



PRISÃO EM FLAGRANTE: Entre a presunção de culpa não democrática e a sua conformação com o modelo constitucional

Avante

REVISTA
ACADÊMICA
DA POLÍCIA CIVIL
DE MINAS GERAIS

Carolina Máximo Alves

<https://orcid.org/0009-0008-9757-2246> - <http://lattes.cnpq.br/1220870538336013>
carolinamaximalves@gmail.com

Polícia Civil de Minas Gerais – PCMG, Belo Horizonte – Minas Gerais - Brasil

RESUMO

O presente artigo busca expor as transmutações do instituto da prisão em flagrante desde sua concepção originária no Código de Processo Penal de 1941 até os dias atuais, já sob a égide da Constituição de 1988, com reformas legislativas e interpretações constitucionais importando no paulatino esvaziamento de funções atreladas à formação da culpa e coleta probatória, bem como no rechaço da manutenção do cárcere cautelar por tempo indeterminado como antecipação de pena. Pretende-se demonstrar por meio de comparações entre a redação originária da prisão em flagrante no CPP de 1941 e as subsequentes reformas legislativas que, à medida que o Estado se aproxima do modelo democrático e adota premissas garantistas, o instituto deve se remodelar para a devida conformação, com o afunilamento de finalidades e clara delimitação do estado flagrancial, importando em lapso temporal exíguo de manutenção do título prisional e pronta análise judicial. Procurar-se-á delimitar balizas para a sua manutenção com a exclusão dos ainda permanentes resquícios autoritários.

Palavras-chave: Prisão em flagrante; Culpa; Prova; Garantismo; Conformação Constitucional.

FLAGRANT PRISON: Between the presumption of non-democratic guilt and its compliance with the constitutional model

ABSTRACT

This article seeks to expose the transmutations of the institution of prison in the act from its original conception in the Code of Criminal Procedure of 1941 to the present day, now under the aegis of the 1988 Constitution, with legislative reforms and constitutional interpretations resulting in the gradual emptying of functions linked to the formation of guilt and collection of evidence, as well as the rejection of the maintenance of precautionary imprisonment for an indefinite period as an anticipation of sentence. It is intended to demonstrate, through comparisons between the original wording of the arrest in flagrante delicto in the 1941 Code of Criminal Procedure and the subsequent legislative reforms, that, as the State approaches the democratic model and adopts guaranteed premises, the institute must remodel itself to the appropriate level. conformation, with the narrowing of certain and clear delimitations of the flagrant state, resulting in a short period of time for maintaining the prison title and prompt judicial analysis. An attempt will be made to define markers for their maintenance, excluding the still permanent authorized remains.

Keywords: Arrest in the act; Fault; Proof; Guarantor Doctrine; Constitutional Conformation.

DOI: <https://doi.org/10.70365/2764-0779.2024.93>

Recebido em: 02/09/2024
Aceito em: 09/10/2024.

1 INTRODUÇÃO

Segundo Luigi Ferrajoli, "se uma justiça penal integralmente "com verdade" constitui uma utopia, uma justiça penal completamente "sem verdade" equivale a um sistema de arbitrariedade" (Ferrajoli, 2002, p.38). Associar verdade à captura de sujeito em situação de flagrante é tentador, mas perigoso. Tentador porque, ao menos *a priori*, a prisão em flagrante está associada com a visibilidade e imediatividade, dois importantes elementos que denotam certeza visual. Perigoso porque o uso – ainda que putativo ou secundário – da visão sugere certeza que tende a credibilizar excessivamente este momento da persecução penal como suficiente para a futura (e eventual) condenação. É como se as provas já estivessem ali e o processo seria apenas o acessório para a consolidação da pena, enfraquecendo a dialética e esvaziando o contraditório como potencial para influir no convencimento do julgador.

Todavia, para além da profunda e complexa discussão sobre verdade¹ e da própria certeza, muitas vezes carregadas de subjetividade e (por que não?) propensa a equívocos, a prisão em flagrante é elastecida legislativamente para compreender hipóteses que superam o sentido da visão. Nesta toada, ela passa a ser concebida enquanto instrumento de segurança pública para fazer cessar a infração penal, mas também para indevidamente facilitar a instrução processual. Ainda citando Ferrajoli, o autor reconhece que:

(...) a prisão em flagrante se resolve no exercício ordinário de um poder de polícia autônomo. Também porque os crimes associativos são freqüentemente contestados como "crimes de suspeita", a prisão "em flagrante" equivale de fato nesses casos a uma prisão de segurança pública (ou de polícia), isto é, em presença das hipóteses de mera suspeita de outros futuros crimes (Ferrajoli, 2002, pg. 635).

Percebe-se que o jurista italiano reconhece a indispensabilidade da prisão em flagrante enquanto instrumento de segurança pública. Todavia, não vislumbra o instituto enquanto ferramenta para a coleta probatória ou antecipação da culpa. Tratar o flagrante desta maneira aproxima o Estado ao arbítrio justamente por falaciosamente querer associar visão à verdade e o consequente estado de culpa.

