

TATIANA PUZAK

ALGUNS ASPECTOS REFERENTES À PRISÃO EM FLAGRANTE

CURITIBA
2004

TATIANA PUZAK

ALGUNS ASPECTOS REFERENTES À PRISÃO EM FLAGRANTE

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Nilton Bussi

CURITIBA
2004

TERMO DE APROVAÇÃO

TATIANA PUZAK

ALGUNS ASPECTOS REFERENTES À PRISÃO EM FLAGRANTE

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharela em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Nilton Bussi

Prof. Rolf Koerner Junior

Jamal Abi Faraj

Curitiba, 07 de outubro de 2004.

SUMÁRIO

RESUMO	iv
I. INTRODUÇÃO	01
II. A PRISÃO EM FLAGRANTE	02
1. O termo flagrante delito.....	02
2. A natureza jurídica da prisão em flagrante	03
3. Espécies de flagrante.....	08
4. Formalidades da prisão em flagrante.....	14
5. Sujeitos da prisão em flagrante.....	22
III. ASPECTOS COMPLEMENTARES REFERENTES À PRISÃO EM FLAGRANTE	23
1. Nos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais.....	23
2. Nos delitos de trânsito	24
3. Os crimes praticados na presença de autoridade ou contra esta no exercício de suas funções	25
4. Nos crimes de ação penal pública condicionada e de ação privada... ..	27
IV. A CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE E A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SOBRE O ACUSADO	28
V. DIREITOS E GARANTIAS DO PRESO EM FLAGRANTE	34
CONCLUSÃO	38
BIBLIOGRAFIA	39

RESUMO

O termo flagrante provém do latim *flagrans*, do verbo *flagrare*, e significa ardente, queimante, sendo 'flagrante delito', portanto, o delito que ainda está ardendo, crepitando, que está sendo ou acabou de ser cometido.

O artigo 302 do Código de Processo Penal estabelece as hipóteses de flagrante, sendo legítima a prisão daquele que é surpreendido nas situações elencadas no referido artigo, observadas as devidas formalidades estabelecidas na lei.

A prisão em flagrante é uma prisão de natureza cautelar e, nesta condição, somente pode ser mantida nos casos de extrema necessidade, quando efetivamente constatado o *periculum in mora*, nos moldes do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Prevista constitucionalmente como exceção à norma de que ninguém será preso sem ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 5.º, inc. LXI), a prisão em flagrante não viola o princípio da presunção de inocência, devendo o acusado, para tanto, ser tratado como inocente até que seja declarada sua eventual condenação por decisão judicial transitada em julgado.

Os direitos do preso em flagrante podem ser encontrados na Constituição Federal, base de todo o ordenamento jurídico, bem assim na própria Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84), lembrando-se, sobretudo, que o preso deve ser tratado com dignidade, independente da gravidade do crime de que está sendo acusado.

I - INTRODUÇÃO

A presente monografia procurará expor alguns aspectos relevantes sobre a prisão em flagrante, enquanto instituto processual penal de suma importância prática.

A liberdade é direito fundamental e, acima de tudo, conquista do sujeito moderno em face do Estado. A prisão, por isso mesmo, é medida odiosa, só podendo ser decretada em casos de extrema necessidade. Tanto mais em se tratando de prisão cautelar, modalidade em que se enquadra a prisão em flagrante, pois nessa situação ainda não há uma sentença penal condenatória transitada em julgado, e o indivíduo é presumido inocente e, como tal, deve ser tratado.

Percebe-se, pois, quão importante mostra-se o adequado emprego e manutenção da prisão em flagrante, exigindo, para tanto, um estudo acurado de tal instituto.

Desse modo, inicialmente far-se-á uma breve análise etimológica do termo flagrante, passando-se, na seqüência, a tratar da natureza jurídica da prisão em flagrante e as hipóteses de caracterização deste. Também serão abordadas no presente trabalho as formalidades da prisão em flagrante, bem assim alguns aspectos complementares, concernentes aos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais, aos delitos de trânsito, aos crimes praticados na presença de autoridade ou contra esta no exercício de suas funções, e também aos crimes de ação penal pública condicionada e de ação penal privada.

Será empreendida, por fim, uma ligeira reflexão sobre a constitucionalidade da prisão em flagrante, na qual se ressaltará a necessidade da incidência do princípio da presunção de inocência sobre o acusado, culminando com apontamentos sobre os direitos do preso em flagrante.

II – A PRISÃO EM FLAGRANTE

1. O termo flagrante delito:

A palavra flagrante vem do latim *flagrans*, *flagrantis* (do verbo *flagare*) e quer dizer ardente, queimante, que está crepitando. Basileu GARCIA, por sua vez, acrescenta que *flagrans*, ardente, provém do grego, *flegein*, queimar¹.

Assim, flagrante delito significa o delito ainda queimante, ardente, “a certeza visual do crime’, na expressão consagrada e antiga de Raphael Magalhães”.²

A expressão ‘flagrante delito’, portanto, refere-se ao delito que está sendo perpetrado, que está sendo cometido, que ainda está ardendo, está em chamas.

“É, essencialmente, o delito que se vê praticar e que assim suscita, no próprio instante, a necessidade de conservar ou restabelecer a ordem jurídica ameaçada de violação ou violada pelo acontecimento”.³

CARNELUTTI, a respeito, afirma que:

O flagrante não é um modo de ser do delito em si, mas do delito em face de alguma pessoa e, por isso mesmo, qualidade absolutamente relativa. Verifica-se, de modo fácil, que o flagrante coincide com a possibilidade para uma pessoa de comprovar o crime mediante a prova direta. Flagrante é o delito enquanto constitui prova de si mesmo e não a qualidade do “delito cometido atualmente”. De outra forma, todo delito seria flagrante, uma vez que qualquer infração penal tem a sua atualidade. Mas o flagrante não é atualidade e, sim, visibilidade do delito.⁴

¹ GARCIA, B. *Comentários ao Código de Processo Penal*, p. 87.

² *Apud* CASTELO BRANCO, T. *Da Prisão em Flagrante*, p. 16.

³ GARCIA, B. *Obra citada*, p. 87.

⁴ *Apud* MARQUES, J. F. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, p. 75.

“É a situação, prevista na lei, de imediatidade em relação à prática da infração penal que autoriza a prisão, independentemente de determinação judicial”.⁵

Mas na opinião de CASTELO BRANCO, Nogent-Saint-Laurents foi quem melhor conceituou o flagrante delito, o qual “implica a plena posse da evidência, a evidência absoluta, quanto ao fato que acaba de cometer-se, que acaba de ser provado, que foi visto e ouvido e, em presença do qual, seria absurdo ou impossível negá-lo”.⁶

2. A natureza jurídica da prisão em flagrante:

As medidas cautelares são instrumentos por meio dos quais há uma antecipação dos efeitos de um provável provimento definitivo, com o objetivo de garantir o resultado da tutela jurisdicional.

No processo penal, as providências cautelares geralmente atingem a própria liberdade do acusado, razão pela qual em matéria criminal “não há um ‘poder geral de cautela’, através do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador, como sucede no âmbito da jurisdição civil”.⁷

A prisão cautelar, medida grave, porém freqüente no processo penal, visa a garantir a imediata tutela de um bem jurídico, a fim de evitar as conseqüências do *periculum in mora*, e ocorre nos casos em que se pretende garantir a execução ulterior da pena. Antônio Magalhães GOMES FILHO ressalta, ainda, que a prisão cautelar, além de “assegurar a presença do acusado ou a futura execução da pena, atende também a fins reconhecidamente extraprocessuais, como a imediata reação ao delito, prevenção de novos crimes que possam vir a ser praticados pelo réu, relacionados ou não com a primeira infração, sendo até

⁵ GRECO FILHO, V. *Manual de Processo Penal*, p. 266.

⁶ Obra citada, p. 16-17.

⁷ GOMES FILHO, A. M. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 57.

apresentada por Sabatini⁸ como ‘uma contribuição pessoal do acusado à atuação da justiça’.⁹ Assenta-se num juízo de probabilidade: se houver probabilidade de condenação, a providência cautelar é decretada a fim de que não se frustem a sua execução e seu cumprimento.

A prisão cautelar antecede a prisão penal e não pode ser considerada como pena. Estas duas modalidades de prisão são, portanto, distintas e não se confundem. Porém, para determinadas situações, o legislador atribuiu à prisão cautelar efeitos próprios da prisão penal, conforme se infere do disposto no artigo 42 do Código Penal¹⁰, e no parágrafo único do artigo 2.º da Lei de Execuções Penais¹¹. Cumpre frisar, ainda, que esses pontos de semelhança não afastam a necessidade de a prisão cautelar ser tratada de acordo com o regime jurídico que lhe é próprio.

A prisão em flagrante é, sem dúvida, para a maioria dos juristas, uma modalidade de prisão cautelar. A divergência, entretanto, para os que adotam essa posição, surge quanto à sua natureza, pois para alguns doutrinadores a prisão em flagrante é um exemplo de prisão penal cautelar *administrativa*¹², enquanto que para outros ela possui natureza *processual*.¹³

Em que pese tal consideração, há concordância de que a prisão em flagrante, inicialmente, não passa de simples ato administrativo efetivado pela polícia judiciária, passando, somente depois, a ter natureza processual. Tanto é ato administrativo que a prisão em flagrante dispensa ordem escrita do juiz, além do que *qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito* (art. 301, CPP). Contudo, depois

⁸ SABATINI, Giuseppe. *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, UTET, 1953, p. 432.

⁹ Obra citada, p. 59.

¹⁰ “Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”.

¹¹ “Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”.

¹² CASTELO BRANCO, T. Obra citada, p. 13.

¹³ Os quais constituem a maioria, sendo que, por todos, pode-se citar o ilustre doutrinador TOURINHO FILHO, F. da C. *Processo Penal*, vol. 3, p. 425.

de realizada a prisão e de lavrado o respectivo auto, a prisão em flagrante tornar-se-á uma medida cautelar de natureza processual¹⁴.

Assim como toda medida cautelar, a prisão em flagrante está sujeita a dois pressupostos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Alguns autores, como Aury LOPES JUNIOR, sustentam, todavia, que é uma impropriedade jurídica no âmbito do processo penal tratar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* como requisitos/pressupostos da prisão cautelar. No processo penal não há uma ‘fumaça do bom direito’, pois o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, razão pela qual seria correto falar em *fumus commissi delicti*, ou seja, a probabilidade da ocorrência de um delito e não de um direito. Quanto ao *periculum in mora*, explica o ilustre professor, o perigo não é decorrente do tempo, mas da liberdade do acusado; logo, o que existe é um *periculum libertatis*, sendo este considerado não como requisito da prisão cautelar, mas sim como seu fundamento¹⁵.

