

A PRISÃO EM FLAGRANTE: NOVOS ENFOQUES TEÓRICOS

THE ARREST IN *FLAGRANTE DELICTO*: NEW THEORETICAL APPROACHES

Afranio Silva Jardim¹

RESUMO

Este breve trabalho tem como escopo principal estudar a prisão em flagrante e a liberdade provisória no atual Código de Processo Penal (CPP), após as modificações de 2011. Percebemos e apresentamos a nova natureza jurídica da prisão em flagrante e fizemos a distinção entre a prisão como ato jurídico e a sua documentação, por meio do respectivo auto. Por outro lado, procuramos demonstrar que a liberdade provisória, na verdade, não mais pode ser revogada, restabelecendo a prisão em flagrante. Assim, tal liberdade não seria provisória, confundido-se com liberdade plena. Entretanto, o legislador deixou algumas hipóteses em que isso pode ocorrer. De um modo geral, criticamos a falta de sistema do atual código, levando o intérprete e aplicador a situações de verdadeira perplexidade.

Palavras-chave: Prisão em Flagrante. Natureza Jurídica da Prisão. Documentação da Prisão. Liberdade Provisória. Processo Penal.

ABSTRACT

This work studies the detention in *flagrante delicto* and provisional freedom in the current code of procedure criminal (CPP) system, after the changes of 2011. We carry out and present new legal nature of arrests in flagrant and made the distinction between the legal act of detention and imprisonment as their documentation. On the other hand, we want to demonstrate that the provisional release, in fact, already not can be repealed, restoring the arrest in *flagrante delicto*. Therefore, such freedom would not be provisional, mingles with full freedom. However, the legislature has left some scenarios in which this can happen. In general terms, criticized the lack of a system in the current code, leading to a real surprise.

Keywords: Arrest in *Flagrante Delicto*. Legal Nature of the Prison. Documentation of the Prison. Provisional Release. Criminal Proceedings.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Livre-docente em Direito Processual pela UERJ. Professor Associado de Direito Processual Penal da UERJ. Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

O OBJETO DE NOSSA REFLEXÃO

Importa salientar que este breve trabalho não tem a pretensão de retratar o sistema de prisão e liberdade provisórias, segundo disciplinado em nosso atual Código de Processo Penal (CPP), ao contrário, denunciemos a falta de um verdadeiro sistema, pois as normas jurídicas ali existentes não se harmonizam, nem permitem extrair uma lógica interna inerente à ideia de sistema. Nada obstante, talvez possamos trazer algumas contribuições para futuros debates, tudo em termos doutrinários. Queremos acentuar que essa nossa reflexão não é definitiva, até porque em Direito nada pode ser definitivo.

Sempre nos causou espécie a afirmação de grande parte da doutrina mais moderna no sentido de que a prisão em flagrante teria a natureza jurídica de medida precauteladora. Ora, tal expressão só serve para afirmar que a prisão em flagrante, sendo “pré”, não é cautelar. Vale dizer, não explicita o que ela é efetivamente...

A assertiva de que a prisão em flagrante teria a natureza de medida de precautela nos faz lembrar da antiga “teoria” que dizia ter o processo a natureza de um “quase contrato”. Na verdade, aqui também não temos uma teoria, mas sim a negação de que o processo seja um contrato, sem se dizer a que categoria jurídica ele pertence.

Dessa forma, passei a meditar sobre a prisão em flagrante, procurando depurar o objeto de nossa reflexão. Cheguei à conclusão de que o erro metodológico talvez esteja em misturar a própria prisão com a sua documentação (auto de prisão em flagrante) e também em misturá-la com os seus eventuais efeitos no processo, que dependem de futura decisão do juiz, tendo em vista a regra do art. 310 do CPP. Nós mesmos incidimos nessa confusão em textos anteriores.

Por tudo isso, o primeiro passo é conceituar o “instituto” da prisão em flagrante, consoante às regras constitucionais e processuais pertinentes. Para os fins deste trabalho, a prisão em flagrante é a supressão da liberdade individual de uma pessoa determinada, objetivando sua clausura ou outra medida de isolamento, nas hipóteses previstas no art. 302 do CPP.