Neste contexto surge o problema da presente pesquisa: partindo da imprescindibilidade da flagrância, como o Estado Democrático irradia, molda

¹ Neste ponto, merece destaque a obra do orientador e professor, Doutor Felipe Martins Pinto, em "Introdução Crítica ao Processo Penal" ao discorrer sobre verdade valendo-se notadamente de Alfred Tarski e Hans-Georg Gadamer.

e limita a existência e os efeitos da prisão em flagrante? Como manter o instituto no ordenamento em conformidade com a Constituição de 1988? Como método, será preciso realizar digressão histórica para comparar as evoluções, tendo em conta sua concepção desde a redação originária do Código de Processo Penal, na década de 40 do século XX, até os dias atuais, perpassando pelo grande marco da Lei 12.403/11, que reformou profundamente o instituto, dando feições de título prisional absolutamente fugaz e dependente de pronta análise judicial. Para tanto, será utilizado como marco teórico o modelo garantista proposto por Luigi Ferrajoli.

Dissociar, portanto, a prisão em flagrante da antecipação da imputação sobre o indivíduo é desafio democrático que exige aprofundamento dogmático, reconstrução histórica e análise do instituto em conformidade constitucional. O presente artigo se propõe a expor tais tarefas em viés reflexivo e propositivo.

2 O GRADATIVO ESWAZIAMENTO DOS EFEITOS DELETÉRIOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE ENQUANTO CULPA INDÍCIO: Da visão de 1940 a lei 12.403/11

Vinicius Diniz Monteiro de Barros, ao lamentar a origem autoritária do Código de Processo Penal de 1941 e seus reflexos na prisão em flagrante, assevera que:

A tradição inquisitória impregnada no CPP de 1941, com inspiração no *Codice Rocco*, consolidou a prática da prisão em flagrante no Brasil como método ótimo de formação antecipada de culpa não só no pretérito perfeito que antecede a chamada “fase processual”, iniciada com a denúncia, mas no pretérito mais que perfeito que se identifica antes da fase preliminar investigativa (o inquérito). Tudo se faz, às claras, mediante descon sideração do modelo constitucional de processo. (Barros, 2013, pg. 39).

A temática de prisão em flagrante se apresenta no Código de Processo Penal no bojo do Título IX do Livro I, cujo título já apresenta imprecisão técnico-constitucional: “Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”. Começar analisando o *nomen iuris* do título não é vão e, aqui, a ordem dos fatores altera o resultado, ao menos no viés interpretativo.

Como já adiantado, o contexto político da vigência do CPP de 1941 era o da ditadura varguista e seu principal expoente, Francisco Campos, Ministro da Justiça à época, que não disfarçava seu apreço pelo autoritarismo². Não por acaso, a grande inspiração legislativa foi o *Codice*

2 Em passagem de uma de suas obras, qual seja, O Estado Nacional, Francisco Campos afirmou que “é desnecessário insistir que o Estado brasileiro, sendo democrático, é também autoritário,

Rocco, do regime totalitário italiano de Benito Mussolini, em plena Segunda Guerra Mundial. Importante dar destaque a trecho da exposição de motivos do CPP, que revela a face autoritária, antigarantista e populista do legislador:

As nossas vigentes leis de processo asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. (...) Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. (Motivos, 1941, p. 341).

A redação originária do Título IX era “Da prisão e da liberdade provisória”, tendo a Lei 12.403/11 perdido ótima oportunidade de reparar a carga hermenêutica da redação, apenas acrescentando as “medidas cautelares diversas da prisão” e quebrando a dicotomia ou dualidade entre a prisão cautelar e a liberdade plena. O título, ao começar pela prisão, faz inferir que esta é a situação jurídica regra e permanente do imputado. A liberdade, por sua vez, possuiria caráter provisório, excepcional e posterior, o que é verdadeiro contrassenso com o modelo constitucional de processo, em violação direta à presunção de inocência.

É de se admitir que fazer tal análise trinta e cinco anos após a promulgação da Constituição traz mais facilidade ao descortinar a desconformidade e não é tão difícil convencer o leitor atento aos influxos constitucionais de que mais adequado seria se o título fosse: “Da liberdade, das medidas cautelares e da prisão provisória”. Todavia, é preciso compreender que conceber a prisão enquanto regra no título era mero reflexo do que de fato a sistemática apregoava: o indivíduo preso em flagrante deve permanecer preso até que se delibere sobre a sua possibilidade de liberdade. O estado de suspeição justificava o tratamento diferenciado do cidadão enquanto alguém prestes a ser condenado, podendo desde já ser excluído da sociedade e mantido por tempo indeterminado em prisão sem pena. Com sorte (leia-se: boa defesa técnica e/ou se de fato for comprovadamente inocente e, seguindo lógica teocrática ainda muito presente, os “ventos” conspirariam a seu favor), o acusado poderia reverter a lógica ao longo do processo e “sair pela porta da frente” das grades persecutórias, mesmo que mantendo estigma permanente e carregando traumas irreversíveis.

Até 2008, existiam cinco modalidades de prisões cautelares: (1) prisão

cabendo ao Presidente da República a autoridade suprema, exercida em nome do povo e no interesse de seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade”

em flagrante; (2) prisão temporária; (3) prisão preventiva; (4) prisão decorrente da sentença condenatória recorrível; e (5) prisão decorrente da pronúncia. Com a Lei 11.719/08 as duas últimas foram extintas, restando apenas a prisão em flagrante, a temporária e a preventiva. A diminuição do rol de prisões cautelares se deu ao encontro da sua natureza excepcional, enquanto regra de tratamento da presunção de não culpabilidade³.

