesa neste momento processual, visto que certamente muitas dessas prisões desnecessárias foram evitadas graças à atuação da Defesa Técnica

Ressalta-se ainda que, nos parâmetros legais, as prisões preventivas deveriam ser medidas excepcionalíssimas, visto que restringem a liberdade do indivíduo sem que haja qualquer condenação contra ele; no entanto, o grande número de presos provisórios no Brasil demonstra que a excepcionalidade desta medida não vem sendo devidamente respeitada.<sup>83</sup> Neste contexto, as audiências de custódias revelam mais um fator positivo no asseguramento de direitos aos detidos, já que podem evitar prisões preventivas desnecessárias. Assim, a audiência de custódia não só tem potencial para garantir o direito à integridade física do detido, relativamente à prevenção de torturas, como também é fator fundamental na prevenção de prisões preventivas desnecessárias, arbitrárias e, portanto, ilegais.

A decretação de uma prisão ilegal, por si só, já representa grave violação de direitos. Essa situação se torna ainda mais alarmante quando há reconhecimento, pelo próprio STF, no sentido de que as penitenciárias brasileiras violam diariamente os direitos fundamentais dos presos. Foi isto que expressamente reconheceu o Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF 347, que analisa a atual condição carcerária brasileira. Em seu voto, o ministro afirmou que a maior parte dos detentos está sujeita a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. Concluiu afirmando que “o quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema”.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Dados analisados pela Human Rights Watch.

JUSTIFICANDO. **“O Estado Deixou o Mal Tomar Conta”**: A Crise do Sistema Prisional do Estado de Pernambuco. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt-br/report/2015/10/19/282335>>. Acesso em: 23 out. 2015.

<sup>83</sup> Dentre o total da população carcerária brasileira, 41% corresponde a presos sem condenação. BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-dependencia-web.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2015.

<sup>84</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 14 set. 2015.

Assim, se referidas violações de direitos fundamentais já são inaceitáveis para os detentos que de fato foram condenados, a situação é ainda pior para aqueles que estão presos sem condenações, devido a prisões preventivas, sendo que muitas dessas prisões preventivas são desnecessárias e, portanto, ilegais. Para esses últimos detentos, a fonte de violação de direitos fundamentais é dupla: uma pela própria prisão ilegal; outra pelas condições precárias dos presídios.

Enquanto a superpopulação dos presídios é uma questão de segurança pública, cuja solução exige medidas a longo prazo, no curto prazo as audiências de custódia ao menos têm o potencial de evitar decretação de prisões ilegais. Isso afeta diretamente o número de detentos e, com a consequente redução da superpopulação carcerária, também uma mudança no ambiente dos presídios já seria verificada. Em São Paulo, por exemplo, no período entre fevereiro a julho de 2014, antes das audiências de custódia, 5.520 pessoas foram presas preventivamente. Em 2015, com a implementação das audiências, o número de decretações de prisões preventivas, nesse mesmo período, caiu para 1.875 casos. Assim, entre fevereiro e julho de 2015, a população carcerária do estado aumentou 1,14%, contra um aumento de 2,99% no mesmo período de 2014, de acordo com levantamento da Secretaria da Administração Prisional de São Paulo (SAP).<sup>85</sup> Ressalta-se ainda que a diminuição de decretação de prisões preventivas não ocasionou um necessário aumento da criminalidade no estado. Considerando o delito de furto, por exemplo, nos quatro primeiros meses de audiência de custódia, o número de casos de furto diminuiu 8,7% quando comparado ao mesmo período em 2014.<sup>86</sup>

Nesse sentido, há estimativa do CNJ de que, com a concessão de liberdade provisória à metade das pessoas detidas em flagrante, já houve economia de 400 milhões de reais aos cofres públicos, quantia esta que seria utilizada para manter referidas pessoas dentro do sistema carcerário. O ministro Lewandowski, no lançamento da audiência de custódia em Roraima, afirmou que:

Implantamos esse projeto e já economizamos para os cofres públicos. Nossa estimativa é que, até o fim do ano, deixemos de prender 120 mil pessoas e, como cada preso custa cerca de R\$ 3 mil para o erário, teremos ao final de um ano uma economia anual de R\$ 4,3 bilhões que podem ser investidos em

---

<sup>85</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Aumento da população carcerária de SP desacelera com audiências de custódia.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80672-aumento-da-populacao-carceraria-de-sp-desacelera-apos-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 3 nov. 2015.

<sup>86</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Liberdades provisórias a acusados de furto não aumentam tipo de crime em SP.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80453-liberdades-provisorias-a-acusados-de-furto-nao-aumentam-tipo-de-crime-em-sp>>. Acesso em: 3 nov. 2015.

educação, saúde e outros serviços públicos. Ademais, teremos a vantagem de abrir vagas para aqueles presos que oferecem perigo à sociedade e precisam ser segregados.<sup>87</sup>

Ressalta-se que toda economia para os cofres públicos é louvável. Contudo, o foco das audiências de custódia deve ser a garantia dos direitos fundamentais dos presos, evitando a prática de torturas e impedindo a decretação de prisões preventivas ilegais. Assim, a economia ao erário é fator secundário e consequência direta do asseguramento dos direitos dos detidos. Não há como se pensar em economia antes de efetivar os direitos mais básicos daqueles que são detidos em flagrante.

### 3.3 Problemas observados no PLS N° 554/2011

O texto do PLS n° 554/2011 apresentado anteriormente diz respeito ao seu estado tal qual se encontra atualmente, na fase de tramitação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado.<sup>88</sup> Assim, este não é o texto definitivo, sendo certo que este pode ainda sofrer modificações no próprio Senado, na Câmara dos Deputados ou ainda por veto do Executivo. Não obstante, já se observam alguns problemas trazidos pelo atual texto do PLS n° 554/2011, que são passíveis de crítica e que se espera que sejam excluídos do texto definitivo.

