

Alessandro Tadeo Haggi Andreotti

**RECONHECIMENTO DAS EXCLUDENTES DE  
ANTI JURIDICIDADE PELA AUTORIDADE POLICIAL NO  
AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO**

Centro Universitário Toledo  
Araçatuba-SP  
2008

Alessandro Tadeo Haggi Andreotti

**RECONHECIMENTO DAS EXCLUDENTES DE  
ANTI JURIDICIDADE PELA AUTORIDADE POLICIAL NO  
AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito à Banca Examinadora do Centro Universitário Toledo sob a orientação da Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farris Naspolini Sanches.

Centro Universitário Toledo  
Araçatuba-SP  
2008

ANDREOTTI, Alessandro Tadeo Haggi

Reconhecimento das excludentes de antijuridicidade pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante delito/Alessandro Tadeo Haggi Andreotti; orientadora: Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farris Napolini Sanches. Araçatuba, SP [s.n.], 2008.

138 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO.

1. Prisões cautelares; 2. Presunção de inocência; 3. Devido processo legal; 4. Delegado de polícia.

CDD: 341.4325

Alessandro Tadeo Haggi Andreotti

RECONHECIMENTO DAS EXCLUDENTES DE ANTIJURIDICIDADE  
PELA AUTORIDADE POLICIAL NO AUTO DE PRISÃO EM  
FLAGRANTE DELITO

Banca examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da UNITOLEDO, para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: \_\_\_\_\_

ORIENTADORA: Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farras Naspolini Sanches

1º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_

2º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_

Araçatuba, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_

A meus pais, Antonio Carlos e Mdalale, exemplos a serem seguidos, no Direito,  
Magistério e principalmente na vida.

A meus irmãos, Karina e Marcelo, irmãos na acepção total da palavra.

Dedico ainda, à minha esposa Thaís, minha grande incentivadora, e às minhas  
filhas, minhas Marias, meus motivos de viver, trabalhar e galgar novos espaços,  
Maria Eduarda e Maria Luisa.

Agradeço a Deus, Senhor de todos nós, por conferir-me a oportunidade de estudar e  
de ser pai.

Agradeço à professora Professora Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches, por  
socorrer-me nos últimos instantes.

E finalmente, a meu amigo LUIZ ANTONIO ANTUNES, pelo incentivo e apoio.

ANDREOTTI, Alessandro Tadeo Haggi. Reconhecimento das excludentes de antijuridicidade pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante delito. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO, 2008.

## RESUMO

Busca a presente dissertação problematizar a existência de contradição entre a aplicabilidade das prisões cautelares e a presunção constitucional de inocência e o devido processo legal. Analisa a proteção constitucional dada ao Direito Processual Penal, frisando a sua importância no momento da interpretação e aplicação dos dispositivos processuais penais. Apresenta a seguir o tema da cautelaridade e de sua utilização na esfera penal, para expor de forma individualizada as diversas espécies de prisões cautelares previstas em nosso ordenamento jurídico sob a ótica constitucional, principalmente no auto de prisão em flagrante delito e sua necessária análise pelo delegado de polícia. Conclui apresentando os meios adequados para se evitar a inconstitucionalidade na aplicação das prisões cautelares, principalmente na liberação do preso, pela análise do *periculum libertatis*.

**Palavras chaves:** Prisões cautelares; Presunção de inocência; Devido processo legal; Delegado de polícia.

ANDREOTTI, Alessandro Tadeo Haggi. Reconhecimento das excludentes de antijuridicidade pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante delito. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO, 2008.

## **ABSTRACT**

The presente dissertation wishes to discuss the existence of a contradiction between the aplicability of the provisional remedy arrests and the constitutional innocence presumption and the due process of Law. It analyzes the constitutional protection given to Criminal procedural Laws, emphasizing its importance at the moment of interpretation and aplication of the criminal procedural rules, especially in the Police jail in flagrante delicto and analysys required by the delegate of Police. It presents to follow the theme of caution and its uses in the criminal situation, to display individually the diverse types of action for provisional remedy arrests foreseen in our legal system under the constitutional point of view. It concludes presenting the adequate wqys to avoid the unconstitutionality in the aplication of the provisional remedy arrests, mainly in the release of the arrested, for examining the periculum libertatis.

**KEYWORDS:** Provisional arrests; Innocence presumption; Due process of law; Delegate of police.



# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	09
CAPÍTULO I. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS .....	15
1.1 Dos direitos fundamentais .....	15
1.2 Princípios constitucionais de processo penal no auto de prisão em flagrante .....	20
1.2.1 Princípios constitucionais como norteadores da interpretação das normas jurídicas ...	25
1.2.2 Garantias constitucionais do processo penal.....	30
1.2.3 O princípio da presunção de inocência .....	37
1.2.4 O devido processo legal .....	46
CAPÍTULO II. ANÁLISE DAS PRISÕES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA .....	58
2.1 A prisão .....	59
2.2 Prisão cautelar .....	65
2.3 Prisão temporária .....	70
2.3.1 Requisitos da prisão temporária.....	72
CAPÍTULO III. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO .....	77
3.1 Conceitos e modalidades .....	78
3.2 Natureza jurídica do auto de prisão em flagrante .....	83
3.3 A autonomia da autoridade policial no auto de prisão em flagrante.....	87
3.3.1 A dinâmica e a sistemática do auto de prisão em flagrante delito .....	88
3.4 Afinal pode a autoridade policial, em caso de flagrante delito, não recolher o autuado à prisão? .....	94
CONCLUSÃO .....	109
REFERÊNCIAS.....	116
ANEXO I .....	123
ANEXO II.....	127
ANEXOIII .....	134

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é reconhecidamente tida como uma das constituições mais inovadoras no que se refere ao reconhecimento e valorização dos direitos humanos.

Assim, prescreve em seu Título II, a proteção dos direitos e garantias fundamentais, trazendo ao patamar constitucional, as conquistas sociais alcançadas após época ditatorial, fortalecendo os direitos e garantias do indivíduo, colocando-o em um patamar mais elevado, onde sua condição é, agora, reconhecida de forma mais incisivamente digna.

Temos então a liberdade, o direito individual que aqui nos interessa, recebendo a devida guarida constitucional de forma mais ampla, o que confere ao mesmo uma maior segurança, haja vista que se impõem, limites à atuação do legislador infraconstitucional, que deverá espelhar-se em tais fundamentos de validade.

Significa isto, ainda, que aquele que opera o direito, deve interpretar os dispositivos penais e processuais penais à luz desta nova ordem constitucional, sob pena de não serem os mesmos recepcionados, assim como os futuros textos legais, estarão sujeitos à eventuais declarações de inconstitucionalidade, caso não sejam editados sob a égide da Magna Carta.

Assim, ganham força como pilares de nosso ordenamento jurídico, dentro da ótica dos direitos fundamentais, e por meio da nova ordem constitucional, os Princípios da Igualdade, da Legalidade, da Presunção de Inocência, bem como ainda, o Devido Processo Legal, sendo os dois últimos, na presente dissertação, demonstrados, como princípios indispensáveis a serem observados quando da

efetivação do auto de prisão em flagrante delito, mormente em casos em que se leva a termo ação, pretensamente tida como delituosa, sob as excludentes de antijuridicidade do fato.

O principal objetivo da presente dissertação é analisar o auto de prisão em flagrante delito, sob a égide dos princípios constitucionais que regem o direito pátrio, principalmente o direito processual penal, que atualmente, tem que ser interpretado sob as irrestritas regras ditadas pela Constituição Federal, mormente pelos Princípios do Devido Processo Legal e da Presunção de Inocência.

Em continuidade aos princípios constitucionais aplicados no direito processual penal, aos quais faremos abordagem, demonstraremos suas funções aplicadas diretamente quando do auto de prisão em flagrante delito, sendo certo também, que procederemos à análise do instituto em questão, bem como, da cautelaridade da prisão processual penal propriamente dita.

Acreditamos ser o presente trabalho relevante por trazer à baila um assunto pouco explorado e que, com o passar do tempo, essa nossa contribuição poderá constituir-se em ponto de partida para outros estudos mais aprofundados.

A orientação metodológica aplicada na dissertação será a de pesquisa de compilação de textos referente aos temas dos Direitos Fundamentais, da cautelaridade da prisão, e do auto de prisão em flagrante, bem como textos relacionados e relevantes que aos institutos jurídicos abordados.

Todo o trabalho, foi entretanto, realizado sob a ótica garantista, vez que cremos ser a prisão, como majoritariamente demonstra a doutrina atual, medida de extrema violência para com o ser humano, a qual não pode nunca ser banalizada, e sim reservada para aqueles casos onde é a última alternativa.

Delineamos como problemática da investigação a necessidade da persistência do encarceramento do indivíduo que pratica ato, tipificado como crime, mas que não traz consigo outros requisitos do crime, como a antijuridicidade, o que faz com que tal ato, doutrinariamente falando, não se traduza como crime, vez que ausentes outros requisitos para tanto.

Será necessário e moral recolher ao cárcere indivíduo que para salvar sua vida ou a de terceiros, em legítima defesa, tira a vida de outro?

Em caso positivo, não fere o encarceramento os Princípios do Devido Processo Legal e da Presunção de Inocência?

A questão do imediato encarceramento, como forma de resposta social, de afirmar a segurança jurídica do Estado em prontamente reprimir quaisquer atos tidos como delituosos, mesmo que sem todos os requisitos do crime presentes, não se encontra em completo desacordo com o espírito da Constituição Federal em vigor?

Problematizaremos ainda a possibilidade de a Autoridade Policial efetuar a análise do *periculum libertatis*, quando se depara com um caso em que um indivíduo comete homicídio em legítima defesa. Após autuá-lo em flagrante delito, deve recolhê-lo ao cárcere, ou reconhecer imediatamente a hipótese de legítima defesa na prática do ato, colocando-o em liberdade?

Efetuaremos ainda detida análise de tal fato, apontando a maior quantidade de opiniões possíveis a este respeito, emitidas pelos doutrinadores do direito processual penal.

Como foi exposto anteriormente, discutiremos a possibilidade de a autoridade Policial, face aos preceitos de Direito Penal, de Direito Processual Penal e primária e principalmente de Direito Constitucional, mormente no que se refere aos Princípios da Presunção de Inocência e do Devido Processo Legal, efetuar minude

análise do fato e do direito, adentrando o seu momento administrativo, ou seja, quando, como e em que situação se deu a prisão do pretense autor do delito, bem como ainda analisando, de acordo com as provas materiais e testemunhas colhidas juridicamente, se resulta daquilo tudo o que foi apurado, fundamento legal para recolher ou não o conduzido ao cárcere.

Não se pode olvidar, entretanto, haverem opiniões contrárias a esta, digamos, liberdade de análise jurídica por parte da Autoridade Policial, quando da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante.

A doutrina e determinados segmentos de operadores do Direito, bem como ainda setores responsáveis pela polícia preventiva, de maneira veemente se insurgem, na mais mínima menção de interpretação jurídica por parte da autoridade policial e isto se reflete com absolutamente maior incidência nos casos de auto de prisão em flagrante delito, como fosse tal instituto processual, ato automático a simplesmente ter sua realização condicionada à determinação do delegado de polícia responsável. Como não tivesse este conhecimento jurídico, obrigatório e *conditio sine qua non*, para exercer tal atividade, e suficiente discernimento jurídico para tanto.

Ora, é patente ser o auto de prisão em flagrante, prisão de natureza cautelar, e óbvio, ainda, que em face disto, tem-se que demonstrar a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, consubstanciados, neste caso, nas expressões contidas nos artigos 301 e seguintes do Código de Processo Penal, os quais tanto para a efetiva autuação, quanto para decidir o destino do autuado, se deve o mesmo livrar-se solto, ter direito à fiança ou ser recolhido á cadeia, são observados e decididos pela autoridade policial.

Sem embargo do preceituado pelo Código de Processo Penal, e mais importante ainda em um Estado democrático de Direito, é a necessidade da profícua análise da lavratura do auto de prisão em flagrante, primordialmente à luz dos princípios processuais constitucionais que o informam, sendo certo, que tentaremos demonstrar ser uma barbárie cometida em detrimento de um ser humano, ao ser este encarcerado em desacordo com tais princípios. Tal fato, caso ocorra, ou quando ocorre, traz abjetas conseqüências ao indivíduo, sejam elas de ordem moral, pessoal, familiar ou profissional, irreparáveis, somos capazes de afirmar, principalmente pela situação carcerária degradante existente no país, que em absoluto condiz com quaisquer dos preceitos constitucionais que informam o nosso Direito.

Não se pode aqui deixar de informar o enfoque que se dará no presente trabalho, quando do desrespeito ao indivíduo, quando em situação tal, em que, frente a profissional juridicamente capaz, não tem apreciado seu *periculum libertatis*, que certamente lhe atribuiria fiança ou liberdade, deixando de ter assim seus Direitos Constitucionais preservados. Ora, para não fazerem enfoque a isto, doutrinadores existem, os quais afirmam que a solução para não manter encarcerado alguém que praticou delito em uma condição excludente de antijuridicidade é simplesmente apresentá-lo imediatamente ao juiz. Chegam a ser curiosas tais ilações, principalmente em um país, onde, sequer, e em vasto número de casos, não há no local autoridade policial permanentemente, o que dizer então, á respeito de um juiz, cujos quadros institucionais são muitíssimo mais reduzidos.

Há primordialmente que se respeitar os princípios da presunção de inocência, e do devido processo legal.

E em assim sendo, se temos neste diapasão que foi nossa atual Carta Magna levada a termo e posta em vigor após grande período absolutista, de ditadura militar, ocasião em que o Estado diuturnamente desrespeitava os Direitos e Garantias individuais, bem como, ainda, que é a Constituição Federal nossa Lei Maior, é obrigatório e forçoso proceder-se à análise de qualquer instituto processual, como o auto de prisão em flagrante, sob sua égide, mormente no que diz respeito aos princípios mencionados. Tal se faz absoluta, estrita e irremediavelmente necessário, sob pena de se abalar o sustentáculo de um Estado democrático de Direito.

Sendo certo, então, tratarem tais princípios de preceitos que não podem deixar de serem apreciados, é à partir dos mesmos que se levará a cabo a análise da possibilidade do não recolhimento ao cárcere, de pessoa que pratica ação acobertada pelas excludentes de antijuridicidade, quando em estado de flagrância.

## **CAPÍTULO I. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS**

### **1.1 Dos direitos fundamentais**

Na esteira de que as normas jurídicas infraconstitucionais têm obrigatoriamente que estar em total, completa e irrestrita consonância com o disposto na Constituição Federal, temos obrigatoriamente, que fazer menção aos Direitos Fundamentais do indivíduo.

Inobstante que, em um mundo civilizado em pleno século XXI, principalmente daquele que opera o Direito, não se espere flagrantes violações de Direitos Constitucionais.

Mas infelizmente não é o homem um ser perfeito, perfectível talvez, mas nunca perfeito, sendo capaz, como se vê ao longo da história, das maiores abdições e bondade para com os seus semelhantes, como também da prática das maiores atrocidades em detrimento do seu próximo.

O suporte basilar para os Direitos Fundamentais foi obtido pela humanidade após inúmeras contendas travadas pelo homem, as quais culminaram em várias revoluções historicamente importantes, sendo sempre a mais mencionada a Revolução Francesa, verdadeiro marco histórico, que culminou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no ano de 1789, sendo oportuno observar aqui a lição de José Afonso da Silva (1997, p. 157), o qual nos ensina que tal, justamente por seu título, contém dois tipos de direitos, sendo um atinente ao homem, com caráter pré-social, estando ele ou não em uma sociedade, e que se referem à liberdade, propriedade e segurança, e outro que se refere aos direitos civis do



homem, quais sejam, de ter acesso a cargos públicos e concorrer para a formação da Lei.

E no mesmo sentido, no que se refere ao desrespeito de Direitos perpetrados pelo Estado, em detrimento do homem, tem-se que a opressão absolutista foi a causa do surgimento das denominadas Declarações, tendo sido a do Estado da Virgínia a primeira.

Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 248), que “em todas declarações, cujo caráter abstrato é tantas vezes criticado, há a resposta, artigo por artigo, a um abuso do absolutismo”.

Em um simples olhar, vislumbra-se não só no campo jurídico, como em um contexto histórico, a vertente do nascedouro dos Direitos Fundamentais do ser humano.

Com entendimento diametralmente oposto ao do mencionado professor, no que se refere ao caráter abstrato das Declarações como um todo, Paulo Bonavides (1994, p. 525) informa que:

Erra todo aquele que vislumbra no valor das Declarações dos Direitos Humanos uma noção abstrata, metafísica, puramente ideal, produto da ilusão ou do otimismo ideológico. A verdade é que sem esse valor não se explicaria a essência das constituições e dos tratados, que objetivamente compõem as duas faces do Direito Público – a interna e a externa.

Explorando mais um pouco a questão histórica das declarações humanas, Said Maluf (1973, p. 312) menciona que a doutrina dos direitos fundamentais do homem possui raízes filosóficas já nos dez mandamentos que Deus entregou a Moisés, vez que ali já se encontram consubstanciados, regramentos referentes aos direitos da pessoa humana. Segue ainda o autor, informando que antes do florescimento das declarações de Direito da América e Europa, já no século XVIII, já

havia ordenamentos que limitavam o poder do governo, como a Carta de Direitos, de Henrique II e o *bill of rights* de Guilherme III em 1689.

Tem-se assim, que a verdade histórica manda dizer que a idéia de uma declaração de direitos é oriunda da Inglaterra, as investigações doutrinárias da França, tendo, porém, a realização formal sido efetivada pelos norte-americanos, com a declaração de Direitos da Virgínia, em 1776. (JACQUES, 1964)

É certo que os Direitos fundamentais como os conhecemos hoje, têm suas bases na produção normativa destes três povos.

Já na atualidade, no que se refere ao que existe no Brasil, extrai-se de nossa Constituição as espécies de Direitos Fundamentais a serem respeitados no ordenamento jurídico pátrio.

Observa-se pela Leitura da Carta Magna, com o incontestado reforço doutrinário majoritário, serem os Direitos Fundamentais aqui aplicados, de cinco espécies a saber:

- Os Direitos e Garantias individuais e coletivos, de acordo com o artigo 5º;
- Os Direitos sociais, conforme os artigos 6º ao 11;
- Os Direitos da Nacionalidade, demonstrados nos artigos 12 e 13;
- Os Direitos Políticos nos artigos 14 a 16, e,
- Os Direitos relacionados à criação, organização e participação de partidos políticos no artigo 17.

É indiscutível serem inerentes ao homem, vez que todos nascemos com direitos e garantias, as quais, pela atual sistemática não são concessão do Estado, vez que alguns destes Direitos são criados pelos ordenamentos jurídicos, e outros por intermédio de manifestação de vontade, havendo outros ainda, pura e simplesmente reconhecidos nas cartas legislativas.

Deve-se ter em mente então, a necessária exigência de que o Estado, conforme se lhe foi imposto pelo povo, garanta ao homem o respeito a sua dignidade, bem como de suprimento, de maneira pungente, o atendimento de suas necessidades básicas.

No que se refere ao seu surgimento, inobstante o raro reconhecimento na antiguidade, ensina Magalhães (2000, p. 25), que os Direitos Fundamentais, surgiram há muito tempo, conforme preceitua, informando que:

[...] o primeiro após o Renascimento e a Reforma [...] em que o Direito Natural residia meramente na prudência e na revolução puritana de 1649, e é caracterizado por uma tendência para o capitalismo na política e na filosofia, no qual encontramos as idéias de Locke e Montesquieu; e finalmente, o terceiro período, marcado por uma forte crença na soberania popular, na Democracia [...].

Questão interessante a ser avocada é se todos os Direitos assegurados na Constituição podem ser tidos como fundamentais. Cremos, inicialmente, ser obrigatório mencionar, que todo e qualquer ser humano, nasce tendo direitos inerentes a si, sendo certo, que alguns são criados pelos ordenamentos jurídicos, outros dependem de manifestação da vontade, e outros ainda, são apenas reconhecidos nas Cartas Legislativas.

Em assim sendo, neste diapasão, é que encontramos os chamados Direitos Fundamentais, também denominados de Liberdades Públicas. Necessário então, quando se trata do assunto é defini-los, ou ao menos dentro de nossa parca capacidade, esboçar uma definição coerente, culminando assim, por se conceituar como Direitos Fundamentais, como sendo um conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o total arbítrio estatal e de quem quer que seja, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade

humana, ou seja, aqueles elencados na Constituição Federal, em seu artigo 5º, e tornados pétreos, na Carta Magna, em seu artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV.

Mas a questão que aqui se infere é a de se todos os Direitos assegurados na Constituição Federal podem ser tidos como fundamentais, ou não. Já de imediato temos convicção que não, bem como ainda, temos convicção, que não somente os Direitos elencados no artigo 5º da Constituição Federal são considerados fundamentais, vez que estes permeiam nossa Carta Magna, em vários outros momentos, como por exemplo, os Direitos Sociais, os Direitos da Nacionalidade, e os Direitos Políticos.

A vastidão dos enunciados constitucionais contidos na Carta Federal, não nos permite, nem de longe, fazer a assertiva, de que todos os são fundamentais, vez, que trata de inúmeros assuntos, e em grande quantidade, estranhos aos princípios da dignidade humana, e ainda, carecedores de características apresentadas pelos Direitos Fundamentais, quais sejam de historicidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universalidade, efetividade e concorrência, além da característica pétrea que se lhes dá.

Necessário fazer ainda, menção a importe diferenciação, mesmo que de breve modo, no que se refere aos direitos fundamentais e as Garantias Fundamentais, vez que, inobstante a importância dos Direitos fundamentais do homem, face ao que temos intenção de desenvolver no presente trabalho, é o instituto do auto de prisão em flagrante, quando este atinge o homem, evocando-se então, como posteriormente se constatará, as garantias aos Direitos do mesmo.

Tem-se que as expressões Direitos do Homem e Direitos Fundamentais são freqüentemente utilizadas como sinônimas, sendo certo que os direitos do Homem, são direitos tidos como válidos para todos os povos, em todos os tempos. Tais

direitos advêm da própria existência da humanidade, de sua própria natureza, demonstrado aí, o seu caráter inviolável e universal.

Os Direitos Fundamentais são os direitos do homem jurídico institucionalizadamente garantidos. Seriam os direitos objetivamente vigentes em uma ordem jurídica concreta, ou seja, são enunciados constitucionais de cunho declaratório, cujo objetivo consiste em reconhecer no plano jurídico, a existência de uma prerrogativa fundamental do cidadão.

Já as garantias fundamentais, são aquelas de conteúdo assecuratório, cujo propósito consiste em fornecer mecanismos e instrumentos para a proteção, reparação ou retorno ao, eventualmente, Direito fundamental Violado. São remédios jurídicos, instrumentos que servem de freio inibidor, verdadeiros limitadores do Poder Estatal, a fim de, face a óbvia disparidade de armas e força, não se veja o homem desprovido do modo de se defender ou retornar a situação jurídica anterior, que lhe foi ameaçada ou tolhida.

Conclui-se então, conforme demonstra Paulo Bonavides (1994), que é a Garantia Constitucional o tipo de garantia capaz de tutelar e disciplinar o exercício dos Direitos Fundamentais, regendo ao mesmo tempo, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.

## **1.2 Princípios constitucionais de processo penal no auto de prisão em flagrante**

Como frisamos anteriormente, insertos no artigo 5º de nossa Magna Carta, encontram-se os Direitos Individuais e coletivos, dos quais decorrem, tendo em vista o disposto nos seus incisos, os princípios informativos do Processo Penal.

Sendo certo serem, tais princípios de Direito fundamental, regras limitadoras do poder do Estado, têm-se então que, em face disto, tem a sociedade autonomia, garantida justamente pelos direitos fundamentais, tendo-se então que corolário da igualdade é o princípio do estado democrático de Direito.

É o princípio da igualdade essencial do ser humano, não obstante as múltiplas diferenças de ordem biológica e cultural que os distinguem entre si. O pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro – um indivíduo, uma classe social, um povo – como um ser inferior sob pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial. Algumas diferenças humanas, aliás, não são deficiências, mas bem ao contrário, fontes de valores positivos e, como tais, devem ser protegidas e estimuladas. Como conseqüências dessa igualdade de essência, tem-se a regra fundamental da isonomia, proclamada desde as revoluções americana e francesa do século XVIII.

Não obstante o relatado, há que se mencionar, os aspectos, em número de três, que avultam no que tange à igualdade jurídica, demonstrados por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua obra, Estado de Direito e Constituição (1999), quais sejam, a igualdade de todos perante o Direito, a obrigatória uniformidade de tratamento dos casos iguais e, face negativa, a proibição das discriminações, sendo que o primeiro, traduz o acolhimento da reivindicação de igualdade incorporada pelos movimentos liberais, uniformizando o estatuto jurídico para todos os homens, sendo a literal igualdade perante o direito em geral. Já o segundo aspecto, refere-se à uniformidade de tratamento, proibindo que a Lei exprima comandos que, direta ou indiretamente, favoreçam ou desfavoreçam pessoa, pessoa, ou pessoas indeterminadas. E o terceiro aspecto do princípio em questão, consiste na proibição das discriminações, ou seja, a Lei, tem forçosamente que distinguir entre os

homens, desigualando-os, portanto, aparentemente, a fim de poder igualá-los segundo a diversidade de situações.

E é aí, que, em nosso entender aparece o limite para o Princípio da Igualdade, onde devem ser os homens tratados não todos como iguais, mas tratar o desigual, desigualmente, vez que cada qual tem sua própria característica, tem sua própria identidade, como, por exemplo, não é um desembargador, julgado como um lavrador, são tratados assim, desigualmente, para que assim somente, de maneira legítima e eficaz se possa aplicar a Lei.

Sobre este aspecto, Paulo Napoleão Nogueira da Silva (2001, p. 28), leciona ser o princípio da igualdade, pedra angular dos elementos que integram a substância do próprio princípio democrático, assim como sua procedimentalidade no que chamamos de regime democrático, fazendo após, entretanto, importante ressalva a este respeito, vez que sem dúvida, não se pode sob pena de parecer estarmos em uma Fordlândia de Huxley, deixar de se ater à realidade o que ocorre em nosso país. Sobre isto, faz correta afirmação, informando que na realidade, é o princípio da igualdade uma simples metáfora, quase que meramente acadêmica.

Prossegue ainda, dizendo que:

[...] afinal, é impossível vigorar tal princípio, ainda que apenas razoável ou sofrivelmente, entre criaturas minoritariamente providas de todos os meios e recursos de riqueza e bem estar, e as majoritariamente despossuídas dos mais elementares meios de subsistência. (SILVA, 2001, p. 35)

Ora, não obstante parecer o óbvio dizer das mazelas de um país de terceiro mundo temos, mesmo que vergonhosamente, que concordar com tal assertiva. Se somos uma nação que, face ao disposto em sua constituição, limita o poder do Estado através dos Direitos Fundamentais, tolhendo-se o poder de, a seu bel-prazer esbulhar a dignidade do homem, forçosamente há que se reconhecer que as

Garantias Constitucionais também não cumprem seu papel de imposição ao cumprimento por parte do Estado, de suas obrigações para com seu povo, de conceder-lhe o direito de minimamente viver e desenvolver-se de maneira digna, tanto mental quanto fisicamente.

Para a correta compreensão do Instituto dos Princípios Constitucionais, temos que, de início, buscar seu sentido básico, de interpretação primária, para posteriormente, traçarmos nossas breves considerações.

