

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO

Bárbara Miyuki Takenaka Fujimoto

A INFLUÊNCIA DO FLAGRANTE SOBRE DECISÕES QUE MANTÊM A PRISÃO  
CAUTELAR

BRASÍLIA

2011

Bárbara Miyuki Takenaka Fujimoto

A INFLUÊNCIA DO FLAGRANTE SOBRE DECISÕES QUE MANTÊM A PRISÃO  
CAUTELAR

Trabalho de Conclusão de Curso  
submetido à Universidade de Brasília  
para obtenção de título de bacharel em  
Direito.

Orientadora: Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Brasília  
2011

**BÁRBARA MIYUKI TAKENAKA FUJIMOTO**

**A INFLUÊNCIA DO FLAGRANTE SOBRE A MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR**

Trabalho aprovado para a conclusão do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, \_\_\_\_\_.

**Banca Examinadora:**

---

**Orientadora: Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho**

---

**Membro: Mestre Fabiana Costa Oliveira Barreto**

---

**Membro: Mestre Marina Quezado Grosner**

---

**Membro Suplente: Mestre Carolina Costa Ferreira**

Como não poderia deixar de ser, dedico o trabalho a Hideaki, Myuki e Hideki.

## **AGRADECIMENTOS**

Minha sincera gratidão às Professoras Ela e Fabiana, pelas lições, paciência e atenção de sempre. Em especial, agradeço a Fabiana pela inestimável contribuição prestada durante toda a elaboração deste trabalho e mesmo antes de ele se tornar projeto de monografia. Não poderia, ainda, deixar de destacar as perspicazes e didáticas sugestões da Marina, as quais muito enriqueceram a versão final do presente trabalho.

## Resumo

A dogmática jurídica, disciplina que cuida da interpretação das normas voltada à sua aplicação nos casos concretos, costuma ensinar que a prisão em flagrante é sinônimo de certeza de crime ocorrido, em vez de simples visualização de um fato típico. A associação entre flagrante e prova incontestável do crime, porém, não é decorrente da lei, mas de uma tradição histórica apresentada nas introduções de lições sobre a prisão em flagrante. Trata-se de uma noção que não se restringe aos manuais de Processo Penal, mas está fortemente difundida na sociedade, inclusive nos meios judiciários e acadêmico-jurídicos. Essa distorção desencadeia um tratamento mais gravoso para aqueles que tiveram suas prisões iniciadas por flagrante, apesar de, teoricamente, a manutenção de uma prisão cautelar independe da forma como foi iniciada, se por flagrante ou se por decretação da preventiva. Conforme o artigo 310 do Código de Processo Penal, a prisão do flagrado apenas deve ser mantida diante da presença dos mesmos requisitos autorizadores da preventiva, previstos no artigo 312 da mesma lei. Na prática, casos exemplificativos retirados da jurisprudência brasileira demonstram que circunstâncias consideradas insuficientes à configuração dos mencionados requisitos em caso de decretação da prisão preventiva são aceitas como concretizadoras dos mesmos requisitos quando a prisão foi iniciada por flagrante. A desigualdade em questão dificilmente é percebida porque, em geral, encontra-se camuflada pela invocação de uma das circunstâncias exigidas pela norma. Satisfeitos a legalidade e os amplos limites interpretativos delineados pela doutrina, a dogmática jurídica não fornece instrumentos úteis a criticar o iníquo tratamento conferido aos suspeitos presos em flagrante. Para tais fins, mostram-se melhores as teorias criminológicas críticas, capazes de explicar como o sistema penal está estruturado para punir de forma desigual até mesmo pessoas que praticam infrações semelhantes e como viabiliza a violação do princípio da presunção de inocência que acontece nesses casos, seja por meio do ensino jurídico alienante, seja por meio da divulgação de idéias distorcidas pela mídia. Demonstra-se que a dogmática não passa de uma das facetas do todo punitivo em que princípios básicos do Estado Democrático de Direito são violados constantemente com o apoio da opinião pública, que fica mais satisfeita pela aplicação pronta e célere de castigo aos presos em flagrante, considerados verdadeiros culpados. A mencionada utilização do flagrante só se mantém, mesmo em face das críticas, porque atende a interesses do sistema penal não explicitados pela doutrina, daí a importância de se chamar a atenção para o problema e tentar contribuir para que seus atuais excessos sejam combatidos.

Palavras-chave: Prisão em flagrante. Prisão preventiva. Dogmática. Criminologia Crítica. Princípio da presunção da inocência.

## SUMÁRIO

<b>Introdução.....</b>	<b>8</b>
<b>1. O flagrante delito.....</b>	<b>11</b>
1.1 Definição de flagrante delito.....	11
1.2 Evolução histórica do flagrante delito.....	13
1.3 Conclusões parciais.....	17
<b>2. A prisão em flagrante.....</b>	<b>19</b>
2.1 Definição preliminar de prisão em flagrante, segundo a doutrina brasileira.....	19
2.2 Disciplina legal da prisão-captura.....	20
2.3 Comparações com a prisão preventiva.....	24
2.4 Prisão-captura X Prisão-custódia.....	29
2.5 Funções da prisão em flagrante.....	32
2.6 Espécies de apreciação do fato típico.....	34
2.7 Conclusões parciais.....	36
<b>3. A aplicação da prisão em flagrante pelo Poder Judiciário brasileiro.....</b>	<b>39</b>
3.1 Constatações apresentadas em pesquisas anteriores.....	39
3.2 Análise de casos concretos.....	43
3.3 Conclusões parciais.....	54
<b>4. A ilegitimidade da manutenção de algumas prisões em flagrante pelo Poder Judiciário brasileiro.....</b>	<b>57</b>
4.1 Alternativa à Dogmática jurídica.....	58
4.2 Flagrante e certeza de culpabilidade.....	59
4.3 A quotidiana violação do princípio da presunção da inocência.....	65
4.4 Conclusões parciais.....	70
<b>Considerações finais.....</b>	<b>72</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>75</b>

## Introdução

As elevadas estatísticas de presos provisórios no Brasil divulgadas pelos meios de comunicação em massa somadas aos inúmeros casos de prisões cautelares que têm servido manifestamente como punições antecipadas despertaram a curiosidade sobre o tema, mais especificamente sobre quais as contribuições recentes da Criminologia Crítica no combate às violações de direitos em termos de prisões processuais.

O interesse pela perspectiva sociológico-jurídica já vinha das aulas de Teoria Geral do Direito Penal ministradas na graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília pela Professora Ela Wiecko, que lançou as primeiras noções de que o Direito Penal não se destina igualmente a todos nem defende bens jurídicos relevantes para toda a coletividade. Tais idéias foram aprofundadas ao longo do curso de Atualização de Prática do Direito sobre Criminologia, também desenvolvido na graduação da mesma instituição.

Já a perplexidade em relação à situação das prisões cautelares decorreu das próprias notícias da mídia, assim como das aulas de Processo Penal, em que se expôs a reiterada prática de manter prisões preventivas com base no argumento do clamor público. A partir daí, buscaram-se novas leituras acerca do tema, dentre as quais, a que mais chamou a atenção, por seu ineditismo e por superar a esgotada crítica à prisão baseada no clamor público, foi a dissertação de mestrado de Fabiana Costa Oliveira Barreto, intitulada “Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção da inocência à antecipação da pena”.

Em sua pesquisa, a autora extrapolou o campo puramente teórico e investigou práticas envolvendo prisões cautelares na sociedade brasileira. Algumas das constatações ali obtidas serviram de marco inicial para as questões estudadas no presente trabalho. A primeira delas foi a de que “pessoas reincidentes que foram flagradas furtando têm maiores chances de permanecerem presas durante todo o processo, do que pessoas com as mesmas características que não o foram” (BARRETO, 2007, p. 121) e a segunda, de que “a dogmática penal é mais utilizada como justificção da atuação seletiva que como mecanismo de proteção à liberdade ambulatoria do réu” (BARRETO, 2007, p. 121). A partir desses resultados, indagou-se: por qual maneira os encarceramentos cautelares posteriores a flagrante ficam imunizados contra críticas de todos os gêneros, apesar de ocorrerem sob iguais

condições àquelas em que prisões provisórias não decorrentes de flagrante são afastadas? Como ficou expresso no primeiro trecho reproduzido, o flagrante constitui-se no diferencial para determinar a prisão do indivíduo ao longo de todo o processo, decorrendo daí a necessidade de estudar as características do instituto, a fim de se identificarem aquelas que viabilizam a aceitação de custódias que, iniciadas de outro modo, não conseguiriam se manter.

Tendo em vista o mencionado escopo, o primeiro capítulo dedica-se à revisão bibliográfica, por meio da qual se analisa como os doutrinadores concebem o flagrante, seja sob as óticas legal e histórica, seja sob óticas que extrapolam a mera interpretação dos dispositivos normativos. Em seguida, estudam-se os requisitos legais (incluindo os previstos a partir da Lei nº 12.403 de 2011) exigidos na efetivação de prisões em flagrante e preventiva, a fim de se demonstrar que existem situações em que os requisitos são idênticos para os dois tipos de prisões, o que, em tese, obrigaria que as decisões sobre elas fossem iguais diante de fatos iguais.

Em seguida, verifica-se se o Poder Judiciário tem respeitado, na prática, os pressupostos da manutenção das prisões cautelares, por meio do cotejo de acórdãos que cuidam de casos praticamente iguais, o que exigiria soluções iguais. Na verdade, como o objetivo é avaliar a influência das prisões em flagrante, os casos analisados distinguem-se unicamente pela forma como se iniciou a prisão provisória: por meio de prisão em flagrante ou por meio de decretação de prisão preventiva. As respostas obtidas com a comparação das decisões, são ainda confrontadas com conclusões e dados obtidos em outras pesquisas.

Finalmente, os resultados dos capítulos anteriores quanto às características do flagrante de acordo com a doutrina e quanto ao comportamento do Poder Judiciário em relação às prisões em flagrante são discutidas diante daquela constatação de Barreto, citada acima, de que a dogmática tem servido de instrumento à seletividade do sistema penal, não à proteção do réu. Invocam-se, então, teorias críticas do sistema penal, as quais evidenciam o modo como o discurso teórico-dogmático acerca do flagrante contribui para torná-lo figura tão aceita pela população em geral e de que maneira essa receptividade se coaduna com o maior rigor na manutenção do encarceramento dos flagrados, resultando em violações ao princípio da presunção da inocência de maneira perigosamente silenciosa.

O presente trabalho, dedicado à crítica de um aspecto do processo penal sob o viés criminológico, é, em última instância, recorte de um problema mais amplo, que é a reprodução de injustiças nos casos concretos, mesmo com todo o respeito à legalidade, ocasionada pela ineliminável influência do senso comum na aplicação de normas a situações fáticas. A exposição de um dos lados ideológicos do flagrante propõe-se a contribuir para a reflexão sobre prisões que se dizem processuais, mas são verdadeiras prisões-penas.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Observe-se que não foram empregadas as regras ortográficas pós-reforma, as quais passam a ser obrigatórias apenas a partir de 2012, data posterior à elaboração desse trabalho, concluído em junho de 2011.

## 1. O flagrante delito

### 1.1 Definição de flagrante delito

Não é possível conceituar a prisão em flagrante de forma unívoca, uma vez que sua definição varia nas diversas legislações. Apesar disso, a doutrina pátria costuma caracterizá-la como espécie de prisão cautelar, que, ao contrário das demais, prescinde de ordem judicial para ser executada. Antes de se aprofundar em seu estudo, porém, deve-se discorrer sobre o significado do flagrante delito, lembrando da distinção realizada por Denilson Feitoza (2010, pp. 880-881), em seu “Direito Processual Penal”:

O flagrante delito e prisão em flagrante são fatos jurídico-processuais distintos. O flagrante delito é a situação em que a pessoa a ser presa se encontra. A prisão em flagrante é não somente o ato de prender no momento do flagrante delito, mas também o de manter alguém preso.

Via de regra, nas doutrinas nacional e internacional, os conceitos de flagrante giram ao redor de três características: atualidade, visibilidade e certeza, conforme se verá nas definições a seguir.

A atualidade é exaustivamente repisada nas obras sobre o tema, por meio do adjetivo “flagrante”, etimologicamente derivado da palavra latina *flagrans*, que significa queimante, ardente. O verbo *flagrare* dá a idéia de algo em combustão, no momento em que se consome pelo fogo. Daí Hélio Tornaghi (1963, v.1, p. 468) infere, no “Manual de Processo Penal”, a seguinte conclusão:

Flagrante é, portanto, o que está a queimar e, em sentido figurado, o que está a acontecer. Daí dizer-se flagrante, também, o que é claro, manifesto. Flagrância sugere, em primeiro lugar, atualidade e, em segundo, evidência. Diz-se que é flagrante não só o que é atual mas ainda o que é patente, inequívoco. [sic]

Superando a definição meramente vocabular do instituto, Romeu Pires de Campos Barros, no livro “Processo Penal Cautelar”, traz a visibilidade como atributo essencial do flagrante delito, considerado como conceito relacional, não um tipo de delito em si mesmo, mas um fato que só pode ser qualificado em relação ao espectador do delito. Em outras palavras, para um delito ser flagrante não é suficiente que esteja ocorrendo, mas é necessário ainda que seja visto neste momento:

A percepção e a apreensão de quem assiste a sua consumação faz parte da surpresa do culpado em flagrante e ainda da prova, uma vez que, mesmo quando não assistida a ação delituosa, não deixa o delito de ter o seu momento de atualidade, não obstante a flagrância vem em consideração exatamente em função da prova da culpabilidade do agente, disso resultando a acumulação dos dois conceitos pela doutrina, que juntou a visibilidade de quem assiste a consumação do delito à sua atualidade. [...] Pressuposto do prender não é, portanto, a flagrância, mas o ser surpreendido na flagrância, demonstrando-se a prevalência do conceito de atualidade sobre o de visibilidade. (BARROS, 1982, pp. 118-119)

A partir da atualidade e da visibilidade, os doutrinadores associam a situação flagrancial à certeza da culpabilidade do agente, como prova inequívoca de um delito e evidência incontestável de que o ordenamento jurídico foi violado. Os diversos conceitos de flagrante delito mostram essa tendência de atribuir um grau elevadíssimo de confiança ao flagrante:

Crime flagrante é, antes de mais nada, o que está sendo perpetrado. Algumas legislações dão maior relevo à atualidade do crime, levando em conta o que o flagrante é; outras realçam a certeza que decorre do flagrante, tendo em consideração o que ele vale para formar o convencimento. Assim, por exemplo, os gregos ao se referirem ao furto flagrante mencionavam o ladrão colhido ao praticar o ato, enquanto que os romanos, para exprimir a mesma idéia – e até fazendo remissão ao termo grego, usavam a locução *furtum manifestum*. Os alemães aludem ao “acontecimento (ainda) fresco” (*frisch Bengangen*) e ao fato de alguém surpreender outrem na comissão do ato (ainda) fresco [...] (TORNAGHI, v.1, 1963, pp. 468-469)

Em sua obra “Da prisão em flagrante”, Tales Castelo Branco (1984, pp. 16-17, grifos nossos) mostra outras definições no mesmo sentido:

Poucos conseguiram conceituar tão bem o flagrante delito quanto Nogent-Saint-Laurents; para ele, o flagrante delito implica a plena posse da **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 **impossível ou absurdo negá-lo**.

[...]

Esta noção material dos fatos, esta notícia concreta da infração, **reprodutora pormenorizada e fiel dos acontecimentos**, levou Eliézer Rosa a dizer que “o flagrante é como uma fotografia, um filme do que aconteceu...” Embora “o que parece uma insofismável prova direta não passa, às vezes, de mera prova indiciária”.

Outra definição um pouco mais crítica do flagrante delito pode ser encontrada na obra “Apreciações do flagrante delito”, de Luciano Caseiro, para quem o flagrante também não é propriedade intrínseca do crime, mas uma característica atribuível em razão do momento do fato típico. Destoa o autor dos demais, ao alertar que se flagra um fato típico, não necessariamente um ilícito penal:

Ora, como se disse, o flagrante não é certeza do crime. É, ao contrário, um momento cronológico do fato, que afinal poderá ser considerado “não crime”. A certeza visual é tão só, a constatação do fato, ou melhor a apreciação provisória da ilicitude, por intermédio da visão.

Assim, a classificação do flagrante na técnica processual penal, diz respeito ao instituto quanto à sua constatação e não quanto à sua ontologia. E, quando se consubstanciam as espécies de flagrante, na doutrina e na lei, nada mais se faz do que acomodar as palavras às verdadeiras realidades. [sic] (CASEIRO, 1967, pp. 29-30)

Bem anota Caseiro que a cena visualizada no momento do flagrante até pode ser subsumida a um tipo penal, decorrendo daí a mera aparência de estado de fato delituoso, mas não de verdadeiro crime. A qualificação do fato como crime só pode ocorrer após a averiguação da ilicitude e da culpabilidade, ao longo da persecução criminal. Tal é a razão de Caseiro (1967, pp. 21-30) se opor à expressão “flagrante delito”, já que não se está necessariamente frente a um delito, mas a um fato pelo qual seu agente pode ser, a final, absolvido.

## 1.2 Evolução histórica do flagrante delito

A tendência à consideração do flagrante como “a mais eloqüente prova da autoria de um crime” foi herdada de longa tradição, na qual a prisão em questão sempre gozou de prestígio e legitimidade perante a população em geral, como se fosse um remédio eficaz de proteção social. Sua posição privilegiada resultou em efeitos severos, tanto no campo processual, quanto no material, chegando ao absurdo, na Polônia, de autorizar que os flagrados em crime de calúnia tivessem de ficar de quatro, latindo diante do público, em autêntico espetáculo de humilhação. Tornaghi (1963, v.1, pp. 469-471) ainda enumera outras graves conseqüências da prisão em flagrante:

É exatamente essa eficácia probatória que explica por que razão no Direito romano o raptor colhido em flagrante podia ser logo morto (PR. C. 9, 13) (4); por que motivo em caso de flagrante é dispensado o mandado de prisão e qualquer pessoa pode prender; por que em alguns crimes as leis consideravam, outrora, o flagrante como única prova admissível (o próprio Cód. Penal brasileiro, de 1890, dizia no art. 280 que o flagrante e os documentos escritos pelo co-réu adúltero eram as únicas provas possíveis contra ele) e, finalmente, por que algumas legislações adotam um processo sumário no caso de ter havido flagrante.

A flagrância também tem valor para o Direito Penal substantivo, pois é, por vezes, elementar da infração como nos casos em que a lei diz: “todo aquele que for apanhado fazendo isso ou aquilo” (ex.: Cód. Penal italiano, art. 707), ou circunstância privilegiada de outro crime (ex.: Cód. Penal espanhol, art. 428, que considera homicídio privilegiado o do marido que surpreende a mulher em adultério). O mesmo na maioria dos códigos ibero-americanos. No regime das Ordenações Filipinas era lícito ao marido matar a mulher “por a achar em adultério” e, bem assim, matar o co-réu adúltero, salvo se o

ofendido fôsse peão e o adúltero fidalgo, desembargador ou “pessoa de maior qualidade”(L. 5º, tít. 38).

O fato de o crime estar sendo praticado (e, portanto, ser flagrante) influi na caracterização da legítima defesa e da cumplicidade (nas legislações que a acolhem), pois não podem elas existir *post-crimem*. É ainda importante, para a dosagem da pena: diversas legislações antigas, levando em conta o maior alarme social, a maior repercussão causada pelo crime flagrante e pela prisão em flagrante, aumentavam a pena nesse caso. É sabido, aliás, que isso aconteceu na Alemanha até a entrada em vigor das leis regionais, vale dizer até o séc. XIX. [*sic*]

Apresentam-se aqui mais detalhadamente, com base na descrição feita por Castelo Branco nos capítulos III e IV de seu livro, alguns fatos freqüentes quanto ao flagrante nas diversas legislações ao longo do tempo, muitos deles presentes até hoje, embora com nova aparência, mais aceitável pelos regimes democráticos atuais.