#### 3.3.1 Consequências da não observação do prazo de apresentação do preso

Atualmente, o art. 306, §2º do projeto de lei em questão dispõe que “o descumprimento do prazo previsto para apresentação do preso perante o juiz competente, por si só, não enseja o relaxamento da prisão”.<sup>89</sup>

Referido dispositivo constitui verdadeira margem para que o objetivo maior da reforma processual proposta não seja efetivado. Ora, o estabelecimento de um prazo para apresentação do preso ao juiz tem um motivo de ser. Este prazo assegura que a apresentação seja feita de forma imediata para que as circunstâncias de realização da prisão em flagrante

---

<sup>87</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiências de custódia já pouparam R\$ 400 milhões aos cofres públicos.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80378-audiencias-de-custodia-ja-pouparam-r-400-milhoes-aos-cofres-publicos>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

<sup>88</sup> O texto do PLS 554/2011 aqui trabalhado se refere ao apresentado no parecer final da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, votado em 10 set. 2015.  
BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado n° 554, de 2011. **Parecer Final da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado.** Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=178143&tp=1>>. Acesso em: 14 set. 2015.

<sup>89</sup> BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado n° 554, de 2011. **PLS 554/2011.** Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 14 set. 2015.

ainda estejam latentes e claras à percepção do juiz. Sobretudo a efetivação da prevenção de torturas depende do fato de que o detido seja apresentado sem demoras ao juiz.

Nesse sentido, a redação proposta ao art. 306, §1º dispõe que essa apresentação deverá ser feita no prazo de 24 horas. Há o estabelecimento, portanto, de uma regra processual clara e dotada de imperatividade, cuja observação é obrigatória. O descumprimento deste prazo configura violação a uma regra processual e, como em toda sistemática processual, a não observância das regras previstas torna o procedimento ilegal, com o conseqüente relaxamento da prisão. Nesse contexto, ressalta-se que, conforme estabelece atualmente o Código de Processo Penal, a não lavratura do auto de prisão em flagrante em 24 horas torna a prisão ilegal. Da mesma forma, a não entrega da nota de culpa ao preso no prazo de 24 horas também torna a prisão ilegal. Assim, pode-se questionar porque o tratamento quanto ao prazo para apresentação do preso, estabelecido no art. 306, §1º, haveria de ser diferente.

A redação proposta ao art. 306, §2º é verdadeiramente inconstitucional pois permite que prisões ilegais não sejam relaxadas, ferindo frontalmente o art. 5º, LXV da Constituição Federal. Não há nenhuma base legal que autorize o legislador dizer que o descumprimento de uma regra processual, por si só, não leva ao relaxamento da prisão. As previsões legais do Código de Processo Penal são garantias ao próprio detento e, toda vez que qualquer dessas previsões não é observada, há violação ao devido processo legal, tornando todo o procedimento ilegal. Assim, não cabe ao legislador infraconstitucional dizer quando a prisão será relaxada ou não, pois já há regra constitucional dizendo que toda prisão ilegal será relaxada.

Ademais, não bastasse a inconstitucionalidade do dispositivo citado, há ainda um problema de efetividade na redação proposta. Se o próprio projeto de lei ditou um prazo a ser observado, constitui verdadeiro contrassenso este mesmo projeto dizer que a não observância deste prazo não gera consequência alguma, visto que não gera a ilegalidade da prisão. Abre-se assim margem para que este prazo seja desrespeitado cotidianamente e a lei se torne mera letra morta, sem qualquer efetividade. Logo, ao mesmo tempo que o projeto de lei prevê um prazo a ser cumprido, já prevê também todas as possibilidades de sua não concretização.

Dessa forma, para a efetivar o objetivo principal das audiências de custódia que é a garantia dos direitos fundamentais do preso, é imprescindível que seja excluído o §2º do artigo 306 citado. Assim, todo procedimento de prisão em flagrante que não observar o prazo

de apresentação do preso à autoridade judiciária estará eivado de ilegalidades, devendo a prisão ser imediatamente relaxada, tal qual prevê a Constituição Federal.

### 3.3.2 Possibilidade de não realização da audiência

A redação do art. 306, §9º também apresenta disposições problemáticas. Tal dispositivo prevê que

Na impossibilidade, devidamente certificada e comprovada, da autoridade judiciária realizar a inquirição do preso quando da sua apresentação, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia, por meio de seus agentes, tomará recibo do seventuário judiciário responsável, determinando a juntada nos autos neste último caso, retornando com o preso e comunicando o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao Conselho Nacional de Justiça.<sup>90</sup>

Ocorre que, na situação prevista neste parágrafo, não há qualquer motivo concreto para a não realização da audiência de custódia. Observa-se que, no caso previsto no dispositivo, o preso já foi conduzido até a autoridade judiciária e esta teria algum suposto motivo para a não realização da audiência. Deve-se ressaltar que, na realização da audiência de custódia, o processo de condução e apresentação do detido é a parte mais custosa e que exige maior programação da autoridade policial. Já estando o preso no Tribunal para a realização da audiência, é difícil conceber alguma situação justificável que impeça o juiz de realizar a audiência. É certo que as tarefas dos magistrados com a implementação das audiências de custódias serão majoradas, exigindo-se uma reprogramação das atividades. No entanto, este é um problema de organização judiciária a ser resolvido por lei editada por cada Tribunal, não sendo aceitável que o Código de Processo Penal, *a priori*, já abra margem tão grande para não realização das audiências de custódia.