O *fumus boni iuris* (ou *fumus commissi delicti*) se concretiza no processo penal pela verificação da presença de elementos indicadores de existência do crime e da autoria - esta em alguns casos presumida (incs. III e IV do art. 302 do CPP). Em relação a este requisito não há dificuldade em justificar a cautelaridade da prisão em flagrante, pois como bem expôs Hélio TORNAGHI, “a flagrância é talvez a mais eloqüente prova da autoria de um crime”¹⁶. O fato de o agente ter sido surpreendido em uma das situações do art. 302 do CPP serve para evidenciar a existência de crime, do qual ele é o provável autor. Havendo, entretanto, prova de

¹⁴ Segundo TOURINHO FILHO, F. da C., obra citada, p. 425: “Pouco importa a qualidade do sujeito que efetive a prisão. É sempre um ato de natureza administrativa. Se for o particular, ainda assim continua sendo um ato administrativo, e o cidadão estará exercendo um direito público subjetivo de natureza política (...) mesmo que a prisão – o ato inicial da prisão em flagrante, ou seja, a prisão-captura – se efetive pelo juiz, tal ato não perde o colorido de administrativo, pois o Magistrado estaria, então, exercendo uma função administrativa e não jurisdicional. Se a prisão-captura é um ato emanado do poder de polícia do Estado, manifesto é o seu caráter administrativo. Entretanto, depois de efetivada a prisão e de lavrado o respectivo auto, a prisão em flagrante pode converter-se e se convolar numa verdadeira medida cautelar”.

¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury et al. *Garantias Constitucionais e Processo Penal*, p. 56-57.

¹⁶ ‘in’ *Curso de Processo Penal*, vol. 2, p. 49.

que o agente praticou o crime com alguma excludente de ilicitude, desaparece a “fumaça do bom direito”; e, neste caso, o juiz tem o poder-dever de conceder ao indiciado liberdade provisória, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal.

Quanto ao *periculum in mora* ou *periculum libertatis*, sua verificação restringe-se, basicamente, ao disposto no parágrafo único do art. 310 do CPP, o qual faz alusão às hipóteses que autorizam a prisão preventiva, isto é, garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e asseguramento da aplicação da lei penal.

Faz-se mister ressaltar que o texto normativo acima citado foi introduzido pela Lei n.º 6.416/77, trazendo significativas mudanças no que tange à manutenção da prisão para o agente preso em flagrante, ao estabelecer que a prisão em flagrante somente poderá permanecer se ficar constatada a existência dos requisitos do artigo 312¹⁷.

Ada Pellegrini GRINOVER, a propósito, leciona que:

É com relação à prisão preventiva em flagrante delito que a Lei n.º 6.416/77 introduz relevantes alterações, atenta à orientação de que só se deve haver prisão cautelar quando estritamente necessária. É o princípio da necessidade, ao qual alude Tornaghi, que deve marcar o ponto de equilíbrio entre o direito à liberdade do réu e o interesse social a que a justiça seja feita... “Mas agora, acrescentado um parágrafo único ao dispositivo, a Lei n.º 6.416/77 amplia a possibilidade de liberdade provisória, para abranger, na mesma sistemática, as hipóteses para as quais a prisão preventiva não é autorizada (arts. 311 e 312 do CPP); com a redação determinada pela Lei n.º 5.349/67. Ou seja, haverá possibilidade de liberdade provisória, também no flagrante, sem necessidade de fiança quando: a) não houver prova da existência do crime (do fato criminoso em sua materialidade) e indícios de autoria; b) não houver necessidade da prisão em flagrante para garantir a ordem pública e a instrução criminal, ou assegurar a aplicação da lei penal. Como se vê, sob a letra a o legislador explicita os casos que podem caracterizar o *fumus boni iuris*, para efeito da prisão preventiva e manutenção do flagrante; sob a letra b, configura expressamente aquilo que pode representar o *periculum in mora*.¹⁸

¹⁷ “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

¹⁸ *A Nova Lei Penal, A Nova Lei Processual Penal*, p. 133-136.

Diante disso, infere-se que, após a reforma da Lei n.º 6.416/77, a manutenção da prisão em flagrante passou a depender do efetivo *periculum in mora*, ou seja, a prisão em flagrante somente subsistirá mediante extrema necessidade, consagrando a sua condição de verdadeira medida cautelar. Em se verificando a inexistência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, nos termos do artigo 310, *caput* e parágrafo único, e após ouvido o Ministério Público, o juiz concederá liberdade provisória ao agente preso em flagrante, o que, em contrário, sua prisão poderá ser considerada ilegal e arbitrária.

Nessa toada, conclui TOURINHO FILHO que:

Aliás, se a doutrina considerava a prisão em flagrante como medida cautelar, antes da Lei n.º 6.416, de 24.5.1977, com muito mais razão deverá considerá-la agora, em face do parágrafo único do art. 310 do CPP, pondo em realce o requisito necessidade. Assim, efetivada a prisão em flagrante, só se justifica a permanência do indiciado no cárcere para assegurar o resultado final do processo, para garantir o desenrolar normal do processo, ou, então, para tutelar a ordem pública, evitando prováveis danos que o indiciado, solto, possa causar à ordem pública.¹⁹

Entretanto, há quem defenda que a prisão em flagrante não possui natureza cautelar, na medida em que não visa a garantir o resultado final do processo, servindo apenas para “colocar o detido a disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar”.²⁰

Para Aury LOPES JUNIOR, por exemplo, a prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar pessoal, de curta duração, precária – eis que pode ser realizada por particulares e autoridades policiais -, cujo fim é preparar, instrumentalizar uma eventual e futura medida cautelar. Para este mesmo autor, não se pode aceitar que haja uma “conversão automática” da prisão em flagrante para a prisão preventiva, sendo imprescindível a existência de decisão fundamentada, sob pena de ilegalidade da prisão²¹.

¹⁹ Obra citada, p. 426.

²⁰ Obra citada, p. 51.

²¹ Obra citada, p. 52.

Luiz Antonio CÂMARA, outrossim, afirma que a prisão em flagrante é uma medida de “subcautela” ou de “cautela menor”, sendo necessário para o prolongamento do *carcer ad custodiam* a decretação da prisão preventiva. Quando o juiz, verificando a existência dos requisitos legais, decide manter o encarceramento do preso em flagrante, está “decretando a prisão preventiva, única espécie de prisão cautelar conhecida pelo direito pátrio e cujos princípios devem informar todas as outras”.²²

Em que pesem esses dois últimos entendimentos parecerem caracterizar mais adequadamente a natureza da prisão em flagrante, fato é que, como exposto anteriormente, a doutrina predominante e mais tradicional ainda a considera como uma modalidade de prisão cautelar, pelo que assim será tratada no decorrer do presente estudo.

3. Espécies de flagrante:

De acordo com o artigo 302 do Código de Processo Penal, *considera-se em flagrante delito quem está cometendo a infração penal (I); acaba de cometê-la (II); é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração (III); é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (IV).*

A doutrina dividiu o flagrante em modalidades ou espécies, de acordo com as hipóteses elencadas pelo artigo supracitado, não possuindo, entretanto, posição unânime a respeito.

A doutrina majoritária considera como flagrante próprio ou real as hipóteses descritas nos incisos I e II do artigo 302 do CPP, como flagrante impróprio

²² *Prisão e Liberdade Provisória – Lineamentos e princípios do processo penal cautelar*, p. 153.

ou quase-flagrante o caso do inciso III e como flagrante presumido a hipótese trazida pelo inciso IV.

Flagrante em sentido próprio (ou real) é aquele que ocorre quando o agente é surpreendido praticando a infração penal, ou seja, surpreendido no momento da prática da infração, ou, então, quando acaba de cometê-la. Nestes casos é evidente a existência de flagrância, pois o agente ainda está cometendo a infração penal ou acabou de cometê-la e, nesta situação, é surpreendido e detido; “há uma imediatidade visual da prática da infração”.²³

TOURINHO FILHO ressalta, a propósito, que na hipótese do inciso I, há verdadeira flagrância, pois o agente é apanhado praticando o crime. Na segunda hipótese (inciso II), o legislador, ao dizer “acaba de cometê-la”, quis se referir a uma relação de imediatidade.²⁴

Faz-se mister ressaltar que embora os incisos I e II sejam tratados como flagrante próprio ou real, em relação à hipótese do inciso II, ou seja, de quem acabou de cometer o crime, há apenas uma presunção de autoria²⁵.

Em relação à hipótese do inciso III, a lei assim a considera flagrante, mas, na verdade, não se trata de flagrante propriamente dito, pois o agente não foi surpreendido praticando a infração penal e nem acabou de cometê-la, mas foi perseguido, logo após, em situação que fez presumir ser ele o autor do delito. Não é flagrância, mas sim uma situação quase semelhante à do flagrante propriamente dito, justificando-se assim a expressão “quase-flagrante” ou “flagrante impróprio”.

“O flagrante impróprio equipara-se ao flagrante próprio para o efeito da prisão, mas distingue-se dele porque, enquanto este diz respeito ao próprio

²³ GRECO FILHO, V. *Obra citada*, p. 267.

²⁴ *Obra citada*, p. 436-437.

²⁵ Segundo MIRABETE, J. F., *Código de Processo Penal interpretado*, p. 352: “As situações de quem é surpreendido no ato de execução do crime e de quem já consumou o delito e é encontrado ainda no lugar do delito ou nas suas proximidades são diversas, pois nesta última há apenas uma presunção, embora veemente, de que é o preso o autor do crime”.

cometimento do crime, na sua evidência e atualidade, aquele se refere ao tempo e ao lugar próximos da infração”.²⁶

Para que a prisão em flagrante ocorra de acordo com a lei, na hipótese do inciso III do art. 302 do CPP, é necessário que a perseguição ao agente comece logo após o fato delituoso e seja de modo contínuo, sem interrupção. Aqui se abre um parêntese para dizer que no Direito brasileiro anterior (colonial, imperial e republicano), além de o agente ser perseguido, era necessário que houvesse o “clamor público”, ou seja, que o criminoso “fosse mostrado e designado pelos gritos do povo que, em alta voz, o indicasse como autor ou cúmplice”²⁷.

