

Bruno Taufner Zanotti

Cleopas Isaías Santos

Delegado de Polícia

Teoria e Prática

10^a | revista
edição | ampliada
atualizada

2026

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO IV

A NOVA SISTEMÁTICA DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Cleopas Isaías Santos

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Se é verdadeiro afirmar que a atividade policial representa, por natureza, a principal porta de entrada do sistema penal, recebendo, assim, o primeiro e maior impacto da prática de uma conduta social proibida pelo Direito Penal, ela encontra na prisão em flagrante seu ponto culminante.

E assim pensamos especialmente porque, tal como configurada, ela se mostra, sem sombra de dúvida, dentre todas as formas de prisão, como a que exige maior cuidado por parte dos operadores do direito, e mesmo do legislador, pois é a única (civil)¹ que não depende de prévia autorização judicial,² sendo, como regra, formalizada pela autoridade policial, o que representa, de certa forma, uma flexibilização dos direitos fundamentais do imputado.

-
1. Outras formas de prisão que independem de prévia autorização judicial são a decretada em estado de defesa e estado de sítio (art. 136, § 3º, inc. I e art. 139, inc. II, respectivamente, ambos da CF); e a decorrente de transgressão militar ou crime propriamente militar, conforme ressalva na parte final do inciso LXI do art. 5º da CF.
 2. Segundo FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: RT, 2005, p. 318, “tendo em vista as peculiaridades da prisão em flagrante, o legislador deu à autoridade policial poder anômalo de verificar, em um primeiro momento, a presença do *fumus boni iuris*”. Embora importante seu ensinamento, vale lembrar que o citado autor, como se percebe, usa a expressão *fumus boni iuris*, à semelhança do que se faz no processo cautelar civil, bem como considera a prisão em flagrante como medida cautelar (op. cit., p. 314), enquanto o mais condizente com o processo penal seria referir-se a *fumus commissi delicti* e em medida pré-cautelar.

Além disso, seu fundamento é a visibilidade, ou seja, a evidência³ da prática de um injusto típico, especificamente na hipótese prevista no art. 302, I, do CPP (“*está cometendo a infração penal*”). Contudo, este fundamento sempre foi precário, e esta precariedade tem sido demonstrada com mais rigor nos últimos tempos pelas neurociências, especialmente em virtude do seu caráter alucinógeno⁴ e das variadas influências que o observador sofre, no instante em que aquela situação ocorre.⁵

Essas e outras razões justificam a investigação desta modalidade prisional com o olhar interessado e inarredável dos direitos fundamentais.

Aliás, não só a prisão em flagrante, mas todo o sistema processual penal deve ser visto sob a lupa dos direitos fundamentais, tendo em vista especialmente o fato de que, nos últimos anos, dentre as transformações ocorridas no âmbito da dogmática jurídica, a chamada constitucionalização do Direito consolidou um dos mais significativos processos de reestruturação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, ao reconhecer, como princípio interpretativo, a supremacia das Cartas Constitucionais, em razão da qual toda a ordem jurídica tornou-se aberta à irradiação ou *filtragem das normas constitucionais*⁶ e, de modo particular, dos direitos fundamentais por elas garantidos.

Desta forma, não é possível desconhecer estes influxos também no âmbito do Processo Penal, especialmente porque é nesta esfera que esses direitos podem ser ofendidos ou ameaçados de lesão de forma mais potencializada.

-
3. De acordo com MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3, “Diz-se *evidente* o que dispensa a prova. Simulacro de auto-referencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo, a evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade. De alguma maneira, a evidência instaura um *desamor do contraditório*”.
 4. Expressão utilizada por LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 86, no seguinte contexto, na esteira de FERNANDO GIL: “existe um claro caráter alucinógeno na *evidência*, que conduz a um contágio dela sobre a *verdade*. Isso porque, ‘a verdade evidente é vista com os olhos da mente, e não se pode dizer de outro modo. E a evidência contagia a verdade na medida em que o desprendimento da evidência que falava há um instante nunca pode ser completo – tal significaria que o sujeito deixaria de ser sujeito, que a primeira pessoa se transformaria na terceira pessoa””.
 5. Um aprofundado estudo sobre o tema pode ser encontrado em STEIN, Lillian M. et all. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2009; e, mais especificamente, em GESU, Cristina Di. **Prova penal e falsas memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; e ÁVILA, Gustavo Noronha. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: 2013.
 6. Expressão de SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**, nº 24. Curitiba: Unibrasil, 2005, *passim*.

