

**ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES QUANTO À PRISÃO EM FLAGRANTE E
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA À LUZ DO DISPOSTO DO ART. 318 e SS. DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL**

**RELEVANT LEGAL ASPECTS CONCERNING FLAGRANT PRISON AND CUSTODY
HEARING IN THE LIGHT OF THE PROVISION OF ART. 318 AND SS. OF THE
CRIMINAL PROCEDURE CODE**

Flávia Dias Chalita Teixeira

Mestra em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB

Ulisses Borges de Resende

*Doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília (unB); professor da graduação e da Mestrado
Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios do Centro Universitário IESB.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES QUANTO À PRISÃO EM FLAGRANTE E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA DAS
MULHERES PRESAS GESTANTES E MÃES PRESAS

CONCLUSÃO

RESUMO

Denota-se que a consolidação do Poder Judiciário no Brasil se deu com maior intensidade após o advento da Constituição Federal (“CF”) de 1988. Nesse sentido, tem-se que a Carta Magna permitiu a massificação de acesso a justiça, o que resultou em uma nova necessidade para o judiciário brasileiro: dar respostas mais céleres aos conflitos. Nesta linha, a audiência de custódia vem oportunizar a presa em flagrante ser levada à presença da autoridade judicial, para que esta avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão. Com isso, importa avaliar a situação das mulheres gestantes e mães de filhos de até 12 anos, tendo em vista as disposições dos arts. 318 e ss do CPP.

Palavra chave: Audiência de Custódia, Pacto de São José da Costa Rica, Código de Processo Penal; Prisão Preventiva; Prisão Domiciliar, Liberdade Provisória, Mulheres Presas.

Abstract

Denota-se que a consolidação do Poder Judiciário no Brasil se deu com maior intensidade após o advento da Constituição Federal (“CF”) de 1988. Nesse sentido, tem-se que a Carta Magna permitiu a massificação de acesso a justiça, o que resultou em uma nova necessidade para o judiciário brasileiro: dar respostas mais céleres aos conflitos. Nesta linha, a audiência de custódia vem oportunizar a presa em flagrante ser levada à presença da autoridade judicial, para que esta avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão.

Keywords: Custody Hearing, San José Pact of Costa Rica, Code of Criminal Procedure; Preventive imprisonment; House Prison, Provisional Freedom, Women Prisoners.

INTRODUÇÃO

A audiência de custódia consiste em oportunizar à presa em flagrante a sua oitiva, na presença do juiz, do membro do Ministério Público e de seu defensor, para que possa discorrer acerca das condições de sua prisão. Nesta oportunidade, após manifestação do parquet, bem assim da defesa, o juiz irá se pronunciar sobre a possibilidade de relaxamento da prisão, concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, aplicação das medidas cautelares diversas, ou, ainda, conversão do flagrante em preventiva, analisadas, para tanto, as particularidades do caso concreto, bem assim as condições pessoais e folha de antecedentes penais da autuada.

1. ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES QUANTO À PRISÃO EM FLAGRANTE E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A disciplina da audiência de custódia tem amparo no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, promulgada pelo Decreto Presidencial nº 678/92; no artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto Presidencial nº 592/92; nas recomendações do Conselho Nacional de Justiça; e, no Tribunal de Justiça local, nas deliberações contidas no Procedimento Administrativo nº 18.297/2014, do TJDF, rendendo ensejo à sua instituição por meio da Portaria Conjunta nº 101, de 07 de outubro de 2015, publicada no DJ em 14/10/2015, no que se convencionou designar de Núcleo de Audiência de Custódia – NAC.

Veja-se que, na forma do art. 3º da Portaria em comento, o preso em flagrante, em seguida à sua prisão, deve ser apresentado ao juiz competente para presidir a audiência de custódia.

Dessa forma, munido o juiz do auto de prisão em flagrante, ouvirá o autuado acerca das circunstâncias objetivas da sua prisão, após prévia entrevista com o seu advogado.

Em seguida, oportunizadas a manifestação do Ministério Público e da defesa, caberá ao magistrado proferir decisão nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal – CPP157, atentando para as possibilidades de deferimento das medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319 do mesmo diploma legal, bem assim para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, conforme os termos do art. 318 da mesma lei.

Portanto, a primeira análise a ser feita é a da legalidade da prisão em flagrante, segundo a inteligência do art. 302 do CPP. Conforme o dispositivo em comento:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Os incisos I e II se referem ao denominado flagrante próprio ou perfeito; o inciso III trata do que se convencionou designar como flagrante impróprio, imperfeito ou quase-flagrante; e o inciso IV se refere ao intitulado flagrante presumido.

