

O INSTITUTO DA “APRESENTAÇÃO” DA PESSOA PRESA (OU “AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA”) NO PROCESSO PENAL ALEMÃO

Pablo Rodrigo Alflen¹

RESUMO - A introdução do instituto da *audiência de custódia* no Processo Penal brasileiro foi decorrência da implementação de normas previstas em Atos Normativos Internacionais internalizados pelo Brasil. Em virtude de tais Atos Normativos Internacionais não regulamentarem de forma minuciosa o instituto, muitas questões ficaram em aberto. Além disso, tal instituto tem sido indicado como instrumento absolutamente inovador, quando, em verdade, já existia no contexto interno de inúmeros países, a exemplo da Alemanha, sob designação de “Apresentação” (*Vorführung*). Considerando isso, o artigo aborda tal instituto desde a ótica alemã e visa a identificar o tratamento concedido no contexto alemão àqueles aspectos deixados em aberto desde a ótica internacional, a fim de proporcionar um aporte para a regulamentação no âmbito brasileiro.

Palavras-chave: Processo Penal. Audiência de custódia. *Vorführung*.

ABSTRACT - The introduction of the institute of presentation of the arrested person in the Brazilian Criminal Procedure was the result of the implementation of rules set forth in International Normative Acts internalized by Brazil. Because these International Normative Acts do not regulate the institute in detail, many questions remain open. In addition, the institute has been indicated as an absolutely innovative instrument, when, in fact, it already existed in the internal context of many countries, like Germany, under the name of "Presentation" (*Vorführung*). Considering this, the article approaches this institute from the German point of view and it aims to identify the treatment granted in the German context to those aspects left open from the international perspective, in order to provide a contribution to the regulation in the Brazilian scope.

Keywords: Criminal Procedure. Custody hearing. *Vorführung*.



Revista
Ciência e Conhecimento
Volume 12 – Nº 1 – 2018.



1. Professor do Curso de Direito Universidade Luterana do Brasil - ULBRA, São Jerônimo, RS, Brasil. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Membro do Conselho Científico do Centro de Estudos Penal Latino-americano da Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha.

E-mail para contato:
Pablo Rodrigo Alflen
pabloalflen@terra.com.br

Recebido em: Jan/2018.
Revisado em: Mar/2018.
Aceito em: Mai/2018.

Área:
Gestão do Conhecimento

Considerações introdutórias

A introdução do instituto da *audiência de custódia* no Processo Penal brasileiro foi decorrência da implementação das normas presentes no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI), da ONU, em 19 de dezembro de 1966, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o Pacto de San José da Costa Rica), aprovada pela OEA, em 22 de novembro de 1969, ambos ratificados pelo Brasil.

A observância às diretrizes instituídas pelos atos normativos internacionais – como já tivemos a oportunidade de analisar em outro contexto¹ – ganhou especial relevo no cenário nacional, por ocasião do julgamento do RE 466.343, pelo STF, no qual a Corte firmou posição no sentido de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos aprovados por maioria qualificada e ratificados pelo Presidente da República tem *status* de Emenda Constitucional (admitindo, assim, o controle de convencionalidade concentrado e difuso), ao passo que aqueles não aprovados por maioria qualificada têm valor supralegal (admitindo, por conseguinte, o controle de supralegalidade ou o controle de convencionalidade difuso). Com isso, a Corte reconheceu o *status* de norma supralegal à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Uma das consequências imediatas disso foi a de que, à luz do entendimento firmado pela Corte, e por força do disposto no Art. 7º, 5, da Convenção, a audiência de custódia passou a existir no plano interno, enquanto instituto processual penal, embora carecesse de regulamentação pormenorizada, o que veio a ser realizado pela Resolução nº 213 do CNJ.

Vê-se tratar de regulamentação tardia das normas de direito internacional humanitário, relativas à audiência de custódia, no plano interno, as quais visam *fazer cessar* ou *evitar o risco de* incidência de um dos principais problemas verificados nessa fase inicial da persecução penal, que é a ocorrência de violações à incolumidade física e/ou psíquica, tais como *e.g.* tortura ou maus-tratos dos indivíduos que tiverem sua liberdade privada em razão de prisão cautelar ou definitiva. Porém, considerando-se, por um lado, os inúmeros questionamentos suscitados em face de sua implementação, e, por outro lado, o fato de, à luz da experiência internacional, não se tratar de instituto novo, é crível que o exame de direito comparado, em particular do direito alemão, pode fornecer um importante aporte para sua efetivação.

¹ Vide ALFLEN, Pablo Rodrigo. “Apresentação da pessoa presa”, In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia. Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 15 e s.; bem como em ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal brasileiro*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 16 e ss.

O Direito Processual Penal alemão contemporâneo é fruto de uma longa e intensa trajetória, que encontra seu ponto máximo na reforma desencadeada a partir do início do século XIX, e para a qual foram essenciais as contribuições de juristas como Abegg, Zachariä, Köstlin, Feuerbach, Mittermaier e outros.² Tal reforma se deu em oposição ao modelo processual inquisitivo instituído no período da Idade Média e que havia sido introduzido no contexto alemão por meio da “*Constitutio Criminalis Carolina*” – o Ordenamento Judicial Penal do Imperador Carlos V –, com a recepção do direito romano desenvolvido na Itália pelos glosadores e pós-glosadores (entre 1100-1450).³ Marco decisivo nesse processo de reforma, no entanto, foi a Constituição de *Paulskirche*, de 1849, a qual, após longo período de discussão na doutrina alemã em prol da consolidação do processo acusatório⁴, determinou expressamente, no § 179, do art. X, o seu estabelecimento (“nas causas penais vige o processo acusatório”). A construção desse modelo, ademais, encontrou importante aporte na criação do Ministério Público⁵ como órgão independente.⁶ Isso porque a sua participação no Processo Penal alemão possibilitou a transferência da atividade investigatória e da acusação a um órgão diverso do

² Cfe. SCHMIDT, Eb. *Deutsches Strafprozessrecht*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967. p. 22; com análise mais aprofundada, vide SCHMIDT, Eb. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. 3. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965. p. 327-352. Para detalhes, vide FEUERBACH, A. R. von. *Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*. Gießen: Verlag Heyer, 1821, p. 21 e ss.; ademais MITTERMAIER, C. J. A. *Das deutsche Strafverfahren*. Abtheilung 1 u. 2, Heidelberg: Verlag Mohr, 1827, p. 1 e ss.; bem como ABEGG, J. Fr. H. Zur Lehre vom Beweise und dem Schwurgerichte, *Der Gerichtssaal*, Jg. 2, Bd. 2, 1850, p. 61 e ss., do mesmo autor, Zur Lehre von der Nichtigkeit wegen Verletzung der Vorschriften des Verfahrens, *Der Gerichtssaal*, Jg. 5, Bd. 1, 1853, p. 397 e ss.; ZACHARIÄ, H. A. *Handbuch des deutschen Strafprocesses*. Bd. 1, Göttingen: Verlag der Dieterich'schen, 1861, p. 1 e ss.

³ Cfe. SCHROEDER, Fr.-Chr. *Strafprozessrecht*. 4. Aufl., München: C.H.Beck, 2007, p. 16 e ss.; com maiores detalhes sobre a “Carolina”, vide SCHROEDER, Fr.-Chr. (Hrsg.). *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V*. Stuttgart: Reclam, 2000. p. 131 e ss.

⁴ Cfe. AMBOS, K. Zum heutigen Verständnis von Akkusationsprinzip und -verfahren aus historischer Sicht, *Jura*, H. 8, 2008, p. 591.

⁵ Sobre a importância do Ministério Público nesse contexto, compare VORMBAUM, T. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. 2. Aufl., Heidelberg: Springer, 2011, p. 92 e ss. Há divergência na doutrina alemã a respeito do surgimento do Ministério Público na Alemanha, compare KÜHNE, H.-H. *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*. 8. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 2010. p. 96-97, o qual refere que, na Prússia, a instituição surgiu em 1843, porém, em Hamburg já havia surgido em 1841. Vide, ainda, com críticas aos fundamentos da criação do Ministério Público, AMBOS, K. *Zum heutigen Verständnis von Akkusationsprinzip und -verfahren aus historischer Sicht*, p. 32.

⁶ O Ministério Público alemão, como refere Volk, “não é absolutamente independente e subordinado à lei, como o juiz”, pois constitui “órgão estruturado hierarquicamente (burocraticamente)”, e nesta estrutura verifica-se que os membros do Ministério Público em primeira instância (“*Staatsanwälte*”) estão subordinados ao chefe superior do Ministério Público (“*Leitender Oberstaatsanwalt*”), e ambos se subordinam ao Procurador Geral (“*Generalstaatsanwalt*”), no entanto, todos se subordinam ao Ministro da Justiça (*Justizminister*), cfe. VOLK, K. *Grundkurs StPO*. 6. Aufl., München: Verlag C.H.Beck, 2008, p. 20-21.

judicial e sua estruturação em duas etapas fundamentalmente distintas: o procedimento preliminar (*Vorverfahren*) e o procedimento principal (*Hauptverfahren*).⁷

Contudo, foi somente após a reunificação do Direito Processual Penal e as inúmeras reformas subsequentes no StPO (Ordenamento Processual Penal alemão), que o processo penal alemão foi sendo melhor adaptado ao modelo acusatório. Ao longo da trajetória percorrida em direção à consolidação deste modelo, porém, o Direito Processual Penal alemão sofreu os mesmos influxos que o Direito Penal material do final do século XIX e início do século XX, os quais eram impulsionados pelas novas políticas orientadas pela separação das ideias liberais⁸. Esta orientação, que no Direito Penal material se manifestou na figura do autor e de sua personalidade, bem como no estabelecimento de um Estado de polícia, trouxe, por consequência, ao Processo Penal, a retomada da discussão acerca dos modelos acusatório e inquisitivo. Este, portanto, foi um dos fatores propulsores das reformas legais posteriores ao StPO, de 1877⁹, as quais visavam a consolidação do modelo acusatório, sobretudo, após a derrocada do nazismo. Apesar de tais reformas, a estrutura básica do processo penal instituída pelo StPO, em 1877, subsiste até os dias de hoje: um processo acusatório com princípio de investigação, segundo o qual o juiz somente pode atuar em face de uma acusação que, como regra¹⁰, é promovida pelo Ministério Público, que detém exclusividade sobre a fase preliminar de investigação¹¹. No entanto, no Estado de Direito alemão – assim como o brasileiro – a efetividade dos órgãos estatais, sobretudo, daqueles incumbidos da persecução penal, não pode se dar em detrimento dos direitos individuais dos cidadãos, protegidos pelo catálogo de direitos

⁷ Cfe. SCHMIDT, Eb. *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*. Teil I. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1952. p. 56 e 147; no mesmo sentido, VORMBAUM, T. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. p. 95 e s.