Verifica-se que aquele que foi surpreendido em flagrante delito sempre recebeu tratamento mais rigoroso. Penalmente, já na Lei das XII Tábuas, os romanos autorizavam o extermínio dos ladrões presos em flagrante durante a noite. Na Lei Decenviral, o *furtum nec manifestum* era apenado com o dobro do valor do bem, enquanto o *furtum manifestum* era apenado com o quádruplo de tal valor. O agente de *raptum virginum* poderia ser morto pelos pais da vítima, em caso de flagrante.

Além das penas extremadas, o tratamento processual também era negativamente diferenciado, possibilitando, por exemplo, que o acusado fosse exibido perante o juízo sem prévia manifestação a respeito de tal exibição, diferente do acusado sem flagrante, o qual tinha a prerrogativa de apenas ser exibido após a pronúncia judicial. No século XVI, Julius Clarus permitiu que o processo fosse reduzido quando houvesse flagrante, excluindo outros meios de prova, a defesa e o conhecimento integral da acusação. Castelo Branco considera todo esse rigor uma conseqüência do alarme social provocado pelo flagrante e do sentimento de vingança daí decorrente.

Ainda em relação ao procedimento especial, muito mais enxuto que nos casos em que ausente a flagrância, Tornaghi explica que a característica da brevidade herdada do Direito romano perdurou muito até que deixasse de ser suficiente o simples juramento da vítima para condenar o preso. Bem depois é que foi ampliada a oportunidade de defesa do acusado, embora, de início, as garantias fossem irrisórias, já que dispensada a acusação ou a provocação (ao juiz era permitido iniciar e instruir o processo de ofício), o inquérito e outras formalidades. O

procedimento diferenciado e reduzido remanesceu até a contemporaneidade em muitos países, como Portugal. Segundo o autor, isso decorreria da confiança depositada na flagrância como prova do fato e da autoria, dispensando certas outras delongas no processo. (TORNAGHI, 1963, v.1, pp. 534-543)

Narra Tornaghi que, desde o Direito Medieval, quando o flagrante delito ocorria perante a autoridade, o processo tornava-se mais sucinto ainda, prescindindo de qualquer outra prova e autorizando a punição imediata pelo juiz. Ainda hoje é possível encontrar algo semelhante em algumas leis pelas quais o próprio juiz pode conhecer e julgar a infração cometida durante a audiência. O que explica esse tratamento diferenciado é a consideração de ser a flagrância invencível em semelhantes hipóteses por ter sido o fato presenciado pelo juiz e pelo público, que servia como prova testemunhal a dispensar qualquer outra. (TORNAGHI, 1963, v.1, pp. 554-556)

Na Idade Média, quando o Direito Penal reduziu seu caráter de vingança promovida pela própria vítima e passou a ter “tendências maiores ao direito público”, também se iniciou a autorização para que qualquer pessoa privasse da liberdade o flagrado na prática de delito, embora não houvesse para os cidadãos a mesma obrigação de prender que se impunha às autoridades. Por ser dispensável a qualidade de funcionário do governo, essa era a única prisão, em diversas nações, que podia ser efetuada sem formalidades legais, sem necessidade de ordem de um juiz. Na opinião de Castelo Branco, o motivo estava no sentimento de solidariedade, na utilidade social de se permitir que alguém atuasse em legítima defesa própria ou do terceiro para impedir a consumação de um crime.

Até o século XVII, a flagrância se restringia à surpresa de quem estava cometendo o crime ou havia acabado de cometê-lo. A partir daí é que se ampliaram nas legislações europeias os casos de flagrância para abranger as situações em que alguém é perseguido em situação na qual se presume que ele seja o autor da infração e aquelas em que o suspeito é encontrado, logo após a ocorrência do fato típico, com instrumentos, armas, objetos ou papéis, fazendo supor-se ser ele o autor do fato. Os precursores dos dois tipos de flagrância surgiram na França absolutista, onde se considerou flagrante a prisão do suspeito após sua perseguição pelo clamor público e do suspeito encontrado com artefatos do crime. Já nessa época surgiram muitas vozes contra as novas modalidades por causa de sua vagueza, especialmente quanto à imprecisão de expressões como

“perseguição logo após o cometimento do crime”, já que não se sabia qual a extensão temporal do “logo após”. Mesmo assim as novas modalidades permaneceram no ordenamento por causa de sua praticidade, por facilitarem a obtenção da verdade judicial mediante a detenção do suspeito. Na Itália, a prisão do perseguido foi incrementada, pois, além da perseguição pelo clamor público, aceitava-se a perseguição pelo ofendido. No país, também houve muita resistência quanto aos flagrantes assimilados, embora tenham superado as críticas e multiplicado-se por várias outras legislações, sempre deixando a cargo da jurisprudência a solução dos defeitos surgidos.

No Brasil, desde a colônia, o flagrante delito sempre constituiu hipótese excepcional autorizadora de prisão sem necessidade de ordem judicial nem da qualidade de agente público para seu efetuator. No período imperial, a legislação considerava flagrantes, de previsão constitucional, tanto os casos em que o suspeito fosse surpreendido cometendo o fato típico, quanto quando fosse perseguido pelo clamor público. A doutrina e a jurisprudência cuidaram de incluir no primeiro caso a apreensão de quem acabara de cometer o delito, mas não se aceitava como flagrante de modo algum a surpresa de quem tivesse consigo peças do crime, hipótese excluída até o Código de Processo Criminal de 1832. No entanto, em decorrência de o pacto federativo autorizar a cada Estado que tivesse seu próprio código de processo criminal, alguns foram mais longe que a legislação republicana, como Rio Grande do Sul e Goiás, e incluíram a prisão daquele que se encontrasse com objetos do crime ou do perseguido pelo ofendido, sem necessidade de clamor público.

Quanto ao clamor público, interessante notar que, durante boa parte da história brasileira, ele foi exigido para que se configurasse o flagrante delito. O clamor público sempre teve papel de destaque no processo penal ocidental, tendo sido, inclusive, forma de se iniciar a ação. Imaginava-se que os fatos de ser crime acusar alguém falsamente e de um grande número de vozes aclamar como culpada uma mesma pessoa conferiam maior probabilidade de que ela efetivamente o fosse, daí porque o clamor foi visto, por muito tempo, como uma garantia aos suspeitos inocentes, imaginando-se que não seriam vítimas das massas. O Código de Processo Penal (CPP) atual não prevê mais a figura da perseguição acompanhada pelo clamor público.

Apesar dos vários projetos prevendo um procedimento diferenciado, mais rápido, para os casos de flagrante, a prática nunca foi adotada no país, nem mesmo em relação ao crime cometido em presença ou contra autoridade no exercício de suas funções. Observe-se que o art. 307 do CPP não propõe um processo mais curto para averiguar a responsabilidade do flagrado, mas somente determina que a autoridade, inclusive o juiz em presença de quem foi cometido o delito, pode presidir a lavratura do auto de prisão onde se encontre, sem necessidade de se conduzir o flagrado à autoridade policial para tanto. (TORNAGHI, 1963, v.1, pp. 544-559)

Até bem recentemente, o preso em flagrante apenas podia ser liberado quando houvesse ilegalidade na prisão ou quando houvesse excludente de ilicitude a ampará-lo. Nos demais casos, mesmo se não houvesse necessidade, o autor dos fatos era mantido sob custódia. A situação manteve-se assim até 1977, quando, por pressão dos doutrinadores, acrescentou-se o parágrafo único ao art. 310, permitindo a liberdade provisória nas mesmas hipóteses em que ela era autorizada aos presos preventivamente.

### **1.3 Conclusões parciais**

Ao longo de sua evolução, o flagrante delito foi considerado prova quase incontestável do crime, como se somente a visualização do fato típico e de seu autor permitissem a supressão de toda instrução criminal ou dos meios de defesa, implicando em um salto para a prisão pena, já que a apreciação judicial estava praticamente condicionada pelo forte impacto causado pela cena de aparente delito. Sendo quase nenhuma as garantias ao acusado, o sentimento de vingança e o clamor do povo eram suficientes não só para suprimir a liberdade de forma definitiva, como para se aplicarem outras penas imediatas, a exemplo da morte, apesar de a apreciação do fato poder ser realizada por um cidadão qualquer, sem conhecimentos jurídicos. Era quase uma sentença automática que podia ser decretada por um leigo, constituindo a chancela judicial em formalidade confirmadora da condenação e destinada a prosseguir a punição. Na verdade, uma só apreciação do fato resultava em restrição de liberdade: bastava a verificação de

um fato típico para permitir a prisão em flagrante e sua continuidade, sem que se analisassem legalidade, outros elementos do crime e efetiva necessidade da prisão.

No Brasil, a prisão em flagrante manteve a essência do instituto europeu ao poder ser realizada por leigo, quando concomitantes os elementos visibilidade, atualidade e certeza, herdando até mesmo as polêmicas hipóteses de flagrante equiparado. Por óbvio, porém, a conformação atual do instituto já se afastou daquela medieval, reduzindo, por exemplo, o valor probatório absoluto do flagrante delito e impondo uma verdadeira fase de cognição judicial sobre a legalidade da prisão e sobre a existência de excludentes de ilicitude, conforme se verá no capítulo seguinte, o qual examina os dispositivos delineadores do flagrante e da respectiva prisão no ordenamento brasileiro contemporâneo.

## 2. A prisão em flagrante

### 2.1 Definição preliminar de prisão em flagrante, segundo a doutrina brasileira

Maria Lúcia Karam (2007, *online*) conceitua a prisão em flagrante da seguinte maneira:

A prisão em flagrante acontece quando alguém é surpreendido em situações em que aparentemente tudo indica que esteja praticando uma infração penal ou que tenha acabado de praticá-la. Essas situações ou estados de flagrância ou quase-flagrância estão explicitados nas regras do artigo 302 do Código de Processo Penal brasileiro.

A prisão em flagrante é forma de coerção urgente e imediata empregada como forma de impedir o dano, os efeitos do ataque que está sendo ou que acabou de ser perpetrado contra o bem jurídico, de modo a restabelecer a paz social (a tranqüilidade da coexistência, da vida em comum) teoricamente abalada naquele exato momento de aparente cometimento de uma infração penal. É assim modalidade de prisão provisória, excepcionalmente imposta por ato administrativo, permitido dada a verificada situação de urgência.

Outra definição que revela uma característica central das prisões em flagrante é a de Feitoza (2010, p. 878):

É uma espécie de prisão provisória, de natureza cautelar e processual, que independe de ordem escrita e fundamentada de autoridade competente, desde que a pessoa se encontre em determinadas circunstâncias expressamente previstas em lei.

Da mesma maneira que nos trechos citados acima, a maioria dos autores não dizia que a prisão em flagrante só prescindia de avaliação judicial até certo momento da persecução penal, mencionando a intervenção do magistrado apenas nas seções dedicadas à liberdade provisória. Com edição da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, essa omissão provavelmente não se repetirá mais, porque a lei expressamente determina que a prisão em flagrante, qual passa a ter natureza exclusivamente administrativa, seja interrompida por uma das seguintes decisões: de relaxamento da prisão ilegal, de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou de concessão de liberdade provisória. A prisão chamada de flagrante passa a se estender até a apreciação judicial, após o que, tem-se outro tipo de cautelar, a prisão preventiva. Portanto, o prolongamento do encarceramento processual não mais é designado como prisão em flagrante, como ocorria antes da mencionada lei.

Anteriormente à alteração do art. 310 do CPP, ao empregar a expressão “prisão em flagrante”, a lei brasileira se referia tanto à privação da

liberdade por curto período de tempo (no sentido leigo da palavra detenção, de sustar a ida, retardar a partida), anterior a qualquer conhecimento judicial do caso, quanto àquela que decorre da decisão de um magistrado que entende ser necessário manter alguém em determinado lugar para que seja vigiado e mantido segregado pelo prazo que for necessário. Daí porque havia a necessidade de chamar a atenção para as diferenças entre cada uma dessas fases: à primeira – prisão-captura – basta um título legal ou automático, como um enunciado que ampara diretamente o executor todas as vezes que as condições previstas na norma (art. 302) estiverem presentes, enquanto a segunda – prisão-custódia – depende de um título judiciário, além do mandamento legal, em que o órgão jurisdicional ordena ao órgão executivo o cumprimento da medida, após a cognição cautelar em que se examina a conformidade da coação com o ordenamento. (BARROS, 1982, pp. 120-124)

Muitos manuais não se preocupavam com as diferenças entre o primeiro e o segundo momentos da prisão em flagrante, apesar de serem bem diversos, mas a nova lei veio para confirmar essa separação, mencionada por pouquíssimos autores. A seguir, serão descritas as características positivadas de cada uma e, depois, destacados os pontos em que a prisão-captura atualmente correspondente à prisão em flagrante se afasta da prisão-custódia, que deixou de ser a segunda etapa da prisão em flagrante para ser prisão preventiva.

## **2.2 Disciplina legal da prisão-captura**

Prevista no art. 5º, LXI, da Constituição Federal, a prisão em flagrante é regulada nos arts. 301 a 310 do Código de Processo Penal, complementando-se com os dispositivos que regem a liberdade provisória, nos arts. 321 a 350 do mesmo diploma.

Os artigos 301 a 310 organizam-se de acordo com a seqüência cronológica de atos praticados ao longo da prisão em flagrante, sendo possível dividi-los da seguinte maneira, em linhas gerais: os arts. 301 a 309 descrevem como deve ocorrer a prisão em flagrante desde a surpresa do suspeito até a comunicação do juízo sobre a ocorrência, em outras palavras, referem-se à prisão-captura. O art.

310, por sua vez, cuida da apreciação judicial sobre a libertação ou não do indivíduo cujo direito de ir e vir foi tolhido; é a prisão-custódia.

Primeiramente, no artigo 301, define-se o agente ativo da prisão em flagrante, ou seja, quem pode ou deve realizá-la no momento crucial da suposta prática delituosa. Aí, ao lado da obrigação imposta às autoridades policiais, tem-se a histórica autorização para a realização da captura por qualquer pessoa que se depare com uma das circunstâncias enumeradas no dispositivo seguinte.

O art. 302 descreve que circunstâncias são consideradas flagranciais. A situação mais clássica, a primeira a surgir na história do flagrante, foi o flagrante próprio, previsto nos incisos I e II, consistente em situação na qual o agente ainda desenvolve os atos executórios do delito ou findou a conduta delituosa poucos instantes antes de ser surpreendido e ainda não se desligou da cena do crime. O inc. III cuida do flagrante impróprio ou imperfeito, ocorrido quando o agente não mais pratica o aparente crime, mas é encontrado em situação que faça presumir ser ele o autor da infração, sendo perseguido em seguida. O flagrante apenas estará configurado se a perseguição se iniciar quando as evidências ainda estiverem frescas e se a perseguição não se interromper. O Código atual, ao contrário de outras legislações, dispensa que a perseguição seja feita pelo ofendido ou pelo clamor público. O inc. IV, do flagrante presumido ou ficto, ampliou o rol das hipóteses de flagrante, compreendendo o agente surpreendido com armas, instrumentos, objetos ou papéis que façam acreditar ser ele o autor do crime. Desnecessária a perseguição, mas imperioso que não tenham passado mais que algumas horas desde a comissão do suposto delito.

A interpretação conjunta dos arts. 301 e 302 evidencia que não se requer mais do que aquilo que pode ser apreendido visualmente pelo leigo ou pela autoridade administrativa para autorizar a repressão no desenvolver da ação supostamente criminosa ou logo após ela.

Cessado o fato típico de um dos modos enumerados no artigo 302, o capturado e o executor da prisão dirigem-se à presença de autoridade policial competente para lavrar auto de prisão em flagrante.

Ouvindo condutor, testemunhas e indiciado, nessa ordem, (art. 304), segundo Guilherme de Souza Nucci (2009, pp. 612-613), a autoridade policial pode deixar de lavrar o auto de prisão e liberar o conduzido, se identificar prontamente que não houve fato típico, por exemplo. Mas, mesmo se lavrar o auto, ainda são

possíveis duas alternativas, previstas no § 1º do art. 304: recolher o conduzido, se entender presentes os requisitos para tanto, ou conceder-lhe liberdade, se de seu interrogatório e da oitiva da testemunhas não resultar fundada suspeita de que ele tenha cometido crime. Também liberará o imputado, ainda que haja fundada suspeita, se ele tiver o direito de livrar-se solto ou de prestar fiança.

Livra-se solto o indiciado, de acordo com o art. 309, quando cometer infração de menor gravidade, em observância ao art. 321 do CPP. Assim, se a infração praticada não é apenada com pena privativa de liberdade ou quando a pena máxima cominada à infração é de até 3 meses, o indiciado deve ser liberado logo após a lavratura do auto. A advertência que cabe aqui é que a liberação pela autoridade policial mediante pagamento de fiança só deve ocorrer para infrações punidas com detenção ou prisão simples (art. 322). Nas demais infrações, o juiz é o único autorizado a liberar com fiança, respeitando as vedações dos arts. 323 e 324 do CPP.

Quanto à aplicabilidade do art. 309, Feitoza observa que perdeu bastante relevância após o advento da Lei nº 9.099/1995, a qual prevê, em seu art. 69, que o autor dos fatos será liberado após a lavratura do termo circunstanciado de ocorrência conjugada com o encaminhamento imediato do autor dos fatos ao juizado especial criminal ou com a assunção de compromisso de comparecimento por ele. Restaram poucos crimes de menor potencial ofensivo não sujeitos aos juzados especiais, daí porque poucas são as hipóteses de utilização do dispositivo (FEITOZA, 2010, pp. 885-886).

Em qualquer caso, seja de recolhimento à prisão, seja de liberação do suspeito, a autoridade policial deve prosseguir com as diligências de investigação por meio do inquérito instaurado a partir do auto de prisão.

Até então, não há qualquer intervenção judicial, que só ocorre depois de lavrado o auto de prisão, o qual deve ser encaminhado ao magistrado no prazo máximo de 24 horas após a captura do imputado (art. 306, §1º). Com os autos em mãos, o juiz decide se mantém o suspeito encarcerado ou não, respeitando a regra do art. 310 do CPP.

Antes da Lei nº 12.403 de 2011, o art. 310 do CPP enunciava:

Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória,

mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

Sobre ele, Aury Lopes Jr. (2005, pp. 216-217), em sua “Introdução crítica ao Processo Penal”, explicava que o trabalho do juiz era dividido em duas etapas, sendo que na primeira homologava a prisão legal, caso respeitados os aspectos formais; na segunda, decidia pela sua manutenção ou não, da mesma forma que decidiria se estivesse decretando uma prisão preventiva, observando os limites do art. 312 do CPP e as circunstâncias do art. 310, *caput* e parágrafo único. Enfatizava que, apesar do flagrante, o juiz, nesse segundo momento, devia obrigatoriamente analisar a presença do *periculum libertatis* e do *fumus commissi delicti*, abominando qualquer conversão automática da prisão em flagrante em preventiva.

Guilherme de Souza Nucci (2009, pp. 618-619), por sua vez, comentou a respeito do *caput* do art. 310:

Confirmado o fato de a autoridade policial dever lavrar, sempre, o auto de prisão em flagrante tão logo tome conhecimento da detenção ocorrida, realizando apenas o juízo de tipicidade, sem adentrar as demais excludentes do crime, cabe ao magistrado, recebendo a cópia do flagrante, deliberar sobre a liberdade provisória que é um direito do indiciado, desde que preencha os requisitos legais. Nesse caso, quando houver nítida impressão ao juiz de que o preso agiu em estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito ou estrito cumprimento de dever legal, deve permitir que aguarde o seu julgamento em liberdade, não tendo o menor sentido mantê-lo preso. Falta, nesse caso, para a sustentação da medida cautelar o *fumus boni iuris*. A única possibilidade de segurar o indiciado preso é não acreditar na versão de qualquer excludente de ilicitude ofertada. Entretanto, havendo fortes indícios de que alguma delas está presente, melhor colocar a pessoa em liberdade do que segurá-la detida. O ideal é que o magistrado faça isso o mais rapidamente possível, justamente para impedir que pessoas, sob o manto protetor das excludentes – algo que pode ser ampliado também para as excludentes de culpabilidade – permaneçam encarceradas. Não tendo sido concedido de início, pode o juiz rever sua anterior decisão a qualquer tempo, inclusive durante o andamento da instrução processual.