Mais uma vez, ressalta-se que o objetivo das audiências de custódia é permitir o contato direto do preso com a autoridade judiciária para apuração de eventual violação de direitos fundamentais do detido. Assim, qualquer dispositivo que abre exceções à realização imediata dessa audiência compromete a própria efetividade do projeto de lei. Nesse sentido:

Eventual exceção legal, conforme proposta pela emenda em discussão, tornará parcialmente inócua a nova lei, seja pela possibilidade maior de desaparecimento de vestígios de eventuais maus tratos sofridos pelo preso, seja pela possibilidade maior de, em situação de vulnerabilidade inerente à

---

<sup>90</sup> BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. **PLS 554/2011**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 14 set. 2015.

situação da prisão cautelar e imediata, o próprio preso não declarar com a pretendida riqueza de detalhes as situações –regulares ou não- que permearam especificamente sua prisão.

[...]

Desnecessário ir longe para perceber que, se aprovado o texto com a inserção do § 8º, as razões para justificar a “impossibilidade” de inquirição do preso serão as mais diversas.

Assim como se verifica hodiernamente, não tardará para que magistrados fundamentem a não realização das audiências com base no alto volume de demandas criminais, bem como na fragilidade do aparato estatal para atender aos ditames da lei,

Não se pode conceber que legislação alguma legitime o Poder Judiciário a justificar o descumprimento de uma garantia. O Estado- particularmente nas vestes de “Estado-juiz”, ao revés, precisa-se aparelhar-se para garantir efetividade aos direitos dos cidadãos e não encontrar motivos *a priori*, para inobeservá-los.<sup>91</sup>

Percebe-se, portanto, que problemas de logística não podem legitimar a não efetivação de garantias dos detidos. Espera-se, sim, um aparelhamento do Poder Judiciário para atender as novas demandas das audiências de custódia, sendo necessário que se retire o §9º do art. 306 da redação final do projeto de lei, visto que tal dispositivo compromete o objetivo próprio da reforma processual em questão, que é viabilizar a apresentação imediata da pessoa detida ao magistrado.

### 3.3.3 Possibilidade de realização da audiência de custódia por videoconferência

Durante a tramitação do projeto de lei do senado nº 554/2011, surgiu proposta de emenda para incluir a possibilidade de realização das audiências de custódia por videoconferência. Felizmente, referida proposta foi rejeitada, de modo que o atual texto do projeto de lei não apresenta esta possibilidade. Não obstante, aproveita-se a oportunidade para apontar os problemas da emenda proposta e como referida possibilidade seria inadequada aos objetivos da audiência de custódia.

A proposta de emenda trazida pelo Senador Francisco Dornelles, trazia como justificativa principal a prevenção dos riscos com o deslocamento dos presos. Em suas palavras,

---

<sup>91</sup> BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. **Manifestação apresentada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado.** Disponível em <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=176418&tp=1>>. Acesso em 14 set. 2015.

“a diminuição da circulação de presos pelas ruas da cidade e nas dependências do Poder Judiciário representa uma vitória das autoridades responsáveis pela segurança pública”.<sup>92</sup>

Parece-nos, no entanto, que tal discurso é um tanto quanto perigoso, visto que cria uma separação artificial entre presos e demais cidadãos. As pessoas detidas, ao contrário do que faz parecer o discurso de pânico e medo propagado pela mídia, são cidadãos e como tal devem ter seus direitos preservados. É inegável que um contato pessoal do magistrado com o detido, além de ser mais humano, permite que a violação a direitos fundamentais do preso fique mais evidente. Ainda que na audiência por videoconferência o contato com o detido seja em tempo real, como sugere o senador autor da referida emenda, este contato jamais será tão completo quanto um contato pessoal. Ressalta-se que a ideia da audiência de custódia é permitir que o detido fale diretamente o juiz e não com uma câmera posta em sua frente. Assim, se as audiências de custódia realizadas fisicamente na presença do juiz têm maior potencial de efetivar os direitos e garantias fundamentais dos presos, não há porque não realizá-las pessoalmente.

A circulação de presos devidamente escoltados pelas ruas, por si só, não é um problema de segurança pública. Neste ponto, o autor da proposta trouxe como justificativa o caso ocorrido no ano de 2013, no Fórum Regional de Bangu, quando pessoas armadas tentaram resgatar dois presos. Ainda que casos como esse ocorram, deve-se considerar que, nas proporções reais, eles são excepcionalíssimos. Basta observar o grande número de presos que são conduzidos diariamente aos fóruns de todo o país para a realização de audiências de instrução e julgamento e mesmo assim as notícias de tentativas de fugas ou resgate de presos são inexpressivas. Dessa forma, a tentativa de generalizar um caso isolado constitui mero discurso de pânico, sendo certo que um caso excepcional não tem legitimidade para fundamentar restrições aos direitos fundamentais dos cidadãos detidos. Ademais, se a justificativa apresentada para realização da audiência por videoconferência foi a de evitar a circulação de presos, solução mais eficaz seria simplesmente acrescentar dispositivo que estabeleça que o juiz deva ir aos locais de detenção para realização das audiências de custódia.

Portanto, além de não garantir a mesma proteção aos direitos fundamentais dos presos, as audiências de custódia por videoconferência estão baseadas em um discurso de

---

<sup>92</sup> BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. **Emenda número 2, proposta na Comissão Constituição, Justiça e Cidadania do Senado.** Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em 15 set. 2015

medo, que esgota toda a ideia de tratamento processual mais humano, sendo este também um objetivo a ser alcançado com as audiências de custódia. Por fim, caso referida emenda fosse aprovada, haveria ainda ofensa ao disposto nos tratados internacionais que foram internalizados pelo Brasil, visto que, tanto na Convenção Americana de Direitos Humanos, como no Pacto de Direitos Cíveis e Políticos, a previsão é de condução à presença do juiz e não de condução à ambiente monitorado no qual possa ver e falar com o juiz.