Questão interessante é saber qual o limite do legislador ordinário para “estender” a ideia de flagrante prevista na Constituição Federal – CF (art. 5º, inciso LXI). Percebe-se, da redação dos incisos do art. 302 do Código, que o legislador mais se preocupa com a existência de crime e de prova da sua autoria (ainda que indiciária) do que com o relevante dado temporário. Vale dizer, certo que ocorreu uma infração penal e a sua autoria pode decorrer das circunstâncias em que se deu a prisão.

Agora, o elemento tempo vem por meio de expressões não muito definidas, como “acaba de cometê-la”, “é perseguido, logo após...” ou “é encontrado, logo depois...”.

Trata-se de flagrante ficto e o que é presumida é a autoria do delito, consoante distinção do prof. Hélio Tornaghi. Julgo que o nosso legislador ordinário ficou perto do limite do razoável. O princípio da razoabilidade é que deve servir de parâmetro na espécie.

Não resta dúvida de que, respeitado o limite mencionado, nem sempre de fácil mensuração, tudo o mais decorre de relevante opção legislativa, tendo em vista uma determinada política criminal que deve se ajustar à ideia de Estado de Direito e de Estado Democrático. Queremos sustentar que a prisão em flagrante, nesse primeiro momento, tem alguns traços de cautelaridade, embora não seja uma medida processual e muito menos uma medida judicial. Nas hipóteses do art. 302 do CPP, temos uma razoável probabilidade de futura condenação e preocupação com a preservação dos elementos probatórios.

Nessa perspectiva, a prisão em flagrante é simplesmente um ato jurídico, vale dizer, uma conduta humana que produz vários efeitos jurídicos, sendo que tais efeitos não decorrem da vontade do agente, mas estão inarredavelmente previstos na lei. Por isso, não é um negócio jurídico.

Vale a pena reiterar: para extrairmos a natureza jurídica da prisão em flagrante temos que refletir sobre a prisão e não sobre a sua documentação, que é ato administrativo posterior. Ademais, temos que distinguir os efeitos jurídicos da própria prisão, inclusive no plano processual, com os efeitos jurídicos que decorrem da sua sempre necessária documentação, através do respectivo auto de prisão em flagrante, que inicia o inquérito policial.

Nesse sentido, sempre sustentamos poder existir prisão em flagrante mesmo nas chamadas infrações de menor potencial ofensivo. Tanto isso é verdade que a lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, prevê a sua documentação se o preso (autor do fato) se negar a comparecer em juízo na data designada. Nessa hipótese pouco provável, o parágrafo único do art. 69 dessa lei especial manda ser lavrado o respectivo auto de prisão em flagrante.

Todo o nosso esforço aqui é no sentido de separar a supressão da liberdade de locomoção da lavratura do auto de prisão em flagrante e dos seus efeitos jurídicos futuros. É preciso distinguir a prisão, ato perfeito e acabado (legal ou ilegal), que quase sempre ocorre fora das dependências policiais, da sua sempre necessária documentação, bem como distinguir ambos de eventuais modificações de seus efeitos, seja pela autoridade policial, concedendo liberdade provisória mediante fiança, seja em razão de posteriores decisões judiciais previstas no sistema do CPP, conforme assinalado acima.

Note-se que a regra do parágrafo primeiro do art. 304 do mesmo diploma legal permite à autoridade policial relaxar a prisão em flagrante, não recolhendo o conduzido à clausura. Há quem negue tal possibilidade, sustentando que, se ilegal a prisão, o delegado não deve determinar a lavratura do auto de prisão em flagrante, mas apenas liberar o preso.

Ora, nesse caso, houve também relaxamento da prisão, pois alguém que é levado preso à presença da autoridade é liberado por esta. Ademais, tal relaxamento se daria por ato oral e nada ficaria documentado para posterior fiscalização do Ministério Público e decisões judiciais, seja em relação à própria legalidade da prisão, seja em relação a eventual delito praticado pelo conduzido. Melhor é permitir que o delegado relaxe a prisão ilegal mediante decisão escrita e motivada, após colher a prova de como ela ocorreu e colher também a prova de eventual crime cometido pelo preso, tudo através da lavratura do auto de prisão em flagrante, que deve ser lavrado sempre.

De há muito sustentamos o que anteriormente foi resumido, ao comentar uma inusitada ocorrência policial noticiada por jornais no Estado do Rio de Janeiro. A seguir, transcrevemos o que sustentamos há décadas.