A lei não estabeleceu um tempo exato para a perseguição, preferindo apenas utilizar a expressão “logo após”, que, segundo a doutrina, traz dificuldades de ordem prática na sua aplicação. Há quem sustente que a prisão do autor deve ocorrer no máximo até vinte e quatro horas após o crime, o que, na verdade, não possui nenhum respaldo legal. Conclui, então, MIRABETE, que:

O ‘logo após’ do dispositivo é o tempo que corre entre a prática do delito e a colheita de informações a respeito da identificação do autor, que passa a ser imediatamente perseguido após essa rápida investigação realizada por policiais ou particulares... Iniciada a perseguição logo após o crime, sendo ela incessante nos termos legais (art. 290, § 1.º), não importa o tempo decorrido entre o momento do crime e a prisão do seu autor. Tem se admitido pacificamente que esse tempo pode ser de várias horas, ou mesmo dias. Não encontra fundamento algum a crença popular de que é de 24 horas o prazo máximo legal, entre a hora do crime e a prisão em flagrante, para permitir a captura do autor do crime. Não tendo havido perseguição após o ilícito, não é legal a prisão em flagrante depois de vários dias, no dia seguinte ou mesmo algumas horas após o crime.²⁸

TOURINHO FILHO, inclusive, diz que, se a perseguição se der “quatro ou cinco horas após a infração, já não se pode dizer tenha sido feita logo

²⁶ MIRABETE, J. F. Obra citada, p. 352.

²⁷ Segundo TOURINHO FILHO, F. da C., obra citada, p. 435: “Hoje, entretanto, é indiferente haja ou não *clamor público* para a caracterização do estado de flagrância. Com ele ou sem ele, havendo a perseguição, logo após a infração, nos termos cuidados pelo inc. III do art. 302 do CPP, haverá flagrância. Flagrância imprópria, mas flagrância. A lei, contudo, não expungiu do seu texto a expressão *clamor público*. Assim é que o inc. V do art. 323 do estatuto processual penal, com a redação dada pela Lei n.º 6.416/77, diz que não será concedida fiança ‘nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça’. A expressão, aí, tem, entretanto, sentido diverso”.

²⁸ Obra citada, p. 740-741.

após a infração, e, assim, não há cuidar-se do flagrante. Mas, se a perseguição iniciar-se imediatamente após a infração, pouco importa que a prisão se realize dentro de cinco ou vinte horas”.²⁹ Observe-se que para este autor, não é a prisão que deve ser imediata, mas a perseguição, devendo esta, entretanto, ser ordenada, em situação que se presume que aquele que está sendo perseguido seja o autor do crime.

Por fim, quanto ao flagrante presumido (inc. IV do art. 302 do CPP - *é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos, ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração*), o ato de flagrante já não mais existe, mas a autuação do agente é válida por uma presunção de autoria. Neste tipo de flagrante não é necessário que haja perseguição ao agente, ao contrário do flagrante impróprio ou quase-flagrante (inciso III); basta que o sujeito seja encontrado ‘logo depois’ do delito com instrumentos, armas, objetos ou papéis capazes de fazer presumir sua autoria ou participação no crime.

Assim como a expressão ‘logo após’ trazida pelo inciso III, o ‘logo depois’ do inciso IV também é ponto de discussões na doutrina e na jurisprudência.

Tais expressões são um tanto vagas, e, por isto, pode-se interpretar com “maior flexibilidade o elemento cronológico”. A intenção do legislador foi estabelecer entre a prática da infração e a perseguição, ou entre a prática da infração e o fato do agente ser encontrado com instrumentos, armas ou papéis, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração, uma relação de imediatidade, mas não absoluta, pois neste caso a hipótese seria a do inc. II.³⁰

Em relação, portanto, às expressões ‘logo após’ e ‘logo depois’, conclui-se que não existem conceitos próprios que as definam, devendo ser interpretadas de acordo com o caso concreto. Competiu, pois, à jurisprudência esclarecer se certos casos se enquadravam nos chamados flagrantes impróprios e presumidos. Nessa linha, os seguintes julgados:

²⁹ Obra citada, p. 435-436.

³⁰ TOURINHO FILHO, F. da C. Obra citada, p. 435.

“Pretendida declaração de nulidade ou anulação do flagrante, sob alegação de inocorrência do estado de flagrância e ausência de perseguição iniciada no local do evento. Flagrante revestido das formalidades legais. As expressões ‘logo após’ e ‘logo depois’ empregados nos incisos III e IV do art. 302 do CPP devem ser entendidas segundo as peculiaridades de cada caso, o que exige flexibilidade de interpretação” (RT 724/710).

“O fato de a prisão haver ocorrido cerca de sete horas depois da subtração da coisa não torna ilegal a prisão em flagrante, porque esse período de tempo pode ser considerado como alcançado pela expressão ‘logo depois’, mencionada no art. 302, IV do CPP” (RT 715/462).

“Embora as expressões ‘logo após’ e ‘logo depois’ empregadas na lei processual penal (art. 302 do CPP) admitam certo elastério temporal, e a última também espacial e modal, a não ser interpretado com demasiada rigidez, é bem de ver que a lavratura de flagrante contra o paciente, dois dias depois de ter sido praticado o crime, não se insere nas hipóteses previstas no Código de Processo Penal” (RJDTACRIM 12/184).

“... Prisão em flagrante – Flagrante presumido. A lei não estabelece limite temporal e nem dá o entendimento das expressões ‘logo depois’, nos casos de quase flagrância. Se, de um lado, não devem ser interpretadas com extremos e demasias, de outro lado deve ser considerado o interesse na repressão dos crimes. Sempre se entendeu, todavia, que havia maior margem de discricionariedade na apreciação do elemento cronológico, quando alguém é encontrado com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração” (RJTACRIM 41/355).

“A expressão ‘logo depois’, constante do art. 302, IV do CPP, apresenta elastério perfeitamente compreensível quando ocorra o problema do repouso noturno, que dilata, evidentemente, o prazo legal” (RT 544/384).

TORNAGHI, adotando uma posição um pouco diversa da maioria dos autores, sustenta que o verdadeiro flagrante é a hipótese do inciso I, sendo consideradas as demais hipóteses (incisos II, III e IV) como “quase-flagrante”:

A hipótese do inciso I é a única de verdadeiro flagrante. As outras três são algo análogo ao flagrante, quase-flagrante, isto é, como que flagrante. A lei sabe que na realidade não há flagrante, mas as trata como se flagrante houvesse. Em outras palavras, ela finge que há flagrante. Os casos dos incisos II, III e IV se assemelham num ponto, aliás negativo: em todos eles o crime já foi cometido. A consagração da quase-flagrância em lei, advém, portanto, não de sua perfeita identidade com a flagrância, mas do fato de que ela se aproxima: não torna certa a autoria, mas a faz provável; e tal como na flagrância verdadeira, também na quase-flagrância é grande a indignação dos circunstantes, o escândalo, o desassossego. E, por outro lado, a necessidade de colher de imediato os elementos da prova, os vestígios materiais deixados pelo fato ainda recente, antes que eles desapareçam, que se extingam, e a possibilidade de obter a versão do indiciado, de fazer os reconhecimentos, tudo isso leva a considerar o flagrante o que na verdade é parecido com o flagrante, quase-flagrante, e a permitir a prisão daquele contra o qual há indícios de autoria. O quase-flagrante é menos convincente do que o flagrante verdadeiro, tem menor eficácia probatória. Não que

a lei haja estabelecido previamente uma escala de valores, pois isso seria próprio do sistema de provas legais e não se compadeceria com o da livre convicção.³¹

Por fim, cumpre ressaltar que há uma outra espécie de flagrante, não enquadrado dentro das hipóteses previstas pelo artigo 302 do Código de Processo Penal, mas que, no entanto, possui grande importância prática para saber se a prisão em flagrante é legítima, ou não. Trata-se do flagrante preparado, que, certamente, não é flagrante verdadeiro. Nesta modalidade não há crime, pois a consumação é obstada. A respeito, o E. Supremo Tribunal Federal consagrou o seguinte: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação” (Súmula 145). Com base nesta Súmula, não pode ser autuado em flagrante o agente de crime provocado, ou seja, não pode ser preso em flagrante o agente que foi induzido pela falsa vítima, pela polícia ou por terceiro à prática da infração penal.

Ressalte-se, contudo, que o flagrante preparado não se confunde com o chamado flagrante esperado. Neste, a polícia é avisada (ou, por meio de investigações, já sabe que tal infração está para acontecer) e procura assim evitar que o crime seja consumado, prendendo o agente no momento exato do cometimento³².

Também não se deve confundir o flagrante preparado com o flagrante forjado, assim denominado pela doutrina. Neste tipo de flagrante é criada uma situação para configurar um crime que na verdade não foi cometido, justamente com o intuito de incriminar aquele que é inocente. Como disse TOURINHO FILHO, “infelizmente já se tornou lugar-comum o procedimento de certos policiais que colocam substância entorpecente no bolso do cidadão, ou em seu veículo... e dão voz de prisão ao infeliz”.³³

³¹ Obra citada, p. 52.

³² “Se há intervenção policial, ainda que prévia ao início de execução, mas a consumação é em tese possível, o flagrante é meramente esperado, de modo que a interrupção da atividade criminosa é válida, e válido o flagrante” (GRECO FILHO, V., obra citada, p. 269).

³³ Obra citada, p. 463.

Com a Lei n.º 9.034/95 (Lei do Crime Organizado), surgiu outra espécie de flagrante: o flagrante protelado. O agente policial presencia alguém em estado de flagrância, mas não lhe dá a ordem de prisão, preferindo manter os responsáveis “sob observação à espera de uma oportunidade ‘mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações’”.³⁴

4. Formalidades da prisão em flagrante:

Realizada a prisão em flagrante, o preso, ou melhor, o conduzido, será levado pelo condutor à presença da autoridade competente³⁵, que, geralmente, é o Delegado de Polícia, a fim de que seja procedida a sua autuação³⁶ em flagrante delito. Entretanto, não raramente, o Delegado de Polícia deixa de presidir o auto de prisão em flagrante, ficando tal procedimento a cargo do escrivão. A doutrina e a jurisprudência³⁷ têm entendido que como a polícia não exerce ato de jurisdição, não há razão para suscitar a incompetência *ratione loci*, no caso do auto ser lavrado por autoridade diversa da mencionada em lei, ainda mais quando se trata da autoridade do local do crime.

Não raras vezes, a infração é praticada em um lugar e o autor é preso em outro, sendo que em tais situações a autoridade competente para a lavratura do flagrante será aquela do lugar onde se efetivou a prisão, de acordo com

³⁴ TOURINHO FILHO, F. da C. Obra citada, p. 463.