E para tanto, temos que, considera-se princípio, aquele momento em que algo se inicia, o seu nascedouro, início de sua existência.

Importante ainda é dizer, que primariamente, tinham os princípios, caráter eminentemente programático, passando a assumir funções normativas, somente à partir de sua inserção nas constituições, vez que, até aquele momento, serviam para suprir eventuais lacunas da Lei, precipuamente no Direito civil, que remete à doutrina, jurisprudência e aos princípios gerais de Direito, para dirimir tais casos.

Já no pós-positivismo<sup>1</sup>, após as barbáries a que foi submetida a humanidade, e que deram origem, ainda em meados do século pretérito às grandes transformações de ordem Constitucional no mundo, notadamente no que diz respeito à proteção do homem, as Constituições promulgadas deram aos princípios seu caráter de basilaridade, outorgaram-lhe sua condição de suporte sobre o qual deve e se assenta o ordenamento jurídico.

---

<sup>1</sup> O Pós-Positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada Nova Hermenêutica Constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais, e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade, fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética. (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 108)



Atualmente, constituem-se os princípios em categorias específicas de normas, tal sua importância, no que se refere aos seus valores no ordenamento jurídico.

E nesse sentido, Norberto Bobbio *apud* Bonavides (1994, p. 236-237, grifo nosso), o qual diz serem os princípios, “normas fundamentais ou normas de **base do sistema ou traves mestras**, na acepção de que sem eles, o sistema não poderia subsistir como ordenamento efetivo das relações de vida de uma determinada sociedade”.

Tal afirmação não deixa dúvidas da concepção de que as normas fundamentais contidas na Constituição Federal são de máxima ordem, sendo gênero, das quais advêm como espécies, os princípios e as regras.

Define os princípios, Celso Antonio Bandeira de Mello (2007, p. 07), como sendo:

[...] por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a técnica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome, sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio, implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão da estrutura mestra.

Apresenta-se assim então, no presente fundamento, uma verdade lógica, relativamente à função que exercem os princípios de dever impositivo de respeito, sendo certo então, que nos casos do auto de prisão em flagrante delito, quaisquer inobservâncias, acarretam abusos e violações.

Há assim um modelo garantista, legitimado formalmente, vez que instrumento jurídico apto à realização de um fim, não obstante, não poder deixar-se de lado seu aspecto material que é a sua utilização de acordo com os preceitos fundamentais.

Na seara do Direito processual Penal, seguindo-se estritamente a posição de confrontar o mesmo com as garantias constitucionais, trazemos à colação, os ensinamentos de Magalhães Noronha (1990), quando demonstra ser estreita a ligação do Direito Processual Penal Com o Direito Constitucional, vez que aquele regula o exercício da atividade jurisdicional, determinando a dinâmica de um dos órgãos da soberania nacional, que é o Poder Judiciário.

Nesse diapasão, de que inequivocadamente o direito Constitucional norteia os Princípios a serem aplicados no processo Penal, deflui-se que inúmeros deles podem ser extraídos, dos quais, tendo em vista que o teor do presente arrazoado se refere à prisão em flagrante, analisaremos, os que a ela atingem, ou seja, os princípios protetores da liberdade do homem, cuja inobservância tira do mesmo o direito de ir e vir, a convivência familiar e social, quais seja, os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, que devem ser, minudemente analisados quando da efetivação da prisão em flagrante, e mais ainda, quando de eventual encarceramento do autuado.

### **1.2.1 Princípios constitucionais como norteadores da interpretação das normas jurídicas.**

Lembra Roque Antonio Carrazza (2007, p. 25) que “etimologicamente o termo princípio (do latim *principium, principii*) encerra a idéia de começo, origem,

base. Em linguagem leiga é, de fato, o ponto de partida e o fundamento (causa) de um processo qualquer”. Acrescenta ainda o autor (2007, p. 25) que a palavra foi introduzida na Filosofia por Anaximandro no sentido de fundamento do raciocínio e por Aristóteles, como a premissa maior de um raciocínio, tendo consignado Kant que princípio é “toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo”. Para defini-lo tem-se que: “[...] princípio é começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou a demonstração de algo. Nesta medida, é, ainda, a pedra angular de qualquer sistema”. (CARRAZZA, 2007, p. 26)

São muitas as definições de princípios jurídicos. Diz Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (1997, p. 73) que “a matéria relativa a princípios se insere entre aquelas mais fáceis de entender do que explicar”, sendo certa essa ponderação, pois é intuitiva a percepção, quando se descortina uma norma jurídica, do que seja mera regra ou princípio<sup>2</sup>. Entre as várias proposições doutrinárias acerca do conceito de princípios jurídicos, pode-se selecionar as seguintes:

Faz mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico. (BOBBIO *apud* BONAVIDES, 1994, 229-230)

Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam. (CARRAZZA, 2007, p. 27)

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência. (MELLO, 1992, p. 408)

---

<sup>2</sup> A propósito da diferença entre princípio e regra, ALEXY *apud* PAULO BONAVIDES (1994, p. 249) diz que “os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade”.

Verifica-se, assim, que predomina a idéia, entre os doutrinadores, da maior generalidade dos princípios em contraposição às regras jurídicas, com um maior grau de abstração, determinantes de outras normas jurídicas, constituindo verdadeiras normas-chaves, normas-vetores, normas-alicerces.

No estudo dos princípios, deve-se dar destaque às suas funções, indicadas por Norberto Bobbio *apud* Bonavides (1994, p. 255): a) função interpretativa; b) função integrativa; c) função diretiva; d) função limitativa<sup>3</sup>. Observe-se que, mesmo nas funções diretiva e limitativa, há uma conotação que serve de base interpretativa.

Os princípios jurídico-constitucionais sem dúvida são os mais importantes no ordenamento jurídico e possuem, com clareza, as funções especificadas acima. Na “análise de qualquer problema jurídico - por mais trivial que seja (ou pareça ser) - o cultor do Direito deve, antes de mais nada, alçar-se ao altiplano dos princípios constitucionais, a fim de verificar em que sentido eles apontam” (CARRAZZA, 2007, p. 29). São verdadeiros norteadores, bússolas que guiam o profissional do Direito na interpretação das normas jurídicas.

Qualquer ato normativo de nível hierárquico inferior à Constituição, ao ser editado, deve indispensavelmente ter sido orientado pelo rol de princípios constitucionais e, no trabalho de interpretação que objetiva sua aplicação, também estarão presentes os princípios. Na “sua principal dimensão operativa, dirigem-se os princípios ao Executivo, Legislativo e Judiciário, condicionando a atuação dos poderes públicos e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes”. (BARROSO, 1999, p. 146)

Adelmo Fioranelli Júnior (1994, p. 94-95), ao discorrer sobre as funções dos princípios jurídicos, assevera que estes:

---

<sup>3</sup> O Professor da Universidade do Ceará lembra que foi o jurista espanhol F. de Castro quem reconheceu, precursoramente, três funções dos princípios jurídicos.

[...] presidem a compreensão/interpretação e aplicação das regras jurídicas existentes (o que, neste particular, expressa a prioridade das pautas axiológicas ou valorativas sobre as descrições comportamentais de caráter fático; em outras palavras, traduz a prevalência, quando conflito houver entre uma regra jurídica e um princípio jurídico, deste último).

Considerando a existência de mais de uma função dos princípios, diz Jorge Miranda *apud* Luis Roberto Barroso (1999, p. 142) que a eles cabe: “[...] além de uma ação imediata, quando diretamente aplicáveis a determinada relação jurídica, uma outra, de natureza mediata, que é a de funcionar como critério de interpretação e integração do texto Constitucional”.

No estudo dos princípios, mais especificamente dos princípios jurídico-constitucionais e sua função interpretativa, sustenta-se que, quando se interpreta a norma jurídica partindo dos princípios constitucionais, está-se aplicando uma interpretação pelo método sistemático. Essa é a posição de Carlos Ayres Brito *apud* Roque Antonio Carrazza (2007, p. 30):

Daí este publicista preconizar o emprego preferencial do método exegético que há nome sistemático, com o que o intérprete é conduzido as patamares dos princípios jurídico-constitucionais, que, mais do que simples regras de comando, são idéias matrizes dessa regras singulares, vetores de todo o conjunto mandamental, fontes de inspiração de cada modelo deôntico, de sorte a operar como verdadeiro critério do mais íntimo significado do sistema como um todo e de cada qual das suas partes.

Partindo da divisão dos chamados métodos clássicos de interpretação, não se deve ter como aplicado apenas o método sistemático, quando o operador do Direito se orienta pelos princípios constitucionais. Na observância dos chamados princípios constitucionais abertos, o intérprete busca indiscutivelmente a finalidade da norma interpretada, ou seja, utiliza-se de elemento teleológico. Veja-se, exemplificativamente, a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, II, da Constituição Federal do Brasil, como princípio fundamental da República Federativa

do Brasil. Quando se interpreta determinada norma jurídica, revelando a utilização desse princípio como norteador do sentido escolhido, o que se está fazendo é encontrando o fim da norma com base na Constituição. Na jurisprudência pátria, encontra-se a realidade desse exemplo, como demonstra o julgado abaixo transcrito:

A expressão adornos suntuosos do art. 2º da Lei 8009/90, tanto pela interpretação gramatical como pela teleológica é no sentido de excluir da impenhorabilidade apenas as inutilidades domésticas. Interpretação gramatical que objetiva a compreensão de duas palavras: um substantivo (ornamento) e um adjetivo (suntuoso). Interpretação teleológica que compreende a evolução do instituto da impenhorabilidade no sentido de preservar a dignidade da pessoa humana, compreendida nesta a dignidade de sua família. (Acórdão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. AI nº. 194118907/Lagoa Vermelha - 4ª Cível; rel. Juiz Márcio Oliveira Puggina)

A utilização dos princípios constitucionais, quando o texto da Carta Magna mostra-se preocupado em outorgar direitos fundamentais, principalmente os de segunda e terceira gerações, atende à hermenêutica contemporânea que tem como papel primordial, segundo se afirma, permitir a utilização de todas as alternativas possíveis de realização do ser humano na justiça, por intermédio do Direito. A reclamação de que o magistrado tem de abrir-se ao mundo ao invés de fechar-se no código - pois estes e os conceitos jurídicos “estão no mundo, mas não são o mundo” (AZEVEDO, 1989, p. 70) e existem para ordenar adequadamente a vida intersubjetiva - pode ser facilmente resolvida com uma interpretação da norma jurídica infraconstitucional que procure atender aos princípios reveladores dos objetivos e fundamentos do Estado.

As dificuldades que podem ser apontadas no manejo dos princípios constitucionais como norteadores da interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais são relativos à vagueza de seus termos, pois se mostram com uma “textura aberta” (FIORANELLI JUNIOR, 1995, p. 97). Mas essa maior

generalidade e abstração poderão permitir ao intérprete “superar o legalismo estrito e buscar no próprio sistema a solução mais justa” (BARROSO, 1999, p. 150). Releva notar que, mesmo assim, o intérprete da norma jurídica não pode ficar *contra legem*.

### 1.2.2 Garantias constitucionais do processo penal

No que se refere às origens das garantias constitucionais, considera-se que estas se deram a partir do Iluminismo e da ascensão do pensamento liberal nos séculos XVII e XVIII, particularmente neste último, preocupado com o respeito aos direitos do homem, manifestado através das “declarações de direitos do homem e do cidadão”. Não se pode negar que a Revolução Francesa (1789) acabou influenciando as declarações de direito, enquanto ideologia liberal. Não obstante, aqui se observa a diferença entre a Grã-Bretanha e a Europa continental<sup>4</sup>. Nos dois casos há o aparente desmoronamento dos regimes absolutos, mas são outras as condições filosóficas.

Surgia então o Estado de Direito, pautado na legalidade e na supremacia da Constituição, ressaltando que esta se destinava a limitar o poder absoluto.

Paulo Bonavides (2003, p. 18) distingue que o constitucionalismo europeu, com história e tradição, teve por premissa a sociedade feudal do *Ancien Régime*, organizada e estruturada, enquanto o constitucionalismo brasileiro emergiu das ruínas do colonialismo, misturando vícios, a escravidão dos africanos e o absolutismo europeu opressor. Contudo, tiveram a mesma fonte doutrinária: o

---

<sup>4</sup>O *commn law* não conheceu a renovação pelo direito romano, pela codificação, própria do direito francês e outros da família romano-germânica (caráter racional-lógico). Desenvolveu-se de forma autônoma, fruto de uma longa evolução, de grande sabedoria, com faculdades de adaptação, com valor permanente, de caráter tradicional.

constitucionalismo francês, com as garantias fundamentais insculpidas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, contendo a essência e a forma de Estado de Direito.

Mas o que se não pode contestar é que os direitos e garantias individuais de “status constitucional”, situado no ápice do ordenamento jurídico, nasceram com o Estado de Direito, em consequência da elevação do princípio da legalidade à qualidade de fundamento das liberdades. Ressaltem-se, ainda, as garantias institucionais, que acabaram por fortalecer o aspecto social das garantias constitucionais, elevando a proteção dos direitos coletivos à esfera de instituições constitucionalmente protegidas. (MEDEIROS, 2003)

Interessante, aqui, a distinção entre direitos e garantias, para melhor se falar em garantias constitucionais e direitos fundamentais. Neste sentido, se expressa Paulo Bonavides (2003, p. 528):

Direito é a faculdade<sup>5</sup> reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos. Garantia ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil.

Na lição do constitucionalista Jorge Miranda (1990, p. 88-89):

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muito delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jus racionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.

Entretanto, autores expressivos como Gomes Canotilho (1988, p. 520) entendem não haver diferenciação entre garantias e direitos, e neste sentido:

---

<sup>5</sup> Importante ressaltar que certos direitos vão além da mera faculdade do sujeito dele fazer uso, e neste grupo se inserem os direitos fundamentais.



Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege e nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio *non bis in idem*).

Quando se fala em direitos e garantias, sempre se tem em mente que os direitos se apresentam positivados, entretanto, em se tratando de direitos fundamentais, a questão ganha maior amplitude.

No que se refere às garantias constitucionais, Paulo Bonavides (1994, p. 488) as vislumbra sob duas formas: na acepção lata, ou seja, garantias constitucionais enquanto garantias da Constituição, de sua efetividade; e na acepção estrita, que dizem respeito aos direitos subjetivos a serem resguardados pela Constituição, não se restringindo à garantia nela positivada. Ou seja, temos aqui, de que deve a Constituição Federal, ser efetivamente interpretada e aplicada efetivamente, não apenas relegada à doutrina, ou ao mundo hipotético, e sim utilizada quando se opera o direito.

Em se tratando de princípios, a dificuldade já se inicia quando se pretende defini-los, mormente quando são considerados como absolutos e imutáveis.

Ruy Samuel Espíndola (1999, p. 29-30) refere-se à dificuldade de se chegar a um consenso, na questão pertinente aos princípios, afirmando que: “Conceituá-los, classificá-los, defini-los, imiscuí-los em adequada base metodológica, lançando luzes para sua correta compreensão, interpretação e aplicação, constitui alguns dos desafios contemporâneos colocados aos juristas”.

Gomes Canotilho (1988, p. 1123) assim traduz por princípios: “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as

possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada”.

E Carvalho (2004, p. 07) completa: “Princípios são as idéias fundamentais que constituem o arcabouço do ordenamento jurídico; são os valores básicos da sociedade que se constituem em princípios jurídicos”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1992, p. 299-300) salienta:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...]. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...].<sup>6</sup>

Para Alexy (2002, p. 86):

[...] os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, os princípios são mandatos de otimização, que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não apenas depende das possibilidades reais, senão também das jurídicas. [...]<sup>7</sup>

Fundamental expor as considerações de Jacinto Nelson de Miranda

Coutinho (1985, 216-217) acerca de princípios, em se tratando de processo penal:

A par de se poder pensar em *princípio* (do latim, *principium*) como sendo início, origem, causa, gênese, aqui é conveniente pensá-lo(s)

<sup>6</sup> A definição de Bandeira de Mello (1992, p. 299-300) não é muito clara, seja quanto ao “mandamento nuclear”, seja quando afirma que “violiar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma”, uma vez que se os princípios estão inseridos em um sistema, pressupõe-se que seja parte dele e não seu núcleo. Quanto à outra questão proposta, parece não restar dúvida de que princípio é norma.

<sup>7</sup> ALEXY (2002, p. 86): “[...] los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida devida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas [...]”.

como motivo conceitual sobre o(s) qual (ais) funda-se a teoria geral do processo penal, podendo estar positivado (na Lei) ou não. [...] Por evidente, falar em motivo conceitual, na aparência é não dizer nada, dada a ausência de um referencial semântico perceptível aos sentidos. [...] Dizer motivo conceitual, aqui, é dizer mito, ou seja, no mínimo abrir um campo de discussão que não pode ser olvidado mas que, não há como desvendar, na estreiteza desta singela investigação. [...] O papel dos princípios, portanto, transcende a mera análise que se acostumou fazer nas Faculdades, pressupondo-se um conhecimento que se não tem, de regra; e a categoria acaba solta, desgarrada, com uma característica assaz interessante: os operadores do direito sabem da sua importância mas, não raro, não têm preciso o seu sentido, o que dificulta sobremaneira o manejo. O problema maior, neste passo, é seu efeito alienante, altamente perigoso quando em jogo estão valores fundamentais como a vida, só para ter-se um exemplo.

Luigi Ferrajoli (2004, p. 174) assim entende: “a riqueza dos princípios de um ordenamento está determinada não somente pelos valores de justiça substancial por ele incorporados no plano legal, senão também pelo trabalho científico e jurisprudencial desenvolvido pelos juristas”.<sup>8</sup>

Desta maneira, pode-se afirmar que princípio é *motivo conceitual*, sobre o qual se funda uma dada ordem; não há que se negar que os princípios, positivados ou não, são normas, mas a questão que se põe diz respeito ao fato de os operadores do Direito não atentarem para sua importância quando da prestação jurisdicional, negando-lhes efetividade.

Como bem informa Marco Antonio Lima Berberi (2003, p. 178-179), os princípios que desempenham a função de fundamento da ordem-sistema jurídico são chamados ontológicos, deles decorrendo os princípios lógicos e os teleológicos. Os lógicos não podem contradizer o princípio fundante, “sem embargo de desempenharem a função e estruturação do sistema, de modo a propiciar, pelas conseqüências, um maior conhecimento do ser”, e os teleológicos, “que funcionam

---

<sup>8</sup> FERRAJOLI (2004, p. 174): “la riqueza de principios de un ordenamiento está determinada no solo por los valores de justicia sustancial por él incorporados en el plano legal, sino también por el trabajo científico y jurisprudencial realizado sobre él por los juristas”.

como condição de possibilidade dos meios para se alcançar os fins”. Ensina ainda à respeito dos princípios fundantes que:

[...] são formados na sociedade, por sua história, a partir dos seus anseios e das suas conquistas. Não são verdades preestabelecidas, inquestionáveis, intocáveis; ao contrário, são frutos da sociedade e com ela mantêm referência, mormente no que toca às transformações pelas quais dita sociedade passa.

É fato que o processo se desenvolve em conformidade com determinados princípios e não aleatoriamente à vontade do julgador. Os princípios constitucionais do processo se traduzem em proteção contra o arbítrio da autoridade judicante. Assim, o processo não se limita a perseguir os acusados da prática de conduta delitiva, para lhes impor uma pena, mas tem a função de garantir a liberdade do acusado diante desta pretensão punitiva do Estado, e isto somente será alcançado se observados os princípios constitucionais. Não basta, assim, a existência do processo, se esta vier apartada de sua regularidade.

Entretanto, o suposto combate à criminalidade e à violência tem justificado a supressão das garantias constitucionais pertinentes ao processo penal. Portanto, não pode ser um instrumento de justiça a qualquer custo, mas um instrumento de proteção da dignidade do acusado, garantindo-lhe os direitos humanos fundamentais.

Conforme demonstrado por Cintra, Grinover e Dinamarco, as garantias não se prestam aos interesses das partes, enquanto direitos subjetivos, mas representam, especificamente, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado como fator legitimante do exercício da jurisdição. (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 1991, p. 82)

Conforme a opinião de Menezes Vieira (2003, p. 69):

[...] as garantias constitucionais do processo penal, sob um aspecto genérico, são instrumentos técnico-jurídicos que estejam em

condições de converter um direito reconhecido ou atribuído em abstrato pela norma, em um direito efetivamente protegido em concreto e, portanto, suscetível de plena atuação ou reintegração se violado. Além disso, elas são fundamentais e invioláveis no contexto dos direitos das liberdades pessoais do indivíduo.

O princípio do devido processo legal se encontra na base de um Estado de Direito moderno, e sua importância reside primordialmente nas garantias que dele decorrem, servindo de vetor e base para que se alcance um direito material pautado na razoabilidade das Leis, e um processo realmente democrático, efetivo e justo, em se tratando de uma sociedade que busca a democracia plena. (BONATO, 2003)

Na realidade, a simples previsão constitucional desse princípio já se traduz num avanço para o mundo jurídico, quando a sociedade demonstra não mais aceitar um Estado que atue sem controle, suprimindo direitos fundamentais dos cidadãos, mas isto, Slaibi Filho (1985, p. 185) reconhece, tem base no fato de que:

[...] a questão da assimilação do devido processo legal como prática social é questão que, antes de jurídica, decorre dos padrões culturais que se pretende alterar: o legislador constituinte fez o que lhe cabia, que foi prever o sistema. Aos integrantes da comunidade jurídica caberá o maior fardo: assimilar um novo padrão cultural, e depois transmiti-lo à sociedade.

Mas a sociedade parece não se questionar acerca dos fatos com que depara. Jacinto Nelson Coutinho (1989, p. 17) referiu-se à “falta de discórdia no pensamento brasileiro de hoje”, aduzindo que a ditadura intelectual faz com que se permaneça no conforto do sono dogmático, salvo poucas exceções, sem se ter paciência para refletir sobre a contraposição, ressaltando que, “sem ela, porém, crescer é impossível”.

### 1.2.3 O princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, encontra-se esculpido em nosso ordenamento, por intermédio do disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, caracterizando-se como garantia de que a nenhuma pessoa poderá se atribuir culpa por um delito praticado, até que haja sentença condenatória definitiva, imutável, daquela decisão contra a qual não cabe mais recurso.

José Afonso da Silva (1997, p. 166) ensina que a Constituição do Império do Brasil, do ano de 1824, foi a primeira Magna Carta do mundo a subjetivar e positivar os direitos do Homem, dando-lhe direitos e garantias individuais, quando declarou que a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, eram garantidas pela Constituição do Império. Observa-se aqui, entretanto, que já o Princípio da Presunção de Inocência, somente foi positivado constitucionalmente em nosso ordenamento jurídico, com o advento da Constituição Federal de 1988.

Ensina Luiz Flávio Gomes (1999, p. 101) que:

[...] cuida-se de princípio amplamente conhecido e reconhecido no âmbito internacional, assinalando alguns autores, no que se relaciona com sua origem remota, que ele seria a versão técnica do clássico *in dubio pro reo*, aforismo muito citado para expressar que na dúvida deve o juiz absolver o acusado (*in dubiis réus este absolvendus – in dubiis abstine, semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*).

De acordo com tal princípio, tem o Estado, por intermédio de seu aparelho repressor, que comprovar a culpabilidade do indivíduo, antes de, ao mesmo, efetivamente atribuí-la. A não observância de tal princípio seria um retrocesso, devendo então haver a necessidade de tal obrigatoriedade estatal, sob pena de voltarmos ao arbítrio por parte do Estado. (MORAES, 1998, p. 116)

O autor Salo de Carvalho (2003, p. 204) afirma que a presunção de inocência, elevada à condição de princípio constitucional em 1988, impõe a intérprete, uma posição ativa, ou seja, os atores processuais devem trabalhar no processo com a crença de que o réu é inocente. Apenas quando todas as hipóteses defensivas forem ultrapassadas é que a presunção deve ser afastada.

Sobre o tema, explica Tourinho Filho (1994, p. 116), que o princípio da inocência nada mais representa que o reconhecimento do *due processo of law*, prosseguindo ainda, dizendo haver sido tal princípio, erigido à categoria de dogma constitucional, não sendo “fruto de um ato demagógico, mas de um insopitável anseio libertário de toda nação brasileira. E, em razão desse princípio, toda e qualquer prisão deve revestir-se de natureza cautelar”.

Temos então que enquanto não sobrevier condenação definitiva, o réu deve ser presumido inocente. Tal princípio deve, de igual maneira, nortear, como já demonstrados, o tratamento dispensado ao acusado durante as investigações e o processo, até o trânsito em julgado da sentença penal. Ultrapassa assim, a nosso ver, a regra do *in dubio pro reo*, com as conseqüências até aqui analisadas.

Tem-se doutrinariamente, tal assertiva como correta, e, sendo assim, se deve presumir por inocente o acusado, até enquanto não sobrevier condenação definitiva, o que se dirá então, daquele que, mesmo à primeira vista, vislumbra-se haver cometido ato tido como criminoso, escorado pelas excludentes da antijuridicidade.

Ora, neste sentido, não se ode vislumbrar no processo penal, qualquer antecipação de pena ao acusado, vez que, temos sem dúvida alguma, de que, ao menos ao homem médio de bem, a simples menção de ser chamado à polícia, lembrando-se aqui o dito popular – nunca pus os pés em uma delegacia – causa

sérios transtornos, o que se dirá então ser processado ou antecipadamente apenado com prisão, derivada de simples decisão, levada a termo sem observância dos vigentes princípios constitucionais.

É óbvio até, que a simples declaração do princípio constitucional da presunção de inocência, não tem o condão de modificar o modo de pensamento da sociedade, bem como daqueles que diretamente atuam no Direito, em relação àqueles que estão às voltas com o aparato apurar do crime, ou seja, a Polícia Judiciária, Ministério Público e Justiça, que até hoje, entretanto cada vez menos, aplicam e antecipam o juízo condenatório.

É de suma importância observar, neste sentido, a incoerência de alguns Tribunais, que ainda mantêm o acusado em humilhante exposição no banco dos réus, postulando que, em face da exigência da ampla defesa, deveria o mesmo tomar assento junto ao defensor, podendo informá-lo, a todo tempo, de eventuais detalhes e circunstâncias importantes, sobre o fato, durante o julgamento. (TUBENCHLAK, 1990, p. 91)

Além ainda da questão da antecipação acusatória, que tem lugar no tema abordado, há ainda que se mencionar os malefícios impingidos ao acusado ou simples suspeito, acarretados ao mesmo, por conta da imprensa, não só da chamada imprensa marrom, que por sua própria nefasta existência, não merece crédito algum, mas também dos meios de comunicação que se auto-denominam sérios, isentos, independentes e compromissados com a verdade. Ora, simples exercício de memória, nos traz à imediata lembrança, inúmeras execrações públicas, que ao final, em condenação alguma resultaram, a não ser em humilhações, descréditos e destruição de vidas pessoais e familiares, como por exemplo, os casos



da Escola Base<sup>9</sup>, “Chico Lopes”, compras e vendas de votos, além de inúmeras outras acusações infundadas, que levadas a termo sem a devida cautela, diuturnamente ocorrem.