1 A DOCUMENTAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Inúmeros conflitos entre a Polícia Judiciária e a Polícia Militar chegam ao conhecimento público através da imprensa. A sua maioria tem como objeto a prisão em flagrante delito. Policiais militares conduzem o preso à delegacia e a autoridade policial se nega a mandar lavar o auto de prisão, por entender não ter sido ela efetivada em flagrante.

Tal procedimento ocorreu, tempos atrás, na 12ª Delegacia Policial do Rio de Janeiro, sendo o fato noticiado pelo Jornal do Brasil. Na espécie, determinada autoridade policial negou-se a lavar o auto de prisão em flagrante de uma pessoa presa por militares. Prevaleceu o entendimento do delegado, fazendo-se tão somente o registro da ocorrência, após consulta a assessores da Secretaria de Segurança Pública.

Na oportunidade, declarou a autoridade policial: “Somente o delegado tem competência para apreciar o fato policial e decidir o caso. À PM cabe apenas prender os infratores e conduzir o caso à autoridade competente”.

É de relevo notar que a prisão já houve. Ela se consumou fora das dependências policiais e deve ser consignada em peça própria. O auto de prisão apenas vem documentá-la, fazer dela memória no papel.

Assim, *in casu*, não importa se prisão foi ou não efetivada nas condições estabelecidas no art. 312 do CPP. De uma forma ou de outra, deve ser ela autuada até mesmo para que a ilegalidade da prisão fique provada e, ao ser o auto examinado pelo Ministério Público, possa ser devidamente processado aquele que prendeu com abuso de autoridade.

Fazer um simples registro, além de prejudicar a celeridade da apuração do fato, não se ouvindo o condutor, testemunhas e conduzido, acarreta grande risco para a própria

autoridade policial, já que ela nada documenta e não poderá futuramente dizer quando e como se efetuou a prisão, para onde foi levado o conduzido logo após a sua captura e qual o tratamento que lhe foi dispensado.

A mera liberalização do conduzido preso é uma temeridade e não encontra apoio na lei processual. A atividade pública é pautada pelo princípio da escritura. Não se pode relaxar uma prisão sem antes documentá-la e senão através de decisão escrita e fundamentada.

O §1º do art. 304 do citado CPP, interpretado a *contrario sensu*, nos dá a correta solução para casos como esse. Disciplinando o procedimento de lavratura do auto de prisão, consignou o legislador: “Resultando das respostas fundada suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão [...]”. Dessa regra se conclui que o juízo sobre a legalidade da prisão já efetivada há de ser feito pela autoridade policial, após a lavratura do correspondente auto. Nada obstante, não se legitima a arbitrariedade. Caso a prisão não se tenha dado em flagrante delito, na forma do art. 302, o delegado de polícia, em decisão fundamentada, a relaxa (“não mandará recolher o conduzido à prisão”) e remete o auto ao Ministério Público, por meio do Poder Judiciário. O Promotor de Justiça, dessa forma, poderá formar sua opinião sobre o delito em face da conduta praticada pelo conduzido e da prisão irregular.

Esse é o entendimento do renomado Professor Hélio Tornaghi², *in verbis*:

Lavratura de auto de flagrante: tudo quanto houver sido narrado à autoridade policial deverá constar do auto de flagrante, que terá de ser lavrado sempre, ainda que a autoridade se convença de que a prisão foi arbitrária. Nesse último caso, como será explicado adiante, a autoridade não recolherá preso o conduzido, (art. 304, § 1º); mas a lavratura do auto é indeclinável desde que alguém tenha sido apresentado como preso em flagrante. O auto será instrumento hábil para documentar fatos que ocorram (a prisão de alguém, sua condução até a presença da autoridade, sua apresentação como autor do crime, etc.) e que tem relevância jurídica. Servirá ele, então, para que se possa aquilatar a responsabilidade de quem efetuou a prisão (art. 350 do Código Penal – CP) e o acerto ou desacerto da autoridade policial.³

Destarte, pode-se constatar que divergências como essas, entre as Polícias Civil e Militar, decorrem mais do desconhecimento do sistema processual do que do momento psicológico adverso que estão vivendo as duas necessárias instituições. A correta aplicação da lei evita traumas desnecessários e assegura a liberdade individual, frente à atividade persecutória do Estado.

² TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978, 3. ed., v. 3, p. 443-445.

³ Id. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 2, p. 48.