A nova redação dada ao art. 310 não modifica substancialmente o conjunto de opções à disposição do magistrado, mas esclarece quais são essas alternativas. Alterou-se para:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Igualmente ao que já ocorria, relaxa-se a prisão que tiver ocorrido ilegalmente ou porque não era caso de flagrante, ou porque as formalidades do recolhimento à prisão foram desrespeitadas, tendo em vista o art. 5º, XLV, da CF. Se a prisão tiver sido legal, mas estiver presente alguma excludente de ilicitude, isto é, se o agente pratica o fato em estado de necessidade, em legítima defesa ou em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, ou se não estiver presente nenhum dos fundamentos que autorizam a prisão preventiva, o juiz deve conceder a liberdade provisória, que não é propriamente liberdade, mas medida cautelar pessoal, uma vez que o suspeito, embora tenha liberdade de locomoção, deve cumprir algumas condições e sofrer limitações e restrições em seus direitos. (FEITOZA, 2010, p. 934)

A mudança com o novo art. 310 foi mesmo nominal, pois a manutenção do suspeito custodiado passa a se chamar prisão preventiva e não mais prisão em flagrante. As características essenciais desse prolongamento do tempo de cárcere antes de sentença definitiva não se alteraram, o que demonstra que, desde antes, na decisão sobre a manutenção ou não de prisão cautelar, o juiz já era obrigado a analisar os mesmos aspectos da prisão preventiva na prisão em flagrante custódia. Do ponto de vista formal, os requisitos eram e continuam sendo os mesmos.

### **2.3 Comparações com a prisão preventiva**

Como agora o Código diz expressamente que a prisão posterior ao flagrante é preventiva, cabem breves linhas sobre o instituto, que também sofreu algumas alterações pela Lei 12.403.

Fernando da Costa Tourinho Filho, em seu manual de “Processo Penal” toma emprestada de Arturo Zavaleta (*apud* TOURINHO FILHO, 1998, p. 463) a seguinte definição para a prisão preventiva:

[...] medida precautória de índole pessoal, criando para o indivíduo sobre o qual recai um estado mais ou menos permanente de privação de liberdade, suportada em estabelecimento adequado e é decretada pelo Juiz competente no curso de uma causa, contra o imputado, com o único objetivo de assegurar sua presença em juízo e garantir eventual execução da pena. Podemos acrescentar outros objetivos: a garantia da ordem pública e a preservação a instrução criminal.

Após a Lei 12.403, a lei processual passou a listar como fundamentos da prisão preventiva, além da garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, o descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º, do CPP). Com isso apenas se acrescentou a última hipótese às quatro que já eram previstas.

A doutrina costuma definir a ordem pública como paz, tranqüilidade social. Tourinho Filho (1998, p. 475) entende-a como “estado de legalidade normal em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam sem constrangimento ou protesto”. Nucci (2009, p. 626) afere esse requisito por intermédio do binômio “gravidade da infração + repercussão social”, ou seja, autoriza a cautelar a simples gravidade de um crime que, ao ser divulgado, gere sentimento de revolta ou medo na população. Por serem todas explicações dotadas de baixa densidade, deixando amplo espaço de interpretação ao aplicador, praticamente a unanimidade dos manuais costuma exemplificar que situações constituem risco à ordem pública. Os mais clássicos casos são o cometimento de novas infrações, a apologia ao crime, a reunião em quadrilha ou bando e há ainda quem aceite a reiteração criminosa, o clamor público (a comoção de multidões que pressionam o Judiciário e Sistema Penal a tomar uma providência contra o suposto ofensor) e até a absurda proteção do acusado contra a vingança perpetrada pela vítima ou pela família da vítima. (NUCCI, 2009; TOURINHO FILHO, 1998).

A proteção da conveniência da instrução criminal evita que o acusado aja de modo a perturbar a colheita de provas. Novamente recorre-se a um rol de condutas autorizadas da prisão processual como a “ameaça às testemunhas, a investida contra provas buscando desaparecer com evidências,

ameaças ao órgão acusatório, à vítima ou ao juiz do feito, a fuga deliberada do local do crime, mudando de residência ou de cidade, para não ser reconhecido nem fornecer sua qualificação” (NUCCI, 2009, p. 631), além da ameaça a peritos e o aliciamento de testemunhas falsas (TOURINHO FILHO, 1998, p. 476).

Na circunstância “asseguração da aplicação da lei penal”, muitos autores sequer explicam a expressão, pulando direto aos exemplos. Nucci (2009, pp. 632-633) ilustra a fuga da cidade ou do país com o objetivo de não se ver constrangido por eventual sentença condenatória, assim como a não localização do acusado no distrito de culpa.

A garantia da ordem econômica é pouco comentada pelos doutrinadores pátrios, pois afirmam que geralmente é uma subespécie da garantia da ordem pública, a qual muitas vezes é preferida em lugar daquele. Foi incluída pela Lei Antitruste de 1994 para evitar crimes praticados contra a “produção, distribuição e consumo de bens e serviços” (FEITOZA, 2010, p. 893).

As explicações acima sobre as circunstâncias da prisão preventiva são aceitas pela maioria da doutrina e utilizadas pelos tribunais, inclusive pela Corte Suprema, mas aqui se assume a mesma posição de Lopes Jr. e de Maria Lúcia Karam, que consideram inconstitucionais as prisões preventivas fundadas na garantia da ordem pública e na garantia da ordem econômica. Ambos alegam que, além da imprecisão terminológica violadora do princípio da taxatividade, há uma antecipação da pena, quando se cumprem as funções de prevenção geral e especial, de retribuição, de exemplaridade e de fim do sentimento de impunidade. Tais objetivos violam a presunção da inocência, por punirem antes de uma sentença condenatória, ultrapassando muito os limites que se impõem a uma medida cautelar, que só pode se destinar a proteger o próprio processo em si, seu regular prosseguimento e o atingimento de sua finalidade (KARAM, 2007, *online*; LOPES JR., 2005)<sup>1</sup>.

Vale a pena destacar o art. 316, segundo o qual a prisão preventiva somente pode subsistir se os motivos que a ensejaram também subsistirem, tenha a preventiva se iniciado depois de um flagrante ou não. Mesmo antes da alteração, a

---

<sup>1</sup> Acatando-se os argumentos acima expostos, os casos ilustrativos a serem trabalhados no próximo capítulo dirão respeito a manutenções de prisão em flagrante baseadas no fundamento da conveniência da instrução criminal e da assegurar da aplicação da lei penal. Da mesma forma, os exemplos de prisão preventiva inseridos a título de comparação com a prisão em flagrante terão os mesmos motivos.

doutrina já entendia que a prisão-custódia pós-flagrante só poderia se manter enquanto subsistissem os fundamentos que a ensejarem, enquanto necessária. É o que se conclui do seguinte trecho de Tourinho Filho (1998, p. 457):

Aliás, na Exposição de Motivos do projeto que se converteu na Lei n. 6.416, de 24-5-1977, há duas passagens que revelam e traduzem, de maneira eloqüente, que a prisão em flagrante ficou tolerada nos casos de extrema necessidade, o que mais lhe realça o caráter de medida cautelar: "... De igual modo, procedeu-se quanto à prisão provisória, a ser utilizada somente quando e na medida em que for necessária aos interesses da Justiça, à segurança social e à ordem pública"... "Quanto à prisão provisória ... principalmente a prisão em flagrante ... foi ela reduzida ao mínimo indispensável à garantia dos interesses da Justiça, à segurança social e à ordem pública..."

Se antes eram evidentes as diferenças entre a prisão-captura e a prisão-custódia na prisão em flagrante, hoje ainda é importante ressaltar que permanecem as particularidades da prisão flagrancial em relação à preventiva, embora guardem estreita relação decorrente da sucessão que ocorre entre elas no tempo. Isso foi parcialmente demonstrado com a leitura dos dispositivos legais acima, mas é preciso aprofundar as peculiaridades de cada uma.

A própria Constituição excepciona a prisão em flagrante da necessidade de ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, até por ser incompatível com sua finalidade. Portanto, não há que se falar em *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* no momento da captura da prisão em flagrante. O que se exige é a visualização de alguém no momento em que esteja em circunstâncias de local, tempo e modo que a tornem suspeita de ter cometido delito, na forma do art. 302 do CPP. A prisão preventiva, por sua vez, precisa dos dois pressupostos para ser legítima, como a generalidade das medidas cautelares. Sob a redação anterior do art. 310, entendia-se que a prisão-captura não precisava atender aos dois pressupostos, mas apenas a prisão-custódia devia atendê-los.

O *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* correspondem ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora* do processo civil, respectivamente, no processo penal.

O requisito do *fumus comissi delicti* se traduz na presença de um fato aparentemente punível, de um crime provado juntamente com indícios suficientes de autoria. Deve haver probabilidade, em vez de simples possibilidade, de que o réu seja futuramente condenado, de modo que as teses que afirmam sua culpabilidade sejam mais fortes que as que afastam sua condenação. Na prisão em flagrante, o *fumus* é quase que automaticamente uma decorrência da situação em

que o suspeito é encontrado, mas apenas é analisado mais profundamente na fase judicial, ou seja, quando se decide sobre a manutenção do encarceramento, não no momento inicial administrativo.

Lembrando que o *fumus comissi delicti* não se restringe à avaliação de tipicidade, mas passa também pela análise de ilicitude e culpabilidade, cabe à acusação demonstrar a verossimilhança da ocorrência do crime e cada um dos seus elementos. Em outras palavras, não basta que a acusação prove a ocorrência de um fato típico nem é papel da defesa afastar a ilicitude e a culpabilidade, mas da acusação de evidenciá-las ao máximo. Nas palavras de Aury Lopes Jr. (2005, p. 192):

A probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao *vero*, verdadeiro) de todos os requisitos positivos e, por conseqüência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito. Interpretando as palavras de CARNELUTTI, requisitos positivos do delito significa prova de que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável. Além disso, não podem existir (no mesmo nível de aparência) causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, ...) ou de exclusão da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição, etc).

Assim, se o flagrante recaiu sobre fato típico, mas o acusado aparentemente agiu sob a proteção de excludente de ilicitude, a liberdade provisória deve ser concedida nos termos dos arts. 310 e 314.

O fundamento do *periculum libertatis* precisa ser demonstrado em cada caso concreto como “situação de perigo criada pela conduta do imputado” ao regular desenvolvimento do processo, não como risco de demora prejudicial e irremediável na prestação jurisdicional, como seria o *periculum in mora* no âmbito cível. Essa situação de perigo pode ser exemplificada pela tentativa de fuga e pela ameaça às testemunhas. É essencial que não haja alternativa menos gravosa que a limitação da liberdade para cessar essa situação e que o prejuízo ao processo seja demonstrado na prática, impedindo prisões que decorram somente da subsunção de um fato a uma hipótese genérica. Sobre a necessidade de se evidenciar o *periculum libertatis* em cada caso concreto, diz Karam (2007, *online*):

A decretação ou a manutenção de qualquer prisão provisória sempre depende da demonstração de sua necessidade enquanto único meio de prevenir comprovada situação de risco a uma eventual realização ou satisfação futura da pretensão punitiva veiculada no processo de conhecimento. Conseqüentemente, sempre depende do exame de fatos relacionados ao caso concreto. Já por isso a lei não pode estabelecer prisões provisórias obrigatórias, nem pode proibir genericamente a liberdade provisória, para todos os casos de acusações fundadas na alegada prática de determinado tipo de crime.

O *periculum libertatis* não é avaliado no momento do flagrante, não só pelo pouco tempo de que dispõe o executor no calor dos acontecimentos, mas principalmente porque aí o que se avalia é o perigo que a liberdade do autor dos fatos representa para o bem jurídico com o prosseguimento na sua empreitada criminosa. O perigo ensejador da preventiva, porém, é de outro tipo, dirigido contra o processo, a aplicação do direito penal, a ordem pública ou a ordem econômica, ou seja, o *periculum libertatis* na prisão preventiva deve ser investigado de acordo com o art. 312 do CPP, igualmente ao que ocorria com a antiga prisão-custódia.

#### **2.4 Prisão-captura X Prisão-custódia**

Conforme já exposto, antes de a Lei nº 12.103 alterar o art. 310 do CPP, era necessário distinguir entre a prisão-captura e a prisão-custódia, ambas espécies dentro da prisão em flagrante. Após essa alteração, pouca coisa na prática mudou além de nomenclaturas: as observações que valiam para a prisão-captura passam a se aplicar à prisão em flagrante e aquelas que diziam respeito à prisão-custódia aplicam-se agora à prisão preventiva. É importante fazer esse paralelo para que se saiba que os estudos que serão feitos aqui são úteis tanto para decisões anteriores à recente alteração, quanto para as posteriores.

Como a elaboração do presente trabalho se baseou em obras publicadas antes da edição da referida lei, a qual foi promulgada após o início deste, preferiu-se usar a nomenclatura da antiga divisão - prisões em flagrante do tipo captura e do tipo custódia -, até porque os acórdãos do capítulo seguinte surgiram antes da inovação legal.

A maioria dos autores não distinguia as etapas da prisão em flagrante com as denominações captura e custódia, pois apenas descreviam a

seqüência de atos segundo a ordem dos artigos do CPP, sem marcar a existência das distinções entre ambas. Outras vezes, os manuais diferenciavam as fases com outras designações. As linhas abaixo dedicam-se a individualizar cada uma delas.

Por sua elogiável didática nesse ponto, inicia-se com os ensinamentos do professor Romeu Pires de Campos Barros, em seu livro “Processo Penal Cautelar”, onde expressamente divide a prisão em flagrante em dois momentos sucessivos, utilizando para tanto das expressões prisão-captura e prisão-custódia, adotadas como parâmetros daqui em diante. A primeira é definida como meio de tutela, uma coação destinada a proteger um interesse da vida social e com a função indireta de garantir a fase investigatória da persecução penal. Daí porque ele a considera medida pré-cautelares, apta a garantir a medida cautelar propriamente dita, que é a prisão-custódia. Somente na prisão-custódia, após a análise judicial quanto à manutenção do cerceamento do direito, haveria verdadeira cognição cautelar e aí sim seria possível falar-se do *periculum in mora*, como fundamento da antecipação de uma situação processual futura sob risco, e do *fumus boni iuris*, como a probabilidade de que essa situação processual seja confirmada na sentença.

Nucci, por sua vez, ao discorrer sobre o primeiro momento da prisão, o administrativo, que corresponde à prisão-captura, diz que o *fumus boni iuris* estaria satisfeito com a aparência de tipicidade averiguada, sem valorações acerca da ilicitude e da culpabilidade. Já o *periculum in mora* seria presumido quando da visualização de uma infração penal em pleno desenvolvimento, mas que deve ser cessada em prol da ordem pública e do respeito às leis. Na fase correspondente à prisão-custódia, que ele chama de jurisdicional, o juiz analisaria os mesmos elementos para decidir sobre a manutenção da prisão (NUCCI, 2009, pp. 602-603). Essa é uma posição minoritária na doutrina, pois, em geral, não se fala de *periculum in mora* e *fumus boni iuris* no momento do flagrante, mas apenas quando o juiz analisa a manutenção do encarceramento. Até é possível dizer que o agente que prende alguém em flagrante deve verificar se se trata de fato típico que precisa ser interrompido imediatamente, mas parece exagero falar que esse gênero de cognição chegue a ser uma avaliação sobre os requisitos da medida cautelar.

Lopes Jr. (2005, pp. 214-215) subdivide o instituto em uma prisão pré-cautelares e uma autenticamente cautelar:

Com este sistema, o legislador consagrou o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante. Como explica BANALOCHE PALAO, o flagrante – ou *la detención imputativa* – não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar. Por isso, o autor afirma que é uma medida independente, frisando o caráter instrumental e ao mesmo tempo autônomo do flagrante.

A instrumentalidade manifesta-se no fato de a prisão em flagrante ser um *instrumenti dello instrumento* da prisão preventiva; ao passo que a autonomia explica as situações em que o flagrante não gera a prisão preventiva ou, nos demais casos, em que a prisão preventiva existe sem prévio flagrante.

A prisão pré-cautelar, equivalente à captura, conta com a certeza visual de um fato típico, autorizando a sua realização sem maiores averiguações quanto à ilicitude e à culpabilidade, com o objetivo de deter o autor na ação delitiva por particulares e autoridades públicas. A precariedade no fundamento da medida impõe que ela tenha a menor duração possível, não ultrapassando o prazo legal de 24 horas, e que sua legalidade seja analisada por um juiz.

A prisão em flagrante cautelar, por sua vez, é equiparada à prisão preventiva, dependendo a autorização daquela da presença das mesmas circunstâncias desta. Iguale-se à anteriormente explicada prisão custódia, nela se verificando a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis* e determinando a liberdade provisória, caso ausentes o requisito do *fumus* ou o fundamento do *periculum*. Porque essa cautelar se aproxima mais da prisão preventiva, em vez da pré-cautelar, jamais pode ser determinada sem motivação, de forma automática. Além do mais, o art. 310 do CPP exige a demonstração dos requisitos da preventiva para que a prisão em flagrante possa ser mantida (LOPES JR., 2005, pp. 216-218).

Karam (2007, *online*) tangencia o assunto ao referir-se à prisão administrativa, não decorrente de ordem judicial, e à prisão decorrente de uma tal ordem. A administrativa é coerção excepcionalíssima que só pode ocorrer em situação de evidente ataque em curso a bem jurídico, em caso de urgência, com a finalidade de impedir o dano. Seu fundamento é a garantia da ordem pública, da paz social. Já a prisão que decorre de apreciação judicial, diversamente da anterior, é considerada medida cautelar, de natureza provisória, dependente da demonstração de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* no caso concreto e destinando-se a afastar um risco, como qualquer outra cautelar.

A diferença de requisitos a serem atendidos em cada fase – a mera visualização do fato típico na prisão-captura e a probabilidade de que um crime, com seus elementos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, tenha sido cometido somada à necessidade de cerceamento do convívio social na prisão-custódia – se justifica pelas diferentes finalidades das subespécies, como se verá a seguir.

## 2.5 Funções da prisão em flagrante

Poucos estudiosos se debruçam sobre as funções da prisão em flagrante, embora seja possível encontrá-las por meio de leitura mais aprofundada de seus escritos. Nucci (2009, pp. 602-603), por exemplo, restringe-se a dizer que ela assegura a colheita da prova da autoria e da materialidade, sendo útil para a formação da verdade no processo penal, além de ser meio pelo qual as pessoas comuns podem exercer a cidadania e fazer a lei de seu país ser cumprida, cessando a prática de um delito. Obviamente, aí refere-se ao primeiro momento da prisão em flagrante, à captura, uma vez que fala da colheita de provas e de execução por cidadão.

Barros, por sua vez, enumera diversas finalidades, sem dizer se cuida da prisão-captura ou da prisão-custódia, apesar de isso ser dedutível pelo contexto. As funções associáveis à prisão-captura são servir de evidência (mais que a mera aparência) probatória ao processo; “satisfazer a opinião pública, devido à pronta e eficaz intervenção do órgão estatal”; tutelar um bem jurídico no momento em que o fato coloca o bem em risco; servir de tutela cautelar mediata, antecedendo a prisão-custódia; servir aos fins de justiça, por meio da imposição do poder de supremacia do Estado e do exemplo de sua atuação, em outras palavras, promover a autodefesa do direito estatal; prestar-se seu auto como *notitia criminis* a provocar a atuação do MP. Já a importância da prisão-custódia é, na visão do mesmo autor, evitar a fuga do acusado, desordens, represália do ofendido e seus parentes contra o ofensor, e servir de cautela dentro do processo, de maneira similar à prisão preventiva, para garantir a presença do acusado aos atos processuais e o cumprimento da pena que lhe seja imposta. (BARROS, 1982, pp. 118-145).