³⁵ “É preciso tenha a autoridade atribuições para presidir à lavratura do respectivo auto... O § 4.º do art. 144 da Lei Maior, após dizer competir à polícia civil exercer as funções de polícia judiciária (CPP, art. 13) e apurar as infrações penais, ressalva a competência da União já fixada nos §§ 1.º e 2.º do art. 144, e as infrações militares. Dizendo o art. 144, § 1.º, I da Constituição Federal que a polícia federal destina-se a apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, queremos parecer que a polícia civil, ou local, não pode presidir à lavratura de auto de prisão em flagrante em crime de alçada federal, a não ser nos casos de tráfico internacional. É possível, até, que o auto seja aproveitado, como peça informativa. Todavia, em face da incompetência da polícia civil, o auto, como peça coercitiva, não tem valor, posto que levado a cabo por autoridade incompetente” (TOURINHO FILHO, F. da C., obra citada, p. 443-444).

³⁶ Segundo TORNAGHI, H., obra citada, p. 62: “Em linguagem vulgar é costume falar em autuação do preso: ‘fulano foi autuado em flagrante’. Na verdade o que se autua, isto é, o que se reduz a auto, o que se documenta por escrito são os atos ocorridos durante a apresentação do indiciado autor do crime (conduzido) à autoridade”.

³⁷ STJ: “Prisão em flagrante – Lavratura do auto em local diverso da ocorrência do delito – Nulidade inexistente, pois as autoridades policiais não estão submetidas à competência jurisdicional *ratione loci*. (...) O fato do auto de prisão em flagrante ser lavrado em local diverso da ocorrência não torna nulo e isto em razão de não estarem as autoridades policiais submetidas à competência jurisdicional *ratione loci*” (RT 783/593).

as regras contidas no artigo 290 e parágrafos. Há também situações em que não há autoridade no local em que se efetuou a prisão, pelo que cumprirá ao condutor apresentar o preso conduzido à autoridade do lugar mais próximo, como determina o artigo 308 do Código de Processo Penal.

Apresentado o preso à autoridade competente, esta ouvirá o condutor (que não necessariamente tenha presenciado o fato delituoso) e as testemunhas da infração, bem assim o próprio conduzido³⁸, interrogando-o sobre a imputação que lhe é feita. A autoridade que presidir o auto de prisão em flagrante “deve compreender que o interrogatório não é peça de acusação, nem meio de prova; é um direito que a lei assegura ao indiciado para manifestar-se sobre a acusação que lhe é feita. Se em flagrante delito sua manifestação deve ser conduzida a respeito da acusação que lhe é feita pelo condutor e pelas testemunhas, o interrogatório existe para o interesse da própria defesa”.³⁹

Após a ouvida do condutor sobre o motivo da prisão ou encaminhamento do conduzido à presença da autoridade, as testemunhas serão, na seqüência, cada uma por sua vez, qualificadas e inquiridas. Depois da ouvida das testemunhas, passa-se então à qualificação e interrogatório do acusado, o qual se fará de acordo com as regras contidas no artigo 186 e seguintes do CPP, que lhe forem aplicáveis.

No caso de ausência de testemunhas da infração, recomenda o Código de Processo Penal, em seu artigo 304, § 2.º, que, além do condutor, deverá constar a presença de duas pessoas que *hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade*, as quais, comumente, são os policiais que estão de plantão no dia da prisão.

³⁸ Segundo MIRABETE, J. F., obra citada, p. 764: “Não se torna nulo o auto se o acusado não foi interrogado por estar embriagado, ferido ou impossibilitado por qualquer razão de se manifestar, e o ato poderá realizar-se, quando possível, durante o inquérito policial. Permite-se, inclusive, que seja paralisada a lavratura do auto para, diante de diligências, se incluir mais um indiciado, co-autor ou partícipe da captura do preso em situação de flagrância após o início da lavratura”.

³⁹ GUIMARÃES, R. T. *Prática Processual Penal: da prisão em flagrante à decisão recursal*, p. 17.

O auto, então, deverá ser assinado por todos, inclusive pela autoridade que o presidiu e pelo escrivão que o lavrou (ou, na falta ou impedimento deste, pela pessoa indicada pela autoridade - CPP, art. 305, devendo tal pessoa prestar o compromisso legal, sob pena de nulidade). Se porventura o conduzido não souber, não quiser ou não puder assinar o auto, de acordo com o § 3.º do artigo 304 do Diploma Processual Penal deverá o auto ser assinado por duas testemunhas (chamadas instrumentárias) que lhe tenham ouvido a leitura, na presença do acusado, do condutor e das testemunhas que depuseram. Observe-se que, conforme exposto acima, o interrogatório do acusado se dará conforme as regras do artigo 186 e seguintes do CPP, mas caso o acusado não saiba, não possa ou não queira assinar, não será isso consignado, como ocorre na hipótese prevista no parágrafo único do art. 195, exigindo-se, no caso de prisão em flagrante, apenas a assinatura de duas pessoas que tenham ouvido a leitura do respectivo auto, na presença do acusado.

Há quem entenda que o condutor funciona como verdadeira testemunha, e, portanto, bastará uma testemunha além dele⁴⁰. Entretanto, para alguns doutrinadores, a prisão em flagrante, como toda prisão cautelar de natureza processual, constitui uma exceção, e, por isso, não se pode interpretar com liberalidade o texto legal que versa sobre as formalidades. Desse modo, se o artigo 304 do CPP ordena a ouvida do condutor e das testemunhas, ao ouvir, a autoridade competente, somente o condutor e uma testemunha, estar-se-á violando uma formalidade que a própria lei impôs; as testemunhas que a lei exige, deverão ser pessoas diversas do condutor. Mas a jurisprudência tem entendido que o condutor pode sim ser considerado testemunha, a fim de integrar o mínimo legal exigido (duas), ainda mais quando possui informações destinadas a estabelecer a participação do conduzido na ocorrência.⁴¹

Quanto ao instante em que deve ser lavrado o auto de prisão em flagrante, não existe dispositivo expresso, e por isso mesmo há grandes discussões

⁴⁰ Conforme GARCIA, B., obra citada, p. 113: "O condutor não deixa de ser uma testemunha... A distinção, por vezes arbitrária, entre condutor e testemunhas, já constava do art. 132 do Cód. de Proc. Criminal de 1832".

a respeito. O lapso de tempo entre a prisão e a lavratura do respectivo auto é requisito de validade da autuação em flagrante. A rigor, o auto deveria ser lavrado no mesmo instante em que o conduzido é apresentado à autoridade policial. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência têm admitido que o respectivo auto de prisão em flagrante seja lavrado dentro de vinte e quatro horas após a prisão, que é o prazo máximo para a entrega da nota de culpa. Destarte, segundo uma visão mais ampla da doutrina, o auto de prisão em flagrante pode ser lavrado até vinte e quatro horas após a apresentação do preso, inclusive no dia seguinte, desde que não ultrapasse esse prazo, sem prejuízo das formalidades estipuladas pela lei.

TOURINHO FILHO, bem assim outros dignos doutrinadores, entretanto, sustentam que, pela redação do art. 304 do CPP, subentende-se que o auto deve ser lavrado imediatamente após a apresentação do conduzido à autoridade competente, pois não teria sentido que o condutor, acompanhado do conduzido e das testemunhas, apresentasse-se à autoridade e esta os dispensasse para, no dia seguinte, lavrar o flagrante⁴².

Outrossim, TORNAGHI conclui que “o fato de a lei não dar prazo à autoridade para a autuação significa seu desejo (da lei) de que o preceito seja cumprido imediatamente, isto é, logo que possível, tão pronto quanto seja possível (*ad impossibilia nemo tenetur*). Cabe ao juiz ao qual é comunicada a prisão verificar se a autoridade foi diligente ou negligente, levando em conta as circunstâncias do caso concreto”.⁴³

A necessidade de ser lavrado, ou não, o auto de prisão em flagrante em determinados casos, também é ponto de divergências doutrinárias. Há quem sustente que o auto deve ser lavrado sempre que alguém tenha sido conduzido preso em flagrante delito, mesmo que posteriormente a autoridade se convença de que a prisão é arbitrária, deixando, neste caso, de recolher o conduzido, nos termos do § 1.º do artigo 304 do Código de Processo Penal, pois o auto é instrumento hábil

⁴¹ MIRABETE, J. F., obra citada, p. 763.

⁴² Obra citada, p. 444.

⁴³ Obra citada, p. 74.

para documentar fatos, possuindo, portanto, grande relevância jurídica, inclusive para apuração da responsabilidade de quem efetuou a prisão e o acerto ou desacerto da autoridade policial.

Adotando posição contrária ao que acima foi exposto, MIRABETE, em sua obra, afirma que “a prisão não implica obrigatoriamente a lavratura do auto, podendo a autoridade policial, por não estar convencida da existência da infração penal ou por entender que não houve situação de flagrância, conforme for a hipótese, dispensar a lavratura do auto, determinar a instauração de inquérito policial para apurar o fato, apenas registrá-lo em boletim de ocorrência etc”.⁴⁴

Depois de encerrado o auto de prisão em flagrante, a autoridade competente mandará enclausurar o acusado, nos termos do § 1.º do artigo 304 do CPP, ou seja, desde que das respostas obtidas no interrogatório, no depoimento do condutor e das testemunhas (se houver), resulte fundada suspeita contra o conduzido. O acusado somente não será encaminhado à prisão quando se livrar solto, ou seja, quando ficar em liberdade para se defender (art. 321, CPP), ou prestar fiança, esta concedida pela autoridade policial nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples, conforme redação do artigo 322 do CPP (com redação dada pela Lei n.º 6.416/77), ou pela autoridade judicial, que decidirá em 48 horas sobre os demais casos; não será admitida fiança nas hipóteses previstas pelo artigo 323 e incisos. Quando a autoridade se convencer de que não há indícios suficientes da autoria do crime, que não se trata de ilícito penal ou outras causas que não ensejam o recolhimento à prisão, o conduzido será solto.

A nota de culpa é outra formalidade que a lei exige no caso de autuação em flagrante delito. Formalidade ultrapassada, para alguns autores, pois nenhuma influência exerce sobre a ordenação processual⁴⁵. Ela deverá ser entregue ao preso até vinte e quatro horas contadas da sua prisão-captura, sob pena de

⁴⁴ Obra citada, p. 759.

⁴⁵ Segundo GUIMARÃES, R. T., obra citada, p. 20: “A sua classificação não impõe seguimento ao promotor de justiça para a denúncia, nem tampouco ao juiz, no momento de apreciar a legalidade ou ilegalidade da prisão. Possui um único efeito: é de, temporariamente (porque o flagrante tem que ser

invalidez do auto e conseqüente relaxamento da prisão. A nota de culpa deverá conter os motivos da prisão⁴⁶ - a fim de possibilitar a ampla defesa do acusado e impedir que ocorram detenções ilegais -, além do nome do condutor e os das testemunhas, conforme reza o artigo 306 do Código de Processo Penal. Trata-se “de medida concernente à liberdade da pessoa: é comunicação, sob responsabilidade da autoridade, do motivo da captura, proporcionando, destarte, ao acusado a defesa”.⁴⁷

Do mesmo modo que no auto, se o preso não souber, não puder ou não quiser assinar o recibo da entrega da nota de culpa, esta deverá ser assinada por duas testemunhas. Entretanto, neste caso, não se exige que se faça a leitura perante o preso.