Além disso, razões de ordem prática exigem um tratamento diferenciado desta modalidade procedimental, seja pela grande quantidade de inquéritos policiais instaurados mediante auto de prisão flagrante, seja pelo risco ao qual se submete a autoridade policial de incorrer em uma arbitrariedade, e consequente prática de crime de abuso de autoridade, seja ainda pelas mudanças introduzidas pela Lei nº 12.403/2011.

Por fim, importa esclarecer que, por opção metodológica, sempre que possível, o estudo desta hipótese prisional será feita em comparação ao que era (texto original do Código de Processo Penal) e ao que poderá ser (disposições do projeto de reforma total do CPP, em trâmite no Congresso Nacional).

2. CONCEITO

Tornou-se comum, na doutrina pátria, conceituar a prisão em flagrante a partir de sua cautelaridade e de sua evidência. Assim, segundo Tourinho Filho,⁷ atualmente esta modalidade prisional “justifica-se como salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria”.

De outro lado, é de Carnelutti⁸ a lição mais repetida acerca da prisão em flagrante. Segundo este autor, “a expressão metafórica se refere à chama, a qual denota a certeza da combustão; quando se vê a chama, é indubitável que alguma coisa arde”.

Estas concepções já não podem ser vistas sem ressalvas, especialmente depois da Lei nº 12.403/2011 e dos mais recentes estudos acerca das, assim chamadas, “falsas memórias” e do caráter alucinógeno da evidência, como antes referido.

Como será esclarecido a seguir, atualmente a prisão em flagrante possui natureza pré-cautelar, precisamente porque, com a nova lei, ninguém mais poderá continuar preso em flagrante pelo tempo que antes ficava, senão pelo estritamente necessário à apreciação, pelo juiz, do respectivo auto e adoção de uma das seguintes medidas, conforme os arts. 3º-B, inc. II, 310 e 282, § 6º, ambos do CPP: **a)** relaxamento da prisão, por ilegalidade; **b)** concessão de outra medida alternativa à prisão; **c)** concessão da liberdade provisória sem fiança; **d)** ou ainda, se presentes seus pressupostos, para a decretação da prisão preventiva. Tudo isso deve ser feito no prazo máximo de **48 (quarenta e oito)**

7. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3, p. 486.

8. CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, t. II, p. 77. No original: “la expresión metafórica se refiere a la llama, que denota con certeza la combustión; cuando se ve la llama, es indudable que alguna cosa arde”.

um judicial”.¹⁰ Ou seja, para o referido autor, a prisão em flagrante somente se perfaz com a participação do juiz, no momento de sua apreciação do respectivo auto de prisão em flagrante.

Esse era o entendimento que predominava na doutrina e na jurisprudência pátrias,¹¹ embora a previsão originária do CPP que possibilitava esta prática tenha sido alterada pela Lei nº 6.416/1977, que acrescentou o parágrafo único ao art. 310 do CPP, cuja dicção autorizava o juiz a manter o preso em flagrante somente se presentes os requisitos da prisão preventiva. Do contrário, deveria conceder liberdade provisória sem fiança, desde o autuado se compromettesse a comparecer a todos os atos processuais.

O referido dispositivo, segundo parte da doutrina e jurisprudência, já servia de fundamento normativo para que ninguém permanecesse preso em flagrante durante toda a instrução processual.

Desde a primeira edição deste livro, já defendíamos que foi com a nova sistemática introduzida pela Lei nº 12.403/2011 que a prisão em flagrante passou, inquestionavelmente, a ter natureza pré-cautelar, precisamente porque ninguém mais poderá permanecer preso em flagrante pelo tempo que antes ficava, senão pelo estritamente necessário à apreciação, pelo juiz, do respectivo auto e adoção de uma das seguintes medidas, conforme arts. 3º-B, inc. II, 310 e 282, § 6º, ambos do CPP: **a)** relaxamento da prisão, por ilegalidade; **b)** concessão de outra medida alternativa à prisão; **c)** concessão da liberdade provisória sem fiança; ou ainda, se presentes seus pressupostos, para a decretação da prisão preventiva. Tudo isso deve ser feito no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas, a contar da formalização da prisão em flagrante, como se depreende da interpretação sistemática dos arts. 306, § 1º e 322, par. único, ambos do CPP. Este último, por aplicação analógica.