Castelo Branco elenca como ato extra ou pré-processual a notícia do crime fornecida pela prisão realizada administrativamente e a certeza sobre autoria e materialidade do crime (ou melhor, do fato típico) no instante de sua constatação para a para a formação do convencimento do juízo, configurando-se, portanto, como funções da prisão-captura. Ao tratar da concessão ou não da liberdade provisória, portanto, já na prisão-custódia, enumera como requisitos do encarceramento, citando trecho de Rogério Lauria Tucci (*apud* CASTELO BRANCO, 1984, p. 192):

[...] c) garantia da ordem pública, “medida de segurança processual, tomada nos casos em que o réu ameaça consumir o crime apenas tentado ou cometer outros” (cf. Hélio Tornaghi, Instituições de processo penal, 2. Ed., São Paulo, 1978, v. 3, p.336), ou, ainda, e. g., quando, em verdadeira convulsão social, pretender a comunidade, ou parte dela, até mesmo diminuta, realizar a justiça de mão própria contra o culpado; conveniência da instrução criminal, sempre que possível, por qualquer modo, a obstaculização da colheita dos elementos comprobatórios da verdade material, como, por exemplo, o aliciamento ou a atemorização de testemunhas; ou assecuração da aplicação da lei penal, com vistas voltadas para o resguardo, por antecipação, do resultado do processo em andamento, evitando-se a frustração da execução da sentença condenatória.

Tornaghi (1963, v.1, p. 471), ao explicar a prisão de alguém no instante do flagrante delito, afirma que a importância maior do ato, que se enquadra como prisão-captura, está no fornecimento da prova de autoria de um crime e no seguinte:

Já a prisão em flagrante tira seu valor não só do interesse em dar relêvo à flagrância, como também do fato de que ela, a prisão, nessas circunstâncias, tem um tríptico efeito:

- 1) A exemplaridade: serve de advertência aos maus;
- 2) A satisfação: restitui a tranquilidade aos bons;
- 3) O prestígio: restaura a confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade.

Eventualmente, a prisão em flagrante logra ainda:

- A) Frustrar o resultado, evitando a consumação do crime ou, pelo menos o seu exaurimento;
- B) Proteger o próprio preso contra a exasperação do povo. [*sic*]

Lopes Jr. aponta apenas uma função para a prisão em flagrante pré-cautelar, que é, não garantir o resultado final do processo, mas colocar o detido à disposição do juiz para que este decida sobre a prisão cautelar propriamente dita. A prisão cautelar se destina a tutelar aquelas situações fáticas do art. 312 do CPP: a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal e a aplicação da lei penal. Por considerar inconstitucionais os fundamentos da ordem pública e da ordem econômica, defende que a finalidade da prisão em flagrante cautelar só pode ser assegurar a eficácia do processo de conhecimento, sendo “instrumento do

instrumento processo”. Apenas indiretamente auxilia na efetivação do direito material, pois isso é função imediata do processo de conhecimento (LOPES JR., 2009, pp. 201-203 e 213-215).

Em Karam (2007, *online*), a função de impedir os efeitos do ataque ao bem jurídico no momento em que é perpetrado só pode se referir à prisão-captura, enquanto a prisão decorrente de ordem judicial está voltada a viabilizar a satisfação prática do direito alegado ou a ser alegado na ação penal.

A finalidade de cessação urgente da agressão a um bem jurídico na prisão-captura e a finalidade de acautelar o processo e sua utilidade na prisão-custódia são compatíveis com os tipos de apreciação dos fatos que acontecem em cada uma dessas fases: uma pouco rigorosa e outra mais completa, em que se pesa o direito de liberdade contra a persecução penal.

## 2.6 Espécies de apreciação do fato típico

Luciano Caseiro, no primeiro capítulo de sua obra, apresenta dois gêneros pelos quais um fato considerado criminoso pode ser apreciado: um moral e outro jurídico, que, por sua vez, se subdivide em quatro espécies, três preliminares e uma definitiva. Diz sobre o exame moral:

O fato considerado como crime, mal que se apresenta à comunhão social, mister é, sempre de duas apreciações: uma delas é de ordem moral; a outra de ordem legal ou jurídica. A primeira apreciação se apresenta por um juízo rude, grosseiro, sem fomentos de ordem científica. Juízo singular ou coletivo, designando tanto um como outro, uma opinião. Advém do conhecimento direto ou indireto do mal à sociedade. Do mal ou do possível mal, que à primeira vista é sempre mal: imprensa, comentários e às vezes, o próprio testemunho. Como se disse, essa apreciação representa uma opinião rude, sem qualquer esboço de verificação científica. Geralmente essa opinião se volta para a incriminação do fato, vendo, como vê, e tão somente, o mal ocasionado à comunhão social pelo advento do fato. Por outro lado, a incriminação natural do fato se prende à comoção da opinião dos apreciadores, provocada pelo mal objetivo apresentado.

A segunda espécie de apreciação, a de ordem legal, ou jurídica, se estriba mais na verificação científica. Tanto mais será próxima dessa verificação, quanto melhor fôr apreciada pelo apreciador. A melhor apreciação, dado que deve se aproximar da melhor apreciação científica, dependerá do maior número de elementos de prova e da melhor verificação desses elementos. A melhor verificação, por sua vez, se equaciona na melhor “cultura especializada” do apreciador. [*sic*] (CASEIRO, 1967, pp. 17-18)

O que caracteriza uma apreciação jurídica é o fato de a lei lhe conferir efeitos jurídicos e não sua qualidade, pois pode haver uma variação considerável de profundidade de análise, dependendo da fase processual em que se encontra. A mais precária de todas é aquela realizada por um leigo e fortemente contaminada pelas emoções do momento do flagrante:

A apreciação do flagrante delito, das jurídicas é a mais falha, e a que mais se aproxima da análise rude e mais se afasta da exatidão científica; não somente porque o apreciador, em razão da premência da apreciação se isola de qualquer elemento de prova, como inclusive ao apreciador, não é obrigatória a qualidade de “culturalmente habilitado”, e como também, além de tudo, não estará ele isento de das comoções sentimentais, próprias da visão do fato, visto aprioristicamente como mal à sociedade. Quando se faz referência à não obrigatoriedade de habilitação cultural ao apreciador do flagrante, é evidente, que não se quer fazer menção à autoridade policial que referenda o ato. Esta, mais classifica o fato bruto, para usar a expressão de Roberto Lyra Filho, que por sua vez adaptou e simplificou a nomenclatura de Brichetti, do que propriamente aprecia o flagrante delito. Esta apreciação pode ser feita e normalmente é feita nos próprios termos da lei, “por qualquer do povo”, ou por agentes de autoridade policiais”. O “fato bruto”, quando chega ao conhecimento da autoridade que o classificará, com ou sem, os exageros, do mencionado erudito professor, já se encontra esmerilhado pela apreciação anterior. Normalmente o esmerilhamento é procedido com água suja. Em vista de sua natureza, pode-se dizer que essa apreciação se destina exclusivamente à observação do fato considerado como crime em seu aspecto puramente externo. É a mais falha e como se disse a que mais se afasta da exatidão científica mesmo porque, às vezes, chega a confundir-se com a apreciação de ordem moral. É pois apreciação primária e incipiente. [sic] (CASEIRO, 1967, pp. 19-20)

Pelas características apontadas, percebe-se que o autor discorre sobre a prisão que aqui se chamou de captura. Classifica-a como apreciação provisória, da mesma forma que a decretação da preventiva. Definitiva é somente a apreciação na sentença ou no acórdão.

Graduando as quatro apreciações jurídicas, Caseiro considera que a prisão em flagrante tem a mais precária, por prescindir de análise por um conhecedor do direito; aquelas da decretação da preventiva e da sentença de pronúncia são intermediárias, pois, apesar de decorrerem de apreciação judicial, aí o magistrado dispõe de apenas alguns dados em que se fundar; já a apreciação na sentença ou acórdão é a melhor, por ser realizada por um magistrado e por disponibilizar todos os elementos de prova possíveis. Observa-se, portanto, que a prisão acima descrita como custódia está mais próxima da preventiva, já que também realizada por juiz e em fase anterior à sentença ou acórdão.

Parece bastante lógico que a urgência do momento não possibilite uma apreciação mais detalhada no momento da captura e prudente que não se exija

mais que a verificação da existência de um fato típico nesse primeiro momento, até porque a coação passa necessariamente por um controle judicial da fase seguinte. Afastado o perigo ao bem jurídico, a apreciação judicial acerca da necessidade de se manter o suspeito custodiado pode ser mais completa e zelosa, abrangendo mais que o elemento do crime facilmente identificável (a tipicidade). Nessa segunda fase, o magistrado tem melhores condições de avaliar a completa configuração do crime, com as excludentes de ilicitude e culpabilidade; a legalidade e a necessidade da restrição do direito de ir e vir.

## **2.7 Conclusões parciais**

Após narrar as características históricas da prisão em flagrante, a doutrina usualmente extrai daí e do ordenamento jurídico um núcleo que define o instituto, composto pelo seguinte: a) o flagrante delito como fato desencadeador, sendo esse fato marcado pela visibilidade, atualidade e certeza quanto a seu acontecimento e a seu causador; b) a autorização para que cidadãos comuns, além de agentes estatais, possam conter o autor dos fatos e levá-lo até a autoridade policial; c) posterior conhecimento dos fatos por um magistrado, seja para confirmar a prisão, seja para avaliá-la.

Tais características dizem respeito à fase administrativa da prisão em flagrante, chamada de prisão-captura, antes do advento da Lei nº 12.403, e simplesmente de prisão em flagrante após a inovação legal. Aí, o executor da prisão, independentemente de ordem judicial fundamentada, avalia a tipicidade do fato, enquanto a autoridade policial analisa, além da tipicidade, a forma de efetivação da prisão. Suas funções principais são cessar o fato aparentemente típico para evitar consequências mais graves, embasar o início da persecução penal por meio do auto de prisão em flagrante e, principalmente, servir de instrumento para a prisão-custódia ao documentar a prova da materialidade e da autoria – não passa de medida pré-cautelar. Estende-se do momento da visualização do flagrante delito até o encaminhamento do auto de prisão à autoridade judicial. É o que se infere da leitura dos arts. 301 a 309 do CPP.

Já a prisão preventiva, que hoje engloba tanto prisão preventiva da conformação legal anterior à Lei nº 12.403, quanto a antiga prisão em flagrante custodial, é realizada pelo juiz, cuja cognição recai sobre a legalidade, a tipicidade, a ilicitude, a culpabilidade e a conveniência da prisão – cognição muito mais profunda que na outra fase, pois incide sobre o *fumus commissi delicti* e sobre o *periculum libertatis*. Essa apreciação técnica constitui cognição cautelar sumária, ou seja, um conhecimento de tudo que se lhe apresenta de forma não aprofundada, mas que ainda exige a verossimilhança (WATANABE, 2000, pp. 125-127). É verdadeira medida cautelar, com vistas a proteger o desenvolvimento normal do processo ou a aplicação da lei penal, fundamentos que devem ser registrados na decisão fundamentada da autoridade judicial que reconhece a necessidade de encarceramento do suspeito.

Percebe-se que são tipos de prisões bastante distintos e que possuem requisitos próprios, de modo que a prisão em flagrante não pode ser automaticamente convertida em prisão preventiva, a menos que os pressupostos desta estejam presentes. Estando presentes os pressupostos da prisão preventiva, o suspeito deve receber o mesmo tratamento que os presos por decretação de preventiva resultante de flagrante, em nada podendo interferir os pressupostos da prisão em flagrante, pois, apesar de poderem se suceder no tempo, os institutos são independentes e cumprem funções distintas, por serem uma pré-cautelar e a outra, cautelar propriamente dita.

Nenhuma das duas prisões se confunde entre si, nem com um terceiro tipo: a prisão-pena. A punição só pode ocorrer após a instrução criminal e mediante a cognição mais completa, que incide sobre as “alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo” (WATANABE, 2000, pp. 58-59). Dito de outro modo, a função punitiva jamais pode estar presente na prisão preventiva, nem na antiga prisão em flagrante cautelar, porque repressão é devida a quem foi condenado definitivamente em um processo, nunca antes disso.

Se na teoria cada instituto está tudo muito bem delimitado, cabe agora averiguar se, na prática, um tipo de prisão não é tomado por outro, já que a inobservância dos respectivos requisitos pode resultar em graves violações de

garantias constitucionais, tal qual ocorre quando uma a prisão preventiva é aplicada com intuito punitivo.

### 3. A aplicação da prisão em flagrante pelo Poder Judiciário brasileiro

Conforme visto anteriormente, a prisão em flagrante e a prisão preventiva são autônomas entre si, apesar de poderem se suceder no tempo. A presença de uma não pode implicar na presença da outra necessariamente, pois o que determina sua existência é o atendimento a certos requisitos, que são diferentes para cada uma delas. Sendo assim, a existência de flagrante não poderia influenciar o prolongamento da limitação da liberdade, com a decretação da prisão preventiva ou da prisão em flagrante custodial, segundo o formato anterior da lei. Não é, porém, o que curiosamente se verifica na prática, pois se constata haver diferenças nas decisões sobre a manutenção do encarceramento quando ele se iniciou após um flagrante.

#### 3.1 Constatações apresentadas em pesquisas anteriores

Em inovador estudo acerca da violação do princípio da presunção de inocência nas prisões provisórias, Fabiana Costa Oliveira Barreto apresentou dados e conclusões que contradizem toda essa lógica da independência entre a prisão em flagrante e a prisão preventiva. Sua pesquisa documental recaiu sobre os processos relativos a furtos, distribuídos entre 2000 e 2004, em Belém, Recife, Distrito Federal, São Paulo e Porto Alegre, apresentando como um de seus resultados, o seguinte:

(Em %)

Tipo de Prisão	REC	BEL	DF	SÃO	POA
<b>Flagrante</b>	<b>75,2</b>	<b>90,8</b>	<b>68,9</b>	<b>91,1</b>	<b>81,6</b>
<b>Preventiva cumprida</b>	<b>1,4</b>	<b>1,7</b>	<b>1,5</b>	-	-
Preventiva não-cumprida	0,2	-	2,0	-	-
Não houve prisão	23,2	7,5	27,6	8,9	18,4
Total	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Fonte: TJPE, TJPA, TJDFT, TJSP, Susep RS  
Elaboração própria

Os dados contidos na tabela 12 demonstram que a grande maioria das prisões provisórias resulta do flagrante e que é insignificante o número de prisões preventivas decretadas. De fato, em duas cidades não foram

encontradas ocorrências de prisão preventiva (Porto Alegre e São Paulo) e em nenhuma delas o número de preventivas decretadas superou o percentual de 2%.

É relevante ainda destacar que na maioria dos casos, a preventiva foi motivada pelo dispositivo previsto no art. 366 do Código de Processo Penal. Do total de 36 prisões preventivas decretadas em todas as localidades pesquisadas (cumpridas ou não cumpridas), 23 foram motivadas pela aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal e uma porque o réu não compareceu a audiências.

Esse fato revela que quando a investigação é iniciada por portaria que instaura o inquérito policial a prisão provisória não acontece, de forma que se pode concluir que é a existência do flagrante que motiva a prisão e não a presença dos requisitos de garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.

**Os casos em que não houve flagrante não diferem significativamente daqueles em que houve, seja quanto ao valor e tipo dos bens furtados, seja pelo perfil dos réus, que possuem características semelhantes, especialmente no que diz respeito à reincidência. Se não há diferença substancial entre esses dois grupos, a explicação para a grande concentração da prisão provisória entre os réus que foram autuados em flagrante é o caráter automático dessa prisão e não a observância estrita dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.** (BARRETO, 2007, pp. 64-65, grifos nossos)

Os fatos acima ainda são corroborados por outros, obtidos na pesquisa “Roubo e furto no DF: avaliação da efetividade das sanções não privativas de liberdade”, coordenada também por Fabiana Costa Oliveira Barreto e por Ela Wiecko Volkmer de Castilho e destinada a estudar os efeitos das penas não privativas de liberdade sobre os direitos de réus, vítimas e sociedade em geral. Com esse intuito, o primeiro capítulo da referida pesquisa examinou os processos relativos a crimes de furto e roubo distribuídos no DF entre 1997 e 1999, revelando os dados abaixo:

**Tabela 10 – Furto: tipo de prisão provisória**  
(Em %)

<b>Tipo de prisão provisória</b>	<b>Porcentagem</b>
Flagrante	75,69
Preventiva cumprida	1,39
Preventiva não cumprida	0,69
Não houve prisão	20,83
Não Informado	1,39
<b>TOTAL</b>	<b>100,00</b>

Fonte: processos do TJDF que compuseram a amostra da pesquisa  
Elaboração própria

**Tabela 11 – Roubo: tipo de prisão provisória**  
(Em %)

Tipo de prisão provisória	Frequência	Porcentagem
Flagrante	165	48,67%
Preventiva cumprida	64	18,89%
Preventiva não cumprida	7	2,06%
Não houve prisão	100	29,50%
Não Informado	3	0,88%
<b>TOTAL</b>	<b>339</b>	<b>100,00%</b>

Fonte: processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa  
Elaboração própria

(BARRETO; CASTILHO, 2008, pp. 38-39, grifos das autoras)

Em todos os quadros selecionados, portanto, a quantidade de presos por flagrante foi muito maior que a quantidade de presos por preventiva. Como a prisão em flagrante engloba a prisão-captura e a prisão-custódia, para a correta comparação com a prisão preventiva, resta saber qual a proporção das prisões em flagrante acima foi de custódias, essas sim, de requisitos semelhantes à preventiva, como demonstrado no segundo capítulo. Tais informações podem ser novamente obtidas na tese de mestrado de Barreto sobre os casos de furto e, para chegar até elas, utilizou-se a lógica do art. 306 do CPP c/c o art. 310 da mesma lei: se o auto de prisão em flagrante deve ser encaminhado ao juiz em até 24 horas depois da captura para que se analisem tanto a legalidade do ato administrativo quanto presença de excludentes de ilicitude e necessidade da custódia, a prisão decorrente de flagrante que ultrapassa esse prazo já pode ser considerada como custódia. A partir do raciocínio acima, concluiu-se:

Tabela 3 – Distribuição de flagrantes por tempo de prisão

Tempo de prisão	REC	BEL	DF	SÃO	POA
0 ou 1 dia	2,20	0,40	19,7	2,00	54,25
Mais de 1 dia	97,80	99,60	80,30	98,30	45,75
Total	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

(Em %)

Fonte: TJPE, TJDFT, TJSP, TJRS, Susep/RS

Elaboração própria

Os dados apresentados mostram que nas cidades de Recife, Belém e São Paulo, os autos de prisão em flagrante resultaram em prisão provisória após a comunicação à autoridade judicial na quase totalidade dos casos (Recife, 97,8%; São Paulo, 98,3% e Belém, 99,6%), no Distrito Federal em 80,3% e Porto Alegre em 45,75%.

**Essa realidade indica que no momento em que o juiz é comunicado da existência do flagrante a regra é manter a prisão, o que nos leva a concluir que o controle do flagrante realizado pelo Poder Judiciário na maioria das localidades pesquisadas, diferentemente do que dispõem as regras brasileiras, é meramente formal. Ou seja, não há decisão motivada de autoridade judicial determinando a prisão, de forma que a lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial tem sido suficiente para justificar a custódia.** (BARRETO, 2007, p. 53, grifos nossos)

A manutenção da prisão em flagrante por mais de 24 horas não é exclusividade do crime de furto, mas é sabidamente uma realidade que afeta o sistema criminal como um todo. Constantemente são veiculadas notícias nesse sentido. Abaixo um exemplo de referência da mídia a respeito de propostas do Conselho Nacional de Justiça para controlar melhor as prisões em flagrante:

Diante dos extraordinários resultados obtidos com a aplicação da Resolução 66, o Conselho se prepara, agora, para dar mais um passo no enfrentamento do problema das prisões provisórias, conferindo uma especial atenção à questão da prisão em flagrante.

(...)

Em Pernambuco, por exemplo, constatou-se que **40% dos presos provisórios entraram na cadeia pela prisão em flagrante. Destes, uma grande parte já deveria ter sido solto no momento do flagrante**, ou porque cometeram pequenos delitos classificados como de bagatela, ou porque estavam sujeitos a penas restritivas de direito ou por que, se condenados, tinham direito de cumprir a pena em regime aberto.

Para o juiz Erivaldo Ribeiro dos Santos, que atua na coordenação dos mutirões carcerários, a situação de Pernambuco é apenas uma amostra do que acontece em todo o país e revela a gravidade da situação. Para ele, **todo juiz quando recebe um pedido de prisão em flagrante, tende a confirmá-lo na hora e depois não volta a reexaminar o caso**. “Para eles é um constrangimento soltar o preso sem julgamento”, diz.