Dessa forma, a rejeição desta emenda foi a melhor solução a ser adotada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, sendo exemplar, na justificativa apresentada em parecer da referida comissão, a preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais do preso:

Entendemos que a possibilidade de realizar a audiência de custódia pelo sistema de videoconferência, mesmo que a presença virtual do acusado seja considerada real, não trará as garantias necessárias para realização de um julgamento eficaz pela autoridade judiciária, além de não assegurar de forma plena a preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana, objetivo central deste projeto.<sup>93</sup>

#### *3.3.4 Pouca efetividade na prevenção de execuções*

Por fim, há ainda que se considerar que a implementação das audiências de custódia tem pouca efetividade na prevenção de execuções por parte de agentes estatais. Tal fator não advém exatamente de um problema do PLS nº 554/2011, mas sim de uma limitação natural da sistemática processual. A reforma prevista para o Código de Processo Penal com a instauração de audiências de custódia sem dúvida é benéfica; não obstante, nenhum sistema de proteção de direitos é integralmente eficaz, havendo sempre espaços vulneráveis para sua violação.

No caso das audiências de custódia, sua limitação se encontra justamente na pouca efetividade que possui na prevenção de execuções das pessoas detidas. Isto porque, esses são casos de ilegalidade extremada, nos quais tudo se passa dentro da obscuridade; logo, não há, por parte dos agressores, qualquer preocupação de atribuir um ar de legitimidade àquela detenção. Assim, se nos casos de tortura, há uma tentativa, por parte dos agentes estatais, de disfarçarem aquela ilegalidade, lavrando um auto de prisão em flagrante e o encaminhando à

---

<sup>93</sup> BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. **Parecer apresentado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, de relatoria do Senador Humberto Costa**. Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em 15 set. 2015.

autoridade competente como se nada houvesse ocorrido, nos casos de execução se passa exatamente o contrário.

Nessas hipóteses, os agentes fazem parecer que a própria prisão nunca ocorreu; a pessoa executada nunca passou pela autoridade policial. Logo, não há qualquer preocupação em se atribuir legitimidade a um fato que supostamente nunca aconteceu, segundo o consenso estabelecido entre os envolvidos. É por essa razão que não é sequer lavrado o auto de prisão em flagrante e é por essa mesma razão que as audiências de custódia são ineficazes nesses casos.

Neste ponto, cita-se o caso Amarildo que se tornou um símbolo de casos não esclarecidos, sobre os quais recaí fortes suspeitas sobre os agentes policiais. Amarildo Dias de Sousa – 47 anos, pedreiro, morador da favela da Rocinha no Rio de Janeiro, sem passagens pela polícia – foi apreendido em uma operação da polícia chamada Paz Armada, realizada entre os dias 13 e 14 de julho de 2013. Amarildo foi conduzido por policiais militares a uma Unidade de Polícia Pacificadora- UPP na noite do dia 14; foi liberado naquela mesma noite e desde então nunca mais houve notícias dele. Há, no entanto, vários fatores que fazem acreditar que Amarildo tenha sido executado pelos policiais. Dentre esses fatores, destaca-se o que foi descoberto na auditoria militar realizada em abril deste ano que confirmou que uma testemunha havia sido subornada pelo major Edson Santos- um dos acusados pelo homicídio de Amarildo- a mentir em seu depoimento. A testemunha primeiramente disse que Amarildo havia sido morto por um traficante da comunidade. Posteriormente, mudou seu depoimento, afirmando que havia sido orientada pelo major a dar esse depoimento em troca de dinheiro e também por temer represálias contra seu filho por parte dos policiais militares. Referida testemunha também se encontra desaparecida desde agosto de 2014.<sup>94</sup>

Atualmente, o julgamento dos responsáveis pela morte de Amarildo ainda está em andamento. Ao todo são 25 policiais militares acusados pelos crimes de tortura, ocultação de cadáver, fraude processual e formação de quadrilha. Ressalta-se que casos como o de Amarildo, infelizmente, representam uma realidade constante na atuação policial. Dados do relatório de 2015 da *Human Rights Watch* demonstram que agentes policiais foram responsáveis por 436 mortes no estado do Rio de Janeiro e 505 mortes no estado de São Paulo

---

<sup>94</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Caso Amarildo:** audiência na Justiça Militar confirma que major subornou testemunha. Disponível em: <<http://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/11201.jsessionid=40TfTErbEBUxN15XghsqNNr.node3>>. Acesso em: 17 set. 2015.

nos nove primeiros meses de 2014. Em São Paulo, esse número representa um aumento de 93% em relação ao mesmo período em 2013. O relatório ressaltou ainda que mais de 2.200 pessoas morreram durante operações policiais no Brasil em 2013, uma média de 6 pessoas por dia.<sup>95</sup>

Muitas dessas mortes são justificadas como autos de resistência, isto é, como uma defesa do agente policial contra reações praticadas no momento da abordagem. No entanto, essa classificação faz com que essas mortes não sejam devidamente investigadas e as provas sejam facilmente mascaradas, de modo que não são sequer instauradas ações penais para apuração desses casos. Percebe-se, portanto, que a problemática das execuções por parte de agentes policiais é bastante ampla, sendo verdadeiro problema de segurança pública, que infelizmente não está no alcance das audiências de custódia.

