

PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA PRISAO PROVISÓRIA E A PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO

RODRIGO MORAES SÁ¹

RESUMO

O estudo da razão da prisão provisória é pertinente no atual contexto de violência vivido pela sociedade, que estimulada pela mídia, busca soluções repressivas que tendem a suprir direitos e garantias fundamentais. A crise da atual política criminal decorre da violência estatal e estrutural que descontextualiza os conflitos sociais, transformando-os em conflitos individuais, através de desvios de conduta, previamente criminalizados. A Constituição Federal, apesar de ter formalmente garantido os direitos fundamentais à liberdade e à igualdade, não se instrumentalizou com os meios essenciais à sua efetivação, sendo desconstituída pelo processo econômico de exclusão. O processo penal é um instrumento de defesa social. Por essa razão, a grande dificuldade em incorporar substancialmente normas, princípios e garantias individuais. Assim, a ponderação entre o bem comum e os direitos individuais fundamentais em cada caso, é fundamental para que se possa cogitar da solução, sem malferir direitos constitucionalmente estabelecidos. Diante da situação apresentada, a importância do trabalho resume-se em demonstrar a conciliação entre o interesse social repressivo e as novas perspectivas sociais e políticas, através de uma análise minuciosa a respeito dos requisitos e pressupostos autorizadores da prisão em flagrante delito em consonância com os princípios constitucionais.

Palavras-Chave: prisão cautelar; prisão em flagrante; princípios constitucionais.

¹ Procurador do Município de Diadema, Advogado militante nas áreas de Direito Civil e Penal, Articulista, Parecerista, Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Paulista de Direito, Pós-graduado com especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Cidade de São Paulo. E-mail: rmoraes_sa@yahoo.com.br

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO.....	4
2 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REGEDORES DA PRISÃO PROVISÓRIA.....	5
2.1 – Princípios e garantias fundamentais.....	5
2.2 – Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.....	7
2.3 – Princípio constitucional da liberdade.....	8
2.4 – Princípio constitucional do direito-dever de punir do Estado.....	9
2.5 – Princípio constitucional da motivação.....	10
2.6 – Princípio constitucional da proporcionalidade.....	11
2.7 – Princípio constitucional da duração razoável da prisão.....	12
3 – PRISÃO EM FLAGRANTE.....	14
3.1 – Natureza Jurídica.....	14
3.2 – Sujeitos do Flagrante.....	15
3.3 – Autoridade Competente.....	16
3.4 – Auto de Prisão em Flagrante.....	16
3.4.1 – Formalidades.....	16
3.4.2 – Prazo para sua Lavratura.....	20
3.5 – Nota de Culpa.....	21
3.6 – Espécies de Flagrante.....	22
3.7 – Flagrante nos Crimes de Ação Penal Pública Condicionada e nas Hipóteses de Ação Privada.....	24
3.8 – Flagrante em Crime Habitual e Permanente.....	25
3.9 – Do Recolhimento e Soltura.....	26

4 – CONCLUSÃO.....	28
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	30

1 – INTRODUÇÃO

O legislador constituinte de 1988 consagrou o status constitucional da prisão cautelar ao manter a possibilidade da sua existência, impondo, entretanto, limites a esta mesma prisão processual, na medida em que aplicá-la de forma indiscriminada poderá violar direitos e princípios constitucionais de alta relevância. A constitucionalização do processo penal permitiu a inserção das garantias individuais consubstanciando a efetiva proteção da liberdade em contraponto com a necessidade custódia acautelatória.

Referidos dispositivos constitucionais surgiram como elementos complicadores, instalando uma possível incompatibilidade entre os institutos da custódia provisória, ou prisão antecipada dos acusados, e os princípios regedores da prisão.

Não obstante a adoção de diversos princípios ligados a matéria pelo legislador constituinte, o próprio texto constitucional vigente admitiu também a prisão provisória ou cautelar, ao lado daquele princípio, uma vez que permitiu “por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (artigo 5º, LXI), sem fazer qualquer restrição à oportunidade processual de tal medida cautelar.

Dessa forma, se fez necessária a realização de um estudo aprofundado do tema com o escopo de demonstrar que as prisões cautelares devem ser decretadas apenas quando tal medida se mostrar estritamente necessária e em caráter excepcional. As prisões provisórias não devem ser utilizadas indiscriminadamente, como instrumentos de punição e controle da sociedade pelo Estado. Aliás, essa é uma decorrência do princípio liberal de inocência, que impede seja dispensado ao réu ou indiciado, o mesmo tratamento que se dispensa aos condenados, impondo-lhes prisões provisórias com caráter punitivo.

Para tanto, elaboramos, num primeiro plano deste trabalho, as noções preliminares das enunciações normativas de valor genérico a nível constitucional que condicionam, orientam e norteiam o instituto da prisão.

No campo destinado a prisão em flagrante, que constitui a única exceção prevista pela Constituição Federal, de que qualquer prisão será realizada por ordem escrita, a pesquisa foi centrada em suas espécies, já que a legislação processual penal prevê três situações de flagrância (flagrante próprio, impróprio e o flagrante ficto); formalidades, que devem ser seguidas, pois fundamentais para garantir ao cidadão o contraditório e a ampla defesa; além de outros aspectos de suma importância para a exploração do tema.

No desenvolvimento da pesquisa incursionou-se por correntes doutrinárias que hodiernamente se apresentam cada vez mais restritivas à solução de aprisionamento em massa, não deixando de procurar observar o Direito Penal e Processual sistematizados, além da Constituição Federal.

2 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REGEDORES DA PRISÃO PROVISÓRIA

Discorrer sobre os princípios constitucionais e garantias fundamentais que estão ligados à questão da prisão provisória revela-se importante para o desenvolvimento do raciocínio que se empregará no decorrer da exposição, à proporção que se deva reconhecer a precedência que possuem em relação aos dispositivos legais infraconstitucionais que dispõem sobre a vida do homem em sociedade e, em especial, sobre as questões relativas à liberdade e a sua manutenção.

2.1 – PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Diante da complexidade da vida social, torna-se necessário a regulamentação das diversas questões que surgem com a convivência de seus membros, através de normas.

A existência de regulamentação de uma sociedade organizada e o aumento de sua complexidade resultaram de sucessivos avanços do pensamento e da própria aceitação por parte dos homens quanto à sua necessidade e forma.

A organização política das novas sociedades que surgiram era refletida nas legislações editadas, e nos primórdios da civilização, diplomas legais únicos, dentre os quais se destacam a legislação mosaica, o Código de Hamurabi, o Código de Manu, a Lei das XII Tábuas, o Alcorão, revestiam-se da condição de satisfazer a comunidade por eles regida, algumas delas traçando normas de convivência mescladas a preceitos religiosos.

Houve, paulatinamente o reconhecimento da inevitabilidade do surgimento de legislações mais específicas e aprofundadas, com maior pormenorização no tratamento das diversas questões que pudessem vir a ser enfrentadas.