Especificamente em relação à prisão em flagrante, quando da elaboração do Código de Processo Penal, a antiga redação do artigo 321 deixava antever que salvo nos casos de delito afiançável ou quando o indivíduo “livrava-se solto”, a prisão em flagrante teria o condão de perdurar até o final do processo. Apenas em 1977, com a Lei 6.416, inseriu-se parágrafo no artigo 310, o qual determinou que ao juiz incumbia conceder liberdade provisória quando inócua as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva. Só trinta e seis anos após a vigência do “atual” CPP é que se constou que não mais se justificava que alguém ficasse preso em flagrante durante todo o processo.

A mudança legislativa, contudo, não costuma ser suficiente para se transformar a cultura punitivista que até hoje se assola. Neste sentido, mesmo após 1977, a jurisprudência⁴ ainda apregoava que a prisão em flagrante era suficiente para justificar a manutenção do indivíduo em cárcere, independentemente de sua conversão em preventiva no momento subsequente à homologação do respectivo auto.

Foi preciso de mais trinta anos, com o advento da Lei 12.403/11, já sob o paradigma constitucional, para que a jurisprudência pudesse caminhar mais largamente em sentido garantista, dado o caráter claro, impositivo e mandamental do legislador: não há mais brecha para a manutenção do

³ Embora se reconheça que parte da doutrina diferencia semanticamente “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade”, no presente trabalho eles serão tratados como sinônimos.

⁴ Neste sentido, a título ilustrativo: 1 - Processo penal. Assalto tentado por soldado. Prisão logo após a prática delituosa. Pedido de liberdade provisória. Indeferimento do pedido não suficientemente fundamentado. 2 - O parágrafo único do art. 310 do código de processo penal não impõe ao juiz de exarar, de ofício, despacho fundamentado de toda e qualquer prisão que lhe seja comunicada, se entender não configurado qualquer dos pressupostos da prisão preventiva. 3 - Todavia, corre-lhe a obrigação de fundamentar a decisão sempre que a liberdade provisória é postulada e denegada.

(RHC 60417, relator(a): Alfredo Buzaid, primeira turma, julgado em 22-10-1982, dj 26-11-1982 pp-12122 ement vol-01277-02 pp-00281) Em trecho da fundamentação do voto, assevera o ministro que: “(...) É que dita denegação, posto não seja em despacho decretatório da prisão preventiva, importando em manter a custódia, requer com a fundamentação do parágrafo único, seja fundamentado”. Reconhecia-se, portanto, a possibilidade da manutenção da prisão em flagrante ainda que não configurados os pressupostos da prisão preventiva, desde que devidamente fundamentado.

cárcere em estado flagrancial por tempo indeterminado. A redação reformada do artigo 310 determinou que, após receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente decidir sobre o relaxamento da prisão, se ilegal; a conversão da prisão em flagrante em preventiva; ou a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança.

Considerando que desde a Lei 11.449/07 o artigo 306 do CPP já determinava o envio do auto de prisão em flagrante delito ao juiz no prazo máximo de vinte e quatro horas, é possível inferir que a contenção de indivíduo sob a justificativa flagrancial não pode perdurar mais que isso. Esta é uma das razões, inclusive, que alguns autores defendem que a prisão em flagrante ganhou status pré-cautelar.

Gustavo Badaró, ao analisar a natureza jurídica da prisão em flagrante, aduz que:

Com as mudanças da Lei 12.403/11, a prisão em flagrante deixou de ser uma modalidade autônoma de prisão cautelar, tornando-se apenas um momento inicial, pré-jurisdicional, da prisão preventiva ou de outra medida cautelar alternativa à prisão. Será uma medida transitória, efêmera, sem aptidão para subsistir autonomamente, razão pela qual não é mais correto considerá-la modalidade de prisão cautelar. Aliás, justamente por isso, como se verá, parte da doutrina vem tratando-a como prisão pré-cautelar. (Badaró. 2021, pg. 1156).

Ressalta-se que ainda prevalece entendimento no sentido de que a prisão em flagrante goza de natureza cautelar, não tendo o argumento acima exposto condão para elidir a característica da cautelaridade. É o que pensa autores como Tourinho Filho, Mirabete e Denílson Feitoza⁵.

Mais tarde, com a Lei 13.964/19, o artigo 310 sofreu nova reforma, em ideário ainda mais garantista: implementou-se, a nível legislativo, a audiência de custódia, com prazo máximo de vinte e quatro horas para a sua realização após o recebimento do auto de prisão em flagrante. Nela, o juiz deverá decidir igualmente sobre a manutenção do cárcere sob a titulação da prisão preventiva, pelo relaxamento em caso de flagrante ilegal ou pela liberdade provisória com ou sem fiança. Contudo, tal decisão ocorre mediante a oitiva pessoal da pessoa presa, além da dialética proporcionada pela participação da acusação e da defesa (defensor público ou advogado constituído).

Percebe-se, portanto, que houve breve elastecimento da perpetuação

⁵ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Processo Penal, 31ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 464. FEITOZA, Denílson. Direito Processual Penal: teoria, crítica e prática. 6ª ed. Niterói: Rio de Janeiro. Editora Ímpetus, 2009, pg. 840. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 18ª ed. rev e atual. São Paulo: Atlas, 2006, p. 374.

do estado de flagrante (de vinte e quatro para quarenta e oito horas, já que se conta vinte e quatro horas do recebimento do auto, que por sua vez guarda prazo de vinte e quatro horas para seu envio), mas para assegurar a presença física ou virtual da pessoa presa em audiência, visando ser ouvida sobre o ato da prisão, reforçando sua participação efetiva na persecução penal e dando-lhe poder para influir no convencimento do julgador sobre o seu estado de liberdade, além de ter mais autonomia para relatar eventuais abusos policiais e/ou tortura.