### **3.4 Observação das audiências de custódia no Distrito Federal**

Devido à recente portaria do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de 14 de outubro de 2015, foi implementada a audiência de custódia para todos os presos em flagrante no Distrito Federal. Assim, aproveitamos essa oportunidade para assistir a algumas dessas audiências nos primeiros dias de sua realização e fazer uma análise desse instituto no momento de sua prática.

Dos 16 casos observados, os flagrantes por crimes de tráfico de drogas e crimes contra o patrimônio corresponderam a 69,2% do total; o restante dos casos consistia em crimes de violência doméstica, comércio ilegal de arma de fogo, corrupção de menores e associação criminosa. Os detidos eram todos homens, em sua maioria negros ou morenos, com idade entre 19 e 41 anos. Relativamente às decisões proferidas, houve concessão de liberdade provisória a 50% dos detidos, contra decretação de prisão preventiva em 35% dos casos. O restante corresponde a relaxamento de prisão e uma internação cautelar por se tratar de doente mental. Passamos agora a algumas observações relativas às audiências que foram mais interessantes.

Primeiramente, ressalta-se que a Portaria do TJDFT que instituiu as audiências de custódia não estabeleceu como obrigatória a presença do Ministério Público, tampouco da Defesa Técnica do detido em flagrante. Das audiências observadas, o membro do Ministério Público sempre esteve presente, mas, relativamente à Defesa Técnica, em algumas

---

<sup>95</sup> HUMAN RIGHTS WATCH. **World Report 2015**: Brazil. Disponível em: <<https://www.hrw.org/world-report/2015/country-chapters/brazil>>. Acesso em: 17 set. 2015.

audiências havia advogada dativa representando os detidos, em outras não houve qualquer defesa e por fim, houve ainda casos de presos que constituíram seus próprios advogados para a audiência. A ausência de Defesa Técnica na audiência revelou na prática os problemas já discutidos na teoria. O réu que vai à audiência de custódia sem qualquer Defesa Técnica fica em manifesta situação de desvantagem. O juiz e o promotor, ambos em plano superior da sala de audiência, sentados lado a lado, estabelecem diálogo direto entre si, repletos de termos técnicos, que não permitem ao réu que não está sendo assistido por advogado uma chance de defesa apropriada. Percebe-se, assim, a não efetivação do princípio do contraditório nesse momento da persecução penal, conforme apontado anteriormente no Capítulo 1.

A vulnerabilidade ocasionada pela falta de Defesa Técnica teve sua expressão máxima na audiência que julgou caso de um doente mental preso em flagrante. Este homem, preso em flagrante por um incidente de violência doméstica, compareceu à audiência sem advogado, sem qualquer familiar e sem um curador que pudesse representá-lo. Diante das perguntas feitas pelo juiz, este não conseguia manter uma linha de raciocínio coerente para respondê-las, de modo que o julgamento ocorreu sem que esse pudesse se defender de forma oportuna. Quando, ao final, foi proferida decisão de internamento cautelar, o detido perguntou se não havia um defensor público para ajudá-lo. Esta foi a audiência em que a situação de vulnerabilidade e cerceamento de defesa do réu que não tem uma defesa técnica ficou mais evidente.

Não obstante a pequena oportunidade de defesa do detido que não é assistido por uma defesa técnica, houve uma situação excepcional na qual o detido comprovou a efetividade do exercício da sua autodefesa. Neste caso, um morador de rua havia sido preso em flagrante pela prática de um furto simples. O membro do Ministério Público observou que o caso não era de maior gravidade, de modo que, se ele indicasse um endereço fixo, este oficiaria pela liberdade provisória. No mesmo sentido, o juiz afirmou que a princípio não era um caso de prisão preventiva, mas o fato de este não ter endereço fixo o autorizaria a decretar a prisão. Embora houvesse uma defesa técnica nesta audiência, partiu do detido a iniciativa de sugerir que ele ficasse em um albergue, de modo que poderia ser sempre encontrado naquele endereço. A sugestão do detido foi aceita e ele, no exercício de sua autodefesa, conseguiu evitar a sua prisão preventiva.

Relativamente aos casos de agressões policiais, houve alguns relatos de agressão que, no entanto, não geraram maiores influências nas decisões a serem proferidas pelo

magistrado. Um detido preso em flagrante pelo furto de picolés afirmou que os policiais ameaçaram bater nele quando este se negou a falar seu nome, tendo o ameaçado também com choques. Em outra audiência, uma pessoa detida por tráfico –mas na audiência foi concedida a liberdade provisória por se entender que se tratava apenas de usuário- informou que os policiais deram três tapas em seu rosto quando ele já se encontrava algemado. Em outro caso, um detido por roubo de celular informou que, na delegacia, pediu aos policiais para que a vítima fizesse seu reconhecimento, pois afirmava que não era ele o autor do roubo; no entanto, os policiais não fizeram o reconhecimento solicitado pelo preso em flagrante.

Da observação dessas alegações de agressões em audiência, percebeu-se que a palavra do detido fica desacreditada, visto que, quando é contraposta com o que está escrito no auto de prisão em flagrante, prevalece o que está no documento que foi elaborado pela própria autoridade policial.

Assim, embora continuemos acreditando que a audiência de custódia pode funcionar como fator inibidor de torturas e agressões policiais, sua eficácia maior está restrita aos casos mais graves, em que as marcas de agressões ficam visíveis, tanto ao juiz no momento da realização da audiência, quanto ao perito no exame de corpo de delito cautelar. Este fator já configura um grande avanço, visto que esses são os casos de agressões mais graves e mais danosos à integridade dos presos. Ressalta-se, no entanto, que os casos menos graves, mas que ainda sim são agressões, tais quais tapas no rosto e ameaças com choques, vão continuar em um âmbito de difícil comprovação, sendo um empecilho a uma completa efetivação da garantia constitucional de integridade física e moral da pessoa presa.

