

RAFAEL FRANCISCO MARCONDES DE MORAES

Prisão em flagrante delito à luz da ordem constitucional

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2018**

RAFAEL FRANCISCO MARCONDES DE MORAES

Prisão em flagrante delito à luz da ordem constitucional

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2018**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Moraes, Rafael Francisco Marcondes de
Prisão em flagrante delito à luz da ordem constitucional / Rafael
Francisco Marcondes de Moraes; orientador José Raul Gavião de
Almeida -- São Paulo, 2018.
287 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito
Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Prisão em flagrante delito. 2. Inquérito policial. 3. Delegado de
polícia. 4. Indiciamento 5. Polícia judiciária. I. Almeida, José Raul
Gavião de, orient. II. Título.

Nome: MORAES, Rafael Francisco Marcondes de.
Título: Prisão em flagrante delito à luz da ordem constitucional

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Aos meus pais, Olga e Francisco, docentes profissionais e da vida.

À minha esposa Bruna, amor e companhia incentivadora.

Ao meu irmão Gustavo, amigo e exemplo de dedicação acadêmica.

À minha sobrinha e afilhada Elisa, alegria da família.

À Polícia Civil do Estado de São Paulo, sobretudo aos Professores da Academia, aos Delegados de Polícia e a todos Policiais Cíveis que se esforçam para dignificar e aprimorar a instituição e sua complexa missão, compromissados com a verdade legalista e com as Justiças de Deus e dos homens.

AGRADECIMENTOS

Esta pesquisa tornou-se possível pelo apoio de diversas pessoas a quem, de modo singelo, manifesto neste espaço minha gratidão.

Primeiro, registro meu especial agradecimento ao Professor José Raul Gavião de Almeida que me concedeu o privilégio de ser seu orientando e receber suas valiosas lições, conferindo-me oportunidade e confiança para desenvolver este trabalho.

Meus sinceros agradecimentos também aos Professores Marta Cristina Cury Saad Gimenes e Ricardo Cardozo de Mello Tucunduva pelas relevantes observações e pelos ensinamentos ministrados em meu exame de qualificação e ao longo de minha trajetória acadêmica.

Agradeço ainda aos Professores Antonio Scarance Fernandes, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maurício Zanóide de Moraes, Janaína Conceição Paschoal, Maurício Stegemann Dieter e Maria Thereza de Assis Moura pelas aulas e debates durante a pós-graduação.

Aos amigos e colegas de trabalho e de pós-graduação que colaboraram com sugestões, palavras de incentivo e fornecimento de material.

À minha família, pela compreensão e pelo apoio constante.

Muito obrigado!

A primeira prova é o flagrante delito. Ela atesta o fato, mas nem sempre atesta que essa ação em flagrante é um crime. Vemos um homem matar outro homem, mas, se ele estiver matando o assassino de seu pai ao persegui-lo na hora do assassinato, só merecerá aplausos; se estiver matando seu agressor, nada haverá para censurar-lhe; se estiver matando por uma afronta cruenta, num primeiro ímpeto de cólera, a própria lei deverá perdôá-lo, indenizando a família do morto. Em suma, toda ação pode ter diversas facetas.

(Voltaire, 1777)

RESUMO

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delito à luz da ordem constitucional*. 2018. 287 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

Esta dissertação concentra-se numa compreensão atual do instituto da prisão em flagrante delito e de seus principais pontos, visando expor e complementar opiniões distintas ou mesmo suprir eventuais lacunas, mediante análise das sucessivas reformas processuais penais, tais como as Leis Federais nº 11.690/2008, nº 12.403/2011, nº 12.830/2013, nº 12.850/2013, nº 13.245/2016, entre outras, assim como do direito comparado e da incidência de normas internacionais, mormente de tratados como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e de interpretações internas deles extraídos, como a denominada e polêmica “audiência de custódia”, numa abordagem tanto do aspecto teórico quanto do pragmático, agregando aceções e posicionamentos de vanguarda a entendimentos tradicionais, no escopo de debater soluções viáveis e harmonizar cada vez mais a prisão em flagrante delito aos padrões do sistema jurídico hodierno. O trabalho busca propiciar uma atuação estatal justa na repressão penal, com vistas à concreta aplicação dos postulados constitucionais da dignidade humana e do devido processo legal e das garantias consectárias como a legalidade, a motivação, a presunção de não culpabilidade, o contraditório e a ampla defesa, entre outras que podem e devem informar a custódia extrajudicial ajustada ao desempenho republicano e democrático da atividade de polícia judiciária e da Justiça Criminal.

Palavras-chave: Prisão em Flagrante Delito. Liberdade. Polícia Judiciária. Indiciamento. Inquérito Policial. Delegado de Polícia.

ABSTRACT

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prison in flagrant delict in light of constitutional order*. 2018. 287 f. Dissertation (Master) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

This dissertation concentrates on a current understanding of the prison in flagrant delict institute and its main points, aiming to expose and complement different opinions or even to fill any gaps, through analysis of successive criminal procedural reforms, such as Federal Laws 11.690/2008, 12.403/2011, 12.830/2013, 12.850/2013, 13.245/2016, among others, as well as comparative law and the incidence of international norms, especially treaties such as the American Convention on Human Rights (San José da Costa Rica Pact) and internal interpretations drawn from them, such as the so-called and controversial "custody hearing", in an approach both theoretical and pragmatic, adding avant-garde acceptations and positions to traditional understandings, in the scope of discussing viable solutions and to increasingly harmonize prison in flagrant delict with the standards of the current legal system. This work seeks to promote a just state action in criminal repression, with a view to concretely applying the constitutional postulates of human dignity and due process of law and the consequent guarantees such as legality, motivation, presumption of non-culpability, contradictory and defense, among others that can and must inform the extrajudicial custody adjusted to the republican and democratic performance of the activity of judiciary police and criminal justice.

Keywords: Prison in Flagrant Delict. Freedom. Judiciary Police. Police Imputation. Police Inquiry. Chief of Judiciary Police.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO NO DIREITO BRASILEIRO	14
2.1 Funções da prisão em flagrante delito	15
2.2 Natureza jurídica da prisão em flagrante delito	16
2.3 Evolução histórica da prisão em flagrante delito no direito brasileiro.....	18
3 A PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO E A ATIVIDADE DE POLÍCIA JUDICIÁRIA.....	21
3.1 Flagrante compulsório e flagrante facultativo	24
3.1.1 Flagrante cataléptico	27
3.1.2 Guardas Municipais	28
3.2 Flagrante esperado, flagrante provocado e flagrante forjado	30
3.3 Flagrante compulsório e a infiltração de agentes.....	32
4 PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO E INQUÉRITO POLICIAL	35
4.1 Prisão em flagrante delito nos crimes de ação penal condicionada à representação e de ação penal privada	35
4.2 Conceito e esboço histórico do inquérito policial.....	36
5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO	40
5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	40
5.1.1 Emprego de força.....	42
5.1.2 Morte decorrente de intervenção policial	45
5.1.3 Emprego de algemas	50
5.2 Princípio do devido processo legal: a devida investigação criminal.....	55
5.3 Princípio da legalidade	57
5.4 Princípio do investigador natural: Delegado de Polícia natural	59
5.4.1 Autoridade natural na prisão em flagrante delito.....	61

