



Artigo recebido em 13.04.2018 / Aprovado em 11.09.2018

DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL: SOBRE O CONCEITO DOUTRINÁRIO E JURÍDICO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

FUNDAMENTAL RIGHTS IN BRAZIL: ABOUT THE DOCTRINAL AND LEGAL CONCEPT OF THE ARREST IN FLAGRANTE

Tharllison Rafael Pereira¹
Fernando Lemes²

RESUMO

O artigo aborda o conceito doutrinário e jurídico da prisão em flagrante no Brasil, visando analisá-la de uma ótica normativa e constitucional, a partir de uma abordagem histórica. De igual modo, pretende elucidar a relevância da interpretação do Processo Penal brasileiro segundo o viés garantista trazido pela constituição de 1988, enaltecendo os Direitos Fundamentais no enfoque da privação de liberdade de um indivíduo, conforme o instituto do flagrante de delito. Conclui-s-e que embora a prisão em flagrante cumpra a função de impedir que o crime produza consequências ulteriores e evite a fuga do acusado, os preceitos constitucionais poderão ser constantemente violados na prática, concedendo margens para eventuais ilegalidades no ato da privação de liberdade nos casos do flagrante de delito, aonde a legislação normativa vem a ser mais criteriosa.

Palavras-chave: Prisão em Flagrante. Direitos Fundamentais. Constituição Federal.

¹Advogado Criminalista. Graduado em Direito pela Faculdade Raízes. E-mail: tharllisonrafael@gmail.com

² Doutor em História pela Université de la Sorbonne Nouvelle – Paris 3, professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Territórios e Expressões Culturais no Cerrado (TECCER) da Universidade Estadual de Goiás (UEG) e coordenador do Núcleo de Pesquisa Científica (NPC) da Faculdade de Direito Raízes.



ABSTRACT

The article discusses the doctrinal and legal concept of arrest in flagrante in Brazil, aiming to analyze it from a normative and constitutional perspective, from a historical approach. Similarly, aims to elucidate the relevance of the interpretation of Brazilian Penal Process according to the guaranteeing bias brought by the Constitution of 1988, extolling the fundamental rights with the focus on privation of liberty of an individual, according with the institute of the flagrante of delict. It is concluded that although prison in flagrante of delict fulfills the function of preventing crime and avoid the escape of the accused, the constitutional principles may be constantly violated in practice.

Keywords: Arrest in Flagrante. Fundamental Rights. Federal Constitution.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado evocou para si o encargo de proteger os bens jurídicos dos indivíduos e da sociedade em geral e também de oferecer soluções interlocutórias e definitivas para os conflitos que envolvam ameaça ou violação de direitos fundamentais, dentre eles a vida, a propriedade e a honra, com a finalidade de “assegurar as condições de existência da sociedade, em garantir as condições fundamentais e indispensáveis da vida em comum”. (ROCCO, 2001)

O direito de punir do Estado é genérico quando se impõe sobre o mais comum de todos os homens, porém, tal direito permanece inerte até a prática de alguma conduta típica por algum deles. Deste modo, como elucidado por Fernando Capez (2008, p. 2), “No momento em que é cometida uma infração, esse poder, até então genérico, concretiza-se, transformando-se numa pretensão individualizada, dirigida especificamente contra o transgressor”.

Como explicado pelo autor, ainda após o cometimento de uma infração, o que existe por parte do Estado é apenas uma pretensão de punir o indivíduo, tendo em vista que essa punição não será imposta de forma sumária, devendo ainda assim observar requisitos legais para a aplicação da sanção punitiva.

Na contramão desse contexto, a prisão processual entra em cena, ocorrendo por força da necessidade de segregação cautelar que o Estado impõe desde logo ao



acusado da prática de um delito durante as investigações ou no curso da ação penal, nas hipóteses previstas pelo sistema normativo.

Partindo-se desse pressuposto, há de se constatar que a prisão cautelar é aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não visa à punição do agente, mas tem por objetivo impedir que o acusado volte a praticar novos delitos ou que adote conduta voltada a influenciar na instrução criminal.

Nos termos do artigo 283 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), três são as espécies de prisões processuais: prisão em flagrante (artigo 301 a 310 do Código de Processo Penal), preventiva (artigo 311 e 316 do Código de Processo Penal) e temporária (Lei. 7.960/89). Em casos excepcionais, os artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal dispõe sobre a prisão domiciliar, enquadrando-se da mesma forma como uma espécie de prisão processual³. Fernando Capez (2008, p. 224) acerca do gênero das prisões processuais, nos traz o seguinte ensinamento:

Trata-se de prisão de natureza puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda a impedir que solto, o sujeito continue praticando delitos. Depende do preenchimento dos pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. É a chamada prisão provisória, compreendendo as seguintes espécies: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão decorrente de pronuncia, prisão em virtude de sentença condenatória recorrível e prisão temporária.