É ainda de se dar destaque que, desde a referida norma de 2007, há imposição de comunicação imediata da prisão em flagrante ao juiz competente, permitindo que desde o primeiro momento o juiz já estude o caso e até atue em hipóteses teratológicas. Nas palavras de Vinicius Diniz Monteiro de Barros, "o artigo 306 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.449/07, permite entrever o início da concretização (expansividade) do modelo constitucional de processo no procedimento ordinário da prisão em flagrante"⁶.

Diante desta breve digressão histórica, é possível notar que o instituto da prisão cautelar sofreu irradiação constitucional e consequentemente garantista, para que se fortaleça o status de liberdade do cidadão e efetive a presunção de inocência no ordenamento, forçando paulatina mudança cultural no trato do cárcere provisório.

Lado outro, analisar tão somente os avanços no procedimento do auto de prisão em flagrante, com o afunilamento peremptório de seu prazo, a extensão dos atores envolvidos e a manutenção da prisão cautelar como exceção fundamentada não se revelam suficientes para compreender sua conformação ao modelo constitucional de processo. Para além da forma, é preciso se debruçar sobre a matéria, ou seja, sobre as hipóteses ensejadoras do estado flagrancial, no bojo do artigo 302⁷, com seus quatro incisos, onde se depreende que sua redação ainda é originária, mas o olhar que se deve ter sobre elas não pode se dar com a lente arbitrária de 1941.

A etimologia do flagrante remete ao latim *flagrare* (queimar), que

⁶ BARROS, 2013. Pg. 92/93.

⁷ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

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

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

semanticamente se liga a acalorado, evidente, notório, manifesto (BRASILEIRO, 2021, p. 869). Deriva justamente da origem gramatical a analogia com o fogo: o delito que está queimando, ardendo em brasa. E o crime se torna tão sensorial que, assim como o fogo, é possível ver, cheirar, sentir seu calor e, caso não cessado, este se alastrará, podendo aumentar seus danos irreversíveis.

Embora o rol do artigo 302 não comporte interpretação extensiva ou analogia, já que evidenciaria constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, depreende-se do dispositivo quatro incisos, em que a certeza visual é categorizada em ordem decrescente. É neste sentido que a doutrina denomina o inciso I e II como “flagrante próprio”, enquanto o III seria o “quase-flagrante” e o IV o “flagrante ficto”. Apenas no I e no II o agente está cometendo ou acaba de cometer a infração penal.

De forma poética, Paulo Rangel afirma que o artigo 302:

(...) tem início com o fogo ardendo (está cometendo a infração penal – inciso I), passa para uma diminuição da chama (acaba de cometê-la – inciso II), depois para a perseguição direcionada pela fumaça deixada pela infração penal (inciso III) e, por último, termina com o encontro das cinzas ocasionadas pela infração penal (é encontrado logo depois – inciso IV). (Rangel, 2005, pg. 620).

De acordo com Hélio Tornaghi, apenas o inciso I seria o flagrante real, sendo as demais hipóteses apenas quase flagrante. Em coerência, Gustavo Badaró concorda e afirma que os incisos II, III e IV são apenas equiparações legais de hipóteses fáticas em que o crime não está sendo cometido, mas foi cometido há pouco tempo, em estado de flagrância⁸.

Resta claro que há diferença entre cessar a conduta criminosa, impedindo a continuidade dos atos executórios e capturar o indivíduo que já praticou a infração, não mais se encontra no local do delito e, quem sabe, já até demonstrou arrependimento de sua prática. Não há certeza visual, mas raciocínio lógico-indutivo que permite concluir que aquele indivíduo praticou a infração há horas ou dias, o que faria justificar sua captura.

Se já não há imediatividade e visibilidade em quem acaba de cometer a infração penal, como justificar o estado de flagrância após a perseguição ou o encontro de objetos suspeitos e indicativos de autoria? Mais que isso: como presumir que alguém é autor de infração? Quão perigoso pode ser uma fala, um sorriso, um olhar, um choro, um desabafo, um estado de embriaguez,

⁸ TORNAGHI, Helio. Instituições de Processo Penal. 2. ed., rev. e atual. São Paulo, Saraiva: 1977, pg. 52.

BADARÓ. Gustavo Henrique. Processo Penal. 9 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Pg. 1167.

um estar perto do local, um fenótipo ou trejeito? Na contramão do modelo constitucional de processo, só se justifica conceber puramente tal momento enquanto “estado flagrancial” se o considerarmos como o início da persecução penal em face de alguém, já no intento de coletar indícios.

Todavia, trazendo mais uma vez as lições de Vinicius Diniz Monteiro de Barros:

Se o procedimento da prisão em flagrante está sob o modelo constitucional de processo no marco do Estado Democrático de Direito, não subsistem os incisos II, III e IV do artigo 302 do CPP, que elastecem as hipóteses de flagrância delitiva. Duas razões muito claras militam neste sentido. A primeira é que a prisão em flagrante não se aproveita como oportunidade de produção probatória solipsista (sem processo). A segunda é que a definição do flagrante não pode ficar entregue ao solipsismo experimental (vivência do que ordinariamente acontece) dos executores de medidas constritivas de liberdade alheia. (Barros, 2013, pg. 89).