5.5 Princípios do contraditório e da ampla defesa	62
5.6 Princípio da publicidade	66
5.7 Princípio da paridade de armas	71
5.8 Princípio da imparcialidade.....	73
5.8.1 Imparcialidade e a superação da inquisitorialidade: o inquérito policial como procedimento apuratório	75
5.9 Princípio da reserva de jurisdição.....	78
5.9.1 Acesso aos dados armazenados em dispositivos eletrônicos	80
5.10 Princípio da inadmissibilidade ou proibição de provas ilícitas	84
5.11 Princípios da duração razoável da investigação e da eficiência	85
5.11.1 Aplicação de recursos tecnológicos: prisão em flagrante delito por videoconferência e inquérito policial eletrônico.....	87
5.12 Princípio da presunção de não culpabilidade.....	92
5.13 Princípio da não autoincriminação	94
5.14 Princípio da motivação.....	96
6 FLAGRÂNCIA DELITIVA, FUNDADA SUSPEITA E INDICIAMENTO	98
6.1 Flagrância delitiva: requisito temporal da prisão em flagrante delito	99
6.2 Flagrante próprio, perfeito, verdadeiro ou real.....	99
6.3 Flagrante impróprio, imperfeito, irreal ou quase-flagrante	100
6.4 Flagrante presumido, assimilado ou ficto.....	102
6.5 Flagrante em crimes permanentes	103
6.5.1 Inviolabilidade domiciliar e prisão em flagrante delito	104
6.6 Ação controlada e entrega vigiada: flagrante retardado, postergado, estratégico, prorrogado ou diferido.....	108
6.7 Fundada suspeita e indiciamento: requisito probatório da prisão em flagrante delito.....	114
6.7.1 Momento do indiciamento	120
6.7.2 Consequências do indiciamento.....	123
6.7.3 Qualificação e interrogatório	123
6.7.3.1. <i>Direito ao silêncio e o “aviso de Miranda”</i>	125
6.7.3.2 <i>Prestação de dados falsos e recusa de dados sobre a própria identidade</i>	129

6.7.3.3 Confissão.....	129
6.7.3.4 Tortura	130
6.7.4 Vida pregressa ou pregressamento.....	131
6.7.5 Identificação.....	132
6.7.5.1 Identificação civil e identificação criminal	133
6.7.5.2 Identificação criminal pelo perfil genético.....	136
6.8 Etapas da prisão em flagrante delito.....	138
6.8.1 Abordagem, captura e condução coercitiva	138
6.8.2 “Prisão-custódia” ou “prisão-formalização”: audiência de apresentação e garantias, decretação da custódia e o auto de prisão em flagrante delito	142
6.8.2.1 Auto de prisão em flagrante delito e a audiência de apresentação e garantias.....	144
6.8.2.2 Oitiva de testemunhas: depoimentos	147
6.8.2.3 Oitiva de vítimas: declarações.....	149
6.8.2.4 Oitiva do indiciado: interrogatório	154
6.8.2.5 Nota de culpa	157
6.8.3 Prisão-recolhimento ou encarceramento e a fiança extrajudicial	159
6.8.3.1 Fiança e liberdade provisória	159
6.8.3.2 Crimes inafiançáveis.....	160
6.8.3.3 Valor da fiança	166
6.8.3.4 Prazo para exibição do valor arbitrado a título de fiança.....	168
6.8.3.5 Fiança em caso de concurso de infrações penais e causas de aumento e de diminuição de pena	169
6.9 Independência funcional e discricionariedade do Delegado de Polícia.....	169
6.9.1 Prisão em flagrante delito e independência funcional	176
6.10 Criptoflagrante ou flagrante obtuso: ausência de flagrância delitiva ou fundada suspeita e a não decretação da prisão em flagrante delito	178
6.10.1 Relaxamento da prisão em flagrante delito pelo Delegado de Polícia.....	185
6.11 Juízos de tipicidade, de ilicitude e de culpabilidade exercidos pelo Delegado de Polícia	187
6.11.1 Juízos de tipicidade e de ilicitude: a análise de discriminantes pelo Delegado de Polícia	188
6.11.2 Análise do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia	194
6.11.3 Juízo de culpabilidade exercido pelo Delegado de Polícia	199
6.12 Prisão em flagrante delito, infrações de menor potencial ofensivo e termo circunstanciado	201
6.12.1 Concurso de infrações penais de menor potencial ofensivo e a prisão em flagrante delito	208
6.13 Apresentação espontânea, voluntária ou autoapresentação	210
6.14 Prisão em flagrante delito, imunidades prisionais e foro por prerrogativa de função.....	215

6.14.1 Presidente da República.....	216
6.14.2 Governadores de Estado	216
6.14.3 Prefeitos	218
6.14.4 Parlamentares Federais, Estaduais e Municipais	218
6.14.5 Agentes diplomáticos e agentes consulares	222
6.14.6 Membros da Magistratura e do Ministério Público	224
6.14.7 Advogados	225
6.14.8 Militares das Forças Armadas e Policiais Militares.....	225
6.14.9 Prisão em flagrante e período eleitoral	226
6.14.10 Crianças e adolescentes.....	228
6.14.10.1 <i>Atos infracionais cometidos por crianças</i>	229
6.14.10.2 <i>Atos infracionais cometidos por adolescentes</i>	230
6.14.10.3 <i>Auto de apreensão de adolescente infrator</i>	233
7 APRECIÇÃO JUDICIAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO	236
7.1 Relaxamento da prisão em flagrante delito ilegal.....	236
7.2 Liberdade provisória, medidas cautelares diversas da prisão e conversão da prisão em flagrante em preventiva.....	239
7.3 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a polêmica “audiência de custódia”	242
8 PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO NO DIREITO COMPARADO	252
8.1 Prisão em flagrante delito no direito português.....	253
8.2 Prisão em flagrante delito no direito espanhol.....	255
8.3 Prisão em flagrante delito no direito italiano	256
9 PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	258
9.1 Estado flagrancial e reconhecimento de excludentes de ilicitude.....	258
9.2 Fiança, apreciação judicial da prisão em flagrante delito e prazo máximo de prisão provisória	260
9.3 Indiciamento e interrogatório	263
10 CONCLUSÕES	265
REFERÊNCIAS.....	268

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo o exame da prisão em flagrante delito à luz da ordem constitucional, desenvolvido sob a perspectiva de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais aliados aos aspectos teóricos e práticos desse instituto que, conquanto bastante veiculado nos meios de comunicação, ainda carece de atenção com a merecida profundidade.

A escolha do tema resulta da constatação de ausência de estudos atualizados e mais aprofundados sobre a prisão em flagrante delito diante dos mandamentos constitucionais conciliados às diretrizes de tratados internacionais que integram o ordenamento brasileiro, assim como de leituras sob a ótica da harmonia entre o garantismo e a efetividade no processo penal, na medida em que o assunto demanda maior dedicação acadêmica, apesar do profundo interesse que provoca na sociedade e de sua inegável relevância para a persecução penal e para a consecução da Justiça Criminal, sendo por vezes tratado sem a devida densidade técnico-jurídica.

A partir desse prisma constitucional da matéria, o mote será elaborar um recorte das principais características da prisão em flagrante delito na sua concepção contemporânea, levando-se em conta não apenas o enfoque jurídico do instituto, mas também seus reflexos de caráter coletivo e individual na atividade de polícia judiciária e no âmbito da Segurança Pública e da Justiça Criminal.

Propõe-se o debate em torno da relação entre o Poder Público e a liberdade individual, expressamente proclamada na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental no *caput* de seu artigo 5º, e a excepcionalidade de sua privação pela custódia em flagrante delito, única hipótese de segregação para infrações penais comuns que se opera extrajudicialmente, na força outorgada pelo inciso LXI do artigo 5º da Carta Magna, ao aquiescer com sua decretação sem prévio mandado judicial.

2 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO NO DIREITO BRASILEIRO

O vocábulo “flagrante”, apontado como de origem latina (*flagrans*), significa inflamado, evidente, manifesto¹, ardente, queimante, e está ligado à ideia do que está no fogo, no calor da ação.²

Sob inspiração dessa concepção da palavra, a prisão em flagrante delito costuma ser definida pela alusão metafórica à chama indicativa da certeza da combustão, de maneira que, quando se vê a chama, é indubitável que alguma coisa arde³, a representar, na aplicação da Justiça Criminal, que o fato ilícito penal ainda “queima” no seio social e apresenta a “certeza visual”⁴ de sua ocorrência.

