

PRISÃO EM FLAGRANTE V

O estudo prossegue com a análise da prisão em flagrante, com ênfase na audiência de custódia, prevista no artigo 310 do Código de Processo Penal. Durante a audiência de custódia, o preso é apresentado perante o juiz, acompanhado pelo Ministério Público e por advogado ou defensor público, quando necessário.

Art. 310. (...) 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.

Obs.: O juiz deverá examinar a legalidade da prisão e, caso identifique alguma ilegalidade, fundamentadamente, relaxar a prisão. O relaxamento da prisão refere-se exclusivamente à situação em que a prisão em flagrante não observou os requisitos ou formalidades legais. Quando a prisão for considerada regular, não haverá relaxamento.

RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

- 1) É realizada uma análise da legalidade da prisão. Se regular não deve haver o relaxamento.
- 2) Eventuais vícios na prisão geram seu relaxamento, mas não maculam a ação penal
- 3) O relaxamento da prisão em flagrante, em razão de eventuais vícios, não impede que o juiz decrete a prisão preventiva ou medidas cautelares diversas da prisão.

Obs.: Caso a prisão em flagrante seja legal, o juiz analisará a necessidade de converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ou de conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, bem como a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Importante destacar que eventuais vícios na prisão em flagrante ou no inquérito policial não prejudicam a ação penal, não gerando nulidade ou impedindo a responsabilização criminal do acusado.

Pode o juiz da audiência de custódia converter, de ofício, a prisão em flagrante em preventiva?

Súmula 676-STJ: Em razão da Lei n. 13.964/2019, não é mais possível ao juiz, de ofício, decretar ou converter prisão em flagrante em prisão preventiva.

Obs.: Além disso, o relaxamento da prisão em flagrante em razão de vícios não impede que o juiz determine posteriormente a prisão preventiva ou a aplicação de medidas cautelares. Nesse contexto, a jurisprudência e a doutrina reconhecem que o juiz, durante a audiência de custódia, pode converter de ofício a prisão em flagrante em prisão preventiva, independentemente de representação do delegado ou requerimento do Ministério Público, desde que estejam presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

A súmula 676 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que, em razão do pacote anticrime (Lei n. 13.964/2019), não é mais possível ao juiz, de ofício, converter prisão em flagrante em prisão preventiva. Dessa forma, a conversão só poderá ocorrer mediante representação do delegado de polícia ou requerimento do Ministério Público.

O juiz pode, entretanto, converter a prisão em flagrante em prisão temporária, sem qualquer impedimento legal.

Caso a prisão seja considerada legal, o juiz avaliará a necessidade de converter a prisão em flagrante em preventiva, desde que presentes os requisitos legais e caso as medidas cautelares diversas da prisão se revelem inadequadas ou insuficientes. Deve-se ressaltar que a prisão preventiva constitui medida excepcional, aplicável apenas quando as medidas cautelares alternativas não forem suficientes ou adequadas. Alternativamente, o juiz poderá conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, podendo condicionar a outras medidas cautelares diversas da prisão. A liberdade provisória permite que o acusado responda ao processo sem a necessidade de custódia.

Durante o curso do processo, a prisão preventiva poderá ser decretada se houver risco de fuga, prejuízo à aplicação da lei penal, interferência na produção de provas, prática de novos delitos ou ameaça à ordem pública, ou econômica.

Art. 310. (...)

§ 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 n. 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.



5m

Obs.: Conforme o § 1º do artigo 310 do Código de Processo Penal, se o juiz constatar, por meio do auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato amparado por excludentes de ilicitude previstas nos incisos I, II ou III do artigo 23 do Código Penal — estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito —, deverá fundamentadamente conceder liberdade provisória ao acusado, mediante termo de compromisso obrigatório.

Os atos processuais sujeitos à revogação da prisão devem ser analisados pelo juiz de acordo com o caso concreto, especialmente quando presentes excludentes de ilicitude. Nesses casos, deverá ser concedida liberdade provisória ao acusado.