Conceber os incisos II, III e IV do artigo 302 – notadamente os dois últimos – enquanto hipóteses flagranciais também é reconhecer um dos vários ranços autoritários que ainda circundam a legislação. Inevitavelmente, permite-se legalmente a contenção do indivíduo em situações absolutamente discutíveis, sob a pecha da extensão da certeza visual, a qual já tem caráter alucinógeno no processo (afinal, se eu vi e tenho certeza, para que o processo?)⁹ e aumentam demasiadamente o ônus argumentativo do cidadão em desconstruir toda a narrativa condenatória que já recai sobre a sua conduta.

Cumpra ainda esclarecer que, conforme apregoa Aury Lopes Jr., a prisão em flagrante é procedimento, constituído dos atos da captura, condução, lavratura do auto de prisão em flagrante, possível arbitramento de fiança e recolhimento formal à prisão (Junior, 2020). O estado flagrancial é pressuposto para que a autoridade policial lavre o APFD, mas não se confunde com este.

Neste sentido, ao analisar brevemente os aspectos formais e materiais da prisão em flagrante, depreende-se que para que o instituto esteja em conformação constitucional, é preciso, preliminarmente: (i) impor lapso temporal peremptório para a breve contenção do indivíduo sob o fundamento flagrancial, com obrigatória análise judicial para a mudança do título prisional cautelar (mediante provocação) ou então o relaxamento (se

⁹ Termo utilizado por Aury Lopes Júnior em “Sistemas de investigação preliminar no processo penal”.

ilegal a prisão) ou concessão da liberdade provisória, o que foi devidamente feito pela Lei 11.449/07 e 12.403/11; (ii) esvaziar a finalidade de coleta probatória da prisão em flagrante, tendo esta por finalidade tão somente e cessação dos atos executórios da conduta criminosa ou da continuidade delitiva, além de preservar a integridade da pessoa presa; e (iii) enquanto a redação do artigo 302 do CPP se manter a originária, conceber às hipóteses dos incisos III e IV cuidado criterioso e atento, não considerando o estado flagrancial quando a única finalidade possível no caso seja a antecipação indevida da coleta probatória.

Conformar constitucionalmente a prisão em flagrante é também reconhecer que tal instituto não deve ser extinto. Até porque há importante elemento democrático na prisão em flagrante desde sua redação originária: qualquer do povo poderá efetuar a captura do indivíduo, primeira fase do procedimento flagrancial, hipótese prevista no artigo 301 do CPP. É legítimo cessar a conduta criminosa quando se há fortes elementos de visibilidade de sua prática. Faz parte da manutenção da ordem pública, da contenção da barbárie e do reconhecimento cidadão de que incumbe ao Estado a segurança pública, mas com efetiva participação social em sua construção quotidiana. Demonstrar a interseção da prisão em flagrante com a segurança pública e sua interlocução do processo penal democrático é tarefa do próximo tópico.

3 A NATUREZA HÍBRIDA DA PRISÃO EM FLAGRANTE: Entre a intervenção de força da segurança pública e o início da persecução penal

Ferrajoli, ao falar sobre a tipologia das medidas da polícia, o estado de periculosidade e o suspeito, elenca a prisão em flagrante enquanto medida de polícia e espécie de custódia cautelar, trazendo alertas para a sua concepção. O autor denomina como:

(...) medidas de polícia todas as sanções ou medidas de defesa e controle social diversas da "pena", mas da mesma maneira restritivas da liberdade pessoal ou de outros direitos fundamentais, isto é, todo aquele amplo espectro de provimentos coercitivos e de potestades policiais erigidos em grande parte pela legislação liberal do século XVIII (leis referentes à segurança pública e leis pós-unificação contra as classes perigosas), sistematizadas de forma orgânica pelo legislador fascista (Código Rocco de 1930 e o texto único de leis de segurança pública de 1931) e posteriormente desenvolvido pelo legislador republicano (as leis com relação às pessoas perigosas de 1956, lei antimáfia de 1965 e a legislação excepcional dos anos setenta). Nesse conjunto ainda incluirei: a) a custódia cautelar, b) as medidas de segurança; c) as medidas de prevenção", d) as medidas cautelares de polícia judiciária', e) as medidas de ordem pública.

(Ferrajoli, 2002, pg. 618).

Segundo o jurista italiano, a captura de sujeito suspeito logo após o fato pode trazer desvirtuamentos de ordem punitiva e processual, já que o flagrante pode se converter em medida de antecipação de pena e de constrangimento à confissão, em claro uso do indivíduo como “bode expiatório” para fins de prevenção geral da pena:

Políciaescas, de outra parte, são também as duas funções efetivas - de ordem punitiva e processual - desenvolvidas com prevalência pela polícia. A primeira função é aquela ligada à sua natureza de pena antecipada. Sob tal aspecto, a captura do imputado suspeito imediatamente após o fato representa, indubitavelmente, a medida de defesa social mais eficaz: primeiro se pune, e, depois, se processa, ou melhor, se pune processando. (...) A segunda função hoje assumida pelo cárcere preventivo é aquela diretamente inquisitória. De forma cada vez mais comum a captura é ordenada, e sobretudo mantida, para constranger o imputado a confessar ou a colaborar (Ferrajoli, 2002, pg. 624).