Evoluiu-se, igualmente, no que diz respeito imprescindibilidade de se por freios à atuação estatal, de modo a permitir ao indivíduo a mínima condição de defesa contra o arbítrio.

Tratando especificamente da Magna Carta, Vicente Greco Filho relembra que o conceito de direitos e liberdades na concepção atual inexistia, pois em verdade, “as modernas idéias de liberdade nem sequer tinham sido formadas”, sendo consideradas como privilégios para

os barões, afastando-se da idéia de direitos individuais no sentido atual, isto é, “de direitos iguais para todos e que contra todos podem ser contrapostos.”²

De fundamental importância, nesse contexto, a Constituição de um país, isto é, o conjunto de regras ou princípios que têm por objeto a estruturação do Estado, a organização de seus órgãos supremos e definição de suas competências, ou de forma resumida, “o conjunto de normas estruturais de uma dada sociedade política.”³

Nessa condição não se pode deixar de observar como se dá a incidência dos princípios e garantias constitucionais.

A codificação ou constitucionalização de certas situações são precedidas de movimentos populares, espontâneos ou decorrentes de manifestações de formadores de opinião, como da imposição da vontade de grupos dominantes ou do próprio governante, no sentido de fazer valer interesses, prerrogativas ou necessidades.

Existem, no entanto, circunstâncias que são comuns a todos, que interessam à coletividade sem importar a condição de poderoso ou dominado, de economicamente bem dotado ou hipossuficiente, de cor, religião ou origem.

Tais aspectos representam os princípios que, em geral, assumem a condição de universalidade, pois interessam ao ser humano e não somente a uma determinada parcela de pessoas.

Ainda se pode dizer sobre eles, que permitem “a congruência, o equilíbrio, a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. (...) São qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.”⁴

Verifica-se, pois, que a consagração dos princípios e sua convalidação nas cartas constitucionais obrigam o legislador, em primeira instância, a ao aplicador da lei, na continuidade, a verificar se as disposições legais estão em consonância com suas indicações, como constatar se efetivamente é possível a utilização nos casos concretos e, em sendo, observar como podem fazê-lo.

² GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 29.

³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 274.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 265.

Além disso, os princípios, com a importância que têm, em determinadas situações são guindados à condição de garantias, isto é, funcionam com meio de proteção do indivíduo contra a ação do Estado, exigindo dele, quando de sua ação, a observância de aspectos específicos, sob pena de invalidade.

A respeito, preleciona Antonio Magalhães Gomes Filho, no que vem a consistir as garantias fundamentais:

Mas, na sua acepção mais valiosa e difundida, garantia indica a sustentação, a proteção, a tutela das posições do indivíduo na sociedade política, as chamadas liberdades individuais; sugere, assim, a existência de mecanismos presentes no ordenamento cujo objetivo é tornar seguros os direitos dos cidadãos, diante do poder estatal e também dos outros cidadãos.⁵

Sendo assim, sua “consagração no texto constitucional é importante porque, dada a hierarquia das normas legais, faz com que tais disposições se sobreponham, quer ao legislador ordinário, quer ao administrador público.”⁶

Nesse contexto, tem-se que os princípios, os direitos, assim como as garantias, existem para assegurar ao ser humano a melhor convivência, a igualdade de condições, a liberdade em amplitude, protegendo-o do Estado, em sua forma opressora. Ao mesmo tempo, asseguram ao Estado, criado para favorecer ao ser humano e propiciar a vida comunitária sem a violência e a supremacia do mais forte, condições para que exerça sua função reguladora, prevenindo os males que possam vir a assolá-lo, como impondo punições a quem venha malferir os regramentos estabelecidos.

2.2 – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O respeito pela dignidade humana é atualmente aceito como um princípio universal, presente no ordenamento jurídico de qualquer nação civilizada. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25.

⁶ GRECO FILHO, Vicente. Ob. cit., p. 38.

Pressupõe a existência de respeito à vida e à integridade física do ser humano, como a presença de condições mínimas para existência digna, resguardadas a intimidade e a identidade do indivíduo, com a garantia de igualdade para com outrem, sem que possa excluir também sua condição psicofísica.

Vê-se, assim, que a dignidade é, sem sombra de dúvida, um predicado inerente à condição do homem, uma condição essencial à sua auto-estima, ao respeito por parte de outrem, uma qualidade que é absolutamente fundamental ao gozo pleno da vida.

Seu reconhecimento na constituição determina a admissão da existência de outras disposições que venham a garantir o acesso à educação, à saúde, ao trabalho, enfim, a tudo quanto possa contribuir para que a vida possa ser vivenciada sem carências, em toda sua plenitude.

No âmbito do Direito Processual Penal, a repercussão impõe o “reconhecimento de que o acusado deixou definitivamente de ser o objeto do processo para ser sujeito da relação processual, titular de direitos processuais e apto a exercê-los em igualdade de condições em relação ao autor da demanda.”⁷

Disso advém a condição de vir a ser julgado de forma justa e legal, sendo-lhe assegurado o direito à prova e contraprova, buscar a defesa de forma mais ampla, em processo público, no qual lhe é assegurada a paridade de tratamento com a parte responsável pela acusação.

2.3 – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE

O significado que aqui se deve prestar é a liberdade física, a liberdade de movimentação, pois o termo liberdade é de uma amplitude considerável, compreendendo o direito à escolha da crença, da atividade profissional, da liberdade política, da liberdade do pensamento, liberdade de reunião e associação, de expressão etc.

É a liberdade em sua forma mais visível ou perceptível, qual seja, a de ir e vir, de livre escolha para deslocamentos ou paradas, exercício de atividade ou ócio, enfim, tudo quanto fique ao critério do ser humano, sem a interferência do ente estatal, ou, em resumo, a liberdade física, ou da pessoa física.

⁷ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da constituição*. Rio de Janeiro:Forense, 1992, p. 9.

A liberdade da pessoa física “é a possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhoras de sua própria vontade e de locomoverem-se desembaraçadamente dentro do território nacional.”⁸

O reconhecimento efetivo desse direito, sua consolidação constitucional, está no texto do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. Pode, no entanto, vir a ser cerceada em condições especialíssimas, desde que se faça presente o conjunto de razões legais, previamente definidas, que justifique a restrição.

2.4 – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DIREITO –DEVER DE PUNIR DO ESTADO

A criação do ente estatal fez com que a ele se transferissem as obrigações relativas à boa e pacífica convivência do homem em sociedade, o que acabou sendo efetivado com a regulamentação de condutas.

Isso pressupõe a condição de vir a apreciar, por intermédio dos agentes encarregados de sua implementação, a prática infracional atribuída ao indivíduo, vindo a deflagrar a persecução penal e, quando de sua conclusão, acaso presentes a demonstração de materialidade, autoria e culpabilidade, condená-lo, estabelecendo a reprimenda correspondente.