Art. 310. (...)

§ 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. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

Obs.: Esse dispositivo, incluído pela Lei n. 13.964/2019 e em vigor desde janeiro de 2020, é considerado inconstitucional, pois impede de maneira absoluta a análise judicial do caso concreto, violando o princípio da discricionariedade do juiz na concessão de liberdade provisória.

A condição de reincidência, a participação em organização criminosa armada ou milícia, ou o porte de arma de fogo de uso restrito não determina automaticamente a prisão preventiva. Na prática, casos de posse irregular de armas de uso restrito por pessoas legalmente autorizadas, como integrantes de clubes de tiro, frequentemente resultam na concessão de liberdade provisória. Portanto, a lei não pode impor a obrigatoria denegação da liberdade provisória ou a conversão automática da prisão em flagrante em preventiva, mantendo-se a necessidade de avaliação judicial do caso concreto.

Art. 310. (...)

§ 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. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

Obs.: O prazo para a realização da audiência de custódia é de 24 horas a partir da prisão. Caso a autoridade policial retarde deliberadamente a audiência, mantendo o preso além do necessário, será responsabilizada disciplinarmente, civilmente, podendo ser obrigada a reparar danos morais, e penalmente, nos termos da Lei n. 13.869/2019 (crimes de abuso de autoridade).

Art. 310. (...)

§ 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. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)



10m

Obs.: A audiência de custódia é requisito legal para a licitude da prisão em flagrante, sendo que eventual descumprimento enseja a ilegalidade da detenção. Não obstante, a possibilidade de decretação imediata da prisão preventiva permanece, ainda que a prisão em flagrante seja relaxada.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, estabeleceu interpretação conforme a Constituição quanto ao parágrafo 4º, reconhecendo que a contagem do prazo deve considerar as condições objetivas e estruturais do país, como a existência de delegacias em locais remotos ou de difícil acesso.

SURGEM DUAS PERGUNTAS:

1) A não realização da audiência de custódia no prazo legal enseja o automático relaxamento da prisão?

2) É possível a realização da audiência de custódia por videoconferência?

Obs.: Portanto, a superveniência do prazo de 24 horas não implica automaticamente o relaxamento da prisão, devendo ser considerada eventual motivação idônea para o atraso na realização da audiência de custódia.

O Brasil ainda não possui estrutura adequada para que a audiência de custódia seja sempre realizada dentro do prazo de 24 horas. Assim, o juiz deve analisar o caso concreto e, muitas vezes, poderá ultrapassar o prazo sem relaxar a prisão em flagrante. Caso seja verificada intenção deliberada de atrasar a audiência, a prisão deverá ser relaxada; entretanto, quando o atraso decorre de limitações estruturais, logísticas ou do tamanho do país, a prisão não será automaticamente relaxada.

STF. ADIS 6.298, 6.299, 6.300 E 6.305, JULGADAS EM 24/08/2023

“A imposição da ilegalidade automática da prisão, como consequência jurídica da não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas, fere a razoabilidade, uma vez que desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável porte. A categoria aberta “motivação idônea”, que excepciona a ilegalidade da prisão, é demasiadamente abstrata e não fornece baliza interpretativa segura para aplicação do dispositivo.

Por conseguinte, deve-se atribuir interpretação conforme ao caput do art. 310 do CPP, alterado pela Lei n. 13.964/2019, para assentar que o juiz, em caso de urgência e se o meio se revelar idôneo, poderá realizar a audiência de custódia por videoconferência.

Confere-se, por fim, interpretação conforme ao § 4º do art. 310 do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/2019, para assentar que a autoridade judiciária deverá avaliar se estão presentes os



15m

requisitos para a prorrogação excepcional do prazo ou para sua realização por videoconferência, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.”