⁸ Cfe. SCHMIDT, Eb. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. p. 413-414, demonstrando, aliás, que as mesmas influências exercidas pelo direito penal alemão já a partir do século XI, também se manifestaram no direito processual penal.

⁹ Cfe. SCHMIDT, Eb. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. p. 414; no mesmo sentido, VORNBAUM, T. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. p. 181; ademais, PETERS, K. *Strafprozeß*. 3. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 1981, p. 68, o qual afirma que a primeira grande reforma do Direito Processual Penal ocorreu no ano de 1924.

¹⁰ “Como regra”, porque o processo penal alemão possui, de modo semelhante ao brasileiro, casos em que a ação penal é promovida pelo particular, como nos chamados delitos de ação privada (*Privatklagedelikt*), cfe. ROXIN, C.; SCHÜNEMANN, B. *Strafverfahrensrecht*, 28. Aufl., München: Beck, 2014, p. 322 e 509 e ss.

¹¹ Cfe. PETERS, K. *Strafprozeß*, p. 151-152; ademais ROXIN, C. Sobre el desarrollo del derecho procesal penal alemán, Trad. de Esteban González Jiménez e Revisão de John Zuluaga, In: PEDROZA, A. F. D., *Perspectivas y retos del proceso penal*. 2015. p. 366; ademais SCHMIDT, Eb., *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. p. 442, o qual esclarece que o Ministério Público somente passa a deter o monopólio da investigação, com exclusividade, a partir da Lei de 26 de agosto de 1935.

fundamentais da Constituição, pois, como destaca Kühne, “o cidadão, em um Estado de Direito, jamais pode se tornar um mero objeto da atividade estatal”¹². Mas nem sempre os fins atribuídos ao Processo Penal podem ser alcançados sem que, como afirma Schmidt, “excepcionalmente, se admita uma intervenção nos direitos de liberdade constitucionalmente garantidos”, a qual se dá por meio de medidas coercitivas. No entanto, o jurista alemão adverte que “os direitos fundamentais da Constituição constituem sempre a regra, e as normas do StPO sobre medidas coercitivas constituem sempre exceções”¹³.

Assim, quando se tiver por objetivo possibilitar o asseguramento seja do procedimento, seja da prova¹⁴ (e, como adverte Kühne¹⁵, sem que com isso se manifeste um caráter punitivo), o Ordenamento Processual Penal alemão – de modo semelhante ao Código de Processo Penal brasileiro – prevê uma variedade de medidas cautelares, chamadas originariamente de “medidas coercitivas” ou “meios de coerção”. Tais medidas compreendem: o exame psiquiátrico (§ 81); o exame corporal do acusado (§ 81a); o reconhecimento (§ 81b); o exame corporal de terceiros (§ 81c); o exame cadavérico (§§ 94 e 87-91); o exame genético-molecular-DNA (§§ 81e, 81f e 81g); a busca (§ 102) e apreensão (§ 94); a interceptação de comunicações telefônicas (§§ 100a e 100b); as escutas (§§ 100f e 100c, D); o levantamento de dados (§ 100g); o agente infiltrado (§§ 110a e ss.); a investigação de dados (§ 111); a identificação (§§ 163b e 163c)¹⁶, bem como a prisão investigatória e a detenção provisória (§§ 112 a 130). Todas essas medidas, sem exceção, estão ligadas à intervenção em um direito fundamental, seja na liberdade pessoal, na integridade física, no patrimônio, na inviolabilidade do domicílio, no sigilo das comunicações telefônicas e de correspondência, na liberdade profissional ou no direito à autodeterminação sobre as próprias informações¹⁷. Em razão desta ligação, inclusive, a doutrina alemã discute

¹² Cfe. KÜHNE, H.-H. *Strafprozessrecht*. p. 248.

¹³ Cfe. SCHMIDT, Eb. Zur Lehre von den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen, In: *Strafprozeß und Rechtsstaat*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1970. p. 116, ressaltando que “as normas processuais somente podem ser compreendidas corretamente e aplicadas em correspondência com o espírito do nosso direito processual penal, se virmos nelas regulamentações a serem interpretadas estritamente de acordo com os direitos fundamentais da Constituição”.

¹⁴ Cfe. KLESCZEWSKI, D. *Strafprozessrecht*. 2. Aufl., München: Vahlen, 2013. p. 59 e ss., 73 e ss.; com um panorama interessante sobre tais medidas e seus fundamentos, vide SCHROEDER, Fr.-Chr. Eine funktionelle Analyse der strafprozessualen Zwangsmittel. *JZ*, nº 22, 1985, p. 1028 e ss.

¹⁵ KÜHNE, H.-H. *Strafprozessrecht*. p. 249.

¹⁶ Com um panorama geral destas medidas, vide KINDHÄUSER, U. *Strafprozessrecht*. p. 83 e ss.; bem como KLESCZEWSKI, D. *Strafprozessrecht*. p. 59; com um panorama gráfico destas medidas, vide ROXIN, C.; SCHÜNEMANN, B. *Strafverfahrensrecht*. p. 236.

¹⁷ Cfe. ROXIN, C.; SCHÜNEMANN, B. *Strafverfahrensrecht*. p. 229.

acerca da melhor forma de denominá-las: ou como “meios de coerção”¹⁸ ou como “intervenções nos direitos fundamentais”¹⁹, sendo esta última a posição predominante.

Entre todas as medidas referidas, a prisão investigatória e a detenção provisória, inegavelmente, constituem as formas de intervenção estatais mais gravosas e incisivas nos direitos fundamentais do cidadão acusado, daí ter afirmado Hassemer, em tom enfático, constituírem elas formas de “*supressão da liberdade de um inocente*”²⁰. Justamente em razão deste fator, e das graves consequências decorrentes da segregação, há muito foi inserido no Processo Penal alemão o instituto da *apresentação* da pessoa presa ou detida à autoridade judiciária competente. Trata-se de instituto correlato à “audiência de custódia”, prevista no âmbito brasileiro, e que está previsto nos arts. 5.1, “c” e 5.3 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. É este instituto que se pretende analisar mais detidamente à luz do Direito Processual Penal alemão, considerando-se os mais diversos aspectos a ele atinentes.

Da detenção provisória e da prisão investigatória à apresentação da pessoa presa

O Direito Processual Penal alemão há muito conhece a chamada “prisão de custódia” ou “prisão investigatória”. Refere Heinze que na era dourada do Estado romano ou no Estado ateniense não se encontravam vestígios da prisão *como pena*, uma vez que o exílio constituía o ponto angular do sistema penal²¹. Apesar disso, a prisão já era utilizada como medida preventivo-coercitiva, particularmente, como meio de garantir a sanção a ser aplicada²². Isso se deve ao fato de entre os povos germânicos não a pena, senão a chamada “perda da paz” (*Friedloslegung*) – a expulsão de um indivíduo de um grupo social, do qual ele fazia parte e no qual encontrava abrigo e proteção – ser utilizada como meio de punição extrema, daí o uso da

¹⁸ SCHROEDER, Fr.-Chr. *Eine funktionelle Analyse der strafprozessualen Zwangsmittel*. p. 1029.

¹⁹ AMELUNG, K. *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976, p. 15 e s.; ainda, AMELUNG, K. Zur dogmatischen Einordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe, *JZ*, Nr. 15/16, 1987, p. 737 e s., inclusive, neste último trabalho, apresentando uma resposta à crítica de Schroder (citado *supra*, nota 18); compare ainda VOLK, K. *Grundkurs StPO*. p. 53 e ss., o qual distingue a intervenção nos direitos fundamentais do acusado e de terceiros.

²⁰ HASSEMER, W. Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft, *StV* 1984, p. 38.

²¹ Cfe. HEINZE, K. Fr. R. *Das Recht der Untersuchungshaft*. Leipzig: Tauchnitz, 1865. p. 5.

²² Cfe. MOMMSEN, Theodor. *Römisches Strafrecht*. p. 299, 306 e 961, o qual esclarece que “a prisão pública [presídio] provavelmente não existia em Roma até período relativamente tardio”, embora a prisão para assecuramento da execução já existisse (ps. 306 e 961); ademais, com detalhes, SANGUINÉ, O. Genealogia e evolução histórica da prisão cautelar, In: MALAN, D.; PRADO, G. *Processo Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 205 e ss.

prisão como meio de garantir a execução da sanção imposta²³. Na Idade Média, segundo Schmidt²⁴, nem mesmo se conhecia estabelecimentos penais, de modo que somente a partir do século XIII se desenvolveu o procedimento de detenção para o caso de flagrante por parte dos indivíduos considerados “nocivos à paz”²⁵. Por conseguinte, como esclarece Heinze, “acabou se tornando necessário um meio de evitar, no início ou no decorrer do processo penal, a frustração do seu encerramento, sobretudo, da execução da pena”²⁶, daí o surgimento da diferenciação entre a detenção em flagrante e a prisão investigatória no contexto alemão.

Contudo, somente a partir das primeiras décadas do século XIX, que se passou a estabelecer determinadas condições e exigências formais para a decretação da prisão investigatória, de maneira a “assegurar a maior proteção da liberdade individual”²⁷. Os pressupostos para a decretação da prisão investigatória, segundo a doutrina do início do século XIX²⁸, eram fundamentalmente: 1) o perigo de fuga do suspeito; 2) a desobediência às intimações realizadas pelo juiz; 3) o perigo de um dos participantes do fato influenciar os demais, de modo a modificar a verdade dos fatos; e 4) o perigo de prática ou reiteração de condutas criminosas. Ressalta Schmidt²⁹, que no movimento liberal desencadeado nesse período “os alemães reencontraram sua dignidade humana e os valores da personalidade” e que com base nos seus “direitos fundamentais descobertos”, eles passaram a exigir a discricionariedade dos órgãos estatais e o respeito à esfera de liberdade dos cidadãos.