Também pode se dizer que ao Estado compete o *ius perseguendi* ou *ius persecutionis*, que se consubstancia no “poder-dever de promover a perseguição do indigitado autor da infração penal até o momento em que lhe seja imposta, definitivamente, com o trânsito em julgado da correspondente sentença condenatória, a sanção em lei estabelecida”.⁹

Toda linha de raciocínio empregada para justificar o monopólio estatal também vem a encontrar suporte na argumentação de Vicente Greco Filho:

É fácil entender que, se fosse admitida a justiça privada, estaríamos no império da insegurança e arbítrio. De fato, àquele que tem uma pretensão, quando atua concretamente para satisfazê-la, não importa a declaração da existência ou inexistência de seu direito, mas somente a submissão da vontade do outro à sua vontade.¹⁰

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 210.

⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 15.

¹⁰ GRECO FILHO, Vicente. Ob. cit., p. 91.

No entanto, tudo deve convergir para que haja equilíbrio entre os atuantes na apuração e eventual processo-crime dela decorrente, de modo a não permitir que o Estado, por qualquer de seus agentes, venha a agir de modo arbitrário ou possua condição de superioridade. Isso impõe, no que tange à prisão provisória, limites expressos a eventual furor acusatório, à tentativa de respostas prontas à reação da sociedade, mesmo quando exija imediata satisfação.

2.5 – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO

A motivação dos atos jurisdicionais, conforme imposição do artigo 93, IX, da Constituição Federal, funciona como garantia da atuação imparcial e *secundum legis* (sentido lato) do órgão julgador.

Presta-se a motivação dos atos judiciais a servir de controle das partes sobre a atividade intelectual do julgador, para que verifiquem se este, ao decidir, considerou todos os argumentos e as provas produzidas pelas partes, e se bem aplicou o direito ao caso concreto.

Intolerável, portanto, decisões judiciais que se limitam a uma vazia repetição de jargões ou de expressões jurídicas abstratas, reprodutoras, muitas vezes, de um comodismo intelectual daqueles a quem a parte confiou uma prestação jurisdicional mais qualificada.

De qualquer modo, é dever do magistrado explicitar o seu convencimento quanto à necessidade da segregação cautelar. Tal fundamentação somente será, a seu turno, possível se forem indicados os motivos pelos quais se decreta a prisão, não sendo satisfatório, evidentemente, limitar-se a autoridade judiciária a dizer que a prisão, temporária é imprescindível para as investigações do inquérito policial, ou que a liberdade do acusado põe em risco a ordem pública.

Neste sentido se alinha o pensamento de Hélio Tornaghi ao lecionar que:

o juiz deve ainda mencionar de maneira clara e precisa os fatos que o levam a considerar necessária a prisão para garantir a ordem pública ou para assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal substantiva. Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, fraudar a finalidade da lei e iludir as garantias da liberdade o fato de o juiz dizer apenas: considerando que a prisão é necessária para garantia da ordem pública... ou então a prova dos autos revela que a prisão é conveniente para a instrução criminal.... Fórmulas como essas são as mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou ignorância, pois além de tudo envolvem petição de

princípio: com elas o juiz toma base exatamente aquilo que deveria demonstrar.¹¹

Ao decidir acerca da prisão cautelar do acusado, a autoridade judiciária competente deve, portanto, indicar os fundamentos fáticos e jurídicos que alicerçam sua decisão, cuidando para explicitar a existência dos pressupostos fáticos e a necessidade concreta da medida cautelar.

2.6 – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE

Inicialmente cumpre salientar que para a decretação da custódia cautelar, se faz necessário a verificação da presença ou não das três máximas parciais que compõe o conceito da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Uma medida cautelar qualquer somente se legitima quando seja capaz de produzir o resultado esperado, isto é, quando mostra-se eficaz, adequada, idônea para proteger o direito que se encontra ameaçado na situação concreta.

Cuida-se de averiguar a relação medida-fim, a aptidão para e sua conformidade com os fins que justifiquem a sua adoção.

Essa escolha da medida – dentre as igualmente idôneas – apta para o atingimento do fim almejado deverá resultar da análise de qual dessas escolhas representa o menor gravame ao direito sacrificado, o que constitui a faceta da subsidiariedade ou necessidade da medida.

Esta idéia está intimamente ligada aos conceitos do denominado princípio da intervenção mínima, significando que, além de ser adequada ou idônea para atingir o fim esperado, a medida cautelar deve ser a alternativa menos onerosa ou gravosa, sob a ótica do sujeito passivo, entre as previstas em lei.

Trata-se de uma escolha comparativa, entre as duas ou mais disponíveis, igualmente idôneas para atingir o objetivo a que se propõe com a providência cautelar, cumprindo ao magistrado, portanto, identificar e escolher qual delas representa a menor lesão ao direito à liberdade do investigado ou acusado, sem prejuízo do resultado concreto e da efetividade da iniciativa.

¹¹ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. III. p. 91-92.

Pretende-se evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de proteção visados pela lei.

Além disso a medida há que se revestir de extrema proporcionalidade (em sentido estrito), implicando no entendimento de que há uma relação justa e adequada entre os benefícios obtidos com a medida e os meios empregados para levá-la a termo.

No tocante à prisão cautelar, estará ela, portanto, justificada desde que se guarde relação de proporcionalidade entre o bem que se objetiva proteger e o sacrifício da liberdade humana. Em outras palavras, somente se mostrará legítima a prisão cautelar quando o sacrifício da liberdade do acusado for razoável e proporcional (em termos comparativos) à gravidade do crime e às respectivas sanções que previsivelmente venham a ser imposta ao sujeito passivo da medida.

Deve-se, assim, evitar a prisão *ante tempus* para delitos considerados leves, que não cominem pena privativa de liberdade ou para aquelas situações em que, em avaliação racional, não se espera a efetiva imposição dessa modalidade de sanção. Outrossim, a custódia cautelar deve cessar quando já tenha transcorrido o tempo equivalente à pena estimada para o caso concreto.

Por outra angulação, releva sublinhar que, ao lado de sua função de restrição ao uso desnecessário ou prolongamento do cárcere preventivo, o princípio da proporcionalidade acaba por servir de propósito para justificar e legitimar a prisão mais prolongada, nas hipóteses de crimes mais graves. Na jurisprudência grassam julgados reconhecendo a razoabilidade do excedimento de prazo para o término da instrução criminal, quando se trata de crimes graves, em que a instrução seja complexa, ou quando existem muitos acusados ou qualquer outra justificativa plausível.

Compreende-se, destarte, que as exigências derivadas deste princípio visam impedir ou restringir a prisão cautelar, com o escopo de evitar que o acusado sofra um mal maior do que a própria sanção penal.

2.7 – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DA PRISÃO

Uma das grandes dificuldades dos sistemas modernos tem sido a de conciliar o desejo por uma justiça rápida com a exigência de uma justiça que preserve as garantias e os direitos dos acusados. Na medida em que se prolonga um litígio por um tempo além do razoável, perde-se em

qualidade da prestação jurisdicional e, em certos casos, até mesmo se compromete a legitimidade da decisão.