Mesmo antes da publicação da referida lei, alguns doutrinadores já advogavam sua natureza pré-cautelar. Assim, por exemplo, Aury Lopes Jr., na esteira de Banacloche Palao, afirma que, ao permitir que a prisão em flagrante fosse feita sem o crivo judicial prévio, em virtude da evidência do *fumus com-*

10. LIMA, Marcellus Polastri, op. cit., p. 608.

11. Na jurisprudência do STF, por exemplo, encontramos decisões em ambos os sentidos, como se pode constatar nas transcrições parciais a seguir: “Alicerçando-se a manutenção da prisão em flagrante na periculosidade do agente, descabe cogitar de ilegalidade – parágrafo único do artigo 387 do Código de Processo Penal.” (HC 96.527, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 24-3-2010, Primeira Turma, DJE de 14-5-2010.) e “Paciente mantido preso por prazo excessivo unicamente em decorrência da prisão em flagrante. Ausência de situação fática vinculada a qualquer das hipóteses listadas no artigo 312 do Código de Processo Penal. (...) Constrangimento ilegal caracterizado.” (HC 96.415, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-11-2008, Segunda Turma, DJE de 24-4-2009.)

missi delicti, “[...] o legislador consagrou o **caráter pré-cautelar da prisão em flagrante**”.¹² (negrito no original)

Além disso, a formalização de uma prisão em flagrante, através do respectivo auto, não é um ato administrativo complexo,¹³ razão pela qual se perfaz sem necessidade de homologação pelo juiz. Ao contrário, trata-se de um **ato administrativo simples**,¹⁴ que se torna completo e acabado já com a conclusão do auto de prisão em flagrante na unidade policial.

O que o juiz faz, ao receber o auto de prisão em flagrante, não é homologar a prisão já formalizada, mas verificar sua legalidade, tomando as medidas legais cabíveis. E **qualquer decisão do juiz (a qual não possui natureza administrativa, mas jurisdicional), nesse momento, pressupõe que o ato administrativo praticado pelo delegado já esteja completo e acabado, independente de sua legalidade**. Por isso é que ele **relaxará** a prisão, se a mesma for ilegal; ou, sendo legal o ato, **concederá** liberdade provisória, com o sem fiança; **decretará** uma ou mais medidas alternativas à prisão, se assim o caso recomendar; ou, por fim, e em último caso, **converterá** a prisão em flagrante em preventiva. Em todos estes casos, como se disse acima, a atuação do juiz pressuporá um ato administrativo (auto de prisão em flagrante) na sua inteireza, praticado pelo delegado de polícia, seja ele legal ou ilegal.

Mas se algum debate existia a esse respeito, o pacote anticrime o arrefeceu. Com efeito, a pré-cautelaridade da prisão em flagrante foi expressa pelo legislador da Lei nº 13.964/2019, ao prever, no art. 283, do CPP, que *“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”*.

Ou seja, a reforma estabeleceu, de forma bastante clara, as modalidades de prisão possíveis no curso da persecução penal: a) prisão em flagrante; b) prisão cautelar (preventiva, temporária e extradicional); e c) prisão decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado.

12. LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 214.

13. Segundo MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**: introdução. v. I. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 541, “o ato complexo é formado pela manifestação de vontade que se expressa pela participação de dois ou mais órgãos, cujas exteriorizações se verificam em uma só vontade.” E arremata o mesmo autor, na referida obra, à página 544: “[...] o ato complexo se reduz ao de vontades concorrentes de órgãos de uma mesma pessoa jurídica.”

14. “O ato simples é o de manifestação de vontade exteriorizada tão-somente por um órgão administrativo”, nas palavras de MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de, op. cit., p. 540.

Em matéria prisional, portanto, a prisão em flagrante é administrativa e preparatória para a prisão preventiva. Esta, sim, verdadeira prisão cautelar. Daí por que nela se identifique uma **instrumentalidade qualificada**,¹⁵ pois serve de instrumento (prisão em flagrante) do instrumento (prisão preventiva) do instrumento (processo penal).

Como este assunto foi cobrado em concurso público?

(PC/Delegado/MT/2017/Cespe) Considerando os dispositivos da Lei nº 12.403/2011, que promoveu alterações no Código de Processo Penal relativas à prisão processual, discorra sobre a natureza jurídica da prisão em flagrante diante da nova roupagem processual penal, abordando, necessária e fundamentadamente, as justificativas doutrinárias que defendem a sua cautelaridade e as que defendem a sua pré-cautelaridade.

A questão exige do candidato conhecimentos acerca da prisão em flagrante, em especial, à sua reconfiguração dentro do sistema de cautelaridade após a entrada em vigor da Lei 12.403/2011.