Na lição de Tostes Malta, traduzindo conceito do jurista francês Henri Nogent-Saint-Laurens:⁵

Assim, flagrante delicto significa o delicto ainda queimante, o momento mesmo da perpetração – a plena posse da evidência, a evidência absoluta, o facto que acaba de commetter-se, que acaba de ser provado, que foi visto e ouvido e, em presença do qual, seria absurdo ou impossível nega-lo.

De fato, a expressão “flagrante delito” foi a consagrada no ordenamento brasileiro e, a despeito de adotar um sistema dicotômico, que elege as palavras “crime” e “contravenção” como espécies do gênero infração penal⁶, em algumas previsões constitucionais emprega o vocábulo “delito” como sinônimo de infração penal⁷, exegese que permite aplicar a disciplina da “prisão em flagrante delito” para todos os ilícitos penais, com as adaptações e

¹ HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001, p. 1354.

² MALTA, Tostes. *Do flagrante delicto*. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933, p. 23.

³ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el processo penal*. Tradução Santiago Sentús Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 2012, p. 77.

⁴ ROSA, Inocêncio Borges da. *Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942, v. II, p. 233.

⁵ MALTA, Tostes. *Do flagrante delicto*. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933, p.23-24.

⁶ A Lei de Introdução ao Código Penal dispõe ser crime a infração penal a que lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa, e considera contravenção a infração penal apenada, isoladamente, com prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. SUMARIVA, Paulo. *Direito penal – parte geral*. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2016, p. 69.

⁷ Há quem considere os termos “delitos” e “crimes” equivalentes no modelo brasileiro, enquanto em outros países, como França e Alemanha, adota-se um sistema tricotômico, segundo o qual os “crimes” representam as infrações mais graves, os “delitos” as intermediárias e as contravenções as de menor gravidade. MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado – Parte geral*. São Paulo: Método, 2013, p. 175-176.

peculiaridades que a lei especifique, como nas hipóteses das infrações de menor potencial ofensivo, cuidadas em tópico próprio desta pesquisa.

Assim, a prisão em flagrante delito, com expresse fundamento no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, é aquela em que o sujeito é capturado e custodiado por ter sido surpreendido no calor da prática delituosa, enquanto perceptíveis a repercussão social da violação ao direito posto e o abalo à ordem pública provocados pelo fato criminoso, quando este está ocorrendo ou acabou de acontecer.

2.1 Funções da prisão em flagrante delito

Costumam ser elencadas as seguintes funções da prisão em flagrante delito:⁸

a) preservar os direitos fundamentais do preso, mormente sua integridade física e o exercício de suas garantias processuais penais, diante da eventual comoção causada pela ação delituosa, reclamando célere intervenção estatal extrajudicial para evitar arbitrariedades, agravamento de conflitos e vinganças privadas mediante atitudes e julgamentos precipitados, violentos e desproporcionais.

b) evitar a fuga do infrator e assegurar sua identificação e responsabilização, na medida em que não é incomum que o delinquente tente se evadir ao cometer a conduta criminalizada para não ser submetido às sanções legais;

c) auxiliar na pronta colheita de elementos informativos, em virtude da maior segurança que o inquérito policial instaurado pelo auto de prisão em flagrante delito propicia para viabilizar a regular e prudente apuração dos fatos e sobretudo a preservação dos vestígios e das demais providências legais de polícia judiciária necessárias, como oitivas, apreensões e exames periciais;

d) impedir a consumação ou o exaurimento do delito, quando, respectivamente, a infração esteja sendo praticada, ou nas demais hipóteses de estado flagrancial que autorizam a decretação da custódia extrajudicial.

⁸ LIMA. Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Impetus, 2013, p. 863.

2.2 Natureza jurídica da prisão em flagrante delito

No que tange à sua natureza jurídica, até a entrada em vigor da Lei Federal nº 12.403, de 4 de maio de 2011, era sedimentada a posição de que a prisão em flagrante consubstancia medida cautelar pessoal, visto que não havia prazo expresso para sua duração e, caso o Juiz de Direito, após receber o auto prisional, não concedesse liberdade ao sujeito autuado, o indiciado permanecia custodiado cautelarmente, sem que houvesse expressa conversão em prisão preventiva.

Com o advento da aludida Lei nº 12.403/2011, houve alteração da disciplina da prisão flagrancial no Código de Processo Penal, tornando explícita a exigência de sua conversão ou não em prisão preventiva no momento da apreciação judicial do auto prisional, gerando o argumento em parcela da doutrina no sentido de que a prisão em flagrante delito passou a ter natureza jurídica "pré-cautelar".

O primeiro motivo alegado para sustentar a denominada "pré-cautelaridade" da prisão em flagrante delito consiste no fato da delimitação temporal de sua duração ao exame e à deliberação judicial acerca da manutenção ou não da segregação provisória do indivíduo preso. Nesse sentido é a lição de Gustavo Badaró:⁹

Em seu novo regime, a prisão em flagrante se restringirá a um momento inicial de imposição de medida cautelar de prisão. Justamente por isso, somente subsistirá entre a lavratura do auto de prisão em flagrante e a análise judicial da legalidade da prisão e da necessidade de manutenção de prisão cautelar ou de sua substituição por medida diversa da prisão.

O segundo motivo apontado para sustentar a "pré-cautelaridade" da prisão em flagrante reside na suposta ausência de *periculum libertatis*, consistente no perigo em se conceder a liberdade do agente, viés processual penal do *periculum in mora*, consubstanciado no risco da demora da medida. Esse é o entendimento de Guilherme Madeira Dezem¹⁰:

Dois são os motivos pelos quais a prisão em flagrante é tida como medida pré-cautelar. Em primeiro lugar, a medida cautelar exige a figura do *periculum libertatis*, o que não é o caso da prisão em flagrante. Possui ela o *fumus comissi delicti*, mas não o *periculum libertatis*.

⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 725.

¹⁰ DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de direito processual penal. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, p. 297.

Segundo motivo apontado pela doutrina vem no sentido de que uma vez que a prisão em flagrante deverá ter curta duração e ser necessariamente convertida em outra medida (art. 310 do CPP), isso afastaria o caráter cautelar. Este dever da prisão em flagrante afasta seu caráter cautelar e a torna medida pré-cautelar.

Entendemos que a prisão em flagrante não é medida cautelar e sim medida pré-cautelar, mas apenas pela ausência de *periculum libertatis*, não pelo segundo motivo apresentado. Isto porque a transitoriedade da prisão em flagrante e seu dever em outra medida não fazem, por si só, que ela seja pré-cautelar.

Com a devida vênia aos entendimentos contrários, vislumbra-se o *periculum libertatis* da prisão em flagrante nas modalidades de flagrância delitiva¹¹, porquanto indicam requisitos temporais para a decretação da custódia flagrancial. Presentes tais requisitos, previstos nas hipóteses do artigo 302 do CPP, a lei presume que há perigo em se colocar o suspeito em liberdade, e exige a materialização da prisão em flagrante, com instauração do procedimento investigatório e preservação dos elementos probatórios que ensejam a fundada suspeita (*fumus comissi delicti*), ainda que em seguida seja autorizada a concessão de liberdade mediante exibição de fiança pelo autuado, ou que não ocorra a conversão em custódia preventiva.

A principal distinção da prisão em flagrante delito em relações às demais prisões provisórias da Justiça Comum (temporária e preventiva) é justamente o fato de ser decretada extrajudicialmente por uma autoridade do Poder Executivo e não do Poder Judiciário, e a classificação da natureza jurídica da prisão em flagrante como “pré-cautelar” apenas reflete a exigência legal de subsequente controle judicial.