Não se pode assim, admitir os freqüentes abusos praticados pela imprensa na divulgação de fatos relativos a investigações, sendo muito comum nos ensinamentos de Selma Pereira de Santana (1998, s.p.) que:

[...] embora ainda no início das investigações policiais, a notícia seja veiculada, de forma açodada e irresponsável, com a cumplicidade muitas vezes dos próprios órgãos de segurança, quando se sabe que o inquérito é marcado notadamente pelo seu caráter sigiloso. Tal sigilo tem, na realidade, duas razões específicas, uma delas é garantir uma melhor apuração dos fatos, a a outra é exatamente proteger a vida privada de todas as pessoas envolvidas nesta fase de instrução provisória. É comum ser noticiada a prática criminosa, e de seus autores, ainda sob o clamor popular. Passada, porém, essa fase inicial, o desdobramento de uma tramitação processual penal, já não mais interessa à mídia. O que fora amplamente divulgado e que se projetou no universo de compreensão do cidadão tem força de uma sentença definitiva.

No tópico referente ao tema, interessante é a análise de Tourinho (1994) no que diz respeito à observância da não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença condenatória. Faz alusão a inúmeros enunciados que informam o respeito a tal instituto, após o que, se insurge ferozmente contra aqueles diziam haver a aplicação do mesmo no direito pátrio, vez que já se encontrava consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, lembrando-nos então da época da obrigatória prisão por pronúncia, da proibição de recorrer em liberdade, mostrando sua irrestrita irrisignação com tal tipo de prisão, principalmente naqueles casos de indivíduos pronunciados, que após irem a júri, eram absolvidos.

---

<sup>9</sup> O caso da Escola Base, é tido como um dos mais emblemáticos erros cometidos pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, e da Imprensa Paulista, vez que, sem o menor suporte fático, e provas de natureza material ou testemunhal, a autoridade policial responsável pelas primeiras apurações, apontou, levemente, haverem provas e indícios de prática de abusos sexuais por parte dos proprietários do estabelecimento de ensino infantil, em detrimento das crianças que ali estudavam. O inquérito Policial que apurou o caso foi sumariamente arquivado, ficando absolutamente evidenciada a completa e total inexistência dos delitos apontados e conseqüente participação dos autuados. (Revista ISTOÉ, 20 de abril de 1994, ed. 1281)

Ora, e tem toda razão o autor, como diferentemente não poderia deixar de ser. É necessário que se veja a prática delituosa cometida pela pessoa, de maneira estritamente individual. Se há a possibilidade, garantida constitucionalmente assegurada, de que não se é culpado até prova em contrário, por que é que alguém, obviamente que não preenchedor dos requisitos da prisão preventiva, deve ser encarcerado. Por pressões sociais, manifestações ou bombásticas explorações da mídia? Cremos que não, devendo caso a caso, serem os fatos analisados. Foi-se o tempo de que, quem transgredia a Lei, antes de trânsito em julgado de uma sentença, mofava na cadeia, não raro, em períodos até mesmo superiores aos quais teria que responder mesmo em caso de condenação, como por exemplo, nos casos de concessão de livramento condicional.

Temos que o princípio em questão encontra seu fundamento na proibição do excesso, na impossibilidade da antecipação da penal e dos efeitos da condenação, antes desta ser definitiva. Subsume-se de tal, que somente após o trânsito em julgado pode haver o cumprimento da pena, perda de primariedade e eventual execução civil.

Seguindo tal raciocínio, que nos é atualmente afeito, face à evolução da humanidade, de sua forma de expressão, bem como ainda, por haverem mudanças no que se refere ao modo de se acusar ou defender, de acordo com cada período histórico diferentemente, é que se vislumbra que:

[...] em todo o processo penal em jogo está, muito facilmente se percebe, um tradicional conflito que se estabelece entre o *ius puniendi* (estatal) e o *ius libertatis* (do cidadão). É o provector e histórico pêndulo, que ora privilegia aquele, ora confere primazia a este. Tudo depende da própria concepção do Estado, da política vigente, de cada momento, de cada estágio da civilização em suma. Num modelo de Estado liberal (em sentido político), a liberdade individual ganha realce. Em estados totalitários ou autoritários, o interesse que prevalece é o posto. O código de Processo Penal italiano de 1930, que serviu de modelo ao nosso de 1941, gerado em

pleno regime fascista, só podia ter afinidade, obviamente com os postulados da direção técnico-jurídica. (GOMES, 1999, p. 103-104)

Sendo certo assim, nesta demonstração de quão vetusto é nosso ordenamento processual penal básico, é que há que, obrigatoriamente, observar as regras de ordem processual, irrestritamente sob a égide dos princípios constitucionais insertos na Magna carta em vigor.

E nesta mesma linha de pensamento, Mirabete (1991, p. 43) expõe, entretanto, haver um estado de inocência, no qual o acusado é inocente até que, por uma sentença transitada em julgado, seja declarado culpado. Prossegue ainda, dizendo que:

[...] em decorrência do princípio do estado de inocência, deve-se concluir que: a) a restrição de liberdade do acusado antes da sentença definitiva, só deve se admitir a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelecer a Lei processual; b) o réu não tem o dever de provar sua inocência, cabe ao acusador comprovar sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito de sua culpa (*in dubio pro reo*).

Tem-se então que a garantia da presunção de inocência atua diretamente na condição do acusado, exigindo-se para o mesmo, uma defesa substancial e não formal vez que traduz a situação do acusado em não mais como objeto do processo, mas sim um sujeito de Direitos dentro da relação processual. (CHOUKR, 1990)

Leciona Fauzi Hassan Choukr (1990, p. 14-15) que:

Como tal presunção (ou estado) perpassa toda a tutela jurisdicional, apresenta manifestações, v.g., no direito à prova, direito ao duplo grau de jurisdição (com a impossibilidade da imposição de sua prisão como forma de dar prosseguimento ao recurso) e na qualificação de tormentoso tema no direito brasileiro que é a definição do que são maus antecedentes. Malgrado parte da doutrina ter-se posicionado acerca do tema, os tribunais ainda têm certa timidez na extração das conseqüências máximas de tal princípio.

Há que se observar no que se refere ao Princípio da Presunção de Inocência, que historicamente, o mesmo é contemplado, ora em termos de presunção, enquanto outros preferem a referência à posição do acusado durante o processo (estado de inocência ou de não culpabilidade). Neste particular Chiavario (1982, p. 12), demonstra que:

[...] embora não se trate de perspectivas contrastantes, mas convergentes, é forçoso reconhecer que no primeiro caso se dá maior ênfase aos aspectos concernentes à disciplina probatória, enquanto que no segundo se privilegia a temática do tratamento ao acusado, impedindo-se a adoção de quaisquer medidas que impliquem sua equiparação ao culpado.

Já mencionamos que a presunção de inocência, somente foi expressamente materializada em nosso ordenamento jurídico com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Mesmo assim, há que se ressaltar, que embora tal princípio ainda não estivesse previsto constitucionalmente no direito Pátrio, o mesmo já era aplicado, mesmo que timidamente, por força dos princípios do contraditório e da ampla defesa, insertos no direito processual penal.

Fato interessante a salientar, é que no início da vigência de nossa atual Constituição Federal, houve quem sustentasse que o legislador constituinte, ao anunciar uma não culpabilidade, de dimensão mais limitada, não adotou o princípio da presunção de inocência. Conforme leciona Giulio Illuminare (1979), tal interpretação canhestra foi anotada na doutrina italiana, nos primeiros debates sobre a fórmula do artigo 27 da Constituição de 1948.

Tal corrente, que baseava sua linha de raciocínio na interpretação literal, a mais pobre do Direito, diga-se de passagem, informava que o legislador constituinte de 1988, não teria adotado o princípio da presunção de inocência, mas sim o princípio da não-culpabilidade, de menor abrangência.

Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho (1999, p. 30), tal raciocínio, tendo em vista o seu excessivo apego ao texto, perdeu o sentido:

[...] desde que o Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992, aprovou o texto da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), o governo brasileiro, em 25 de setembro de 1992, depositou a Carta de Adesão a esta Convenção, determinando-se seu integral cumprimento pelo Decreto nº. 678, de 06 de novembro de 1992, publicado no D.O.U. de 09.11.92, pág. 15562 e ss.

Completa ainda, o jurista (1999, p. 31), ao fazer menção sobre as maneiras de redação dada ao princípio da presunção de inocência, tanto na Constituição Federal de 1988, quanto no Pacto de São José da Costa Rica, que:

[...] as duas redações se completam, expressando os dois aspectos fundamentais da garantia, complementando ainda, ao dizer que no Brasil, diante da duplicidade de texto que proclamam a garantia, pode-se concluir que estão agora reconhecidos ampla e completamente, todos os seus aspectos, não sendo possível negar-lhe aplicação mediante argumentos relacionados à interpretação meramente literal.

Para que tenhamos ainda mais a verdadeira noção da real dimensão de tal preceito constitucional, auxiliam-nos os ensinamentos de Weber Martins (1982, p. 26-27), quando explica que:

A presunção de inocência nasceu como idéia-força a influir no psiquismo geral, no sentido de fixar a imagem de um processo que não estivesse a serviço da tirania, mas que, ao contrário, desse ao acusado as garantias da plena defesa. Estabelecendo que o absolvido por falta de prova era presumido inocente, a regra atingia sua finalidade prática como idéia-força, sem subverter a lógica. Pois uma coisa é declarar que não se considera culpado quem não foi condenado, como o fizeram os escritores medievais, e outra, bem diferente, é afirmar que o réu se presume inocente até que condenado.

E em assim sendo, necessário e imperativo até, é lembrarmos das palavras de mestre Rui Barbosa (2003, p. 41-42), em sua célebre Oração aos

Moços, quando à respeito da antecipação da condenação, já há idos tempos escreveu:

Não sigais os que argumentam com o grave das acusações, para se armarem de suspeita e execração contra os acusados. Como se, pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação, não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, e menos perder de vista a presunção de inocência, comum a todos os réus, enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito.

Não acompanhei os que, no pretório, ou no júri, se convertem de julgadores em verdugos, torturando o réu com severidades inoportunas, descabidas, ou indecentes como se todos os acusados não tivessem direitos à proteção dos seus juizes, e a Lei processual, em todo o mundo civilizado, não houvesse por sagrado o homem, sobre quem recai acusa;ão ainda inverificada.

Não estejais com os que agravam o rigor das Leis, para se acreditar com o nome de austeros e ilibados. Porque não há nada menos nobre e plausível que agenciar uma reputação malignamente obtida em prejuízo da verdadeira inteligência dos textos legais.

Não julgueis por considerações de pessoas, ou pelas do valor das quantias litigadas, negando as somas, que se pleiteiam, em razão da sua grandeza, ou escolhendo, entre as partes na lide, segundo a situação social delas, seu poderio, opulência e conspicuidade. Porque quanto mais armados estão de tais armas os poderosos, mais inclinados [e de receiar que sejam à extorção contra os menos ajudados da fortuna; e, por outro lado, quanto maiores são os valores demandados e maior, portanto, a lesão argüida, mais grave iniquidade será negar a reparação, que se demanda.

Atente-se que a análise do presente princípio, mesmo que de maneira rasa, demonstra não haverem maiores questionamentos no que se refere ao entendimento doutrinário<sup>10</sup>, no reconhecimento e aplicação do princípio da presunção de inocência, isto tanto no campo processual quanto constitucional, demonstrando-se assim, já haver o instituto se arraigado completamente na doutrina pátria.

Inteligente colocação faz Guilherme de Souza Nucci (2002, p. 42), quando ensina que o estado natural das pessoas quando nascem é o de inocência, razão pela qual, deve ser isto tomado como regra, a qual para ser quebrada, exige do

---

<sup>10</sup> Traz-se à baila tal assertiva, vez que, no que se refere à cautelaridade da prisão, assim entendida pelos Tribunais Superiores, longe se está, afora seus princípios embasadores, de se reconhecer um denominador comum, vez que, com exceção da prisão em flagrante, as demais prisões cautelares, são embasadas em conceitos puramente subjetivos, que mudam de acordo com seu aplicador.

Estado-Acusação, que demonstre ao Estado-Juiz, com provas suficientes, a culpa do réu. Menciona ainda, decorrer do princípio, a inexistência de obrigação do acusado em se auto-acusar, decorrendo disto, o seu direito ao silêncio.

Importante ainda é mencionar que a existência do princípio da presunção de inocência, não importa em extinção das medidas cautelares, mormente as de prisão, culminando inclusive, para que fique demonstrado seu caráter excepcional.

### 1.2.4 O devido processo legal

O Devido Processo Legal, teve sua origem, como historicamente se noticia, com a Magna Carta inglesa, carta esta que apresentava a garantia ao *law of the land*, entretanto sem haver ainda menção ao *due process of law*, o qual somente foi inserto na legislação inglesa, em 1354, com Eduardo III, inexistindo entretanto, menção ao legislador responsável pelo feito. (NERY JUNIOR, 1999)

A Magna Carta<sup>11</sup> do rei John Lackland (João “Sem-Terra”), de 15 de junho de 1215, quando o seu artigo 39 se referiu à *legem terrae*, termo posteriormente traduzido para a língua inglesa como *Law of the land*, sem, contudo, mencionar a expressão que hoje conhecemos *due process of Law*.

Em 1354, ainda na Inglaterra do rei Eduardo III, no conhecido *Statute of Westminster of the Liberties of London*, por um legislador desconhecido, foi utilizada a expressão definitiva<sup>12</sup>, e de forma mais importante, incorporado aquele texto aos

---

<sup>11</sup> Escrita originalmente em latim, idioma dos intelectuais da época. Disponível nessa versão na internet em <http://www.thelatinlibrary.com/magnacarta.html>. Acesso em 22 de agosto de 2003.

<sup>12</sup> “None shall be condemned without trial. Also, that no man, of what estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by due process of law”. (NERY JUNIOR, 2002, p. 33)

dispositivos da *Common Law*. Há de se admitir, no entanto, que durante toda essa época, o instituto era meramente formal, sem utilização e sem expressão.

A Constituição dos Estados Unidos da América<sup>13</sup>, onde muito se desenvolveu o devido processo legal, não trata originalmente do instituto, sendo abordado explicitamente nas suas emendas, na 5ª e na 14ª Emenda<sup>14</sup>. Na primeira emenda referida, a cláusula *due process of Law* apareceu pela primeira vez ao lado do trinômio “vida, liberdade e propriedade” e, na segunda, sofreu grande transformação-evolução, passou a significar também a “igualdade na Lei”, e não só “perante a Lei”, além de marcar a sua utilização efetiva. Tais inserções deram-se pela tendência de acompanhar a evolução das Constituições de alguns Estados, como Maryland, Pensilvânia e Massachusetts, que já contavam com a garantia em testilha, pois, por sua vez, acompanhavam as Declarações de Direitos das Colônias de Virgínia, Delaware, Carolina do Norte, Vermont e de New Hampshire, posteriormente transformados em Estados federados.

Fazendo-se menção à América Latina, a Argentina e o México, desde o nascedouro de suas Constituições, em 1853 e 1857, respectivamente, já contavam com o instituto.<sup>15</sup>

É uma expressão, como já se demonstrou de origem inglesa e que para o direito processual demanda na previsão de que toda atividade jurisdicional deve ser

---

<sup>13</sup> Disponível em: <http://www.house.gov/Constitution/Constitution.html>. Acesso em: 23 de Dezembro de 2007.

<sup>14</sup> *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger. Nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or lib. Nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law. Nor shall private property be taken for public use, without just compensation*. Disponível em: <http://www.house.gov/Constitution/Amend.html>. Acesso em: 23 de dezembro de 2007.

<sup>15</sup> *All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*” Disponível em: <http://www.house.gov/Constitution/Amend.html>. Acesso em: 23 de dezembro de 2007.



pautada no processo previsto na Lei, consoante o disposto no artigo 5º, inciso LIV de nossa Constituição Federal, tendo-se assim, que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal.

Primitivamente, a justiça penal, notadamente em face da criminalidade, pagava o preço ao fato da pretensa divindade do soberano, resquício de tempos imemoriais: a ordália, também chamado de "juízos de Deus", de origem anglo-saxônica, comum em todos os países da Europa, era basicamente a submissão do acusado aos desígnios de Deus. Pela lógica dos julgadores medievais, "ela funcionava como agente destruidor se o imputado fosse culpado, enquanto exaltava sua inocência e força se ele pudesse sustentar a prova sem dano". (SUANNES, 1999, p. 84)

As provas eram ligadas aos elementos, a água e o fogo, muitas vezes, sendo uma combinação dos mesmos, ou em alguns casos, as partes eram submetidas ao duelo. Nesse caso, Deus ajudaria a parte que fosse inocente.

Com as reformas determinadas pelo Papa Inocêncio III (1198-1216), foi instituído o modelo inquisitório<sup>16</sup>, fundamentado na auto-incriminação sob juramento. Recusando-se ao julgamento, era o acusado submetido à tortura, a fim de se extrair do mesmo a "verdade".

A essa mesma época, passava a Inglaterra por uma situação bem conturbada, por invasões, desigualdades e absolutismo dos líderes, sendo que o rei Ricardo Coração-de-Leão, era um líder pouco afeto à seus deveres e com um grande espírito guerreiro. Ricardo dedicou-se às lutas externas e à procura do Santo Graal. Isso saía caro para a população que tinha que arcar com todas as despesas

---

<sup>16</sup> Sob a égide da Inquisição, o clero, juntamente com os estados Absolutos em ascensão, fundamentou suas perseguições ampliando o rol dos culpáveis, englobando em suas tipificações, além da criminalidade comum, qualquer oposição que criticasse o saber oficial. Estabeleceu-se uma estrutura ampla e onipresente e poder que não admitia a existência do "outro", do diverso, que era determinado pelo adjetivo herético. (CARVALHO, 2000, p. 145)

dessas aventuras, o que acarretou em elevação dos tributos e aumentou a impopularidade do rei.

Depois de muita pressão, João Sem Terra, no dia 15 de junho de 1215, já sem escolha, acolheu a petição, comprometendo-se à respeitá-la. Isso não foi feito, tendo o rei João falecido pouco depois. Dez anos depois, seu sucessor, Henrique III, pôs fim à insatisfação popular, negociando uma redação definitiva para a Magna Carta.

Falava-se inicialmente em *law of land*: Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da Lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a Lei da terra.<sup>17</sup>

Todavia, a fórmula *law of the land*, ou seja, de "harmonia com a Lei do país" não era, porém, clara. Não admira, pois, que na leitura posterior da Carta feita por Eduardo III, em 1354, seja utilizado não o enunciado lingüístico "de harmonia com a Lei do país", mas uma fórmula semanticamente mais rica, mas também mais indefinida: "processo devido em direito". (CANOTILHO, 1998, p. 448)

Canotilho (1998, p. 449) levanta a dúvida. Qual é o significado a atribuir à tal formulação "devido processo"? Dois dos mais célebres comentadores ingleses – Coke e Blackstone – insinuaram uma interpretação tendencialmente restritiva. Coke definiu o processo devido como sendo aquele que consagra "processo e acusação por homens de bem e justos e, conseqüentemente, requer um juízo e prova de culpabilidade do acusado". Por sua vez, Blackstone, nos seus *Commentaries on the Laws of England*, parecer reiterar esta interpretação. Um sentido unicamente formal. Os tempos não estavam ainda maduros para se avançar para um processo

---

<sup>17</sup> O princípio remonta a um edito de "Conrado II, O Sádico", do século XI, reaparecendo, mais tarde, no artigo 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 pelo Rei "João sem Terra" a seus barões na Inglaterra.

compreendido com um conteúdo valorativamente orientado para a defesa de valores e direitos fundamentais.

A história começou a se alterar com as emendas V e XIV da Constituição dos Estados Unidos da América. Importante frisar que a emenda V estabelece o princípio para a Federação e a de XIV para os Estados, que ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal.

A leitura básica das Emendas relacionadas pode sintetizar a seguinte forma: processo devido em direito significa a observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade. O sentido passa a ser de processo justo definido por Lei para se dizer o direito.

Canotilho (1998, p. 449) lembra, ainda, que esta leitura básica abre a porta para uma outra idéia já atrás acentuada. É ela a do processo devido como processo justo de criação legal de normas jurídicas, designadamente das normas restritivas das liberdades dos cidadãos. Por outras palavras porventura mais expressivas: o *due process of law* pressupõe que o processo legalmente previsto para a aplicação das penas seja ele próprio um "processo devido" obedecendo aos trâmites procedimentais formalmente estabelecidos na constituição ou plasmados em regras regimentais das assembléias legislativas. Procedimentos justos e adequados moldam a atividade legiferante. Dizer o direito segundo um processo justo pressupõe que justo seja o procedimento de criação legal dos mesmos processos.

Os textos posteriores é que mencionaram o *due process of law*, que veio a ter assento constitucional nos Estados Unidos da América do Norte, nas emendas V e XIV. Passa esta cláusula com o tempo a integrar o rol de garantias dos textos das Constituições européias: italiana, portuguesa, espanhola, alemã e belga.

Em 1948, tivemos a sua consagração na Declaração Universal dos Direitos do Homem, formulada pela ONU em Paris, que determina que toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, a ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.

Lembra Vicente Greco Filho (1998) que uma das garantias mais importantes que nos foram legadas pelas declarações universais de direitos é, inegavelmente, a do devido processo legal para a imposição das penas criminais.

Ada Pellegrini Grinover (1991, p. 78) registra que entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

O estudo do devido processo legal nos leva à apresentação do processo penal garantista, que a meu ver, é o sinal da evolução do processo penal moderno, baseado na proteção aos direitos fundamentais.

Um dos graves problemas dos regimes democráticos na atualidade é confundir a onipotência da maioria com democracia. Ferrajoli lembra que os erros desses regimes ensinaram que a democracia não consiste no despotismo da maioria, mas sim num sistema frágil e complexo de separações e equilíbrios entre poderes, de limites e vínculos ao seu exercício, de garantias estabelecidas para a tutela dos direitos fundamentais, de técnicas de controle e reparação contra a sua

violação; e que estes equilíbrios se rompem, e a democracia é posta em perigo, sempre que os poderes, sejam econômicos, sejam políticos, se acumulam, ou pior, se confundem em formas absolutas. (FERRAJOLI, 1996)

Lembra Ferrajoli (1997) que essa crise, equivale, de fato, à uma crise do princípio da legalidade, isto é, da sujeição à Lei dos poderes públicos, princípio esse sobre o qual se fundam quer a soberania popular, quer o paradigma no Estado de Direito; e permite a reprodução, no seio dos nossos ordenamentos, de formas neo-absolutistas de poder público, isentas de limites e de controles e governadas por interesses fortes e ocultos.

Daí surge a importância do garantismo, como forma de proteção e segurança da ordem jurídica, como a regulação jurídica do próprio Direito Positivo, não só quanto às formas de produção, mas também sobre a produção de seus conteúdos.

O garantismo sustenta o modelo de Direito Penal Mínimo de Ferrajoli. Esse modelo está vinculado diretamente ao modelo de processo penal garantista. Só um processo penal que, em garantia dos direitos do imputado, minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial, pode oferecer um sólido fundamento para a independência da magistratura e ao seu papel de controle da legalidade do poder.

A evolução do processo penal está intimamente relacionada com a evolução da pena, que por sua vez é reflexo da estrutura do Estado em um determinado período. O processo surge com o terceiro estágio de desenvolvimento da pena, agora como "pena estatal", que vem marcada por uma limitação jurídica do poder de perseguir e punir. A pena somente pode ser imposta mediante o processo judicial e pelo Estado. (LOPES JUNIOR, 2000)

O modelo garantista de processo penal de Ferrajoli (1996, p. 731) é fundamentado em cinco princípios básicos, sendo eles:

1º) **Jurisdicionalidade - Nulla poena, nulla culpa sine iudicio**: Não só como necessidade do processo penal, mas também em sentido amplo, como garantia orgânica da figura e do estatuto do juiz. Também representa a exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à Lei.

2º) **Inderrogabilidade do juízo**: No sentido de infungibilidade e indeclinabilidade da jurisdição.

3º) **Separação das atividades de julgar e acusar - Nullum iudicium sine accusatione**: Configura o Ministério Público como agente exclusivo da acusação, garantindo a imparcialidade do juiz e submetendo sua atuação a prévia invocação por meio da ação penal. Esse princípio também deve ser aplicado na fase pré-processual, abandonando o superado modelo de juiz de instrução.

4º) **Presunção de inocência**: A garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica diversas conseqüências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena será por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença.

5º) **Contradição - Nulla probatio sine defensione**: É um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado em ficar livre de acusações infundadas e imune

a penas arbitrárias e desproporcionadas). Para o controle da contradição e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência, também é fundamental o princípio da *motivação de todas as decisões judiciais*, pois só ele permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder.

O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc. (LOPES JUNIOR, 2000)

Ferrajoli destaca, ainda a existência de verdadeiras penas processuais, pois não só o processo é uma pena em si mesmo, senão também que existe um sobrecurso inflacionário do processo penal na moderna sociedade de comunicação de massas. Existe o uso da imputação formal como um instrumento de culpabilidade preventiva e de estigmatização pública, e, por outra parte, na proliferação de milhares de processos a cada ano, não seguidos de pena alguma e somente geradores de certificados penais e de *status* jurídico-sociais (de reincidente, perigoso, à espera de julgamento, etc.).

Essa grave degeneração do processo permite que se fale em verdadeiras *penas processuais*, pois confrontam violentamente com o caráter e a função instrumental do processo, configurando uma verdadeira *patologia judicial*, na qual o processo penal é utilizado como uma punição antecipada, instrumento de perseguição política, intimidação policial, gerador de estigmatização social, inclusive

com um degenerado fim de prevenção geral. Exemplo inegável nos oferecem as prisões cautelares, verdadeiras penas antecipadas, com um marcado caráter dissuasório e de retribuição imediata. (LOPES JUNIOR, 2000)

A efetividade da proteção está em grande parte pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais. Como consequência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como *garantidor* dos direitos do acusado no processo penal. (LOPES JUNIOR, 2000)

Deflui-se disto, que por tal princípio, as medidas restritivas de direito, no tocante à liberdade ou quaisquer outros bens, apenas poderão ocorrer quando houver obediência ao mesmo, devendo o processo sempre ser justo e realizado com base nos princípios e dispositivos existentes na carta maior e Leis processuais que o regem.

Tendo em vista o seu enunciado na Constituição Federal, tem-se que a restrição de liberdade do acusado, além de depender de ordem judicial, está adstrita à observância de procedimento qualificado por garantias mínimas inseridas em seu bojo, como a imparcialidade do juiz, o contraditório, ampla defesa e o duplo grau de jurisdição, bem como ainda, à total observância das formalidades legais. (FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, 2000, p. 27)

Discorrendo sobre o tema, Tourinho Filho (1994, p. 60), assevera que anteriormente, inobstante a falta de disposição legal, sempre se observou o princípio do *due process of law*, estando o mesmo atualmente, elevado à categoria de dogma constitucional, parecendo haver esquecido ilustre professor, das diuturnas violações



de liberdade ocorridas em um passado recente, e que hoje em dia, infelizmente, ainda não se viram erradicadas.

Tal princípio, oferta ainda aos acusados, a oportunidade da defesa com igualdade de armas, vez que, conforme explica Scarance Fernandes (2003, p. 32), “[...] é o processo o palco no qual devem se desenvolver, em estruturação equilibrada e cooperadora, as atividades do Estado (justiça) e das partes (autor e réu)”.