Sabe-se que a Lei nº 12.403/2011 alterou profundamente o sistema de cautelaridade penal no Brasil, com grandes repercussões na prisão em flagrante, entre as quais, a repristinação do debate acerca da sua natureza jurídica.

Com efeito, apesar da alteração do art. 310 do CPP, feita pela citada lei, parte da doutrina continua a sustentar que a prisão em flagrante possui natureza jurídica de medida cautelar, isso porque ela exige os mesmos pressupostos gerais das cautelares (*fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*), bem como as características das medidas cautelares, como a jurisdicionalidade, acessoriedade, preventividade e provisoriedade.

Além disso, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LXI, prevê que os cidadãos podem ser presos em flagrante ou por ordem judicial, o que fundamenta a prisão em flagrante como medida autônoma e cautelar, até a sua conversão em prisão preventiva ou a concessão de liberdade provisória. O próprio CPP, após as alterações legislativas, coloca a prisão em flagrante entre as medidas cautelares (art. 283, § 1º).

Por outro lado, alguns autores, afirmam que, com a reforma, a prisão em flagrante passou a ser medida pré-cautelar, uma vez que é formalizada por uma autoridade administrativa (delegado de polícia); por não ser mais possível que alguém permaneça preso em flagrante além do tempo necessário à formalização e posterior apreciação por parte do juiz, para a tomada de alguma medida legal; por ser necessário que haja conversão dessa prisão em flagrante em prisão preventiva, prisão temporária ou liberdade provisória, com ou sem outras medidas cautelares não prisionais (arts. 310, II, parte final, e 319 do CPP). Ou seja, a prisão em flagrante, desse modo, mostra-se como uma prisão administrativa, pré-cautelar, precária e preparatória da prisão preventiva ou outras medidas alternativas à prisão, destinada a fazer cessar a prática de uma conduta criminosa, na hipótese do inc. I do art. 302, do CPP, e assegurar a demonstração da

15. CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936, p. 22.

prova da materialidade e dos indícios de autoria, nas hipóteses dos incs. II, III e IV, do art. 302, do CPP.

Esta finalidade, porém, deixe-se claro, é absolutamente circunstancial, temporária, precária, devendo durar, como será esclarecido, por, no máximo, 72 (setenta e duas) horas. A partir daí, se presentes os requisitos da prisão preventiva, tal finalidade acatulatoria será exercida pela própria preventiva, e não mais pela prisão em flagrante.

Somente agora a pré-cautelaridade da prisão em flagrante foi expressa pelo legislador da Lei nº 13.964/2019, ao prever, no art. 283, do CPP, o seguinte texto: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.

Portanto, a reforma estabeleceu, de forma bastante clara, as modalidades de prisão possíveis no curso da persecução penal: a) prisão em flagrante; b) prisão cautelar (preventiva ou temporária); e c) prisão decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado.

4. FUNDAMENTO NORMATIVO

4.1. Constitucional

O fundamento constitucional da prisão em flagrante pode ser encontrado, primária e diretamente, nos direitos fundamentais da **inviolabilidade do domicílio** (art. 5º, inc. XI, da CF) e da **liberdade de locomoção**, aí incluídas as hipóteses de sua restrição (art. 5º, incs. XV e LXI, da CF), ambos com tradicional previsão no constitucionalismo brasileiro¹⁶ e em estrita conexão com a dignidade humana.

No que tange à inviolabilidade do domicílio, o art. 5º, inc. XI, da CF, assim declara: *“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”*. Para além dos debates e dificuldades interpretativas desse dispositivo, importa-nos destacar que a prisão em flagrante encontra-se entre as quatro restrições a este direito fundamental, quais sejam: **a)** flagrante delito; **b)** desastre; **c)** prestação de socorro; e **d)** determinação judicial, durante o dia.

16. Para uma abordagem densificada da evolução histórica desses direitos fundamentais nas constituições brasileiras, cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 403 e p. 472, respectivamente.

isso seja possível, deve o delegado de polícia comunicar, antes mesmo do interrogatório do conduzido, ao militar responsável pela unidade, para que este acompanhe o interrogatório do preso. A Lei Orgânica Nacional das Polícias Cíveis (Lei nº 14.735/2023) também garante aos policiais civis o direito de terem sua prisão prontamente comunicada ao seu chefe imediato (art. 30, inc. V).