Tais valores foram reconhecidos e assegurados pelas primeiras Constituições alemãs (de Bayern, 1818; de Baden, 1818; e Hessen, 1820), sobretudo, no que diz respeito à prisão. Assim, a Constituição de Bayern (1818), dispôs no § 8, frase 3, que “ninguém pode ser processado ou preso, senão nos casos determinados em lei e na forma da lei”. Por sua vez, a Constituição de

²³ Cfe. HEINZE, K. Fr. R. *Das Recht der Untersuchungshaft*. p. 5; ademais POST, A. H. *Über die Aufgaben einer allgemeinen Rechtswissenschaft*. Verlag Unikum, 1891, p. 63.

²⁴ Cfe. SCHMIDT, Eb. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. p. 64.

²⁵ Cfe. SCHMIDT, Eb. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. p. 82-83.

²⁶ Cfe. HEINZE, K. Fr. R. *Das Recht der Untersuchungshaft*. p. 5; em sentido semelhante SCHMIDT, Eb. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. p. 81.

²⁷ Cfe. ZACHARIÄ, H. A. *Handbuch des deutschen Strafprocesses*. Bd. 2, Göttingen: Verlag der Dieterich'schen, 1868, p. 135.

²⁸ Cfe. TITTMANN, C. A. *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, 2ª. ed., Bd. 3, Halle: Hemmerde & Schwetschke, 1824, p. 197, o qual emprega a expressão *Verwahrungsgefängnis* para expressar o instituto da prisão de custódia; ademais MITTERMAIER, C. J. A. *Das deutsche Strafverfahren*. p. 204; BAUER, A. *Lehrbuch des Strafprocesses*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1835. p. 75 e s.;

²⁹ Cfe. SCHMIDT, Eb. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. p. 338.

Baden (1818) dispôs no § 15, frase 2, que “ninguém pode ser preso de forma diversa à que determina a lei e mantido na prisão por tempo maior do que duas vezes 24 horas, sem ser ouvido sobre a causa de sua prisão”. E, por conseguinte, a Constituição de Hessen (1820) dispôs no § 33 que “nenhum cidadão pode ser preso ou punido de maneira diversa que nos casos e nas formas determinadas pelo direito e pelas leis. Ninguém pode ser deixado mais do que 48 horas sem ciência da razão de sua prisão, e o juiz comum, se a prisão foi realizada por outra autoridade, deve ser informado, obrigatoriamente, o mais breve possível acerca desta prisão”.

Em 1950, a Convenção Europeia de Direitos Humanos estabeleceu em seu Art. 5, 3, que “toda pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, letra ‘c’, do presente artigo deverá ser conduzida sem demora à presença de um juiz ou de outra pessoa habilitada por lei para exercer poderes judiciais...”³⁰. Ao tratar, portanto, do instituto da *apresentação*, a Convenção fez menção à pessoa *presa* ou *detida*, e, com isso, conduziu à necessária diferenciação entre ambas, ao menos em relação aos Estados-Membros da União Europeia que já não a tivessem realizado no plano jurídico interno³¹.

O Ordenamento Processual Penal alemão (StPO), de 1877, já reconhecia expressamente ambas as modalidades – embora no plano doutrinário já o fizesse muito antes – sob a designação de “prisão investigatória” (*Untersuchungshaft*) e “detenção provisória” (*vorläufige Festnahme*), as quais eram previstas nos §§ 112 a 130³². E, naturalmente, por se tratarem de medidas extremamente rigorosas, o legislador alemão formulou-as com bastante cautela, condicionando-as ao preenchimento de muitos pressupostos³³. Nesse sentido, cumpre analisá-las individualmente, a fim de identificar as diferenças apontadas tanto pelo legislador alemão, quanto aquelas estabelecidas pela doutrina e jurisprudência alemãs.

³⁰ Na versão original em inglês: “Article 5, (3) Everyone arrested or detained in accordance with the provision of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial”; disponível em «www.echr.coe.int/Documents/Collection_Convention_1950_ENG.pdf».

³¹ Cfe. ANDRADE, M. F.; ALFLEN, P. R. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. p. 18.

³² Cfe. KÜHNE, H.-H. *Strafprozessrecht*. p. 282.

³³ Cfe. KÜHNE, H.-H. *Strafprozessrecht*. p. 262; o estabelecimento de pressupostos rigorosos para a prisão investigatória foi um dos reclames da doutrina à época da reforma, compare LILIENHAL, K. von. Zur Reform der Strafprozeßordnung. Die Untersuchungshaft. *DJZ*, Nr. 10, 1909, p. 570 e ss.; igualmente WOLFF, Max. Die Untersuchungshaft. *DJZ*, Nr. 7, 1906, p. 406 e ss.

Detenção provisória

A detenção provisória está prevista no § 127 e nos §§ 163b e 163c do StPO, além de em outras leis especiais³⁴, tais como no § 183, 2 da GVG (Lei de Organização Judiciária alemã), que prevê a possibilidade de o juiz deter o autor em flagrante se durante a audiência é praticada uma conduta punível; no § 404 da AO (Código Tributário alemão), que prevê a detenção provisória no caso de crimes fiscais; e no § 106, III e IV da SeemG (Lei marítima), que prevê a detenção provisória por parte do capitão da embarcação quanto fatos delitivos praticados a bordo. No entanto, a principal disposição normativa referente ao instituto consiste na primeira delas, a saber, o § 127, 1 e 2, do StPO, o qual estabelece:

“§ 127 Detenção provisória

(1) Se alguém é encontrado em ação de flagrante ou perseguido, havendo suspeita de fuga ou não sendo possível a sua identificação imediata, qualquer pessoa estará autorizada a detê-lo, mesmo sem ordem judicial. A verificação da identidade de uma pessoa pelo Ministério Público ou pela autoridade policial é determinada de acordo com o § 163, 1.

(2) No caso de perigo iminente, o Ministério Público e a autoridade policial também estão autorizados a deter provisoriamente, se estiverem presentes os pressupostos para uma ordem de prisão ou de internação”.

Tal dispositivo prevê as situações que admitem a detenção de uma forma muito peculiar, de modo que não é possível simplesmente afirmar ser a detenção provisória um correlato da prisão em flagrante prevista no Código de Processo Penal brasileiro.

Situação de detenção

a) Conceito de ação de flagrante do § 127 I 1 do StPO

De acordo com o citado preceito, a detenção provisória ocorre no caso de o autor do fato ser encontrado em ação de flagrante ou ser perseguido³⁵. À primeira vista, tem-se a impressão de que o legislador alemão conferiu tratamento semelhante ao que ocorre no direito brasileiro no que diz respeito à chamada prisão em flagrante (art. 301, CPP). Todavia, ao passo que o legislador brasileiro utilizou-se da expressão “flagrante delito”, o legislador alemão empregou a expressão “ação de flagrante” (“*frischer Tat*”). O problema aqui radica no significado da expressão “ação de flagrante”, a qual, devido a sua extrema amplitude, possibilitaria cogitar a

³⁴ Cfe. ROXIN, C.; SCHÜNEMANN, B. *Strafverfahren*. p. 254.

³⁵ Vide KINDHÄUSER, U. *Strafprozessrecht*. p. 87-88; BEULKE, W. *Strafprozessrecht*. p.156-157; KLESCZEWSKI, D. *Strafprozessrecht*. p. 67; ROXIN, C.; SCHÜNEMANN, B. *Strafverfahren*. p. 252.

admissibilidade da detenção tanto da pessoa que pratica um crime ou delito, quanto aquela que pratica um ilícito à ordem (previstos na *OWiG*). Em vista disso, a doutrina alemã procurou interpretar o preceito de modo a restringir o alcance da expressão, considerando, assim, que por “ação” no sentido do § 127 I 1 do StPO somente se pode compreender uma conduta da qual se possa extrair consequências jurídico-penais³⁶.

Encontra-se em “ação de flagrante”, segundo o direito processual penal alemão, o autor que é pego durante a realização do fato típico e ilícito – podendo ser tanto tentado quanto consumado – ou que, logo após a sua consumação, é encontrado no lugar do fato ou em local imediatamente próximo.³⁷ A doutrina alemã, de modo geral, considera exigível que o fato seja típico – tanto na forma dolosa quanto culposa – e ilícito³⁸, porém, tem entendido, ainda, ser desnecessário o exame da culpabilidade, pois tal exame causaria óbice à detenção, já que, na maioria das vezes, não seria possível ao particular ou às demais autoridades realizá-lo. Todavia, não sendo exigível o exame da culpabilidade, a doutrina alemã discute acerca da possibilidade de se realizar a detenção de incapazes de culpabilidade em razão da menoridade³⁹. A favor de tal hipótese, argumenta-se que somente o procedimento é alterado, visto que, embora os menores de 14 anos sejam incapazes de culpabilidade, aqueles que possuem entre 14 e 21 anos de idade são submetidos a procedimento regulado por legislação específica, a saber, a Lei do Tribunal Juvenil⁴⁰, e que isso facilitaria o trabalho das autoridades incumbidas da justiça penal juvenil (Jakobs; Fischer; Kühne, Streng⁴¹). Contra tal hipótese argumenta-se, por um lado, que

³⁶ Cfe. SATZGER, Helmut. Das Jedermann-Festnahmerecht nach § 127 I 1 StPO als Rechtfertigungsgrund. *Jura*, Heft 2, 2009. p. 108 e s.; ademais WAGNER, M. Das allgemeine Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO als Rechtfertigungsgrund. *ZJS*, Nr. 6, 2011, p. 466; no mesmo sentido BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. p. 156; igualmente KINDHÄUSER, Urs.

³⁷ Cfe. KÜHNE, H.-H. *Strafprozessrecht*. p. 283; igualmente KINDHÄUSER, U. *Strafprozessrecht*. p. 88; no mesmo sentido, compare ROXIN, C.; SCHÜNEMANN, B.. *Strafverfahrensrecht*, p. 252; também BEULKE, W. *Strafprozessrecht*. p. 156.