Houve ainda interessante caso de relaxamento de prisão em que o juiz reconheceu que a prisão não se deu em situação de flagrante. Tratava-se de situação na qual, por meio de uma denúncia anônima, foi informado aos policiais que um carro furtado anteriormente estava estacionado na garagem de uma casa. O homem detido em flagrante afirmou que os policiais já chegaram invadindo sua casa e dando choque e tapas em seu rosto. No momento da prisão em flagrante, os policiais afirmaram que tinha sido ele o autor do furto, visto que ele parecia com as características dadas pela vítima, que disse que o homem que a furtou era um homem negro e alto. Em audiência, o detido afirmou que não havia furtado aquele carro e que o autor do delito seria seu irmão, que também é um homem negro e alto. Neste ponto, o detido, também no exercício de sua autodefesa, afirmou que este reconhecimento feito pelos policiais não significava nada, visto que 80% da população da Papuda era composta por

homens negros e altos. Não obstante o silêncio do juiz quanto as agressões narradas pelo detido, o magistrado decidiu pelo relaxamento da prisão afirmando, primeiramente, que não era situação de flagrância, visto que o delito de furto já havia se consumado anteriormente e os policiais só chegaram ao objeto furtado por uma denúncia anônima e não porque estavam em hipótese de perseguição. Ademais, admitiu ainda que a alegação do detido de que 80% da população da Papuda era composta por homens negros e altos fazia sentido, não podendo somente essas características serem suficientes para compor os indícios de autoria.

Por fim, cumpre ressaltar que, dentre as audiências observadas, houve um promotor que nos chamou atenção devido a sua especial atenção em relação à efetivação da garantia de comunicação que é constitucionalmente assegurada ao preso. Este promotor específico sempre perguntava aos detidos se suas famílias tinham sido comunicadas da prisão e perguntava também se estes sabiam o motivo de sua prisão, isto é, se lhes tinha sido entregue a nota de culpa. Ademais, o magistrado que presidia as audiências nesse dia também teve especial atenção à garantia constitucional de integridade física dos presos, de modo que começava cada audiência perguntado aos presos se, no momento da prisão, tinha ocorrido qualquer agressão ou violência.

A narrativa desses breves casos tem como objetivo ilustrar um pouco da realidade das audiências de custódia no Distrito Federal. A constatação principal foi de que as audiências de custódia têm sido muito eficazes no quesito de dar voz aos detidos, que se defendem mesmo quando a defesa técnica está ausente. O exercício da defesa e a possibilidade de se pleitear a liberdade provisória foram os principais pontos positivos observados e que de fato têm conduzido a grande número de concessão de liberdade provisória. Por outro lado, como ponto negativo, observou-se que as agressões policiais de menor força (que não deixam marcas), quando são relatadas pelos detidos, acabam por serem consideradas como meras alegações e continuam como fatores de difícil comprovação.

## CONCLUSÃO

Inicialmente, partindo de uma análise do instituto das prisões cautelares, percebeu-se que essas prisões, por serem medidas extremas que restringem a liberdade do indivíduo sem que haja condenação, devem observar uma legalidade estrita. Assim, a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão em flagrante devem incidir somente nas hipóteses e condições taxativamente explicitadas na lei. Não obstante a necessidade de se observar o princípio da legalidade, a análise do texto legal realizada no Capítulo I demonstrou que a própria lei traz expressões vagas, indeterminadas, que acabam por alargar o campo de incidência das prisões cautelares. Assim, o que deveria ser medida excepcional torna-se a regra, o que é confirmado pelo grande número de presos provisórios no Brasil.

Nesse contexto, foram explicitados alguns princípios e garantias constitucionais que regem a prisão em flagrante e que são de suma importância por funcionarem como limitadores do poder punitivo estatal, evitando prisões desnecessárias e ilegais. A análise destes princípios demonstrou que o texto constitucional frequentemente precisa de regulamentação legal para ser efetivado, sendo este o caso do projeto de lei em debate, que vem concretizar algumas garantias constitucionais da pessoa detida, como, por exemplo, o respeito a sua integridade física.

No que tange à atual sistemática processual da prisão em flagrante, percebeu-se que esta não permite qualquer contato entre a pessoa detida e o juiz. Apesar de haver alguns institutos que permitem uma suposta segurança ao preso, tal qual a nota de culpa e a garantia de comunicação da prisão ao juiz em 24 horas, esses instrumentos se mostraram insuficientes relativamente ao asseguramento de direitos fundamentais do preso. O problema central foi identificado como sendo a forma como a comunicação da prisão é feita ao juiz, qual seja, pela mera remessa do auto de prisão em flagrante. Esta previsão do Código de Processo Penal gera três consequências específicas aqui destacadas: a ocorrência de torturas no momento da prisão; a falta de humanidade no tratamento com o preso; e, por fim, a limitação da ampla defesa e do contraditório.

Relativamente à prática de tortura, os dados apresentados no relatório da Câmara do Deputados de 2005, bem como os mais recentes dados apresentados no relatório denominado “Julgando a Tortura” de 2015 demonstraram que a utilização de tortura e agressões é prática corrente nas instituições policiais, muitas delas ocorrendo no momento próprio do flagrante. Os dados confirmaram ainda a hipótese inicial de que a sistemática processual deixa margem para que essas ações aconteçam de forma reiterada, visto que não há sequer a previsão de um exame de corpo de delito cautelar para assegurar a integridade física do preso.