2 A PRISÃO EM FLAGRANTE E A MODIFICAÇÃO DE SEUS EFEITOS NA NOVA SISTEMÁTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Antes da reforma de 2011, o antigo parágrafo único do art. 310 do CPP dispunha que a prisão efetuada em flagrante delito só seria mantida se o juiz verificasse a presença dos requisitos que autorizaria a prisão preventiva, caso estivesse solto o indiciado ou réu. Assim, a manutenção judicial da prisão pressupunha os requisitos das medidas cautelares pessoais. Por esse motivo sustentamos a natureza cautelar de tal prisão.

Entretanto, a atual redação do referido artigo já não mais dispõe dessa maneira. Em seu *caput*, elenca as medidas que o juiz deve efetivar diante do auto de prisão em flagrante (relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva e conceder liberdade provisória, com ou sem fiança). A conversão da prisão em flagrante em preventiva somente deve ocorrer se as outras medidas cautelares não se mostrarem adequadas e suficientes.

Assim, não mais se exigindo a presença dos requisitos da prisão preventiva para manutenção da prisão em flagrante, não mais sustentamos que a sua manutenção tem natureza cautelar. Aliás, salvo nas hipóteses que vamos apontar a seguir, nas quais a prisão em flagrante pode ressurgir, ainda que por pouco tempo, ela será desconstituída ou substituída, nos termos de atual art. 310 do CPP.

No parágrafo único do art. 310, o legislador permite ao juiz conceder liberdade provisória ao preso (sem fiança) quando presente uma excludente de ilicitude. Nesse caso, tal liberdade é vinculada ao dever de comparecer a todos atos processuais, *sob pena de revogação*. Uma ressalva: sempre entendemos que a presença de uma excludente de culpabilidade também deve autorizar a mesma liberdade provisória.

Aqui também vamos encontrar uma falta de lógica, pois se temos prova de uma excludente de ilicitude (e também de culpabilidade, para nós), o correto seria conceder liberdade plena (não vinculada) ao indiciado ou réu. Nessa hipótese, o mais provável é a sua absolvição, nada obstante a prova da autoria da infração penal.

Cabe notar ainda que o professor Gustavo Badaró⁴, no seu excelente livro intitulado “Processo Penal”, assevera que o juiz poderá ainda soltar o preso, sendo legal a prisão, desde que não haja necessidade de imposição de qualquer medida cautelar (liberdade plena, não vinculada a deveres processuais). Entende ainda o professor da Universidade de São Paulo que a liberdade provisória é vinculada a determinados deveres processuais.⁵

⁴ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2014, p. 733.

⁵ *Idem*, p. 792.

Diante desse quadro, parte da doutrina mais recente, além de negar a natureza cautelar à prisão em flagrante, descarta ser ela título autônomo de mais uma das espécies de prisão provisória, pois, ou será desconstituída pelo juiz pelo relaxamento (caso ilegal) ou será substituída por uma das medidas cautelares elencadas no art. 319 do CPP. Daí surge a já criticada expressão de medida de precautela. Ressalte-se que esse não é o entendimento do amigo e parceiro prof. Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim, manifestado na 13ª edição de nosso livro “Direito Processual Penal”.⁶

Fazendo-se uma interpretação mais profunda das várias regras que tratam da prisão e da liberdade provisória, constata-se que a reforma de 2011 não depurou os equívocos sistemáticos existentes e ainda criou outros problemas desta ordem. Não cabe aqui exaurir o tema, mas apenas apontar as controvérsias que surgem da má regulamentação dos efeitos da prisão em flagrante e o tratamento da liberdade provisória, com ou sem fiança.

Em um primeiro momento, pode parecer que cessam todos os efeitos jurídicos e fáticos da prisão em flagrante a partir das decisões previstas art. 310. Sem dúvida, quando o juiz relaxa a prisão ilegal, converte essa prisão em preventiva ou em outra medida cautelar, ou mesmo quando concede liberdade provisória, com ou sem fiança, os efeitos da prisão em flagrante não se fazem sentir. Isso porque aquele que foi solto por essas decisões só poderá voltar a ser preso mediante futura decretação de sua prisão preventiva, quando cabível, é lógico. Vejam-se as regras do art. 282, § 4º, art. 312, parágrafo único, arts. 343 e 350, parágrafo único, todos do CPP. Entretanto, cabe algumas ressalvas a tal entendimento, conforme apontamos a seguir.