O tema acabou sensibilizando o Congresso Nacional, que aprovou reforma da Constituição, fazendo inserir, por meio da Emenda Constitucional nº 45/04, um inciso a mais no artigo 5º, § 2º, da nossa Carta Magna, que passou a prever que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Embora a referência seja mais voltada para a duração do processo, é de incluir-se também a garantia de que ninguém possa ser mantido preso, durante o processo, além do prazo razoável, seja ele definido por lei, seja ele alcançado por critério de ponderação dos interesses postos em confronto dialético. É dizer, todos tem o direito de ser julgado em prazo razoável e também o direito de não serem mantidos presos por prazo irrazoável.

Sendo necessária a prisão do indiciado para que, v.g., seja ele interrogado, identificado e reconhecido pela vítima, não mais pode perdurar a sua custódia se aqueles atos já tenham sido realizados, configurando-se, pois, como eventualmente excessivo o prazo de cinco dias para a conclusão das investigações que inicialmente justificaram a prisão pré-cautelar.

O fato é que, em nosso país, as demais modalidades de prisão cautelar que não a temporária não são reguladas por prazos próprios e acabam por serem legitimadas enquanto não se esgotar, no cômputo geral, o prazo previsto para o procedimento penal relativo à ação penal que o engendrou.

No Brasil, costuma-se calcular a soma dos prazos relativos a cada ato processual para averiguar-se o total máximo permitido para a duração da prisão cautelar, o que gera incertezas e dificuldades na definição desses prazos, os quais, ressalte-se, costumam ser excedidos e tolerados por juízes e tribunais, inclusive os superiores, com amparo em juízo de razoabilidade, ante a complexidade da causa, devido ao elevado número de acusados ou às dificuldades da instrução.

A jurisprudência construiu o entendimento de que, na generalidade dos casos, o prazo para que alguém possa ser mantido preso resulta em oitenta e um dias, alcançados a partir da soma dos prazos relativos aos atos processuais perpetrados desde a atuação em flagrante do acusado, havendo ainda entendimentos dissonantes no que diz respeito ao termo *ad quem* para a contagem desse prazo, prevalecendo atualmente o entendimento de que o último ato de instrução criminal coincide com o prazo previsto, para diligências finais, no artigo 499 do CPP.

3 – PRISÃO EM FLAGRANTE

A expressão flagrante encontra sua origem na verbo latim *flagare*, significando aquilo que arde, queima, resplandece. A situação daquele que é surpreendido praticando o delito é composta por dois elementos, a saber: a atualidade, que revela a ocorrência de um fato patente e irrecusável; e a prova, constituindo uma certeza plena acerca da sua existência e autoria.

Na lição de Vicente Greco Filho, “o flagrante é a situação, prevista na lei, de imediatidade em relação a prática da infração penal que autoriza a prisão, independentemente de determinação judicial.”¹²

A prisão em flagrante é a única exceção, prevista pela Constituição Federal (art. 5º, LXI), de que qualquer prisão realizar-se-á por ordem escrita, sendo permitida, portanto, para fazer cessar a prática delituosa e a perturbação da ordem jurídica, com o escopo de resguardar a prova da materialidade do fato e respectiva autoria, funcionando como um mecanismo de defesa da coletividade.

De maneira quase completa, Hélio Tornaghi cita como fundamentos da prisão em flagrante, a exemplaridade (serve de advertência aos maus); a satisfação (restitui a tranquilidade aos bons); o prestígio (restaura a confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade); frustrar o resultado (evitar a consumação do crime ou, pelo menos, o seu exaurimento); e proteger o preso contra a exasperação do povo.¹³

Fernando da Costa Tourinho Filho, complementa a idéia afirmando que a prisão em flagrante justifica-se “a fim de que a autoridade competente, com presteza, possa constatar a realidade fática, colhendo sem tardança a prova da infração, seja a parte *objecti*, seja a parte *subjecti*.”¹⁴

3.1 – NATUREZA JURÍDICA

A prisão em flagrante é um ato administrativo, pois se qualifica como sendo uma manifestação unilateral de vontade da administração pública que tem por fim imediato resguardar

¹² GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 4.ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 266.

¹³ TORNAGHI, Hélio. Ob. cit., p. 50.

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. III. p. 438.

e declarar direitos, tanto do autor do delito quanto da sociedade. É, também, um ato emanado do poder de polícia que detém o Estado, dado o seu caráter administrativo que corresponde à atividade estatal consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício da comunidade.

Daí se infere que a prisão em flagrante, assim como a prisão preventiva, são medidas cautelares, sendo indispensável à coexistência dos pressupostos exigíveis para tais medidas, que são o *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Quanto o primeiro, exterioriza-se pela prática do próprio delito que é evidente, inescusável. Quanto ao segundo, justifica-se para assegurar, tanto o trâmite como o resultado final do processo, além de manter a ordem pública e garantir a aplicação da lei penal.

3.2 – SUJEITOS DO FLAGRANTE

Dispõe 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.”

Extraí-se do respectivo artigo, que o sujeito ativo da prisão em flagrante pode ser o cidadão bem como as autoridades policiais e seus agentes. Entretanto a atuação do cidadão é facultativa, exercendo o particular uma função pública transitória e cujo não uso não acarretará qualquer sanção.

Como observa José Frederico Marques, “a prisão por qualquer do povo, no caso de flagrante delito, não é dever que a lei imponha à pessoa que assistiu a prática da infração ou se pôs em perseguição ao réu. Trata-se, no caso, tão só de direito esse que se filia àqueles emanados do *status activae civitatis*.”¹⁵

A obrigatoriedade da prisão do agente apanhado em flagrante delito, imposta às autoridades policiais e seus agentes, constitui verdadeiro dever jurídico, sendo capaz de sujeitá-los, em caso de omissão, às sanções de natureza administrativa e até mesmo penal. É a chamada prisão em flagrante compulsória.

¹⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Editora Millennium, 2000.. v. IV. p. 79.

No que concerne ao sujeito passivo da prisão em flagrante, poderá ser qualquer pessoa desde que seja ela surpreendida praticando o delito. Algumas exceções existem, a fim de evitar que determinadas pessoas sejam autuadas em flagrante, tais como aquelas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 106 e 107); na Constituição Federal (art. 86, § 3º; art. 53, § 2º; art. 27, § 1º, c.c o art. 53, § 1º); no Código de Transito Brasileiro (art. 301, Lei nº 9.503/97); no Juizado Especial (art. 69, § único, Lei 9.099/95); Na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (art. 33, II) e na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 40, III).

3.3 – AUTORIDADE COMPETENTE

Realizada a prisão em flagrante, deverá o conduzido ser levado a autoridade para que sejam tomadas as devidas providências. Comumente a autoridade competente é a autoridade policial, o que não exclui a competência de outra autoridade que detenha a mesma função.

De acordo com o art. 290, do Código de Processo Penal, é competente para a lavratura do flagrante à autoridade da circunscrição onde for efetuada a prisão e não a do local do crime.¹⁶

Inexistindo autoridade local onde foi efetuada a prisão, o capturado deverá ser conduzido à do lugar mais próximo (art. 308, CPP).