Julio Fabbrini Mirabete (2005, p. 345) complementa:

Rigorosamente, no regime de liberdades individuais que preside o nosso direito, a prisão só deveria ocorrer para o cumprimento de uma sentença penal condenatória. Entretanto, pode ela ocorrer antes do julgamento ou mesmo na ausência do processo por razões de necessidade ou oportunidade.

Adentrando no escopo da temática é relevante destacar que a prisão em flagrante consiste em ato restritivo de liberdade, de natureza processual, do agente

³ A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. (BRASIL, 1941, *online*)



ativo do delito que está praticando ou acabou de praticá-lo. Pode-se, assim, conceituar a prisão em flagrante como sendo a medida cautelar de privação de liberdade daquele que praticou o delito, está praticando, é perseguido logo após o crime ou preso logo depois com objetos que façam presumir ser o autor do crime, sendo dispensável qualquer autorização judicial. Neste sentido, Fernando Capez (2008, p. 175) sintetiza de forma sucinta o conceito de prisão em flagrante, como sendo

[...] Medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independentemente de ordem escrita do Juiz competente, de quem é surpreendido cometendo ou logo após cometer um crime ou uma contravenção.

Observa-se que a prisão em flagrante segundo o conceito de Fernando Capez, nada mais é que um mecanismo de autodefesa da sociedade, ao permitir que qualquer pessoa possa privar temporariamente a liberdade de alguém que está praticando ou praticou infração, sendo desnecessário mandado de prisão.

Entretanto, verifica-se que as prisões que antecedem a condenação precisam respeitar os critérios de necessidade e oportunidade, além de preencher os requisitos necessários: o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo na demora) que, na esfera penal são denominados, respectivamente, de *fumus commissi delicti* (fumaça da existência de um delito) e *periculum libertatis* (a liberdade do acusado oferece perigo). (DELMANTO JÚNIOR, 2001)

A Lei nº 12.403/2011 introduziu o artigo 310, inciso II, ao Código de Processo Penal, suprimindo a possibilidade da prisão em flagrante prender por si só, tendo em vista que antes de tal alteração o flagrado permanecia encarcerado apenas por força do flagrante. Com as alterações advindas da supracitada lei que alterou o Código Penal, a prisão em flagrante perde o *status* doutrinário de medida cautelar, levando em consideração que, se presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal e inadequadas ou insuficientes a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, o juiz deverá converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. Nesse sentido, Aury Lopes Junior (2011, p. 36) ensina que a prisão em flagrante



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.

Logo, é forçoso concluir que a prisão em flagrante passou a assumir natureza de medida pré-cautelar, com duração limitada até a adoção pelo juiz de uma das providências do artigo 310 do Código de Processo Penal (relaxar a prisão em flagrante, convertê-la em prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória).

2 PRISÃO EM FLAGRANTE NO BRASIL: CONCEITO E HISTÓRICO NORMATIVO

A primeira Constituição brasileira estabelecia que a prisão em flagrante de delito era uma exceção à regra, visto que toda prisão deveria ser executada por ordem escrita da autoridade legítima. A Constituição do Império de 25 de março de 1824, em seu artigo 179, inciso X, afirma que “A' exceção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima”. (BRASIL, 1824). De modo atrelado ao tema o sistema constitucional do império brasileiro que na época sofreu grande influência do movimento constitucionalista europeu, também trouxe consigo, os direitos fundamentais de primeira geração, estando eles no Título 8º da Carta, sob a nomenclatura de Garantia dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros. O texto já previa inúmeros direitos individuais que perduram até os dias hoje, tais como liberdade, segurança individual e propriedade.

Contudo, a Constituição Imperial de 1824 não instrumentalizou os direitos fundamentais citados acima, tampouco aplicou na prática as regras da prisão em flagrante, por razões lógicas – na época, a grande maioria da população permanecia em regime de escravidão, de maneira que as pessoas eram torturadas e mortas sem o amparo estatal.