³⁸ Por todos WAGNER, M. *Das allgemeine Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO als Rechtfertigungsgrund*. p. 466.

³⁹ Esclarecem KREY, V.; ESSER, R. *Strafrecht. AT*. 5ª ed., Stuttgart: Kohlhammer, 2012, p. 290; ademais HEINRICH, B. *Strafrecht. AT*. 4. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 2014. p. 228, o qual refere que as pessoas com menos de 14 anos são incapazes de culpabilidade, enquanto que as pessoas com idade entre 14 e 17 anos de idade são parcialmente capazes de culpabilidade, sendo-lhes aplicável o direito penal juvenil regulado pela JGG (Lei do Tribunal Juvenil).

⁴⁰ Assim dispõe a JGG (*Jugendgerichtsgesetz*), em seu § 1 “Âmbito de aplicação material e pessoal”: (1) Aplica-se esta lei se um adolescente ou um jovem comete um delito que, de acordo com as normas em geral, é cominado com pena; (2) Adolescente é aquele que, à época do fato, possui quatorze anos e não mais do que dezoito; jovem é aquele que, à época do fato, possui dezoito anos e não mais do que vinte e um.

⁴¹ Cfe. JAKOBS, G. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Trad. de J. Cuello Contreras e J. L. S. Gonzalez de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 630; ademais KÜHNE, H.-H. *Strafprozessrecht*. p. 283; bem como WAGNER, M. *Das allgemeine Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO als Rechtfertigungsgrund*. p. 466.

a incapacidade de culpabilidade constitui impedimento processual e, portanto, o processo contra o incapaz não poderia sequer ser instaurado (Lackner e Kühl; Schönke e Schröder, Perron e Weißer; Freund; Heinrich⁴²), e, por outro lado, sustenta-se que o § 127 do StPO serve à finalidade de instauração do *processo penal* e isso já excluiria o direito de detenção de um incapaz de culpabilidade (Meyer-Goßner; Albrecht, Wankel, Satzger, Bülte e Hilger⁴³).

b) Suspeita de fato ou fato realmente praticado

A doutrina alemã, no entanto, discute se o § 127, 1, do StPO exige que, para efetuar a detenção provisória *em situação de flagrante*, o fato realmente tenha sido praticado (que seja típico e antijurídico) ou se é suficiente que as circunstâncias objetivas permitam reconhecer forte suspeita do fato delitivo⁴⁴. Há duas posições a respeito:

Se for suficiente para justificar a detenção, que ocorra a forte suspeita do fato, tal detenção será abarcada pelo § 127 do StPO e, portanto, admitida. Nesse caso, entende-se que o direito de deter alguém serve não ao interesse próprio do particular, mas sim ao interesse público na persecução penal. Logo, como o particular cumprirá uma tarefa pública, é irrazoável aconselhar a ele que atue em erro⁴⁵. Admitir a detenção pela suspeita de ocorrência do fato implicará a supressão do direito de legítima defesa do cidadão eventualmente inocente, contra uma agressão restritiva da sua liberdade, e caso ele se defenda desta agressão, o indivíduo que efetua a detenção correrá o risco de punição em razão de erro de tipo permissivo.

Daí entender Beulke que é aconselhável uma responsabilidade mais estrita, no sentido de que “quem não está certo de que realmente foi praticado um delito, deve deixar a detenção ao encargo das autoridades”.

Vejamos: A e B entram na sala de C para uma entrevista conjunta de emprego em uma grande empresa, e quando C sai da sala para buscar um café, A verifica que B pega o iPad que estava sobre a mesa de C e coloca em sua pasta. Imediatamente A dá voz de prisão a B, e a fim

⁴² Cfe. LACKNER, K.; KÜHL, K. *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 28. Aufl., München: Beck, 2014, p. 155; igualmente SCHÖNKE, A.; SCHRÖDER, H.; PERRON, W.; WEIßER, B. *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 29. Aufl., München: Beck, 2014, p. 374; também FREUND, G. *Strafrecht. AT*. 2. Aufl., Heidelberg: Springer, 2009. p. 140; HEINRICH, B. *Strafrecht*, p. 228.

⁴³ Cfe. WAGNER, M. *Das allgemeine Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO als Rechtsfertigungsgrund*. p. 466; ademais, SATZGER, Helmut. *Das Jedermann-Festnahmerecht nach § 127 I 1 StPO als Rechtsfertigungsgrund*. p. 108 e s.

⁴⁴ Compare a respeito BEULKE, W. *Strafprozessrecht*. p. 155; com detalhes a respeito VOLK, K. *Strafprozessrecht*. p. 69-70; maiores detalhes KINDHÄUSER, U. *Strafprozessrecht*. p. 88; sucinto ROXIN, C.; SCHÜNEMANN, B. *Strafverfahrensrecht*. p. 253.

⁴⁵ Cfe. BEULKE, W. *Strafprozessrecht*. p. 157; no mesmo sentido ROXIN, C.; SCHÜNEMANN, B. *Strafverfahren*. p. 253.

de efetuar a detenção lhe causa lesões corporais. Sendo exigido que o fato realmente tenha sido praticado, e, sabendo que o celular subtraído por B era de propriedade de C, A estaria legitimado a efetuar a detenção (e, portanto, à luz do direito alemão, não sofreria o risco de ser punido pelos delitos de *supressão da liberdade* ou de *coação*, §§ 237 e 240, do StGB). Agora, suponha-se que A estivesse aguardando a entrevista do lado de fora da sala e vê B ingressar no local, sem levar nada consigo. Em seguida, A observa que, no momento em que B e C, saem da sala, B possui um iPad em sua mão esquerda e C, em voz alta, diz a sua secretária ter dado falta do seu. Em razão da forte suspeita decorrente das circunstâncias objetivas de que B tenha furtado o equipamento, A causa lesões em B com a finalidade de realizar sua detenção pelo suposto furto. Supondo-se realmente ter ocorrido o furto ou ainda que não se tratasse de furto (caso B tenha ido buscar seu objeto esquecido), subsistiria o risco de punição de A pelas lesões causadas a título culposo, na hipótese de erro. Nesse sentido, é acertado o entendimento de Beulke de considerar necessário, para a situação de flagrante, que o fato realmente tenha sido praticado, de forma típica e antijurídica, possibilitando, assim, àquele que não está certo de que realmente foi praticado um fato punível, deixar a detenção ao encargo das autoridades e não incorrer no risco de uma punição em razão de erro.

c) “Encontrado” em ação de flagrante ou “perseguido”

Encontra-se em “ação de flagrante”, segundo o direito processual penal alemão, o autor que é pego durante a realização do fato típico e ilícito – podendo ser tanto tentado quanto consumado – ou que, logo após a sua consumação, é encontrado no lugar do fato ou em local imediatamente próximo.⁴⁶ A doutrina alemã, de modo geral, considera exigível que o fato seja típico – tanto na forma dolosa quanto culposa – e ilícito⁴⁷, porém, tem entendido, ainda, ser desnecessário o exame da culpabilidade, pois tal exame causaria óbice à detenção, já que, na maioria das vezes, não seria possível ao particular ou às demais autoridades realizá-lo.

⁴⁶ Cfe. KÜHNE, H.-H. *Strafprozessrecht*. p. 283; igualmente KINDHÄUSER, U. *Strafprozessrecht*. p. 88; no mesmo sentido, compare ROXIN, C.; SCHÜNEMANN, B.. *Strafverfahrensrecht*, p. 252; também BEULKE, W. *Strafprozessrecht*. p. 156.

⁴⁷ Por todos WAGNER, M. Das allgemeine Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO als Rechtsfertigungsgrund. *ZJS*, Nr. 6, 2011, p. 466.

A *perseguição*, por sua vez, ocorre quando o indivíduo já se afastou do lugar do crime, porém, indícios seguros apontam na sua direção como sendo o autor e imediatamente se desencadeia sua perseguição para fins de captura⁴⁸.

Fundamento da detenção

Apesar da semelhança com a prisão em flagrante prevista no CPP brasileiro, como referido acima, não se pode afirmar serem institutos correlatos. Isso se deve ao fato de que a detenção provisória, em qualquer um dos casos (tanto em relação ao autor que se encontra em situação de flagrante quanto em relação àquele que é perseguido) depende, ainda, do preenchimento de um dos seguintes fundamentos⁴⁹: suspeita de fuga ou não identificação imediata do autor do fato.

A doutrina alemã entende que a *suspeita de fuga*, desde o ponto de vista fático, não pode ser verificada de maneira exata e meticulosa, pois a situação de flagrante é caracterizada pelo momento de “surpresa”. Diferentemente do “perigo de fuga” (exigido na prisão investigatória), na suspeita de fuga somente se pode levar em conta a “capacidade de discernimento imediata”⁵⁰ “limitada pela situação”⁵¹. Nesse sentido, poderá alguém ser detido em flagrante, como refere Kühne, “se conforme a experiência geral pareça justificado concluir que o autor, sem a imediata detenção, se esquivará da responsabilidade por meio de fuga”⁵², ou ainda, nas palavras de Beulke, “se conforme a conduta do autor se puder partir racionalmente de que, caso não seja detido, ele se furtará ao processo”⁵³. Essa posição tem seu fundamento no fato de que aquele que efetua a detenção – diferentemente do juiz, o qual deve proferir uma decisão escrita – toma uma decisão momentânea condicionada pela situação, e por isso leva em conta a sua perspectiva e não circunstâncias objetivas⁵⁴.

A detenção para *identificação do autor do fato* é admissível quando este se recusa a dar informações ou não pode fornecê-las e, por isso, não pode ser identificado sem um

⁴⁸ Cfe. KINDHÄUSER, U. *Strafprozessrecht*. p. 88; também BEULKE, W. *Strafprozessrecht*. p. 157, referindo que tal indicio seguro deve ser entendido como “fundamento concreto”, isto é, vestígios do fato.

⁴⁹ Cfe. WAGNER, M. *Das allgemeine Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO als Rechtsfertigungsgrund*. p. 471.

⁵⁰ ROXIN, C; SCHÜNEMANN, B. *Strafverfahren*. p. 253.