3.4 – AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE

3.4.1 – FORMALIDADES

Realizada a prisão em flagrante, o conduzido (sujeito passivo) deverá ser levado à presença da autoridade do local onde a prisão foi efetuada, pelo condutor (sujeito ativo). Em regra a autoridade é a policial, mais especificamente o delegado de polícia. A autuação em flagrante é necessariamente obrigatória, pois uma vez ausentes ou presentes à certeza absoluta da materialidade do crime e os indícios de autoria, sua lavratura servirá para posterior apuração de responsabilidades de quem efetuou a prisão e a legalidade ou não da referida privação.

Em sentido contrário, anota Tales Castelo Branco que:

¹⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de* Ob. cit., p. 266.

a apresentação do indiciado à autoridade competente não implica, obrigatoriamente, lavratura de auto de prisão em flagrante. Compete à autoridade, examinando o caso exercer verdadeiro ato de julgamento sobre as suas circunstâncias objetivas e subjetivas, para ver se, realmente, o auto deve ser lavrado. A autoridade poderá considerar que não se trata de episódio revestido das características próprias do flagrante, de acordo com a rígida conceituação legal, ou que inexistente fundada suspeita de que o conduzido seja o autor do crime ou da contravenção. A prática policial vem mantendo a tradição de fazer-se, nessas ocasiões, apenas o registro da ocorrência para apreciação e controle posteriores, ordenando, se couber, a abertura de inquérito ou a instauração do processo por contravenção, ou, excepcionalmente, lavrando o auto e restituindo o paciente à liberdade.¹⁷

Dispõe o artigo 304 do Código de Processo Penal: “Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto”.

Apresentado à autoridade policial, será lavrado o auto de prisão em flagrante, devendo nele consignar data, hora e local da lavratura do auto. Em seguida será qualificado o condutor (aquele que conduz o preso à presença da autoridade, não sendo necessariamente aquele que realizou a prisão), que após responderá as indagações a ele feitas sobre o motivo da prisão.

Em seguida serão qualificadas e ouvidas as testemunhas (pessoas que presenciam a prática do crime em qualquer de suas fases). Com relação à oitiva das testemunhas, extrai-se da leitura do artigo 304 do Código de Processo Penal, que devem ser no mínimo duas. Entretanto, se o condutor assistiu os fatos, estará ele inserido entre o número de duas testemunhas, satisfazendo o requisito legal.

Como bem assevera Tales Castelo Branco:

embora a lei fale em a autoridade ouvir o condutor e as testemunhas que o acompanharam, deixando entrever que há necessidade de pluralidade de testemunhas, firmou-se, radicalmente, o entendimento de que, sendo o condutor uma testemunha, bastará, apenas, mais uma testemunha para que se perfaça a vontade da lei.¹⁸

¹⁷ BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante*. 5.ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 114.

¹⁸ *Ibidem*.

Em sentido diverso, destaca-se a posição de Fernando da Costa Tourinho Filho, salientando que:

a lei fala em condutor e testemunhas, distinguindo, perfeitamente, estas daquele. Além disso, a prisão em flagrante, como toda prisão cautelar de natureza processual, constitui uma execução, e, por isso mesmo, não se pode interpretar o texto legal que versa sobre as formalidades de tal medida extrema com liberalidade.¹⁹

Por derradeiro, será o conduzido qualificado, cientificado de seus direitos constitucionais e interrogado. O acusado é chamado a falar no auto de prisão em flagrante, no interesse de sua própria defesa e de sua liberdade, sendo necessário assegurar ao acusado ampla liberdade para falar livre e espontaneamente, calar-se ou reservar-se para falar em juízo.

Nos termos do § 3º, artigo 304, do Código de Processo Penal: “Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste”. Não se confundem essas testemunhas instrumentárias da instrução (art. 304, § 3º, CPP) das testemunhas da apresentação (art. 304, § 2º, CPP). Não viram o crime e nem assistiram a apresentação, são convocadas apenas para testemunhar que o preso se recusa a assinar, não souber ou não puder fazê-lo.

Em sendo o imputado menor de 21 anos ser-lhe-á nomeado curador, que pode ser qualquer pessoa em liberdade, sendo ocupada tal posição, mais comumente por um bacharel em direito. Todavia, com a entrada em vigor do novo Código Civil, fixando a maioridade plena em 18 anos de idade, alguns tem entendido ser dispensável a formalidade dessa nomeação. Aliás, a jurisprudência parece que vem mesmo cristalizando nesse sentido, considerando que, se a lei penal faz referência genérica à condição de menor, como é o caso do artigo 15 do Código de Processo Penal, é porque ela está levando em conta os limites da capacidade na lei civil.

Porém, mesmo sob a vigência do Código Civil atual, parece ser perfeitamente possível o entendimento de que essa exigência de nomeação do curador é uma formalidade que continua em vigor.

Embora não se mencione a necessidade de oitiva do ofendido, a sua inquirição deverá ocorrer sempre que possível, pois a rigor a vítima não deixa de constituir uma testemunha.

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Ob. cit., p. 461-462.

Findo o interrogatório, a autoridade determina seja lavrado o auto de prisão em flagrante, assinando-o a autoridade que o presidiu, o escrivão que o lavrou e o conduzido.

De acordo com o § 2º, art. 304, do Código de Processo Penal: “A falta de testemunhas de infração não impedirá o auto de prisão em flagrante, mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade”. Assim, diante da inexistência de testemunhas, o auto deverá ser assinado pelo condutor (posição jurisprudencial pacífica de que o condutor é uma autêntica testemunha), e por duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade estabelecendo o que se denomina testemunhas instrumentais.

Sempre que não houver testemunhas diretas da infração, é fazer constar no prólogo do auto de prisão em flagrante a indicação dessa circunstância, que deverá, desde então, ser comprovada pela indicação dos nomes e qualificação das testemunhas da apresentação, que a final, irão assinar a autuação.²⁰

Reza o art. 305, do Código de Processo Penal: “Na falta ou no impedimento do escrivão, qualquer pessoa designada pela autoridade lavrará o auto, depois de prestado o compromisso legal.” O impedimento aí colocado, refere-se tanto ao aspecto legal (impedimento e suspeição) como o físico (exemplo: doença). Será designada uma pessoa para a lavratura, denominada escrivão “*ad hoc*”, ou seja, para aquele ato.