Pouco depois, a Carta de Lei de 30 de agosto de 1828 deliberou a respeito do flagrante delito, ao dispor, em seu artigo primeiro, que nenhum cidadão poderia ser



preso sem culpa formada:

Art. 1º - Só poderão ser presos por crime sem culpa formada:

1º. Os que forem achados em flagrante delicto, entendendo-se presos em flagrante delicto, não só os que se apprehenderem commettendo o delicto, mas tambem os que pretenderem em fugida, indo em seu seguimento os Officiaes de Justiça, ou quaesquer cidadãos, que presenciasssem o facto, conduzindo-se directamente á presença do Juiz. (BRASIL, 1828, *online*)

Desse modo, a Lei de 1828 apenas conhecia a prisão, sem anterior ordem judicial, de quem fosse encontrado cometendo o crime ou fosse perseguido e preso na fuga por policiais ou cidadãos que presenciaram o fato delituoso, onde o flagrado deveria ser prontamente conduzido à presença do juiz competente. (BRANCO, 2001)

Posteriormente, em 29 de novembro de 1832, promulgou-se o Código de Processo Criminal, que dispunha, em seu artigo 131, sobre o instituto da prisão em flagrante, tema que era tratado de forma semelhante ao que se tem no Código de Processo Penal de 1941, que vigora até os dias atuais:

Art. 131 - Qualquer pessoa do povo póde, e os Officiaes de Justiça são obrigados a prender, e levar á presença do Juiz de Paz do Districto, a qualquer que fôr encontrado commettendo algum delicto, ou emquanto foge perseguido pelo clamor publico. Os que assim forem presos entender-se-hão presos em flagrante delicto. (BRASIL, 1832, *online*)

Por seu turno, o Código de Processo Criminal do Império do Brasil já apresentou a prisão em flagrante facultativa, exercida pelos cidadãos comuns que não tinham o dever de prender, mas apenas a faculdade, e a prisão em flagrante compulsória ou obrigatória, exercida pelos oficiais da justiça, os quais tinham o dever jurídico de exercer a prisão. (TÁVORA; ALENCAR, 2009)

Nota-se, que a imprescindível restrição de eventuais abusos praticados pelos representantes estatais à população, especialmente por meio de prisões arbitrárias e sem justificação é temática antiga no Brasil. Neste prisma, o Código de Processo Criminal de 1832 foi um marco histórico para regulamentação dos direitos fundamentais, introduzindo de forma expressa o instituto do *habeas corpus* no ordenamento jurídico brasileiro – instrumento de proteção do cidadão contra prisão ou constrangimento ilegal



a sua liberdade.

Com a proclamação da República, foi promulgada a nova Constituição de 24 de fevereiro de 1891, revigorando as garantias processuais já existentes. O artigo 72, parágrafo 13, da Constituição Republicana, alterou a Carta Imperial, de 1824, asseverando que “À exceção do flagrante delicto, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escripta da autoridade competente”. Constata-se que a Constituição de 1891 apenas assegurou o que já havia sido deliberado na legislação anterior a sua vigência, garantido que nenhum cidadão da época fosse preso fora da hipótese do flagrante de delito, ressalvando a prisão por ordem escrita da autoridade judiciária. (LIMA, 2009)

A Constituição Republicana de 1891, também incorporou o *habeas corpus* em seu texto, no artigo 72, parágrafo 22, elevando o instituto a categoria de garantias constitucionais expressas. Restou-se evidente que a inserção do *habeas corpus* no texto constitucional instrumentalizou um mecanismo eficaz de combate a possíveis ilegalidades sofridas pelos cidadãos da época no âmbito da prisão em flagrante. Pode-se dizer que o *habeas corpus* surgiu como uma faísca de humanidade, frente ao gigantesco poder desumano do império que acabou de cair – oferecendo mais robustez ao direito fundamental à liberdade.

No contexto da Nova República de 1891 criou-se o pacto federativo, permitindo que cada unidade da Federação confeccionasse o seu próprio Código de Processo Penal, fato que criou bastante instabilidade na justiça criminal do país e contribuiu para que houvesse acentuada diversidade de sistemas, prejudicando a aplicação da lei penal. Entretanto, era entendimento pacífico entre os juristas da época, que o tema da prisão em flagrante, não poderia ser normatizado internamente pelos regulamentos estaduais, tendo em vista que tal matéria afetava diretamente o direito fundamental à liberdade. (ALMEIDA JUNIOR, 1920)

Na contramão do entendimento supracitado, alguns Estados, como Rio Grande



do Sul e Goiás – inspirados no positivismo adotado pelo Código de Processo Criminal Italiano de 1865 – introduziram em seus ordenamentos processuais penais uma nova espécie de flagrância, adentrando em um contexto que sofreu duras críticas de grandes doutrinadores da época: surpreender-se uma pessoa com objetos que façam presumir ser autor ou cúmplice de crime pouco antes cometido. (ALMEIDA JUNIOR, 1920)

Apesar das críticas, essa diversidade de sistemas penais contribuiu para que o Brasil pudesse criar sua própria identidade jurídica e adotar as doutrinas e vertentes que mais se adequavam a sua realidade fática no momento, inclusive no tema das prisões, deixando para trás a influência do sistema jurídico implantado pelo império, que tinha estreita ligação com Portugal. Para chegar a essa conclusão, basta observarmos que as normas e doutrinas, são pelo menos em tese criadas conforme as necessidades e possibilidades de uma determinada região. As necessidades aqui entram no sentido de demandas e problemas enfrentados pela região, as possibilidades estão ligadas a real viabilidade de aplicação da norma pelo Estado, porque certamente não faz sentido ter uma norma e não poder aplica-la na pratica. Logo, se não há novas necessidades e possibilidades não haverá novas normas e doutrinas, agora havendo, não há razões para não cria-las e aplica-las. Foi o que ocorreu na legislação penal infraconstitucional incluindo o caso da prisão em flagrante após pacto federativo.