Por fim, embora sem expressa previsão legal, entendemos que se o autuado for índio não integrado, deverá a autoridade policial comunicar sua prisão à FUNAI, órgão responsável pela tutela dos silvícolas. Esta comunicação, aliás, deverá ser anterior à lavratura do auto de prisão em flagrante, para que um representante da FUNAI possa acompanhar, como representante legal, a própria lavratura do auto de prisão em flagrante. De todo modo, importa ressaltar, conforme leciona Borges de Mendonça, que o STF entende que a tutela constitucional do índio é civil, e não criminal. Contudo, ainda de acordo com o referido autor, este entendimento do STF parece equivocado, pois somente com a comunicação à FUNAI “[...] será possível assegurar, verdadeiramente, o direito à ampla defesa e, sobretudo, o devido processo legal ao índio não integrado”.¹³³

16.14. Audiência de garantia ou de custódia

16.14.1. Considerações preambulares

Cinco anos depois dos primeiros atos normativos e debates, ainda muito se tem falado sobre o que se convencionou chamar de *audiência de custódia*. Para a maioria, essa audiência ocorreria no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após a prisão em flagrante de alguém, perante o juiz, o membro do Ministério Público e o defensor do preso, com o objetivo de se avaliar a legalidade da prisão ou se o autuado se encontra lesionado.

Apesar da exigência expressa, tanto no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Art. 9, item 3), quanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7, item 5), ambos ratificados pelo Brasil (o primeiro pelo Decreto 592/1992 e o segundo, pelo Decreto 678/1992, de apresentação imediata do preso ao juiz competente, os atores do sistema penal nunca a cumpriram.

É verdade que não havia igual previsão na Constituição Federal nem no Código de Processo Penal até a recente reforma introduzida pelo chamado pacote anticrime (Lei nº 13.964/2019). Igualmente verdadeiro é o fato de não serem necessárias, vez que os tratados internacionais acima mencionados possuem força normativa no Brasil. E, como tal, devem ser cumpridos por todos,

133. MENDONÇA, Andrey Borges de, op. cit., p. 208-209.

sob pena de responsabilidade internacional. Aliás, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem decidido reiteradamente que “a responsabilidade internacional de um Estado decorre de atos ou omissões de qualquer um dos seus poderes ou órgãos, *independentemente de sua hierarquia*, mesmo que o fato violador provenha de uma norma constitucional”.¹³⁴

Apesar disso, como é comum no Brasil a redundância normativa, o Senador Antonio Carlos Valadares apresentou o PLS 544/2011, com o objetivo de regulamentar aquela exigência convencional de apresentação, sem demora, do cidadão preso, à presença do juiz, para a audiência de custódia.

Atendendo requerimento do Senador Humberto Costa, Relator da matéria, a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), bem como a Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) aprovaram a proposta, nos termos do Substitutivo do Senador João Capiberibe, nos seguintes termos:

Artigo 306:

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a 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 judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2º A oitiva a que se refere o § 1º 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.

§ 3º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas.

§ 4º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o 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 § 2º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.

O Senador Francisco Dornelles apresentou a Emenda nº 1 – CCJ, a qual altera a redação do art. 1º do PLS, para prever que a audiência de custódia possa ser realizada com a presença física do preso ou por videoconferência. Justificou sua proposta, entre outros aspectos, afirmando que o sistema de videoconferência reduziria a circulação de presos nas dependências dos fóruns

134. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: RT, 2011, p. 150.

ou nas ruas das cidades, e, consequentemente, reduziria os riscos à segurança pública, institucional e também do próprio preso.

Embora tenha considerado válidos os argumentos do Parlamentar Francisco Dornelles, o relator da matéria na CCJ, Senador Humberto Costa, opinou pela rejeição da Emenda nº 1 e pela aprovação da matéria na forma do Substitutivo do Senador João Capiberibe.

Em dezembro de 2015, e antes mesmo de previsão legal, o CNJ editou a Resolução nº 213, regulamentando a audiência de custódia.

Exatamente quatro anos depois da Resolução do CNJ, o legislador tratou da referida audiência, através da reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019.

A presente análise será feita a partir desse conjunto de debates e regulamentações.

16.14.2. Debates institucionais: argumentos contrários à audiência de garantia

As diversas instituições que atuam no sistema de justiça criminal apresentaram ao Presidente do Senado Federal notas técnicas sobre a matéria, expondo os argumentos que fundamentavam o posicionamento que cada instituição tem sobre o tema. E o resultado é impressionante: apenas a Defensoria Pública se manifestou favorável à audiência de custódia (expressão usada por todas as instituições!), na forma do substitutivo acima referido. Vejamos!