⁵¹ KÜHNE, H.-H. *Strafprozessrecht*. p. 283.

⁵² KÜHNE, H.-H. *Strafprozessrecht*. p. 283; exatamente no mesmo sentido KINDHÄUSER, U. *Strafprozessrecht*. p. 89.

⁵³ BEULKE, W. *Strafprozessrecht*. p. 157.

⁵⁴ Cfe. WAGNER, M. *Das allgemeine Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO als Rechtsfertigungsgrund*. p. 472.

interrogatório⁵⁵, ou, ainda, como refere Wagner, para a caracterização dessa hipótese “é suficiente... que o detido se negue a dar informações sobre sua pessoa ou indique apenas seu nome sem que haja a possibilidade de certificar tal informação”⁵⁶. A título exemplificativo, afirma Kühne que a identificação se dá por realizada com a simples apresentação de carteira de identidade ou de passaporte⁵⁷, e portanto, ocorrendo a identificação do autor do fato, torna-se inadmissível a detenção provisória.

Nesse sentido, a detenção provisória (prisão em flagrante), no direito alemão, depende de motivação suficiente a legitimar o ato de supressão da liberdade, a qual deve assentar em elementos faticamente aferíveis que evidenciem a ocorrência de ao menos um dos fundamentos acima citados: suspeita de fuga ou não-identificação do autor. *Ad comparandum*, no direito brasileiro, somente após a Lei nº 12.403/2011 e as alterações por ela determinadas no regime de medidas cautelares pessoais, que se passou a dar maior ênfase à motivação da prisão em flagrante, modificando-se, por conseguinte, o entendimento, até ali consolidado, de que a prisão em flagrante “prende por si só” (embora ainda não seja unânime)⁵⁸. Entretanto, o legislador brasileiro exige para o ato de prisão em flagrante a simples existência de *situação de flagrante* (em qualquer uma hipóteses previstas nos incisos do art. 302 do CPP), para que qualquer do povo e a autoridade policial e seus agentes estejam legitimados a deter o autor do fato, porém, conforme o art. 304, § 1º do CPP, somente no caso de “fundada suspeita” poderá a autoridade policial mandar recolhê-lo à prisão. Apesar disso, a ideia de deter o autor do fato sob o fundamento da não-identificação somente encontra amparo no art. 1.º, II, da Lei nº 7.960/1989, relativo especificamente à *prisão temporária*, e não à prisão em flagrante.

A detenção, no Processo Penal alemão, pode ocorrer também no caso de *perigo iminente*, desde que estejam presentes os pressupostos da ordem de prisão (investigatória).

⁵⁵ KINDHÄUSER, U. *Strafprozessrecht*. p. 89.

⁵⁶ WAGNER, M. *Das allgemeine Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO als Rechtsfertigungsgrund*. p. 472.

⁵⁷ KÜHNE, H.-H. *Strafprozessrecht*. p. 283.

⁵⁸ “O flagrante não prende por si só, sendo necessária para a manutenção da segregação do flagrado a existência dos requisitos previstos no art. 312 da Lei Processual Penal” (STJ, REsp 1244657, 12.08.2014; REsp 1254287, 30.08.2013); “O flagrante nada mais é do que a possibilidade de autoria e materialidade do crime, de modo que o flagrado é também presumidamente inocente até eventual condenação final, após tramitado o devido processo legal que lhe é de direito. Afirmar que o flagrante prende por si só, a meu sentir, é afirmar que réu flagrado é réu culpado, independentemente da existência de processo – praticamente tornando dispensável essa garantia constitucional – o que beira o absurdo” (STJ, REsp 1202132, 09.08.2012). Em sentido contrário: “A paciente foi presa em flagrante e, como é cediço, o flagrante prende por si mesmo, sendo despicenda qualquer fundamentação quando de sua homologação” (STJ, HC 205.132, 07.11.2012; HC 182.848, 15.06.2012; HC 203.911, 21.09.2011).

Porém, neste caso, conforme o § 127, 2, StPO, a detenção somente pode ser realizada pelo Ministério Público ou pela autoridade policial e seus agentes. E em tais hipóteses, no entanto, a detenção somente pode ser mantida até o dia imediatamente posterior a sua efetivação e, após isso, o detido deve ser solto ou permanecer preso com base em uma ordem judicial de decretação da prisão⁵⁹.

Legitimidade

O § 127, 1 e 2, do StPO estabelece, ainda, especificações no que diz respeito ao legitimado a efetuar a detenção. Nesse sentido, o dispositivo estabelece que “qualquer um” (“*jedermann*”) que encontrar alguém em situação de flagrante ou sob perseguição poderá detê-lo provisoriamente, sem prévia ordem judicial, desde que preenchidos os pressupostos acima referidos⁶⁰. Por “qualquer um”, no sentido do § 127, 1, considera-se qualquer pessoa, isto é, tanto o particular quanto o membro do Ministério Público ou a autoridade policial e seus agentes.

No que diz respeito ao emprego de violência física, considera-se admissível tanto para deter o autor em situação de flagrante quanto para impedir atos de fuga, desde que seja necessária e não seja inadequada⁶¹. O grau de violência admitida pelo § 127 do StPO, para efeito de detenção provisória, como todas as outras medidas de intervenção em direitos fundamentais, está determinado pelo princípio da proporcionalidade⁶². Nesse sentido, esclarece Kindhäuser, que pelo princípio da proporcionalidade deve-se observar se, “além da detenção, também são admissíveis outras medidas de intervenção menos gravosas no direito do detido, que possibilitem a verificação da identidade ou o impedimento da fuga”⁶³. Não se admite, portanto, o emprego de arma de fogo pelo particular, e isso se deve a que a própria autoridade policial e seus agentes devem preencher determinados pressupostos para o seu uso, de modo que não se pode conceder poderes maiores ao particular do que à autoridade policial no

⁵⁹ Cfe. OSTENDORF, Heribert. *Strafprozessrecht*. p. 139; refere KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 284, que “a pessoa não pode permanecer sob custódia por mais tempo do que até o final do dia seguinte após a detenção, ou seja, por no máximo por 48 horas”.

⁶⁰ KÜHNE, H.-H. *Strafprozessrecht*. p. 283.

⁶¹ Cfe. KINDHÄUSER, U. *Strafprozessrecht*. p. 89.

⁶² Cfe. KÜHNE, H.-H. *Strafprozessrecht*. p. 284.

⁶³ Cfe. KINDHÄUSER, U. *Strafprozessrecht*. p. 89;

exercício da sua atividade⁶⁴. Além disso, ressaltam Roxin e Schünemann, em relação ao particular, que a violência física é permitida para deter o autor, ainda que consista em lesões corporais (violenta agressão ou uso de algemas), porém, danos à saúde ou perigo direto à vida, como, por exemplo, o estrangulamento por vários minutos não são abarcados pelo § 127.⁶⁵ No mesmo sentido, se a autoridade policial e seus agentes utilizam a viatura para atropelar um motociclista com a finalidade de detê-lo, violarão o princípio da proporcionalidade⁶⁶. Ostendorf observa, ainda, que o direito de detenção provisória pelo particular, em qualquer caso, só é admitido se não houver autoridade policial próxima ao local do fato.⁶⁷

Ainda que o § 127, 1 atribua o mesmo poder a “qualquer um”, é necessário observar que no caso do Ministério Público ou da autoridade policial e seus agentes a detenção para fins de verificação da identidade deverá se dar nos termos do § 163b do StPO, o qual determina que estes poderão, inclusive, fazer uso das medidas necessárias a fim de obter a identificação do autor.⁶⁸

Prisão investigatória (Untersuchungshaft)

A prisão investigatória consiste na mais profunda intervenção na esfera de liberdade pessoal, a qual, como referiu Schmidt, “implica o isolamento do acusado do seu ambiente, sua separação da família, o impedimento de sua atividade profissional e frequentemente a própria

⁶⁴ Cfe. KÜHNE, H.-H. *Strafprozessrecht*. p. 284; no mesmo sentido BEULKE, W. *Strafprozessrecht*. p. 158, porém, admitindo “tiro de advertência”.

⁶⁵ Cfe. ROXIN, C; SCHÜNEMANN, B. *Strafverfahren*. p. 255; no mesmo sentido KÜHNE, H.-H. *Strafprozessrecht*. p. 284, também OSTENDORF, H. *Strafprozessrecht*. p. 140; ademais, VOLK, K. *Strafprozessrecht*. p. 69, ressaltando, porém, jamais ser admissível o emprego de armas.

⁶⁶ ROXIN, C; SCHÜNEMANN, B. *Strafverfahren*. p. 255

⁶⁷ Cfe. OSTENDORF, H. *Strafprozessrecht*. p. 140.

⁶⁸ Cfe. VOLK, K. *Strafprozessrecht*. p. 70; dispõe o citado § 163b do StPO:

§ 163b Medidas para verificação de identidade

(1) Se alguém for suspeito de um fato delitivo, o Ministério Público e as autoridades policiais poderão realizar as medidas necessárias para a verificação de sua identidade; o § 163a, 4, 1 aplica-se do mesmo modo. O suspeito poderá ser detido se a identidade já não puder ser verificada ou somente puder ser verificada com grandes dificuldades. Presentes os pressupostos da frase 2, serão admissíveis também a busca da pessoa do suspeito e das coisas encontradas com ele, bem como a realização de medidas de reconhecimento por impressões digitais e fotografia.

(2) Se e na medida em que for necessário para o esclarecimento do fato delitivo, poderá ser verificada também a identidade de uma pessoa que não for suspeita de um fato delitivo; o § 69, parágrafo 1, frase 2 aplica-se do mesmo modo. As medidas descritas no parágrafo 1, frase 2 não poderão ser adotadas se não tiverem qualquer relação com o significado dos fatos; as medidas previstas no parágrafo 1, frase 3 não podem ser realizadas contra a vontade da pessoa encontrada.

perda da sua profissão”, daí ressaltar, ainda, que “ela tem, portanto, um alcance extraordinário sobre o destino integral do acusado”⁶⁹.