Com a Constituição de 1934 o instituto da prisão em flagrante foi tratado de forma solene no capítulo que versa sobre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Em seu artigo 113, parágrafo 21, considerou o flagrante como a única exceção à regra de que ninguém poderá ser preso sem ordem escrita da autoridade competente:

Art. 113, §21 - Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora. (BRASIL, 1934, *online*)



Essa Constituição inovou no que diz respeito a consagração dos direitos fundamentais relacionados as liberdades individuais e existenciais. A dignidade, a existência e a liberdade tornaram-se preceitos para a valorização da vida, colocando o homem como ser destinatário dos bens e valores produzidos na sociedade e não apenas como simples engrenagem do sistema. O Estado brasileiro rompeu de vez os resquícios do regime oligárquico e adotou uma política voltada ao cidadão. O próprio preâmbulo constitucional de 1934 era uma evolução para o sistema normativo da época, firmando-se "para organizar um regime democrático, que assegure à Nação, a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico." (BRASIL, 1934)

A matéria do flagrante de delito foi tratada de forma analógica no artigo 122, parágrafo 11 da Constituição de 1937, bem como no artigo 141, parágrafos 20, 21 e 22 da Constituição de 1946 e no artigo 150, parágrafo 12, da Constituição de 1967, dispondo do tema como cláusula pétrea no ordenamento jurídico brasileiro:

Art. 122, § 11 - À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada: a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa. (BRASIL, 1937, *online*)

Art. 141, § 20 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.

§ 21 - Ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei.

§ 22 - A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora. (BRASIL, 1946, *online*)

Art. 150, §12 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal. (BRASIL, 1967, *online*)

Mesmo levando em consideração a inalterabilidade dos textos constitucionais citados, com relação ao modo que a Constituição de 1934 tratou o tema da prisão em flagrante, vale lembrar que em 1937, Getúlio Vargas promoveu um golpe de Estado,



apoiado pelos militares, com a intenção de permanecer no poder, instaurando o conhecido “Estado Novo”, época obscura em que vários direitos fundamentais do cidadão foram suprimidos. (SILVA, 2000)

As supressões de direitos trazidas pela Constituição do regime absolutista de Getúlio Vargas viriam como uma enxurrada de atrocidades para o povo - o direito à vida não era mais valorizado, abrindo-se precedente para a pena de morte em crime civil; as liberdades de expressão e locomoção eram frequentemente violadas por intervenções abusivas do Estado; a importantíssima autonomia entre os poderes já não existia na prática. Tristes fatos que mudaram somente a partir do período conhecido como “Redemocratização” ou “Quarta República”. Neste período a Constituição de 1946 foi promulgada, voltando a abolir a pena de morte e a prisão perpétua e por consequência ressuscitou o tema dos direitos fundamentais no Brasil. (SILVA, 2000)

Pouco antes, ainda sob o regime de Getúlio Vargas, no dia 1º de janeiro de 1942 passou a vigorar o Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941, atual Código de Processo Penal, que regulamenta a prisão em flagrante em seus artigos 301 a 310. Tal Decreto-Lei apresenta significativas alterações, considerando as normas infraconstitucionais anteriormente citadas. Todavia, trataremos sobre o caso detalhadamente mais adiante.

No que pese o texto constitucional de 1967 não trazer mudanças para a esfera do flagrante de delito e direitos fundamentais é plausível destacar que em 1964 os militares provocaram um golpe de Estado. O governo militar manteve uma aparente legalidade e legitimidade nas suas ações para com o cidadão, com o aval de uma mídia de cabresto, contudo, na prática o sistema militar era totalitário e abusivo, promovendo torturas, mortes e prisões arbitrárias, o que perdurou até o ano 1985.

Finalmente, a Carta Magna de 1988, conhecida por marcar o fim do processo de transição para a democracia trouxe uma série de inovações jurídicas para sistema normativo brasileiro. Em seu artigo 5º, inciso LXI, consolidou o entendimento que a prisão em flagrante é uma espécie de exceção à regra de que “nenhuma pessoa



poderá ser presa sem autorização escrita da autoridade competente”. O legislador constituinte, surpreendeu positivamente ao exigir que tal autorização judicial seja motivada e devidamente fundamentada nos termos legais, como também excepcionou os casos de transgressão militar ou de crime propriamente militar, que são tratados em legislação específica.