Nesse contexto, prevalece a concepção mais ampla e autêntica de que a prisão em flagrante delito representa uma modalidade de prisão penal cautelar. Logo, é espécie de medida pessoal cautelar, sendo esta sua natureza jurídica por expressar uma precaução, uma cautela do Poder Público para evitar o perecimento de seus interesses¹², viabilizando a pronta coleta e a formalização de atos instrutórios voltados à regular persecução penal pela decretação extrajudicial, projetando-se para uma moderação da Autoridade Judicial, que poderá convertê-la em prisão preventiva ou em outras medidas cautelares diversas. Nessa diretriz afirma Fernando da Costa Tourinho Filho:¹³

¹¹ As modalidades de estado flagrancial, a “flagrância delitiva”, requisito temporal da prisão em flagrante delito, serão aprofundadas no capítulo 6 desta pesquisa.

¹² BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 11.

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 439.

Nenhuma dúvida quanto à natureza jurídica da prisão em flagrante. Da mesma forma que a prisão preventiva é medida cautelar, também o é a prisão em flagrante. Assim, efetivada a prisão em flagrante, só se justifica a permanência do indiciado no cárcere para assegurar o resultado final do processo e para garantir-lhe o desenrolar normal.

Oportuno assinalar que a apreciação judicial da legalidade e correlatas providências cabíveis, como o relaxamento de eventual prisão ilegal, a concessão de liberdade provisória e a conversão em prisão preventiva ou em outras medidas cautelares diversas será comentada em capítulo específico adiante neste estudo.¹⁴

2.3 Evolução histórica da prisão em flagrante delito no direito brasileiro

Para traçar um esboço histórico do tratamento legal da prisão em flagrante delito no direito brasileiro é necessário remontar-se ao período do Brasil enquanto colônia portuguesa, quando vigorava a legislação de Portugal, primeiro as Ordenações Manuelinas, assim denominadas em referência ao monarca Manuel I, que compilava as leis portuguesas entre 1512 a 1605, durante o crescimento do Império Português na era dos descobrimentos, que foram gradativamente seguidas pelas Ordenações Filipinas, alusivas ao rei Filipe II de Espanha, durante o domínio castelhano sobre o território português, decorrente da União Ibérica, de 1580 a 1640.¹⁵

A legislação colonial já disciplinava a prisão em flagrante delito de modo similar ao atualmente vigente, e a apresentação do suspeito capturado para avaliação e eventual decretação da custódia era determinada ao Juiz, atribuição que paulatinamente foi sendo transferida ao Delegado de Polícia. Nessa linha assevera Tales Castelo Branco:¹⁶

A legislação reinícola considerava o flagrante delito não só quando o delinquente era encontrado no lugar da infração, cometendo a infração, como também quando, não encontrado no lugar, estava, ainda, em ato contínuo ou pouco tempo depois, fugindo ao perseguimento dos agentes da autoridade. Decorria da legislação colonial que o flagrante delito tinha um duplo efeito: 1º) dar ao juiz o direito de proceder *ex officio*; 2º) dar a qualquer do povo o

¹⁴ Capítulo 7 deste trabalho, que trata da apreciação judicial da prisão em flagrante delito.

¹⁵ PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Barueri/SP: Javoli, 1983, p. 57-70.

¹⁶ BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 25.

direito de prender o delinquente e apresenta-lo ao juiz antes de ser levado à cadeia.

A partir da independência do Brasil, a Constituição Política do Império, outorgada pelo então imperador Dom Pedro I, em 25 de março de 1824, em seu artigo 179, inciso 10, assim disponha sobre a prisão em flagrante delito:

À exceção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

Instaurado o sistema jurídico pela Constituição imperial, a prisão em flagrante foi inicialmente definida na Lei de 30 de agosto de 1828, que em seu artigo 1º estabelecia que poderiam ser presos “sem culpa formada” os sujeitos “achados em flagrante delito”, consideraram-se presos em flagrante delito não só “os que se apreenderem cometendo o delito”, mas também “os que se prenderem em seguida, indo em seu seguimento os oficiais de justiça, ou quaisquer cidadãos que presenciassem o fato, conduzindo-os diretamente à presença do juiz”.

Com a promulgação do Código de Processo Criminal, em 29 de novembro de 1832, o instituto da prisão em flagrante delito foi melhor delineado, prevendo o denominado “flagrante facultativo”, consubstanciado na captura de suspeito por particulares, e também o chamado “flagrante compulsório”, que reveste a captura pelos agentes públicos, representados à época pelos “oficiais de justiça”, sendo reclamado um “clamor público” para legitimar a perseguição e a captura de um suspeito de delito em flagrante¹⁷, conforme se depreende da leitura dos artigos 131 a 133 do aludido diploma processual de 1832, com a ortografia da época:

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.

Art. 132. Logo que um criminoso preso em flagrante fôr á presença do Juiz, será interrogado sobre as arguições que lhe fazem o conductor, e as testemunhas, que o acompanharem; do que se lavrará termo por todos assignado.

Art. 133. Resultando do interrogatorio suspeita contra o conduzido, o Juiz o mandará pôr em custodia em qualquer lugar seguro, que para isso designar;

¹⁷ BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 26.

excepto o caso de se poder livrar solto, ou admittir fiança, e elle a dér; e procederá na formação da culpa, observando o que está disposto a este respeito no Capitulo seguinte.

Nota-se que a disciplina da prisão em flagrante delito no Código de Processo Criminal de 1832 já guardava similitudes com a regulação contemporânea do Código de Processo Penal de 1941, de modo que o papel então conferido ao “Juiz de Paz do Distrito” hoje é destinado à Autoridade Policial (Delegado de Polícia).

Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, datada de 24 de fevereiro de 1891, que instituiu nova forma política de governo, foi reafirmada a prisão em flagrante como exceção às custódias mediante ordem escrita da autoridade competente¹⁸, e essa construção foi mantida e aperfeiçoada, de um modo geral, nas Constituições brasileiras que a sucederam, estipulando a comunicação da prisão flagrancial ao Juiz de Direito e agregando direitos fundamentais aos indivíduos autuados em flagrante delito¹⁹, até atingir a disciplina hoje prevista no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988:

Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Oportuno pontuar que, durante o início da legislação republicana, quando criado o chamado “processo federativo”, que então autorizava cada unidade da Federação instituir seu próprio Código de Processo Penal, houve ampliação das hipóteses de estado flagrancial, sendo implantado o hoje intitulado “flagrante ficto ou presumido”, quando o sujeito é encontrado logo depois do fato delitivo, na posse de armas, instrumentos ou objetos que permitam presumir ser ele autor da infração, hodiernamente inserida no artigo 302, inciso IV do vigente Código de Processo Penal de 1941.²⁰

¹⁸ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, artigo 72, § 13: “Á excepção do flagrante delicto, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronuncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escripta da autoridade competente”.

¹⁹ Nesse sentido, é possível identificar a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934 (art.113, item 21), a Constituição de 10 de novembro de 1937 (art.122, item 11), a Constituição brasileira de 1946 (art. 141, §§ 20 e 21) e a Constituição de 1967 (art. 150, § 12). SAMPAIO FILHO, Walter Francisco. *Prisão em flagrante: a aplicação do devido processo legal*. São Paulo: Rideel, 2005, p. 20-23.

²⁰ Seguindo esse posicionamento, são apontados o Código de Processo Penal do Estado do Rio Grande do Sul - Lei nº 24, de 15 de agosto de 1898 (art. 187), e a Lei nº 231, de 10 de agosto de 1901 (art. 139), do Estado de Goiás, cujos dispositivos veiculavam hipóteses de “flagrante presumido”. BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 27-28.