Assim, quando a parte requer o relaxamento do flagrante, é atendida e vai para a rua, mas quando não chega o requerimento o preso fica na prisão. Com as enormes deficiências da Defensoria Pública para dar conta da demanda, e como a maioria dos flagrantes atinge a parcela menos favorecida da população, **a tendência é que essas prisões irregulares e se multipliquem, onerando de forma desnecessária todo o sistema**. (CARDOSO, 2009, *online*, grifos nossos)

O normal, então, é que se mantenham as prisões em flagrante, não apenas nos casos de furto. Se a maioria das prisões em flagrante dura mais de um dia, o número de prisões-custódia é bem superior ao número de prisões preventivas. Observe-se, oportunamente, que essa apreciação formal pelo juiz, sem exame do caso concreto e que mantém a prisão no momento da comunicação do flagrante, não configura o foco do presente estudo. Centrais aqui são aquelas situações nas quais o juiz exerce sua atividade cognitiva sobre a situação de que toma conhecimento e vai a fundo no questionamento sobre a necessidade da prisão, sendo impactado pela presença do flagrante, da maneira como a pesquisadora afirmou em sua tese de 2007, sobre o flagrante em furtos no Brasil:

A observação dos casos em que a prisão foi mantida mesmo após análise sobre sua necessidade demonstra que a existência do flagrante aumenta a probabilidade de que, ao apreciar o caso, o juiz reconheça a presença dos requisitos que justificam a manutenção da prisão e rejeite o pedido de liberdade provisória. Ou seja, **quando o réu está preso em razão do flagrante, existe uma tendência maior a que ele seja mantido custodiado, mesmo após a avaliação judicial sobre a necessidade de sua manutenção**.

A comparação dos réus que não foram flagrados com os que foram revela essa tendência.

[...]

Observa-se, portanto, que os índices de prisões mantidas por decisão judicial nos casos em que houve flagrante estão bem distantes da variação de 0 a 1,7% encontrada nos casos em que não há prisão em flagrante. (BARRETO, 2007, pp. 95-96, grifos nossos)

Aqui seria possível argumentar que o fato de os dois tipos de prisões cautelares se iniciarem de formas distintas – uma pela iniciativa de qualquer um que avistasse um suposto ilícito, outra pela decisão judicial – determinaria as diferenças quantitativas que se verificam na prática, pois o número de agentes ativos aptos a iniciar uma prisão em flagrante é muito maior que a quantidade de juízes, os únicos autorizados a ordenar uma prisão preventiva. Contra-argumenta-se, porém, que essa diferença é neutralizada pela possibilidade de a população em geral levar as notícias sobre crimes ao conhecimento das autoridades policiais, Ministério Público e do próprio Judiciário, para que este decida sobre os episódios de que se teve ciência. O que se quer dizer é que, em tese, a probabilidade de um fato supostamente delituoso chegar ao conhecimento do juiz como mera informação a ensejar ou não a decretação da preventiva é a mesma de chegar sob a forma de uma prisão em flagrante, já que a população em geral é apta tanto a informar quanto a prender em flagrante. Ainda hipoteticamente falando, o lógico seria o número de preventivas ser maior que o número de flagrantes, pois é muito mais fácil ao cidadão comum apenas relatar fatos às autoridades que realizar uma prisão em flagrante, até porque a probabilidade de visualizar um ilícito no exato momento de sua ocorrência ou em circunstâncias equiparadas é bem menor que a probabilidade de saber sobre ele antes ou depois de sua ocorrência.

Outra objeção seria a de que os maiores números de prisões provisórias decorrentes de flagrante resultariam das manutenções meramente formais descritas anteriormente. No entanto, demonstrar-se-á a seguir que também as decisões que apreciam verdadeiramente a necessidade da medida são grandes responsáveis pelas elevadas estatísticas de prisões em flagrante.

### **3.2 Análise de casos concretos**

As referências citadas na seção anterior constituem sinal de que os juízes, quando instados a se manifestar, são mais rigorosos quanto à observância dos requisitos do art. 312 na prisão preventiva que na custódia da prisão em flagrante. Tal constatação também pode ser feita a partir da comparação do conteúdo de decisões sobre um e outro tipo de prisão. Com esse intuito, selecionaram-se alguns acórdãos proferidos em *habeas corpus*, retirados de sítios eletrônicos de tribunais pátrios.

Como os trabalhos anteriormente abordados contêm dados estatísticos confiáveis sobre os tipos penais de furto e roubo, os quais, juntos, respondem por 180220 presos, dentre provisórios e definitivos, dos 428713 existentes em todo Brasil (2010, *online*) em 2010, ou seja, aproximadamente 42% da população carcerária, os casos analisados a seguir também tratarão desses crimes. Assim, considerando-se que a maioria dos acusados passa por alguma espécie de prisão provisória, as conclusões aqui obtidas indicam a realidade de boa parte dos presos brasileiros, ainda que se pressuponha sua aplicabilidade restrita aos dois tipos, com exclusão de outros.

Primeiramente, serão analisados três acórdãos que abordam situações muito semelhantes, mas resultam em decisões opostas. Tratam de casos de furto, o terceiro crime que mais gera encarceramento no Brasil (segundo dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Brasil, 2010, *online*)). Todos eles foram retirados do sítio do Superior Tribunal de Justiça (STJ), corte escolhida por julgar ações oriundas de todas as partes do país, o que permite, simultaneamente, analisar a maneira de julgamento encontrada em outros tribunais de segunda instância, e por ser tribunal superior, portanto, parâmetro para os demais. Apesar de não ser a última instância decisória do país, segue com razoável fidelidade as orientações do Supremo Tribunal Federal (STF) e tem a vantagem de conseguir julgar, até pela maior quantidade de ministros, muito mais processos, com maior diversidade de casos, viabilizando os fins do presente estudo ao elevar a probabilidade de se encontrarem fatos semelhantes para serem comparados. A conveniência na escolha dessa corte abrange também aquela exposta na dissertação de mestrado de Marina Quezado Grosner (2008, p. 15, grifos nossos), sobre a seletividade criminalizadora promovida pelo tribunal dentro do sistema penal:

O interesse pelo estudo do fenômeno, objeto do presente trabalho, está, também, no fato de que o STJ desempenha um papel muito importante na criação da jurisprudência criminal brasileira. O Tribunal concentra, em si, o julgamento de *habeas corpus* impetrados contra acórdãos de todos os tribunais estaduais e federais do país, conforme previsto em sua competência constitucional, e suas decisões concessivas, na sistemática dos recursos previstos, tornam-se praticamente definitivas. Portanto, seus juízos excludentes têm, realmente, efetividade prática e balizam os juízos seletivos de outros operadores no Poder Judiciário brasileiro.

De qualquer forma, a seleção realizada no STJ pode **indicar um perfil da seleção que ocorre nos outros tribunais do país, permitindo uma compreensão do funcionamento do controle penal operado através das ordens de *habeas corpus* como um todo.**

A seleção de casos na página eletrônica da Corte começou por meio de busca de acórdãos proferidos entre os anos de 2001 e 2011, período abrangente e recente, com as palavras “furto prisão flagrante fundamentação habeas corpus na sentença não excesso”. As exclusões das palavras “sentença” e “excesso” visaram ao refinamento da pesquisa, à qual não importavam decisões que discutissem outros argumentos para a liberação do paciente, a não ser a fundamentação da prisão de acordo com o art. 312 do CPP, nem casos já sentenciados, pois a condenação ou a absolvição poderia agregar outros fatores de influência à decisão sobre a prisão processual, questões estranhas ao presente estudo. Obtiveram-se 20 documentos, sendo que, em 12, o suspeito foi mantido preso; em 4, foi liberado; em 3, a ordem não foi conhecida e, no último, cuidou-se de prisão processual após sentença condenatória. Dentre as 12 decisões que mantiveram a prisão, selecionou-se aquela em que o caso foi descrito mais minuciosamente (HC 49898), especialmente quanto ao objeto furtado e quanto às características dos réus, elementos relevantes à averiguação da semelhança entre os casos.

Após a análise do primeiro caso escolhido como parâmetro, buscaram-se outros em que o bem furtado fosse o mesmo, já que esse é o elemento de maior variação entre os acórdãos. Os bons antecedentes dos pacientes não foram o primeiro critério porque aí só cabem 2 possibilidades: bons antecedentes ou não. Também não serviu diretamente como elemento de pesquisa, o estrato social do paciente porque é informação não expressa nas decisões, embora seja inferível a partir da leitura dos relatórios, do conhecimento comum sobre a realidade brasileira e de diversos estudos científicos. Levando em conta tais considerações, procuraram-se acórdãos do mesmo período com os argumentos “furto gado prisão”, com o que foram fornecidos 5 acórdãos, sendo que apenas um (RHC10968) cuidava de fatos semelhantes aos narrados no primeiro caso eleito, em relação aos agentes,

execução do crime e bens furtados. Em seguida, com os vocábulos “furto animal prisão”, resultaram 2 acórdãos, um deles analisado abaixo (HC34838) pelas mesmas razões expostas – estreitas semelhanças com os demais selecionados.

O *habeas corpus* número 49898 cuidou de subtração de dois bovinos e um eqüino por dois réus em Sergipe, tipificando-se a conduta nos art. 155, § 4º, inciso IV, e art. 288 todos do CP. Os acusados foram **presos em flagrante** presumido, na forma do art. 302, IV, do CPP. Tiveram liberdade negada pelo Tribunal de Justiça do Sergipe (TJSE), após o que impetraram *habeas corpus* perante o STJ. Na instância superior, o Ministério Público Federal (MPF) manifestou-se favoravelmente à concessão da liberdade provisória por entender que o decreto prisional estava apenas formalmente fundamentado, sem referências a fatos concretos ensejadores da medida cautelar excepcional, ressaltando ainda que, embora bons antecedentes não sejam suficientes, por si sós, a determinar a liberdade provisória, constituíam fator a ser levado em consideração. O Ministro relator, Hamilton Carvalhido, no entanto, acolheu a decisão do juízo de primeiro grau, que considerou que a liberdade dos acusados representava risco à ordem pública e à aplicação da lei penal, argumentando que “Em liberdade, podem os indiciados empreenderem fuga, dificultando a instrução criminal”, sem quaisquer outros fatos a sustentar a afirmação. Para demonstrar a urgência da medida em prol da ordem pública, o Ministro reiterou o argumento de que a comunidade clamava

“por socorro ante a ousadia de marginais que andam praticando delitos à luz do dia ou à noite. Agem com ousadia e desrespeito à lei, à ordem e à paz social. Assim, necessária e urgente a apuração de fatos como este, para que se possa punir e coibir esses crimes tão graves que abalam a comunidade, comprometendo a Ordem Pública e aterrorizando a população local.”

Sobre a primariedade e bons antecedentes dos réus, entendeu o Ministro que não representavam argumentos suficientes para desconstituir a medida cautelar, uma vez que:

A inafiançabilidade do delito, passo adiante, é expressão legal, no sistema normativo processual penal em vigor, de custódia cautelar de necessidade presumida *juris tantum*, cuja desconstituição admitida reclama prova efetiva da desnecessidade da medida, a demonstrar seguras a ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal, sendo desenganadamente do réu o ônus de sua produção (Código de Processo Penal, artigos 310, parágrafo único, 323 e 324).

[...]

Daí por que a liberdade provisória, no caso de prisão em flagrante, está subordinada à certeza da inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (Código de Processo Penal, artigo 310, caput e parágrafo único), decorrente dos elementos existentes nos autos ou de

prova da parte onerada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão HC 49898/SE. Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma. Julgado em 06/06/2006. DJe 22/09/2008. Disponível em <www.stj.jus.br.>

No presente caso, serviu de base para que o tribunal superior mantivesse a prisão em flagrante de dois réus que furtaram dois bois e um cavalo, basicamente, a possibilidade – sequer a probabilidade – de os acusados fugirem. O flagrante constituiu elemento tão convincente de culpabilidade, que a mera afirmação de que a manutenção da prisão seria necessária para tranqüilizar uma comunidade preocupada com outros crimes não imputados aos requerentes bastou para motivar a manutenção do encarceramento.

O segundo caso, um recurso ordinário em *habeas corpus* (RHC nº 10968), igualmente de Sergipe, analisou fatos bastante semelhantes aos do primeiro acórdão: réu primário, de bons antecedentes, com família e residência fixa no distrito de culpa, acusado de furto de gado em concurso de agentes; a diferença foi que **não** houve flagrante. Suspeito de ter cometido o referido crime, o paciente do remédio constitucional foi preso preventivamente, recorrendo ao TJSE, sob a alegação de que não estava presente qualquer motivo autorizador da medida cautelar. O TJSE negou o pedido de liberdade e o processo subiu ao STJ. Na Corte Superior, a prisão preventiva foi revogada porque não havia qualquer elemento concreto a evidenciar o *periculum libertatis*, já que o risco à instrução criminal não se configura com

“a mera conjectura de que o paciente poderia vir a fugir, porque outro réu assim procedeu, mostra-se totalmente insubsistente para justificar a determinação de medida tão gravosa, com a imposição da restrição da sua liberdade. Ao consignar o seu entendimento de que o réu possivelmente pretendia furtar-se da Justiça, era de rigor que o Magistrado apontasse os elementos objetivos, especificamente relacionados a Landivalter, que pudessem dar suporte lógico a apontada suspeita.” (BRASIL. STJ.Acórdão RHC 10968/SE. Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 15/03/2001, DJ 23/04/2001, p. 167, REPDJ 04/06/2001, p. 191. Disponível em <www.stj.jus.br>)

Contrariamente à postura que adotara no processo anterior, o STJ repeliu prontamente a afirmação infundada de que o paciente poderia fugir, argumento principal para a manutenção da prisão provisória no outro acórdão. Neste caso, conjecturas sem os correspondentes fatos demonstrados nos autos foram rejeitadas.

O mesmo ocorreu no *habeas corpus* nº 34838, o qual se debruçou sobre circunstâncias parecidíssimas. Após subtraírem dois bois em Pernambuco, sem que tivessem sido autuados em flagrante, três réus foram incurso no art. 155,

§ 4º, inciso IV, do CP. Sua prisão preventiva foi decretada, mas revogada ainda em primeira instância, por insubsistência dos fundamentos da prisão. Em segundo grau, sua prisão foi determinada novamente e depois revogada no STJ. A Ministra relatora, Laurita Vaz, entendeu pela liberação dos pacientes porque ausente tanto a ameaça à aplicação da lei penal, já que houvera apresentação espontânea dos acusados, quanto a ameaça à ordem pública, uma vez que as vítimas e testemunhas não se importavam mais com o ocorrido e porque os réus não representavam perigo à comunidade, inexistindo provas de seu envolvimento em outros ilícitos. Ausentes fundamentos concretos e individualizados contra os pacientes do HC, o acórdão determinou a soltura dos três. (BRASIL. STJ. Acórdão HC 34838/PE. Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma. Julgado em 20/09/2005, DJ 12/12/2005, p. 399. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>.)

É claro que apesar das semelhanças quanto aos fatos e aos réus, cada caso tem suas peculiaridades, mas nenhuma é consideravelmente grande para justificar o tratamento diferenciado dos acusados. Portanto, confirma-se a tese de que o flagrante influencia uma diferenciação prática entre prisões que deveriam ser, pela literalidade da lei, bastante parecidas.

Para mostrar que isso não é excepcional nem se restringe aos delitos de furto, é possível trazer mais alguns exemplos de discriminação na prisão em flagrante retirados de outro tribunal.

Na escolha desse outro juízo, conveniente que seja de segundo grau, porque, com isso, reitera-se o que já foi mostrado com os exemplos anteriores: o fenômeno em estudo não se restringe ao primeiro grau de jurisdição, mas perpassa todas as instâncias. Além disso, a escolha deve recair sobre um dentre os maiores tribunais estaduais, responsáveis por grandes contingentes carcerários e compostos por maior número de desembargadores, o que, em tese, abrangeria entendimentos variados. Dentre os que atendem às condições propostas, poderiam se prestar ao escopo da pesquisa tribunais como o mineiro, o paulista e aqueles da região sul do país, mas, como alguns deles já tiveram suas tendências apresentadas na pesquisa de Barreto, pareceu mais proveitoso investigar decisões de outro cujas posições ainda não foram exploradas. Assim, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) foi eleito, porque, além das características listadas, conta com instrumento simplificado de busca em sua página eletrônica, permitindo a seleção

por tipo de decisão – cível ou criminal – em vez de seleção por vara e do período a ser abarcado; com a exposição de rol de ementas completas e *links* para a visualização do inteiro teor dos acórdãos; com a desnecessidade de se digitar código de verificação a cada pesquisa realizada e para a visualização dos conteúdos dos acórdãos. Nem todas essas facilidades estavam presentes nos sítios dos demais tribunais, o que, após comparações entre eles, determinou a escolha do TJRJ.

Feita a seleção do órgão julgador, elegeu-se o roubo como tipo central no segundo grupo de acórdãos, por ser delito que ocupa o primeiro lugar dentre os mais cometidos pela população prisional (Brasil, 2010, *online*). Enquanto nos três exemplos anteriores o objetivo foi provar como os magistrados precisam de poucos argumentos, valendo até mesmo afirmações sem lastro nos autos, para manter a prisão em flagrante, aqui se intenta mostrar o maior esforço argumentativo que é feito para permitir que responda ao processo em liberdade alguém que foi preso em flagrante comparado a quem foi preso preventivamente. Com tal objetivo, realizou-se busca no sítio do TJRJ com os seguintes argumentos: “roubo flagrante *habeas corpus* ordem concedida”, no período compreendido entre 2010 e 2011, período que reflete decisões recentes, não pontos de vista ultrapassados.

Obtiveram-se 20 acórdãos, dos quais 12 referiam-se a pedidos de liberdade após a sentença<sup>1</sup>, como pedidos para se apelar em liberdade, para se reconhecer a extinção da pena e do direito de cumprir pena em regime aberto, entre outros; em 3 casos, a ordem foi concedida porque a captura não configurou flagrante na forma da lei; em 1 caso, reconheceu-se ilegalidade por excesso de prazo; em 3 outros, o *habeas corpus* foi rejeitado por ter se considerado bem embasada a manutenção da prisão e, em apenas 1, foi reconhecido o constrangimento ilegal por fundamentação inidônea do decreto prisional. Na lista, que não tem fins estatísticos, importa a decisão cujo conteúdo central seja o debate acerca do fundamento sustentador da prisão, uma vez que aqui se faz um estudo de casos comparativos quanto aos requisitos do art. 312 do CPP. As demais decisões são irrelevantes porque discutem essencialmente outras causas de liberação do suspeito.

---

<sup>1</sup> Os pedidos de liberdade provisória após a sentença não serão estudados aqui porque envolvem ainda mais dispositivos legais que o juiz deve observar para manter ou não a prisão, indo além da simples verificação das circunstâncias do art. 312 do CPP. O art. 393, inc. I, do CPP, por exemplo, pode ser um outro dispositivo a interferir na decisão.

Na única concessão de liberdade provisória, no processo nº 0061732-65.2009.8.19.0000, percebe-se um grande esforço do magistrado para convencer de que o paciente merecia não ser preso; invertendo-se o esforço que, na verdade, deveria ser feito pela acusação para manter a prisão, não pelo juiz para conceder um direito que é pressuposto constitucional. Cuida-se de uma tentativa de roubo em que o acusado, preso em flagrante, teve sua liberdade provisória negada em primeiro grau de jurisdição, socorrendo-se, então, ao tribunal. Ali o relator concordou em conceder o *habeas corpus* porque o réu comprovava ter emprego fixo, com carteira assinada, e residência certa no distrito da culpa, assim como nada indicava “que, solto o mesmo, a instrução criminal será comprometida. Releva notar que responde a crime de roubo simples, tentado que, comprovada sua primariedade, se condenado fará jus a substituição da pena constrictiva por alternativa de direitos ou *sursis*”. Houve também uma grande preocupação em justificar a medida da liberação pela invocação de vários dispositivos constitucionais e infra-constitucionais que concedem a “benesse” ao réu, a exemplo dos incisos LVII e LXVI, art. 5º, da CF e art. 310, parágrafo único do CPP. (BRASIL. TJRJ. Acórdão HC 0061732-65.2009.8.19.0000. Des. Rel. Siro Darlan de Oliveira, 7ª Câmara Criminal. Julgado em 12/01/2010. Disponível em <[www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)>)

Curioso notar que o fundamento da prisão cautelar foi o item de menor destaque de todos. Apenas mencionou-se uma vez que o motivo pelo qual se mantivera o indivíduo custodiado foi a assecuração da instrução criminal, sem qualquer menção a fato que pudesse configurá-lo. Mesmo no segundo grau, o Tribunal não destacou os fatos argüidos pelo juízo de primeira instância, restringindo-se à avaliação da pessoa sob julgamento e até à sua provável pena, quando da prolação da sentença. Argumentou-se que ele não poderia sofrer constrição mais gravosa que a própria pena.