Como Princípio do Devido Processo Legal, Cretella Júnior (1990, p. 50), *in verbis* assim o define:

Devido processo legal é aquele em que todas as formalidades são observadas, em que a autoridade competente ouve o réu e lhe permite a ampla defesa, incluindo-se o contraditório e a produção de todo tipo de prova – desde que obtida por meio lícito – prova que entenda seu advogado dever produzir em juízo. Sem processo e sem sentença, ou prolatada esta por magistrado incompetente, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens.

Necessário mencionar-se aqui, como o fizemos no tópico anterior, que a existência de tal princípio, também não veda a prisão sem o devido processo, vez que a própria constituição Federal prevê a prisão em flagrante e a prisão por ordem fundamentada de autoridade competente.

Cabem aqui também, de maneira inequívoca, no que se refere à extreme necessidade da leitura legal sob a estrita ótica constitucional, as palavras de Luis Roberto Barroso (1999, p. 70-71), quando o mesmo, textualmente assevera:

[...] as normas legais tem que ser reinterpretadas em face da nova constituição, não se lhes aplicando automática e acriticamente, a jurisprudência forjada no regime anterior. Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido como possível, com o antigo.

Ou seja, de maneira incondicional, digamos até que contundente, deve-se adotar tal proceder, medida esta, que ainda hoje encontra resistência, vez que tem-se que existe pelo direito infraconstitucional, um certo fascínio, a ponto de se querer que se adapte a Constituição às Leis ordinárias, e não o contrário, como deve ocorrer. (STRECK, 2001)

## **CAPÍTULO II. ANÁLISE DAS PRISÕES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

É, em nosso entendimento, necessário e indispensável frisar, que o tema das prisões, seus tipos e cabimentos, face aos direitos constitucionais do indivíduo, mesmo sendo assunto objeto de grande debate doutrinário ao longo do tempo, encontra-se longe, pelo menos na grande maioria de seus aspectos, de encontrar um denominador comum que arrefeça o espírito daqueles que estudam e digladiam-se frente ao seu delicado objeto de estudo e discussão.

Tem-se, que em uma análise de caráter absolutamente constitucional, tratar o estudo das prisões, seus momentos, espécies, duração e cabimento, obviamente que dentro da matéria que a delimita, de caráter infraconstitucional, mas principalmente, sob a égide da Lei Maior, a Constituição Federal de 1988.

Nossa atual Carta Magna contempla com enorme acerto, as garantias do indivíduo, de qualquer sexo, cor, raça, credo, privado ou não de liberdade, garantias estas que visam dar proteção e sustentação aos Direitos e garantias de que todos são titulares, desde sua concepção, fazendo-se ainda, ressalva, contra a existência absolutista das verdades, mas respeitando-se sempre a legalidade, a Lei e o ato formal.

Isto pelo fato de que em um Estado submetido ao Direito, sua atuação, o exercício do Poder, tem que se pautar pela Lei. Há que, irrestritamente, ser obedecido o princípio da legalidade, do qual decorre a igualdade, estando ambos, sob o crivo da Justiça.

Em assim sendo, tem-se que o tema das prisões e Direitos fundamentais há de ser tratado de maneira a demonstrar também seus efeitos e conseqüências, isto

pelo fato de que se refere indubitavelmente a efeito que, de maneira real, atinge toda a sociedade.

## 2.1 A prisão

Tecendo, alguns comentários genéricos a respeito da prisão, tem-se que esta é oriunda do direito de punir do Estado.

Ocorrido um crime, há uma lesão de um direito de que é titular um membro da sociedade, sendo lógico afirmar-se, que a lesão a tal direito, não ofende tão somente seu titular direto, a chamada vítima, mas também tudo aquilo a que ela pertence, a sociedade em que vive. Esta é, de maior ou menor maneira, face à gravidade do crime perpetrado, ou ainda face à publicidade que se acarreta ao delito, sempre atingida. Temos que a ocorrência de um crime, mesmo que impossível sua prevenção pelo Estado, mesmo ainda que ínfimo, macula punctória e vagarosamente a sociedade. E esta, vem cada vez mais, sendo alvo de escoamento da sua tranqüilidade, vez que não consegue o Estado, salvaguardá-la, e o que é pior, salvaguardá-la de si mesma.

Analisando a Constituição Federal de 1988, encontramos no inciso LXI do seu artigo 5º, aquilo que, nos parece, serem as únicas formas a que pode ser levado ao cárcere um cidadão, ou seja, por intermédio da prisão em flagrante, por ordem fundamentada do juiz de direito competente, ou ainda, nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em Lei, prisões estas, as últimas, carregadas de ranço e *lobby* militar, herdadas de nossa mais recente ditadura.

É ainda obrigatório, a menção daquele tipo de prisão, que diuturnamente ocorre à socapa no Brasil, denominada prisão para averiguação, a qual é

completamente ilegal e inconstitucional, como demonstra Paulo Lúcio Nogueira (1977, p. 224), quando informa que “a chamada prisão para averiguação não tem amparo legal e, se é aplicada pelas autoridades policiais, comumente o é sem suporte legal.

Mas o autor (1977, p. 224), após esta afirmação, não obstante demonstrar a ilegalidade de tal tipo de prisão, confessa que não se pode deixar de reconhecer que se trata de medida perfeitamente justificável em determinados casos, em que a polícia precisa agir com presteza e só detendo o indivíduo poderá levar adiante suas investigações, dizendo ainda que este tipo de prisão, embora não previsto em Lei, por vezes torna-se necessário em muitas circunstâncias.

Em contrapartida à opinião demonstrada, José Barcelos de Souza (1988), expõe que não se pode ordenar medida privativa de liberdade sem as formalidades legais. Qualquer detenção que se fizer, ainda que de insanos mentais para fins de custódia, há de ser imediatamente comunicada à autoridade competente.

Possui a mesma opinião, Mirabete (1991, p. 349), que diz serem:

[...] inconstitucionais, portanto, as chamadas ‘prisão correccional’, ‘prisão para averiguação’ e ‘prisão cautelar’, o que não impede que uma pessoa seja detida por momentos, sem recolhimento ao cárcere, em casos especiais de suspeitas sérias, diante do chamado poder de polícia.

Já Tourinho Filho (1994, p. 345, grifo nosso) apresenta posição mais liberal, ao afirmar que, não obstante toda e qualquer prisão só poder ser efetuada mediante ordem escrita da autoridade competente, excetua-se entre outras:

[...] as detenções dos ébrios e insanos mentais autorizadas nos regulamentos policiais e que por si mesmo se justificam como providência ditada por um estado de necessidade. As detenções dos primeiros até passar a carraspana, e a dos segundos, até que se providencie seu internamento, em casa de tratamento, tornam-se medida profilática que, a despeito da ilegalidade, (a Lei não prevê expressamente tais modalidades de detenções), **é fartamente usada**

**com o apoio silente de Juízes e membros do Ministério Público, por razões que dispensam quaisquer comentários.**

Temos assim, obviamente, opiniões divergentes. E tais nos remetem à certeza da vastidão do mundo jurídico, da tão enorme diversidade de opiniões doutrinárias e jurisprudenciais, que causam ainda, no âmago da nossa mente, o conforto para aqui deixarmos nossa opinião, mesmo que contrária a de ilustres estudiosos, demonstrando ainda sua motivação e fundamento.

Como pudemos demonstrar, através dos processualistas mencionados, tem-se no que tange à prisão, a clara intenção e entendimento de total respeito à Lei, ou seja, em suma, que esta somente pode ser efetuada dentro dos ditames legais, sendo sempre decretada ou determinada pela autoridade competente.

É indiscutível que em um Estado democrático de direito, não há que se sequer cogitar em falar em outro tipo de prisão que não seja aquela que esteja dentro dos ditames da Lei processual e da Constituição, ou seja, que preencha os requisitos formais e materiais, para sua final decretação pela autoridade judiciária, ou sua determinação, pela autoridade policial.

Mas, ocorre que não vivemos na Fordlândia, local onde a soma dominava a vontade de todos, e cuja utopia nos foi apresentada por Huxley.

Vivemos em um país livre, ou ao menos onde se prega a liberdade e a democracia. E assim sendo, têm os homens, não obstante estarem adstritos ao cumprimento da Lei, seus próprios entendimentos e considerações, inclusive até no que se refere ao destino de seus semelhantes.

Não temos aqui, o propósito de enaltecer a ilegalidade, mas demonstrar, de maneira inequívoca, fatos que cotidianamente ocorrem, e, na maioria das vezes, imbuídos até, do mais puro sentimento de ajuda social.

Ora, novidade não é que as prisões ilegais ocorrem. Tanto as denominadas prisões para averiguação, prisões para investigação, como ainda o cerceamento da liberdade dos ébrios, até que estes se curem da bebedeira que os aflige.

São todas estas prisões, inequivocadamente ilegais.

Mas percebe-se, na opinião dos autores, Mirabete, Tourinho e Barcelos, haver um ferrenho combate àquelas prisões ilegais levadas a termo pela polícia, para poder-se melhor investigar, e certa benevolência e compreensão naquelas prisões efetuadas, ou em detrimento de bêbados para que estes se curem, ou ainda em desfavor daqueles acometidos por complicações mentais, até que sejam devidamente internados, onde, repetindo o que disse Tourinho Filho (1994, p. 345), há o apoio “silente de juízes e membros do Ministério Público, por razões que dispensam quaisquer comentários”.

Ora, não nos parece lógico. E termos assim, dois pesos e duas medidas.

É certo não haverem, principalmente no Direito, verdades absolutas, mas temos que tecer comentários a respeito desta assertiva do grande processualista, que não obstante ser correta, diferencia prisões ilegais, pelo simples propósito e aparente aprovação social que têm ou não.

O Brasil é um país continental, advindo deste fato, as grandes distâncias, diferenças culturais e temperamento dos habitantes desta ou daquela região. Some-se ainda, a precariedade do funcionalismo público, eivado às vezes de despreparo intelectual e sempre de número de pessoas suficientes para realizar um trabalho condigno.

E neste último padrão, encontram-se juízes, promotores, professores, policiais e serventuários da justiça.

É antiga a crítica ao exorbitante número de processos que cabem a cada magistrado, como também o é, a relação entre juiz *versus* número de habitantes no Brasil.

Isto tudo gera, procedimentos e modos de conduta paralelos, produto sempre da dificuldade de acesso à justiça, que tacitamente vão sendo aceitos, não deixando de ser diferente com as prisões sem embasamento legal, mais especificamente, com a detenção dos ébrios e loucos de todos os gêneros.

Quem labuta na área policial sabe da imprudência, insanidade e insensatez que é, deixar um indivíduo, embriagado por um litro aguardente, que nas melhores casas do ramo, os malfadados botecos, custam preço de somenos importância, importunando freqüentadores do local, transeuntes e ainda, dentro de seu lar, acometido daquele espírito de macho latino imbatível, provocar o terror em toda sua família.

Não vemos solução legal, diga-se de passagem, a contento, que possa ser efetiva e regularmente aplicada em toda comarca e município, para tratar com o ébrio, apesar de que, em uma evolução, editou-se a Lei que permite à autoridade policial representar ao judiciário, no que se refere ao afastamento do lar, do agressor contumaz.

A solução que se leva a termo, diuturnamente, e a que todos aqueles que têm como dever a vigília da Lei, geralmente fazem vista grossa, é de nome simples, o xadrez. É manter-se detido o indivíduo, até que se desanuvie sua mente, e possa ele então, entender racionalmente as conseqüências de seus atos, e ouvir, como de praxe, uma severa admoestação.

Temos então, mesmo que forçosamente, que reconhecer a existência dessas prisões, que parecem ter ainda, longa vida pela frente, principalmente



naqueles locais do Brasil, onde, de acordo com a realidade vigente, não se tem o mínimo a oferecer, muito menos aplicar corretamente a Lei.

Agora, no que se refere à sua ilegalidade, esta é inequívoca, no tocante à sua necessidade, também o é, e cremos ainda, haver muito a percorrer, para que se possa adequar a Lei, ao anseio, neste tipo de caso, daqueles que deve ela proteger, ou seja, o povo.

Retornando-se, ao tema que nos cabe, há ainda, dentro daquilo que nos propusemos expor, que se mencionar as espécies de prisões existentes no direito pátrio. Distinguem-se basicamente em prisão pena e prisão sem pena, sendo a primeira, aquela advinda de uma condenação restritiva de liberdade, após o trânsito em julgado de uma sentença, e a segunda, aquela que divide-se em prisão processual ou provisória, civil, administrativa e disciplinar.

A prisão processual é aquela de natureza cautelar, que tem como modo de ocorrer, a prisão em flagrante, preventiva e temporária, além ainda da decorrente de pronúncia e sentença condenatória recorrível.

É nas palavras de Tourinho Filho (1994, p. 345):

[...] uma execução cautelar de natureza pessoal (em oposição à coerção processual de natureza real – como as buscas e apreensões, seqüestro, arresto etc...) e que se justifica como medida imprescindível para assegurar o império da Lei penal.

De nosso particular interesse e abordagem neste momento é a prisão temporária, da qual nos ocuparemos mais adiante.

## 2.2 Prisão cautelar

A prisão antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória – prisão cautelar – consiste numa medida constritiva da liberdade individual, aplicada no curso do Processo Penal, ou até mesmo antes deste, no caso da prisão temporária, de natureza, como o próprio nome indica, acauteladora do normal desenvolvimento do processo e da eficaz aplicação da Lei penal.

A custódia provisória, considerada a mais incisiva medida dentre as medidas cautelares processuais penais, por vezes, se faz necessária, sob pena de ver-se comprometida a eficácia da atuação jurisdicional. Para tanto, suprime-se a liberdade do indivíduo, quando se verifica que existem, de maneira concreta, os requisitos necessários para tal medida, excetuando-se assim, excepcionalmente a regra geral que é a prisão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Opinando sobre a utilização da prisão cautelar pelo Estado, Aury Lopes Júnior (2000, p. 14), demonstra que:

As medidas coercitivas são produtos da tensão entre dois deveres próprios do Estado Democrático de Direito, a proteção do conjunto social e a manutenção da segurança coletiva dos membros da comunidade frente à desordem provocada pelo injusto típico, através de uma eficaz persecução dos delitos, e de outro lado a garantia e proteção efetiva das liberdades e Direitos fundamentais dos indivíduos que a integram.

E é justamente esta tensão gerada entre a supressão da liberdade individual e a presunção de inocência predominante antes da decisão penal transitada em julgado, que desperta o interesse daqueles que fazem do Processo Penal o seu objeto de estudo.

Mencione-se que a abordagem da prisão cautelar no Estatuto Processual Penal pátrio, por muitas vezes não é bem dirimida pela doutrina, vez que em não

raros momentos, limita-se apenas a interpretá-la de forma assistemática, sem a observância dos ditames constitucionais.

E tem-se que tal não é passível de ser aceito, vez que a palavra de ordem é o respeito à Constituição Federal, guardiã dos interesses do cidadão, como inclusive ensina Fauzi Hassan Choukr (1999, p. 62), quando diz que:

Daí a importância de interpretar-se o Processo Penal, sobretudo com a utilização do método denominado Processo Constitucional, onde as normas são enfocadas a partir da matriz contida no texto magno, acabando o Processo por adquirir uma feição para além de técnica, muito mais politizada e sem dúvida com um outro compromisso ético.

E é assim então, com um posicionamento baseado em uma perspectiva de garantias, que se tem que ser sistematizada a prisão cautelar no direito pátrio, não só a prisão, mas tudo aquilo, que atinja a pessoa humana. Há que ser tratada, qualquer medida jurisdicional, de natureza cautelar ou não, sem nunca, em absoluto, deixar-se de lado o que apregoa a Constituição Federal.

No Processo Penal, temos medidas de natureza Cautelar que podem incidir tanto sobre coisas (busca e apreensão, arresto, seqüestro), denominadas medidas assecuratórias, como também sobre as pessoas (prisão provisória decretada no curso do processo, ou antes deste).

Em suma, “as medidas cautelares, no Direito Processual Brasileiro, ou se destinam a garantir a indenização do dano advindo do crime ou atuam estritamente no campo da *persecutio criminis*”. (MARQUES, 1997, p. 36)

Importante ainda é ressaltar-se as características da prisão cautelar.

Segundo os ensinamentos de Paulo Rangel (2001, p. 378-379), que as enfoca sob a doutrina de Calamandrei, são elas:

Acessoriedade – a medida cautelar segue a sorte da medida principal, dela sendo dependente, pois na medida em que há o resultado do processo principal, a medida cautelar perde sua eficácia.

Instrumentalidade Hipotética – dá-se pelo fato de que a medida cautelar serve de instrumento, de modo e de meio para se atingir a medida principal.

Provisoriedade – ou seja, a medida cautelar dura enquanto não for proferida a medida principal e enquanto os requisitos que a autorizam, estiverem presentes.

Nesse diapasão, explica Maurício Zanóide de Moraes (2001, p. 2868):

A prisão cautelar, ao contrário e como faz supor sua própria denominação, nada tem de definitiva, caracterizando-se por sua provisoriedade, daí o por quê de ser denominada por muitos de "prisão provisória". A prisão cautelar, por ter feições não definitivas, já que não é resultado de uma condenação penal transitada em julgado e obtida após um devido processo penal legal, notabiliza-se por ser uma providência excepcional da autoridade judiciária com objetivos unicamente processuais. A prisão cautelar, em cada uma de suas espécies (prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão decorrente de pronúncia e prisão temporária) serve, portanto, para fins processuais, ou seja, para ser utilizada apenas como instrumento de garantia e proficuidade do processo penal. Não pode ser medida de antecipação de eventual e incerta pena futura. Tem caráter essencialmente processual, enquanto a prisão penal, diversamente, tem matiz penal.

Interessante ainda é demonstrar a existência do entendimento de serem estes os requisitos, já na definição do douto Nelson Hungria, quando em 1943, na Conferência dos Desembargadores ensinou a seus pares que:

[...] prisão preventiva é aquela que o juiz decreta na fase do inquérito ou da instrução criminal, e prisão provisória é a que resulta da prisão em flagrante ou da pronúncia. É em flagrante no momento em que se realiza; a seguir o indivíduo fica detido provisoriamente, até ser decretada definitivamente a pena, descontando-se desta o tempo de tal detenção. (ACOSTA, 1995, p. 80)

Temos ainda, haja vista a premente necessidade de não se deixar extremamente vago o assunto, que tratar também dos requisitos da Prisão Cautelar, fazendo-o de maneira superficial, vez que quando da abordagem do tema da Prisão Temporária, trataremos de maneira mais adequada o assunto.

Logo após a edição da Lei nº. 6.416 de 25.05.1977, que alterou sensivelmente varias Leis, inclusive o Código de Processo Penal pátrio, teve-se

necessidade de, obviamente, tratar-se sistematicamente das alterações e inovações trazidas pela mencionada Lei, que teve como mote principal, problemas que passados vinte e cinco anos, continuam sem solução: a superlotação carcerária e os alarmantes índices de criminalidade.

Já àquela época, idos do ano de 1977, com a mudança dos dispositivos processuais penais, que regem procedimentos de prisão cautelar, Ada Pelegrini Grinover (1997), ao tratar da prisão cautelar, informava ter esta uma medida garantidora da permanência do indiciado no distrito da culpa, à disposição da Justiça e da marcha normal, perfeita e rápida do processo, tendo caráter provisório e preventivo, revestindo-se de todas as características dos provimentos cautelares.

Dizia ainda, que autorizavam a prisão cautelar o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, sendo o primeiro consistente no fato de que a atividade cautelar existe para evitar-se que o dano ocasionado pela desobediência da Lei viesse a ser agravado pelo retardamento da prestação jurisdicional e o segundo, calcado no fato de que o provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável aos autos.

É em nosso entendimento um posicionamento interessante, mas que deixa azo a interpretações dúbias, vez que se leva em conta um fator importante e não mencionado. Há hoje, como dissemos, a necessidade de uma interpretação Processual Penal, dentro de uma sistemática constitucional.

Em assim sendo, temos que não deve mais persistir este entendimento, haja vista que não se pode ter como entendimento de perigo, para efetivar-se a detenção de um indivíduo baseando-se neste fato, a demora da prestação jurisdicional. Apesar de que disto a Lei já cuidou, quando tratou à respeito do réu revel.

Mas obviamente, que Ada Pelegrini Grinover, demonstra um posicionamento atual, que vai de completo e total encontro à égide do que apregoa a Constituição.

É obrigatório mencionar, seu pronunciamento durante o I Fórum Nacional de Debates sobre Prisão Especial e o Sistema Prisional adequado a ser adotado pelo Brasil, ocasião em que de maneira ímpar demonstrou a importantíssima necessidade da diferenciação entre prisão cautelar, e sua obrigatória distinção da prisão com trânsito em julgado, tendo naquele momento dito que:

Na prática da advocacia criminal verifica-se, freqüentemente, que o juiz prende porque não tem outras alternativas. Quando não se delinea para ele, com clareza, a possibilidade de responder ao processo em liberdade, ele prefere prender porque não tem ao seu alcance outros instrumentos, outras medidas cautelares restritivas de direitos menos graves do que o encarceramento e que possam consistir em vínculos.

Esse paradoxo é ainda maior no nosso sistema na medida em que a liberdade vigiada pode ser submetida a vínculos, mas a liberdade provisória não.

Durante muito tempo percebeu-se que se devia encontrar alguma alternativa que possibilitasse ao juiz, de maneira clara e específica – quando não fosse caso de liberdade total –, gravar essa liberdade com vínculos em vez de decretar a prisão preventiva ou até mesmo substituindo o flagrante. Pretende-se levar, agora, ao Congresso Nacional a idéia de que, em vez de decretar uma prisão preventiva, o juiz possa impor outros vínculos menos gravosos do que o encarceramento, mas que de alguma maneira garantam a presença do acusado ao processo e a futura aplicação de uma pena eventual, pois estas são as finalidades verdadeiramente cautelares das prisões antecipadas, que não podem ser confundidas com a pena. (GRINOVER, 2001. s.p.)

Tem-se aqui então, inequívoca demonstração do necessário estudo do Processo Penal de uma maneira a haver uma rigorosa sistemática face aos direitos fundamentais do indivíduo, que inclusive, pelo que tivemos oportunidade de conhecer, é o que hoje predomina, mesmo quando aqueles que apregoam a necessidade de redução nas garantias individuais, ganham espaço, utilizando-se de tal justificativa como única maneira de se reduzir a criminalidade.

## 2.3 Prisão temporária

A idéia da existência de uma prisão cautelar, nos moldes da prisão temporária não é nova. Veio à baila, inicialmente, na primeira redação do anteprojeto do Código de Processo Penal, de José Frederico Marques, onde, conforme explica Breda (1973, p. 64), se vislumbrava que:

A prisão temporária, inicialmente ordenada pelo Ministério Público, a fim de assegurar a captura do indiciado, ou compeli-lo ao cumprimento de ônus e obrigações a que está sujeito no inquérito policial, (art. 497), agora só poderá ser decretada pelo juiz.

Desnecessário mencionar, que tal reforma, em nada resultou, sendo que, de interessantes anseios e reclames sociais, veio por intermédio da Lei nº. 7.960/89, a ser instituída no ordenamento Processual Penal pátrio, nova modalidade de prisão cautelar, aquela que abordaremos agora, a prisão temporária.

Dissemos de maneira interessante, vez que patente fica, mesmo que às vezes intrinsecamente, a preocupação da comunidade jurídica, no que tange aos abusos de autoridade perpetrados pela polícia, quando do encarceramento de suspeitos da prática de delitos, sem a devida ordem legal, emanada pela autoridade competente para tanto, para que melhor se pudesse investigar.

Somado a este fato, tem-se que a criação do instituto da prisão temporária, também foi embasada na crescente criminalidade, que hoje tem níveis aparentemente já fora de controle, e na necessidade de mais severamente combatê-la.

Tal assertiva pode ser claramente vislumbrada no texto da apresentação do anteprojeto de Lei sobre prisão temporária, elaborado por Damásio Evangelista de

Jesus, e por este apresentado, em setembro de 1989, ao Conselho nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Vê-se no texto mencionado a preocupação com a criminalidade, quando expõe Damásio (1993, p. 106):

Não obstante essa constatação, o direito penal e o de que se vale, o direito Processual Penal, não podem ficar inertes. Ao mesmo tempo em que o Governo toma medidas de caráter social, visando, em todos os ramos de sua atuação, melhorar as condições de vida do cidadão e, assim, contribuindo para a redução da criminalidade, é imperioso que no plano legislativo criminal, sejam tomadas providências urgentes. O clima de pânico que se estabelece em nossas cidades, a certeza da impunidade que campeia célere na consciência de nosso povo, forjando novos criminosos, exigem medidas firmes e decididas. Dentre elas, encontram-se a prisão temporária.

E, prosseguindo, no tocante à preocupação em tolher do Poder Judiciário e do Ministério Público a completa análise da legalidade ou não da pretensão prisional, esclarece:

O projeto, fiel ao ordenamento constitucional, prevê a prisão temporária somente ordenada pelo juiz. De modo que o delegado de polícia, por maiores que sejam as exigências do caso concreto, não a pode decretar. Cumpre a ele, quando necessária, como também ao Ministério Público, solicitá-la ao Poder Judiciário, única instância competente para concretizá-la. (JESUS, 1993, p. 106)

Temos aqui demonstrada então, ao menos a motivação, que se afigura real, concreta e necessária da criação legal, no país, de tal instituto.

Não obstante ser um difícil exercício, ainda que prazeroso, a pesquisa sobre qualquer tema do direito, desperta, ao menos em nossa mente, questionamentos que levam a inquirir-nos, o quão insólitas são, as afirmações de serem vetustas nossas Leis, ao menos quando feitas generalizadamente.

Intriga-nos em saber, quão difícil era o mister policial, sem dispor de uma legislação como a da prisão temporária, para levar-se a cabo investigações policiais, e, se haviam naquela época, prisões para averiguações aos montes, com a devida



complacência do Poder Judiciário (SOUZA, 2000, p. 357-358), diga-se de passagem, havia também, decretações de prisões preventivas, sem preenchimento total de seus requisitos formais. E isso ocorria, como ainda hoje ocorre, vez que, mesmo havendo necessidade, parece que a Lei demora em adaptar-se ao que precisa a sociedade, obrigando àqueles que a operam, adapta-la, utilizando-se do chamado livre-convencimento, ao caso concreto. E outra atitude não se poderia esperar. Tem-se às vezes, embates jurídicos, para o qual não há previsão específica. Nem sempre o que prescreve a Lei é o melhor remédio, devendo esta ser sempre utilizada em benefício da sociedade, que é quem visa efetivamente proteger.

### **2.3.1 Requisitos da prisão temporária**

Como de início expusemos, é a prisão temporária, espécie de prisão cautelar, instituída no ordenamento jurídico pátrio, por intermédio da Lei nº. 7.960/89, advinda da medida provisória de nº. 111/89.

Com a edição da Lei em questão, recaíram sobre a mesma, como sobre tudo aquilo que é novo, desconhecido e inexplorado, críticas das mais diversas. Feitas em relação à excepcional incisividade que gerava sua aplicação, vez que do encarceramento de indiciado ou suspeito sem o devido processo legal.

Entre estas, de que a medida é injusta, despropositada ou ainda pura legalização da prisão para averiguação, como se o Estado, impotente em combater nefanda prática, tivesse trilhado, como caminho mais fácil, a edição de medida que o eximisse de tal responsabilidade.