Na Constituição de 1988 os direitos fundamentais relacionados a pessoa humana foram tratados de maneira solene, enaltecendo a vida, liberdade e dignidade. Assim, o Estado Democrático de Direito foi idealizado.

3 A PRISÃO EM FLAGRANTE NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

No ordenamento jurídico brasileiro existem basicamente dois gêneros de prisão aceitos pela doutrina moderna: as prisões processuais – que são em regra decretadas por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente para garantir os efeitos do processo e instrução criminal – e a prisão para cumprimento de pena, devido a uma sentença penal condenatória. Como exceção à regra das prisões processuais, a prisão em flagrante entra em cena com o seu caráter pré-processual. (TOURINHO FILHO, 2003)

Antes da reforma advinda com a Lei nº 12.403/11, havia um conflito doutrinário a respeito da natureza jurídica da prisão em flagrante, uma vez que alguns autores consideravam o instituto como “prisão cautelar”, porque não havia no ordenamento jurídico norma que distinguisse a prisão em flagrante das outras cautelares.

Com a reforma provocada pela Lei nº 12.403/11, não existe mais dúvidas quanto a natureza pré-cautelar ou pré-processual da prisão em flagrante, tendo em vista que agora ao receber o auto de prisão em flagrante, surgem três alternativas ao magistrado, devendo fundamentadamente: a) relaxar a prisão ilegal; b) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do artigo 312 do



Código de Processo Penal e ainda revelando-se inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares distintas da prisão; c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Nesse sentido, Aury Lopes Junior (2011, p. 58) traz o seguinte ensinamento:

No primeiro momento, o que faz o juiz é avaliar a situação de flagrância, se realmente ocorreu alguma das situações do art. 302 ou 303 [...] e, ainda, se todo o procedimento para elaboração do auto de prisão em flagrante foi devidamente desenvolvido, especialmente no que tange à comunicação imediata da prisão ao juiz, a entrega da nota de culpa ao preso e a remessa ao juízo no prazo de 24 horas. É, em última análise, a fiscalização da efetivação do disposto no art. 306.

Em outras palavras, a prisão em flagrante (pré-cautelar) deve ser substituída pela preventiva (cautelar), sendo a medida pré-cautelar a nova natureza normativa e doutrinária do flagrante de delito, levando em conta que, “realizada a medida administrativa pela autoridade policial, a prisão só constituirá verdadeira medida cautelar após a decisão judicial ratificatória da prisão em flagrante”. (LIMA, 2009)

Portanto, ante as diversas espécies de prisões do gênero processual (preventiva, temporária e prisão domiciliar) apresenta-se inequívoca a natureza pré-cautelar da prisão em flagrante que, como subgênero da prisão processual, demanda a presença do *fumus commissi delicti* que venha ser a comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria, devendo estar acompanhado do *periculum libertatis* que se refere ao risco que a liberdade do agente apresenta à sociedade. (LOPES JUNIOR, 2011)

Com respeito ao *fumus commissi delicti*, assegura Guilherme Souza Nucci (2012, p. 631) que se exige apenas a aparente tipicidade formal do delito, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade, outros requisitos para a configuração do crime, elucidando que tal prisão processual

[...] tem, inicialmente, caráter administrativo, pois o auto de prisão em flagrante, formalizador da detenção, é realizado pela Polícia Judiciária, mas torna-se jurisdicional, quando o juiz, tomando conhecimento dela, ao invés de relaxá-la, prefere mantê-la, pois considerada legal.



No mesmo contexto, o outro pressuposto que se faz imprescindível na prisão em flagrante, como subgênero da prisão processual, é o *periculum libertatis*, presumido do momento em que o agente ativo do delito está executando ou acabou de executar a infração penal, uma vez que este indivíduo está aparentemente infringindo a ordem pública e a lei. Entretanto, caberá ao juiz, posteriormente ao recebimento do auto de prisão em flagrante, analisar se o *periculum libertatis* realmente existiu, decidindo, assim, se o indiciado ficará em liberdade ou não. (LOPES JUNIOR, 2011)

Dessa forma, constata-se que, se tratando de flagrante de delito, averíguam-se três funções primordiais: colher provas da autoria; evitar a fuga do agente ativo do delito; evitar a consumação do crime no flagrante próprio, ainda não consumado. (MENDES, 2012)