3 A PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO E A ATIVIDADE DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

O papel do Estado, como criação do intelecto humano, evolui e reclama permanente desenvolvimento dos ramos do Direito e das respectivas instituições incumbidas de executá-lo para a compatibilização da realidade fática e social com a construção teórica e epistemológica do universo jurídico.

Nesse panorama, em um Estado Democrático de Direito, a execução das normas jurídicas, mormente das leis penais e processuais penais, deve estar escorada na fidelidade a todos os direitos e garantias fundamentais consagrados na legislação, em especial na Constituição Federal, diploma que legitima a existência do próprio Poder Público.

No sistema jurídico brasileiro, a aplicação da sanção penal, o denominado *jus puniendi*, monopólio estatal, pressupõe a justa e regular apuração dos fatos que encontram subsunção aos ilícitos penais tipificados no ordenamento pátrio, missão constitucionalmente atribuída às instituições de polícia judiciária, quais sejam, as Polícias Cíveis dos Estados da Federação e a Polícia Federal no âmbito da União, consoante estipulado no artigo 144, parágrafos 1º e 4º, da Carta Magna de 1988, dispositivos que atribuem aos referidos órgãos públicos a investigação das infrações penais da Justiça Comum, consubstanciadas nas condutas eleitas como reprováveis e atentatórias aos bens jurídicos merecedores de reprimenda criminal pelo legislador.

Destarte, a atividade de polícia judiciária ou polícia investigativa é definida como aquela que atua depois de ocorrida a infração penal, melhor dizendo, após a prática de fato que ao menos em tese caracteriza ilícito penal, realizando a investigação criminal por intermédio dos procedimentos previstos em lei para tal desiderato, materializados pelo inquérito policial ou pelo termo circunstanciado, objetivando comprovar se há materialidade delitiva e, por consequência, identificar sua respectiva autoria, destinando-se à justa responsabilização penal do indivíduo.²¹

Convém anotar que, para o presente estudo, adota-se a nomenclatura “polícia judiciária” na sua acepção mais ampla e genuína, sintetizada na Súmula nº 1, do I Seminário

²¹ ANGERAMI, Alberto; PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Método, 2008, p. 85.

Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo - Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal:²²

A expressão “polícia judiciária” designa o complexo de atividades exercidas pelas Polícias Civil e Federal, tendentes à apuração de autoria, materialidade e demais circunstâncias das infrações penais comuns, à execução do policiamento preventivo especializado e ao desempenho de funções típicas de auxílio amplo à prestação jurisdicional penal, sempre sob direção e responsabilidade do Delegado de Polícia.

Nesse contexto, a prisão em flagrante delito, com expresse fundamento no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, representa a primeira resposta processual penal do Estado para oficializar e formalizar a atuação investigativa-repressiva na esfera extrajudicial da persecução criminal, quando surpreendido um indivíduo durante ou logo em seguida à prática de um ilícito penal.

De fato, na prisão em flagrante delito o sujeito é capturado e custodiado por ter sido surpreendido no calor da prática delituosa, enquanto sentida a ressonância do fato no seio social e na órbita jurídica, por meio da intervenção durante a empreitada espúria ou em seguida ao término da conduta criminoso, consubstanciando assim patente atividade de polícia judiciária, após o cometimento de fato ilícito penal não evitado.

Na hermenêutica constitucional, a atividade de polícia judiciária, para além de sua concepção como “polícia do Poder Judiciário”²³, no auxílio e na preparação da demanda penal ao executar e legitimar a etapa persecutória extrajudicial, constitui lúdima função essencial e instrumental à Justiça Criminal.²⁴

Oportuno lembrar que a persecução criminal adotada na legislação brasileira encontra equivalência no modelo inglês de investigação preliminar, hoje vigente em países como a

²² Seminário realizado na Academia da Polícia Civil do Estado de São Paulo, em 26 de setembro de 2013. Anota-se que não se ignora o posicionamento que propõe eventual distinção entre as funções de polícia judiciária (em sentido estrito) e de polícia investigativa, segundo o qual a primeira estaria restrita ao auxílio à prestação jurisdicional criminal, enquanto a segunda retrataria a atividade de apuração de infrações penais, optando nesta pesquisa pela aceção colacionada por ser considerada a mais autêntica e completa.

²³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Prefácio. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro Lucio (Coord.). *Investigação criminal conduzida por delegado de polícia: comentários à Lei 12.830/2013*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 16.

²⁴ SANTOS, Célio Jacinto dos. A polícia judiciária no Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito de Polícia Judiciária*, ano 1, n. 2, jul.-dez.2017. Brasília: Academia Nacional de Polícia. 2017, p. 90-91; PEREIRA, Eliomar da Silva. Direito de polícia judiciária: introdução às questões fundamentais. *Revista de Direito de Polícia Judiciária*, ano 1, n. 1, jul.-dez.2017. Brasília: Academia Nacional de Polícia. 2017, p. 25-58.

Austrália e a própria Inglaterra. Nesse sistema, a apuração de infrações penais é conduzida privativamente pelos órgãos policiais, ficando a Autoridade Policial incumbida de definir a linha investigativa e praticar todos os atos necessários ao esclarecimento dos fatos delituosos perscrutados.²⁵

Com efeito, a atuação estatal na seara criminal começa por meio de atividades eminentemente preventivas, no intuito de evitar o cometimento de infrações penais, e compreende, em síntese, o policiamento ostensivo e a manutenção da ordem pública, por intermédio da presença, da fiscalização e do patrulhamento preventivo estatal, missão que a Carta Magna atribui à Polícia Federal na prevenção ao tráfico de drogas, ao contrabando e ao descaminho e nas funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (CF, art. 144, § 1º, II e III), para a Polícia Rodoviária Federal nas rodovias federais (CF, art. 144, § 2º), para a Polícia Ferroviária Federal nas ferrovias federais (CF, art. 144, § 3º), para as Guardas Municipais nos bens, serviços e instalações municipais (CF, art. 144, § 8º e Lei Federal nº 13.022/2014) e para as Polícias Militares na esfera estadual (CF, art. 144, § 5º).

Frustrada a prevenção criminal sem que o Poder Público tenha conseguido impedir a prática do fato delituoso, inicia-se a persecução penal, em regra por meio do inquérito policial, procedimento investigatório previsto legal que reúne os atos e trabalhos destinados à apuração do fato aparentemente criminoso. Caso obtidos elementos para tanto, subsidia a ação em juízo para que o agente infrator seja legalmente responsabilizado por sua conduta. De igual modo, obsta processos judiciais indevidos contra cidadãos inocentes, afastando suspeitas infundadas ou imputações injustas.²⁶

Em suma, sob um prisma funcional, o Estado-Investigador, representado pelas instituições de polícia judiciária, apura os fatos concretos observados no meio social, materializando no inquérito policial os elementos que coligir nessa atividade, submetendo o expediente ao Estado-Julgador, exercido pelo Poder Judiciário. Este decidirá de acordo com as provocações e manifestações tanto do Estado-Acusador ou pela acusação particular, papel do órgão do Ministério Público nas ações penais públicas e do ofendido nas ações penais

²⁵ PERAZZONI, Franco. *Delegado de Polícia: um breve histórico e análise do papel que desempenha atualmente no ordenamento jurídico brasileiro*. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Org.). *Inquérito policial: doutrina e prática*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015, p.28-29. Referido autor salienta ainda que, na Inglaterra, as investigações criminais são presididas pelo denominado *Chief Officer*, figura que considera equivalente ao cargo de Delegado de Polícia do ordenamento brasileiro.

²⁶ ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no estado democrático*. Sorocaba: Brazilian Books, 2005, p. 213.

privadas, quanto do Estado-Defensor ou pelo particular que cumpra essa função, realizada pela Defensoria Pública ou pelo Advogado constituído pelo acusado.