A Associação dos Delegados de Polícia Federal – ADPF apresentou seus argumentos contrários à aprovação do PLS em apreço através da Nota Técnica nº 003/2014, na qual alega, em resumo, que: “as garantias da legalidade da prisão e o respeito aos direitos constitucionais são preliminarmente preservados pelo Delegado de Polícia cabendo ao juízo um segundo controle de legalidade para uma maior garantia do cidadão”; “é completamente inexecutável operacionalmente, inclusive por questões geográficas”; a Convenção Americana de Direitos Humanos não exige que qualquer pessoa presa seja levada à presença apenas de um juiz, mas também de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais. E, para estes fins, esta exigência se cumpre “por intermédio da autoridade de polícia judiciária, isto é, o Delegado de Polícia (*longa manus*) que, embora autoridade administrativa no exercício das funções de polícia judiciária é tecnicamente vinculado ao Poder Judiciário”; e que a impossibilidade de execução da medida, aliada à ausência de previsão da consequência do não cumprimento do prazo previsto no PLS em comento, traria como consequência inafastável a liberação do preso, tornando inócuo o trabalho do Delegado de Polícia, e a “sensação de insegurança na sociedade, além de reforçar o sentimento de impunidade na população, que vai desacreditar o trabalho da polícia, já que a pessoa que é

presa será colocada imediatamente em liberdade”. Conclui sua nota pugnan-
do pela rejeição total do projeto, vez que “a legislação atual já é suficiente
para a finalidade proposta pelo Pacto de São José da Costa Rica, atendendo
perfeitamente aos preceitos da CF”.

A Federação Nacional dos Delegados de Polícia Federal – FENADEPOL
também apresentou suas razões contrárias à aprovação da matéria (Of. Nº
37/2014), alegando, em síntese, que: “o mencionado projeto, se aprovado nos
termos propostos e das emendas aprovadas nas Comissões, pode levar à total
paralisa das polícias”; como o preso tem direito de mentir, todos alegarão,
quando diante do juiz, que foram torturados pelos policiais, tornando nula
a prisão e gerando sua soltura. “E o policial responsável pela prisão, em de-
corrências das declarações do preso, irá responder injustamente pelo crime
de tortura, anos a fio, podendo até mesmo ser preso em flagrante pelo Juiz,
passando de condutor a preso e o preso, de conduzido a vítima. Numa total
e absurda inversão de valores”; em razão disso, os policiais deixarão de agir,
preferindo responder por prevaricação a responder por tortura; o que geraria
um substancial aumento na criminalidade; nem as polícias nem o judiciário
possuem estrutura capaz de suportar a efetivação da audiência de custódia;
por fim, entende a referida entidade classista que “o único beneficiário da Lei
será o marginal, em prejuízo dos elevados interesses do cidadão de bem, que
ficará ainda mais desprotegido”.

A Associação dos Delegado de Polícia do Brasil – ADEPOL/BR igualmente
apresentou nota técnica ao Senado, argumentando basicamente o mesmo que
as duas entidades assemelhadas acima referidas, razão pela qual propugna pela
rejeição do projeto.

Através da Nota Técnica nº 14/2014, o Ministério Público do Estado de
São Paulo também se mostra contrário à proposta, alegando, além de alguns
motivos já referidos, que: os atores do sistema penal não possuem estrutura
para a realização da audiência de custódia, pois só na Cidade São Paulo são
formalizadas mais de 90 (noventa) prisões em flagrante por dia; a ausência de
previsão da consequência do não cumprimento da medida tornará nula qualquer
prisão em flagrante realizada; o prazo de 24 (vinte e quatro) horas é exíguo
e não está de acordo com outros países que adotam a medida, a exemplo do
Reino Unido, da França, da Espanha, de Portugal, da Alemanha, da Suécia e
da África do Sul, onde esse prazo pode ser duplicado, ou seja, podendo ser
de até 48 (quarenta e oito) horas; o Pacto de São José da Costa Rica não exige
que a apresentação seja *imediata*, mas *sem demora*, expressão esta que tem sido
interpretada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como sendo de
até alguns dias, e não de 24 (vinte e quatro) horas improrrogáveis; também
não parece razoável a impossibilidade de utilização da oitiva do preso como

Dito isto, propõe-se a possibilidade de aplicação, à prisão em flagrante, pelos mesmos argumentos anteriores, bem como em atenção ao princípio da proporcionalidade, das hipóteses de não cabimento da prisão preventiva (art. 313, interpretado *a contrario sensu*).