Se avaliam, de igual forma, os requisitos formais da prisão em flagrante, na forma do art. 304 e ss. do CPP. Caso padeça de alguma mácula, o caso é de imediato relaxamento da prisão ilegal, conforme o disposto no art. 5º, inciso LXV, da Constituição Federal. Noutra giro, uma vez constatada a higidez material e formal do auto de prisão em flagrante, passa-se à análise da necessidade ou não da sua conversão em preventiva.

Com efeito, a prisão preventiva encontra previsão legal a partir do art. 311 e ss. do CPP e somente juízes ou tribunais podem decretá-la.

Na abordagem da prisão preventiva, mais precisamente na avaliação da sua necessidade, podem ser elencados três momentos distintos, a saber, a existência dos

¹⁵⁷ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

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.

pressupostos (art. 312, segunda parte), fundamentos (art. 312, primeira parte), bem assim as hipóteses de cabimento ou condições de admissibilidade (art. 313).

Pois bem, a prisão preventiva, como espécie de medida cautelar do processo penal, submete-se à existência dos pressupostos consubstanciados no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*. Reside aquele na prova da existência do crime e nos indícios de autoria. Quanto ao *periculum in mora*, a despeito da impropriedade da terminologia mais afeita ao processo civil, se refere ao perigo que a liberdade do agente pode representar para a sociedade ou para o regular andamento do processo.

Quanto aos fundamentos da preventiva, mister se faz conferir o *caput* do art. 312 do CPP, primeira parte, a saber:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. – destaquei.

Pois bem, segundo o magistério de André Nicolitt (2016), reside a garantia da ordem pública em um conceito vago e indeterminado. Pontua o autor que:

[...] a doutrina e a jurisprudência tradicionais têm associado a expressão ora à chamada periculosidade do agente, outras vezes à necessidade de assegurar o “meio social” e também à credibilidade da justiça em face da gravidade ou repercussão do crime.

No concernente à garantia da ordem econômica, envolvem os comportamentos, na forma do art. 36 da Lei nº 12.529/2011 (que Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica), que tenham o condão de, *verbis*:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Prosseguindo, acerca da conveniência da instrução criminal, envolve todos os comportamentos passíveis, em tese, de colocar em xeque a adequada colheita da prova, em decorrência de uma postura nociva neste sentido por parte do acusado. Envolve neste rol, v.g.,

a ameaça a testemunhas e a destruição de provas, atitudes estas que constituem justificativa passível de ensejar a prisão cautelar em questão, para salvaguarda do processo.

Por derradeiro, temos a prisão para assegurar a aplicação da lei penal. Cuida-se do típico exemplo em que o réu realiza ações que apontam para a sua intenção de não se submeter à pena, em caso de condenação, como a mudança de endereço sem a devida comunicação ao juízo processante, ou, na mesma linha, o planejamento de viagem internacional (compra de passagem aérea), sem autorização e conhecimento do juízo da causa.

Noutro giro, o art. 313 do CPP assim elenca as suas hipóteses de cabimento:

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

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

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.

O parágrafo único do art. 312 do CPP ainda preconiza uma outra possibilidade de prisão preventiva, decorrente do descumprimento de quaisquer das obrigações estabelecidas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Dessa forma, cuidando-se de prisão legal, se na apreciação do caso concreto não restarem observados os pressupostos, fundamentos e circunstâncias de admissibilidade da prisão preventiva, o caso é o de concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, e aplicação das medidas cautelares do art. 319 do CPP, a critério do juízo da Custódia.

Com efeito, as medidas cautelares diversas da prisão, instituídas no ordenamento pátrio a partir da alteração dada pela Lei nº 12.403/2011, são as seguintes:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

Veja-se que as medidas cautelares surgiram como uma alternativa ao cárcere, mediante o estabelecimento de condições menos gravosas que mantêm o agente vinculado ao processo e cuja inobservância, em tese, pode render ensejo até mesmo à decretação da preventiva.

Questão importante diz respeito ao fato de que a fiança pode ser cumulada com as medidas cautelares, segundo a inteligência do § 4º do art. 319 do CPP.