Logo, é na primeira etapa dessa dinâmica que se insere a prisão em flagrante delito e o estado de flagrância delitiva, que desencadeiam a instauração do respectivo inquérito policial ou a lavratura de termo circunstanciado, procedimentos legais incorporadores da investigação dos fatos potencialmente delituosos e que, como regra, inauguram o exercício do poder-dever punitivo estatal.

3.1 Flagrante compulsório e flagrante facultativo

A doutrina emprega as expressões “flagrante compulsório” (também chamado de “obrigatório”) e “flagrante facultativo” para, de acordo com o sujeito ativo que executa o ato, classificar as modalidades de atuação na captura de suspeitos em estado flagrancial delitivo, com base no artigo 301 do Código de Processo Penal: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

De acordo com o trecho inicial da redação acima colacionada, depreende-se que a lei processual penal autoriza o particular (qualquer do povo) a agir e capturar indivíduo que esteja em aparente estado flagrancial, circunstância intitulada de “flagrante facultativo”, e assim agindo está no exercício regular de um direito.²⁷

Já no que toca aos Delegados de Polícia e seus agentes, a norma veicula um caráter cogente, como uma obrigação no exercício de suas funções, vale dizer, a atuação será a título de estrito cumprimento de dever legal, de modo que as Autoridades Policiais e demais servidores públicos a elas subordinados devem intervir para abordagem e captura dos suspeitos de prática de ilícito penal em estado flagrancial.

O primeiro aspecto relevante a ser assinalado é que essa “prisão” facultada ao particular e aos agentes da Autoridade Policial é a chamada “prisão-captura”, melhor delineada em tópico próprio neste estudo²⁸, que representa a abordagem e restrição momentânea do suspeito, para que seja conduzido coercitivamente até a presença da

²⁷ ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 272.

²⁸ Tópico 6.8.1 deste trabalho.

autoridade competente (Delegado de Polícia), e esta aprecie os fatos, presidida a audiência do artigo 304 do CPP e determine, ou não, a efetiva prisão em flagrante delito do agente (“prisão-custódia”).²⁹

Logo, a prisão em flagrante propriamente dita só ocorre após a decisão exarada pelo Delegado de Polícia, mediante análise técnico-jurídica dos fatos e dos elementos probatórios existentes. Enquanto não determinada pela Autoridade Policial, o sujeito capturado é mero suspeito, e não está propriamente “preso em flagrante delito”.

O segundo aspecto a ser ponderado consiste em definir quem é a “Autoridade Policial” e quem são os “seus agentes”.

O conceito processual penal genuíno e consagrado na Constituição Federal (art. 144, § 4º), afastados eventuais dissensos decorrentes de distorções ou interpretações com viés meramente corporativista, foi sedimentado na Lei Federal nº 12.830, de 20 de junho de 2013, no § 1º de seu artigo 2º ao dispor que a “Autoridade Policial” é o Delegado de Polícia.³⁰

Ao **delegado de polícia**, na **qualidade** de **autoridade policial**, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais (grifamos).

Destarte, para fins de dever funcional de atuação direcionada à captura de suspeitos em estado de “flagrância delitiva”, consideram-se “agentes da Autoridade Policial” todos os demais agentes estatais, e em especial todas as demais carreiras policiais, que atuem, no campo criminal, sob comando ou sob supervisão, imediata ou mediata do Delegado de Polícia.

Desse modo, são agentes do Delegado de Polícia na esfera processual penal, incumbidos legalmente de agir para a abordagem e captura de indivíduos em aparente estado flagrancial e de apresentarem tais suspeitos à Autoridade Policial, todos os cargos de apoio das instituições de polícia judiciária, como Escrivães de Polícia, Investigadores de Polícia, Papiloscopistas, Peritos Criminais, Agentes Policiais e demais carreiras integrantes das Polícias Civis e da Polícia Federal, e também todos os demais servidores das outras

²⁹ A “prisão-custódia” é tratada no tópico 6.8.2 deste trabalho.

³⁰ A Súmula nº 2 do I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo: Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal, realizado na Academia de Polícia “Dr Coriolano Nogueira Cobra”, vai ao encontro dessa posição: “A nomenclatura “Autoridade Policial”, de que tratam o Código de Processo Penal, a Lei nº 9.099/95 e a legislação correlata, refere-se ao Delegado de Polícia, integrante de carreira jurídica, presidente das atividades de polícia judiciária e dirigente das Polícias Civil e Federal”.

corporações policiais, mormente das Polícias Militares, das Polícias Rodoviária e Ferroviária Federais, cada qual no âmbito de suas respectivas atribuições constitucionais.³¹

A atuação das Guardas Municipais, em face de divergências sobre a abrangência de suas atribuições, será abordada de modo mais pormenorizado no tópico seguinte.

Como se nota, diante da repartição de funções estipulada na Constituição Federal, acentuada parcela dos casos que ocasionam as capturas de “flagrantes compulsórios” por agentes públicos acaba sendo realizada pelos patrulheiros da Polícia Militar, justamente pela atribuição de policiamento ostensivo e imprescindível presença nas vias e logradouros públicos, sendo em regra o primeiro órgão acionado quando da ocorrência de um fato potencialmente delituoso.

Não se ignora que, em episódios concretos pontuais, alguns Policiais Militares, desde Praças até Oficiais, podem não compreender precisamente suas funções legais como agentes do Delegado de Polícia na seara processual penal e os correspondentes e imperativos limites dessa atuação, encerrada a partir da captura do suspeito e de sua pronta apresentação à Autoridade Policial responsável, para que esta realize o controle de legalidade e decida, após detida análise técnico-jurídica do contexto fático, acerca da decretação ou não de eventual prisão em flagrante delito, consoante lúcida ponderação de Humberto Barrinuevo Fabretti e Pedro Henrique Demercian:³²

Na prática, tem-se o seguinte: a Polícia Militar é responsável, em princípio, pelo policiamento ostensivo e mantém, como se sabe, o contato direto com o cidadão. Normalmente, é a primeira a atender às ocorrências de natureza criminal que não raro resultam nas prisões em flagrante. A Polícia Civil, por sua vez, exerce as funções de polícia judiciária, intervém, como regra, quando o delito já foi praticado e é justamente a responsável pelas investigações criminais. Sua função precípua, portanto, é a de buscar informações para o esclarecimento de infrações penais por meio dos inquéritos policiais e, para tanto, deve efetivar todas as diligências necessárias a tal desiderato, notadamente aquelas prescritas pelo artigo 6º, incisos I, II e III, do Código de Processo Penal.

³¹ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal – v.1*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 406; NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 827; SANTOS, Célio Jacinto dos. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro Lucio (Coord.). *Investigação criminal conduzida por delegado de polícia – comentários à Lei 12.830/2013*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 64; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Atribuição para confecção de termo circunstanciado de ocorrência. In: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; et al. *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 131.

³² FABRETTI, Humberto Barrionuevo; DEMERCIAN, Pedro Henrique. Carta branca para PM apreender objetos de crime de policial contra civil é injustificável. *Justificando*, São Paulo, 28 ago. 2017.

O ponto de encontro entre as duas dá-se especificamente quando a Polícia Militar, que está nas ruas, captura alguém em estado de flagrância e tem de apresentá-lo à autoridade competente para a lavratura de eventual auto de prisão, que vai analisar a legalidade da medida e verificar a necessidade de se iniciar uma investigação criminal. Já aqui surgem, não raro, alguns conflitos, pois os Policiais Militares nem sempre concordam com o tratamento jurídico dispensado pelo Delegado de Polícia ao caso que lhe é apresentado, acentuando as diferenças entre as instituições.