A questão da humanidade também se destacou como um problema central da análise processual realizada. Atualmente, o magistrado profere uma decisão crucial relativamente à pessoa detida sem que ela, sujeito central do processo, possa participar e estar presente. Neste ponto, outro problema também foi observado: a não efetivação da ampla defesa no momento da decisão quanto à manutenção ou não da prisão cautelar. Isto porque, o juiz faz esta análise tão somente baseado no que consta no auto de prisão em flagrante e participação da defesa técnica não é obrigatória; como consequência, várias prisões preventivas desnecessárias têm sido decretadas diariamente, sem qualquer possibilidade de manifestação prévia da Defesa.

Por outro lado, a análise do projeto de lei nº 554/2011 do Senado, que regulamenta a audiência de custódia, demonstrou que esta reforma processual tem potencial para resolver os problemas elencados. No capítulo III, foi possível perceber que as margens de obscuridade e de ilegalidade da atuação policial são consideravelmente reduzidas com a implementação da audiência de custódia. O fato de o juiz ter um contato visual direto com o preso, além de o próprio preso poder relatar o momento da prisão são elementos que podem reduzir efetivamente a prática de torturas. A previsão de realização de um exame de corpo de delito cautelar também é fator que ajuda na prevenção de agressões pelo Sistema Penal.

Ademais, observou-se como a realização de uma audiência cria um espaço de diálogo entre o juiz e o detido, concretizando assim um tratamento processual mais humano. Além disso, também foi identificada uma preocupação com a efetivação da ampla defesa em toda persecução penal, visto que a previsão do projeto de lei é de que o juiz só tome sua decisão após manifestação do Ministério Público e da Defesa Técnica.

Em seu conjunto, a análise do projeto de lei, bem como das justificativas apresentadas pelos parlamentares durante as deliberações, levou à conclusão de que este é um

projeto que está voltado especificamente ao asseguramento dos direitos fundamentais dos presos, sobretudo no sentido de evitar torturas e agressões por parte do Sistema Penal, sendo essa posição um avanço no sentido de concretização de uma Criminologia Cautelar em âmbito estatal.

Não obstante a maior preocupação com a proteção dos direitos fundamentais do preso, o estudo do projeto de lei também revelou novos problemas. O maior deles está no fato de a não apresentação do preso ao juiz em 24 horas não ser fator suficiente para se relaxar a prisão. O receio daí resultante é no sentido de que, se não houver qualquer consequência para a não apresentação do preso ao juiz em 24 horas, esta lei se tornará letra morta, sem qualquer efetividade, permitindo assim que a violação dos direitos fundamentais dos presos continue ocorrendo sistematicamente.

Assim, o sucesso efetivo da reforma processual proposta depende diretamente da retirada desta previsão que impede o relaxamento da prisão que não observar o prazo de apresentação. Uma vez superada esta previsão, acredita-se que a implementação de audiências de custódia tem capacidade para melhor assegurar os direitos fundamentais daquele que é detido em flagrante, podendo reduzir o número de violações verificadas, mas sobretudo diminuindo o número de decretações de prisões preventivas desnecessárias. Nesse sentido, a observação das audiências de custódia no Distrito Federal mostrou que as audiências têm sido uma ferramenta importante para garantir a defesa prévia do detido, possibilitando a concessão de liberdade provisória em pelo menos metade dos casos. Os dados do TJDFT acerca da primeira semana de audiência de custódia no Distrito Federal confirmam essa tendência apontada por nós. Segundo o Tribunal, no período entre 14/10/2015 e 23/10/2015, foram analisados 288 casos, sendo que em 57% deles foi concedida liberdade provisória. Ademais, houve 4 denúncias de agressões por parte dos detidos, sendo que 2 deles foram encaminhados ao IML para realização de exame de corpo de delito.

No entanto, em contraposição às reformas propostas, deve-se ressaltar que a preocupação em se efetivar os direitos e garantias fundamentais dos presos frequentemente encontra obstáculos na opinião pública. Em pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, constatou-se que 50% da população brasileira concorda com a afirmação

de que “bandido bom é bandido morto”<sup>96</sup>. Isso demonstra uma aceitação da população e até mesmo um estímulo para que as violações ocorridas em âmbito policial continuem ocorrendo. A título de exemplo, cita-se o que foi dito por um apresentador de um programa do tipo policial da rádio local, que, ao comentar a implementação das audiências de custódia no Distrito Federal, afirmou que essas iriam atrapalhar o trabalho dos policiais militares. Tem-se, portanto, um indicativo claro de como está enraizada no senso comum brasileiro a ideia de que faz parte das atribuições institucionais do policial o uso de agressões e violência injustificada contra os supostos delinquentes.

Estes dados relativos à opinião pública indicam que não há, por parte de metade da população, uma preocupação efetiva com as ilegalidades observadas na atuação do Sistema Penal. É nesse contexto que se torna possível, por exemplo, a tramitação de projetos de lei restritivos de direitos, tal qual o projeto de lei nº 373/2015 da Câmara dos Deputados que visa à ampliação das modalidades de flagrante, criando uma hipótese de flagrante por tempo indeterminado, que permite que o indivíduo seja preso em flagrante sem observância de qualquer limite temporal que não seja a prescrição.

Esses fatores constituem apenas alguns exemplos que demonstram como a questão do respeito aos direitos fundamentais dos presos não é unânime na sociedade brasileira; pelo contrário, divide a população ao meio, em um debate que está longe de chegar a uma conclusão pacífica. É neste contexto que se percebe que, por mais que as audiências de custódia procurem mecanismos de evitar agressões por parte dos policiais, estas continuarão ocorrendo enquanto houver aceitação generalizada de pelo menos metade da população brasileira, que não vê essa atuação como ilegal.