Ora, tal não é correto, vez que a Lei traz em seu bojo, requisitos, os quais, só quando devidamente preenchidos, autorizam a custódia prévia do indivíduo, somando-se a isso ainda, o controle jurisdicional e a fiscalização do Ministério Público.

Há inicialmente, que mencionar-se a exigência da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, para a decretação da prisão temporária, requisitos exigidos em qualquer medida de natureza cautelar.

Assevera Tourinho Filho ser indispensável a presença dos mencionados requisitos , informando encontrar-se o *fumus boni iuris* no inciso III da Lei nº. 7.960/89, exatamente nas fundadas razões baseadas nas provas lícitas coligidas na investigação ou no processo, em detrimento do acusado.

Mostra ainda, sua crítica, quanto à parca exigência de fundadas razões, vez que na conotação da Lei, não se exige sequer prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, demonstrando padecer esta, da exigência do *fumus boni iuris*, vez que:

[...] fundadas razões são razões sérias, importantes, que denotam gravidade. E, ao que parece, nenhuma autoridade, por mais perspicaz que seja, poderá vislumbrar “fundadas razões”, em face de um testemunho infantil, de uma declaração da suposta vítima, de um simples indício. Se se entender diferentemente, que se altere o nome de *fumus boni iuris*, exigido para essa modalidade de prisão “cautelar”, para *fumus malis júris* [...] (TOURINHO FILHO, 1994, p. 360)

Demonstra assim, em sua opinião, a não existência deste pressuposto cautelar na prisão temporária.

No que se refere ao *periculum in mora*, denominado no Processo Penal de *periculum libertatis*, informa também não existir, vez que para a asseguaração da Lei penal, poderia ser feito uso da prisão preventiva, reputando ainda desnecessária a prisão nos moldes do inciso II da Lei, vez que dispõe a polícia de outros métodos,

como por exemplo, a simples intimação para comparecimento, ou ainda a realização de identificação.

Tais exemplos nos parecem ser de uma exacerbada teoria, principalmente a questão da identificação do indivíduo. Infelizmente, já em pleno século XXI, a Polícia, ao menos paulista, não tem como efetuar, de plano, a identificação de um indivíduo. Os setores que cuidam deste assunto, sequer são informatizados, sendo necessária a análise de vários milhões de fichas de identificação dactiloscópicas, comparando-se uma a uma, para chegar-se a um resultado positivo. Sendo certo ainda afirmar-se, que o exercício de investigação policial, que culmina, na atividade de polícia judiciária, com, na exorbitante maioria dos casos, prestação de provas de ordem testemunha e material, das quais faz uso o Ministério Público, sem adição de qualquer outro elemento, não pode ser deixado para ser realizado em outro momento, que não seja o imediato. A cada minuto passado, distancia-se da solução de um crime praticado, bem como da colheita de elementos que levem à responsabilidade face à Justiça, daquele que o praticou.

Já Antonio Scarance Fernandes (2000, p. 296), em obra com adoção de plena sistemática constitucional face ao Processo Penal, espousa estarem na Lei, presentes os requisitos cautelares que se exige, vez que contempla-se nos três incisos do artigo 1.º da Lei em tela, as exigências de *fumus boni iuris* e de *periculum libertatis*, ocasião em que, com toda propriedade preleciona que:

Constata-se que o *fumus boni iuris*, está presente no inciso III, quando exige, para prisão, fundadas razões de autoria ou participação do indiciado em determinados crimes, nele relacionados, e não em qualquer infração penal. Essas fundadas razões serão aferidas diante de elementos concretos, objetivos, que permitam uma avaliação positiva a respeito da autoria ou da participação do indiciado. Enfim, exigindo-se sempre o preenchimento dos requisitos do inciso III, inclusive no referente ao enquadramento do fato infracional em um dos delitos de suas alíneas, estará presente a fumaça do bom direito. Extraí-se dessa conclusão que a prisão temporária não pode atingir pessoas suspeitas da prática de crimes

não relacionado por esse artigo, exceto se for autorizado por Lei posterior.

O *periculum libertatis*, por outro lado, está presente nos dois incisos anteriores. O inciso I, que prevê a prisão para o sucesso das investigações, justificaria a medida constritiva como forma de assegurar o resultado futuro do processo, ante o risco de não serem colhidos elementos importantes para demonstração do crime ou autoria. O inciso II permitiria a prisão do indiciado que não tem residência fixa ou não fornece elementos necessários para esclarecer sua identidade, porque, em caso de fuga e desaparecimento, dificilmente seria encontrado, com prejuízo para a futura instrução criminal ou com perigo de não ser aplicada a Lei penal.

E outro, em nossa visão, não poderia ser o entendimento. Recai-se a suspeita sobre um indivíduo sem residência fixa, um andante sem eira nem beira, certamente este não teria, em caso de culpa, a “nobreza de caráter e hombridade” de permanecer à disposição da polícia ou da justiça.

Demonstra ainda, o mestre Scarance (2000, p. 297), que não há a necessidade dos incisos I e II estarem presentes e em conjunto com o inciso III para a decretação da custódia prévia, bastando somente um ou outro, acompanhando-o.

Damásio Evangelista de Jesus (1993, p. 107) tem a mesma opinião, dizendo que o inciso I e II da Lei de prisão temporária, podem ocorrer isolada ou conjuntamente, sempre em acordo com o inciso III.

Tem-se então, que tal é a posição dominante. Havendo qualquer um dos três incisos, fica demonstrada a existência do *periculum libertatis*, sendo certo porém, que somente este requisito não é suficiente. Há que se comprovar aquilo que Zanóide de Moraes (2001, p. 2869) chama de *fumus commisi delicit*, consistente no rol taxativo de crimes definidos do inciso III do artigo 1º da Lei nº. 7.860/90.

E nesse diapasão, demonstrando ainda mais que a doutrina assim segue, é de se mencionar que Fauzi Hassan Choukr (1999, p. 99), também espelha a mesma opinião.

Obrigatória ainda é dizer que a decretação da medida cautelar, pela autoridade judiciária competente, há que ser fundamentada. Tal se vê prescrito na Lei, como a premente necessidade de haver inequívoca demonstração e prévia análise dos elementos de fato e de direito, quando da decretação da medida restritiva cautelar. Objetivou-se com isso, aqueles meros despachos onde somente se vislumbra expressões como: “presentes os requisitos da Lei”, “com base no parecer do M.P” e ainda, “como bem demonstra a autoridade policial”.

Gera, tal falta de fundamentação, nulidade absoluta da decisão que decretar a medida. (GRINOVER et al, 2000)

### **CAPÍTULO III. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO**

Das prisões processuais cautelares, temos que é a prisão em flagrante, uma das mais inusitadas. E o é, porque se pode dizer, a uma primeira vista que a mesma vai contra os princípios constitucionais processuais, tanto do princípio de inocência, quanto do devido processo legal.

Como procuramos demonstrar anteriormente, o princípio da presunção de inocência prevê que aquele que ainda não tem exarada em seu detrimento, uma sentença condenatória definitiva, não pode ser tido como culpado. Deve sim, ser tido como inocente, face ao estado que o mencionado princípio lhe proporciona.

Já no caso do devido processo legal, deve haver a observância de todas as formalidades em Direito admitidas, bem como a ampla defesa, direito à prova e o contraditório.

Temos então, grosso modo, que na realidade, a prisão em flagrante, de início não obedeceria aos institutos constitucionais mencionados, os quais são afeitos a todas as áreas do Direito Processual.

Mas o que ocorre na realidade, é que há previsão constitucional da prisão em flagrante, inserta esta no artigo 5º, inciso LXI, da Carta Magna, o qual informa que 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.

Fica assim satisfeita, a possibilidade formal constitucional de se prender alguém antes da formação da culpa, havendo neste caso então, como ensina Gerber (2003, p. 90), questionamento que “versa sobre quais os fins a serem

alcançados e que legitimam a excepcionalidade frente ao princípio geral do devido processo legal. Busca-se desta maneira, a legitimidade material do instituto”.

O autor (2003, p. 90) demonstra ainda, ocorrer a banalização do instituto, vez que, mesmo que formalmente válida, por estar autor

izada, constitucionalmente, remete ao legislador ordinário, a tarefa de substancialmente complementar as normas, dando-lhe assim suas definições.

Deflui-se disso, que a Constituição exige ordem escrita para a efetivação da prisão, ressalva feita à prisão em flagrante, por razões óbvias, conforme ensina Tourinho Filho (1994, p. 376), dizendo que seria uma “*contradictio in adjectu*. Quem é que pode saber quem vai cometer a infração, onde e quando vai cometê-la?”. Ora, e menciona tais palavras em tom de comedida hilariedade, de desnecessária explicação.

### **3.1 Conceitos e modalidades**

Quase de maneira unânime, a doutrina conceitua flagrante, como aquilo que ainda crepita, que arde, encontra-se em chamas, advindo a palavra, do latim *flagrans, flagrantis* (TOURINHO FILHO, 1994, p. 375). É aquilo que o homem popular conhece, como ser “pego com a boca na botija”, como sendo “pego no pulo”, ditados populares, cujos significados aderem de maneira ímpar ao flagrante.

À mesma expressão latina, faz referência Tales Castelo Branco, em sua obra *Da Prisão em Flagrante* (1988, p. 12), por sinal a mais completa sobre o assunto da doutrina pátria, quando etimologicamente analisa o vocábulo em questão. Faz menção à clara e precisa conceituação de Nogent-Saint-Laurents, o qual dizia que o “flagrante delito implica a plena posse da evidência, a evidência

absoluta, quanto ao fato que acaba de cometer-se, que acaba de ser provado, que foi visto e ouvido e, em presença do qual, seria absurdo ou impossível negá-lo”.

Já Eduardo Espínola Filho (2000, p. 386), começa definido o flagrante como a “certeza visual do crime”, explicando haver sido tal expressão, cunhada pelo desembargador Raphael Magalhães, em acórdão de autos de hábeas Corpus nº. 2284, de junho de 1927, no Estado de Minas Gerais.

Existe ainda, obrigatoriamente que ser mencionada, a opinião sábia e correta do saudoso desembargador Sérgio Pitombo (1980, p. 18), o qual ao realizar resenha sobre a já mencionada obra de Tales Castelo Branco, disse que há o flagrante:

[...] ao se enxergar a cena, tendente a figurar uma infração penal, u, ao se perceber que termina de acontecer evento típico, tais imagens gravam-se no intelecto do assistente, como fatos da realidade sensível. São verdades, porque divisadas pelos presenciantes, como vistas passar pelas testemunhas e nada mais. Valem apenas como fotogramas do crime, ou da contravenção penal. A impressão causada no assistente.

Temos então, que flagrante expressa uma relação intrínseca de imediatidade entre o ato praticado pelo agente e o momento de sua prisão, trazendo assim imediata resposta à prática delitiva.

Mirabete (1991, p. 354), ao referir-se ao instituto, informa ter o mesmo, o sentido de acalorado, evidente, notório, sendo que em sentido jurídico, “flagrante é uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, praticado, é o ilícito patente, inescusável, insofismável, que permite a prisão de seu autor, sem mandado, por ser considerado a certeza visual do crime”, sendo certo, que de igual maneira, o conceitua Paulo Lúcio Nogueira (1991, p. 215).

Magalhães Noronha (1990, p. 208), quando da elaboração de sua conceituação de flagrante delito, reporta-se também às palavras de Rafael



Magalhães, dizendo ser a certeza visual do crime, bem como ainda de ser o mesmo, a prova plena do delito, a certeza de sua existência e autoria.

Prossegue ainda dizendo ser o flagrante:

[...] uma qualidade do delito: está ele em flagrância, ou seja, sendo cometido, praticado naquele momento, e, por isso mesmo, é patente e inescusável. O adjetivo, aliás, em sentido amplo, tem essa acepção de notório, visível, manifesto, etc. Assim se fala, v.g. contradição flagrante, flagrante equívoco, etc [...]. (NORONHA, 1990, p. 208)

Em sua obra à respeito do tema, Daniela Cristina Rios Gonçalves (2004, p. 13), quando da conceituação do flagrante, diz que a expressão usada para nominá-lo, deriva da expressão latina “*flagrans, flagrantis*”, que significa aquilo que brilha, queima, e é oriundo do verbo *flagrante*, que traduz a idéia de fogo, que crepita e arde.

Já Tornaghi (1990, p. 48), em sua clássica obra sobre processo penal, define o flagrante como o que está a queimar, a acontecer, que é manifesto. Sugere a flagrância em primeiro lugar a atualidade, e em segundo, a evidência, dizendo ainda que o flagrante não é só aquilo que é atual, mas ainda o que é patente, inequívoco.

Para Guilherme de Souza Nucci (2002, p. 524), flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Neste sentido, ensina, “é a prisão em flagrante, modalidade de prisão cautelar de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de concluir a infração penal (crime ou contravenção penal)”.

Mencionando o instituto do flagrante em outra obra, Paulo Lúcio Nogueira (1977, p. 236), no que se refere a ser o flagrante a certeza visual do crime, informa que tal definição, diz respeito ao flagrante propriamente dito, isto é, ao delito que está sendo cometido, quando o réu é pilhado na prática do crime.

No mesmo sentido, Aminta Vida Gomes (1990, p. 456), autor de obra basilar para aqueles que queiram se aventurar no exercício da polícia judiciária, conceitua o flagrante delito, como assim sendo:

[...] em termos rigorosos, como aquele que na atualidade se está cometendo, ou que se interrompeu ou acaba de cometer-se, segundo definição de Pimenta Bueno, citado por Délio Magalhães, na sua citada Polícia Judiciária, ou na expressão de Rafael Magalhães, também invocado pelo mesmo jurista, a certeza visual do crime.

Trazendo à baila, outras considerações à respeito do instituto que aqui tratamos, interessante, vez que além dos demais autores, o professor Scarance (2000) menciona que para a prisão em flagrante, necessários são dois elementos para sua configuração, quais sejam a atualidade e a visibilidade.

Nucci (2002, p. 190-191) diz que:

No tocante ao primeiro, o flagrante é a prova por si mesmo da prática do delito. Pelo próprio significado da palavra, flagrante é o que arde, o que está em chamas. A visibilidade liga-se à circunstância de que alguém assista à consumação do delito. É algo externo que se junta à flagrância.

O autor Walter Acosta (1995), ao tratar do tema, também traz à colação, os ensinamentos de Rafael Magalhães, os quais já aqui apontados, e sem dúvida a melhor definição a respeito do fato.

Tem-se então, neste diapasão, como de maneira outra não poderia ser, que o flagrante expressa uma relação intrínseca de imediatidade entre o ato praticado pelo agente e o momento de sua prisão, trazendo assim, imediata resposta à prática delitiva, por intermédio da lavratura do competente Auto de Prisão em Flagrante Delito, onde cabe à Autoridade Policial decidir que medida tomar, tal como nos dizeres de Irineu Ronaldo Setembro (1979, p. 166-167):

Decidir, com poucos momentos de reflexão, à vista de um quadro que lhe é apresentado, se ocorreu um crime; em havendo ocorrido,

se existe estado de flagrância; havendo este, se é afiançável ou não; em sendo afiançável, fixar-lhe o *quantum* e no final, determinar ou não a prisão de um semelhante, e consciente de todos os males que um cárcere poderá ocasionar, é tarefa de gigante.

Há ainda que se fazer referência às modalidades de flagrantes contidas em nosso ordenamento processuais penal. Estão elas contidas no artigo 302 e seus incisos, do Código de Processo Penal.

Infere-se então, da análise de tal artigo, haverem três modalidades básicas, quais sejam o flagrante próprio, o flagrante impróprio e o flagrante presumido, encontrando-se inseridos, respectivamente, nos incisos I e II, III e IV do artigo 302 do Código Processual.

No que tange às modalidades de flagrante próprio, ou seja, aquela em que o indivíduo está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la quando surpreendido por qualquer do povo, pela autoridade policial ou seus agentes, consideramos não haverem maiores questões e dúvidas a serem tratadas. O próprio enunciado do artigo se exaure no que se refere à sua explicação. No caso do flagrante próprio previsto no inciso I, o agente é surpreendido enquanto comete o crime, ou enquanto está preste a concluir o *iter criminis*. Como assevera Nucci (2002, p. 526), em tal situação, normalmente em havendo a intervenção de alguém, impedindo, pois, o prosseguimento da execução, pode redundar esta em tentativa.

Já no caso do inciso II, é surpreendido o agente, quando acaba de cometer a infração penal, estando ainda na cena do crime, ficando sem dúvida demonstrada sua participação. Ocorre, quando é pego, exatamente ao acabar de cometer o delito. (NOGUEIRA, 1991, p. 216)

Após tais menções, concernentes aos flagrantes próprios, fazemos referência à modalidade encontrada no inciso III do artigo 302 do *códex* em comento, chamada pela doutrina de flagrante impróprio ou quase-flagrante, que

traduz-se naquele, onde o indivíduo é perseguido, logo após, pela autoridade, pela vítima ou qualquer pessoa, em situação que se faça presumir ser ele o autor da infração. Trata-se daquele caso onde se interrompe a ação delitiva, não significando entretanto, que a mesma não possa ter efetivamente se consumado, ocorrendo assim a perseguição de acordo com o seu enunciado. Nas palavras do ínclito Walter Acosta (1995, p. 37): “[...] exige-se para este tipo de flagrância, que o autor do crime seja perseguido sem solução de continuidade (não importa por quanto tempo) desde o momento do fato até o da prisão”. Fica assim, de acordo com tal ensinamento, demonstrado o sentido da expressão logo após, contida no enunciado.

Por fim, há que se fazer menção à modalidade mencionada no inciso IV, denominada de flagrante presumido ou flagrante ficto, que difere do anterior, vez que para sua configuração, basta ser o agente encontrado, e não perseguido, em lapso de tempo a ser razoavelmente considerado, tendo consigo armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor do fato. Transmite-nos tal modalidade, a idéia da não presencialidade de testemunhas do delito. É modalidade na qual, análise escorreita dos fatos tem que ser levada a termo, sob pena de cometimento de injustiça.

### **3.2 Natureza jurídica do auto de prisão em flagrante**

Como dissemos anteriormente, entre as prisões no direito admitidas, cremos ser a Prisão em Flagrante das mais peculiares no âmbito do direito processual penal. Isto pelo fato de tratar-se de prisão cautelar sem determinação escrita emanada de juiz competente. Tal prisão decorre de autorização constitucional estampada no artigo 5º, inciso LXI da Lei Maior, que abre exceção a emanção de

ordem judicial e em casos que se referem à transgressões e crimes militares, estes de outra seara processual, que não a aqui objetivada.

Na pesquisa efetuada, no que se refere à natureza jurídica da prisão em flagrante, obtivemos respostas doutrinárias que, sem equívoco nos autoriza a classificá-la como prisão cautelar, vez que presentes e exigidos para a mesma, a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

A questão do *fumus boni iuris* encontra-se presente nas disposições contidas no artigo 302 e seus incisos, os quais, mesmo que brevemente, já foram observados, tendo o *periculum in mora*, seu fundamento na normatização do código de processo penal, quando este define os níveis repressivos a serem aplicados ao agente, de acordo com a transgressão delituosa cometida. Segue esta orientação, o professor Antonio Fernandes Scarance *apud* Guilherme de Souza Nucci (2002, p. 288).

De igual maneira, ao discorrer sobre a prisão em flagrante delito, posiciona-se o professor Barcelos (1988, p. 295), dizendo textualmente que “a prisão provisória do réu efetiva-se, de acordo com o código de processo penal, mercê da captura em flagrante delito, documentada no respectivo auto”.

Também assim a considera Júlio Fabrini Mirabete (1998, p. 350), quando conceitua a prisão em flagrante como ato administrativo, e medida cautelar de natureza processual.

Já o professor Nucci (2002, p. 524), define-a como sendo “medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal. Informa ainda a caracterização do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*”.

Importante frisar que não obstante as referencias processuais havidas no código de processo penal, que autorizam a medida do *periculum in mora* e *periculum*

*libertatis* na fase policial, com os dispositivos que autorizam a soltura do autuado sem fiança ou com esta, em maior ou menor valor, tal requisito cautelar é novamente apreciado pelo juiz, a quem deve ser celeremente comunicado o flagrante, de acordo com o disposto no artigo 310, § 1º do código de processo.

Sob a perspectiva de tais observações, tem-se então que a prisão em flagrante é instrumento com que conta o Estado, em caso de necessidade de cautela, destinado a assegurar o efetivo exercício da jurisdição e a concreta aplicação da penal, constituindo-se aquela então, em verdadeiro instrumento processual, que possui, obviamente, características que devem ser necessariamente verificadas para sua caracterização. (RANGEL, 2003, p. 581)

Há então a idéia da cautelaridade, traduzindo-se em seus requisitos. O *periculum in mora* demonstra a urgência e a necessidade que premeia o processo no sentido de que a demora na prestação jurisdicional, causaria sua ineficácia. Assim também a noção de *fumus boni iuris*, que traduz a situação de meridiana clareza do direito avocado à aplicação no caso concreto.

E desta maneira, Tourinho Filho (1994, p. 380) explica que:

[...] como se trata de providência cautelar, indispensável à coexistência dos dois pressupostos: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, mesmo porque medida cautelar não há que dispense sua conglomeração.

Demonstrando também seu entendimento de cautelaridade da prisão em flagrante, Zanóide de Moraes (2001, p. 2868), referindo-se à mesma, assevera que serve esta, para fins processuais, ou seja, para ser utilizada apenas como instrumento de garantia e proficuidade do processo penal.

É então, esta modalidade de prisão sem pena “nada mais do que uma execução cautelar de natureza pessoal (em oposição à coerção processual de natureza real – como as buscas e apreensões, seqüestro, arresto, etc.) e que se

justifica como medida imprescindível para assegurar o império da Lei penal”.

(TOURINHO FILHO, 1994, p. 336)

Assevera neste sentido Lacerda (1998, p. 15):

[...] a finalidade do processo cautelar consiste em obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento ou de execução. Nesta perspectiva, três necessidades podem surgir: a de garantir-se a prova, a de assegurar-se a execução quanto aos bens e a de outorgar-se desde logo a antecipação provisória e necessária.

Já José Frederico Marques (1997, p. 23) preleciona que:

[...] a prisão cautelar tem por objeto a garantia imediata da tutela de um bem jurídico para evitar as conseqüências do ‘periculum in mora’. Prende-se para garantir a execução ulterior da pena, o cumprimento de futura sentença condenatória. Assenta-se ela num juízo de probabilidade; se não houver probabilidade de condenação, a providência cautelar é decretada a fim de que não se frustrem a sua execução e seu cumprimento.

Nas lições de Paulo Rangel (2000, p. 365), a “prisão cautelar é uma espécie de medida cautelar, ou seja, é aquela que recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva”.

Assegura ainda, o mesmo autor (2000, p. 365) que:

[...] a prisão cautelar tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, pois, se não for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for dada, já não será possível à aplicação da Lei penal.

Saliente-se que, a prisão provisória ou cautelar não pode ser vista como um reconhecimento antecipado da culpa, pois o juízo que se faz, ao decretá-la, é de periculosidade e não de culpabilidade.

### **3.3 A autonomia da autoridade policial no auto de prisão em flagrante**

No presente trabalho, tivemos a intenção de demonstrar os princípios constitucionais que, a nosso ver, influenciam diretamente o processo Penal, bem como o auto de prisão em flagrante, instituto centenário no Direito Pátrio que sempre teve duplo objetivo, sendo o primeiro de prisão justificada pela reação social imediata à prática da infração penal e a captação, de igual maneira, direta da prova, dando contundente resposta à prática delitiva, com a mais direta resposta existente no Direito pátrio. A segunda, seguindo entendemos, transfigura a prisão em flagrante delito, como verdadeira garantia, à prisão determinada por juiz competente para tanto. Ora, excetuando-se estas duas situações, salvaguarda-se a liberdade, vez que outro tipo de prisão não há.

Vamos nos abster nestas poucas linhas de adentrar profundamente o instituto, bem como ainda, nas referências ao Direito Penal que faremos, sob pena de total desvirtuamento do objetivo a que se quer chegar.

A pretensão da presente, é demonstrar a possibilidade e efetiva necessidade da análise, por parte da autoridade policial, de princípios basilares de Direito, quando da ocorrência de um delito, ou melhor dizendo, de um fato praticado por alguém, que à primeira vista, possa vir a ser tido como crime, sendo tal ação imediatamente reprimida com a detenção de tal indivíduo, que é levado perante a autoridade policial, que de imediato, única e exclusivamente, vai deliberar à respeito de seu destino.

A atual sistemática doutrinária, vez que há dúvida naquilo que é exposto no Código de Processo Penal, é a de vedar à autoridade policial, o reconhecimento das



excludentes da antijuridicidade do fato, bem como ainda do princípio da insignificância, sob a alegação de que somente o juiz, pode deliberar sobre tal.

Interessante é que somente vem a toma esta limitação imposta à autoridade policial, quando se fala do auto de prisão em flagrante. Quando de sua atuação no inquérito policial, apurado haver sido o fato praticado sob quaisquer daquelas circunstâncias, nada obsta seu reconhecimento por parte do delegado de polícia, que obviamente, ao encerrar a apuração do delito, optando pelo não indiciamento do acusado, demonstra que, ou não há provas contra o mesmo, não há indícios suficientes de autoria, apurou-se que não é o autor do crime, ou que a sua conduta não é típica por força de alguma excludente de antijuridicidade.

### **3.3.1 A dinâmica e a sistemática do auto de prisão em flagrante delito**

Fazer menção inicialmente à dinâmica do auto de prisão em flagrante é algo que temos como necessário, sendo certo que a externamos como sendo o conjunto de eventos que leva à efetiva lavratura de um auto da mencionada natureza.

À vista do que preceitua o código de processo penal, pode parecer que a lavratura de um auto de prisão em flagrante é medida simples, eivada de maiores problemas, bastando para tanto, a sua determinação por quem de direito e após isto, seguindo os preceitos de ordem processual e constitucional, passar à confecção do mesmo, tal qual, como decisão de ordem estritamente jurídica que é, quaisquer outras medidas contidas no Código de Processo Penal. Ledo engano, de quem assim o pensa.

Ocorre um crime, ou conduta que pode ser entendida como tal, dando-se a seguir a prisão flagrancial em quaisquer de suas modalidades, após o que, quase sempre o condutor apresenta o preso, vítima quando houver, testemunhas e demais elementos de materialidade à autoridade policial, obviamente em uma delegacia de polícia ou plantão policial permanente.

Feito isto, a título de ilustração convindo ao vislumbre da cena.

Um plantão policial de determinada circunscrição policial, que conta com novecentos mil habitantes. Em tal delegacia atuam, geralmente, um delegado de polícia, dois ou três escrivães, igual número de investigadores e um agente policial, composição esta, básica dos locais de grande movimento de ocorrências.

Suponhamos tratar-se de crime de roubo, com dois autores, que após a conduta delituosa evadem-se do local, sendo perseguidos pela polícia, que com os mesmos entram em embate armado, alveja os autores, prende os mesmos, leva-os ao pronto socorro mais próximo, encaminhando-os posteriormente, juntamente com vítimas, testemunhas e tudo o mais, à Delegacia de Polícia. Chegando a tal local, deparam-se com a costumeira cena: Dezenas de pessoas para serem atendidas. Algumas também vítimas de roubo, estupros, lesões corporais; outras, para reclamarem do barulho de uma igreja e seus hinos; outros ainda, porque ébrios e sem nada melhor para fazer, despidos da humildade e mansidão que lhes é regra, ali estão, batendo no peito, querendo apenas um pouco de atenção. Isto ainda, sem adentrarmos nas discussões entre vizinhos, cujos filhos, crianças ainda, se engalfinharam, ou por outros motivos mil, ali estão para levar o outro na polícia. Além destes, há os bêbados, loucos, e gente de toda sorte. O ambiente, pela natureza daqueles que ali estão, é tenso. É tenso pelo acúmulo de problemas, problema estes para os quais querem solução imediata, no calor da injustiça sofrida.