Aliás, é muito freqüente, nas análises de liberdade quando há flagrante, a investigação sobre os antecedentes do réu e sobre a gravidade de sua conduta, que, em última análise, implica a investigação sobre a provável pena a ser calculada no caso concreto. Não é possível defender que a apreciação da conduta destinou-se a medir o risco à ordem pública<sup>1</sup> e que a análise sobre a personalidade

---

<sup>1</sup> Apesar de o STF possuir consolidada jurisprudência no sentido de a gravidade em abstrato da conduta não ser suficiente para configurar risco à ordem pública, ainda há muitas decisões que insistem em considerá-la fundamento suficiente para a medida extrema.

do réu importava para esse requisito ou para a aplicação da lei penal ou para a instrução criminal, pois o único argumento que sustentava a prisão ilegal era a proteção à instrução criminal, o qual foi superado em uma sentença: “Em que pese o processo estar em seu início nada indica que, solto o mesmo, a instrução criminal será comprometida.” Se não havia nenhum fundamento relacionado à ordem pública, nem à aplicação da lei penal, indagações sobre a gravidade dos fatos, sobre a personalidade do agente e sobre a pena cabível, teoricamente, não tinham qualquer pertinência com a decisão de primeiro grau combatida.

De ordinário, então, as decisões sobre a liberdade provisória avaliam três aspectos centrais: a necessidade da medida, de acordo com art. 312 do CPP, a conduta e o sujeito acusado, sendo que estes dois fatores pesam muito mais que o primeiro, que é o único exigido pela lei.

Até quando, em um momento inicial, não são constatados fatos semelhantes aos mais citados pela doutrina para justificar a prisão, como a tentativa de fuga, a ameaça a testemunhas e a destruição de provas do crime, a necessidade da medida muitas vezes é artificialmente criada depois que se analisam a conduta e o agente por meio da alegação de que há risco à ordem pública ou à instrução criminal. É o que se verifica nos 3 acórdãos, dentre os 20 resultados, que denegaram o *habeas corpus*: o primeiro deles aceitou a fundamentação de que configurava risco à ordem pública a gravidade da conduta de cometer roubo contra idoso de 73 anos de idade (HC nº 0031583-52.2010.8.19.0000) (BRASIL. TJRJ. HC 0031583-52.2010.8.19.0000, Des. Rel. Paulo de Tarso Neves, 6ª Câmara Criminal. Julgado em 27/07/2010. Disponível em <[www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)>), o segundo entendeu que além do risco à ordem pública em roubo contra idosa de 78 anos (HC nº 0030319-97.2010.8.19.0000) (BRASIL. TJRJ. HC 0030319-97.2010.8.19.0000, Des. Rel. de Tarso Neves, 6ª Câmara Criminal, julgado em 27/07/2010. Disponível em <[www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)>.), havia risco à instrução criminal em liberar-se o réu antes do depoimento da vítima, e o terceiro, considerou haver risco à ordem pública decorrente da gravidade de roubo cometido contra mulher em via pública (HC nº 0062425-49.2009.8.19.0000) (BRASIL. TJRJ. HC 0062425-49.2009.8.19.0000, Des. Rel. de Tarso Neves, 6ª Câmara Criminal, julgado em 19/01/2010. Disponível em <[www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)>).

Com os argumentos de pesquisa “roubo preventiva *habeas corpus* ordem concedida” – os mesmos argumentos da pesquisa anterior, trocando-se

apenas a palavra “flagrante” por “preventiva” – obtiveram-se 12 acórdãos. Em 3 casos, houve flagrante antecedendo a preventiva; em 3 mais, o pedido foi feito após sentença condenatória; em 2, a prisão foi considerada ilegal por excesso de prazo; em 1, a liberação decorreu da forma equivocada pela qual a prisão se deu; em 1, reconheceu-se o direito de ex-policiaI militar de ir a cadeia especial e, no último, a liberdade foi concedida porque a fundamentação do decreto prisional foi considerada inidônea. Portanto, excetuando-se o último caso, os demais têm por discussão central temas que extrapolam a interpretação menos ou mais rigorosa das circunstâncias do art. 312, razão pela qual apenas será avaliado aquele.

A referida decisão reconheceu a inidoneidade dos fundamentos na manutenção da prisão (habeas corpus nº 0034082-09.2010.8.19.0000) (BRASIL. TJRJ. HC 0034082-09.2010.8.19.0000, Des. Rel. Gilmar Augusto Teixeira, 8ª Câmara Criminal. Julgado em 22/09/2010. Disponível em <www.tjrj.jus.br>) e nela foi narrado que o paciente do *habeas corpus* foi preso preventivamente em decorrência de acusação de roubo em concurso de agentes, cuja pena foi majorada pelo emprego de arma e pela restrição da liberdade da vítima. Cinco agentes roubaram 114 notebooks e um aparelho Nextel, cujo valor somava cerca de R\$ 285.000,00 (duzentos e oitenta e cinco mil reais), quando o caminhão de entrega estava sendo descarregado nas Lojas Americanas no Rio de Janeiro. Segundo o relatório, somente o paciente do HC e seu irmão foram presos preventivamente, enquanto os demais acusados responderam ao processo em liberdade. Isso porque o paciente era empregado das Lojas Americanas e, em razão disso, obteve informações privilegiadas sobre a chegada de mercadorias, assim como sobre as providências tomadas em relação às investigações quanto ao crime, orientando seu irmão e co-réu, policial militar, a atrapalhar as investigações policiais, o que de fato aconteceu. A prisão dos dois, portanto, fundou-se corretamente apenas na conveniência da instrução criminal, com o objetivo de também evitar que o policial, utilizando-se dessa condição, intimidasse os demais réus e vítimas no processo.

Ao encerramento da instrução criminal, o policial militar conseguiu a revogação da prisão preventiva, já que extinto o motivo pelo qual fora decretada. Em seguida o paciente também requereu sua liberação, mas ela foi denegada pelo juízo de 1º grau, que trouxe novos argumentos para justificar a manutenção da cautelar: “a gravidade do delito a evidenciar a garantia da ordem pública e possível pena elevada quando da futura sentença penal condenatória que será proferida, surgindo

a necessidade da garantia da aplicação da lei penal”. O relator do caso no TJRJ deferiu o pedido de *habeas corpus* porque entendeu que no decreto prisional apenas se invocara o fundamento da conveniência da instrução criminal, não cabendo levantar outros sem novos fatos motivadores. Em outras palavras, o relator revogou a prisão argumentando unicamente a falta de substrato fático para sustentar os fundamentos agora levantados da ordem pública e da aplicação da lei penal. Sua decisão se restringiu à necessidade de manutenção da prisão, sem perquirições sobre a periculosidade da conduta e do sujeito, já que a gravidade do delito e a futura pena, apesar de decisivas em primeiro grau, foram consideradas insuficientes pelo desembargador e os bons antecedentes não foram invocados na motivação da decisão, embora a defesa tenha levantado esse fator.

A preventiva inicialmente foi decretada de maneira correta, tornando-se ilegal somente depois do fim da instrução criminal. O réu foi solto com a simples afirmação de que a fundamentação utilizada tornara-se inadequada com a evolução do processo e que os novos fundamentos não se verificavam. Diferentemente do que ocorrera com os casos em que houve flagrante, aqui o debate centrou-se nas circunstâncias motivadoras da prisão preventiva. As qualidades pessoais do paciente não foram discutidas e a mera alegação de gravidade da conduta não foi apta a configurar perigo à ordem pública ou à aplicação da lei penal, numa postura visivelmente diferenciada das dos acórdãos anteriores. De fato, tudo ficou em torno do art. 312 do CPP.

Deduz-se que o objeto de cognição é mais amplo ou mais restrito conforme haja ou não flagrante, pois esse elemento origina, por si só, uma dificuldade maior de liberação do suspeito. A respeito da falta de isonomia, Barreto e Castilho (2008, pp. 81-82, grifos nossos) já afirmaram:

**Observou-se que o perfil do réu de roubo preso cautelarmente em razão de preventiva é, em regra, daquele que está sendo investigado por condutas graves cometidas em curta diferença de tempo.** Para ilustrar, cite-se o caso de G. S., cuja preventiva foi cumprida em setembro de 1999 e que foi condenado por crimes de roubo, formação de quadrilha e porte ilegal de arma cometidos em março de 1998 e janeiro, março, abril e maio (duas vezes) de 1999. Ou o de R. A., cuja preventiva foi cumprida em agosto de 1999 e que foi condenado por crimes de roubo cometidos em maio, junho e agosto de 1999.

Além disso, apenas um dos réus presos preventivamente por roubo foi condenado ao regime aberto (neste caso, a prisão teve duração inferior a 20 dias e foi decretada em razão da não citação do réu) e todos os demais 71 foram condenados ao regime fechado (44,4%) ou semi-aberto (54,1%).

Ao contrário, entre os réus de roubo presos cautelarmente em razão do flagrante foi comum haver réus primários, que não estavam indiciados em

outros inquiridos ou não praticaram o crime mediante uso de arma de fogo. É o caso de D. R., preso em flagrante em razão de roubo praticado com arma de brinquedo em via pública, não tinha qualquer outra incidência em sua folha penal e ficou preso provisoriamente durante todo o processo.

Dos réus de roubo presos cautelarmente em razão do flagrante, 18,1% foram condenados a cumprir a pena em regime aberto (ou tiveram sua pena suspensa), 62,5% em regime semi-aberto e 16,2% em regime fechado.

**Nos casos de prisão preventiva, portanto, observou-se que se exigiu do Estado maior esforço para demonstração da necessidade de decretação da prisão cautelar, ao contrário do que ocorre com a prisão em flagrante. Ademais, estão entre os presos provisórios que assim ficaram em razão do flagrante os casos de réus que tiveram as mais graves violações ao seu direito à presunção de inocência, pois são eles que foram condenados a penas não privativas de liberdade.**

Observe-se que a pesquisa jurisprudencial na página do TJRJ permite levantar algumas hipóteses. Inicialmente, verifica-se que a quantidade de casos encontrados foi consideravelmente menor quando a pesquisa dirigiu-se às prisões preventivas, fato que leva à conclusão de que prisões preventivas ocorrem com menor frequência, e, portanto, há menos pedidos de *habeas corpus* a serem analisados. Por outro lado, houve mais acórdãos que mantiveram o decreto prisional na prisão em flagrante, 3, que aqueles que consideraram os fundamentos inidôneos para sustentar o mesmo tipo de prisão,<sup>1</sup>. Ao mesmo tempo, observou-se que foi concedida a liberdade em 1 dentre 12 *habeas corpus* nos casos de preventiva, enquanto, houve 1 concessão dentre 20 *habeas corpus* na prisão em flagrante.

Ampliando o número de anos abrangidos pela pesquisa jurisprudencial na página do TJRJ, encontraram-se alguns acórdãos mantendo prisões preventivas com base em meras conjecturas, principalmente sob os fundamentos de que a liberdade dos acusados intimidaria as testemunhas que ainda não haviam prestado depoimento ou de que a liberdade de réu com maus antecedentes retiraria a credibilidade da Justiça ou manteria a comunidade em estado de temor. Tais acórdãos, porém, foram pouco numerosos e em quantidade bastante inferior àquela de acórdãos mantendo prisões em flagrante com os mesmos fundamentos, o que só corrobora a tese de que o flagrante pesa negativamente para a liberdade do suspeito na maioria dos casos.

### 3.3 Conclusões parciais

No presente capítulo, avaliaram-se casos concretos sobre o maior ou menor alcance das circunstâncias do art. 312 do CPP. A grande questão para a qual se chama atenção é a diferente forma como se abordam essas circunstâncias, o rigor com que são verificadas, de acordo com a presença ou ausência de flagrante. Por meio do primeiro grupo de acórdãos, referentes a decisões do STJ, objetivou-se evidenciar como, em situações parecidas, quanto à conduta, ao bem jurídico lesado e às próprias características dos réus, a prisão parece ser resposta natural a fatos em que houve flagrante, mas não às situações em que a prisão foi preventiva. Quando há flagrante, um rol bastante mais amplo de argumentos é aceito para se enquadrar em umas das quatro circunstâncias do art. 312 do CPP, inclusive desdobramentos hipotéticos, sem qualquer lastro na situação especificamente sob exame, o que ocorre principalmente com a mal definida garantia à ordem pública. Nas prisões preventivas sem flagrante, no entanto, dificilmente a situação de encarceramento é deferida ou mantida sem que haja convincentes evidências de risco no caso concreto.

Os acórdãos do TJRJ, por sua vez, foram úteis para confirmar que o esforço na motivação de liberação quando há flagrante ultrapassa a simples verificação da necessidade de privação da liberdade no caso concreto, pesquisando-se principalmente a gravidade da conduta e a personalidade do agente. A resistência à soltura do preso quando não há flagrante é menor, sendo suficiente o debate sobre a coerência dos fatos constantes nos autos com os alegados riscos ao processo, à aplicação da lei, à ordem pública e à ordem econômica, sem indagações sobre a pessoa do réu ou sobre a forma de execução do crime.

Todas essas evidências confirmam as conclusões de Barreto (2007, pp. 96-97, grifos nossos):

A maior tendência ao uso da prisão provisória nos casos em que houve flagrante decorre da própria operacionalização e de mecanismos ínsitos ao funcionamento do sistema de justiça penal. Nos casos em que o réu não está preso, é necessário que o juiz tome a iniciativa ou o ministério público, por iniciativa própria ou por representação do delegado de polícia, requeira ao juiz a decretação da prisão preventiva do réu. **Nesses casos, é necessário trazer aos autos argumentos e provas fortes de que um dos requisitos previstos no art. 312 do Código Processo Penal esteja presente.**

Quando há flagrante, não é necessária iniciativa do juiz ou pedido do Ministério Público ou da polícia, a prisão já está efetuada e cabe ao juiz verificar se deve ser mantida. **Neste caso, a análise se inverte e recai mais sobre a pessoa do réu – se é reincidente, se tem domicílio certo – do que sobre as circunstâncias que provem a necessidade da prisão.**

Apesar de as conclusões anteriores acerca da importância do flagrante na manutenção da prisão terem se derivado de estudos e análises de casos relativos aos crimes de furto e roubo, podem ser estendidas aos diversos tipos penais em geral, pois o fenômeno deriva de características atribuídas ao instituto do flagrante. É claro que outros fatores influenciam na manutenção da prisão provisória, como a reincidência e gravidade do crime em abstrato, conforme foi possível verificar na menor desproporção entre o número de prisões em flagrante e prisões preventivas no crime de roubo, quando comparado ao crime de furto. Não se nega essa pluralidade de influências, mas aqui é feito um corte para analisar especificamente a força da variável flagrante na manutenção das prisões provisórias.

Conforme demonstrado no segundo capítulo, em tese, a presença do flagrante não deveria influenciar a manutenção da prisão cautelar, já que, para tanto, exigem-se outros requisitos, diferentes daqueles da prisão em flagrante e esta não é em si requisito para a preventiva. Para a decretação da prisão-custódia, ou melhor, da preventiva, exigem-se apenas o *periculum in libertatis*, o *fumus commissi delicti* e pelo menos uma das circunstâncias do art. 312, do CPP. A proposta é exatamente evidenciar as peculiaridades extralegais do flagrante que tornam tão difícil a reversão ao estado de liberdade, em qualquer crime, mesmo sob condições nas quais uma preventiva não seria mantida.

O próximo passo é identificar o que leva os julgadores a fazerem um grande esforço para, em obediência à letra da lei, demonstrar pelo menos uma das circunstâncias do art. 312 do CPP em situações nas quais a prisão foi iniciada por meio de flagrante e nas quais eles mesmos não decretariam ou manteriam uma prisão preventiva. A resposta aí obtida explicará igualmente porque o juiz precisa ser muito convincente quanto à desnecessidade da prisão para permitir que alguém que tenha sido preso em flagrante possa responder o processo em liberdade, até que se prove sua culpa.

Resta agora localizar as razões que explicam os resultados do presente capítulo, os quais mostram que os presos provisórios em razão de um flagrante são tratados com mais rigor do que aqueles que foram presos por preventiva.

#### **4. A ilegitimidade da manutenção de algumas prisões em flagrante pelo Poder Judiciário brasileiro**

Os exemplos anteriores são manifestações das idéias de Eugenio Raul Zaffaroni (2001, pp. 12-20): legitimidade não pode ser entendida como legalidade. Legitimidade é racionalidade que respeita o ser humano em sua dignidade, ultrapassando-se a mera ausência de contradição interna ou a mera lógica dentro da complexidade, já que o atendimento desse requisito pode resultar em harmonia exclusivamente no plano do dever-ser com desconsideração do plano do ser. Já a legalidade formal consiste na elaboração de normas de acordo com processos pré-fixados, o que não garante qualquer racionalidade obediente à dignidade humana se essas leis estão desvinculadas da realidade.

Nos casos envolvendo prisões em flagrante, verifica-se que a referência a dispositivos normativos em todos os acórdãos esconde o tratamento anti-isonômico conferido aos flagrados em relação a outros presos provisórios. Sob o aspecto formal, a legalidade processual – segundo a qual se “exige que os órgãos do poder penal exerçam seu poder para tentar criminalizar todos os autores de ações típicas, antijurídicas e culpáveis e que o façam de acordo com certas pautas detalhadamente explicitadas” (ZAFFARONI, 2001, p. 21) – foi respeitada, porque o art. 312 esteve presente nas decisões. Todavia, a legitimidade foi ferida ao se conferirem resultados opostos a situações quase iguais e ao se transgredir a dignidade humana dos presos em flagrante, os quais tiveram sua liberdade afetada sob condições em que reconhecidamente não há contribuição para o processo penal ou para a aplicação da lei penal.

A ilegitimidade de tais práticas não pode ser apreendida nem criticada ou sanada a partir da doutrina tradicional. As lições extraídas de manuais e apresentadas no segundo capítulo provam que análises teóricas sobre como se aplicar a lei a casos concretos não eliminam as injustiças do sistema penal, pois dali apenas se infere que a manutenção da prisão cautelar deve se basear em um dos quatro fundamentos do art. 312, tenha havido flagrante ou não. Acontece que as definições de garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou assecuração da aplicação da lei penal são bastante vagas,

reduzindo-se a meros exemplos na maioria das vezes, o que significa que o juiz tem grande margem de liberdade para interpretá-las e para incluir diferentes situações em cada uma delas.

Sendo assim, impõe-se a utilização de outro enfoque para uma crítica adequada dessas distorções, uma vez que o estudo isolado da lei não permite correções no tratamento desigual, mas apenas abre caminhos para que ele ocorra com sua imprecisão invencível.

#### 4.1 Alternativa à Dogmática jurídica

Os autores explorados nos dois primeiros capítulos tentam explicar o flagrante e as prisões cautelares de maneira que o operador do direito consiga identificar, na prática, que fatos se adéquam a ela. Há uma postura eminentemente dogmática, no sentido explicado por Tércio Sampaio Ferraz (*apud* ARAÚJO COSTA, 2001, p. 162):

Zetética vem de *zetein* que significa perquirir, dogmática vem de *dokein* que significa ensinar, doutrinar. Embora entre ambas não haja uma linha divisória radical (toda investigação acentua mais um enfoque que o outro, mas sempre tem os dois), a sua diferença é importante. O enfoque dogmático revela o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como um ser (que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captada se configura como um dever-ser (como deve ser algo?). Por isso, o enfoque zetético visa a saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático se preocupa em possibilitar uma decisão e orientar a ação.