Obs.: O Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de realização da audiência de custódia por videoconferência, embora não se trate de regra obrigatória. Assim, não há relaxamento automático da prisão em razão do descumprimento do prazo de 24 horas, devendo o juiz avaliar a motivação concreta para eventual atraso, considerando dificuldades locais e operacionais.

O STF também determinou que a expressão “motivação idônea” prevista no § 4º do artigo 310 do Código de Processo Penal deve ser interpretada com cautela, evitando aplicação automática que implique ilegalidade da prisão. Dessa forma, a interpretação conforme à Constituição permite que, em situações de urgência, a audiência de custódia seja realizada por videoconferência e que o juiz avalie se estão presentes os requisitos para prorrogação excepcional do prazo ou para sua realização por meios remotos, sem prejuízo da possibilidade de decretação imediata da prisão preventiva.

PODE O JUIZ EMITIR DECISÃO DE MÉRITO NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA?

Obs.: Além disso, o juiz não pode proferir decisão de mérito na audiência de custódia, ou seja, não pode declarar a culpabilidade ou inocência do preso.

JURISPRUDÊNCIA

A separação entre as funções de acusar defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal, porquanto a atuação do Judiciário na fase pré-processual somente se revela admissível com o propósito de proteger as garantias fundamentais dos investigados. *In casu*, o juízo plantonista apontou a atipicidade da conduta em sede de audiência de apresentação. (...) Por se tratar de mero juízo de garantia, deveria ter se limitado à regularidade da prisão e mais nada, porquanto absolutamente incompetente para o mérito da causa. Em função disso, toda e qualquer consideração feita a tal respeito – mérito da infração penal em tese cometida – não produz os efeitos da coisa julgada, mesmo porque de sentença sequer se trata.

(STF HC 157306, j. em 25/09/2018)

Obs.: A audiência se limita à análise da legalidade da prisão e eventual concessão de liberdade provisória. A função do juiz das garantias na audiência é assegurar a regularidade da prisão, sem opinar sobre tipicidade, atipicidade da conduta ou produção de provas, preservando o princípio da separação entre acusar, defender e julgar, essencial ao sistema acusatório do processo penal.

Na ocorrência de autuação de crime em flagrante, ainda que seja dispensável ordem judicial para a apreensão de telefone celular, as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que compreende igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, por meio de sistemas de informática e telemática.

STJ. 5ª Turma. RHC 67.379-RN, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 20/10/2016 (Info 593).

Sem prévia autorização judicial, são nulas as provas obtidas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas registradas no WhatsApp presentes no celular do suposto autor de fato delituoso, ainda que o aparelho tenha sido apreendido no momento da prisão em flagrante.

STJ. 6ª Turma. RHC 51.531-RO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 19/4/2016 (Info 583).

Obs.: Durante uma situação flagrancial, o delegado de polícia pode apreender o aparelho celular da pessoa presa sem necessidade de autorização judicial. Entretanto, o exame do conteúdo do celular, incluindo provas, documentos, fotos e conversas, depende de consentimento do proprietário ou de autorização judicial.

Embora a apreensão do aparelho seja dispensada de ordem judicial, as mensagens e informações armazenadas no celular permanecem protegidas pelo sigilo telefônico, abrangendo a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel, ou sistemas de informática e telemática. Assim, sem autorização judicial prévia, são nulas as provas obtidas pela polícia por meio da extração de dados e conversas registradas no celular do suposto autor, mesmo que o aparelho tenha sido apreendido durante a prisão em flagrante.

- Delegado de polícia deve analisar a ilicitude ao lavrar o auto de prisão em flagrante? Em outras palavras, pode deixar de lavrar o flagrante se estiver presente uma excludente de ilicitude?

Obs.: O delegado de polícia deve analisar a ilicitude ao lavrar o auto de prisão em flagrante e não pode deixar de registrá-lo caso exista uma excludente de ilicitude.