Ressalte-se que todo este procedimento deverá ser consignado na mesma peça, devendo seguir a cronologia estabelecida pelo artigo 304 do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade. A propósito, Fernando da Costa Tourinho Filho, assinala que “é de lembrar que o art. 304 do CPP estabelece uma ordem que deve ser observada. Sua inversão induz nulidade do ato como peça coercitiva.”²¹

Com o mesmo enfoque, José Frederico Marques destaca que:

o auto de flagrante deve estar escoimado de irregularidades e defeitos substanciais, sob pena de ser nulo e írrito, motivando, em consequência, o relaxamento da prisão, embora possa valer como peça informativa da investigação. De modo geral, as formalidades do auto de flagrante são

²⁰ BRANCO, Tales Castelo. Ob. cit., p. 89.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Ob. cit., p. 462.

indeclináveis, pois que o referido auto é exigido *ad solemnitatem* como instrumento imprescindível da coação cautelar que nele vem documentada.²²

Encerrada a lavratura do auto, a prisão deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente (art. 5º, LXII, 1ª parte, CF), sob pena de não o fazendo, incorrer nas penas do crime de abuso de autoridade, conforme o caso. É o que preceitua a Lei nº 4.898/65 em seu art. 4º, letra *a* e *c* respectivamente:

“Ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder.”

“Deixar de comunicar imediatamente ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa.”

Portanto lavrado o auto deverá, a prisão, ser comunicada imediatamente ao juiz, enviando-se cópia do auto respectivo e que tem por finalidade, levar ao conhecimento do magistrado determinada infração, para posterior apreciação da legalidade da referida privação da liberdade. Todavia, a ausência de comunicação ou sendo ela realizada de maneira tardia, não reveste a prisão de ilegalidade, pois as conseqüências deste ato servirão apenas para apuração da responsabilidade da autoridade coatora.

3.4.2 – PRAZO PARA SUA LAVRATURA

Com relação ao prazo para a lavratura do auto de prisão em flagrante, não havia dispositivo expresso especificando qual o lapso temporal em que deveria ser lavrado.

As opiniões se divergiam, prevalecendo apontamentos que foram consolidados pela Lei nº 12.403/11, no sentido de que o prazo para a lavratura do auto é de vinte e quatro horas, a partir da prisão.

Escrevendo sobre o tema antes mesmo da nova legislação, anotava Hélio Tornaghi:

Na verdade, o fato de a lei não dar prazo a 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 viável (*ad impossibilia nemo tenetur*). Cabe

²² MARQUES, José Frederico. Ob. cit., p. 82.

ao juiz ao qual é comunicada a prisão verificar se a autoridade foi diligente ou negligente, levando em conta as circunstâncias do caso concreto.²³

Inexistindo motivo plausível ou situação insuperável a justificar o adiamento de sua lavratura, o auto deverá ser lavrado no momento em que o conduzido é apresentado à autoridade policial, ou seja, logo que possível, mesmo porque os sujeitos envolvidos estão presentes e a demora indevida causaria um sacrifício ainda maior para essas pessoas.

A opinião que se coaduna com o entendimento atual legislativo é a de E. Magalhães Noronha, prelecionando que a lavratura do auto deve ser feita imediatamente não devendo exceder o prazo de 24 horas contadas da prisão, a fim de evitar um possível constrangimento ao conduzido uma vez que ilegal a prisão, deverá ser imediatamente relaxada.²⁴

3.5 – NOTA DE CULPA

Em um prazo de 24 horas contadas da prisão, deverá ser fornecida a nota de culpa ao preso. A nota de culpa é a comunicação escrita, assinada pela autoridade, com o esclarecimento sobre a razão da prisão num breve relato do fato criminoso de que é culpado, o nome do condutor e das testemunhas.

Em consonância com o ensinamento de Valdir Sznick:

está claro que o objetivo da nota de culpa é dar conhecimento ao imputado da acusação que lhe é feita ou seja os motivos que o levaram a prisão. Esta nota de culpa permite também que possa ser, desde logo, preparada a sua defesa (dentro da ampla garantia de defesa).²⁵

Trata-se de medida concernente à liberdade da pessoa.²⁶

Saliente-se que a errônea classificação do dispositivo legal não invalida a nota de culpa. E não é outra a lição de Vicente Greco Filho, ao assinalar que:

a menção ao motivo da prisão não exige precisão no enquadramento legal da infração. O importante é que esclareça a razão da prisão, porque a finalidade da

²³ TORNAGHI, Hélio. Ob.cit., p. 74.

²⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 28.ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 215.

²⁵ SZNICK, Valdir. *Liberdade, prisão cautelar e temporária*. 2.ed. Leud: 1995. p. 411-412.

²⁶ *Idem, ibidem*.

nota de culpa é a de facilitar ao preso a utilização de medidas de proteção a sua liberdade. Alcançado esse objetivo, a forma não é sacramental.²⁷

3.6 – ESPÉCIES DE FLAGRANTE

Embora a situação de flagrância seja aquela em que o agente está perpetrando o crime (flagrante próprio), a lei consagra outros tipos de flagrante, a saber: flagrante impróprio ou quase flagrante e flagrante presumido.

Considera-se em flagrante próprio, real, quem está cometendo a infração penal e quem acaba de cometê-la. A lei igualou duas situações distintas, incluindo-as na modalidade do flagrante próprio.

Na primeira modalidade o agente está praticando atos de execução do crime. Analisando o tema, escreve José Frederico Marques que neste caso:

surpreende-se o delinqüente em plena ação. Há, aí, ou flagrante parcial, ou flagrante total. Este último se dá quando o crime é percebido por alguém em seu inteiro desenvolvimento, enquanto que o primeiro ocorre se apenas uma parte do *iter criminis* é assistida por alguma pessoa.²⁸

É ainda flagrante quando acaba de cometê-la. Já houve a prática dos atos de execução, advindo conseqüentemente o resultado de dano ou de perigo. Aqui a ação é finalizada, havendo necessidade de uma relatividade quanto ao espaço temporal, que deve ser pequeno. Esse tempo entre o cometimento do crime – acaba de cometer – e a surpresa para ser flagrante tem de ser logo a seguir. Pertinentes as observações de Valdir Sznick, ao fazer referências ao caso de quem está cometendo ou acaba de cometê-la:

No está cometendo o flagrante tem caráter de simultaneidade (ocorre no mesmo tempo – o cometimento do crime e o flagrante); já no caso de quem acaba de cometer estamos diante de uma contemporaneidade relativa e não mais atualidade, daí dever ser mínimo o tempo entre o completar a ação – acaba de cometer, indica ação terminada, o *iter criminis* aperfeiçoado.²⁹

²⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de...* Ob.cit., p. 271.

²⁸ MARQUES, José Frederico. Ob.cit., p. 72.

²⁹ SZNICK, Valdir. Ob.cit., p. 363.

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. Como se diz, há uma ficção jurídica.³⁰

Dispõe o art. 302, III do Código de Processo Penal que se considera em flagrante delito quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração, estabelecendo o que se denomina de quase-flagrante ou flagrante impróprio. A maior dificuldade encontra-se na interpretação da expressão “logo após”, que segundo jurisprudência de nossos tribunais 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 procedida por policiais ou particulares.