Ante a já demonstrada inadequação da Dogmática aos fins aqui propostos, a abordagem recorrerá a ensinamentos de discursos críticos criminológicos e sociológico-jurídicos contemporâneos, os quais superam as meras digressões sobre o dever-ser e o estudo centrado na norma. Esse enfoque que se propõe a refletir sobre “as normas jurídicas ou sociais, a ação das instâncias oficiais e sociais através das quais se realiza a definição de certos comportamentos qualificado como “criminosos”” (BARATTA, 2002, p. 209) auxilia na compreensão da perplexidade levantada no terceiro capítulo: havendo flagrante, o juiz é mais rigoroso quanto à manutenção da prisão; mas, ausente, a possibilidade de o suspeito

responder ao processo em liberdade é muito maior. Esse resultado ordenado se afasta muito da aleatoriedade que se esperaria da aplicação de uma lei vaga. Ora, se a exegese da lei fosse o único elemento orientador de uma decisão, a imprecisão da lei e da doutrina deveria implicar em total imprevisibilidade de decisões, não no regular aumento de rigor para com o flagrado. Conclui-se daí que alguma outra lógica, que não a legal, orienta a manutenção dessas prisões cautelares.

#### 4.2 Flagrante e certeza de culpabilidade

No primeiro capítulo, viu-se que historicamente o flagrante foi sinônimo de culpabilidade que permitia a punição imediata e a prisão em flagrante serviu de pena, não de garantia ao regular desenvolvimento ao processo. Diversos foram os exemplos de castigo junto à simples constatação do evento supostamente delituoso, como a autorização para matar imediatamente o ladrão que furtara durante a noite ou o agente que cometera o *raptum virginum* e para castigar quem cometera crime em juízo, assim como era possível a condenação do suspeito com base apenas no juramento feito pela vítima, sem que se abrisse qualquer espaço para defesa – também verdadeira punição sumária. Outra característica que acompanhou a prisão em flagrante no passado foi a participação popular na sua efetivação, tanto por meio da autorização para que o particular efetuasse a prisão, quanto pela previsão de que era considerada flagrante a captura após a perseguição acompanhada pelo clamor popular:

Entre os povos bárbaros, quando um crime era praticado, qualquer pessoa podia prender o delinqüente; mas se não era preso no momento da prática do crime ou se conseguia fugir, a autoridade dava o grito de “*Harol!*” e o delinquente era perseguido, *a cor et a cri*, como diziam os francos; *hue and cry*, como ainda diziam os ingleses, a gritos e a buzina, de cidade em cidade, de vila em vila, de centúria em centúria, até ser entregue ao juiz.

Nas Ordenações Afonsinas, há uma lei do tempo de D. Duarte, na qual diz o Rei, referindo-se aos *arroidos* (ruído, barulho, tumulto, pendência com gritos e grande clamor), que

“Nós El-Rey hordenamos e mandamos que nenhum non seja tan ousado que, por arroido que se levante, chame outro appellido senon somente a aqui d’El-Rey...” [sic] (CASTELLO BRANCO, 1984, p. 22)

Quanto à possibilidade de realização da prisão em flagrante pelo particular, isso gerou uma ampla aceitação do instituto pelo povo como arma legítima a seu favor, do modo descrito por Castelo Branco (1984, p. 21):

Com o tempo, a idéia da penalidade foi-se tornando mais social e o direito penal com tendências maiores de direito público, tanto que, na Idade Média, reconheceu-se em favor de qualquer pessoa o direito de prender o criminoso surpreendido em flagrante.

A legítima defesa própria e de terceiros justifica a intervenção de particulares nesses casos, dando ao instituto uma conotação prática que, jamais, o iria abandonar, como arma eficiente contra a criminalidade, porque “faz parte da legítima defesa ou deste legítimo socorro, porque é o meio eficaz de impedir a continuação do mal que o culpado começara a praticar”.

A noção utilitária, social e jurídica, da prisão em flagrante ganhou, então, as dimensões que iria conservar até hoje de instituto voltado para documentar a certeza visual do crime, impedindo, se possível, a continuação do mal que o agente começara a praticar.

Foi inclusive essa ampla aceitação social do instituto que possibilitou a expansão das hipóteses que configuram flagrante, que passou da captura no momento do delito para abranger também o momento contíguo ao delito e à perseguição de quem está em situação presumivelmente de culpado, circunstâncias que permaneceram até a atualidade, apesar da objeção de alguns estudiosos.

As três características do passado – equiparação de flagrante à culpabilidade, punição do flagrado sem processo e ampla aceitação do instituto em todos os segmentos sociais – ainda são fortes nas culturas jurídica e popular, apesar de terem sofrido pequenas adaptações. A análise das lições doutrinárias do primeiro capítulo evidencia todas elas nos manuais, que não se restringem a dizer como a lei deve ser aplicada aos casos concretos, afastando-se da perspectiva puramente dogmática:

Bielsa, haciéndose eco de una prestigiosa trayectoria teórica, define la dogmática jurídica “como la disciplina científica que tiene por objeto el ordenamiento sistemático de los conceptos jurídicos”, agregando, que se trata de una ciencia que se forma “de acuerdo con los preceptos científicos y técnicos”.

“El dogmático del derecho es, — afirma — en cierto modo, un geómetra, y de ahí que tenga fundamento dialéctico la afirmación, que hacemos al decir, que en las discusiones sobre derecho procedemos con la serenidad del geómetra, pues la dogmática no se dirige a fines políticos, económicos o sociales, ni está influida por ellos; es el derecho positivo el que está influido de direcciones, miras o tendencias; tampoco tiene substratum *valorativo*; también por eso la dogmática es *objetiva*. Pero, claro está, su ciencia, su acierto y eficacia depende del jurista que construye el concepto. El grado de intuición (osea la aptitud *deverbién*), el rigor lógico de su razonamiento, la unidad de sus concepciones y hasta la elegancia de la construcción jurídica diferencian necesariamente a los juristas y el nivel de su espíritu científico. (WARAT, 1980, p. 33)

As definições de flagrante não se limitam a esmiuçar o art. 302 do CPP, como seria de se esperar de uma lição dogmática, mas trazem contextualizações históricas, opiniões e expressões que não existem na lei nem podem ser dela inferidas, tais quais fato “inequívoco”, “evidência absoluta”, “reprodutora pormenorizada e fiel dos acontecimentos”. Vários autores consideram o flagrante mais que a visualização de um potencial crime, mais que convincente prova de um delito, julgam-no fonte de certeza incontestável da ocorrência de um crime. Mesmo sem análise de outros elementos do crime, como a ilicitude e a culpabilidade, propagam que o flagrante corresponde à visualização do delito, quando, em verdade é mera visualização de um fato aparentemente típico. Repete-se até a atualidade a noção de flagrante como certeza do crime.

Outra fuga dos limites estritamente legais ocorre com a inserção de pré-compreensões como a de que a prisão em flagrante tem a função de satisfazer a opinião pública, reafirmar o poder estatal, restaurar a tranqüilidade, aumentar a confiança no ordenamento jurídico, servir de exemplo apto a intimidar “os maus” e fornecer ao cidadão uma arma para que coopere com o respeito à lei, como no trecho abaixo:

A doutrina é, praticamente, pacífica quanto à conveniência de prender quem é colhido em flagrante. Costuma citar-se a discordância de Zucker segundo o qual a prisão em flagrante visa a punir o autor do crime antes da sentença e é um resquício de formas antigas de procedimento conservadas para satisfazer o desejo de vingança, a ânsia de fazer brilhar a majestade da lei. A verdade é que a prisão em flagrante tem a seu favor o consenso universal e responde não ao desejo de represália, mas ao impulso natural, do homem de bem, em prol da segurança e da ordem.[...] (TORNAGHI, 1963, pp. 471-472)

Muitos dos objetivos citados são iguais àqueles normalmente atribuídos à prisão-pena: a exemplaridade, a reafirmação da supremacia estatal, a proteção do ordenamento normativo são facetas da prevenção, tendentes a evitar o cometimento de novos crimes; já a satisfação da opinião pública e a restauração do equilíbrio social têm estreita relação com a retribuição, com o sentimento de que um injusto deve ser compensado com um mal. Ocorre aí uma incoerência, pois os manuais costumam dividir as prisões em penas e processuais, distinguindo-as por suas utilidades. Logo, a prisão-captura e a prisão-custódia, processuais que são, jamais poderiam atender aos mesmos objetivos que a prisão-pena. Nesse sentido, o raciocínio mais correto é de Lopes Jr., para quem a prisão-captura é medida pré-cautelares e só pode servir à garantia da cautelar propriamente dita, que é a prisão-

custódia. Esta, por sua vez, só se justifica “em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório” (LOPES JR., 2005, p. 203). Quando as funções da prisão em flagrante se igualam às daquelas da prisão-pena isso só pode significar que o flagrado está sendo punido antes de ser condenado em processo regular, porque não há como o inverso ocorrer, ou seja, não pode uma prisão-pena funcionar como garantia a um processo que já se encerrou e nem como garantia à aplicação da lei penal, pois ela é a própria concretização da aplicação da lei penal.

Em terceiro lugar, manteve-se, por previsão constitucional, a exeqüibilidade da prisão em flagrante sem necessidade de ordem judicial e, de acordo com o art. 301 do CPP, por qualquer pessoa, sejam autoridades administrativas, como policiais, ou não. Apesar de o ordenamento não prever mais o flagrante na modalidade de perseguição com clamor popular, a medida excepcional continua sendo figura próxima ao povo, distorcidamente acolhida como pena antecipada. Se a correta noção de flagrante como algo capaz de iniciar uma prisão, mas insuficiente para sustentá-la isoladamente de outros requisitos, não está presente sequer entre os juristas, que se dirá entre os leigos, entre os quais é mais arraigada a visão de que a prisão em flagrante é a punição devida a quem inegavelmente praticou o crime. É óbvio que toda privação de liberdade injustificadamente demorada constitui por si só uma punição ao indivíduo, mas o que talvez não se confesse é que essa demora é desejada por quem não está atrás das grades, pois paga um mal com outro, satisfazendo o desejo de vingança, desejo incutido, reproduzido e propagado intencionalmente.

Pelo raciocínio de Ferrajoli (2010, pp. 511 e 512) de que “toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio” e de que inexistente “qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape tanto a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo”, se a prisão em flagrante fosse efetivamente concebida como algo diferente da pena, sua manutenção deveria ser excepcional e combatida. A experiência mostra, porém, que, ao invés de repeli-la, a população normalmente aplaude a manutenção da prisão iniciada pelo flagrante e se revolta quando um juiz decide respeitar o direito de liberdade do suspeito. Aos cidadãos, o processo posterior ao flagrante parece uma inútil formalidade que apenas confirmará algo que

já manifesto: a culpabilidade do flagrado. Não é por outra razão que, ao redor do mundo, existem diversas leis que prevêm procedimento sumaríssimo para os casos em que a persecução se inicia pelo flagrante e que constantemente são propostos projetos de lei para criar procedimento semelhante no Brasil.

Atualmente, esse apreço popular pela prisão em flagrante é até perigosamente potencializado pela atuação das mídias de massa, as quais, além de perpetuarem a idéia errônea de que prisão em flagrante gera castigo sem necessidade de processo, incitam a população a se revoltar contra o Judiciário quando isso não ocorre, exercendo forte pressão para que a manutenção do cárcere seja a regra e para que tais medidas se multipliquem como resposta rápida ao crime. Zaffaroni (2001, p. 129) já observara esse poder dos meios de comunicação:

Mais concretamente, são os meios de comunicação de massa que desencadeiam as campanhas de “lei e ordem” quando o poder das agências judiciais encontra-se ameaçado. Estas campanhas realizam-se através da “invenção da realidade” (distorção pelo aumento do espaço publicitário dedicado a fatos de sangue, invenção direta de fatos que não aconteceram), “profecias que se auto-realizam” (instigação pública para a prática de delitos mediante metamensagens de “slogans” tais como “a impunidade é absoluta”, “os menores podem fazer qualquer coisa”, “os presos entram por uma porta e saem pela outra”, etc.; publicidade de novos métodos para a prática de delitos, de facilidades, etc.), “produção de indignação moral” (instigação à violência coletiva, à autodefesa, à glorificação de “justiceiros”, apresentação de grupos de extermínio como “justiceiros”, etc.).

Mais uma forma de reproduzir as idéias distorcidas sobre a prisão em flagrante é por meio do ensino jurídico deficiente, que inviabiliza a crítica e a adoção conceitos e posturas mais adequados por parte dos aplicadores educados em uma atmosfera restrita. É o que diz Zaffaroni (2001, p. 133):

Quanto à formação e treinamento dos órgãos judiciais, não podem ser negadas uma considerável massificação do ensino, uma redução da bibliografia, uma adestrada incapacidade para vincular fenômenos e, em geral, uma degradação tecnocrática do direito que, escassamente supera o nível exegético de preparação de empregados com título. As exceções apenas confirmam a tendência geral.

O autor argentino dirige a crítica à formação jurídica em geral na América Latina, mas é possível aplicá-la especificamente aos estudos sobre prisões em flagrante porque os manuais ainda destacam o aspecto de certeza e visibilidade do flagrante, em vez de sua natureza de prisão cautelar excepcional. As lições sobre o flagrante destacam o *fumus commissi delicti* conferido pela visualização do fato típico e dão pouca relevância à necessidade do *periculum libertatis* para justificar o prolongamento da privação de liberdade.

Além de a doutrina, o sistema de ensino jurídico e a comunicação de massa contribuírem para a difusão dessas características não-legais da prisão em flagrante, a atuação do Poder Judiciário tem sua parcela de colaboração porque continua produzindo decisões contaminadas com esse tipo de mentalidade. Isso ocorre tanto por falta de reflexão e preparo por parte de seus membros, quanto pela comodidade em não enfrentar a revolta popular e em não se indispor com as agências executivas que iniciam a prisão em flagrante:

Como regra, os órgãos do judiciário preferem não entrar em conflito com as agências não judiciais, uma vez que as reconhecem como mais poderosas. Além disso, esses conflitos implicam, em geral, enfrentamentos com outros setores – particularmente com o político e com o administrativo – que os órgãos judiciais preferem evitar.

Em conseqüência, as agências não judiciais dos sistemas penais latino-americanos possuem poderes para impor penas, violar domicílios e segredos de comunicação, requerer documentação identificatória aos habitantes, expedir essa documentação (e marcá-la ou negá-la quando lhes convém), privar de liberdade qualquer pessoa sem culpa ou suspeita alguma, realizar atos de instrução, ocupar-se de tudo o que a burocracia judicial lhe deixa por menor esforço, fazer “batidas”, fechar lugares públicos, censurar espetáculos, fichar a população, etc. Não há controle militarizado mais poderoso e formidável do que o exercício por estes órgãos, à margem de qualquer controle do órgão judicial e, inclusive, com seu beneplácito. (ZAFFARONI, 2001, p. 126)

E quanto à necessidade de o Judiciário construir uma boa imagem perante a população, Barreto (2007, p. 99) constatou:

Esta realidade revela a influência da ideologia da defesa social sobre a atuação das agências judiciais do sistema penal. No caso de pessoas presas em flagrante por furto, que são mantidas após a avaliação judicial, o comportamento das agências judiciais revela forte influência dessa ideologia. O adágio popular “a polícia prende, mas a justiça solta” parte do pressuposto de que a regra é que prisões efetuadas são legítimas e como tal deveriam ser mantidas pelo poder judiciário. Assim, os órgãos judiciais tendem a confirmar parte das prisões realizadas pela polícia, especialmente aquelas que podem ser justificadas a partir de argumentos construídos a partir dessa mesa ideologia.

Mas o grande desvio do Judiciário só ocorre porque existiu antes uma inadequada atuação do legislador, que utilizou-se de termos extremamente vagos e deu margem a arbítrios interpretativos. É claro que se sabe que em toda decisão judicial há espaço para criação e que “o modelo iluminista da perfeita “correspondência” entre previsões legais e fatos concretos e do juízo como aplicação mecânica da lei é uma ingenuidade filosófica viciada pelo realismo metafísico” (FERRAJOLI, 2010, p. 49), mas não se deve deixar uma margem de discricionariedade tão grande que permita soluções opostas para casos iguais, como fez o legislador no rol de circunstâncias autorizadoras da manutenção da prisão

provisória, iniciada ou não pelo flagrante. A gravidade da imprecisão é tão grande que nem a doutrina consegue superá-la, gerando-se o efeito dominó abaixo descrito por Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 273):

É de aduzir, neste sentido, que não apenas as normas penais se ressentem de linguagem vaga e/ou ambígua e fluidez de limites incriminadores e o ordenamento jurídico de contradições internas, mas também o instrumental dogmático que a elas se superpõe se ressentem das mesmas características (conceitos igualmente imprecisos na fixação de parâmetros decisórios, teorias e métodos internamente contraditórios), permitindo aumentar, e não reduzir a solução normativa e a elasticidade decisória, dando lugar a soluções diferentes para casos iguais. Não obstante, tal circunstância, é ocultada precisamente pela afirmação de que a Dogmática possibilita maximizar a uniformização e certeza das decisões judiciais.

Uma Dogmática dominada por imprecisões serve como útil instrumento na motivação das decisões judiciais com aparência de tecnicidade, mas fundadas em julgamentos não jurídicos, ideológicos. Bem lembra Grosner (2005, pp. 62-63) que, antes de sentenciar, o magistrado já criou seu juízo, não com base na lei, nem em critérios lógicos, daí porque posteriormente ele precisa encontrar suporte para suas conclusões em premissas racionais e legais. Seu trabalho será mais facilitado quanto menos a doutrina restringir o alcance da lei, que é o que acontece com as vagas expressões do art. 312 do CPP.

Assim, os comentários em manuais sobre as circunstâncias autorizadas da prisão preventiva ou da antiga prisão-custódia auxiliam na aparente validação de decisões necessariamente ilegítimas. Com a utilização de termos abertos como “paz social” para definir ordem pública ou com a mera exemplificação do que seja conveniência da instrução criminal ou assecuração da aplicação da lei penal, a doutrina dá margem para os aplicadores excluírem ou incluírem fatos em cada circunstância, transformando a questão constitucional em questão de simples interpretação da lei e ocultando a real causa da manutenção da prisão posterior ao flagrante: o julgamento prévio de que se trata de um indivíduo culpado.

### **4.3 A cotidiana violação do princípio da presunção da inocência**

Todas essas perspectivas existentes na sociedade, seja na mídia, entre a população, no sistema educacional, nas agências executivas, no Poder

Judiciário e na própria doutrina, podem ser resumidas a uma presunção de culpabilidade quanto ao flagrado. Se não fosse assim, os resultados do terceiro capítulo não seriam possíveis. Supondo-se que as decisões diferentes para casos praticamente idênticos fossem causadas apenas pela imprecisão legal e doutrinária, a conseqüência deveria ser uma aleatoriedade, ora beneficiando, ora prejudicando o suspeito flagrado. No entanto, na maioria esmagadora das vezes, verifica-se muito maior rigor no tratamento do flagrado, com um esforço para mantê-lo encarcerado ou com uma falta de vontade para liberá-lo. Numericamente, as pesquisas que embasaram a presente evidenciaram que, em diversos estados, a proporção de casos de furto em que a prisão foi mantida foi bem maior quando a investigação iniciava-se por flagrante do que quando não o era, assim como, no DF, a manutenção da custódia foi mais elevada nos casos de furto e roubo iniciados por flagrante.

Qualitativamente, essa conclusão é reforçada pela comparação do conteúdo dos casos concretos expostos no terceiro capítulo. Ali, em nenhum momento os magistrados dizem abertamente que acreditam ser merecido o encarceramento prévio ou que preferem não se indispor com as massas ou com as instâncias executivas do poder etc. Cuida-se de um resultado já previsto por Andrade (2003, pp. 274-275), que explicou que as razões reais da decisão, dentro de uma gama de possibilidades abertas pela lei, não aparecem nos fundamentos do ato decisório nem são expostos para debate, até porque muitas vezes são ilegais. Não estando expresso, como saber que a identificação de flagrante com certeza da culpa constitui o motivo real da disparidade?