---

<sup>96</sup> 9º ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2015. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/produtos/anoario-brasileiro-de-seguranca-publica/9o-anoario-brasileiro-de-seguranca-publica>>. Acesso em: 16 out. 2015.

## REFERÊNCIAS

**9º ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA.** São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2015. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/9o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica>>. Acesso em: 16 out. 2015.

**AÇÃO DOS CRISTÃOS PARA A ABOLIÇÃO DA TORTURA (ACAT) et. al. (Org.). Julgando a tortura:** Análise de jurisprudência nos tribunais de justiça do Brasil (2005-2010). 2015. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando\\_a\\_tortura.pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando_a_tortura.pdf)>. Acesso em: 24 ago. 2015.

**BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

**BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal:** parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

**BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

**BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Relatório Sobre Tortura no Brasil.** Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a\\_pdf/relatorio\\_cdhcf\\_tortura\\_br\\_2005.pdf](http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/relatorio_cdhcf_tortura_br_2005.pdf)>. Acesso em: 9 nov. 2015.

**BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 373, de 2015. PL 373/2015.** Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=545C04E1A953EC76DAC3A1884EC89CC9.proposicoesWeb1?codteor=1300564&filename=PL+373/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=545C04E1A953EC76DAC3A1884EC89CC9.proposicoesWeb1?codteor=1300564&filename=PL+373/2015)>. Acesso em: 16 out. 2015.

**BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. PLS 554/2011.** Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 14 set. 2015.

**BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. Manifestação apresentada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado.** Disponível em <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=176418&tp=1>>. Acesso em 14 set. 2015.

**BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. Emenda número 2, proposta na Comissão Constituição, Justiça e Cidadania do Senado.** Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em 15 set. 2015

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. **Parecer apresentado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, de relatoria do Senador Humberto Costa.** Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em 15 set. 2015.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. **Parecer Final da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado.** Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=178143&tp=1>>. Acesso em: 14 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2015.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos.** Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2015.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana de Direitos Humanos.** Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código Processo Penal.** Rio de Janeiro, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2015.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN.** Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nessa-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2015.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA. Governo Federal. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil.** 2014. Disponível em: <[https://www.anadep.org.br/wtksite/mapa\\_da\\_defensoria\\_publica\\_no\\_brasil\\_impreso\\_.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impreso_.pdf)>. Acesso em: 21 ago. 2015.

CAMUS, Albert. **L'étranger.** France: Folio, 2010.

CARVALHO, Salo de. **O Papel do Sistema Penal na Era do Punitivismo** (O exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiências de custódia já pouparam R\$ 400 milhões aos cofres públicos.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80378-audiencias-de-custodia-ja-pouparam-r-400-milhoes-aos-cofres-publicos>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Aumento da população carcerária de SP desacelera com audiências de custódia.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80672-aumento-da-populacao-carceraria-de-sp-desacelera-apos-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 3 nov. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Liberdades provisórias a acusados de furto não aumentam tipo de crime em SP**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80453-liberdades-provisorias-a-acusados-de-furto-nao-aumentam-tipo-de-crime-em-sp>>. Acesso em: 3 nov. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do Caso Acosta Calderón Vs. Equador. **CIDH**. Washington. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/seriec\\_129\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/seriec_129_esp.pdf)>. Acesso em: 09 nov. 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório**: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 46, n. 183, p.103-115, set. 2009, p. 112.

HUMAN RIGHTS WATCH. **World Report 2015**: Brazil. Disponível em: <<https://www.hrw.org/world-report/2015/country-chapters/brazil>>. Acesso em: 17 set. 2015.

JUSTIFICANDO. **"O Estado Deixou o Mal Tomar Conta"**: A Crise do Sistema Prisional do Estado de Pernambuco. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt-br/report/2015/10/19/282335>>. Acesso em: 23 out. 2015.

JUSTIFICANDO. **Audiências de custódia já pouparam R\$ 400 milhões aos cofres públicos**. Disponível em: <[http://www.justificando.com/2015/09/08/audiencias-de-custodia-ja-pouparam-r\\$-400-milhoes-aos-cofres-publicos/](http://www.justificando.com/2015/09/08/audiencias-de-custodia-ja-pouparam-r$-400-milhoes-aos-cofres-publicos/)>. Acesso em: 11 set. 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAIA, Luciano Mariz. **Do controle judicial da tortura institucional no Brasil hoje**: à luz do direito internacional dos direitos humanos. 2006. 403 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando\\_a\\_tortura.pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando_a_tortura.pdf)>. Acesso em: 24 ago. 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Caso Amarildo**: audiência na Justiça Militar confirma que major subornou testemunha. Disponível em: <<http://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/11201;jsessionid=40TfTErbEBUxN15XghsqNnr.node3>>. Acesso em: 17 set. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. CENTRO DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O BRASIL (UNIC RIO). (Ed.). **Especialista da ONU insta Brasil a resolver superlotação das prisões e agir contra tortura**. Disponível em:

<<http://nacoesunidas.org/especialista-da-onu-insta-brasil-a-resolver-superlotacao-das-prisoese-agir-contra-tortura/>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

PAIVA, Caio; LOPES JUNIOR, Aury. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 17, p.11-24, set./dez. 2014. Disponível em <[http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/209-Artigos](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos)>. Acesso em: 10 set. 2015.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Teoria Constitucional do Direito Processual Penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro**. 2005. 875 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufpe.br/jspui/bitstream/123456789/4013/1/arquivo5907\\_1.pdf](http://www.repositorio.ufpe.br/jspui/bitstream/123456789/4013/1/arquivo5907_1.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Projeto Audiência de Custódia chega a 14 estados com adesão do Piauí**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298296>>. Acesso em: 10 set. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 14 set. 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 3 vol. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.