Ou seja, a autoridade policial poderá deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante nos seguintes casos: **a)** crimes culposos (art. 313, inc. I); e **b)** crimes dolosos cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou inferior a 4 anos (art. 313, inc. I), desde que não seja reincidente em crime doloso (art. 313, inc. II).

Tal proposição se justifica porque, se não cabe a preventiva, parâmetro das prisões cautelares, também não caberá nenhuma outra, tal como se houvesse uma acessoriedade desta em relação àquela.

Nestes casos, a autoridade policial deverá proceder à investigação do fato sem a formalização da prisão em flagrante, podendo aplicar outra medida cautelar pessoal mais adequada, ou representar ao juiz, para as devidas providências.

20.4. Quando for cabível a prisão domiciliar

Por fim, propõe-se que a autoridade policial possa autorizar a substituição da prisão em flagrante por prisão domiciliar quando, mediante prova idônea, o autuado for:

- I – maior de 80 (oitenta) anos;
- II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- IV – gestante;
- V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
- VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho e até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Entendemos que mesmo que o autuado somente possa permanecer preso por força da prisão em flagrante por no máximo 72 horas (24 horas para a lavratura do flagrante mais 48 horas para a apreciação judicial), estas hipóteses de substituição da prisão preventiva pela domiciliar também devem se estender à prisão em flagrante. Como antes esclarecido, pouco importa ao autuado, o nome da prisão que o mantém sem liberdade de locomoção. Mas se o objetivo for restringir o mínimo possível esse seu direito, aí os benefícios legais devem ser levados em consideração.

21. MODELOS

21.1. Auto de prisão em flagrante

AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE

Aos XXX dias de (mês) de (ano), nesta cidade de São Luís, Capital do Estado do Maranhão, na sala do cartório deste Plantão da Vila Embratel, onde se achava presente Cleopas Isaías Santos, Delegado de Polícia Civil, comigo, Escrivão, ao final assinado, aí compareceu o **CONDUTOR: XCDT**, o qual fez a apresentação dos conduzidos **XCDZ** e **ZDCX**, a fim de que contra os mesmos fossem tomadas as providências legais. Após atenta oitiva prévia do condutor, das testemunhas e da vítima, bem como diante da apresentação da arma utilizada pelo autor e dos objetos subtraídos da loja da vítima (especificar os demais elementos de convicção da materialidade e autoria que justificam a autuação em flagrante do conduzido), encontram-se presentes os elementos mínimos da prática do crime tipificado no **art. XLZ**, do Código Penal, pelo conduzido, o qual foi capturado na situação flagrancial do art. 302, inc. II, do CPP. Desse modo, nos termos do art. 304, § 1º, do CPP, determino que a prisão em flagrante do conduzido seja formalizada, atendendo-se aos preceitos constitucionais e legais pertinentes. Passou a autoridade policial a ouvir o **CONDUTOR: XCDT**, já qualificado. Testemunha compromissada na forma lei, advertido das penalidades cominadas ao falso testemunho, prometeu dizer a verdade do que soubesse ou lhe fosse perguntado. Inquirido pela autoridade policial **DECLAROU: QUE** (depoimento do condutor). Nada mais disse nem lhe foi perguntado.

AUTORIDADE: _____

CONDUTOR: _____

ESCRIVÃO: _____

Em seguida passou a autoridade a ouvir a **1ª TESTEMUNHA: XPTT**. Testemunha compromissada na forma da lei, advertida das penas cominadas ao falso testemunho, prometeu dizer a verdade do que soubesse e lhe fosse perguntado. Inquirida pela autoridade policial, **DECLAROU: QUE** (depoimento da 1ª testemunha). Nada mais disse nem lhe foi perguntado.

AUTORIDADE: _____

1ª TESTEMUNHA: _____

ESCRIVÃO: _____

Em seguida passou a autoridade a ouvir a **2ª TESTEMUNHA: XSTT**. Testemunha compromissada na forma da lei, advertida das penas cominadas ao falso testemunho, prometeu dizer a verdade do que soubesse e lhe fosse perguntado. Inquirida pela autoridade policial, **DECLAROU: QUE** (depoimento da 2ª testemunha). Nada mais disse nem lhe foi perguntado.