Voltando ao caso, a autoridade policial entrevista o condutor, a vítima, testemunhas, e convencida então, determina a lavratura do auto de prisão em flagrante delito, o qual preside, ou a elaboração de Boletim de ocorrência ou Termo circunstanciado.

É esta a dinâmica do evento, onde o delegado de Polícia, atende, analisa e delibera sobre mais um, dos inúmeros casos que lhes são demonstrados.

É onde se exerce, pela autoridade policial, a primeira fase da persecução penal, executada por intermédio do inquérito *erga omnes*, ou seja, aquele inquérito dirigido a todos os cidadãos indistintamente, diferenciando-se todavia, dos inquéritos que se destinam a um grupo de pessoas em circunstâncias específicas.

Temos então, que em verdade, a polícia judiciária funciona como se fosse um amortecedor, uma esponja que sorve as emoções calcadas na vontade primitiva de fazer justiça com as próprias mãos e demonstra ao Judiciário o ato ilícito, livre do calor e das paixões, que envolvem cada caso. (SILVA LEMOS, 1994, p. 15)

Eis aí a dinâmica dos fatos.

No que se refere à sistemática do Auto de Prisão em Flagrante Delito, temos que pode-se conceitua-la como sendo aquilo que a Lei determina a fazer, quando de procedimento para sua lavratura.

Absteremo-nos aqui, da análise de todos os preceitos legais referentes ao instituto, concentrando-nos nos enunciados de maior importância.

Como dissemos anteriormente, o instituto do qual aqui tratamos, desde sua entrada em vigor no ordenamento jurídico pátrio, poucas alterações sofreu. As novidades então introduzidas, foram todas no sentido de cada vez mais dar ao autuado, garantias de tratamento digno, sinal de evolução de nosso legislador, no tocante aos Direitos e Garantias individuais do cidadão.

Face à sistemática da lavratura do auto de prisão em flagrante delito, desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal, mudança substancial, houve, com a vigência da Lei nº. 11.113 de 13 de maio de 2005, que alterou o “caput” e o § 3º do artigo 304 do Código mencionado, o qual o seguinte estabelece:

CP. Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e acolherá, 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.

[...]

§ 3º. Quando o acusado se recusar à 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.

Vislumbra-se pelo dispositivo, que a mudança no mesmo teve diretas conseqüências na sistemática da lavratura do auto, o qual, anteriormente era seqüencial, sendo certo que com a nova redação, passou a ser descontínuo, havendo ainda, desnecessidade de registro da recusa, impedimento ou impossibilidade de assinatura do acusado, na presença do condutor e testemunhas, bastando para tal, a oitiva de Leitura dos autos, por duas testemunhas, que neste caso o assinarão.

Inegável ser tal mudança, principalmente no que tange à liberação imediata daqueles que forem sendo ouvidos, de extrema importância.

Sobre isto, Alexandre Langaro (2006, p. 14) ensina que:

Mostra-se pertinente concluir, desse modo, que a Lei 11.113, de 13 de maio de 2005, em boa hora, ao autorizar de forma linear, depois de ouvidos pela autoridade competente da polícia judiciária, a liberação imediata do condutor do preso e das testemunhas que eventualmente o acompanharam, desembaraçou, à exaustão, a forma material a ser observada quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, estampando, de imediato, maior celeridade e racionalidade ao procedimento extrajudicial de ordem inquisitorial, no que agasalhou e homenageou, bem assim, o postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, soberano norteador de todo o arcabouço normativo brasileiro, hasteado, bem por isso,

pelo legislador constitucional de 5 de outubro de 1988, como fundamento do Estado democrático de Direito.

Importante fato a ser mencionado, no que tange a esta nova sistemática, legalmente modificada, é o que deu origem à Lei que sobre o tema trata.

Quando da justificativa da alteração legislativa, o então ministro da justiça, Aluísio Nunes Ferreira, apontou como causa principal, a celeridade do auto, bem como a mais rápida possível liberação dos policiais para voltarem à patrulha das ruas, bem como a liberação das testemunhas.<sup>18</sup>

Entretanto, tal mudança é oriunda de estudos levados a efeito pela Polícia Civil do Distrito Federal, que já desde o ano de 2002, salutarmente já materializava o auto de prisão em flagrante, de acordo com a sistemática atualmente utilizada.<sup>19</sup>

Quando do início da aplicação do novo sistema pela Polícia Civil do Distrito Federal, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, em intervenção nitidamente política, de ataque corporativo, com teor de menoscabo, com o intuito de ver declarado nulo auto de prisão em flagrante, intentou Recurso em Sentido Estrito, onde de maneira obtusa, trazendo a lume vetustas opiniões, atacou a peça lavrada, dizendo que a mesma não era célere, bem como não se encontrava assinada por todos, para somente e por fim, de maneira superficial, dizer que era elaborada de maneira contrária à Lei. A decisão a respeito do caso, prolatada pela 1ª turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, foi de declarar improvido o recurso, de maneira unânime.<sup>20</sup>

Questão interessante a ser abordada ainda é a que ocorre quando a autoridade policial, analisando os fatos à mesma apresentados, decide pela não lavratura do auto de prisão em flagrante, ou por não vislumbrar situação flagrancial,

---

<sup>18</sup> Vide Anexo I.

<sup>19</sup> Vide Anexo II.

<sup>20</sup> Vide Anexo II.

não vislumbrar crime, ou ainda, por deliberar que ausente o *periculum in libertatis*, mais prudente e de melhor efetividade seria a apuração do fato, por intermédio de Inquérito Policial instaurado por Portaria.

Tal nos leva à discussão de ser a decisão da lavratura do auto de prisão em flagrante, ato vinculado ou discricionário.

Ora, cremos piamente na segunda opção.

O delegado de polícia, autoridade policial, constitui-se em agente público com labor direto no que se refere à liberdade do indivíduo. É da essência das suas decisões, por isso, conterem inseparável discricionariedade, sob pena de cometerem-se os maiores abusos possíveis, quais sejam, aqueles baseados na letra fira da Lei, ausentes de qualquer interpretação mais acurada, separados da lógica e do bom senso.

A este respeito Hely Lopes Meirelles (1990, p. 143), com seu indiscutível saber sobre o tema, ensina que:

Tanto nos atos vinculados como nos que resultam da faculdade discricionária do Poder Público, o administrador terá de decidir sobre a conveniência de sua prática, escolhendo a melhor oportunidade e atendendo a todas as circunstâncias que conduzam a atividade administrativa ao seu verdadeiro e único objetivo – o bem comum.

E desta maneira, de enorme importância demonstrar, também já decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, nos seguintes termos:

A determinação da lavratura do auto de prisão em flagrante pelo delegado de polícia, não se constitui em um ato automático, a ser por ele praticado diante da simples notícia do ilícito penal pelo condutor. Em face do sistema processual vigente, o Delegado de Polícia tem o poder de decidir da oportunidade ou não de lavrar o flagrante. (H.C. 214.540.01, 4ª Câmara, J. 20.10.91-Rel. juiz Passos de Freitas- R.T. 679/351)

Há ainda, que se demonstrar também, outra decisão do mesmo Tribunal:

Compete privativamente ao Delegado de Polícia discernir, entre todas as versões que lhe sejam oferecidas por testemunhas ou envolvidos em ocorrências de conflito, qual a mais verossímil e então decidir contra quem adotar as providências de instauração do inquérito ou autuação em flagrante. (Rec. 455.463-2. 1ª Câmara. J. 28.05.86- Rel. Juiz Carvalho Neto)

Ora, patente fica então a autonomia da autoridade policial em analisar aquilo que lhe é apresentado. E de igual maneira não poderia de deixar de ser, vez que, como responsável absoluto pelo auto de prisão em flagrante, desde que devidamente escorado em fundamentos de ordem jurídica, tem que, a nosso ver, obrigatoriamente que deixar, por pressões de quem quer que seja, de tolher a liberdade de pessoa, cuja ação não lhe convence inteiramente, amoldar-se naquilo que exige o auto de prisão em flagrante.

### **3.4 Afinal pode a autoridade policial, em caso de flagrante delito, não recolher o autuado à prisão?**

Para iniciarmos a discussão a respeito da possibilidade da autoridade policial não recolher à prisão alguém que praticou fato tido como delituoso, sob o escudo das excludentes da ilicitude do fato, traremos à colação, opiniões abalizadas de grandes mestres, às quais faremos literalmente, para após, discorrermos sobre o tema.

Tratando, precisamente, da possibilidade de relaxamento da prisão em flagrante pela Autoridade Policial, o professor Basileu Garcia (1945, s.p.) teve a oportunidade de afirmar o seguinte:

Nem sempre advirá, da captura em flagrante, a conservação em custódia. Claramente o diz o § 1º do artigo 304, prevendo situações diversas. Pode resultar, ou não, dos esclarecimentos colhidos pela

autoridade al lavrar o auto de flagrante, “fundada suspeita contra o conduzido”. Só na segunda alternativa será este recolhido à prisão. Decorre daí poder acontecer que o auto seja lavrado e não produza o seu normal efeito, que é o de legitimar medida de privação de liberdade, sempre dependente de haver chegado, no mínimo, a concludente suspeita contra o indiciado. Deve então a autoridade declarar insubsistente a prisão em flagrante e restituir à liberdade o paciente.

Demonstra neste sentido, o autor, que nada de estranho já em tal atitude, ou seja, da declaração de insubsistência do auto de prisão em flagrante delito pela autoridade policial, a qual deve, *incontinenti*, devolver à liberdade, o até então, pretense autor de delito, detido administrativamente em flagrante delito.

Mas não obstante tal linha de raciocínio, informa o autor, que em caso de dúvida por parte da autoridade policial, deverá esta, se possível, consultar-se com o magistrado, remetendo-lhe da maneira mais rápida possível, o auto de prisão, para que se veja o mesmo analisado, sendo certo entretanto, que caso tal não ocorra, por determinar o delegado de polícia o imediato livramento do inculcado, deverá da mesma maneira, remeter a juízo o auto de prisão em flagrante lavrado, fazendo com que, se atenha a autoridade policial AL dever de submeter ao crivo do Poder judiciário o auto lavrado.

A este respeito, manifestou-se Eduardo Espínola Filho (2000, p. 356-357), dizendo que:

[...] ouvindo o condutor, as testemunhas, a vítima, permitindo ao conduzido falar sobre a acusação, que lhe é feita, cumpre à autoridade policial, após lavrado o auto de prisão em flagrante, verificar se é caso de recolhê-lo à prisão.

Pode suceder não haja uma infra; ao punível, ou que dessa infra; ao, segundo os esclarecimentos idôneos e sem discussão das testemunhas, não seja autor o preso; então a autoridade policial não deve manter uma prisão, que não seja justificada, e soltará o atuado, remetendo imediatamente o instrumento da autuação em flagrante ao juiz, para apreciação, salvo se achar mais prudente deixar também a determinação da soltura ao magistrado, a quem submeterá o caso, *incontinenti*.



Prossegue ainda o autor (2000, p. 357), fazendo menção a eventual prática de ato, sob a égide das excludentes de ilicitude do ato, ocasião em que, acredita, diferentemente de Basileu Garcia, que a autoridade policial, deve sim, seguir o exposto na Lei Processual Penal, ou seja, remeter a Juízo, da mais célere maneira, o auto para apreciação de tais excludentes.

Magalhães Noronha (1990, p. 216-217) salienta que a captura do indiciado:

[...] não importa necessariamente seu recolhimento ou custódia. Com efeito, ouvidos o condutor, as testemunhas, o capturado, o ofendido, e lavrado o auto, havendo fundadas suspeitas contra o conduzido, a autoridade atuante mandará recolhe-lo à prisão.

Nem sempre, porém, haverá lugar sua custódia. Pode acontecer que, pelos esclarecimentos prestados, a autoridade verifique, v.g. não ter havido crime e sim apenas um ilícito civil: que não é o capturado o autor do crime; que se acha extinta a punibilidade ( *novatio legis, etc.*) e outras causas ou circunstâncias. Não é de se estranhar que tal possa ocorrer, máxime quando o Código equiparou à flagrância o quase-flagrante. Deverá, nesses casos, a autoridade soltar o capturado, a menos que prefira remeter *in continenti* o auto ao juiz para que decida.

Vemos então, que para Magalhães Noronha (1990, p. 216-217), tem a autoridade policial faculdade na liberação do atuado, mesmo porque, já analisa em outras oportunidades, como quando arbitra ou não fiança criminal ou determina que se livre solto, o *periculum libertatis* do inculpado, prosseguindo, entretanto, na apuração ulterior e total do fato, por intermédio de inquérito policial, vez que necessário que se extinga qualquer dúvida à respeito de como se deu o eventual delito.

Sobre o assunto, Walter Acosta (1974, p. 44), informa o seguinte:

Alinhemos as hipóteses em que, após a lavratura do flagrante, o atuado pode ser restituído à liberdade. Em primeiro lugar, isso acontecerá se a infração por que responde for das que lhe permite livrar-se solto, previstas nos incisos I e II do artigo 321 do CPP. Nesse caso, como é óbvio, estará desobrigado de qualquer caução. Outra hipótese é a de infração que, segundo a Lei processual, admita a fiança e houver prestação desta, pelo atuado ou alguém por ele (ver cap.IV). finalmente, o caso do art. 304, § 1.º do CPP, segundo o qual a autoridade que presidiu o flagrante goza da excepcional

faculdade de deixar em liberdade o acusado, depois de lavrado o auto, se não tiver resultado, das respostas, uma fundada suspeita contra o mesmo – isto é, se não ficar caracterizada a prática de infração punível ou se, das declarações prestadas, ficar evidenciado que não foi o acusado o autor do ilícito penal. Se tal ocorrer, o delegado, ou a autoridade que for, dará de ofício, liberdade ao autuado e enviará os autos à autoridade judiciária competente, uma vez que apenas esta, como vimos, pode arquivar o inquérito.

Demonstra assim o autor, seu entendimento de que a autoridade policial não tem a prerrogativa de, eventualmente, reconhecer quaisquer excludentes, deixando de encarcerar o autuado. Deve, tão somente, proceder às comunicações de praxe, remetendo o auto de prisão em flagrante a Juízo, para que nesta instância, se analise a ocorrência de eventuais excludentes, não fazendo menção, entretanto, a quaisquer prejuízos acarretados ao autuado, por ser preso, imotivadamente, única e exclusivamente de acordo com a letra fria da Lei.

Já Amintas Vidal Gomes (1990, p. 528), por sua vez, preleciona da seguinte maneira:

Se as suspeitas forem julgadas de todo infundadas; se indispensáveis provas ou indícios de responsabilidade não forem coligidos mesmo em diligências que se seguirem sem perda de tempo, ou se o fato não for daqueles definidos na legislação penal, o delegado, em despacho fundamentado, ordenará a liberdade do autuado, por insubsistir o auto lavrado. Todavia, se o juiz estiver presente na sede ou tiver sido o auto lavrado em distrito não afastado, poderá a decisão ficar a cargo do magistrado, mas o autuado não será recolhido à prisão nem solto antes da decisão, isto é, permanecerá apenas sob vigilância, em sala da Delegacia. É sempre aconselhável que as autoridades leigas submetam tais casos ao juiz competente para o processo. O auto de prisão que se entenda insubsistente, hajam ou não sido processadas outras peças, será obrigatoriamente, sem outra alternativa, enviado à autoridade judiciária.

Ora, temos então, que o autor preconiza que pode sim, a autoridade policial, não relaxar um auto de prisão em flagrante, mas sim torná-lo insubsistente, deixando de encarcerar o autuado, merecendo ainda, intensa reflexão, o fato de o autor, referir-se a autoridades leigas (grifo nosso), quando menciona o delegado de

polícia, isto demonstrando claramente a vetusta opinião, de uma época, onde o auto de prisão em flagrante, não era presidido por delegado de polícia de carreira, hoje *conditio qua non* para o ato, vez que, carreira reconhecida constitucionalmente, com a exigência de concurso público e bacharelado em Direito para ingresso.

Para Lisboa da Gama (1980, p. 125-126), finda a lavratura do auto, resta examinar a situação do acusado no que toca à sua liberdade.

Se a infração penal não for punida com pena privativa da liberdade, ou se esta não exceder (no grau máximo) a três meses, o acusado será restituído à liberdade.

Se a infração é afiançável, o acusado ou alguém por ele será admitido a prestá-la.

Se das respostas de informações prestadas não ficar demonstrada a prática da infração penal ou firmada a autoria, a autoridade que presidiu o flagrante goza da especial faculdade de deixar o indiciado solto, enviado os autos a juízo, em 5 dias após a efetivação da prisão.

O código prevê ainda a concessão de liberdade pelo juiz, se este verificar desde logo que o fato foi praticado em uma das situações que excluem a ilicitude, isto é, em legítima defesa, em estado de necessidade, no exercício regular de direito ou em cumprimento do dever legal. Também o juiz relaxará a prisão se verificar que o acusado, por motivo de pobreza, ficou impossibilitado de prestar fiança e ainda, segundo a nova redação dada ao art. 310 do C.P. Penal pela Lei nº. 6416/77, se o juiz verificar que não ocorrem qualquer das hipóteses que autorizariam a decretação da prisão preventiva, sendo o crime doloso e punido com reclusão, ou, tratando-se de crime punido com detenção, se o réu for vadio ou de identidade duvidosa, ou ainda, reincidente em crime doloso.

Fernando da Costa Tourinho Filho (1994, p. 279-280), em sua obra de direito processual penal, faz a indagação à respeito do fato de poder ou não a autoridade policial relaxar a prisão em flagrante, respondendo a seguir da seguinte maneira:

Pelo que se infere do § 1º do artigo 304 do Código de Processo Penal, tal será possível. Se, quando da lavratura do auto não resultar das respostas dadas pelo condutor, pelas testemunhas e pelo próprio conduzido, fundada suspeita contra este, a autoridade não poderá mandar recolhe-lo à prisão. E, se não pode assim proceder, conclui-se que a autoridade policial deve relaxar a prisão, sem contudo descumprir o preceito constitucional inserto no § 12 do artigo 150, a fim de que se apure possível responsabilidade da autoridade coatora, isto é, da autoridade que efetuou a detenção.

Para Tales Castelo Branco (1988, p. 135-136):

[...] se resultar das respostas do condutor, das testemunhas e do acusado fundada suspeita contra o conduzido, e não sendo o caso de concessão de fiança ou de livrar-se ele solto, a autoridade mandará recolhe-lo à prisão e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente, devendo, em caso contrário, ou seja, não tendo competência para o prosseguimento da investigação, enviar os autos à autoridade que o seja.

Por tal dispositivo, vê-se claramente, que se exige certa função judicativa da autoridade que presidir o auto de prisão em flagrante, pois a noção do quer seja “fundada suspeita” implica uma objetiva apreciação dos acontecimentos que lhe forem narrados. A valorização das provas, nesse primeiro momento, compete à autoridade que preside o ato.

Prossegue ainda, fazendo menção a autores como Borges da Rosa, Basileu Garcia e Hélio Tornaghi, demonstrando a unânime opinião acerca da imprescindível certeza da presença de todos os elementos do crime, para que se afigure a fundada suspeita exigida pela Lei para a lavratura do auto de prisão em flagrante delito, e conseqüente encarceramento de seu autor, caso seja o delito praticado inafiançável na fase policial, sempre, entretanto, fazendo expressa menção de que o auto de prisão em flagrante delito, deve obrigatoriamente ser submetido à apreciação do Poder Judiciário, por força do exposto na Constituição Federal. (CASTELO BRANCO, 1988, p. 136)

Guilherme de Souza Nucci (2002, p. 533) faz expressa menção ao tema em questão, ou seja, do relaxamento do flagrante pela autoridade policial, ocasião em que leciona o seguinte:

[...] a norma processual penal não está bem redigida, a nosso ver. Não é crível que a autoridade policial comece, formalmente, a lavratura do auto de prisão em flagrante, sem certificar-se antes, pela narrativa oral do condutor, das testemunhas presentes e até mesmo do preso, de que houve, realmente, flagrante por um fato típico. Assim, quando se inteira do que houve, ao ser apresentada uma pessoa presa, inicia a lavratura do auto. Afinal, se a prisão foi nitidamente ilegal, deve dar voz de prisão em flagrante ao condutor e lavrar contra este o auto. Mas, excepcionalmente, pode ocorrer o que descreve este parágrafo, isto é, conforme o auto de prisão em flagrante vai-se desenvolvendo, nota a autoridade policial que a

pessoa presa não é aparentemente culpada. Afastada a autoria, tendo constatado o erro, não recolhe o sujeito, determinando sua soltura. É a excepcional hipótese de se admitir que a autoridade policial relaxe a prisão. Ao proceder deste modo, pode deixar de dar voz de prisão ao condutor, porque este também pode ter-se equivocado, sem a intenção de realizar prisão ilegal. Instaura-se, apenas, inquérito para apurar, com maiores minúcias, todas as circunstâncias da prisão. Note-se que isso se dá no tocante à avaliação da autoria, mas não quando a autoridade policial percebe ter havido alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, pois cabe ao juiz, proceder a essa análise.

Finalmente, o desembargador Adriano Marrey (RT 665/386-7), a respeito do relaxamento da prisão em flagrante pela Autoridade Policial, comentando episódio em que o autor, sabida e inequivocadamente agiu em legítima defesa, lecionou que:

Por certo, apresentado o autor de disparo com efeito legal, à autoridade policial, é sempre caso de determinar-se a lavratura de auto de prisão em flagrante, pois o ato praticado é tipicamente passível de repressão penal (CP, 121).

Nem por isso cumpre à autoridade policial manter preso o cidadão autuado, quando a prova desde logo acolhida deixa patente tenha ele agido em legítima defesa.

Verificas as circunstâncias em que se desenrolou a tragédia, cabe à autoridade policial considerar que somente quando resulte fundada suspeita da prática de crime, sem o benefício de alguma excludente de ilicitude, é que se justifica o recolhimento do conduzido ( CPP, art. 304, § 1º).

Conforme a expressa Lei penal, não há de cogitar de crime, quando o indiciado tenha agido em legítima defesa (CP, art.23 – Não há crime quando o agente pratica o fato: I – [...]; II – em legítima defesa). Acha-se então a autoridade policial adstrita ao dever de relaxar a prisão. Não se pode entender legítima a manutenção em prisão de quem agiu em defesa própria, nos estritos termos autorizados pela Lei, sem praticar nenhum crime.

Não apenas ao juiz, ao receber a cópia do auto da prisão em flagrante, comunicada imediatamente, antes de 24 horas decorridas, se possível, conforme se depreende do texto do art. 5º, LXII da vigente Constituição Federal – não apenas ao juiz é que compete conceder ao indiciado a liberdade provisória, prevista no CPP, art. 310, ao deparar com elementos (contidos no próprio auto de prisão em flagrante), convincentes de não haver o réu praticado crime, pois, se acha beneficiado por uma das causas legais de exclusão de ilicitude (CP, art. 23, II).

Igualmente, a autoridade policial, na conformidade do já mencionado § 1º do art. 304 da Lei processual penal, não poderá admitir contra o acusado, fundada suspeita da prática de crime, quando resulte do próprio auto de prisão em flagrante, e dos dados probatório desde logo obtidos, que o indiciado agiu em legítima defesa.

Ou seja, demonstra inequivocadamente o autor, o necessário e imprescindível reconhecimento por parte da autoridade policial, das excludentes de antijuridicidade do fato, vez que inconcebível o encarceramento de alguém que sob a égide das mencionadas excludentes, pratica qualquer ato, vez que, inexistente na apreciação da autoridade policial, a exigida fundada suspeita da prática de crime, pois o fato, para ser tido como tal, há necessariamente que ser típico, antijurídico e culpável, sendo óbvio então, que faltando-lhe qualquer destes elementos, não mais será tido como crime, mormente quando se fala em excludentes de antijuridicidade.

Toca o desembargador em ponto nevrálgico á respeito daquilo que temos pretensão em demonstrar.

Ora, se se define crime como sendo fato típico, antijurídico e culpável, óbvio é que aquilo que se pratica sob a égide das excludentes de antijuridicidade não é crime.

Não é crível que não possa a Autoridade Policial, à vista do que explicita o § 1º do Artigo 304 do Código de Processo Penal, avaliar se a atitude do pretense autor foi cometida daquela forma.

Nota-se que a doutrina reinante, em quase sua totalidade, admite a liberação daquele que foi autuado em flagrante delito, quando não há para autoridade policial, fundada suspeita quanto à ação do autuado. Ocorre que tal se dá somente nos casos de análise do estado flagrancial, da materialidade ou autoria do delito, nunca sob a égide das excludentes.

A este respeito, como demonstrado, apenas o professor Nucci, e o desembargador Marrey, exploram o assunto. O primeiro com a opinião de que as excludentes de antijuridicidade somente podem ser apreciadas pelo magistrado, e o

segundo, com a opinião de que a Autoridade Policial deve fazê-lo, já na fase inicial, conclusão esta, com a qual partilhamos totalmente.

Em que pesem os ensinamentos e opiniões dos autores citados, os quais deram alicerce ao moderno direito processual penal, temos que veementemente discordar.

Um aspecto que parece-nos normalmente estar esquecido é que a prisão do indivíduo, não é o fato mais significativo e importante no processo penal, pois a máquina estatal se move para buscar a verdade ao final, na sentença. Se a autoridade policial delibera ao final, no sentido de libertar o autuado, e o magistrado por sua vez entender que não havia qualquer tipo de excludente, a prisão pode ainda, ser completamente possível. E mesmo que o indivíduo fuja, o processo ainda continuará e as provas, de igual maneira, serão colhidas, mesmo que dentro das regras do artigo 366 do Código de Processo Penal. Não é a presença do réu que viabiliza o fim do processo. Por outro lado, o reconhecimento de excludente é situação corriqueira, sem maiores questionamentos. Diuturnamente os agentes policiais apresentam cadáveres com a alegação de resistência à prisão, sendo então lavrados os chamados autos de resistência seguida de morte, devidamente autorizado pelo disposto no artigo 292 do Código de Processo Penal. E de outra maneira não poderia deixar de ser. Pensamento diverso fere os princípios do devido processo legal e principalmente o princípio da presunção de inocência, e de outra maneira não poderia deixar de ser. Como se explicar a um indivíduo que matou outrem, o fazendo em inequívoca legítima defesa, que o mesmo deve ser preso?

Imaginemos a situação em que a autoridade policial, juntamente com seus agentes, sai em diligência para efetuar a prisão de determinada pessoa, o qual,

vislumbrando a ação policial, reage à bala, havendo intensa troca de tiros que culmina no óbito do autor, vez que atingido por um policial.

Trata-se aí do tipo de auto de prisão em flagrante previsto no artigo 307 do código, ou seja, flagrante delito praticado na presença da autoridade policial.