No primeiro grupo de casos, referente a furto de animais, havia semelhança quanto aos fatos, aos sujeitos envolvidos e aos bens jurídicos lesados, inexistindo qualquer elemento concreto que justificasse a medida cautelar. No entanto, no caso em que houve flagrante, invocou-se uma hipotética possibilidade de “os indiciados empreenderem fuga”, afirmação sem lastro nos autos, ou seja, afirmação genérica e que foi prontamente rechaçada como fundamento de prisão cautelar no acórdão sem flagrante. Isso quer dizer que circunstâncias ora consideradas insuficientes para sustentar a prisão de alguém foram usadas como único fundamento para prender outro, implicando, no mínimo, em falta de isonomia. Não havia diferenças quanto às características pessoais dos agentes, quanto à gravidade de condutas, quanto a fatos que indicassem a incidência de qualquer das

circunstâncias do art. 312 do CPP. Nenhum dos casos proporcionava maior conveniência para a autoridade policial, pois, em ambos, os suspeitos já se encontravam à disposição das autoridades judiciária e administrativa, sendo desnecessário mover o aparelho estatal para realizar capturas. A única diferença foi o flagrante.

No segundo grupo de casos, havia mais diferenças, sendo que, aquele iniciado por prisão preventiva ostentava risco real ao bom desenvolvimento do processo, mas bastou o tribunal demonstrar que o motivo ensejador da medida cautelar não estava mais presente para devolver a liberdade ao suspeito. Ali a conduta dos pacientes do habeas corpus foi mais grave, suas condições pessoais eram mais desfavoráveis, a ofensa ao bem jurídico foi consideravelmente maior, mas nada disso foi examinado para manter a prisão. No caso em que houvera flagrante, porém, os fatos narrados foram de diminuta relevância para a configuração das circunstâncias do art. 312, de modo que o foco deslocou-se para os antecedentes do acusado e para sua pena provável diante de sua conduta, como se fossem aptos a se enquadrar em qualquer daquelas circunstâncias. Em outras palavras, chegou-se, nessa cognição sobre a necessidade de cautelar, quase a um julgamento próprio de sentença de mérito, onde se avaliaram circunstâncias típicas da fixação da pena, como a presença de antecedentes criminais e agravantes – vítima maior de setenta anos, configuradora de ameaça à ordem pública.

Demonstrado que o flagrante foi, em todos os casos, a diferença ocasionadora de maior rigor no tratamento, como saber que aspecto do instituto responde por esse maior rigor? Nesses casos em específico, não poderia ser a conveniência da desnecessidade de iniciar uma perseguição, como apontado na pesquisa de Barreto (2007, p. 97):, uma vez que em todas as decisões, inclusive naquelas sem flagrante, o acusado já estava preso. Também não é plausível o argumento de que o defeito estaria com as demais formas de prisão provisória, pois nelas as decisões analisadas pareceram muito mais acertadas, garantindo a liberdade individual quando não houvesse risco ao processo ou à aplicação da lei penal, sem invenção de perigos que não podem ser inferidos das investigações ou dos autos processuais. Talvez fosse a receptividade que o instituto tem perante o público, com o que as agências policiais e judiciais aumentariam seu prestígio a cada vez que as estatísticas de prisões em flagrante aumentassem, de acordo com a lógica narrada por Barreto (2007, p. 95):

Louk Hulsman alerta para o fato de que nas agências policiais e judiciais há uma tendência para que a organização se volte primordialmente para objetivos internos, como atenuar suas dificuldades, crescer, assegurar sua própria sobrevivência, o que faz do sistema penal um “mecanismo sem alma”.

Nesse caso, ainda haveria a contribuição da mídia a elogiar a ação do Poder Público toda vez que ocorre uma prisão em flagrante. O problema seria endossado pela falta de preparo dos operadores do Direito, que acatam a vontade popular e não conseguem sair desse senso comum. Na verdade, todos esses comportamentos se resumem a uma certeza de culpabilidade que permeia todos os âmbitos sociais, desde os leigos até os magistrados e pensadores. Segundo esse entendimento, a resposta correta para o crime inegável é o castigo, e a prisão cautelar pode cumprir esse papel mais prontamente, da maneira descrita por Zaffaroni (2001, pp. 21-28):

a) a duração extraordinária dos processos penais provoca uma distorção cronológica que tem por resultado a conversão do auto de prisão em flagrante ou do despacho de prisão preventiva em autêntica sentença (a prisão provisória transmuta-se em penal), a conversão do despacho concessivo de liberdade provisória em verdadeira “absolvição” e a conversão da decisão final em recurso extraordinário. Considerando que a análise aprofundada dos limites da punibilidade ocorre apenas no momento da decisão final, o nítido predomínio dos “presos sem condenação” entre a população em toda a região não implica somente uma violação à legalidade processual, mas também à legalidade penal;

Apenas uma leitura muito superficial, de mero exercício de subsunção, e sem cotejo das iguais situações com resultados opostos expostas nos acórdãos, levaria à aceitação da fundamentação arbitrária que se encontra nos casos em que houve flagrante. O preocupante é que comumente esse tipo de decisão é aceito e se repete em todos os graus de jurisdição, com a manutenção do indivíduo preso apenas com base em absurdas conjecturas. São acórdãos que afrontam a Constituição, o centro de qualquer ordenamento jurídico e que deve guiar a leitura de todas as demais normas. Hoje, a Carta de 1988, inserida no paradigma do Estado Democrático de Direito, determina que o processo penal apresente as seguintes características:

A democracia é um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado e que se manifesta em todas as esferas da relação Estado-indivíduo. Inegavelmente, leva a uma democratização do processo penal, refletindo essa valorização do indivíduo no fortalecimento do sujeito passivo do processo penal. Pode-se afirmar, com toda segurança, que o princípio que primeiro impera no processo penal é o da proteção dos inocentes (débil), ou seja, o processo penal como direito protetor dos inocentes. Esse status (inocência) adquiriu caráter constitucional e deve ser mantido até que

exista uma sentença penal condenatória transitada em julgado. (LOPES JR., 2005, pp. 38-39)

Nesse paradigma, deve reinar, portanto, o princípio da presunção de inocência, explicado por Ferrajoli (2010, pp. 505-506):

Se a jurisdição é atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena. Sendo assim, o princípio da submissão à jurisdição – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo, e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação – postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação. Trata-se, como afirmou Luigi Lucchini, de um “corolário lógico do fim racional consignado ao processo” e também a “primeira e fundamental garantia que o procedimento assegura ao cidadão: presunção *juris*, como sói dizer-se, isto é, até prova contrária”. A culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo.

Esse princípio surgiu no Direito Romano, mas enfraqueceu-se com o modelo inquisitório medieval, fortalecendo-se novamente na Idade Moderna, com as obras de Beccaria e outros. Ulterior retrocesso ocorreu no fim do século XIX, quando positivistas golpearam seriamente o princípio ao valorizar os institutos positivados das prisões cautelares, **ao equiparar indícios que justificam a imputação à prova da culpabilidade e ao argumentar que a experiência demonstrava que a maior parte dos imputados eram realmente culpados**. A posterior retomada do princípio não foi suficiente para derrocar esses argumentos, do que decorre o desrespeito corriqueiro da liberdade individual até hoje (FERRAJOLI, 2010, pp. 506-507). Conforme se demonstrou, as noções de que o flagrante não é indício, mas certeza de culpabilidade, e de que vale sacrificar alguns inocentes em nome da punição quase sempre adequada dos culpados ainda são vigorosas, passando por cima do aludido princípio constitucional.

Segundo Andrade (2003, pp. 159-160), a permanência da dogmática, apesar de todas as críticas sofridas, de seu afastamento da realidade e de sua debilidade epistemológica, se explica porque ela tem uma função dentro da sociedade, uma função que não é a declarada. Na verdade, a autora entende que a dogmática é apenas um dos instrumentos legitimadores do sistema penal que, por sua vez, desempenha o papel de reproduzidor das relações de poder na sociedade:

As Ciências Sociais evidenciam, portanto, que para além das intervenções contingentes há uma lógica estrutural de operacionalização do sistema penal nas sociedades capitalistas que implicando na violação encoberta (seletividade) e aberta (arbitrariedade) dos direitos humanos não apenas viola a sua programação normativa e teleológica mas é, num plano mais

profundo, oposta a ambas, caracterizando-se por uma eficácia instrumental invertida à qual uma eficácia simbólica (legitimadora) confere sustentação. A potencialidade deste desenvolvimento contraditório está, todavia, inscrito nas bases fundacionais do próprio sistema.

Globalmente considerada, pois, esta lógica se traduz numa subprodução (déficit) de garantia dos direitos humanos e numa sobreprodução (excesso) de seletividade/arbítrio e legitimação, cuja violência institucional mantém um nexos funcional mais profundo com a reprodução das relações sociais desiguais de poder e riqueza; isto é com a violência estrutural. (ANDRADE, 2003, p.297)

Autores como Alessandro Baratta, Andrade e Zaffaroni denunciam que o sistema penal escolhe entre a população mais pobre seus clientes, blindando as camadas mais altas por diversos mecanismos, sejam eles legislativos, administrativos ou judiciários. Certamente, a prisão em flagrante, não só a produção dogmática a seu respeito, é peça importante dentro dessa lógica de funcionamento e perpetuação do sistema penal, caso contrário não teria condições de se manter nos moldes atuais, contrários ao princípio da presunção da inocência. Não cabe aqui, porém, indagar quais seriam as contribuições do uso em questão do instituto<sup>1</sup>, o que constituiria objeto de nova pesquisa, mas evidenciou-se que as noções comuns acerca dele não decorrem de irrefletida tradição histórica, caso contrário já teriam sucumbido diante de críticas que privilegiam princípios característicos do Estado Democrático de Direito, especialmente a presunção de inocência.

#### **4.4 Conclusões parciais**

O que mais interessa é evidenciar que o maior rigor no tratamento de indivíduos que foram presos em flagrante, da maneira descrita no terceiro capítulo, é fruto da absurda equiparação de flagrante com certeza da culpabilidade e da conseqüente ânsia de punição prévia desse sujeito. O gritante desrespeito ao princípio constitucional da presunção da inocência muitas vezes é ignorado – propositalmente ou não – por todos, inclusive por quem deveria combater tais

---

<sup>1</sup> Apesar de fugir ao escopo da pesquisa, cogita-se de uma plausível utilidade do aspecto questionado do flagrante, a qual pode ser futuramente investigada em outros estudos: legitimação do funcionamento do sistema penal por meio da tentativa de esconder a seletividade, como se a distinção entre presos em flagrante e outros não fosse apenas mais uma de suas etapas, e contornar críticas nascidas no âmbito da teoria da reação social, retirando o foco do binômio abastados livres e desvalidos encarcerados para o binômio culpados punidos e inocentes livres. Explica-se: por gozar de certeza de culpabilidade, provoca na coletividade a impressão de que o Judiciário e, também o sistema penal, agem com eficiência e justiça ou, pelo menos, de acordo com a lei, prendendo rapidamente quem é culpado e cuidando para não privar de liberdade quem não teve culpabilidade provada, ou seja, quem não foi preso em flagrante. Gera-se a falsa crença de que é mantido na prisão somente quem comprovadamente praticou crime e de que todos que cometem crimes são presos, construindo-se os julgamentos unicamente sobre fatos, uma vez que todos aqueles submetidos a prisões cautelares pertenceriam ao mesmo estrato social.

violações, os profissionais do Direito. Na verdade, muitas vezes esses profissionais simplesmente não enxergam o que está cristalino por deficiência de formação. Acontece que predomina nos meios jurídicos a perspectiva exclusivamente dogmática, a qual não oferece o instrumental necessário à observação da realidade, do Direito que se verifica na prática. Desde que haja uma subsunção entre fatos e regras, a dogmática se satisfaz, ainda quando as regras são extremamente abstratas, a ponto de nem a doutrina poder estabelecer seus limites. Exatamente no seu defeito de impedir que se enxerguem os problemas reais, está sua utilidade em servir à reprodução de um sistema que atende a interesses de determinados grupos, não da sociedade, como ilusoriamente se divulga.

## Considerações Finais

A dogmática jurídica pretende-se objetiva, não-valorativa, mas as demonstrou-se que tais objetivos não são, nem podem ser, atingidos. Assim ocorre quando os manuais buscam apresentar a prisão em flagrante como algo intrinsecamente bom, necessariamente derivado da racionalidade humana para proteger o bem social e que só pode ser empregado na produção de benefícios, na asseguaração de direitos de cidadãos contra mal-feitores.

Há uma grande ilusão, inserida em um senso comum destinado a proteger interesses de grupos sociais determinados. Dentro desse senso comum encontra-se o estudo dogmático do direito, que declara prestar-se somente a realizar a sistematização teórica de suas normas ou a conferir interpretações cada vez mais precisas sobre sua aplicação. Sob essa perspectiva, decisões que obedecem às orientações dos cientistas e estudiosos do direito são não só legais, mas também legítimas.

As decisões exemplificativas selecionadas no terceiro capítulo atenderam às interpretações estabelecidas pela doutrina, pois se constituíram em cognição judicial ocorrida após a fase administrativa e na qual foram avaliados os mesmos requisitos da prisão preventiva, como a verificação do *periculum libertatis*, traduzido em uma das circunstâncias do art. 312 do CPP, e do *fumus commissi delicti*, correspondente à verossimilhança de todos os elementos do crime. Conforme ensinado nas obras clássicas sobre o Processo Penal, o objeto da cognição do magistrado foi, de fato, mais amplo que aquele do momento em que o suspeito foi flagrado, quando se observa apenas a presença de um fato típico e de uma das hipóteses do art. 302 do CPP.

Como o conteúdo das decisões invocou os dispositivos legais e os aplicou dentro das margens interpretativas impostas pela doutrina, concluiu-se que seriam aprovadas pelos dogmáticos. A perplexidade surgiu quando suas fundamentações foram confrontadas entre si e evidenciaram tratamentos opostos para situações iguais. A desconfiança em torno da autossuficiência doutrinária aumentou com o exame dos números bastante superiores de decisões mantendo prisões cautelares quando houve flagrante comparativamente às quantidades de manutenções quando o flagrante estava ausente.

Diante das incoerências inexplicáveis pela dogmática, a reflexão criminológica crítica apresentou-se como alternativa apta a esclarecer aspectos obscuros dos resultados indicados, pois, ao cotejar a realidade com a teoria, permitiu a identificação das falhas e limites do pensamento teórico, ou seja, aqueles pontos em que a ela mesma não consegue atender a seus princípios de universalidade, de imutabilidade e necessidade. Nessa linha, Andrade, Ferrajoli, e Zaffaroni revelaram que a dogmática não pôde fornecer elucidações plausíveis para as ocorrências contraditórias porque se restringem ao ideal, de maneira a reproduzirem uma conveniente alienação em relação à realidade e a propagarem esse tipo de postura dentro e fora dos meios jurídicos.

As posturas críticas relativas à dogmática penal e processual penal em geral foram transportadas para as análises específicas sobre prisões em flagrante. Com esse instrumental, descobriu-se que as pistas para a peculiar influência do flagrante poderiam ser encontradas nos próprios manuais, que acabam refletindo o senso comum sobre o instituto. Efetivamente, verificou-se na doutrina que o flagrante foi identificado, ao longo de sua história, como prova incontestável de que um crime havia ocorrido, em vez de simples visualização de fato típico.

Em seguida, constatou-se que essa era uma opinião reproduzida nos diversos âmbitos da sociedade, começando pelos meios jurídicos, onde os profissionais do Direito não atentam para o tratamento negativamente diferenciado dado ao preso em flagrante. A mídia não incita os telespectadores a se revoltarem contra as disparidades entre casos como os analisados, da maneira que costuma fazer diante de algumas posturas do Judiciário. A população fica igualmente apática, não questiona medidas tão ilógicas. Há uma aceitação geral de um tratamento, no mínimo, iníquo, conferido ao flagrado.

Concluiu-se que a propaganda favorável ao flagrante ao longo dos tempos, como instrumento simples de ser compreendido pelos leigos e apresentado como arma de combate ao mal, à disposição de qualquer cidadão, tornou-o figura cativa no imaginário popular. Seu conceito ficou tão vinculado à certeza ou à verdade de um crime que, qualquer privação de liberdade que o ostente, não importando se prisão pena ou prisão processual, será vista como legítima, porque supostamente pune um culpado.

Onde houver flagrante, embora ele não constitua requisito para outros tipos de prisões além da própria prisão em flagrante, será muito maior a

probabilidade de recobrir-se com a imagem de justiça uma medida causadora de sofrimento indevido ao presumidamente culpado, numa clara concretização do caráter retributivo característico das penas. Os princípios constitucionais e os direitos individuais tornam-se irrelevantes, a punição do flagrado antes da conclusão do processo já não é chamada de barbaridade e o julgamento pelo órgão estatal é considerado excedente, porque, supostamente, já houve prova absoluta e julgamento pelo povo, pelo senso comum, pela maioria.

A contribuição do flagrante para as violações de direitos não pode continuar passando despercebida da forma como tem acontecido corriqueiramente nos tribunais pátrios, urgindo a realização de novas críticas no meio acadêmico às práticas descritas para que surtam efeitos na realidade nacional. Apenas com o fim da reprodução irrefletida da idéia de flagrante como certeza do crime será possível reduzir os altos níveis da prática medieval de punição antecipada, embora não seja crível a completa eliminação da utilização distorcida do flagrante enquanto ela servir para fins políticos ocultos do sistema penal. Até a redução das violações, será exigido ainda muito mais trabalho no sentido de enfraquecer uma mentalidade tão profundamente arraigada na cultura ocidental.

Espera-se ter contribuído para retirar a carga de veracidade intrínseca do flagrante, a fim de que uma noção mais precisa a seu respeito permita melhor controle sobre prisões cautelares, com efetivo respeito ao princípio da presunção da inocência e da liberdade de indivíduos que não podem mais ter seus direitos sacrificados em prol da perpetuação de uma estrutura social marcada por abissais desigualdades.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARAÚJO COSTA, Alexandre. **Introdução ao Direito. Uma perspectiva zetética das ciências jurídicas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Tradução por Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação da pena**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

\_\_\_\_\_; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de (Coord.). **Roubo e Furto no Distrito Federal: avaliação da efetividade das sanções não privativas de liberdade**. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. Disponível em <<http://gccrim.blogspot.com/2010/11/publicacoes-do-gccrim-relatorio-de.html>>

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. 1. ed. Rio Janeiro: Editora Forense, 1982.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em 9 de maio de 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.403 de 2011**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm)>. Acesso em 31 de maio de 2011.

BRASIL. Ministério Da Justiça. **Relatório Estatístico-Analítico do sistema prisional do Brasil em dezembro de 2010**. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTCPTB.htm>>. Acesso em 9 de maio de 2011.

CARDOSO, Maurício. **CNJ propõe maior controle sobre prisões em flagrante. Seção de Notícias.** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-set-14/cnj-propoe-maior-controle-prisoas-flagrante> >. Acesso em 9 de maio de 2011.

CASEIRO, Luciano. **Apreciações do Flagrante delito.** 1. ed. São Paulo: Editora Sugestões Literárias, 1967.

CASTELO BRANCO, Tales Oscar. **Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos.** São Paulo: Saraiva, 1984.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis.** 7. ed., rev., ampl., e atual. de acordo com as Leis 11.983/2009, 12.015/2009, 12.030/2009 e 12.037/2009. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal.** São Paulo: RT, 2010.

GROSNER, Marina Quezado. **A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: O Tratamento da Criminalização Secundária por Decisões em *Habes Corpus*.** São Paulo: IBCCRIM, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. **Presunção de inocência e prisão provisória.** Disponível em <[http://www.alexandrecoordeiro.adv.br/conteudo/presuncao\\_inocencia\\_prisao\\_prov.ppd](http://www.alexandrecoordeiro.adv.br/conteudo/presuncao_inocencia_prisao_prov.ppd)>. Acesso em 9 de maio de 2011.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

TORNAGHI, Hélio. **Manual de processo penal: prisão e liberdade.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.

WARAT, Luís Alberto. **Sobre La dogmática jurídica**. Disponível em <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17261/15820>> Acesso em 7 de maio de 2011.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.