AUTORIDADE: _____

2ª TESTEMUNHA: _____

ESCRIVÃO: _____

Em seguida passou a autoridade a ouvir a **VÍTIMA: XVTM**, brasileira, natural de São Luís/MA, solteira, comerciante, nascida em XX/XX/XXXX, filha de XXX e YYY, residente (endereço). Inquirida pela autoridade policial, **DECLAROU**: QUE (declarações da vítima). Nada mais disse nem lhe foi perguntado.

AUTORIDADE: _____

VÍTIMA: _____

ESCRIVÃO: _____

Em seguida passou a autoridade a informar ao CONDUZIDO, na presença de todos, sobre os seus direitos inseridos na Carta Magna, dentre os quais o de permanecer calado, ter assistência da família e de advogado, a identificação das pessoas responsáveis por sua prisão, o respeito a sua integridade física, a comunicação desta prisão à pessoa de sua família ou a quem indicar. Em seguida a autoridade passou a qualificar o **CONDUZIDO**: (qualificação detalhada). Possuindo o ensino fundamental incompleto (4ª série). Perguntado a quem quer **comunicar a sua prisão**, respondeu que deseja comunicá-la para sua genitora XCDP. Interrogado pela autoridade policial, nos termos do art. 187 do CPP, **RESPONDEU**: QUE (interrogatório do conduzido). Nada mais disse nem lhe foi perguntado, mandou a autoridade encerrar o presente procedimento, que lido e achado conforme, vai por todos assinado. Eu, Escrivão de Polícia que o digitei e assino.

AUTORIDADE: _____

CONDUZIDO: _____

ESCRIVÃO: _____

21.2. Despacho de providências no APF

DESPACHO

Ao senhor Escrivão, para as seguintes providências:

- 1 – Autue-se o Auto de Prisão em Flagrante;
- 2 – Dê-se ao condutor o recibo de entrega do preso ao condutor;
- 3 – Dê-se ao autuado, Nota de Ciência e Garantias Constitucionais, e proceda à sua autuação;
- 4 – Dê-se ao autuado, Nota de Culpa, e proceda à sua autuação;
- 5 – Comunique-se a prisão do autuado à família ou pessoa indicada, e proceda à sua autuação;
- 6 – Proceda-se à comunicação e ao encaminhamento de cópia dos autos ao juiz, ao promotor e ao defensor público (este último no caso de o preso não ter indicado advogado particular), e proceda à autuação dos respectivos atos de comunicação;
- 7 – Aos Investigadores, fazer a apresentação imediata do preso para a audiência de custódia;**

21.18. Termo de fiança

TERMO DE FIANÇA

Aos xx de xxx de xxx, nesta cidade de São Luís, capital do Estado do Maranhão, no Plantão Vila Embratel, onde presente se encontrava Cleopas Isaías Santos, Delegado de Polícia Civil, comigo, Escrivão de Polícia, ao final assinado, aí presente o CONDUZIDO, **XLZ**, já qualificado nos autos, que apresentou à autoridade policial a quantia de **R\$ XXX,XX (valor por extenso)**, em espécie, referente ao pagamento de fiança arbitrada em seu favor, e, sendo assim, o autuado será posto em liberdade para se defender do crime previsto no **especificar a tipificação penal**, em razão do qual foi preso e autuado em flagrante na data de hoje, dia 08/09/2012. Em seguida, foi o afiançado intimado das obrigações inerentes à fiança, ficando obrigado, a, sempre que intimado, comparecer na Delegacia ou Juízo competente, para qualquer ato do inquérito ou processo, não podendo ainda mudar de residência sem prévio conhecimento da autoridade competente, ou ausentar-se por mais de oito dias de sua residência sem comunicar à autoridade. E para constar, lavrou-se este termo que lido e achado conforme, vai devidamente assinado pela autoridade, pelo afiançado, e por mim, Escrivão de Polícia, que lavrei e assino.

Autoridade: _____

Afiançado: _____

Escrivão: _____

21.19. Alvará de soltura

ALVARÁ DE SOLTURA

O Delegado Cleopas Isaías Santos, no uso de suas atribuições legais, etc.

MANDA qualquer investigador de polícia, ou a quem for este apresentado, que em seu cumprimento ponha *incontinenti* em liberdade **XLZ**, em face do pagamento de fiança no valor de R\$ XXX,XX (valor por extenso) arbitrada em seu favor, nos termos que dispõem os artigos 322 e 325 do CPP.

Dado e lavrado nesta cidade de São Luís, Capital do Estado do Maranhão, no Plantão da Vila Embratel, aos x de xxxx de xxxx.

Delegado de Polícia

Investigador de Polícia Civil