A prisão em flagrante, para ser cumprida, não exige mandado judicial, sendo, portanto, uma exceção no Direito brasileiro. É feito um controle *a posteriori* pelo judiciário. Por isso mesmo que preceitua a Constituição Federal, em seu art. 5.º, inciso LXII, que a comunicação sobre a prisão deve ser feita imediatamente ao juiz a quem couber conhecer do fato⁴⁸, por meio da cópia do auto respectivo.

O juiz, ao analisar o auto, pode chegar à conclusão de que não se trata de flagrante ou, então, de que não foram observadas as devidas formalidades legais, caso em que poderá relaxar⁴⁹ a prisão do acusado, convertendo-a em prisão preventiva se for o caso, sem prejuízo, é claro, do desenvolvimento das investigações e do inquérito policial.

comunicado imediatamente ao juiz), permitir a prestação de fiança em casos de duvidosa apreciação da mesma”.

⁴⁶ Conforme GRECO FILHO, V., obra citada, p. 271: “A menção ao motivo da prisão não exige precisão no enquadramento legal da infração”.

⁴⁷ NORONHA, M. *Curso de Direito Processual Penal*, p. 215-216.

⁴⁸ “Havendo mais de um na circunscrição judiciária, aquele a quem for designada por distribuição” (MIRABETE, J. F., obra citada, p. 766).

⁴⁹ Segundo TOURINHO FILHO, F. da C., obra citada, p. 453: “Relaxada a prisão em flagrante, descabe o recurso *ex officio*, referido no art. 574, I do CPP, uma vez que, nessa hipótese, o juiz não está concedendo *habeas corpus* de ofício. Remetido o auto de prisão em flagrante a juízo, o preso fica à sua disposição, e, assim, não tem sentido possa o Magistrado conceder *habeas corpus* contra si próprio”.

O legislador, a fim de proporcionar maiores garantias ao cidadão preso e evitar abusos, estabeleceu uma série de formalidades que devem ser observadas. “Trata-se de formalidades *ad sollemnitatem*, e, como forma *dat esse rei*, a ausência de qualquer desses requisitos pode levar o magistrado a relaxar a prisão”.⁵⁰

A falta de comunicação ao juiz não torna nulo o auto de prisão em flagrante, mas constitui falta funcional e até mesmo abuso de autoridade, conforme disposto no artigo 4.º, letra a e c da Lei n.º 4.898/65, *in verbis*:

“Art. 4.º Constitui também abuso de autoridade:

a) ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder.

(...)

c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa”.

O juiz também incide em falta grave quando, observada a ilegalidade da prisão, deixa de relaxá-la, conforme se infere do disposto na letra *d* do art. 4.º da Lei supramencionada: “Constitui também abuso de autoridade deixar o juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada”.

Por meio do auto de prisão em flagrante, o juiz pode chegar à conclusão, também, de que o agente praticou o fato nas condições do artigo 23, incisos I, II ou III do CP, caso em que, depois de ouvir o Ministério Público⁵¹, poderá conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação⁵². Esta é a redação do artigo 310, *caput*,

⁵⁰ TOURINHO FILHO, F. da C., obra citada, p. 446.

⁵¹ Seu parecer não vincula o Magistrado; mesmo que o Ministério Público opine pela não-concessão da liberdade provisória, o juiz pode concedê-la, desde que convencido de que se encontram presentes as condições legais.

⁵² Conforme JARDIM, A. S., *Direito processual penal; estudos e pareceres*, p. 260: “Cuida-se, na verdade, de liberdade restrita, por isso que vinculada ao processo, sujeitando o beneficiário a ônus e deveres que, uma vez descumpridos, autorizam a sua pura e simples revogação, com a conseqüente prisão do inadimplente. Decorre daí a necessidade de distingui-la da liberdade resultante do relaxamento da prisão em flagrante, em obediência ao preceito imperativo do art. 5.º, inc. XLV, da Constituição Federal. Nesta hipótese, não se cuida de liberdade vinculada, mas sim de restauração plena do status libertatis natural daquele que se encontra indevidamente preso, por ato ilegal ou que se tornou ilegal por causa superveniente. Desta maneira, decretada a nulidade do auto de prisão em

do CPP. Ressalte-se que para ser concedida liberdade provisória, neste caso, a excludente de antijuridicidade deve ser evidente; “do contrário, a medida somente poderá ser tomada desde que não mais subsistam os motivos que a vedavam, ou, então, com fulcro no parágrafo único do citado art. 310”.⁵³

Também será concedida liberdade provisória ao preso em flagrante, nos termos do parágrafo único do artigo supracitado, quando o juiz verificar, também pelo auto de prisão em flagrante, a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, que são: garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou assecuramento da aplicação da lei penal. Destarte, não estando presentes nenhum destes requisitos, o juiz tem o poder-dever de conceder liberdade provisória ao acusado, nos termos do parágrafo único do artigo 310 do CPP⁵⁴.

A liberdade provisória possui natureza de medida de contracautela, tendo como objetivo evitar que maiores prejuízos sejam causados ao acusado provisoriamente preso, em caso de improcedência da pretensão punitiva do Estado⁵⁵. E por isto mesmo, pode-se afirmar que a concessão da liberdade provisória, com fulcro no artigo 310, *caput* e parágrafo único, não pode ficar sujeita à vontade e ao arbítrio do juiz. Presentes as condições legais, o juiz tem o dever de conceder liberdade provisória ao réu; não se trata de mera faculdade conferida ao magistrado, embora o legislador tenha empregado a expressão poderá.

Lembrar, contudo, que em certos casos a liberdade provisória não poderá ser concedida. É o caso, por exemplo, dos crimes hediondos, prática de

flagrante ou reconhecida a ilegalidade da prisão por vício posterior, o indiciado ou acusado não fica sujeito a outros ônus ou deveres senão os resultantes da instauração da própria relação processual de que faz parte como sujeito de direitos, nos termos dos arts. 366 e 369 do CPP. Diversamente ocorre nos casos de liberdade vinculada, que deve ser revogada”.

⁵³ TOURINHO FILHO, F. da C., obra citada, p. 452.

⁵⁴ Pouco importa, também, tratar-se de infração afiançável ou inafiançável. Na primeira, pode dar-se o caso de o réu já ter prestado fiança. Pouco importa. Poderá o juiz, de ofício, ou a requerimento do interessado, constatar se estão ausentes as condições que legitimariam a prisão preventiva. Em caso positivo, isto é, não havendo nenhuma delas (garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou assecuramento da aplicação da lei penal), cumprir-lhe-á fazer devolver a caução a quem prestou, continuando o réu em liberdade, após a formalização do termo de comparecimento já citado (TOURINHO FILHO, F. da C., obra citada, p. 454).

tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas, terrorismo (art. 2.º, inciso II da Lei n.º 8.072/90), dos crimes praticados em organização criminosa (art. 7.º da Lei n.º Lei 9.034/95), dos crimes de “lavagem “ ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 3.º da Lei 9.613/98), dentre outros disciplinados em lei. Entretanto, há quem sustente que, mesmo que haja disposição expressa quanto a essa proibição, se estiverem ausentes quaisquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, não há razão para não conceder a liberdade provisória ao acusado.⁵⁶

5. Sujeitos da prisão em flagrante

De acordo com o artigo 301 do Código de Processo Penal, *qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.*

Do aludido artigo infere-se, portanto, que qualquer pessoa do povo, inclusive o próprio ofendido, possui a faculdade de prender quem se encontra em flagrante delito, sendo um dever, todavia, para as autoridades policiais e seus agentes. O não cumprimento desse dever para as autoridades policiais e seus agentes, poderá implicar, inclusive, em sanções de natureza administrativa e, dependendo do caso, em sanções penais.

No que tange ao sujeito passivo, em regra qualquer pessoa poderia ser presa em flagrante delito. Entretanto, há algumas exceções trazidas pela lei.

Os membros do Congresso Nacional, conforme reza o artigo 53, § 1.º da Constituição Federal, *não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável*, imunidade esta estendida aos Deputados Estaduais, em conformidade com o artigo 27, § 1.º da Carta Magna.

⁵⁵ JARDIM, A. S., obra citada, p. 260.

⁵⁶ “Em rigor, a impossibilidade de concessão de liberdade provisória aos presos em flagrante, em quaisquer desses crimes, somente se justifica se o encarceramento for necessário... Adotando-se a regra do parágrafo único do art. 310, ainda que em desarmonia com a Carta Magna, a liberdade

No que se refere aos vereadores, como bem expôs TOURINHO FILHO, o entendimento jurisprudencial (RDA 57/336) era no sentido de não se lhes atribuir qualquer imunidade, seja material, seja formal. Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, os vereadores passaram a gozar de imunidades materiais, apenas⁵⁷.

Os Magistrados não poderão ser presos, senão por ordem escrita do Tribunal ou Órgão Especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, hipótese em que o Magistrado será apresentado ao Presidente do Tribunal a que estiver vinculado (art. 33, inc. II da Lei Orgânica da Magistratura Nacional). Do mesmo modo, os membros do Ministério Público gozam dessa prerrogativa, devendo, todavia, serem apresentados ao Procurador-Geral de Justiça, no prazo máximo de vinte e quatro horas (art. 40, inc. III da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

Os advogados, por sua vez, somente podem ser presos em flagrante por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, exigindo-se, ainda, no primeiro caso, a presença de representante da OAB, sob pena de nulidade, conforme estabelece o artigo 7.º do Estatuto da Advocacia.

III – ASPECTOS COMPLEMENTARES REFERENTES À PRISÃO EM FLAGRANTE

1. Nos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais:

Nos casos de infração de pequeno potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais Criminais, não há prisão em flagrante. Nestes casos, não é lavrado o respectivo auto, mas sim um termo circunstanciado, com o encaminhamento do autor do fato e do ofendido ao júízo especialíssimo. É o que dispõe o parágrafo único do artigo 69 da Lei n.º 9.099/95, *in verbis*: “Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou

provisória só não será possível se estiver presente uma das circunstâncias elencadas no art. 312 do CPP” (TOURINHO FILHO, F. da C., obra citada, p. 426-427).

⁵⁷ Obra citada, p. 430.

assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança”.