Fácil seria se os problemas se resumissem a este desentendimento entre uma Polícia Militar que trabalha ostensivamente na prevenção dos crimes e uma Polícia Civil que trabalha investigando crimes que já aconteceram.

É possível apontar, como exceções legais ao flagrante compulsório ou obrigatório, isto é, ao dever dos policiais em intervir ao se depararem com uma prática delitativa, dois institutos previstos na Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) e na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006): a **infiltração de agentes** e a **ação controlada**, também chamada de flagrante retardado, postergado, estratégico, protelado ou diferido, medidas adiante abordadas em pontos específicos.³³

3.1.1 Flagrante cataléptico

Afastadas as exceções legais apontadas, impõe-se a intervenção dos Delegados de Polícia e de seus agentes ao divisarem um suspeito na prática delituosa em estado flagrancial. É evidente que não há como exigir uma atitude heróica e insensata dos policiais em eventuais situações de manifesta desvantagem e excessivo perigo. Espera-se uma conduta dos agentes estatais direcionada a abordar e capturar o criminoso, ainda que seja necessário o acionamento de reforços para reduzir riscos de morte e de sequelas mais graves a todos os envolvidos.

Portanto, em caso de omissão intencional, há transgressão das obrigações laborais pelos policiais e, eventuais condutas ímprobas, como a exigência de vantagens indevidas por servidores para que deixem ou retardem o dever de capturar e apresentar o suspeito na delegacia, acarretam o intitulado “**flagrante cataléptico**”³⁴, e ensejam responsabilização criminal por infrações como concussão ou corrupção passiva ou, subsidiariamente, por

³³ A infiltração de agentes é cuidada no tópico 3.3, enquanto a ação controlada é tratada no tópico 6.6 deste trabalho.

³⁴ SIFFERMANN, Thiago; BRAGA, Rilmo. Flagrante cataléptico. *Empório do Direito*, Florianópolis, 15 nov. 2017.

prevaricação, tipificados nos artigos 316, 317 e 319 do Código Penal, de acordo com as circunstâncias de cada caso e sem prejuízo das sanções funcionais cabíveis.

A denominação “flagrante cataléptico” possui inspiração na palavra “catalepsia”, perturbação psicomotriz caracterizada pela imobilidade do corpo, que permanece paralisado na posição que foi colocado, em uma referência à preliminar inércia deliberada dos policiais em promover os atos legais diante do estado flagrancial delitivo, para chantagear e arquitetar a negociação com o investigado capturado. Caso este não atenda o achaque, pode sofrer represálias ou só então ser apresentado na unidade policial. Se acatar as exigências, é criminosamente liberado pelos agentes corruptos.³⁵

3.1.2 Guardas Municipais

Confere-se às Guardas Municipais previsão constitucional no § 8º do artigo 144 da Lei Maior, que estabelece serem instituições “destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”.

A legislação que disciplina o aludido dispositivo da Constituição Federal é a Lei Federal nº 13.022, de 8 de agosto de 2014, denominada “**Estatuto Geral das Guardas Municipais**”, que em seu artigo 2º estabelece que “incumbe às guardas municipais, instituições de caráter civil, uniformizadas e armadas conforme previsto em lei, a função de proteção municipal preventiva, ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal”.

A doutrina discute se as Guardas Municipais poderiam realizar atos próprios de policiamento ostensivo e preventivo, como abordagens e buscas pessoais e fiscalizações em veículos, funcionando como uma “Polícia Municipal”.³⁶

Isto posto, não há como negar que, ao se depararem com suspeita de prática delitiva em estado flagrancial, os Guardas Municipais já estão respaldados a agir inclusive a título de “flagrante facultativo”, e normalmente com melhores recursos materiais e capacitação

³⁵ Caso seja o particular a oferecer ou prometer vantagem indevida aos agentes policiais, deve responder pelo delito de corrupção ativa, do artigo 333 do Código Penal.

³⁶ ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 227.

profissional se comparados aos cidadãos particulares, ainda que se trate de indivíduos que labutem como seguranças ou vigilantes privados.

A questão denota maior divergência no tocante ao exercício de um “poder de polícia” e ao correlato e eventual dever de agir dos Guardas Civis em face de situações delituosas, mormente à luz de algumas disposições do aludido Estatuto Geral das Guardas Municipais.

Mencionado diploma, em seu artigo 5º, estipula competências administrativas específicas das guardas municipais dentre as quais, notadamente: “prevenir e inibir, pela presença e vigilância, bem como coibir, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais” (inciso II), “atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais” (inciso III), “colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social” (inciso IV); garantir o atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-lo direta e imediatamente quando deparar-se com elas (inciso XIII); e, de modo específico quanto à prisão em flagrante delito, **“encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário”** (inciso XIV).

A leitura dos incisos do artigo 5º da Lei nº 13.022/2014 permite concluir que há previsão e comando legal para que os Guardas Municipais atuem no policiamento ostensivo, ainda que, preliminarmente, na atribuição precípua de proteção ao patrimônio municipal e, de maneira supletiva, na prevenção criminal e na preservação da ordem pública, figurando explicitamente como “agentes do Delegado de Polícia” diante de situações de estado flagrancial delitivo, que desencadeiem a obrigação de abordagem e captura do suspeito e sua pronta apresentação à Autoridade Policial, o que remete, ao menos em tese, a um dever legal e, por consequência, ensejaria modalidade de “flagrante compulsório” ou “obrigatório”.

De toda sorte, as controvérsias mais comuns orbitam hipóteses que se afastam propriamente da tutela do patrimônio municipal e envolvem crimes como os da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) e do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), quando os Guardas Civis surpreendem indivíduos na posse de substâncias ilícitas ou de armas de fogo, por exemplo.

Em tais casos, a orientação jurisprudencial tem se inclinado para manter a consideração da atuação das Guardas Municipais sob o instituto do “flagrante facultativo”³⁷, consoante se depreende do trecho da decisão do Superior Tribunal de Justiça³⁸, abaixo colacionado:

“Todavia, quanto à alegação de contrariedade ao art. 301 do Código de Processo Penal, entendo que a pretensão recursal comporta acolhida, visto que, em dissonância com o estabelecido no acórdão impugnado, esta Corte Superior firmou o entendimento de que inexistiu ilegalidade na prisão em flagrante efetuada por guardas municipais, pois, nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal, é facultado a qualquer do povo prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

3.2 Flagrante esperado, flagrante provocado e flagrante forjado

Denomina-se “flagrante esperado” a situação em que os policiais ou particulares, cientes de suspeita acerca da possibilidade da prática de determinada conduta delitiva, promovem diligências para viabilizar a intervenção caso a ação ilícita se concretize, inclusive para impedir a consumação da infração penal.

Nas palavras de Cleopas Isaías Santos e Bruno Taufner Zanotti:³⁹

“Por flagrante esperado compreende-se a situação em que a polícia, previamente informada acerca do futuro cometimento de certa conduta criminosa, organiza-se para atuar com o fim de impedir a sua consumação, embora depois de iniciada a execução da referida conduta. Aqui a participação da polícia é meramente de espera do início da prática dos atos executórios, instante em que começa a agir, impedindo a consumação do crime e prendendo em flagrante o(s) autor(es).
Desse modo, a atuação policial é a circunstância alheia à vontade dos agentes, devendo estes responderem pelo crime na modalidade tentada, caso não chegue realmente a se consumir.

Conforme assinalado, no “flagrante esperado”, não há interferência dos agentes públicos na atuação do criminoso. O órgão policial apenas se articula visando deflagrar a ação estatal, caso a suspeita se confirme com o cometimento da conduta delituosa.

³⁷ BRENE, Cleyson; LÉPORE, Paulo. *Manual do delegado de polícia civil*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 155.