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

No âmbito do direito *lato sensu* moderno, não se pode embasar o Direito Processual Penal brasileiro apenas no Código de Processo Penal de 1941, fruto do regime absolutista de Getúlio Vargas, uma vez que as modificações trazidas pela Carta Magna de 1988 apontam para uma interpretação genuína e explícita dos princípios e direitos constitucionais referentes ao viés garantista do Estado constitucional de direito, em sentido absolutamente adverso ao Código de Processo Penal vigente. (OLIVEIRA, 2005)

Apresenta-se indiscutível a relevância dos princípios constitucionais dentro do ordenamento jurídico doutrinário brasileiro: princípios jurídicos básicos que alicerçam a existência dos direitos fundamentais, previstos ao longo da Constituição Federal de 1988 e dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, sendo que tais normas fundamentais necessitam ser reinterpretadas de forma a atender melhor os anseios da sociedade, acompanhando a evolução do sistema normativo, o que torna o assunto sempre atual. (DELMANTO JUNIOR, 2001)



Em sentido *lato*, os direitos fundamentais são as garantias básicas para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas, estando expressos na Constituição de 1988, positivados na própria norma constitucional. Em contrapartida, os princípios fundamentais são aqueles que não estão declarados em uma norma expressa, são implícitos, resultam de entendimento jurídico coletivo, do ideal de direitos, valores intrínsecos e da moral do povo, extraídos do exercício hermenêutico constitucional, que sustentam os direitos fundamentais. Neste sentido, conforme Robert Alexy,

Princípios são, por conseguinte, mandados de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige: nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. (2008, p. 90-91)

No contexto normativo constitucional, dentre os direitos fundamentais percebe-se especial atenção do legislador ao direito à vida, sendo este um pressuposto para a existência e exercício dos demais direitos fundamentais, inclusive o direito à liberdade de locomoção, sendo atribuído ao Estado o dever de assegurar-lhes aos seus cidadãos. (MORAES, 2005)

Acerca dos direitos fundamentais, o artigo 5º, *caput* e seus incisos III e XLIX da Constituição de 1988, dispõem sobre o direito à vida e da vedação à tortura, garantindo ao preso integridade física e moral independentemente dos delitos anteriormente praticados:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante:

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral:
(BRASIL, 1988, *online*)



Por consequência lógica do direito à vida, todo cidadão terá o direito à liberdade de locomoção, sendo-lhe assegurado o direito de ir, vir e permanecer, expresso no inciso XV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988: “É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. (BRASIL, 1988)

Entretanto, no Estado democrático contemporâneo o direito à liberdade de locomoção não é absoluto, por se tratar de uma norma constitucional de eficácia contida ou limitada, podendo ter sua eficácia restringida por outras normas constitucionais ou infraconstitucionais, visto que tal garantia está limitada pelas normas de convivências sociais impostas pelo Estado. Logo, se um cidadão praticar uma conduta típica, estará sujeito às sanções punitivas previstas na legislação onde as medidas encarceradoras predominam, diga-se de passagem. (MORAES, 2005)

Segundo Foucault (2002, p. 249) qualquer modalidade de prisão ou ato que resulte no encarceramento de um indivíduo, aflige e impõe sofrimento, não havendo motivos de louvor em tal obra. O supracitado autor recrimina o sistema punitivo de um Estado que se baseia na restrição da liberdade de seus cidadãos como uma saída para resolução de conflitos sociais internos.

Assim, o direito fundamental à liberdade de locomoção se faz conexo com o princípio do devido processo legal, sendo o último extraído da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, versando que “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal [...]” (BRASIL, 1988)

Diferentemente do direito à liberdade de locomoção, onde a norma de direito material está expressa no inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o princípio do devido processo legal está com sua solução jurídica implícita no texto constitucional, remetendo a uma noção genérica de justiça, tornando-se uma cláusula geral aberta, que viabiliza o surgimento de novas garantias processuais implícitas. (FERREIRA, 2014)

De uma visão doutrinária ampla, o princípio do devido processo legal garante ao



réu o direito de ser ouvido, de ter acesso à defesa técnica, de ser informado de todos os atos processuais, da publicidade e motivação das decisões, do julgado perante o juízo competente, do duplo grau de jurisdição, da revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado. Dessa forma, leciona Alexandre de Moraes (2005. p. 121), que

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Nesse sentido, revela-se a ideia do justo processo e com garantias, em que o acusador e o acusado estejam em condições de igualdade perante o órgão julgador. Sendo que este princípio tem como consequência lógica o princípio ao contraditório que, segundo ainda Alexandre de Moraes (2005, p.93), “é a própria exteriorização do direito de ampla defesa”, onde o acusado deve conhecer o fato acusatório a ele imputado, viabilizando a manifestação contrária, assegurando assim a imparcialidade da decisão.