O mesmo artigo supracitado, *caput*, estabelece ainda que “a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários”. E a esse respeito, René Ariel DOTTI, com muita razão expôs que:

... existe uma gravíssima distorção quando se permite que o termo circunstanciado da infração seja elaborado por quem não exerce o cargo de delegado de polícia. Somente a autoridade policial, com atribuição constitucional e legal para dirigir a investigação afeta à polícia judiciária (CF, art. 144, I e III e CPP, art. 4.º) detém a legitimação necessária para a prática desse importante ato. São comuns as injustiças que se cometem no cotidiano forense quando o termo circunstanciado é redigido por quem não detenha a qualidade exigida tanto pela Constituição quanto pela lei. Um funcionário de secretaria do Juizado ou um soldado de polícia militar não podem, na maioria dos casos, discernir sobre quem seja o ofensor e o ofendido ou quais as perícias que devem ser requisitadas”.⁵⁸

2. Nos delitos de trânsito:

Dispõe o artigo 301 do Código de Trânsito Brasileiro que, *ao condutor de veículo, nos casos de acidente de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela.*

Com acerto, neste artigo o legislador colocou em segundo plano a necessidade da prisão daquele que causou o acidente de trânsito, prestigiando o socorro à vítima.

Cumprе frisar que a lei exige que se preste pronto e integral socorro à vítima, possuindo aquele o significado de imediato, enquanto este se refere a tudo aquilo que o agente podia fazer naquele momento. A lei não exige que a vítima

⁵⁸ “Os direitos humanos do preso e as pragas do sistema criminal”, artigo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 42, p. 276.

sobreviva, mas a pessoa que supostamente causou o dano deve fazer o possível⁵⁹ para prestar socorro, o que, caso contrário, configurará omissão.

3. Os crimes praticados na presença de autoridade ou contra esta no exercício de suas funções:

Outro aspecto complementar no que tange à prisão em flagrante é o artigo 307 do CPP, que trata das infrações penais praticadas na presença de autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções. Reza o referido artigo que *quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto.*

Muitos autores criticam a redação do artigo 307, pois à primeira vista entende-se que “no exercício de suas funções” refere-se apenas à segunda situação, ou seja, do fato praticado *contra* a autoridade. Mas não é essa a interpretação que deve ser dada ao referido artigo⁶⁰, tanto mais porque se o delito é praticado na presença de autoridade que não está no exercício de suas funções, ela deverá conduzir o agente até a autoridade policial, na forma da prisão em flagrante comum, de conformidade com os artigos 302 e seguintes do CPP; se a autoridade perante a qual é praticado o crime não se encontra no exercício de suas funções, não há razão para se aplicar a regra especial do art. 307.

⁵⁹ O importante é fazer tudo que for possível, nas circunstâncias em que o sujeito se encontra e tendo em vista suas peculiaridades pessoais, seus conhecimentos pessoais etc. (GOMES, L. F. *Estudos de Direito Penal e Processo Penal*, p. 31).

⁶⁰ “Há, na frase ‘quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções’, uma oração subordinada adverbial temporal (quando o fato for praticado em presença da autoridade) e uma falsa coordenada-subordinada adverbial temporal (ou contra esta). É como se o texto dissesse: quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou quando for contra esta, no exercício de suas funções. Se o legislador quisesse restringir o adjunto adverbial temporal que se traduz com a expressão ‘no exercício de suas funções’, à segunda oração, teria suprimido a vírgula posta após a falsa coordenada-subordinada adverbial temporal ‘ou contra esta’” (TOURINHO FILHO, F. da C., obra citada, p. 449).

Do artigo em comento, como se infere, portanto, podem surgir duas situações: uma em que a infração é cometida perante a autoridade, quando no exercício de suas funções; e outra quando a infração é cometida contra a autoridade, quando no exercício de suas funções.

Há quem entenda que além da autoridade policial, o juiz também pode presidir à lavratura do auto de prisão em flagrante no caso do artigo 307 do CPP, pois a parte final do referido artigo diz que o auto deve ser remetido *imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto*. TORNAGHI, por sua vez, vai além: “o Código brasileiro é ampliativo e fala em autoridade, não apenas em juiz”⁶¹; ou seja, para este autor, qualquer outra autoridade, além da policial e do juiz, pode lavrar o auto de prisão em flagrante. Quando José Frederico MARQUES diz que “o preso deve ser enviado ao estabelecimento penal em que deva ser enclausurado ou, então, se a autoridade processante não pertencer à magistratura ou à polícia judiciária, cumpre que seja encaminhado à autoridade policial que possa determinar o seu encarceramento”, deixa a entender que também acredita que outra autoridade além da policial e do juiz pode presidir a lavratura do auto de prisão em flagrante. TOURINHO FILHO, contudo, não interpreta tão extensivamente o artigo 307 do CPP, na medida em que acredita que a autoridade a que se refere o artigo 307 do CPP é a policial e o juiz, apenas⁶².

Para os que se revoltam contra a possibilidade do juiz presidir a lavratura do auto de prisão em flagrante no caso do artigo 307 do CPP, há o argumento de que o juiz não possui a função de persecução penal, mas sim a de julgador, cabendo à autoridade policial ou outra legalmente autorizada proceder à lavratura do auto a que alude o artigo citado⁶³.

⁶¹ Obra citada, p. 78.

⁶² “Se somente o juiz é que pode determinar a prisão, evidente então poder ele presidir à lavratura de auto de prisão em flagrante na hipótese do art. 307 do CPP... Ademais, o art. 307 não se refere à infração praticada em presença de autoridade, mas sim da autoridade, e, com esta expressão, quis o legislador determiná-la” (Obra citada, p. 449-450).

⁶³ “O texto da lei e a doutrina admitem que o juiz também possa ser a autoridade para a lavratura do flagrante. Essa possibilidade, contudo, está ligada a uma concepção inquisitivista da atividade do juiz penal, que podia, no sistema do Código, até instaurar a ação penal contravençional. Especialmente após a Constituição de 1988 não mais parece sustentável essa competência. Ao Ministério Público foi

4. Nos crimes de ação penal pública condicionada e de ação privada:

A lei é omissa quanto à possibilidade de haver flagrante nos crimes de ação penal privada e nos crimes de ação penal pública dependente de representação ou requisição; os §§ 4.º e 5.º do artigo 5.º do CPP, que estabelecem a necessidade de representação e de requerimento, dizem respeito apenas ao inquérito policial, nada referindo sobre a hipótese de haver prisão em flagrante.

A doutrina, suprindo a omissão da lei, estabeleceu que em relação aos crimes de ação penal pública sujeita à requisição do Ministro da Justiça não pode haver prisão em flagrante, a menos que o próprio Ministro da Justiça esteja presente e autorize a prisão. Quando ocorre uma das hipóteses previstas pelo art. 302 do CPP e o crime for de ação penal pública sujeita à requisição, não se pode, entretanto, recolher o autor do crime à prisão sem a devida requisição do Ministro da Justiça, pois compete a ele decidir sobre a conveniência, ou não, da propositura da ação penal.

Em relação aos crimes cuja ação penal depende de representação do ofendido ou de quem legalmente o represente, do mesmo modo só é possível a prisão em flagrante desde que o ofendido (ou seu representante) solicite a prisão do autor ou ele mesmo a efetue. Contudo, se a vítima (ou seu representante legal) for omissa, deixando de declarar a sua vontade, entende-se que não poderá ocorrer a prisão em flagrante delito.

Do mesmo modo, nos casos de exclusiva ação penal privada não haverá prisão em flagrante, salvo se o seu titular – ofendido ou quem legalmente o represente – solicite a qualquer do povo ou a algum agente policial a prisão do autor do crime, ou ele mesmo ofendido (ou seu representante legal) a realize.

atribuída a legitimação exclusiva da ação penal pública e a supervisão externa do inquérito policial, devendo, pois, interpretar-se a figura do juiz dentro de sua função específica de julgador e não órgão da persecução penal propriamente dita.” (GRECO FILHO, V., obra citada, p. 270-71).

Ressalte-se que, quando da lavratura do auto, a autoridade policial deverá consignar a presença do ofendido ou de seu representante e o seu desejo no sentido de que se efetuasse a prisão. O art. 38 do CPP estabelece o prazo de seis meses para o oferecimento de queixa ou de representação, prazo este aplicado, obviamente, no caso do autor do crime estar solto. Se, contudo, o autor estiver preso, o prazo será de 5 dias, este aplicado por analogia ao disposto no art. 46 do CPP⁶⁴.

Em todos os casos, mesmo quando não há possibilidade de efetuar-se a prisão em flagrante, compete à polícia garantir a ordem no local, a fim de evitar escândalos ou outros danos, e quando possível evitar a consumação do crime.

IV - A CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE E A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SOBRE O ACUSADO

A Constituição Federal estabeleceu, em seu artigo 5.º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Também como garantia fundamental, estabeleceu que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consagrando, com este preceito, o princípio da presunção de inocência (art. 5.º, inc. LVII).

O princípio da presunção de inocência foi consagrado por força das idéias liberais do século XVIII, estabelecendo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que: “Sendo todo homem presumido inocente, se for julgada indispensável a sua prisão, todo rigor desnecessário à sua segregação deve ser severamente reprimido pela lei”. Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, denominada também como Carta da ONU, em seu artigo XI, determinou que “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a

⁶⁴ TOURINHO FILHO, F. da C., obra citada, p. 430.

lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Na legislação brasileira, o princípio em comento surgiu expressamente somente com a Constituição Federal de 1988. As Constituições anteriores, embora sempre pródigas na enumeração de garantias fundamentais da justiça repressiva, jamais haviam feito referência ao princípio da presunção de inocência. Apesar disso, com base na norma de encerramento do rol de direitos e garantias, conforme a qual a enumeração destes é meramente exemplificativa, parte da doutrina já considerava a presunção de inocência como princípio informador do nosso ordenamento, especialmente em face da adesão do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948⁶⁵.

Na doutrina atual, questiona-se o uso da expressão ‘presunção de inocência’, preferindo alguns juristas referir-se ao preceito constitucional como ‘presunção de não culpabilidade’. Entretanto, conforme ensinamentos do ilustre doutrinador Luiz Flávio GOMES, não possui nenhum sentido não considerar que no inciso LVII do art. 5.º da Constituição Federal está escrito, com todas as letras o princípio da presunção de inocência, com toda carga liberal e democrática que carrega em sua história, tendo como ponto de arranque a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de fundo indubitavelmente iluminista. Mais que presunção de não culpabilidade (que provém de uma visão “neutral”, típica do engajamento político acríptico do jurista), o que temos no texto *sub examinem* é a verdadeira e própria presunção de inocência⁶⁶.