A prisão investigatória (*Untersuchungshaft*⁷⁰), por sua vez, serve principalmente para o asseguramento do processo⁷¹, e por se tratar, dentre todas as medidas cautelares legalmente previstas, da intervenção mais incisiva na liberdade pessoal do indivíduo, é que “os princípios constitucionais da presunção de inocência e da proporcionalidade devem delimitar ao máximo possível a sua medida e seus limites”⁷². Tal modalidade corresponde à prisão preventiva prevista nos arts. 312 e ss. do Código de Processo Penal brasileiro.

A ordem de prisão investigatória é admissível nos casos em que, conforme dispõe o §112, I do StPO, estiverem presentes os dois pressupostos legalmente exigidos, quais sejam: a) a existência de forte suspeita da prática do fato delitivo, ou seja, quando se verificar um alto grau de probabilidade de que o acusado tenha cometido o fato delitivo e estiverem presentes todos os pressupostos da punibilidade e para a persecução penal⁷³; e b) a existência de fundamento legal para a prisão, ou seja, quando ocorrer uma ou mais das hipóteses previstas no § 112 do StPO, a saber:

- Quando houver *fuga* ou *perigo de fuga*, conforme prevê o § 112, (2), 1 e 2 do StPO. Em tais casos deve-se verificar se o acusado fugiu ou se existe perigo de fuga, de modo que ele se subtraia ao processo penal, porém, como advertem Roxin e Schünemann, não se admite aqui mero juízo de presunção ou considerações abstratas⁷⁴.
- Ocorrer *perigo de ocultação*, conforme prevê o § 112, (2), 3, do StPO, ou seja, quando houver fundada suspeita de que o acusado eliminará, modificará, livrar-se-á, omitirá ou falsificará meios de prova;

⁶⁹ Cfe. SCHMIDT, Eb. *Deutsches Strafprozessrecht*. p. 116.

⁷⁰ Schroeder afirma ser incorreta a denominação alemã de “prisão investigatória” (“*Untersuchungshaft*”), uma vez que tal prisão é admissível até a formação da coisa julgada e, portanto, deveria ser utilizada a expressão “prisão para persecução penal” (*Strafverfolgungshaft*), ademais, adverte que a regulamentação da prisão investigatória, prevista no StPO é fragmentária e que, portanto, é necessária a criação de uma lei de execução da prisão investigatória (*Untersuchungshaftvollzugsgesetz*), compare SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Strafprozessrecht*. p. 99-100.

⁷¹ Cfe. KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 262; no mesmo sentido ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 237; Cfe. KLESCZEWSKI, Diethelm. *Strafprozessrecht*. p. 59; semelhante BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. p. 139; OSTENDORF, Heribert. *Strafprozessrecht*. p. 141; do mesmo modo KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. p. 119.

⁷² Cfe. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 238.

⁷³ Cfe. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 239; divergindo KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 262, o qual acrescenta um terceiro elemento, a saber: “a prisão investigatória não pode estar fora da relação de significado para com o fato e para com a pena ou medida de segurança esperada”; neste mesmo sentido KLESCZEWSKI, Diethelm. *Strafprozessrecht*. p. 62.

⁷⁴ Cfe. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 239; do mesmo modo KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 263, também KLESCZEWSKI, Diethelm. *Strafprozessrecht*. p. 60; ainda BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. p. 140.

manipulará ilicitamente outros acusados, testemunhas ou peritos, ou induzirá outrem à prática de tais condutas.⁷⁵

- Quando houver fundada suspeita da prática de delitos graves referidos no § 112, (3), do StPO. Trata-se, na hipótese, dos delitos previstos no Código Penal Internacional alemão⁷⁶, bem como dos delitos previstos no § 129a, 1 e 2 (formação *de* e colaboração *com* organização terrorista), § 129b, 1 (organização terrorista e organização criminosa no estrangeiro), nos §§ 211, 212, 226 (assassinato, homicídio e lesão corporal grave), e nos §§ 306b e 306c (incêndio gravíssimo e incêndio com resultado morte), do StGB, bem como dos demais delitos em que houver perigo para a vida ou integridade de outrem. O disposto no § 112, (3) do StPO dá entender que, para a decretação da prisão investigatória seria suficiente a prática de um dos delitos nele mencionados, sem que fosse necessário observar demais pressupostos para a decretação da prisão⁷⁷. Todavia, o Tribunal Constitucional Federal alemão, procedeu à interpretação conforme à Constituição do respectivo dispositivo e determinou que para a decretação da prisão nestes casos, além da verificação da espécie de delito praticado, é imprescindível demonstrar um fundamento para a prisão, o qual pode consistir no perigo de fuga ou de ocultação⁷⁸.

- Ocorrer perigo de reiteração, conforme prevê o § 112a, do StPO. Neste caso, tem-se entendido que a prisão não representa necessariamente um meio de asseguramento do processo, mas sim uma medida preventiva para proteção da comunidade jurídica (medida de prevenção criminal)⁷⁹.

A ordem de prisão é considerada pressuposto imprescindível para a efetivação da prisão investigatória e somente pode ser proferida por um juiz, conforme preceitua o § 114, I do StPO, sendo que, no *procedimento preliminar*, competente é o juiz da investigação (*Ermittlungsrichter*) e, após oferecida a acusação, ou seja, no *procedimento intermediário*, competente é o juiz incumbido de presidir o feito.⁸⁰

Vê-se, portanto, que a prisão investigatória, conforme o ordenamento alemão, poderá ser decretada a qualquer momento, após cessada a atividade delitiva, e, por conseguinte, tanto no procedimento preliminar, quanto no intermediário e de audiência principal. De qualquer forma, como adverte Ostendorf, deve ser assegurado o acompanhamento por um defensor ao respectivo preso ou detido, e caso este não o tenha escolhido, deverá o Estado nomear algum para assegurar o direito de defesa⁸¹.

⁷⁵ Nesse sentido BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. p. 141; igualmente KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. p. 123-124.

⁷⁶ Sobre isso veja ALFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). *Tribunal Penal Internacional – aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2005, p. 34 e ss.

⁷⁷ Cfe. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 240.

⁷⁸ BVerfGE 19, 342, 350, nesse sentido também decidiram o OLG Köln, NStZ 1996, 403, o OLG Rostock, BeckRS 2003, 18141 e o OLG Karlsruhe StV 2010, 30.

⁷⁹ Cfe. KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 263.

⁸⁰ KLESCZEWSKI, Diethelm. *Strafprozessrecht*. p. 63.

⁸¹ Cfe. OSTENDORF, Heribert. *Strafprozessrecht*. p. 147.

A apresentação (*Vorführung*) ou audiência de custódia

O Direito Processual Penal alemão possui três referenciais normativos fundamentais no que diz respeito ao instituto da apresentação, ou ainda, *audiência de custódia*, a saber: a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), a Lei Fundamental alemã (*GG*) e o Ordenamento Processual Penal alemão (StPO). Ao passo que a CEDH estabeleceu em seu art. 5, (3), ser necessária a apresentação à autoridade judicial ou com poderes judiciais, nos casos de *prisão* (*Haft*) ou *detenção* (*Festnahme*)⁸², a Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) estabeleceu diversas diretrizes já no seu Art. 104, (3), dispondo expressamente que:

Art. 104

(3) “Todo aquele que for detido provisoriamente (*vorläufig Festgenommene*) em razão da suspeita da prática de uma conduta punível deve ser apresentado, o mais tardar no dia posterior à detenção (*Festnahme*), ao juiz (*Richter*), que lhe comunicará acerca das razões da detenção, lhe ouvirá e lhe dará a oportunidade de apresentar objeções. O juiz, sem demora, deverá ou expedir a ordem de prisão expressa com as razões ou ordenar a soltura”.

Do preceito constitucional verifica-se que houve a especificação de três aspectos fundamentais: em primeiro lugar, o dispositivo estabelece que o órgão competente para a apresentação é exclusivamente a autoridade judicial; em segundo lugar, ao abordar o prazo para realização da apresentação, o dispositivo estabelece o referencial “o dia posterior à detenção”; e, em terceiro lugar, estabeleceu a finalidade da apresentação, a saber, comunicar as razões da detenção, ouvir o detido e oportunizar a impugnação. Porém, algo no mínimo curioso diz respeito ao fato de o constituinte ter se restringido à hipótese de *detenção* e, com isso, não ter tratado da apresentação no caso de *prisão investigatória*.

O StPO, diferentemente, emprega o conceito de “apresentação” com dois significados distintos. Nesse sentido, utiliza-se a expressão para caracterizar, de forma ampla, toda e qualquer transferência de uma pessoa perante uma autoridade e, de forma mais estrita, por um lado, para descrever o “emprego coercitivo de uma exigência oficial de manifestação”, a qual pode ser dirigida tanto ao acusado quanto as testemunhas que devem prestar depoimento⁸³ (como, por exemplo, nos casos de apresentação para depoimento do acusado, prevista nos §§

⁸² Compare *supra* nota de rodapé 30.

⁸³ Cfe. ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 258.

133 a 135 do StPO, ou, ainda, de apresentação do depoimento testemunhal gravado audiovisualmente, previsto no §255a do StPO), e, por outro lado, para a apresentação perante autoridade judicial em face de prisão ou detenção. A primeira hipótese de apresentação, portanto, não se confunde com o instituto da audiência de custódia.

O instituto da apresentação, enquanto correlato da audiência de custódia, é admissível tanto no caso de detenção provisória (*vorläufige Festnahme*), quanto no de prisão investigatória (*Untersuchungshaft*), conforme dispõem os §§ 115, 115a e 128.