Enraizados no artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna de 1988, o princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa asseguram “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, [...] o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 1988). Tais princípios se fazem presentes em todo sistema jurídico brasileiro, assegurando o primeiro acerca da importância da contestação sobre qualquer fato ou ato alegado pela parte contrária. O segundo ratifica a necessidade do debate dentro do direito e a produção de provas.

Constata-se que o princípio do contraditório advém do direito que possui o acusado de contestar tudo que lhe é imputado dentro dos autos e contrarrazoar as acusações apontando a sua versão dos fatos em todas as suas formas. Já o princípio da ampla defesa, por sua vez, trata de assegurar todas as formas de defesa existentes,



oferecendo ao acusado o direito a defender-se usando todos os tipos de provas lícitas possíveis, objetivando provar sua inocência. (PENTEADO FILHO, 2008)

Visando a manutenção dos direitos e princípios fundamentais e a humanidade da justiça, bem como a dignidade humana, tem-se o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 que assegura “[...] o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”. (BRASIL, 1988)

A Constituição de 1988, conhecida como “constituição cidadã”, foi contundente ao delinear suas diretrizes em favor do ser humano, no que ratifica a necessidade de construir um ordenamento jurídico em que a dignidade humana seja ressaltada, até mesmo como apontador para a criação, explanação e valoração de qualquer direito fundamental, bem como no bom emprego de qualquer atividade estatal. Apesar de seu sentido formar uma reflexão complexa, recorre-se, aqui, ao ensinamento de Carmem Lúcia Antunes Rocha (1999. p. 4), que assim explanou:

Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é quem dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida, e nessa contingência, e um direito pré-estatal. Toda pessoa é digna. Essa singularidade fundamental e insubstituível é ínsita à condição humana do ser humano, qualifica-o nessa categoria e o põe acima de qualquer indagação.

O que se verifica é que o preso, condenado ou não, precisa ter a sua dignidade humana resguardada, não tendo qualquer relevância a quantidade de crimes cometidos ou a crueldade do crime realizado. A penalidade não deve buscar o sofrimento do condenado para que ele padeça pelos seus atos criminosos, mesmo que o dano ocasionado à sociedade seja irreversível ou imensurável. O exercício fático do *jus puniendi* não se funda em uma atividade desregrada na busca pela serventia da pena, como, por exemplo, sobrepor à pena de morte para que através daquele meio se livre de um indivíduo que cometeu crime. (GRECO, 2011)



Deste modo, o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado democrático de direito, institui um perímetro à atividade punitiva do Estado tornando-se um princípio de grande envergadura para o processo de humanização das penas restritivas de liberdade. Logo, “A concretização do referido princípio deriva da própria condição de inter-relacionamento que a sociedade propicia aos seus integrantes e se pauta pela ética comportamental e pela intervenção do Estado como última opção”. (PEREIRA; GAGLIARDI, 2009)

O princípio da dignidade da pessoa humana está disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988, servindo como pilar para o Estado de direito:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL,1988, *online*)

Originando-se da valoração dos direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana serve como um ponto de partida para diversos princípios constitucionais do Direito Penal brasileiro que, segundo Marco Antônio Marques da Silva (2001, p.15) “cumpram a função fundamentadora da intervenção do Estado Democrático de Direito na privacidade e na intimidade das pessoas, através do poder de punir, estabelecendo os limites deste”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Gerando estreita relação com o tema abordado, o princípio da presunção de inocência elencado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, assegura uma forma de tratamento mais branda ao acusado, não se admitindo, antes da sentença transitada em julgado, a imposição de qualquer medida putativa, restritiva ou psicológica que implique no apontamento antecipado ao mérito, insinuando que o suspeito seja verdadeiramente culpado, dispondo que “ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Neste prisma, Delmanto Júnior (2001, p. 64) compreende que “[...] negar o direito à presunção de inocência significa



negar o próprio processo penal, já que este existe em função da presunção de inocência, afigurando-se em um Estado Democrático de Direito [...]”.

Neste aspecto, de acordo com Manuel Monteiro Guedes Valente (2004, p. 150), o princípio da presunção de inocência está “conexo ao princípio do respeito à dignidade da pessoa humana que tem como base o direito a que todos temos do processo criminal assegurar todas as garantias de defesa”.

O princípio fundamental da presunção de inocência põe em cheque a real legalidade das prisões processuais, uma vez que essa modalidade visa “à garantia da instrução criminal”. A respeito das prisões processuais, Antônio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 68) entende que “[...] é uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade”.

No sentido inverso, tem-se a previsão da prisão em flagrante no art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988. Deste modo, observa-se que estão presentes dois dispositivos antagônicos na mesma Constituição, pois como um indivíduo poderá gozar da garantia de ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória se poderá o mesmo ter sua liberdade ceifada sem as garantias constitucionais?