Ainda, como bem ressaltou GOMES FILHO, a “‘inocência’ (do latim *in + nocens*, não nocivo) pouco tem que ver com a noção de não-culpabilidade, revelando, antes disso, a crença rousseauiana na bondade inata do ser humano” ... “o que parece essencial ao tratamento do tema, na verdade, é a consideração de

⁶⁵ GOMES FILHO, A. M., obra citada, p. 31.

⁶⁶ Obra citada, p. 107.

que as presunções são normas de comportamento e através delas o legislador formula regras de 'dever ser' e não asserções sobre a realidade".⁶⁷

Outrossim, para o doutrinador acima citado, na leitura da expressão 'presunção de inocência' deve ser considerado prioritariamente o seu valor ideológico, pois "trata-se de uma presunção política, na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador, qual seja a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal".⁶⁸

Numa primeira linha, poder-se-ia levantar a incompatibilidade das normas processuais penais – que ordenam a prisão para quem agiu em conformidade com as hipóteses previstas no art. 302 - com o princípio constitucional da presunção da inocência, que possui aplicação imediata e exerce influência sobre todos os ramos do direito⁶⁹. Entretanto, não foi esse o entendimento que se firmou. A doutrina, com algumas exceções⁷⁰, é unânime quanto à necessidade da prisão em flagrante⁷¹.

Porém, não se deve confundir a necessidade de se prender em flagrante com a necessidade de se manter preso em flagrante aquele que, *a priori*, é o autor do delito. Manter o acusado encarcerado, de forma arbitrária e além da necessidade, é atentar contra o princípio constitucional em comento. Por isso é que: **(i)**a autoridade policial, quando não estiver suficientemente convencida da autoria,

⁶⁷ Obra citada, p. 37.

⁶⁸ Obra citada, p. 37.

⁶⁹ A Constituição Federal é a base de todo o ordenamento jurídico, devendo todas as normas a ela enquadrar-se. As normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais, como é o caso do art. 5.º, inc. LVII, possuem aplicação imediata; é o que dispõe o § 1.º do aludido artigo.

⁷⁰ "Para Zucker, a prisão em flagrante visa a punir o autor do crime antes da sentença e é um resquício de formas antigas de procedimento preservadas para satisfazer o desejo de vindita, a ânsia de fazer brilhar a majestade da lei" (CASTELO BRANCO, T., obra citada, p. 15).

⁷¹ "Parte da doutrina procura justificar a prisão em flagrante, aduzindo que ela satisfaz a opinião pública, que evita ou diminui a comoção social, que tranqüiliza a comunidade, restaurando o prestígio da lei e a confiança nas autoridades responsáveis pela manutenção da ordem e, finalmente, que ela exerce uma função acautelatória da prova, seja para o próprio inquérito, seja para o julgamento final. Temos para nós que a prisão em flagrante se justifica como salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria. Se, na flagrância, há manifesta evidência probatória quanto ao fato típico e sua autoria, justifica-se a detenção daquele que é surpreendido cometendo a infração penal, a fim de que a autoridade competente, com presteza, possa constatar a realidade fática, colhendo, sem tardança, prova da infração, seja a *parte objecti*, seja a *parte subjecti*" (TOURINHO FILHO, F. da C., obra citada, p. 422).

da existência de infração penal ou da situação de flagrância, não poderá mandar recolher o acusado à prisão; (ii) o juiz, em verificando pelo auto a inexistência de flagrante ou a ausência de alguma formalidade legal, deve relaxar a prisão; (ii) o juiz pode (deve) conceder liberdade provisória ao acusado quando verificar pelo auto que o fato foi praticado em conformidade com o artigo 23, incisos I, II e III do Código Penal; (iv) o juiz, ainda, deve conceder liberdade provisória quando o acusado, solto, não representar perigo ou inconveniência para a instrução criminal, para a garantia da ordem pública, da ordem econômica ou para a aplicação posterior da pena (art. 310, parágrafo único do CPP).

Conforme já exposto, a prisão em flagrante é uma prisão de natureza cautelar, pois além de não decorrer de decisão judicial transitada em julgado, somente pode ser mantida em caráter excepcional, de extrema necessidade, quando presente o *periculum in mora*. A prisão cautelar, por afetar a liberdade do acusado antes de uma decisão jurisdicional final, em que poderá ser declarada a sua inocência, constitui recurso acentuadamente violento e de extremo rigor, somente justificável quando indeclinavelmente necessário.

Destarte, desde que mantida somente em caso de extrema necessidade “fundada em fatos concretos”⁷², a prisão em flagrante não afronta o princípio da presunção da inocência. Como bem expôs Afranio Silva JARDIM, “ao se aplicar uma prisão cautelar, não se está partindo de presunção de culpa, mas tutelando os fins e os meios do processo penal, tendo em vista a probabilidade de condenação e o risco de dano irreparável na demora da entrega definitiva da prestação jurisdicional”⁷³.

Luiz Antônio CÂMARA, a propósito, expôs que “hoje reconhece-se que as exigências de prevenção especial podem ser compatíveis com a presunção de inocência, sempre que a exigência cautelar não se funde sobre um ponto que implique admissão da culpabilidade do acusado”.⁷⁴

⁷² GOMES, L. F., obra citada, p. 115.

⁷³ Obra citada, p. 289.

⁷⁴ Obra citada, p. 44.

Não obstante a força probatória do flagrante, mormente quanto à autoria e a materialidade do crime, não se deve olvidar que igualmente concorre em favor do preso em flagrante a presunção de inocência⁷⁵, não se podendo considerá-lo como culpado antes que seja declarada a sua condenação por sentença judicial.

A presunção de inocência, como bem expôs Antonio Magalhães GOMES FILHO⁷⁶:

... constitui princípio informador de todo o processo penal, concebido como instrumento de aplicação de sanções punitivas em um sistema jurídico no qual sejam respeitados, fundamentalmente, os valores inerentes à dignidade da pessoa humana; como tal, deve servir de pressuposto e parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal. Sob esse enfoque, a garantia constitucional não se revela somente no momento da decisão, como expressão da máxima *in dubio pro reo*, mas se impõe igualmente como regra de tratamento do suspeito, indiciado ou acusado, que antes da condenação não pode sofrer qualquer equiparação ao culpado; e, sobretudo, indica a necessidade de se assegurar, no âmbito da justiça criminal, a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo, através de um processo 'justo' (Grifou-se).

A regra da presunção de inocência, como enfatizou Weber M. BATISTA, com apoio no pensamento de BETTIOL, “vale como uma idéia força, no sentido de impedir que o réu seja tratado como se já estivesse condenado, que sofre restrições de direito que não sejam necessárias à apuração dos fatos e ao cumprimento da lei penal, em suma, que não seja tratado como mero objeto de investigações, mas como sujeito de direitos, gozando de todas as garantias comuns ao devido processo legal, sobretudo as garantias da plena defesa”.⁷⁷

Entretanto, na prática o que vemos muitas vezes é o acusado sendo equiparado ao condenado, desde o momento em que a ele são aplicadas algumas normas relativas à execução penal – art. 2.º da Lei n.º 7.210/84 -, até quando contra ele são utilizadas algemas, é realizada a ‘identificação criminal’ – “desnecessária em face da

⁷⁵ “A inclusão do princípio da presunção da inocência no texto constitucional, exprimindo uma concepção de processo penal totalmente diversa daquela que presidiu a elaboração do Código e de suas posteriores alterações, não pode deixar de ter reflexos profundos na disciplina da prisão cautelar” (GOMES FILHO, A. M., obra citada, p. 65).

⁷⁶ Obra citada, p. 37.

⁷⁷ BATISTA, W. M., *apud* GOMES, L. F., obra citada, p. 115.

identificação civil realizada anteriormente, e cujo escopo, indisfarçável, sempre foi o de submeter o indiciado a vexames inúteis”.⁷⁸

Cotidianamente vemos programas de rádio e de televisão que noticiam os crimes ocorridos no país. Entretanto, a forma como isso é explorado, com tamanho sensacionalismo, acaba por vezes ‘manchando’ a imagem e a moral do acusado. A imprensa, não raramente, é a primeira a tratar o acusado como condenado... e tudo em nome da audiência. A respeito, veja-se a lição de DOTTI:

A notícia sensacionalista dos fatos delituosos e a impetuosidade das primeiras investigações revertem a presunção de inocência, constitucionalmente declarada, para transformar o simples suspeito ou mero indiciado em criminosos. A imprensa, o rádio e a televisão, que por comodidade funcional servem-se das fontes oficiais (polícia ou Ministério Público), rejeitam o exercício democrático de ouvir também o próprio acusado. Há uma insensibilidade, quando não declarada hostilidade, para com o suspeito ou indiciado que, assim, é marcado com ‘ferro em brasa’ como se fazia com as antigas penas de infâmia.⁷⁹

Importantíssimo ressaltar que, além de repercutir no tratamento do acusado, o princípio da presunção de inocência incide sobre o campo probatório⁸⁰, cabendo ao acusador a incumbência de demonstrar a culpabilidade do acusado.

Valendo-se novamente dos ensinamentos de Antônio Magalhães GOMES FILHO, conclui-se que outras conseqüências devem ser levadas em consideração, no que tange à incidência do princípio em comento sobre o campo probatório:

... no processo penal dominado pelo princípio da presunção de inocência, a atividade probatória deve tender à verificação da existência dos fatos imputados, e não à investigação sobre as desculpas apresentadas pelo acusado; muito menos deve servir à mera ratificação de elementos colhidos na fase preliminar do inquérito policial, como freqüentemente sucede na prática judiciária; a imputação – e não a idoneidade dos dados que lhe serviram de base – é que deve ser demonstrada. Uma segunda decorrência do preceito constitucional, em relação à matéria probatória, diz respeito à impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na investigação dos

⁷⁸ DOTTI, R. A., *apud* GOMES FILHO, A. M., obra citada, p. 45.

⁷⁹ “Os direitos humanos do preso e as pragas do sistema criminal”, artigo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 42, p. 275.

⁸⁰ “Ainda que não seja tecnicamente apropriado tratar o princípio da presunção de inocência como verdadeira presunção, até porque semelhante colocação poderia encobrir o valor político do preceito, limitando-o à matéria probatória, não se pode negar que as primeiras conseqüências de sua aceitação situam-se na disciplina da prova” (GOMES FILHO, A. M., obra citada, p. 37).

fatos; coloca-se aqui, fundamentalmente, a questão de conceber-se o interrogatório do réu como meio de prova ou meio de defesa, bem como a problemática do 'direito do silêncio' ...