Não se olvide que, de acordo com art. 323 do CPP, não será concedida fiança nos crimes de racismo, de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos, além dos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Na forma do art. 324 do mesmo diploma legal, também não será, igualmente, concedida fiança, aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 do CPP, em caso de prisão civil ou militar ou quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Embora a vedação da fiança pelo legislador tivesse como mote emprestar um tratamento mais rigoroso aos comportamentos acima elencados, fato é que na prática a vedação importou, por mais paradoxal que possa parecer, justamente em um tratamento mais benéfico a tais agentes, eis que, nessas circunstâncias, os juízes, por óbvio não sendo o caso de conversão

do flagrante em preventiva, acabam optando por conceder a liberdade somente com a cominação das cautelares, enquanto os autuados envolvidos em crimes em tese menos graves, devem suportar não apenas as cautelares, como também a fiança.

Outrossim, em se tratando de crime a que a lei não comine, abstratamente, pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos, a autoridade policial poderá fixar o valor da fiança (art. 322 do CPP).

Neste particular, não raro o agente, num primeiro momento, por não dispor de dinheiro para arcar com o valor da fiança fixada pelo delegado de polícia, permanece preso até o momento da audiência de custódia, quando então o magistrado a reduz ou até mesmo isenta o agente do seu recolhimento, conforme autoriza o § 1º do art. 325 do CPP. Neste sentido, se evidenciam, por exemplo os casos que envolvem o delito de embriaguez ao volante.

Por fim, como alternativa à prisão preventiva, diante das condições pessoais de alguns agentes, a lei prevê a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Neste ponto se subsumi os casos que envolvem as mães e gestantes, objetos deste trabalho.

Sobre a matéria, colhem-se os seguintes dispositivos do CPP:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente 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 de até 12 (doze) anos de idade incompletos

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Interessante registrar, ademais, que após a decisão constante do HC coletivo, sobreveio nova alteração no CPP, por meio da Lei nº 12.769, de 2018, mais precisamente a inclusão dos

arts. 318-A e 318-B, e que vieram a cancelar, em linhas gerais, o mandamento constante do supramencionado *mandamus*.

Confira-se:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

Como arremate, é possível inferir que, na análise da questão referente à prisão das mulheres gestantes e mães de filhos menores de até 12 (doze) anos de idade incompletos, é de se observar o seguinte iter:

- a) Inicialmente, analisa-se se é o caso de relaxamento da prisão;
- b) Caso não seja, avalia-se se é o caso de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, com ou sem fiança, *a contrario sensu* da existência dos pressupostos, fundamentos e circunstâncias de admissibilidade da prisão preventiva;
- c) Por derradeiro, mesmo que se cuide de caso de conversão do flagrante em preventiva, há que se observar se não é o caso de, como medida menos drástica, beneficiar a agente com a prisão domiciliar.

Recentemente, foi aprovada a Lei 13.964/2019, proveniente de um projeto do Governo denominado de Pacote Anticrime. Com a sua aprovação pelo Congresso Nacional, o Código Penal sofre alterações a partir do início de sua vigência, fixada para 30 dias após a publicação oficial.

A mencionada lei traz alterações e inovações na legislação penal e processual penal. No contexto do trabalho, algumas considerações importantes a serem informadas.

O art. 282 do CPP, em seu § 6º assim previa: “[...] A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).”

E foi alterado para a seguinte redação:

[...] A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (BRASIL, 2019)

Desta forma, verifica-se que o juiz terá que fundamentar de forma individual o caso da mulher que ficará presa preventivamente e o não cabimento da prisão domiciliar.

Outra alteração sensível e benéfica é a alteração do art. 310 do CPP, que teve a inclusão do prazo de **24 horas** para que se realize a audiência de custódia e se fundamente a sua motivação:

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

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou 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, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no **caput** deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (grifamos, BRASIL, 1941)

Na mesma linha, o art. 315 do CPP requer a obrigatoriedade de a decisão que dispor sobre a prisão preventiva seja fundamentada e suas exceções, trazendo mais segurança nos pronunciamentos judiciais:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 1941)

De todas as alterações, talvez essa seja a de maior importância para essa classe de mulheres, e que consiste que no prazo de 90 dias será feita a revisão da prisão, onde pode ser verificado ainda remanescem os requisitos ensejadores da custódia preventiva:

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.
Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.” (NR).

CONCLUSÃO

Nesse aspecto, a despeito de a audiência de custódia também ter representado um avanço, ao permitir o imediato contato da presa em flagrante com o juiz, a fim de aferir as circunstâncias e legalidade da prisão, no que diz respeito as mulheres objeto deste trabalho, ainda não se mostra capaz de garantir e assegurar os seus direitos, notadamente quando há a sua conversão em preventiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Código de Processo Penal (1941)]. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 24 out. 2018.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil** Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 01 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009.** Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Brasília, DF: Presidência da República, 2009a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9046.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.