A maior parte da doutrina recente sustenta que não basta o descumprimento de algum dever inerente à medida cautelar que substituiu a prisão em flagrante para que se possa decretar a prisão preventiva, com fulcro nos artigos que acabamos de elencar, sendo necessários os requisitos dos arts. 312 e 313 do código. Ora, se for assim, a prisão preventiva teria que ser decretada de qualquer forma, não tendo qualquer relevância o descumprimento da outra medida cautelar pessoal.

Sendo dessa maneira, vai aí mais uma crítica de cunho sistemático: que liberdade provisória é essa que não pode ser revogada? Liberdade que não pode ser revogada é liberdade plena. O que caracteriza a liberdade provisória é a sua vinculação a determinados deveres processuais que, se descumpridos, acarretam na sua revogação, restaurando a eficácia da prisão anterior. Vale dizer, a liberdade provisória, para ser realmente provisória, não pode desconstituir a prisão em flagrante. Caso contrário, temos uma liberdade plena.

⁶ JARDIM, Afrânio da Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito processual penal**: estudos e pareceres. 13. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2014, p. 420.

Por outro lado, resta uma hipótese de liberdade realmente provisória que, sem perceber, o legislador deixou no código. Nesse caso, caberá a revogação da liberdade provisória e não a decretação da prisão preventiva do réu. Será que salvamos o caráter provisório da liberdade e reconhecemos que a prisão em flagrante não foi desconstituída?

A possibilidade de revogação da liberdade provisória (e aqui ela é provisória mesmo) se verifica da regra do parágrafo único do art. 310 do CPP. Preso em flagrante, se o juiz verificar que o indiciado ou réu praticou a conduta típica, justificado por uma aparente excludente de ilicitude, poderá “conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, *sob pena de revogação* (grifo nosso)”. Nessa hipótese, revoga-se a liberdade provisória, ficando restabelecidos os efeitos da prisão em flagrante.

Certo que, revogada a liberdade provisória prevista no parágrafo único do art. 310, a prisão em flagrante que se restabelece será substituída por uma das medidas cautelares pessoais elencadas no CPP. Entretanto, ainda que por breve lapso temporal (e o importante aqui para nós é a produção de efeitos jurídicos) os efeitos da prisão reaparecem para serem substituídos.

Julgamos ter ficado ainda outro vestígio da permanência dos efeitos da prisão em flagrante por descuido do legislador que reformou parcialmente o nosso código. Dentro do capítulo intitulado “Da Liberdade Provisória, Com ou Sem Fiança”, encontramos a regra do art. 340, que trata do reforço da fiança, determinado pelo magistrado. O parágrafo único dispõe expressamente: “A fiança ficará sem efeito e o réu será recolhido à prisão, quando, na conformidade deste artigo, não for reforçada”. Aqui também se restabelece a prisão em flagrante. Julgo que isso deve ocorrer nas hipóteses dos arts. 338 e 339. Nesses casos, embora não se cuide a rigor de revogação da liberdade provisória, fica demonstrado que a prisão em flagrante pode ser restabelecida, mesmo após os momentos processuais previstos no aludido art. 310, ainda que ela possa, ao depois, voltar a ser substituída por outra medida cautelar.

Por todo o exposto, concluímos que a reforma do CPP, realizada pela lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, acabou com o pouco de sistemático que ainda podia se extrair dos artigos alterados ou revogados, “amesquinhando” a prisão em flagrante e quase que tirando integralmente da liberdade provisória o que lhe é característico: a provisoriedade (como medida de contracautela que era). Note-se que só apontamos algumas poucas incongruências da reforma, pois há muitas outras que poderemos apontar em um futuro estudo mais abrangente de todas as regras que tratam do correspondente “Título IX: da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória”. Até mesmo pela redação desse título, parece que nenhuma das prisões processuais são medidas cautelares. Como se equivocou o legislador!

Fica aqui a esperança de que o projeto do CPP, que ora tramita no Congresso Nacional, apresente um verdadeiro sistema para a Prisão Provisória e a Liberdade Provisória, corrigindo as diversas distorções atuais e que tal sistema retrate um desejado equilíbrio entre os direitos individuais fundamentais e a proteção de segurança devida pelo Estado a todas as pessoas.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2014.

JARDIM, Afrânio da Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 13. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2.

_____. **Instituições de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 3.