No caso de prisão investigatória, após a sua efetivação com base na ordem de prisão, deverá o preso ser apresentado, sem demora (*unverzüglich*) a um juiz, conforme prevê o §115 do StPO, o qual preceitua, *in verbis*:

§ 115 Apresentação perante o juiz competente

- (1) Se o acusado é recolhido com base em uma ordem de prisão, deve ser apresentado, sem demora, ao juízo competente.
- (2) Após a apresentação, o juiz deverá ouvir o acusado acerca do objeto da acusação, sem demora, o mais tardar no dia seguinte.
- (3) Na ocasião do depoimento o acusado será informado das circunstâncias que lhe incriminam e do seu direito de se manifestar sobre a acusação ou de nada declarar sobre o fato. Ser-lhe-á dada a oportunidade de contestar as razões da suspeita e da prisão, e de reivindicar os fatos que se pronunciem a seu favor.
- (4) Se a prisão for mantida, o acusado será informado sobre o seu direito de recorrer e as demais medidas jurídicas cabíveis (§ 117 Abs. 1, 2, § 118 Abs. 1, 2, § 119 Abs. 5, § 119a Abs. 1). O § 304, 4 e 5 permanecem inalterados.⁸⁴

Já no caso de detenção provisória, dispôs o legislador alemão, no § 128, *in verbis*:

§ 128 Apresentação no caso de detenção provisória

- (1) Caso não seja novamente colocado em liberdade, o detido deverá ser apresentado, sem demora, o mais tardar no dia seguinte após a detenção, ao juiz de primeira instância da região na qual foi recolhido. O juiz ouvirá o detido em conformidade com o § 115, (3).
- (2) Se o juiz considerar que a detenção não foi lícita ou inválidos seus fundamentos, ordenará a soltura do detido. Não sendo este o caso, havendo requerimento do Ministério Público ou, na hipótese de não ter sido este alcançado, de ofício, decretará a ordem de prisão ou de hospitalização. Aplica-se igualmente o § 115, (4).⁸⁵

⁸⁴ Tradução livre do autor.

⁸⁵ Tradução livre do autor.

O exame comparativo dos dois preceitos permite concluir que a apresentação neles referida consiste no mesmo instituto da apresentação (ou seja, o correlato da audiência de custódia prevista no âmbito brasileiro e que teve por referencial o Pacto de San José da Costa Rica⁸⁶), cumpre verificar alguns fatores principais, a saber: a autoridade competente para presidir a audiência de custódia e perante a qual deva ser apresentada a pessoa *presa* ou *detida* (a); a finalidade da apresentação (b); quem deve estar presente (c); quanto tempo após a prisão deverá ser realizada a apresentação (d); qual o efeito do atraso na realização da apresentação (e).

A autoridade competente para presidir o ato

Tanto o § 115, em relação à prisão investigatória, quanto o § 128 do StPO, no que diz respeito a detenção, fazem referência a apresentação à autoridade judicial. O primeiro faz menção ao “juiz competente” e o segundo ao “juiz de primeira instância”. Embora a CEDH tenha estabelecido diretriz no sentido de ser possível realizar a apresentação perante *autoridade judicial* ou *autoridade com poderes judiciais*, observa-se que o legislador alemão não identificou no ordenamento interno autoridade com tais poderes judiciais e que não fosse propriamente autoridade judicial, de modo a ser considerada competente para presidir o ato de apresentação somente a autoridade judicial⁸⁷. Aliás, a própria Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*), em seu § 104, (3), no tocante à detenção, estabeleceu orientação quanto a isso ao fazer menção ao “juiz” (Richter).

Inclusive, a doutrina alemã tem entendido que a apresentação não pode ser efetuada *nem mesmo ao juiz da investigação (Ermittlungsrichter)*, mas sim ao juiz de primeira instância que exerce a jurisdição sobre a localidade, na qual foi praticado o fato⁸⁸. De fato, não haveria respaldo legal para tal atuação, uma vez que o juiz da investigação, no processo penal alemão, tem suas funções devidamente discriminadas no § 162 do StPO, dentre as quais não se identifica o ato de presidir a apresentação. Ademais, se a prisão for efetivada após o recebimento da

⁸⁶ Sobre isso compare ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no processo penal brasileiro*. p. 18.

⁸⁷ Nesse sentido KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 272; igualmente KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. p. 128; ademais KLESCZEWSKI, Diethelm. *Strafprozessrecht*. p. 68; também BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. p. 144 e 158.

⁸⁸ Divergindo dessa posição VOLK, Klaus. *Strafprozessrecht*. p. 48, o qual afirma que “competente para a decretação é sempre somente um juiz [...] No procedimento investigatório o Ministério Público requer a decretação da ordem de prisão é o juiz da investigação. [...] Por conseguinte, ele deve ser apresentado, sem demora, ao juiz que decretou a ordem de prisão”.

acusação, competente será o julgador da instância superior, conforme prevê o § 115a do StPO (“se acusado não pode ser apresentado perante a autoridade judicial competente, o mais tardar no dia posterior à captura, então, deverá ser apresentado, sem demora, o mais tardar no dia seguinte à captura, perante o órgão judicial de instância superior”)⁸⁹.

É oportuno salientar que, embora o StPO não tenha designado o instituto da mesma forma que o direito processual penal brasileiro – audiência de custódia –, o legislador alemão ressaltou que o ato será realizado na forma de “audiência oral” (“*mündliche Verhandlung*”) e determinou, no §118a do StPO, que “o Ministério Público, o acusado e o seu defensor serão comunicados do local e do horário da audiência oral”.

Finalidade da apresentação

A questão relativa aos fins que se atribui ao ato de apresentação não é pacífica na doutrina alemã. De modo geral, seguindo o disposto no § 115 III, 2 do StPO, entende-se que a apresentação visa oportunizar ao acusado em diálogo (depoimento) com o juiz enfraquecer ou invalidar as razões da suspeita e da prisão e tornar válidos os fatos que falam a seu favor⁹⁰. Ademais, o legislador alemão pretendeu, com esta regra, evitar de todas as formas que a supressão da liberdade tenha se dado mediante manifesto abuso de autoridade.

Volk refere que o juiz que presidir o ato deve, além de comunicar ao acusado a ordem de prisão, informar o acusado sobre o conteúdo da acusação e, principalmente, colher seu depoimento e, somente após isso, decidir se a prisão será mantida ou revogada.⁹¹ Em sentido semelhante ressaltava Peters, que “o depoimento não pode ser um mero processo formal. O acusado tem direito à prestação jurisdicional e à ampla defesa. Ele deve ser informado das circunstâncias que pairam sobre ele. Ao mesmo tempo deve lhe ser dada a oportunidade de se desonerar destas circunstâncias.”⁹²

Considerando tais fatores, vê-se que a apresentação (audiência de custódia) no processo penal alemão é realizada muito mais com o propósito de assegurar as garantias processuais.

⁸⁹ ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 244.

⁹⁰ Cfe. KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 272; igualmente OSTENDORF, Heribert. *Strafprozessrecht*. p. 147; também KLESCZEWSKI, Diethelm. *Strafprozessrecht*. p. 68; ademais, KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. p. 128-129.

⁹¹ VOLK, Klaus. *Strafprozessrecht*, p. 50; no mesmo sentido SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Strafprozessrecht*. p. 101.

⁹² PETERS, Karl. *Strafprozeß*. p. 403.

Direito a assistência por um defensor técnico

Conforme preceitua o § 118, 1 e 2 do StPO, deve ser assegurado à pessoa presa ou detida, o direito ao acompanhamento por um defensor na audiência oral. Tal dispositivo preceitua ainda que tanto o defensor quanto o acusado, assim como o Ministério Público serão comunicados do local e horário em que ocorrerá o ato. Sobretudo, porque, como adverte Volk, é na apresentação que o acusado será comunicado da ordem de prisão, notificado do direito de ser acompanhado por um parente ou pessoa de confiança, inclusive, se este renuncie a tal direito.⁹³

Prazo para apresentação

De forma peculiar, a Lei Fundamental Alemã não estabeleceu um prazo fixo em horas, mas sim, determinou que o preso fosse apresentado ao juiz, “o mais tardar no dia seguinte após a sua captura” (artigo 104, alíneas 2 e 3)⁹⁴. Além disso, o ordenamento processual penal alemão impôs a apresentação, em qualquer caso, da pessoa capturada, seja ela presa (prisão preventiva) ou detida (detenção provisória), à autoridade judiciária⁹⁵.

Assim, em unissonância com a determinação constitucional, o StPO dispôs, no § 115a, 1⁹⁶, que, se a *prisão* for determinada por ordem judicial (prisão preventiva) e a pessoa presa não puder ser levada sem demora [*unverzüglich*] ao tribunal competente (que emitiu a ordem de prisão), ela deve ser apresentada o mais tardar no dia seguinte à captura, ao juiz de primeira instância mais próximo. Em se tratando de *detenção*, dispôs o § 128 do StPO que a pessoa detida deve ser apresentada sem demora [*unverzüglich*], o mais tardar no dia seguinte à detenção, ao juiz de primeira instância (*Amtsgericht*) da região na qual a pessoa foi detida.⁹⁷ A

⁹³ VOLK, Klaus. *Strafprozessrecht*, p. 50.

⁹⁴ Assim dispõe o citado artigo da GG: art. 104 [...] “(2) Somente o juiz pode decidir sobre a admissibilidade e a duração de uma privação da liberdade. Em qualquer caso de privação da liberdade não baseada em ordem judicial, deve-se proferir imediatamente uma decisão judicial. Por iniciativa própria a polícia não pode manter ninguém sob sua custódia por período maior do que até o final do dia posterior à captura. (3) Toda pessoa detida provisoriamente sob suspeita da prática de uma conduta punível deve ser apresentada, o mais tardar no dia seguinte após ser detida, ao juiz, o qual deve comunicá-la das razões da detenção, ouvi-la e dar-lhe oportunidade de fazer objeções”.

⁹⁵ ROXIN, Claus. SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 244; expressamente também BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. p. 145; no mesmo sentido KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*, p. 159.

⁹⁶ Expressamente: § 115a, (1), do StPO dispõe que “Se o acusado não puder ser apresentado ao tribunal competente (*zuständigen Gericht*) o mais tardar no dia seguinte à sua captura, então ele deve ser apresentado sem demora, o mais tardar no dia seguinte à sua captura, ao julgador de primeira instância mais próximo (*Amtsgericht*)”.

⁹⁷ ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. p. 256. Ademais, KRAMER, Bernhard. *Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts. Ermittlung und Verfahren*. 7. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 2009, p. 64; BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. p. 145; no mesmo sentido KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*, p. 159.

doutrina alemã esclarece, no entanto, que a expressão “‘sem demora’ [*unverzüglich*] não deve ser equiparada a ‘imediatamente’ [*sofort*], senão significa somente sem atrasos injustificados”⁹⁸. Logo, a pessoa detida deve ser apresentada ao juiz competente o mais tardar no dia seguinte após a sua captura, sem atrasos injustificados, e sem possibilidade de ampliação deste prazo⁹⁹.