Ora, esta sabedora do ocorrido, vez que vislumbrou, presenciou e testemunhou que o indivíduo a ser capturado desfechou inúmeros tiros, e que o policial, para proteger sua vida, e cumprir seu dever legal, revidou matando-o, qual deveria ser a solução se não a de lavrar o mencionado auto de resistência. Seria a de autuar em flagrante o policial, para deixá-lo no cárcere até a decisão por parte do magistrado sobre o fato? Temos absoluta certeza que não.

E no que difere tal fato, de uma pessoa, que vê seu lar invadido por assaltantes, que querem esbulhar seu patrimônio, vida, ou liberdade sexual de seus entes, e que ante tal situação reage, tirando a vida de outrem, vez que se assim não o fosse seria a sua injustamente ceifada. Não difere em nada, absolutamente em nada.<sup>21</sup>

Vem daí a máxima popular de “escapar do flagrante”, de apresentar-se somente 24 horas após a ocorrência do fato, método este indicado inclusive, pela absoluta incerteza da atitude que tomará a autoridade policial, a seus clientes, pela grande maioria dos advogados.

Podem alguns protestar, como demonstramos anteriormente, que o reconhecimento da excludente é prerrogativa de ordem estritamente jurisdicional. Não se quer aqui, subtrair a atuação jurisdicional, nem mesmo trata-se o fato de aquisição de poderes. A manifestação da autoridade policial se faz de forma precária, da mesma forma que é precária a tipificação do delito. Tal fase da ação

---

<sup>21</sup> Cumpre-nos aqui, de maneira obrigatória a lembrança de que a análise da excludente de antijuridicidade, deve ser efetivada, levando-se em conta todos os seus requisitos, para que se tenha patente sua inequívoca ocorrência.



estatal é gerida pela autoridade policial, que tem o dever de especificar e relacionar a infração porventura cometida, sendo certo que, se há excludente, não há, como anteriormente dissemos, fato tido em todos os seus elementos, como crime.

A liberação do autuado, de qualquer maneira, não exime, em nosso entendimento, a autoridade policial de, nos termos do artigo 304, lavrar o competente auto, registrando e materializando as provas necessárias. Depois, resultando das respostas, a infundada suspeita contra o conduzido, determinará sua imediata soltura, ficando tudo consignado e passível de posterior e eventual entendimento contrário pelo Ministério Público e pelo magistrado.

Na verdade, a autoridade policial, liberando ou não o detido, deve fundamentar sua decisão, especificando o porquê de haver ou não crime, porque existe ou não excludente. Não é simples burocracia, excesso de formalismo, exagero ou liberalismo: é em nosso entender, puro e simples dever legal.

Ora, tem o delegado de polícia, que apreciar com a devida, necessária e imprescindível prudência, o direito à liberdade do indivíduo, em todas aquelas hipóteses em que for possível a sua restrição, que são hipóteses de extrema excepcionalidade. Toda e qualquer atividade policial, por sua natureza, em tese, possui o condão de tolher o direito à liberdade do indivíduo. Esse direito fundamental, é, de fato, princípio constitucional, compreendendo ele uma das chaves de todo o nosso sistema normativo (CF, art. 5º). Por isso, precisa ser visto como um critério maior, mormente no campo penal. E se é pacífico que o próprio Estado-Juiz não pode olvidar de observar com a máxima cautela esse direito constitucional, também o deve ser pela autoridade policial, pois não é fadado a esta cometer abusos manifestos contra os direitos da pessoa humana, sob o argumento

de que não lhe é conferido pela norma, competência para se levar a efeito, de acordo com o seu discernimento, a medida mais adequada ao caso concreto.

Insistimos nesta teoria, vez que entendemos que o encarceramento do indivíduo não é um fim em si mesmo, mas uma conseqüência, de onde há que ser observado um nexó entre a ação considerada antijurídica e a natureza ou intensidade da resposta estatal, e por certo, mais do que óbvio, advindo do próprio direito natural do homem, e outra maneira não poderia deixar de ser.

A principal função, o interesse primordial, a finalidade precípua da custódia cautelar, que se afigura na prisão em flagrante delito, é retirar de circulação, indivíduos que, pela sua conduta irregular, oferecem risco aos integrantes da sociedade. Em resumo, o risco, inexoravelmente, precisa abalar a ordem pública, quer seja pela intensidade da ofensa perpetrada, ou pela reiteração da mesma, na mais pura acepção da palavra dolo. Há, então, que serem tratados desigualmente os desiguais. E em assim sendo, por intermédio do competente Auto de prisão em flagrante delito, levar à prisão, o deliberado autor de um homicídio, que traz dentro de si o inequívoco *animus necandi*, ou o autor de um roubo, é atitude completamente equivalente com a gravidade das ofensas perpetradas, diferentemente, sem qualquer sombra de dúvida, de quem o faz sob a cobertura de uma excludente da ilicitude do fato.

E se é bem certo, e totalmente provável, que em infrações materialmente atípicas, devido à presença de tais excludentes, devido à insignificância da ofensa ao mundo jurídico, é a liberação do autuado, medida inexorável.

Tem-se então, que sob a égide do sistema jurídico pátrio em vigor, que é um conjunto de Leis e princípios que se entrelaçam sob a égide dos ditames maiores, externados pela Constituição Federal, que a Autoridade Policial, possa, por meio de

sua discricionariedade ínsita, efetivar a liberação do autuado, a tudo registrando, vez que nos casos em estudo, são as infrações, em tese, materialmente atípicas.

No juízo de valoração levado a efeito pela autoridade policial bastará que contenha fundamentação razoável, crível e possível, com base no princípio da persuasão racional, como de resto, é a atribuição de todos aqueles que levam a efeito atos administrativos em geral.

São absolutamente corretas as palavras do professor Barroso (1999, p. 2005), as quais aplicam-se ao tema abordado, quando o mesmo diz que:

Ademais, serve o princípio como limite de atuação do jurista. Explica-se: no mesmo passo em que funciona como vetor de interpretação, o princípio tem como função limitar a vontade subjetiva do aplicador do direito, vale dizer, os princípios estabelecem balizamentos dentro dos quais o jurista exercitará sua criatividade, seu sendo do razoável e sua capacidade de fazer justiça ao caso concreto.

Ada Pelegrini Grinover *apud* Antonio Scarance Fernandes (2003, p. 16), acerca deste trabalho interpretativo, demonstra sua visão da seguinte forma:

O importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alcançadas a nível constitucional, pairando sobre a Lei ordinária, à qual informa. O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das Leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito, pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição. Possibilitando que, mantida a letra, o espírito da Lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive.

Interessou-nos na análise de no auto de prisão em flagrante, ao contrário das outras prisões cautelares, que quem verifica inicialmente a ocorrência do *fumus boni iuris* não é a autoridade judiciária, mas sim a autoridade policial, PIS nos termos do artigo 304 *caput* e seu § 1º, haverá esta análise por parte do delegado de polícia, à partir do interrogatório do autor e das testemunhas, cabendo-lhe então, após a

colheita de tais dados, a escolha de recolher o indivíduo à prisão, ou proceder de maneira diversa, conforme nos ensina Scarance (2003, p. 19):

Tendo em vista as peculiaridades da prisão em flagrante, o legislador deu à autoridade o poder anômalo de verificar, em um primeiro momento, a presença do *fumus boni iuris*. Dispõe o artigo 304 do CPP que, apresentado o preso à autoridade policial, ele ouvirá o condutor e as testemunhas que o acompanhem, e ouvirá o acusado. Conforme dispõe o §1.º, se das respostas obtidas resultar fundada suspeita contra o conduzido, ou seja, se das respostas houver aparência da prática de crime pelo conduzido, incumbirá à autoridade mandar recolhê-lo à prisão.

Devido a esta importância ímpar dos bens discutidos na esfera jurídico-penal, há a necessidade de se estabelecer uma proteção constitucional nas legislações que regem as condutas criminosas, bem como suas punições previstas, procurando alcançar aquela máxima segurança referida:

O bem jurídico protegido pelo direito penal deve ter, ao menos indiretamente, respaldo constitucional, sob pena de não possuir dignidade. É inconcebível que o direito penal outorgue proteção a bens que não são amparados constitucionalmente, ou que colidam com os valores albergados pela Carta, já que é nela que são ins0critos os valores da sociedade que a produz. (BIANCHINI, 2002, p. 44)

Isto significa ainda, que o operador do direito deverá interpretar os dispositivos penais e processuais penais, conforme dissemos, à luz desta nova ordem constitucional, sob pena de não serem recepcionados, assim como os futuros textos legais estarão sujeitos à declaração de inconstitucionalidade caso não sejam editados sob os ditames da Carta Magna, principalmente no caso de um vetusto código de processo penal, cujas regras foram determinadas muito antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. É certo então, que podemos afirmar sem sombra de dúvida, que protege o Direito, protege a Constituição Federal, entre tantos outros bens, a dignidade humana do indivíduo, bem como seu sagrado direito à liberdade, indiscutivelmente quando líquida e certa, sendo certo, que tem-se como

obrigação da autoridade policial, enxergar uma eventual injustiça legalizada, acobertada pela letra fria da Lei. Não pode e não deve nunca, deixar de ater-se à verdadeira função do Direito, que é a função de a todos, simplesmente proporcionar proteção e justiça.

## CONCLUSÃO

Traz em seu bojo, mais precisamente no Título II, a Magna Carta brasileira, a proteção dos direitos e garantias fundamentais, consubstanciando as conquistas sociais alcançadas após uma cinzenta época ditatorial, fortalecendo os direitos e garantias do indivíduo, reerguendo-o a um patamar mais elevado, onde sua condição agora é reconhecida de forma mais digna.

Temos então a liberdade, o direito individual que aqui nos interessa, recebendo uma retaguarda constitucional de forma mais ampla, o que confere ao mesmo uma segurança maior, haja vista que se impõem agora, limites à atuação do legislador infraconstitucional, que deverá espelhar-se em tais fundamentos de validade.

Vimos que o papel do intérprete reveste-se de suma importância, uma vez que cabe a ele evitar o perecimento da letra da Lei, pois no momento em que a sociedade evolui, caberá a ele acompanhar tal crescimento mediante uma nova interpretação, sob pena de se tornar inútil o ordenamento jurídico positivado.

Assim, ganham força como pilares de nosso ordenamento jurídico, dentro da ótica dos direitos fundamentais, e através da nova ordem constitucional, o Princípio da Presunção de Inocência, e do Devido Processo Legal.

Quando nos referimos à conquista de direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, devemos entender que temos num plano diferenciado a tutela penal, observando-se as minúcias e cuidados que devem estar presentes para que se restrinja a liberdade de uma pessoa.

Deve-se desta forma ter-se o máximo de segurança na aplicação das Leis penais, levando esta em consideração no equilíbrio existente com o bem a que se

busca a tutela, haja vista a dignidade dos bens colocados em disputa, muitas vezes a vida contrapondo-se à liberdade.

Desta forma, com esta retaguarda constitucional, temos limites à atuação do legislador infraconstitucional, haja vista que deverá este, no momento da atuação na esfera penal, procurar atender aos ditames constitucionais que darão validade aos seus feitos.

Cumpre-nos então, sempre nos indagarmos se determinada previsão de custódia, ou se certa exigência para o exercício de tal defesa, seria ou não compatível com os princípios trazidos pela Carta Magna que tutelam os direitos fundamentais do indivíduo.

Além das garantias constitucionais, para a efetivação de uma prisão processual, mormente a prisão em flagrante, é necessária a presença de dois elementos fundamentais para qualquer medida cautelar: o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*, ou *periculum libertatis*.

Desta forma, ao visitarmos esta espécie de prisão cautelar, prevista em nossa legislação, atentemos quanto ao fato de sua compatibilidade com a ordem constitucional, bem como se atende aos requisitos básicos de qualquer medida cautelar, que, conforme referido, referem-se aos elementos *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A natureza jurídica da prisão em flagrante é indiscutivelmente de medida cautelar, haja vista sua manutenção estar vinculada à necessidade de se comprovar a realidade dos fatos e de se manter a devida tarefa investigativa, que poderia estar em risco caso o indivíduo estivesse em liberdade.

Resta então, a partir das prováveis evidências de que aquele indivíduo seja de fato o autor do crime, identificada a presença do requisito *fumus boni iuris*,

mantendo-se assim esta espécie de prisão sob o manto desta manifesta probabilidade de autoria e materialidade.

Originalmente, poderíamos identificar o *periculum libertatis*, na prisão em flagrante pelo motivo de que seu encarceramento somente se justifica para assegurar o resultado final do processo, bem como seu normal desenvolvimento, ou então para tutelar a ordem pública, evitando os supostos riscos que o sujeito poderia causar a esta caso permanecesse em liberdade, estando assim configurados, tipicamente, aspectos peculiares de uma medida cautelar.

Porém, esta justificativa, analisada rigorosamente, não é uma tarefa das mais fáceis de serem alcançadas, pois nem todos que são recolhidos em flagrante apresentam real necessidade de permanecerem aprisionados durante o decorrer do processo, nem mesmo ainda, a qualquer tempo, vez que despidos de qualquer *periculum libertatis*, acabando assim permanecendo por lá mais pelo choque emergente da atualidade e da visibilidade do delito cometido do que por sua liberdade estar colocando o procedimento investigativo em risco.

O fato de termos regras do Direito Penal e do Direito Processual Penal tuteladas pelo texto constitucional é visto com boas ressalvas, pois na medida em que temos a Carta Magna abraçando tais temas e consolidando princípios, tais como: Princípio da Igualdade, Princípio da Legalidade e Princípio da Presunção de Inocência, e do Devido Processo Legal, temos uma dignificação e uma maior segurança para tais disciplinas.

Além da segurança e da dignidade adquiridas por estas ciências pelo fato de serem tuteladas na Constituição Federal, afirmamos ainda que isto ocorre como uma necessidade, uma vez que a liberdade está entre os direitos mais nobres amparados



pelo nosso ordenamento jurídico, merecendo então a proteção constitucional sob pena de incorrer em fragilidade.

Desta forma, temos a previsão de prisões processuais como um elemento complicador a toda essa segurança constitucional referida, uma vez que temos uma quebra na definição de que todos são inocentes até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Como então conciliar o Princípio Constitucional de Presunção de Inocência e do Devido Processo Legal com a aplicação das espécies de prisões cautelares?

Ao conquistarem estes Princípios *status* constitucional, muitos autores se pronunciaram no sentido de que todas as espécies de prisões provisórias não haviam sido recepcionadas pela nova ordem constitucional, embora tais posições não tenham recebido respaldo pela jurisprudência.

Foi assim necessário que nossos Tribunais Superiores se pronunciassem defendendo a manutenção das espécies de prisões provisórias, afirmando que não havia incompatibilidade entre tais institutos, embora, como pudemos observar, tais considerações não calaram todos, pois ainda há uma parcela da doutrina que se insurge contra algumas espécies de custódias provisórias.

Percebemos ainda que em muitas ocasiões as prisões provisórias são decretadas como uma forma de atender ao clamor social, sobretudo àqueles crimes praticados mediante violência, que chocam causando repugnância tanto ao aplicador da Lei quanto à sociedade, que se insurge contra o alastramento da criminalidade, crescente na atualidade, o quais nunca podem ser confundidos com as ações perpetradas por aqueles que defendem seu estado físico, moral, patrimonial, legalmente assegurados, e que se lhe quer ser tomado.

E assim assistimos ao crescimento de típicas prisões provisórias-penas, que ainda representam um complicador para o preconceito sócio-econômico, haja vista que a maioria dos crimes envolvendo violência ou grave ameaça é cometida pelas pessoas menos favorecidas.

Mas devemos atentar ao fato primordial a que se quis chegar. Que é o de não se deixar confundir, de não se deixar levar por fatores externos de pressão social ou profissional o delegado de polícia. De fazer ver e demonstrar, mesmo que de maneira aparentemente quase que solitária, a possibilidade de análise do *periculum libertatis* representado por aquele que pratica conduta acobertada pelas excludentes de antijuridicidade.

Na presente dissertação, a dificuldade em expor o tema, nos levou, face à quase inexistência de opiniões semelhantes às nossas, nos levou a expor, opiniões pessoais, sempre calcadas na doutrina processual penal constitucional existe. Opiniões adquiridas durante o exercício profissional da carreira de Delegado de Polícia por cerca de 15 anos, durante os quais, com toda sorte de eventos já deparamos, os quais cumprem serem examinados, mesmo de maneira absolutamente célere, nunca de inopino. Nunca sem vislumbrar adiante, as conseqüências de uma simples determinação, que equivocada, leva ao cárcere e destrói por completo uma vida.

Diz-se comumente que a prisão, em quaisquer de suas formas, é, face ao que se apregoa no Direito, última forma de exceção, e assim deve ser encarada, mormente para aquele, que de antemão, sabe-se que será absolvido.

No que se refere ao auto de prisão em flagrante delito, pode parecer de início, não haverem maiores questões a serem debatidas ou elucidadas, vez que, do modo como o conhecemos quando de seu início no sistema processual penal

vigente, praticamente encontra-se da mesma maneira, no que se refere à sua forma, conteúdo e objeto, que é, a grosso modo, a mais imediata maneira de legal segregação de liberdade no Direito Pátrio.

Da mesma maneira porque, mesmo havendo recente alteração em sua forma de lavratura, em nada se modificou o instituto, inobstante haverem ocorrido mudanças e inserções, no que diz respeito ao direito do autuado em ter comunicada sua prisão a familiares e obrigatoriamente à defensoria pública, caso não informe o nome de seu advogado.

Apesar de tais mudanças ocorridas, temos que em nada se alterou no que se refere à apreciação de um caso concreto de flagrante delito. Existe a ocorrência de um crime, analisa-se se a prisão efetuada se deu em efetivo estado de flagrância, autua-se, livra-se solto o autuado, arbitra-se fiança ao mesmo, ou recolhe-se o autor do delito à Cadeia, efetuando-se após as comunicações de praxe.

Procuramos aqui afirmar a necessária imposição dos princípios constitucionais da Presunção de Inocência e do Devido Processo Legal, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, e por conseqüência, do eventual recolhimento ao cárcere, daquele que pratica ato, acobertado pelas excludentes de antijuridicidade. Tem-se como impensável, em um estado democrático de direito, a antecipação da pena, bem como ainda, antecipação esta, perpetrada por quem, efetivamente, tem condições de análise do *periculum libertatis* do agente. O delegado de polícia, necessariamente bacharel em direito, as tem, como também, deve arcar, eventualmente, com suas falhas, com sua errôea interpretação.

É preciso repensar o papel e a necessidade da prisão, principalmente em sociedades que vivenciaram o Estado ditatorial, e que agora se reerguem sob a égide, da necessária e estrita observância de uma Constituição cidadã. Não se deve

ter, única e exclusivamente, mormente no caso do auto de prisão em flagrante delito, a visão de resposta imediata do Estado, pouco importando em que condições se deu o fato praticado, a prisão ou a comoção social que o mesmo causou, somente para afirmar a idéia de segurança jurídica. É preciso que se estabeleça profícua análise jurídica do caso, antes de se encarcerar quem quer que seja, bem como ainda, expressamente se delimite em Lei, a necessidade desta análise por parte da autoridade policial.

Tais modificações, com as devidas e indispensáveis inserções legais, de modo democrático e amplamente de acordo com os princípios constitucionais que delimitam o poder de agir do Estado, seguramente serão de enorme valia, e trarão aí sim, efetividade e segurança jurídica, aos cidadãos que do direito, se socorrem diuturnamente.

## REFERÊNCIAS

ACOSTA, Walter P. **O processo penal**. 22. ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1995.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002.

BONATO, Gilson. Por um efetivo “devido processo penal”. In: BONATO, Gilson (org.) **Direito Penal e Processual Penal: uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. In: **Notícia do Direito Brasileiro**. Brasília: Nova Série, n. 9, Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Lisboa: Almedina, 1988.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de. Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: **Fundamentos de História de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal**: Leituras Constitucionais. As presunções no Direito Processual Penal (estudo preliminar do estado de flagrância na legislação brasileira). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

CASTELO BRANCO, Tales. **Da prisão em flagrante**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 1988.

CHIAVARIO, Mario. **Processo e Garanzia Della Persona**. v. 2. Milano: Guiffré, 1982.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da constituição**. Bauru: Edipro, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá. 1989.

\_\_\_\_\_. Princípios gerais do processo penal. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, n. 22, ano 22, 1985.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo Penal Brasileiro Anotado**. v. 3. ed. atualizada por – José Gerado da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. **Processo penal constitucional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. GRINOVER, Ada Pelegrini. **As nulidades do processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **O Direito como sistema de garantias em O Novo em Direito e Política**. Trad. Eduardo Maia Costa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. O Estado Constitucional de Direito hoje: O modelo e sua discrepância com a realidade. In: **Corrupción y Estado de Derecho**: El papel de la jurisdiccion. Madri: Trotta, 1996.

\_\_\_\_\_. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 6. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIORANELLI JÚNIOR, Adelmo. Direito e Linguagem. In: CAMPILONGO, C.F.; DI GIORGI, B; PIOVESAN, F. (Coord.). **Direito, Cidadania e Justiça**: Ensaio sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GAMA MALCHER, José Lisboa. **Manual de Processo Penal Brasileiro**: Teoria geral do processo de conhecimento. v. 1. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1980.

GARCIA, Basileu. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

GERBER, Daniel. **Prisão em Flagrante**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

GOMES, Amintas Vidal. **Novo Manual do Delegado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O princípio da presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). In: **Revista do Advogado**. AASP, n. 42, 05/1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: RT, 1999.

GONÇALVES RIOS, Daniela Cristina. **Prisão em Flagrante**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **A nova lei penal. A nova Lei processual penal. Comentários à Lei 6.416, de 24 de maio de 1977**. São Paulo: RT, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: RT, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. I Fórum nacional de debates sobre prisão especial e o sistema prisional adequado a ser adotado pelo Brasil – sinopse das palestras. In: **Boletim da Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de São Paulo**. ed. especial. São Paulo: maio de 2001.

ILLUMINARE, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bologna: Ed. Zarrichelli, 1979.

JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1964.

JESUS, Damásio E. de. **Novas questões criminais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 8. tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LANGARO, Alexandre. A nova peça de abertura do Inquérito Policial: auto de prisão em flagrante. Alguns comentários à Lei 11.113 de 13 de maio de 2005. In: **Boletim IBCCRIM**, ano 13, n. 156, Janeiro de 2006.



LOPES JÚNIOR, Aury. Breves considerações sobre os requisitos e o fundamento das prisões cautelares. In: **Boletim do instituto transdisciplinar de estudos criminais**. Porto Alegre: Agosto de 2000.

MALUF, Said. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 9. Campinas: Bookseller, 1997.

MARREY, Adriano. **Legítima defesa exclui possibilidade de prisão**. RT, 665/386.

MARTINS, Weber. **Liberdade Provisória**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

MEDEIROS, Osmar Fernando de. **Devido processo legal e indevido processo penal**. Curitiba: Juruá, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: RT, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1991.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: "Direitos Fundamentais"**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, t. IV, 1198. 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Maurício Zanóide de; et ali. **Leis especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à Constituição Federal: Princípios Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios gerais do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. v. 21. São Paulo: RT. 1999.

NOGUEIRA DA SILVA, Paulo Napoleão. **Constituição e Sociedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Direito Processual Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. **Questões Processuais Penais Controvertidas**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1977.

NORONHA, Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: RT, 2002.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Da prisão em flagrante. In: **Jornal do Advogado**. n. 69 – 10.04.1980.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2003.

RUY BARBOSA. **Oração aos moços**. Edição Popular anotada por Adriano da Gama Kury. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2003.

SANTANA, Selma Pereira de. O Princípio Constitucional da Inocência e a Imprensa. In: **Revista Consulex**. Ano II, n. 32. 1998.

SETEMBRO, Irineu Ronaldo. A polícia e sua função dentro do Direito. In: **Arquivos da Polícia Civil de São Paulo**. v.33, 2.º semestre. São Paulo: Academia de Polícia Coriolano Nogueira Cobra, 1979.

SILVA LEMOS, Jorge da. Polícia Judiciária: Garantia de Cidadania. In: **Revista da Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo**, ano 15, n. 19. São Paulo: ADPESP, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Melhoramentos. 1997.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988**: Aspectos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SOUZA, José Barcelos de. **A Defesa na Polícia e em Juízo**: Teoria e Prática de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1988.

STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: RT, 1999.

Tornaghi, Hélio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1990.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 16. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1994.

TUBENCHLAK, James. **Tribunal do Júri**: contradições e soluções. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

## ANEXO I

### INOVAÇÕES NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE (CPP – artigo 304)

#### 1 – Redação Anterior

#### **DECRETO-LEI N. 3689 - DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**

##### Código de Processo Penal

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e as testemunhas que o acompanharam e interrogará o acusado sobre a imputação que lhe é feita, lavrando-se auto, que será por todos assinado.

§ 1º Resultando das respostas fundada suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

§ 2º A falta de testemunhas da 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.

§ 3º 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 lhe tenham ouvido a leitura, na presença do acusado, do condutor e das testemunhas.

#### 2 – Lei nº 11.113 de 13/05/05, artigo 304

*Dá nova redação ao caput e ao § 3º do art. 304 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.*

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O caput e o § 3º do art. 304 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 304. 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.

§ 3º 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. (NR)

Art. 2º (vetado).

Brasília, 13 de maio de 2005; 184º da Independência e 117º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Marcio Thomaz Bastos

### 3 – Texto atualizado

Art. 304. 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.

§1º Resultando das respostas fundada suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

§ 2º A falta de testemunhas da 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.

§ 3º 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.

### 4 – Justificativa da alteração

EM Nº. 00059 – MJ

Brasília, 20 de março de 2002

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submeto à consideração de Vossa Excelência o anexo projeto de Lei que objetiva alterar a redação do § 3º e do caput do art. 304 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a fim de simplificar a lavratura do

auto de prisão em flagrante e possibilitar a liberação do condutor do preso e das testemunhas, logo após serem ouvidas pela autoridade policial.

2. Na sistemática atual, a autoridade policial somente procede à lavratura do auto e respectiva assinatura após a oitiva do condutor, das testemunhas que o acompanharem e do interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita.

3. Como se trata de um procedimento seqüenciado, a desvantagem dessa sistemática reside no fato de o condutor do preso – que em regra é um agente policial – passar horas no distrito policial esperando pela conclusão do procedimento de lavratura do auto, o qual, ressalte-se, pode não ocorrer caso a autoridade entenda não existir infração penal ou que não se constitui hipótese de flagrante, o mesmo acontecendo em relação às testemunhas.

4. Com as alterações propostas, o condutor e as testemunhas assinarão seus depoimentos logo após serem ouvidos pela autoridade policial, sendo despendida a presença destes aos atos ulteriores para a lavratura do auto.

5. Pretende-se, pois com este projeto de Lei, a simplificação da lavratura do auto em flagrante para permitir que os policiais de ronda, ao chegarem com o preso na delegacia, possam ser rapidamente liberados para desempenhar suas atividades. Quanto às testemunhas, também não há porque retê-las, vez que são dispensáveis aos atos que sucederem seus depoimentos.

6. É com esse objetivo, Senhor Presidente, que submeto à apreciação de Vossa Excelência o anexo projeto de Lei que, se aceito, imprimirá maior desburocratização à lavratura do auto de prisão em flagrante, permitindo que os policiais retomem ao desempenho de seu mister precípua, consubstanciado na segurança pública, e as testemunhas, às suas atividades habituais.

Respeitosamente,

Aloysio Nunes Ferreira, Ministro de Estado da Justiça.

#### 5 – Art. 2º (vetado)

MENSAGEM DE VETO Nº. 277, de 13 de maio de 2005.