Da obra garantista, contudo, é possível depreender que, embora suas funções devem ser esvaziadas, não devendo importar antecipação da pena ou constrangimento à confissão, a prisão em flagrante é medida de polícia com caráter de defesa ou controle social. Não por acaso, a prisão em flagrante é compreendida como medida de autodefesa da sociedade, já que qualquer cidadão possui legitimidade para realizá-la. Nesta esteira, não soa espantoso que a Constituição de 1988 tenha excepcionado a prisão em flagrante do mandado judicial, da inviolabilidade domiciliar e da imunidade parlamentar nos crimes inafiançáveis.¹⁰

Ora, se até o constituinte, em viés democrático, republicano e cidadão, além de permitir a sobrevivência da prisão em flagrante, a excepcionou diante de importantes direitos e garantias fundamentais, bem como prerrogativas, é sinal que ela é necessária e talvez imprescindível à manutenção da ordem social, ostentando carga jurídica, mas também de segurança pública.

É bem verdade que é preciso tomar cuidado, mesmo no Estado

¹⁰ CF/88, artigo 5º, XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; art. 53, § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

Democrático, com o “relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça”.¹¹

Embora não deva ser banalizada (leia-se: midiaticizada ou tratada como panaceia), é bastante compreensível do porquê a prisão em flagrante deve ser mantida, defendida e erigida a status constitucional: ela é uma das principais medidas de segurança pública que tem o condão de conter a barbárie, a vingança privada, o linchamento, o julgamento leigo, subjetivo, individual e controverso. Ela se consubstancia enquanto uma das formas de se iniciar o inquérito policial, que simboliza o início da persecução penal tão logo o delito é cometido.

Seguindo a lógica rousseauiana na obra “Do Contrato Social” de que a segurança do indivíduo é assegurada por meio do contrato social, em pacto coletivo que o particular abre mão de parcela da própria liberdade em nome do público, não pode o Estado se abster de exercer tal papel, cabendo a ele cominar crimes e penas, mas também efetuar a repressão daquele que transgredir a norma penal, utilizando-se do processo para obter a prestação jurisdicional e aplicar o direito penal objetivo.

Se cabe ao Estado a repressão penal e é ínsito ao viver em sociedade a transgressão penal (daí a necessidade de norma, de controle, de sanção, da função preventiva, da teoria da pena e do delito que o direito penal e a criminologia tanto se debruçam), é questão de segurança pública conter aquele indivíduo que visível e imediatamente pratica o delito, em violação ao pacto e ao Estado. Por outro lado, na perspectiva democrática, deve ser assegurado ao cidadão meios de exercer o controle sob tal captura, certo de que após ela se seguirá procedimento estabelecido em lei, tramitando por meio dos órgãos oficiais e com probidade dos agentes públicos.

É neste sentido, inclusive, que o constituinte apregoa que a segurança é dever do Estado, mas é direito e responsabilidade de todos, incumbindo às polícias a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Neste ponto, cabe a advertência de Eugenio Raúl Zaffaroni: “O Estado de polícia que o Estado de direito carrega em seu interior nunca deixa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de direito lhe coloca”

¹¹ JÚNIOR, Aury Lopes. DA ROSA, Alexandre Morais. *Mais uma vez: não confunda a função da prisão cautelar*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/limite-penal-vez-nao-confunda-funcao-prisao-cautelar/> . Acesso em: 04 de junho de 2024.

¹². Contextualizando a frase à temática aqui proposta, é de se reconhecer que enquanto houver delito, haverá necessidade da polícia. O delito também não deixa de pulsar.

Seguindo o marco teórico garantista e concebendo a criação do crime pelo viés convencionalista, enquanto houver norma proibitiva, haverá condutas transgressoras, ainda que se idealize em contrário e defendam utopicamente um mundo ausente de conflitos. Demonizar a polícia e colocá-la como necessariamente antidemocrática soa precipitado, genérico e por vezes até ingênuo, como se os graves conflitos penais pudessem ser resolvidos por autocomposição. A polícia deve, por mandamento constitucional, assumir compromisso democrático e, a partir disso, reformular práticas e técnicas sem perder a eficácia investigativa.

A repressão sobre quem transgredir a norma é fundamental para a manutenção da própria eficácia normativa, mas também para o controle social¹³. Se tal medida é inarredável, é preciso conformá-la constitucionalmente, permitindo ao cidadão meios de constante vigilância sobre o que é feito sob o respaldo e justificativa da segurança pública, como assim se pretende ser o Estado Democrático, ponto que será explorado no próximo tópico.

4 A FELIZ METONÍMIA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL COMO SISMÓGRAFO DO MODELO DE ESTADO: A manutenção da prisão em flagrante no processo democrático

De acordo com o professor alemão Claus Roxin, o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição, uma vez que nele reside a atualidade política da Carta Fundamental. Segundo dados e informações do Observatório Nacional, sismógrafo é um aparelho que detecta os movimentos do solo, incluindo os gerados pelas ondas sísmicas. Para medir a intensidade dos terremotos, é empregado o uso do instrumento de alta sensibilidade, gerando gráficos que representam as oscilações do terreno em caso de tremor de terra¹⁴. Toda vez que o solo oscila, o ímã se movimenta e gera nessa

¹² Zaffaroni, 2007, pg. 170.

¹³ Não se adentrará na discussão entre justificacionistas e abolicionistas sobre a necessidade da pena privativa de liberdade, já que seria preciso delongar e fugiria bastante do tema da pesquisa.

¹⁴ O primeiro sismógrafo de que se tem registro na história foi criado na China, no ano de 132, por Zhang Heng, e foi batizado de Sismocópio. O objeto, uma espécie de vasilhame, consistia de oito dragões acoplados, cada um com uma bola de metal na boca, e abaixo deles oito sapos também de metal. Quando um terremoto acontecia, a boca de um dos dragões se abria e a bola caía na boca de um dos sapos. Dessa maneira, como os oito dragões representavam as coordenadas de direção da terra, era possível saber a origem da propagação do sismo. Mais

bobina uma corrente elétrica, transmitida através de cabos até o sismógrafo. Dentro do equipamento, uma caneta, movimentada a partir dos impulsos elétricos do sismômetro, desenha os gráficos em uma bobina de papel, gerando, assim, os sismogramas.