Segundo Kühne, a expressão “*unverzüglich*” – a qual, traduzida ao nosso vernáculo, significa “sem demora” – deve ser entendida no sentido de que a apresentação deve ser realizada “o mais tardar no dia seguinte após a captura”, porém, adverte que na região de Hessen, o prazo máximo é de 24 horas após a captura. De qualquer modo, ressalta o penalista alemão que o fundamento da celeridade radica na garantia da prestação jurisdicional em tempo razoavelmente aceitável.

Nesse sentido, argumentos fáticos somente podem servir como elementos de ponderação e, portanto, quanto a isso, o exemplo alemão fornece um importante aporte. Ao estabelecer “o mais tardar no dia seguinte após a sua captura”, no artigo 104, 2 e 3, a Lei Fundamental Alemã estabeleceu uma diretriz que não representa um parâmetro rígido de prazo, mas sim, um referencial máximo, sendo que o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Constitucional Federal alemães ressaltam ser “o prazo (máximo) correspondente ao decurso do dia seguinte à detenção para apresentação da pessoa detida ao juiz” (BGH 2 StR 418/89, de 17.11.1989; também BGH 5 StR 547/94, de 09.02.1995; mais recentemente BGH 5 StR 176/14, de 20.10.2014). Ademais, o Tribunal Constitucional Federal adverte que a apresentação deve ser efetuada sem demora, e “por ‘sem demora’ deve-se compreender que a decisão judicial deve

⁹⁸ KRAMER, Bernhard. *Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts*. p. 64. Quanto a isso, já decidiu o Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG) que: “Por ‘sem demora’ deve-se compreender que a decisão judicial deve ser proferida sem qualquer atraso que não possa ser justificado por razões práticas. São inevitáveis, por exemplo, os atrasos que estão condicionados pela distância do trajeto, dificuldades no transporte, registro necessário e lavratura, por uma conduta renitente do preso ou circunstâncias equivalentes” (BVerfG 2 BvR 2292/00, de 15.05.2002). O Supremo Tribunal Federal alemão (BGH), decidiu a respeito que: “O § 115 do StPO diz respeito ao caso de prisão com base em uma ordem de um funcionário público que não tem conhecimento do fato e não tem competência para a decisão. Ele deve apresentar o preso ‘sem demora’ ao juiz.” [...] “Somente o juiz é competente para decidir sobre a manutenção ou a revogação da ordem de prisão, e ele tem o prazo (máximo) de até um dia após a prisão para proferir esta decisão.” [...] “As disposições do § 127, al. 2 e § 128, 1 do StPO regulam em primeira linha o procedimento da autoridade incumbida do esclarecimento dos fatos”. [...] “De acordo com isso, o § 128, al. 1 do StPO concede ao Ministério Público e aos funcionários do serviço de Polícia o prazo (máximo) correspondente ao decurso do dia seguinte à detenção para apresentação da pessoa detida ao juiz” (BGH 2 StR 418/89, de 17.11.1989; no mesmo sentido, BGH 5 StR 547/94, de 09.02.1995; veja, ainda, mais recentemente BGH 5 StR 176/14, de 20.10.2014). Tal decisão, inclusive, apoia-se, em parte, na clássica doutrina de Eberhard Schmidt, o qual refere que “é, ao mesmo tempo, jurídica e psicologicamente importante que a pessoa presa obtenha o mais rapidamente possível a oportunidade de ser ouvida por um juiz, para expor tudo o que possa dizer contra os pressupostos da prisão e inclusive contra a acusação nela presente (‘forte suspeita’)” (SCHMIDT, Eberhard. *Deutsches Strafprozessrecht*. 1967, p. 121).

⁹⁹ KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 285.

ser proferida sem qualquer atraso que não possa ser justificado por razões práticas”. Inclusive, esclarece que “são inevitáveis, por exemplo, os atrasos que estão condicionados pela distância do trajeto, dificuldades no transporte, registro necessário e lavratura, por uma conduta renitente do preso ou circunstâncias equivalentes”¹⁰⁰. Trata-se, portanto, de um prazo obrigatoriamente inferior a 48 horas.

Não apresentação do acusado no prazo

Uma problemática suscitada pela doutrina alemã, diz respeito à não-apresentação da pessoa *presa* ou *detida* perante a autoridade judicial competente e seus efeitos. A ultrapassagem do prazo fixado pelo ordenamento alemão não está regulada legalmente e, por isso, entendem Meyer-Goßner, que a ultrapassagem do prazo não é nenhuma causa de soltura. Kühne, no entanto, considera incorreta a posição, pois isso degradaria a própria ideia de um prazo para a apresentação. Já Ostendorf entende que, no caso de a pessoa presa ou detida não ser apresentada à autoridade competente no prazo, dever-se-á encaminhá-la ao órgão jurisdicional de instância superior, nos termos do disposto no § 115a, 1 do StPO. A posição de Kühne parece ganhar maior receptividade, pois ressalta que os prazos estabelecidos nos §§ 115 e 115a, não diferem em nada da ideia de limites à eficácia justificante do mandado de prisão¹⁰¹.

Considerações finais

O modelo processual penal alemão, sem dúvida, fornece um importante aporte à compreensão sistemática do instituto da apresentação (audiência de custódia). De modo geral, questões mais complexas, tais como a autoridade competente, decorrente da orientação normativa supralegal, no caso da CEDH, foram especificadas já no plano constitucional e infraconstitucional, restringindo a autoridade competente à figura do juiz. Da mesma forma, a problemática relativa ao prazo, foi claramente resolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Porém, aspecto duvidoso diz respeito à finalidade que se atribui ao ato, a saber o encaminhamento da pessoa presa ou detida perante a autoridade judicial, a fim de se proceder ao depoimento do acusado. Uma vez que a *apresentação* foi instituída em diversos tratados internacionais (no âmbito europeu a CEDH, no âmbito global o PIDCP, e no

¹⁰⁰ Cfe. BVerfG 2 BvR 2292/00, decisão de 15.05.2002. Na doutrina, compare: KRAMER, Bernhard. *Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts*, p. 64.

¹⁰¹ KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. p. 273.

contexto latino-americano, a CADH) protetivos de direitos humanos, por certo que a preocupação com o asseguramento da incolumidade da pessoa presa ou detida deveria ser apontada como a principal finalidade a se estabelecer à apresentação.

REFERÊNCIAS

ABEGG, J. Fr. H. **Zur Lehre vom Beweise und dem Schwurgerichte**, *Der Gerichtssaal*, Jg. 2, Bd. 2, 1850, p. 61 e ss.

———, **Zur Lehre von der Nichtigkeit wegen Verletzung der Vorschriften des Verfahrens**, *Der Gerichtssaal*, Jg. 5, Bd. 1, 1853, p. 397 e ss.

ALFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). **Tribunal Penal Internacional – aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2005.

AMBOS, Kai. **Zum heutigen Verständnis von Akkusationsprinzip und-verfahren aus historischer Sicht**, *Jura*, H. 8, 2008, p. 591.

AMELUNG, Knut. **Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe**. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

———, **Zur dogmatischen Einordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe**, *JZ*, Nr. 15/16, 1987, p. 737 e s.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BAUER, Anton. **Lehrbuch des Strafprocesses**. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1835.

BEULKE, Werner. **Strafprozessrecht**. 12. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 2012.

FEUERBACH, Anselm Ritter von. **Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege**. Gießen: Verlag Heyer, 1821.

HASSEMER, Winfried. **Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft**, *StV* 1984, p. 38-40.

HEINZE, Karl Friedrich. **Das Recht der Untersuchungshaft**. Leipzig: Tauchniß, 1865.

KINDHÄUSER, Urs. **Strafprozessrecht**. 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2013.

KLESCZEWSKI, Diethelm. **Strafprozessrecht**. 2. Aufl., München: Vahlen, 2013.

KRAMER, Bernhard. **Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts**. Ermittlung und Verfahren. 7. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 2009.

KÜHNE, Hans-Heiner. **Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts**. 8. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 2010.

LILIENTHAL, K. von. **Zur Reform der Strafprozeßordnung**. Die Untersuchungshaft. *DJZ*, Nr. 10, 1909, p. 570 e ss.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Das deutsche Strafverfahren**. Abtheilung 1 u. 2, Heidelberg: Verlag Mohr, 1827.

OSTENDORF, Heribert. **Strafprozessrecht**. 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2012.

- PETERS, Karl. **Strafprozeß**. 3. Aufl., München: Duncker & Humblot, 1981.
- ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 28. Aufl., München: Beck, 2014.
- ROXIN, Claus. Sobre el desarrollo del derecho procesal penal alemán, Trad. de Esteban González Jiménez e Revisão de John Zuluaga, In: PEDROZA, Andrés F. Duque, **Perspectivas y retos del proceso penal**. 2015, p. 360-376.
- SCHMIDT, Eberhardt. *Deutsches Strafprozessrecht*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.
- , **Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege**. 3. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965.
- , **Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz**. Teil I. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1952.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian. **Eine funktionelle Analyse der strafprozessualen Zwangsmittel**. *JZ*, nº 22, ano 40., 1985.
- , **Strafprozessrecht**. 4. Aufl., München: C.H.Beck, 2007.
- , **Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V**. Stuttgart: Reclam, 2000.
- TITTMANN, Carl. **Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde**, 2ª. ed., Bd. 3, Halle: Hemmerde & Schwetschke, 1824.
- VOLK, Klaus. **Strafprozessrecht**. 2. Aufl., München: Verlag C.H.Beck, 2001.
- VORMBAUM, Thomas. **Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte**. 2. Aufl., Heidelberg: Springer, 2011.
- WOLFF, Max. **Die Untersuchungshaft**. *DJZ*, Nr. 7, 1906, p. 406 e ss.
- ZACHARIÄ, H. A. **Handbuch des deutschen Strafprocesses**. Bd. 1, Göttingen: Verlag der Dieterich'schen, 1861.
- , **Handbuch des deutschen Strafprocesses**. Bd. 2, Götti.