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 74, de 2003 (nº 6.425/02 da Câmara dos Deputados), que “Dá nova redação ao caput e ao § 3º do art. 304 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal”.

Ouvido, o Ministério da Justiça manifestou-se pelo veto ao seguinte dispositivo:

Art. 2º. Está Lei entra em vigor na data de sua publicação.

#### Razão do veto

Dadas as implicações para a imediata implantação do procedimento a ser adotado, o interesse público recomenda veto ao seu art. 2º, atinente à imediata entrada em vigor da norma.

Em consequência do veto a esse dispositivo, a Lei vigorará quarenta e cinco dias após sua publicação oficial, segundo expressa o art. 1º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (a chamada Lei de Introdução ao Código Civil).

Essa, Senhor Presidente, a razão que me levou a vetar o dispositivo acima mencionado do projeto em causa, a qual ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

## **ANEXO II**

Órgão: 1ª Turma Criminal

Classe: RSE – Recurso em Sentido Estrito nº. 2002.01.1035707-3

Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Recorrido: CARLOS EDUARDO DOS SANTOS RIBEIRO

Relator: Desembargador LECIR MANOEL DA LUZ

### **EMENTA**

PROCESSUAL PENAL – PRISÃO EM FLAGRANTE – PEDIDO DE RELAXAMENTO - ALEGADA NULIDADE DO AUTO – NOVO PROCEDIMENTO ADOTADO PELA POLÍCIA CIVIL – CELERIDADE – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA DO ACUSADO – PRESENÇA DO ADVOGADO – MEDIDA SALUTAR – NULIDADE INEXISTENTE – RECURSO IMPROVIDO – UNÂNIME.

A boa doutrina ensina que o auto de prisão em flagrante é uma peça única, elaborada seqüencialmente, nos termos do artigo 304 do Código de Processo Penal, a ser produzido em texto corrido, redigido e ditado pela autoridade, contendo no preâmbulo o título, a data, o local, o nome e o cargo da autoridade que preside o ato, e que prossegue com a qualificação e declaração do condutor, das testemunhas e, por último, com o interrogatório do conduzido, o qual deverá ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a Leitura, na presença do acusado, do condutor e das testemunhas que depuseram.

A finalidade da mudança proposta pela autoridade policial visa “facilitar e desburocratizar o procedimento de autuação em flagrante delito, proporcionando aos atores intervenientes, bem como agilizar a intervenção de cada protagonista, sem interrupção e sem prejudicar a seqüência das oitivas”, sempre observando, porém, a formalidade imposta pela Lei processual, no que se refere à continuidade seqüenciada – condutor, testemunhas e acusado, com a aposição das assinaturas, em cada depoimento, da autoridade policial, do escrivão e do depoente.

Ademais, o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem firmando o entendimento de que, o importante é não ocorrer a omissão da formalidade essencial do ato, expurgando-se do ordenamento jurídico a formalidade que não seja essencial (RSTJ 31/156).

### **ACÓRDÃO**

Acordam os Senhores Desembargadores da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, LECIR MANOEL DA LUZ - Relator, P. A. ROSA DE FARIAS e EVERARDS MOTA E MATOS - Vogais, sob a presidência do Desembargador P. A. ROSA DE FARIAS, em CONHECER. IMPROVER. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.



Brasília - DF, 22 de agosto de 2002.

Desembargador P. A. ROSA DE FARIAS  
Presidente

Desembargador LECIR MANOEL DA LUZ  
Relator

Acórdão publicado no DJU, Seção III, nº 211, de 30/10/2002, p. 76.

### **RELATÓRIO**

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por intermédio da il. 9ª Procuradoria de Justiça Criminal, apresentou ao MM. Juízo da 8ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília, Pedido de Requerimento de Relaxamento de Prisão em Flagrante c/c Requerimento de Prisão Preventiva em favor de Carlos Eduardo dos Santos Ribeiro, o qual foi autuado em flagrante pela 1ª Delegacia de Polícia, como incurso nas sanções do artigo 155, §4º, incisos III e IV, do Código Penal e art. 68, Parágrafo Único da Lei de Contravenções Penais.

Alegou o Parquet que o auto de prisão em flagrante não foi assinado em sua totalidade pelas testemunhas, vítimas e autuado, o que contraria os dispositivos legais que regem a espécie, sendo tal procedimento decorrente de inovação adotada no Distrito Federal pelas Delegacias de Polícia, a fim de reduzir significativamente o tempo de espera para a lavratura do flagrante.

Argumentou, porém, que a iniciativa não agiliza o procedimento ora em questão, tendo em vista que o tempo de espera para a lavratura do flagrante decorre, usualmente, da falta de disponibilidade de delegados no momento da chegada da ocorrência à delegacia policial, o que torna demorado o início dos trabalhos.

Salientou, outrossim, que toda a celeridade buscada nos atos policiais não pode ser priorizada em prejuízo do mandamento legal, pelo qual todos os flagrantes, até então realizados no Brasil, contêm em todas as folhas as assinaturas de todas as pessoas envolvidas, fato que garante a unidade do auto e o conhecimento de todos os envolvidos do seu conteúdo.

Asseverou que, em se tratando de ato restritivo dos direitos do cidadão, reveste-se de formalismo que não pode ser desconsiderado, sob pena de nulidade e de constrangimento ilegal, razão pela qual o Ministério Público, em outra oportunidade, expendeu Recomendação ao Chefe de Polícia do Distrito Federal, a fim de que fossem adotadas providências para obediência irrestrita do texto legal, argumentando, em síntese, que o rito procedimental estabelecido pelos artigos 301 – 310 do Código de Processo Penal é rígido, não podendo ser alterado discricionariamente pela Administração Pública, considerando que à União compete, exclusivamente, legislar sobre direito processual, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.

Por outro lado, alegou que, relaxada a prisão do atuado, necessária se torna a decretação de sua custódia cautelar, pela prisão preventiva, haja vista restar devidamente comprovada a materialidade do delito, bem como a existência de indícios suficientes que indicam como um dos autores do fato o atuado Carlos Eduardo.

Juntou dos documentos de fls. 13/25.

O MM. Juiz de Direito Substituto da 8ª Vara Criminal de Brasília, em decisão de fl. 26, indeferiu os pedidos, sob o fundamento de ser mera irregularidade o fato de não constarem em todas as folhas do auto de prisão as assinaturas de todos os que dele participaram, o que não enseja a nulidade da medida cautelar.

Irresignado, recorre o Ministério Público (fls. 27/39), repetindo a tese exposta na inicial, reforçando o argumento de que o auto de prisão em flagrante não foi assinado em sua inteireza pelas testemunhas, vítima, condutor e atuado, mas apenas pela autoridade policial responsável pelo flagrante e pelo escrivão, assinando os demais apenas os seus depoimentos, individualmente.

Colaciona doutrina e jurisprudência em favor de sua tese, a qual é reforçada pelo parecer emitido pela Sra. Chefe do Serviço de Correição da Corregedoria-Geral de Polícia, Delegada Ivone Casimiro S. Rosseto, transcrevendo-o.

Requer, ao final, a reforma da decisão ora atacada, para relaxar a prisão em flagrante, decretando-se a prisão preventiva do indiciado.

O MM. Juiz a quo manteve a decisão recorrida, determinando a remessa dos autos a este eg. Tribunal.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se às fls. 44/48, pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

## **VOTOS**

O Senhor Desembargador LECIR MANOEL DA LUZ - Relator

Cabível e tempestivo, conheço do recurso.

Insurge-se o il. Representante do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Substituto da 8ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília, que indeferiu o requerimento de relaxamento de prisão em flagrante, fundado na alegação de nulidade do auto, bem como o pedido de decretação de prisão preventiva do indiciado Carlos Eduardo dos Santos Ribeiro.

Alegou o Parquet que o auto de prisão em flagrante não foi assinado em sua totalidade pelas testemunhas, vítimas e atuado, o que contraria os dispositivos

legais que regem a espécie, sendo tal procedimento decorrente de inovação adotada no Distrito Federal pelas Delegacias de Polícia, a fim de reduzir significativamente o tempo de espera para a lavratura do flagrante.

Argumentou, porém, que a iniciativa não agiliza o procedimento ora em questão, tendo em vista que o tempo de espera para a lavratura do flagrante decorre, usualmente, da falta de disponibilidade de delegados no momento da chegada da ocorrência à delegacia policial, o que torna demorado o início dos trabalhos.

Salientou, outrossim, que toda a celeridade buscada nos atos policiais não pode ser priorizada em prejuízo do mandamento legal, pelo qual todos os flagrantes, até então realizados no Brasil, contêm em todas as folhas as assinaturas de todas as pessoas envolvidas, fato que garante a unidade do auto e o conhecimento de todos os envolvidos do seu conteúdo.

Asseverou que, em se tratando de ato restritivo dos direitos do cidadão, reveste-se de formalismo que não pode ser desconsiderado, sob pena de nulidade e de constrangimento ilegal, razão pela qual o Ministério Público, em outra oportunidade, expendeu Recomendação ao Chefe de Polícia do Distrito Federal, a fim de que fossem adotadas providências para obediência irrestrita do texto legal, argumentando, em síntese, que o rito procedimental estabelecido pelos artigos 301 – 310 do Código de Processo Penal é rígido, não podendo ser alterado discricionariamente pela Administração Pública, considerando que à União compete, exclusivamente, legislar sobre direito processual, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.

Acrescenta, ainda, que a Sra. Chefe do Serviço de Correição da Corregedoria-Geral de Polícia, Delegada Ivone Casimiro S. Rosseto, opinou de forma desfavorável à referida prática, transcrevendo o parecer.

Por outro lado, alegou que, relaxada a prisão do autuado, necessária se torna a decretação de sua custódia cautelar, pela prisão preventiva, haja vista restar devidamente comprovada a materialidade do delito, bem como a existência de indícios suficientes que indicam como um dos autores do fato o autuado Carlos Eduardo.

Requer, ao final, a reforma da decisão ora atacada, para relaxar a prisão em flagrante, decretando-se a prisão preventiva do indiciado.

Eis a suma dos fatos.

A questão cinge-se à análise da legalidade do novo procedimento adotado pelas Delegacias de Polícia Civil do Distrito Federal para elaboração do auto de prisão em flagrante, em especial, a peça de fls. 15/20, pela qual Carlos Eduardo dos Santos Ribeiro foi preso, como acusado da prática de conduta prevista no artigo 155, §4º, incisos III e IV, do Código Penal e artigo 68, Parágrafo único, da Lei de Contravenções Penais.

Conforme se infere do referido documento, o auto foi elaborado no dia 10 de maio do corrente ano, da seguinte maneira.

Primeiramente, foram identificados o Delegado de Polícia, a escrivã, o curador do conduzido e o seu condutor, o qual passou a narrar os fatos ocorridos, assinando, ao final, a autoridade policial, o condutor e a escrivã.

Em seguida, foi ouvida a primeira testemunha e finda a oitiva, colheu-se a assinatura da mesma, do delegado e da escrivã.

Depois, colheu-se o depoimento da segunda testemunha, procedendo-se à prática anterior, ou seja, colheu-se a assinatura da autoridade, da escrivã e da testemunha. Na seqüência, ouviu-se o conduzido, o qual recusou-se a apor sua assinatura no auto, colhendo-se a de seu curador, do delegado e da escrivã.

Encerrou-se o auto, que “após lido e achado conforme”, foi assinado pela autoridade policial, por duas testemunhas de Leitura e pela escrivã.

Verifica-se, pois, que o auto de prisão em flagrante foi elaborado em partes – depoimento do condutor, da primeira testemunha, da segunda testemunha e do conduzido, encontrando-se as assinaturas em suas respectivas frações.

Com efeito, a boa doutrina ensina que o auto de prisão em flagrante é uma peça única, elaborada seqüencialmente, nos termos do artigo 304 do Código de Processo Penal, a ser produzido em texto corrido, redigido e ditado pela autoridade, contendo no preâmbulo o título, a data, o local, o nome e o cargo da autoridade que preside o ato, e que prossegue com a qualificação e declaração do condutor, das testemunhas e, por último, com o interrogatório do conduzido, o qual deverá ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a Leitura, na presença do acusado, do condutor e das testemunhas que depuseram.

In casu, não vislumbro a apontada ofensa à parte final do caput do artigo mencionado, que registra:

“Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e as testemunhas que o acompanharam e interrogará o acusado sobre a imputação que lhe é feita, lavrando-se o auto, que será por todos assinado.”

Pelo contrário.

Tenho que se mostra salutar a nova modalidade de elaboração do auto, que recebeu, inclusive, o aval da d. Corregedoria de Justiça do Distrito Federal, nos autos do Processo Administrativo nº 13.137/2000.

Como bem restou asseverado naqueles autos, a finalidade da mudança “é facilitar e desburocratizar o procedimento de autuação em flagrante delito, proporcionando aos atores intervenientes, bem como agilizar a intervenção de cada protagonista, sem interrupção e sem prejudicar a seqüência das oitivas”, sempre observando, porém, a formalidade imposta pela Lei processual, no que se refere à continuidade seqüenciada – condutor, testemunhas e acusado, com a aposição das assinaturas, em cada depoimento, da autoridade policial, do escrivão e do depoente.

Ademais, o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem firmando o entendimento de que, o importante, é não ocorrer a omissão da formalidade essencial do ato, expurgando-se do ordenamento jurídico a formalidade que não seja essencial (RSTJ 31/156).

Releva registrar que a Colenda Corte Superior, encarregada da interpretação da legislação infraconstitucional, ainda nos idos de 1991, sequer considerou nulo o auto que omitiu a assinatura das duas testemunhas diante da condição de analfabeto do conduzido, valorando a falha como mera irregularidade.

Confira-se:

“PRISÃO EM FLAGRANTE DE PESSOA ANALFABETA. FORMALIDADE. O AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DEVE SER ASSINADO PELA AUTORIDADE COMPETENTE, O ESCRIVÃO, O CONDUTOR, O ACUSADO E AS TESTEMUNHAS. MAS, QUANDO DE TRATA DE ANALFABETO, SE TOMADA A IMPRESSÃO DIGITAL, OUTRA PESSOA ASSINA 'A ROGO', A FALTA DE ASSINATURAS DE DUAS OUTRAS TESTEMUNHAS NÃO O CONTAMINA DE NULIDADE, POSTO QUE, POR ESSE MODO, NÃO OCORREU OMISSÃO DE FORMALIDADE ESSENCIAL DO ATO. JA E TEMPO DE SE PROGREDIR NESTE PAÍS FAZENDO COM QUE A FORMALIDADE NÃO SEJA MAIS IMPORTANTE DO QUE A ESSENCIA DO ATO.” (RHC 1454/ES, rel. Min. Jesus Costa Lima, 5ª Turma, dec. unânime, DJ de 21/10/1991, p. 14751

Por outro lado, não se pode olvidar que o artigo 304 do Código de Processo Penal não determina a forma extrínseca do auto. Cuida, tão somente, de descrever o procedimento dos atos a serem praticados após efetuada a prisão em flagrante.

Ou seja, a lavratura do auto tal como vinha sendo feita pelas autoridades policiais é decorrente, certamente, de uma construção administrativa, que acabou recebendo o aval da comunidade jurídica.

Ocorre, todavia, que o Direito não é uma ciência estanque. Pelo contrário, é vivo e dinâmico, impondo ao profissional da área uma constante renovação e atualização. Mudam-se os costumes, mudam-se as Leis.

Finalmente, não vislumbro nulidade alguma a ser sanada, nem tampouco o constrangimento ilegal apontado.

Frente às razões supra, nego provimento ao recurso.

É como voto.

O Senhor Desembargador P. A. ROSA DE FARIAS – Vogal

A matéria que está sob julgamento é diversa da que julgamos anteriormente em relação ao habeas corpus.

Aproveito a oportunidade da presença, em plenário, da ilustre autoridade policial, para expor as preocupações deste Magistrado.

Fui voto vencido no habeas corpus, com os seguintes argumentos, eminentes Pares e Senhor Delegado: o instituto da ampla defesa defere, ao advogado, e isso está previsto no seu estatuto, estar presente a todos os atos que sejam praticados em quaisquer repartições públicas, desde que esses atos tenham proximidade com o exercício de seu mister que é atender àquele que está sendo acusado.

A formatação, que foi muito bem elaborada, por sinal, pela autoridade policial, não consigna espaço para que o advogado assista ao interrogatório que é feito ao condutor e às testemunhas presenciais, de forma que se induz que o advogado apenas está presente ao interrogatório do seu constituinte.

Devo dizer à ilustre autoridade presente que isso levou-me ao entendimento de que a autoridade policial devesse ser alertada desse inconveniente, porque uma pequena mazela na condução de um laudo pode levar a que coloquemos – não foi o caso –, um criminoso nas ruas.

No caso presente, apesar da indignação do Ministério Público, não visualizei a existência de qualquer violação ao princípio da ampla defesa, pelo informe do Senhor Desembargador Relator, de que não havia advogado naquele momento presente à lavratura do auto. Entendo, assim, que não há violação de qualquer direito da parte, uma vez que o advogado não participara daquele ato.

Assim sendo, acompanho Sua Excelência, mas faço a ressalva a Vossa Senhoria para que, quem sabe, faça inserir, naquele projeto, um espaço para que os advogados presentes possam participar e, dar até mais transparência e respeitabilidade àquele ato muito importante para nós Juízes, que é o ato em que se coloca a mão no flagrante e vê pulsar o crime, porque lavrado minutos após o seu cometimento.

O Senhor Desembargador EVERARDS MOTA E MATOS – Vogal

Senhor Presidente, acompanho, na conclusão, a egrégia Turma.

Permita-me acompanhar o voto do eminente Desembargador Lecir Manoel da Luz e, quando houver algum pleito relativo a essa matéria, exporei minhas razões, afastando pretensas formalidades, pois o flagrante é uma situação fática que não pode ser relegada diante de formalidades desnecessárias a sua validade.

## **DECISÃO**

Conhecido. Improvido. Unânime.

## ANEXO III

### COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

#### **PROJETO DE LEI Nº 6.667, DE 2006** (Apensos os PLs nº 7.013/2006 e 908/2007)

Inclui o artigo 22 - A, que dispõe sobre o princípio da insignificância, no Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Autor: Deputado Carlos Souza

Relator: Deputado Ronaldo Cunha Lima

### VOTO EM SEPARADO DO DEPUTADO REGIS DE OLIVEIRA

#### I – Relatório

O Projeto de Lei nº 6.667/2006, de autoria do ilustre Deputado Carlos Souza, acrescenta o art. 22 – A, ao Código Penal, com o objetivo de incluir o princípio da insignificância neste Estatuto, nos seguintes termos:

#### Exclusão de Tipicidade

*“Art. 22 – A - Salvo os casos de reincidência, ameaça ou coação, não há crime quando o agente pratica fato cuja lesividade é insignificante.” (NR)*

O presente Projeto, conforme se infere da justificativa apresentada por seu autor, tem como finalidade afastar a tipicidade de comportamentos causadores de danos de pouca ou nenhuma importância.

À proposição inicial foram apensados os PLs nº 7.013/2006 e 908/2007.

O PL nº 7.013/2006 acrescenta o artigo 310 – A - ao Decreto – Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, para proibir a prisão em flagrante quando o delegado de polícia verificar que o agente praticou fato penalmente insignificante ou nas condições do art. 23, incisos I, II, e III, do Código Penal, denominadas excludentes de antijuridicidade.

O PL nº. 908/2007 acrescenta o art. 23 - A - ao Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, a fim de considerar como atípica a conduta incapaz de ofender bem jurídico tutelado pela Lei penal, ou seja, que se refere, também, ao princípio da insignificância.

O insigne Deputado Relator Ronaldo Cunha Lima votou pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa, e, no mérito, pela aprovação dos Projetos de Lei nº 6.667, de 2006 e 7.013, de 2006, nos termos do substitutivo apresentado. É o relatório.

## II – Voto

Primeiramente, é necessário louvar a iniciativa dos autores dos Projetos de Lei nºs 6.667/2006 e 908/2007, que pretendem, com a inclusão do princípio da insignificância no Código Penal, afastar a tipicidade de condutas que causam danos de pouca ou nenhuma importância, impedindo a incidência de sanção penal sobre tais comportamentos.

No Brasil, país recordista em concentração de renda e injustiça social, tal medida atenuará o rigor da legislação penal, principalmente, nos casos de furto famélico. Ressalte-se que estas duas propostas estão alicerçadas em critério de equidade e em consonância com a realidade de nossa sociedade.

É importante ressaltar que os dois Projetos foram bem elaborados, mas, s.m.j., entendo que o PL nº 908/2007 deve prevalecer sobre o PL nº 6.667/2006, pois a redação da primeira proposta, conforme se observa do texto abaixo transcrito, além de inserir o princípio da insignificância, estabelece a definição de conduta de lesividade mínima, circunstância que auxilia os operadores do direito a adequar o comportamento à norma legal.

Redação do artigo 23 – A, sugerida pelo PL nº 908/2007:

*Atipicidade em razão da insignificância da conduta*  
“Art. 23 - A - É atípica a conduta incapaz de ofender bem jurídico tutelado pela Lei penal.  
Parágrafo único. A fim de se aferir a adequação típica, observar-se-á, dentre outros aspectos:

- a) o grau mínimo de ofensividade e a expressividade da lesão jurídica provocada;
- b) a periculosidade social da conduta e seu grau de reprovabilidade;
- c) as circunstâncias do fato e a personalidade do agente;
- d) a integridade da ordem social e o ambiente social onde ocorreu a conduta;
- e) o valor do objeto ou produto do crime, a sua importância, e as condições econômicas da vítima e do ofensor;
- f) a natureza e importância do bem jurídico protegido, bem como a quantidade de bens jurídicos ofendidos;



- g) a habitualidade delitiva e o incentivo à prática de outros crimes;*  
*h) a reincidência e a existência de antecedentes criminais”.*

Portanto, voto pela constitucionalidade, juridicidade e adequada técnica legislativa dos PLs nº. 6.667/2006 e 908/2007 e, no mérito, pela rejeição do PL nº 6.667/2006 e pela aprovação do PL 908/2007.

Por seu turno, o PL nº 7.013/2006, de autoria do nobre Deputado Fernando Coruja, que acrescenta o artigo 310 - A, ao Código de Processo Penal, permitindo ao delegado de polícia deixar de autuar em flagrante quando o fato for penalmente insignificante ou quando cometido nas condições do art. 23, incisos I – em estado de necessidade, II – em legítima defesa e III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, do Código Penal – as chamadas causas de exclusão de ilicitude, conforme se observa do texto abaixo transcrito, é totalmente procedente e merece prosperar.

Redação do artigo 310 – A, sugerida pelo PL nº 7.013/2006:

*“Art. 310- A - A autoridade policial não imporá prisão em flagrante, nem exigirá fiança:  
 I - Quando verificar que o agente praticou o fato nas condições do art. 23, I, II e III, do Código Penal.  
 II - Se, ao considerar aspectos objetivos, referentes à infração praticada, verificar a mínima ofensividade da conduta do agente; a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica causada.  
 Parágrafo único. Em todos os casos, a liberdade provisória somente será concedida mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.” (NR)*

De fato, tal Projeto preenche uma lacuna legislativa, que tem dificultado o exercício do trabalho de Polícia Judiciária e causado inúmeras situações de extrema injustiça.

Somente para ilustrar, atualmente, se uma pessoa, que matou, em legítima defesa, o criminoso que tentava estuprar sua filha, for apresentada no Plantão Policial, o delegado de polícia é obrigado a autuá-la em flagrante.

A autoridade policial é obrigada a tomar tal medida, porque a atual redação do artigo 310, do Código de Processo Penal, permite somente ao juiz apreciar as chamadas excludentes de antijuridicidade - estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito, descritas no art. 23, do Código Penal.

Entretanto, muitas vezes, a situação acima descrita, ocorre na sexta-feira, à noite, e, por falta de plantão do Poder Judiciário, a pessoa permanece injustamente presa o final de semana inteiro.

Situação idêntica ocorre com as pessoas humildes surpreendidas subtraindo pequena quantidade de alimentos no interior de Supermercado, que, por falta de dispositivo específico sobre o princípio da insignificância, excluindo a tipicidade do furto famélico, são autuadas em flagrante e permanecem presas na companhia de criminosos de alta periculosidade, até que o Poder Judiciário aprecie o caso.

As duas situações acima descritas são ilegais e injustas, pois, sob o aspecto formal, essas pessoas não cometeram crime.

De fato, os artigos 301 e 302, do Código de Processo Penal, determinam à prisão em flagrante da pessoa que cometeu um crime.

O conceituado jurista Damásio E. Jesus<sup>1</sup> define crime, sob o aspecto formal, como sendo “um fato típico e antijurídico. A culpabilidade constitui pressuposto da pena”.

O Fato típico é o comportamento humano, que provoca um resultado (em regra) e é previsto na Lei penal como infração.

Contudo, não basta que o fato seja típico, pois é preciso que seja contrário ao direito, isto é, antijurídico. Isto porque, embora o fato seja típico, algumas vezes é considerado lícito, quando praticado, por exemplo, em legítima defesa.

Assim, o pai que surpreende e mata o criminoso estuprando sua filha ou a pessoa que reage ao crime de roubo e mata o assaltante, não cometem crime, sob o aspecto formal, porque tais condutas estão acobertadas por uma excludente de ilicitude.

Da mesma forma, a pessoa que subtrai um pacote de bolacha do supermercado, também, não comete crime, sob o aspecto formal, porque seu comportamento é atípico, ante a irrelevância da lesão ao bem jurídico tutelado.

Ora, se os artigos 301 e 302, do Código de Processo Penal, determinam à prisão em flagrante da pessoa que cometeu um crime, conseqüentemente as prisões em flagrante realizadas nas situações acima descritas são ilegais, pois tais condutas não caracterizam infração penal, por falta dos seus principais elementos, quais sejam: fato típico e antijurídico.

Contudo, estas pessoas, apesar de não terem cometido delito, sob o aspecto formal, continuam sendo injustamente autuadas em flagrante, porquanto a legislação vigente não permite que a autoridade policial verifique, por ocasião da apresentação da ocorrência, a existência de alguma causa de exclusão da antijuridicidade ou da tipicidade da conduta.

Neste sentido, procedente a ponderação feita pelo nobre Deputado autor do Projeto:

---

<sup>1</sup> JESUS, Damásio E. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva 1995, pág. 133.

*“Deve-se destacar a importância da autoridade policial nestes casos. No flagrante, ela é a primeira autoridade pública que toma conhecimento da infração e tem contato com a parte, podendo, por conseguinte, diante dos elementos postos, evitar uma prisão desnecessária”.*

Por último, é relevante salientar que a prerrogativa do delegado de polícia verificar a existência de alguma causa de exclusão da antijuridicidade ou da tipicidade da conduta, objeto da presente proposta, não causará prejuízo à Justiça Criminal, na medida em que a legalidade de tal ato será, posteriormente, analisada pelo Poder Judiciário e Ministério Público, que poderão adotar providências, na esfera penal e administrativa, quando houver qualquer irregularidade.

À luz de todo o exposto, voto pela constitucionalidade, juridicidade e adequada técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do PL nº 7.013/2006 e pela rejeição do substitutivo apresentado pelo nobre Deputado Relator Ronaldo Cunha Lima, que descaracteriza totalmente a essência desta Proposta.

Sala da Comissão, em 22 de maio de 2007.  
Deputado Regis de Oliveira