O uso desta figura de linguagem é bastante feliz ao empregar termo que, até de forma metafórica, simboliza a possibilidade de se medir o grau democrático por meio do tratamento dado ao processo penal, já que seu uso indiscriminado, desproporcional e com a lógica subvertida da liberdade enquanto exceção, tende a desenhar gráfico típico de tensão institucional, como prenúncio de terremoto, deixando às claras a face do arbítrio e da barbárie, sem participação cidadã, ainda que amparados sob o manto da legalidade e com fundamentação constitucional. Ao falar sobre a contenção do indivíduo em sede cautelar, o autor discorre:

Entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito: os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário (Roxin, 2000, pg. 129).

Do trecho, é facilmente extraível que o penalista não abomina o cárcere cautelar. Pelo contrário: considera-o imprescindível em alguns casos para uma “justiça penal eficiente”. No Estado que se pretende democrático, o critério regulador da imposição do cárcere cautelar é justamente a proporcionalidade, com seus subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Nesta senda e respectivamente, avaliar se há meio menos gravoso, se a medida atinge seus fins e os bônus superam os ônus é tarefa fundamental dos atores da persecução penal para restringir a liberdade do indivíduo.

Afinal, não é cansativo repetir: a regra é a liberdade. Ela dispensa justificção, ponderação ou avaliação. A proporcionalidade não é utilizada

informações no link: <https://redeglobo.globo.com/globociencia/noticia/2011/11/saiba-mais-sobre-o-sismografo-e-como-os-terremotos-sao-registrados.html> Acesso em: 07 de junho de 2024.

para mantê-la, mas para tirá-la ou restringi-la. Valer-se da proporcionalidade para decretar medidas de cunho cautelar é reconhecer a necessidade de critério objetivo, apto a servir como régua sismográfica do respeito às liberdades individuais, corolário do Estado Democrático, permitindo que o cidadão consiga aferi-lo, senti-lo e criticá-lo, já que a democracia é um eterno “porvir”.

Piero Calamandrei já alertava que, “sem a cautela, ter-se-ia um remédio longamente elaborado para um doente já morto”¹⁵. Compreender que as medidas cautelares são fundamentais à persecução penal é baliza que deve ser bem fixada neste trabalho. O que se pretende demonstrar é que a forma de trata-las normativa e efetivamente, no seio das instituições policiais e judiciais, é o que dá a cor e a forma ao nivelamento do Estado Democrático.

Afunilando a discussão para a prisão em flagrante, e seguindo a posição majoritária de sua natureza cautelar, deve-se ter em mente que a proporcionalidade também é importante critério a ser utilizado não só na aplicação da prisão, como na interpretação das normas. Afinal, o artigo 282, que inaugura o Título IX do CPP traz expressamente os subprincípios da necessidade e adequação como critérios a serem observados em todo o rol de cautelares, o que se inclui a prisão em flagrante, cujo capítulo regulador se encontra inserido no título.

Desta feita, por mais que soe óbvio, não é demais ressaltar que não se coaduna com o Estado Democrático as prisões para averiguação, representando verdadeira contenção da liberdade individual motivada por mera suspeita ou intuição do policial, fundadas em seus estereótipos e preconceitos. Nessa esteira, também não se justifica a captura em estado flagrancial com base no mesmo fundamento sob pena de ressuscitar a prisão por averiguação transvestida de legalidade.

A linha que separa a prisão para averiguação da prisão em flagrante pode ser bastante tênue: basta que se utilize da fundada suspeita - conceito jurídico indeterminado que pode servir de sustentáculo à própria averiguação – para proceder à busca pessoal e, diante do encontro de objetos, papéis, ou instrumentos que façam presumir ser o indivíduo autor da infração, capture-o sob o pretenso estado flagrancial. Neste sentido, um mero papel com números anotados, dinheiro em notas trocadas, embalagens plásticas de sacolé ou microtubos vazios podem sugerir a traficância, justificando preliminarmente a

¹⁵ Calamandrei. 1936, p. 19.

contenção do indivíduo. A mera posse de aparelho celular sem nota fiscal pode sugerir a receptação (como se os cidadãos andassem acompanhados das notas fiscais dos seus celulares em caso de abordagens policiais)¹⁶. Ora, isso é captura por flagrante ficto ou prisão para averiguação? Dependerá da fundamentação e do desenho institucional que o sismógrafo aponta. Fato que parece indiscutível é que num Estado que se pretende democrático, nem mesmo a busca pessoal poderia ter sido realizada.

Não por acaso os Tribunais Superiores tanto insistem em trazer parâmetros objetivos para a fundada suspeita da busca pessoal, nos termos do artigo 240 do CPP, não satisfazendo a exigência legal, por si só, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições/impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, baseadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial¹⁷.

Somado a isso, merece destaque trechos da ADI 4109, cujo objeto de controle de constitucionalidade foi a prisão temporária, sendo realizada interpretação conforme à Constituição para reputá-la constitucional. Sobre a prisão por averiguação, Edson Fachin sustenta que:

A prisão para averiguação foi instrumento utilizado como forma manifesta de constrangimento. Ela implicava o arrebatamento de pessoas pelos órgãos de investigação, que eram presas, para aferir a vinculação delas a uma infração, ou para investigar a sua vida pregressa. Essa prisão para averiguação é de todo ilegal e caracteriza abuso de autoridade. (Fachin, 2022, pg. 27).