Questão complexa onde se constata iminente conflito entre normas constitucionais: o princípio da presunção de inocência frente ao direito do Estado de prender em flagrante. Na ótica de Robert Alexy (2008, p. 81), “Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos”.

Visando solucionar tal indagação, existem algumas situações onde deverá ocorrer a ponderação das normas constitucionais. Situações onde se precisa decidir entre a prevalência de determinado direito fundamental sobre o outro, tendo em vista que uma das principais características dos direitos e princípios fundamentais é a relatividade, não possuindo caráter absoluto. Dessa forma, entende Alexandre de Moraes (2005, p. 61) que “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos



demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (princípio da relatividade)”.

No entendimento de Luís Roberto Barroso (2009, p. 334), a ponderação deverá ser aplicada quando o caso concreto não se enquadrar completamente em uma norma legal em abstrato, sendo “técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente”.

O juízo de ponderação é edificado a partir da própria consolidação do entendimento extraído de um princípio, proporcionando ao julgador sobrepor uma norma sobre a outra. Com esse raciocínio, o magistrado não desqualifica e não nega a validade de um princípio ou direito, mas, simplesmente, em virtude do peso menor apresentado em determinado caso concreto, terá a sua aplicação minimizada. (SOARES, 2010)

Frente ao caráter imediato do delito, o princípio da presunção de inocência cede espaço, em reverência aos princípios da proporcionalidade, concordância prática, e da proibição do excesso, admitindo dessa forma a prisão em flagrante de *status* igualmente constitucional. Ensina Humberto Ávila (2006, p. 132-133) que a concordância prática institui um postulado que tem por escopo o direcionamento da ponderação, de forma que valores total ou parcialmente refratários possam ser harmonizados e protegidos ao extremo, no caso a relevância do bem jurídico atingido pelo crime ou o bem comum social. Da mesma forma, elucida o autor que

A proibição de excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido. Por isso, deve ser investigada separadamente do postulado da proporcionalidade [...]. O postulado da proibição de excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido. A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia.

Assim, a prisão em flagrante cumpre primordial função de impedir que o crime produza consequências ulteriores e, ao mesmo tempo, de evitar a fuga do acusado, facilitando o cumprimento do dever estatal. Nesse caso, a adoção dessa medida restritiva de liberdade é justificada pelo objetivo da prevenção especial, podendo



conciliar-se com o princípio da presunção de inocência, não porque tal princípio se encontre inativo naquele momento, mas porque no flagrante a prevenção especial se sobrepõe ao interesse do indivíduo, podendo ser acompanhada pela exigência de interrupção da atividade criminosa (VILELA, 2005). No entanto, os preceitos constitucionais poderão ser constantemente violados na prática, concedendo assim uma grande margem para ilegalidades no ato da privação de liberdade do cidadão comum, especialmente nos casos do flagrante de delito, aonde à legislação normativa por natureza vem a ser mais criteriosa, pelo fato de se entender pela inocência até que se prove o contrário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. Vol. I, 3. ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, Tales Castelo. **Da Prisão em Flagrante: Doutrina, Legislação, Jurisprudência, Postulações em Casos Concretos**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Código de Processo Criminal**. Lei de 29/11/1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 3/10/1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 11 abr. 2017.

_____. **Coleção de Leis do Império do Brasil**. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.



- _____. **Coleção de Leis do Império do Brasil.** 1828. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38200-30-agosto-1828.html>. Acesso em: 06 out. 2016.
- _____. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.
- _____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.
- _____. **Constituição do Brasil Federal.** Brasília: Senado Federal, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 06 out. 2016.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DELMANTO Júnior, Roberto. **As modalidades de Prisão Provisória e seu prazo de duração.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Dos princípios processuais constitucionais implícitos decorrentes do devido processo legal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 120, jan. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14228&revista_caderno=9>. Acesso em: 13 abr. 2018.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** Trad. Raquel Ramalhete. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar.** São Paulo: Saraiva, 1991.
- GRECO, Rogério. **Direito humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.
- LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.



MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2005.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Direitos Humanos, Doutrina e Legislação**. São Paulo: Método, 2008.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva; GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo. Comunicação social e tutela jurídica da dignidade humana. In: SILVA, Marco Antônio Marques da; MIRANDA, Jorge. (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ROCCO, Arturo. **El objeto del delito y de la tutela jurídica penal**. Tradução: Gerônimo Seminara. Montevideo-Buenos Aires: Júlio César Faria Editor, 2001.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade Humana e a Exclusão Social**. Palestra proferida na XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro: 1999.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Juspodivm, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo Penal**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2004.



VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.