Finalmente, ainda nesse contexto, vem à baila o problema da legitimidade de uma fórmula de absolvição baseada na precariedade de provas, ou seja, no reconhecimento de que existe alguma prova de culpabilidade, só que duvidosa... qualquer diferenciação de tratamento que se estabeleça entre o réu que foi absolvido plenamente e aquele que o foi por precariedade de provas será, evidentemente, ofensiva ao espírito do preceito constitucional.⁸¹

Pode-se afirmar, portanto, que a consagração do princípio da inocência não afasta a constitucionalidade da prisão em flagrante, desde que esta não seja vista como pena, respeitados, outrossim, os direitos e garantias do acusado, entre eles o de não ser tratado como condenado antes de ser decretada uma sentença judicial condenatória transitada em julgado.

V - DIREITOS E GARANTIAS DO PRESO EM FLAGRANTE

A Constituição Federal, em seu artigo 5.º e incisos, assegura ao preso em flagrante uma série de direitos e garantias, ao dispor que a sua prisão e o local onde se encontre sejam comunicados imediatamente ao juiz competente⁸² e à família ou à pessoa por ele indicada (inciso LXII); poderá permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (inciso LXIII); possui direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (inciso LXIV); sendo ilegal, sua prisão será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (inciso LXV); e quando a lei permitir lhe será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança (inciso LXVI).

Além desses direitos e garantias constitucionais, a Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84), em seu artigo 41 e incisos, fixou outros direitos que o preso provisório possui (o preso em flagrante é considerado preso provisório), quais sejam: alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; previdência social; constituição de pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais,

⁸¹ Obra citada, p. 39-41.

⁸² A comunicação ao juiz sobre a prisão, como exposto em capítulo anterior, é exigência constitucional, e possui como objetivo evitar que prisões ilegais e arbitrárias sejam mantidas pela autoridade policial; o descumprimento de tal preceito constitui abuso de poder, de acordo com o artigo 4.º, letra c da Lei n.º 4.898/65.

intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal e reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; chamamento nominal; igualdade de tratamento, salvo quanto à exigência da individualização da pena; audiência especial com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade em defesa de direito; contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. Contudo, como bem lembrou MIRABETE, não estando o preso provisório “obrigado ao trabalho, não terá ele os direitos dele decorrentes se não desempenhar a atividade laborativa e que, por ficar separado do condenado, poderá não ter o tratamento igualitário ao deste”.⁸³

O preso provisório possui, ainda, o direito de ficar separado dos presos condenados (art. 84 da Lei de Execução Penal)⁸⁴. Tal direito tem sua razão de ser, pois a finalidade da prisão cautelar é diversa da prisão-pena, além do que o convívio numa cela com presos condenados pela Justiça poderia causar péssimas influências àquele que ainda não foi sentenciado. Pela lei, os presos provisórios serão recolhidos à cadeia pública; entretanto, na realidade, o que vemos são delegacias abarrotadas de presos provisórios e presos já condenados⁸⁵.

A Carta Magna, no citado artigo 5.º, fixou importantes exigências que o Estado deve observar, sob pena de violação da dignidade da pessoa humana – um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito –, sendo, portanto, proibidos os maus-tratos e castigos que, por sua crueldade ou conteúdo desumano, degradante, vexatório e

⁸³ MIRABETE, J. F. *Execução Penal – Comentários à Lei n.º 7.210, de 11.7.84*, p. 127.

⁸⁴ A respeito, a Convenção americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), trouxe a seguinte orientação: “Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas (art. 5.4)”.

⁸⁵ “As delegacias de polícia se transformaram em depósitos infectos de presos provisórios e de réus condenados. Nos últimos tempos essas pocilgas abrigam, com regularidade impressionante, seres humanos que não foram julgados, submetendo à vala comum inocentes e culpados, primários e reincidentes... Contrariando a sua finalidade, que consiste em servir de local para os atos de cartório ou a secretaria das investigações e da conservação efêmera do preso provisório até a sua transferência, muitas delegacias de polícia se converteram em agências de insegurança coletiva”

humilhante, atentem contra a dignidade da pessoa, sua vida, sua integridade física e moral.

O preso, seja provisório ou condenado, deve sempre ser tratado com dignidade, mesmo que tenha cometido (ou seja acusado de cometer, no caso do preso provisório) os crimes mais bárbaros, não podendo, destarte, ser submetido a humilhações, torturas ou a tratamento degradante, merecendo, ainda, “o respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”.⁸⁶

Como bem afirmou Ingo Wolfgang SARLET:

... mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana – na esteira do que lembra José Afonso da Silva – como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir – no sentido aqui acolhido – atributo intrínseco da pessoa humana e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração.⁸⁷

Não há dúvidas de que por dignidade humana, entende-se também respeito à integridade física e moral⁸⁸. Entretanto, cumpre frisar que respeito à integridade física não inclui apenas a proibição de agressões ao preso, mas também assistência médica, hospitalar e odontológica e tudo mais que constituir o mínimo para preservação da saúde. Do mesmo modo, “a integridade moral não constitui apenas a vedação de humilhações ao preso, mas representa ainda, o direito que lhe deve ser proporcionado de possuir um mínimo de privacidade e intimidade, de conviver ainda que com dificuldades resultantes de sua condição de privado do direito de ir e vir, com a família, de poder receber instrução, de exercer a liberdade de culto e religião e de todos os outros direitos que não se incluam nas privações diretamente conseqüentes da pena privativa de liberdade a ele imposta”⁸⁹.

(DOTTI, R. A. “Os direitos humanos do preso e as pragas do sistema criminal”, artigo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 42, p. 276-277).

⁸⁶ SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 62.

⁸⁷ Obra citada, p. 43-44.

⁸⁸ A propósito, o artigo 6.º da Resolução n.º 7, de 11.7.94, do Conselho de Política Criminal e Penitenciária: “O princípio fundamental de que qualquer pessoa presa ou sujeita a medida de segurança tem direito à preservação de sua integridade física e moral, não devendo ser submetida à tortura, a tratamento desumano ou degradante, nem ficar exposta à execução pública”.

⁸⁹ SANTORO FILHO, A. C. *Bases críticas do direito criminal*, p. 118.

A realidade carcerária no Brasil é dramática. Os presos rotineiramente vêem seus direitos violados, não sendo tratados com um mínimo de dignidade, desde quando são submetidos à violência e à tortura – esta lamentavelmente ainda utilizada em algumas delegacias de polícia como forma de se obter a confissão do acusado -, até quando não lhe são oferecidas condições mínimas de saúde, higiene, espaço⁹⁰, dentre outras consideradas essenciais ao ser humano.

A prisão, mesmo a cautelar, causa lesões morais e econômicas no indivíduo, podendo-se afirmar, inclusive, que as primeiras muitas vezes são de impossível reparação e remoção. E por isso, todos os presos (provisórios ou condenados) devem ver resguardados os direitos que lhes foram conferidos, nunca se esquecendo – principalmente as autoridades – que acima de tudo são seres humanos e como tais devem ser tratados.

⁹⁰ A superlotação nas celas é uma violação contra os direitos do preso. Aliás, é mais do que isso: é uma violação contra a pessoa humana, na medida em não há espaço para circulação, para a intimidade e até para o repouso (em muitos casos, inclusive, os presos fazem revezamento para poderem dormir); isso sem contar as péssimas condições de higiene. Também como consequência da superlotação, não raramente ocorrem mortes nas celas pela disputa de espaço. Essa grave omissão do Estado, lamentavelmente recai de forma exclusiva sobre os dirigentes policiais.

CONCLUSÃO

A prisão em flagrante é uma modalidade de prisão cautelar e, nesta condição, não pode ser considerada como pena. Sendo medida de cautela, está sujeita aos pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, ou, como preferem alguns doutrinadores, do *periculum libertatis* e do *fumus commissi delicti*, devendo ser mantida quando verificadas as hipóteses que autorizam a prisão preventiva, obedecendo-se, ainda, todas as formalidades estabelecidas em lei, sob pena de nulidade do flagrante.

Pode-se afirmar que essa modalidade de prisão não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5.º, inc. LVII), desde que mantida somente nos casos de extrema necessidade, quando efetivamente constatado o *periculum libertatis* do acusado. Como decorrência do princípio da presunção de inocência, o preso em flagrante não pode ser considerado culpado antes de ser declarada sua eventual condenação por decisão judicial transitada em julgado, incidindo aludido princípio, outrossim, sobre o campo probatório, cabendo, portanto, a quem acusa o ônus de demonstrar a culpabilidade do réu.

A Constituição Federal, em seu art. 5.º e incisos, assegura ao preso em flagrante uma série de direitos e garantias. Além desses direitos constitucionais, a Lei de Execução Penal conferiu ao preso provisório (e nesta categoria inclui-se o preso em flagrante) outros direitos, dentre os quais o de ficar separado dos demais presos condenados, o que na prática muitas vezes isso não ocorre. Mas acima de todos esses direitos, encontra-se o princípio da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito e aplicável a todo cidadão, sendo que de sua abrangência, não é excluído sequer o preso, por mais abjeta que tenha sido a sua conduta.

BIBLIOGRAFIA

- BONATO, Gilson (org). *Garantias constitucionais e processo penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- BRANCO, Tales Castelo. *Da Prisão em Flagrante*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1988.
- CÂMARA, Luiz Antonio. *Prisão e Liberdade Provisória – Lineamentos e princípios do processo penal cautelar*, Curitiba: Juruá, 1997.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- DOTTI, René Ariel. “Os direitos humanos do preso e as pragas do sistema criminal”, artigo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 42, São Paulo: RT, 2003.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, São Paulo: RT, 1999.
- GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. III, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo: Saraiva, 1991.
- GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de Direito Penal e Processo Penal*, São Paulo: RT, 1998.
- GRECO, Vicente Filho. *Manual de Processo Penal*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Nova Lei Penal, A Nova Lei Processual Penal*, 2.^a ed., São Paulo: RT, 1979, em colaboração com o professor Paulo José da Costa Júnior.
- GUIMARÃES, Rovane Tavares. *Prática processual penal: da prisão em flagrante à decisão recursal, comentários à Lei n.º 6.416/77, petições selecionadas*, Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal; estudos e pareceres*, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal anotado*, 19.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, Bookseller: Campinas, 1997.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*, 11.^a ed., São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. *Execução Penal, Comentários à Lei n.º 7.210, de 11-7-84*, 8.^a ed., São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 12.^a ed., São Paulo: Atlas, 2002.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*, 28.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Bases críticas do direito criminal*, São Paulo: Editora de Direito, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, vol. 2, 9.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 23.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*, São Paulo: Saraiva, 1980.