Desta feita, percebe-se que há delimitação bem clara que a prisão em flagrante é exceção à prévia jurisdicionalidade de sua decretação, mas que jamais pode ser confundida com a contenção para averiguação, equiparando-se à ilegal atividade de *fishing expedition*¹⁸. No Estado Democrático, o flagrante só se justifica diante dos elementos da visibilidade e

¹⁶ Os exemplos dados no presente trabalho são casos reais que esta subscritora, enquanto Delegada de Polícia, já teve de analisar, por mais de uma vez, nas capturas flagranciais de indivíduos.

¹⁷ A título ilustrativo: STJ. 6ª Turma. RHC 158.580-BA, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 19/04/2022 (Info 735); STF. Plenário. HC 208.240/SP, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 12/4/2024 (Info 1132).

¹⁸ Trata-se a "fishing expedition" de uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que "lança" suas redes com a esperança de "pescar" qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação. Ou seja, é uma investigação prévia, realizada de maneira muito ampla e genérica para buscar evidências sobre a prática de futuros crimes. Como consequência, não pode ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de malferimento das balizas de um processo penal democrático de índole constitucional (conceito trazido por Philippe Benoni Melo e Silva).

imediatividade e só se sustenta com o fugaz estado de seu título cautelar até a pronta análise e medida judicial sobre a manutenção da privação da liberdade.

Reconhece-se, todavia, que diante da manutenção da figura do “quase-flagrante” e do “flagrante ficto” no ordenamento jurídico, sem quaisquer revogações e/ou declarações de não recepcionalidade desde então, é possível e mandamental conformá-lo constitucionalmente, embora não sem esforço hermenêutico.

5 CONCLUSÃO

Compilando tudo que foi falado no presente trabalho, é possível tecer alguns pressupostos da prisão em flagrante no bojo do processo penal constitucional que acabam por contribuir e fomentar o viés garantista do instituto:

- (i) A prisão em flagrante é procedimento complexo, o qual se subdivide em atos/fases: captura, condução à autoridade policial, lavratura do auto de prisão em flagrante delito (com possível arbitramento da fiança) e recolhimento à prisão. A captura possui importante elemento democrático, já que pode ser realizada por qualquer do povo. Todavia, para evoluir às fases subsequentes, está condicionada à subsunção fático-normativa da tipicidade delitiva somada à configuração do estado flagrancial, tarefa que incumbe inicialmente ao Delegado de Polícia, seguindo-se à análise judicial;
- (ii) O título prisional calcado no flagrante deve ser necessariamente breve, durando não mais que quarenta e oito horas, impondo rápida apreciação judicial na audiência de custódia, ocasião em que a manutenção do cárcere só justificará em sede prisão temporária ou preventiva, devidamente fundamentada, as quais jamais simbolizam antecipação de pena;
- (iii) O estado flagrancial, pressuposto da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito, imprescinde dos elementos da visibilidade e imediatividade, razão pela qual o quase-flagrante e o flagrante ficto, por mais que sejam hipóteses legais, devem ser concebidos com parcimônia e interpretação conforme à Constituição para não representar e transvestir a prisão para averiguação;
- (iv) A finalidade da prisão em flagrante é adstrita à cessação do delito, constituindo-se, portanto, em medida de autodefesa da sociedade.

Causa e consequência, todavia, não se confundem. O auto de prisão em flagrante delito dá início ao inquérito policial e, por consequência, faz iniciar a persecução penal. Contudo, a causa da captura flagrancial jamais pode ser motivada pela pronta coleta indiciária de elementos de autoria e materialidade, visando dar (falsos) contornos mais eficazes e prováveis de condenação.

- (v) Faz parte do viés democrático que a lavratura do auto de prisão em flagrante delito exige participação de vários atores, não ficando restrita apenas à figura Delegado/Juiz. Não se defende a dialética tipicamente processual nesta fase da persecução penal, mas é fato que é faculdade legítima do investigado exercer sua autodefesa e também constituir defesa técnica, seja particular ou pública. Ainda além, testemunhas, vítimas e peritos fornecem elementos fundamentais à tomada de decisão policial e judicial, razão pela qual não devem ser subestimados, tampouco, excluídos. Desta feita, é importante criar ambiente possível e propício ao diálogo e à coleta de declarações/depoimentos dentro do prazo de vinte e quatro horas da realização da prisão, visando constar da forma mais fidedigna possível o que foi falado/narrado para o caderno apuratório, em transição do falado para o escrito. Ressalta-se que o inquérito policial, escrito por natureza, deve evitar se deixar contaminar pela perda conteudista desta transcrição.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BARROS, Vinicius Diniz Monteiro de. **A prisão em flagrante no modelo constitucional de processo**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 jul. 2024.

BRASIL. **Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal Brasileiro**. Diário Oficial da União, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 29 jul. 2024.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2021.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Pádova: Cedam. 1936.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão : teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli**. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. Niterói: Rio de Janeiro. Editora Ímpetus, 2009.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**, 31ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 8. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsern. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. rev e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução**. 11. ed. Rio de Janeiro, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. – 16. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo, Saraiva: 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal** – volume 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugénio Raul. **O inimigo do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.