Em exposição concisa, Vicente Greco Filho disserta a respeito do tema, anotando que:

para que o flagrante seja legítimo nesse caso, é necessário que a perseguição se inicie imediatamente após o fato e que seja contínua até a efetivação da prisão. Haverá continuidade se o agente não teve, em nenhum momento, condições de decidir sobre o seu paradeiro, ou seja, se permanentemente ficou submetido à perseguição. Às vezes há dificuldades práticas probatórias de se aferir a continuidade da perseguição, mas é ela indispensável à legitimidade do flagrante. Não há tempo legalmente determinado para a perseguição, mas, quanto maior o tempo, mais difícil fica a caracterização da continuidade. Não quebra a continuidade a substituição ou alternância de perseguidores, desde que não haja interrupção da perseguição.³¹

Por fim, consagra o inciso IV do art. 302 do Código de Processo Penal, outra espécie de flagrante, na hipótese de ser o autor do fato encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração, no que se denomina flagrante presumido ou ficto. O sujeito não é perseguido, mas encontrado com as coisas resultantes do crime, que fazem com que sobre ele incida um forte indício da autoria do delito.

Imprescindível é, assim, que em rápida diligência, após praticada a infração, o delinquente seja descoberto e preso por trazer consigo “instrumentos, armas, objetos ou papéis

³⁰ TORNAGHI, Hélio. Ob.cit., p. 52.

³¹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de...* Ob.cit., p. 267-268.

que façam presumir ser ele o autor da infração.”³² Referida situação deve ser observada com maior rigor, pois de acordo com a exposição de Valdir Sznick:

o fato de alguém ter o produto do crime não diz ser ele o autor do crime pois pode ser o receptador ou alguém com quem o criminoso deixou as coisas, o mesmo ocorrendo com os instrumentos do crime. Não se prova ser ele o autor, prova-se que pode ser o provável autor ou pelo menos saber quem é o autor. Mas é um elemento muito fraco.³³

No que concerne as locuções adverbiais “logo após” e “logo depois”, Tales Castelo Branco nos ensina que, não havendo a lei fixado extensão temporal, as expressões acima referenciadas só poderão ser interpretadas restritivamente, não podendo o agente haver passado à prática de atos estranhos à infração penal. Tal posição, se apóia na exposição de Garraud, que Tales Castelo Branco cita em sua obra, ensinando-nos:

que resulta formalmente das discussões do projeto de Código de Instrução Criminal no Conselho de Estado, que o momento vizinho do delito não pode ser limitado a priori, quer a vinte e quatro, quer a quarenta e oito horas, quer a qualquer outro número; a lei remete-se à apreciação dos magistrados, quanto ao ponto de saber se, das circunstâncias observadas e verificadas, resulta essa forte presunção de culpabilidade e esse caráter de urgência, que justificam o processo excepcional do flagrante delito. Em todo o caso, a proximidade de tempo do delito é a única condição a que se subordina a quase-flagrância, para aquele que está garantido com os elementos de convicção.³⁴

3.7 – FLAGRANTE NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA E NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PRIVADA

A lei, diante de seu silêncio, não fazendo qualquer distinção entre o crime de ação penal pública incondicionada, condicionada ou privada, derivou para a doutrina a solução de tal questão.

Há que se distinguir duas situações. No caso de ausência do ofendido, acentua Vicente Greco Filho que:

³² MARQUES, José Frederico. Ob.cit., p. 77.

³³ SZNICK, Valdir. Ob.cit., p. 370.

³⁴ BRANCO, Tales Castelo. Ob.cit., p. 51-52.

se este não estiver presente no ato ou for incapaz, realiza-se a detenção, mas a sua representação ou a do seu representante legal deve ser colhida no prazo máximo de 24 horas, que é o prazo da entrega da nota de culpa, sob pena de não se lavrar o auto, liberando-se o agente.³⁵

Se o ofendido está presente no local ou se já apresentou a querela, a prisão deve ser efetuada.

Examinando estas situações, anota José Frederico Marques que:

como nada se encontra em nossa lei processual, parece-nos aceitável essa orientação. Uma vez que o ofendido pede a prisão (ou a realiza ele próprio), deve o réu ser capturado. Todavia, se a vítima permanece inerte ou omissa, a prisão não pode efetuar-se. A polícia, nessa hipótese, deve limitar-se a atos tendentes a evitar a consumação do crime, ou a impedir que a presença do delinqüente no local venha a conturbar a ordem, bem como causar escândalo ou repulsa popular. Desse modo, cumpre à autoridade policial, na função de mantenedora da ordem, por fim à prática delituosa, afastando, se necessário, com detenção provisória, do lugar em que se desenvolva o *iter criminis*, os protagonistas da infração penal.³⁶

De acordo com a doutrina e jurisprudência, capturado o autor da infração penal que se aprehe por essas espécies de ação, deve ser ouvida a vítima ou seu representante legal para que ofereça a representação ou manifeste o desejo de oferecer queixa oportunamente. Nas hipóteses dos crimes de ação penal pública incondicionada, a denúncia ou a queixa deverão ser oferecidas no prazo de cinco dias da vista ao Ministério Público, no primeiro caso, ou de distribuição dos autos ao juízo competente, no segundo, sob pena de relaxamento da prisão.

3.8 – FLAGRANTE EM CRIME HABITUAL E PERMANENTE

Dispõe o artigo 303 do Código de Processo Penal: “Nas infrações permanentes, entende-se o sujeito em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”. Infração permanente é aquela cuja consumação se prolonga no tempo, evidente que enquanto não cessar a permanência, haverá flagrância. Tratando-se de prisão em flagrante, mesmo nas hipóteses em que se deva invadir casa alheia, não se exige mandado judicial. Distingue-se, portanto, do delito instantâneo de efeitos permanentes em que os efeitos se prolongam, independente da vontade do agente;

³⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de...* Ob.cit., p. 267.

³⁶ MARQUES, José Frederico. Ob.cit., p. 89.

contrariamente ao delito permanente na qual a consumação é que se prolonga no tempo, dependendo da vontade do agente.

Solução diversa ocorre na hipótese da prática de crime habitual, já que para a prisão em flagrante seria necessária a comprovação da prática reiterada da mesma ação. Crime habitual é aquele que exige pluralidade de ações, sendo necessário para sua caracterização, uma série deles. O assunto não é pacífico na jurisprudência e doutrina, haja vista os entendimentos diversos.

Hélio Tornaghi se utiliza da analogia para justificar a prisão em flagrante em crime habitual, fundamentando que “... assim como o crime permanente é flagrante enquanto durar a permanência, assim também, o crime continuado e o habitual são flagrantes durante a comissão de qualquer das ações que os compõe.”³⁷

Fernando da Costa Tourinho Filho opina ser incabível o flagrante em crime habitual, dizendo que:

... não concebemos o flagrante no crime habitual. Este ocorre quando a conduta típica se integra com a prática de várias ações que, isoladamente, são indiferentes legais. Ora, quando a polícia efetua a prisão em flagrante, na hipótese de crime habitual, está surpreendendo o agente na prática de um só ato. O auto de prisão vai apenas e tão-somente retratar aquele ato insulado. Não os demais. Em suma: se o flagrante é, por assim dizer, um retrato fiel da infração, na hipótese de flagrância em crime habitual, não haveria um retrato do corpo inteiro... mas de uma parte dele, incapaz de servir de elemento para identificá-lo....³⁸

Julio Fabbrini Mirabete cita jurisprudência favorável a prisão em flagrante em crime habitual, além de colocar exemplos, tais como a pessoa que exerce ilegalmente a medicina quando se encontra atendendo vários pacientes, opinando pela possibilidade da prisão em flagrante.³⁹

3.9 – DO RECOLHIMENTO E SOLTURA

³⁷ *Ibidem.* p. 55.

³⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ob.cit.*, p. 459-460.

³⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 374.

Prestados os devidos esclarecimentos, pode ocorrer que a autoridade entenda não ter havido a infração, ter ocorrido algumas das hipóteses de extinção da punibilidade ou ainda ter-se praticado um mero ilícito civil; caso em que a autoridade deverá relaxar a prisão.

Em contrapartida, as respostas às inquirições realizadas pela autoridade podem resultar em fundada suspeita contra o conduzido, hipótese em que mandará recolhê-lo à prisão (art. 304, § 1º, CPP). Sendo incompetente para prosseguir o inquérito, deverá remeter os autos à autoridade que o seja.

Como fundada suspeita deve-se entender a probabilidade, fundada em fatos reais ocorridos, de que o conduzido é autor da infração. São os elementos e circunstâncias que levam a essa presunção.

Na concepção de Hélio Tornaghi:

pode afirmar-se que haverá fundada suspeita contra o conduzido quando os fatos apontados pelas pessoas que depuseram perante a autoridade permitem ter como provável que ele, conduzido, seja o autor da infração. Não basta suspeita, a suposição, a conjectura, a dúvida; é necessária a presunção fundada em fatos, em realidade.⁴⁰

Valioso o ensinamento de Valdir Sznick, ao salientar que:

essa suspeita deve ser fundada – ou seja fundamentada, baseada, estribada em provas ou indícios de que o conduzido foi o autor do crime, cujo flagrante foi lavrado. Daí que a autoridade policial deve sopesar os depoimentos ouvidos, as apreensões realizadas – para formar a sua convicção de que há elementos a indicar a autoria do crime.⁴¹

Havendo essa fundada suspeita, deverá a autoridade mandar recolher o acusado à prisão, ressalvadas as hipóteses de prestação de fiança (artigos 323, 324 e 380, Código de Processo Penal) e de livrar-se solto independente de fiança ou das obrigações que ela acarreta, como ocorre nas pequenas infrações cuja pena cominada, seja igual ou menor a três meses de prisão, ou ainda, ou ter praticado uma ação que seja acobertada por uma das excludentes de antijuricidade.

⁴⁰ TORNAGHI, Hélio. Ob.cit., p. 67.

⁴¹ SZNICK, Valdir. Ob.cit., p. 396.

4 – CONCLUSÃO

As considerações finais procuram sintetizar as conclusões da pesquisa realizada, cujo aprofundamento necessário restou limitado pelas restrições metodológicas presentes em toda investigação em grau dissertativo, mantendo, porém, aberta a reflexão para futuro detalhamento, em sede própria.

Neste sentido, conclui-se:

- 1 – O respeito à dignidade do ser humano, à sua vida, integridade física, imagem, honra e privacidade, ao lado das garantias da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade da lei, da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório, da motivação dos atos judiciais, do julgamento em prazo razoável e da excepcionalidade da prisão provisória, impõe limites à persecução penal.
- 2 – Vê-se que a dignidade é um predicado inerente à condição do homem, uma condição essencial à sua auto-estima. Em sede de Processo Penal, a repercussão impõe o reconhecimento de que o acusado deixou definitivamente de ser o objeto do processo para ser sujeito da relação processual, titular de direitos processuais e apto a exercê-los em igualdade de condições em relação ao autor da demanda.
- 3 – Não se pode conceber uma decisão judicial, isto é, a apreciação por órgão do Poder Judiciário de determinada situação, com a prolação de despacho em que esteja embutido um juízo de convicção, sem que as razões de convencimento de seu prolator estejam absolutamente claras. A motivação serve, em primeiro plano, para permitir às partes, diretamente interessadas no processo, o conhecimento e a compreensão, assim como o eventual inconformismo contra as razões de decidir do magistrado. No plano seguinte, como forma de controle pela própria sociedade, que conhecendo como o juiz pensa, entende, raciocina e decide, pode sobre ele exercitar fiscalização, o que se mostra salutar para a própria sobrevivência do modelo jurídico. Também, obrigatoriamente, deverá motivar as decisões nas quais venha a optar pelo encarceramento antecipado.
- 4 – O princípio da proporcionalidade como um limite ao exercício do poder estatal no exercício da função administrativa, contem dentro dele três subprincípios: necessidade, adequação e racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu*. A necessidade representada pela existência de bem juridicamente protegido e de circunstância que determine

intervenção ou decisão. A adequação, sob o prisma de se ter a providência como própria ao objetivo colimado, ao propósito contido na norma. Por fim, a racionalidade, decorrendo da justa medida, da localização de providência que não se coloque além ou aquém do necessário para a obtenção do resultado devido. O princípio da proporcionalidade destaca-se por exigir a particularização de análise, a inviabilidade de extensão indiscriminada de uma medida a outros casos que possam parecer iguais.

- 5 – A garantia do direito de o acusado ser julgado em prazo razoável ou ser posto em liberdade, não se admitindo dilações indevidas, e a do direito de o acusado ser julgado o mais rápido possível, expressamente acolhidas por nossa constituição, demonstram a preocupação em diminuir ao máximo, o tempo de custódia cautelar, a fim de evitar ainda maiores iniquidades resultantes da inflicção de sofrimentos morais e físicos a um acusado que acaba absolvido, e, também comprometer os Estados subscritores a se empenharem ao máximo para tanto, buscando, ainda, dar à sociedade e ao imputado resposta célere quanto ao seu estado de culpado ou inocente.
- 6 – A prisão em flagrante é uma modalidade de prisão provisória que, embora exibindo natureza administrativa, tem caráter nitidamente cautelar, porquanto busca preservar alguns interesses tanto do Estado, relacionados ao *jus puniendi*; quanto ao indivíduo. A prisão em flagrante tanto obsta a ação criminosa que está ainda em curso, e com isso acautela o direito do sujeito passivo atingido pela conduta criminosa do agente, quanto restringe a liberdade do autor do delito possibilitando a realização da prova e a preservação do *corpus delicti*, com o fim de assegurar a aplicação da lei penal. Aliás, essa é a única exceção que se admite ao comando constitucional de que ninguém será preso senão “por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente” (artigo 5º, LXI, CF).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante*. 5.ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da constituição*. Rio de Janeiro:Forense, 1992.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4.ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Editora Millennium, 2000.. v. IV.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- SZNICK, Valdir. *Liberdade, prisão cautelar e temporária*. 2.ed. Leud: 1995.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. III.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. III.