Por exemplo, em um caso concreto, um indivíduo atacou uma mulher, levando-a para um local isolado com intenção de estupro. Um popular, ao ouvir os gritos da vítima, interveio e causou lesões corporais graves ao agressor. A polícia foi acionada, conduziu todos à delegacia de polícia, e a vítima relatou que seria estuprada, mas foi salva pela intervenção do popular.

O agressor responderá por tentativa de estupro ou estupro consumado caso já tenha praticado algum ato libidinoso.



20m

Quanto ao indivíduo que interveio para salvar a vítima, verificou-se que praticou um fato típico: adotou uma conduta dolosa com a intenção de agredir o agressor, gerou lesão corporal grave, havendo nexo causal entre a conduta e o resultado, caracterizando tipicidade conforme o artigo 129, §1º, do Código Penal. Entretanto, ao analisar a ilicitude, constata-se que agiu em legítima defesa de terceiro, o que exclui a ilicitude.

Diante disso, surge a questão: o delegado de polícia deve lavrar o auto de prisão em flagrante contra o indivíduo que salvou a vítima, mesmo havendo fato típico, ou deve analisar a ilicitude e, ao constatar sua ausência, deixar de lavrar o auto? Alguns doutrinadores defendem que o delegado deve registrar o auto de prisão em flagrante considerando apenas a tipicidade, deixando que o juiz analise as excludentes de ilicitude posteriormente, conforme previsto no artigo 310, §1º, do CPP.

Por outro lado, outros doutrinadores argumentam que, caso o delegado não analise a ilicitude, poderá cometer injustiças, como prender indevidamente indivíduos que não deveriam ser privados de liberdade, ainda que posteriormente submetidos à audiência de custódia.

O artigo 302 do CPP estabelece que haverá flagrante delito quando houver prática de uma infração penal. Todavia, não há infração penal sem ilicitude, e a ausência desta exclui a tipicidade do crime. Portanto, o delegado de polícia só pode lavrar o auto de prisão em flagrante se constatar fato típico e ilícito. Caso o agente esteja amparado por uma excludente de ilicitude, deve-se deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante, embora seja instaurado inquérito policial para apuração da suposta infração.

O tema não é pacífico entre os estudiosos do direito penal.

Há controvérsia sobre a matéria.

O delegado de polícia deve analisar a ilicitude ao lavrar o auto de prisão em flagrante. Em outras palavras, é possível deixar de lavrar o flagrante se estiver presente uma excludente de ilicitude, embora existam entendimentos contrários.

- Delegado de polícia pode aplicar o princípio da insignificância diante do caso concreto?

Obs.: Outra questão relevante é a aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia diante do caso concreto. Por exemplo, se um indivíduo furtar um pacote de balas no valor de cinco reais em um supermercado e for conduzido coercitivamente à presença do delegado, este deve analisar se lavra o auto de prisão em flagrante ou se deixa de lavrar para aplicar o princípio da insignificância. Apesar de controvérsias doutrinárias, prevalece que o delegado pode avaliar a aplicação do princípio da insignificância.

Essa análise decorre da verificação do fato típico: conduta, resultado, nexo causal e tipicidade. A aplicação do princípio da insignificância possui natureza jurídica de exclusão da tipicidade material. Dessa forma, se o princípio é aplicado, a tipicidade material é afastada; consequentemente, não há fato típico, não há crime e não há infração penal.

A matéria não é pacífica; entretanto, prevalece o entendimento de que o delegado de polícia pode aplicar o princípio da insignificância diante do caso concreto, desde que devidamente fundamentado. Não se deve deixar de lavrar o boletim de ocorrência, uma vez que o Ministério Público poderá, posteriormente, oferecer denúncia independentemente da aplicação do princípio pelo delegado.



Este material foi elaborado pela equipe pedagógica do Gran Concursos, de acordo com a aula preparada e ministrada pelo professor Érico de Barros Palazzo.

A presente gravação tem como objetivo auxiliar no acompanhamento e na revisão do conteúdo ministrado na videoaula. Não recomendamos a substituição do estudo em vídeo pela leitura exclusiva deste material.