³⁸ STJ, RE nº 1.455.326-SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, DJe 27/03/2015. No mesmo sentido: STJ, RHC nº 20.714/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 4/8/2008; STJ, HC nº 129.932/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 1º/2/2010; STJ, HC nº 194.392/SP, Rel. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), DJe 15/3/2012 e; STJ, HC nº 109.592/SP, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 29/03/2010.

³⁹ ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 278.

Mesmo em se tratando de “flagrante facultativo” por particulares, desencadeado por suspeitas de possível prática de ilícito penal, prevalece ser legítimo aguardar eventual conduta criminosa para a abordagem e captura, inclusive com o uso de aparatos tecnológicos como sistemas de monitoramento, como se denota da Súmula nº 567 do Superior Tribunal de Justiça: “Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto”.

Importante adiantar que o destacado "flagrante esperado" é distinto da situação intitulada "flagrante preparado", também chamado de "flagrante provocado", de "delito de experiência", de "delito de ensaio" ou ainda de "delito putativo por obra do agente provocador", consistente na atuação de um terceiro (chamado de "agente provocador"), que suscita o cometimento da ação ilícita e da própria situação de flagrância delitiva, acarretando verdadeira hipótese de crime impossível, de acordo com a doutrina e a jurisprudência consolidadas e consagradas na Súmula nº 145 do Superior Tribunal de Justiça ao estabelecer que "não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação". Gustavo Badaró⁴⁰ assim diferencia:

O flagrante provocado ou preparado não se confunde com o flagrante esperado. Neste, diante da notícia de que um crime poderá ser praticado, a polícia toma providências para prender em flagrante aquele que irá cometer o crime. O relevante para distingui-lo do flagrante provocado é que, no flagrante esperado, a polícia vigia o local do crime, esperando que o agente, espontaneamente, pratique o delito. Não há induzimento ou provocação para a prática delitiva.

Sobre o "flagrante provocado", oportuna também a lição de Nelson Hungria:⁴¹

Somente na aparência é que ocorre um crime exteriormente perfeito. Na realidade, o seu autor é apenas protagonista inconsciente de uma comédia. O elemento subjetivo do crime existe, é certo, em toda a sua plenitude; mas sob o aspecto objetivo, não há a violação da lei penal, sendo uma incipiente cooperação para a ardilosa averiguação da autoria de crimes anteriores, ou uma simulação, embora ignorada do agente, da exterioridade de um crime. O desprevenido sujeito ativo opera dentro de uma pura ilusão, pois, *ab initio*, a vigilância da autoridade policial ou do suposto paciente torna impraticável a real consumação do crime.

⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 726

⁴¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 107.

Da mesma maneira, o "flagrante provocado" também se diferencia do denominado "flagrante forjado", ainda mais reprovável e pernicioso pois representa, como a própria expressão sugere, a criação artificiosa de falsa situação de flagrância delitiva por terceiros ou por maus policiais com o intuito de incriminar determinada pessoa, normalmente com a introdução de objetos como drogas e armas e subsequente alegação de estarem na posse ou guarda do indivíduo. Nessa hipótese a ação criminosa real é a conduta do terceiro, que deve ser responsabilizado por denúncia caluniosa, sem prejuízo do concurso com o delito de abuso de autoridade e de outras figuras penais eventuais como porte ilegal de arma de fogo ou tráfico de drogas.

O "flagrante esperado", como legítima atuação estatal, na prática pode resultar também da atividade de policiamento preventivo especializado⁴², função complementar atribuída às instituições de polícia judiciária que, conquanto tenham como missão precípua a apuração de infrações penais e, desse modo, a atuação após a prática delitiva como regra, podem e devem agir para identificar e impedir o cometimento reiterado e frequente de ilícitos penais a partir da gestão estratégica e compilação de dados criminais, do planejamento e da escolha das técnicas operacionais mais adequadas para cada situação⁴³, tais como campanhas em áreas e horários específicos de maior incidência de determinadas modalidades delituosas, inclusive com eventual apoio e integração com órgãos do policiamento ostensivo, se necessário.

3.3 Flagrante compulsório e a infiltração de agentes

O instituto da "infiltração de agentes" ou do "agente infiltrado" encontra previsão na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 53, I) e na Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013, arts. 3º, VII e 10 a 14), como um dos meios de obtenção de prova na persecução penal.⁴⁴

⁴² A título de exemplo, no âmbito paulista, a Lei Orgânica da Polícia do Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 207, de 5 de janeiro de 1979), em seu artigo 3º, estipula como atribuições básicas da Polícia Civil "o exercício da Polícia Judiciária, administrativa e preventiva especializada", e da Polícia Militar "o planejamento, a coordenação e a execução do policiamento ostensivo, fardado e a prevenção e extinção de incêndios".

⁴³ QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi. *Crime organizado no Brasil*. São Paulo: Iglu Editora, 1998, p.32.

⁴⁴ A primeira menção ao instituto do agente infiltrado no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu na hoje revogada Lei nº 9.034/95, que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

A infiltração de agentes pode ser assim conceituada:⁴⁵

medida tomada pela coordenação das investigações criminais, com autorização judicial, que consiste na inserção de um agente de investigação no seio da atividade criminosa, cuja identidade policial deve estar oculta, com vistas à obtenção de informações e coleta de provas a respeito da organização investigada, mediante a dissimulação de estar colaborando com a atividade delitiva, obtendo, com isto, a confiança dos criminosos, visando o desmantelamento da atividade criminosa e a prisão de seus perpetradores.

A Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), com maior detalhamento do instituto que a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), serve como referência para a aferição de seus requisitos, dentre os quais se destacam, em síntese: a existência de indícios de crime de organização criminosa e a impossibilidade de produção probatória por outros meios (art. 10, § 2º); a autorização judicial por meio de representação do Delegado de Polícia ou pedido do órgão ministerial, neste caso após manifestação técnica da Autoridade Policial (art. 10); prazo de seis meses, renovável por necessidade comprovada (art. 10, § 3º) e; a tramitação sigilosa (art. 12, *caput*). Ademais, a lei elenca direitos para tentar preservar a vida e integridade do infiltrado, como a alteração de sua identidade (art. 14) e a exclusão de punibilidade do agente por prática delituosa no curso da investigação (art. 13, p.u.).

Acerca dessa exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado, é certo que o aludido parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 12.850/2013 adota a natureza jurídica de causa de exclusão de culpabilidade ao dispor que “não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa”.⁴⁶

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 163.

⁴⁶ Até a edição da Lei nº 12.850/2013, a doutrina divergia a respeito da natureza dessa exclusão de responsabilidade na infiltração de agentes, havendo, até então, quatro correntes de entendimento, a seguir relacionadas: *1ª corrente*: seria uma causa de exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa (adotada expressamente na Lei 12.850/13); *2ª corrente*: seria uma escusa absolutória, vale dizer, o agente atuaria acobertado por uma escusa absolutória por razões de política criminal, visto que seria ilógico e inviável admitir a sua responsabilização penal; *3ª corrente*: seria uma causa excludente de ilicitude, na medida em que o agente infiltrado atua no estrito cumprimento do dever legal, nos moldes do art. 23, III, do Código Penal e; *4ª corrente*: seria uma causa excludente de tipicidade penal, em virtude da ausência de dolo na conduta do agente infiltrado, visando a auxiliar a investigação policial e não imbuída da intenção de praticar o fato delitivo. Faltaria, portanto, a imputação subjetiva na conduta do agente infiltrado, ou mesmo estaria ausente também a imputação objetiva, na medida em que a conduta do agente infiltrado compreenderia atividade de risco juridicamente permitida, sem relevância criminal. JESUS, Damásio Evangelista de; BECHARA, Fábio Ramazzini. *Agente infiltrado. Reflexos penais e processuais*. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 10, n. 825, 6.out.2005.

De qualquer modo, a análise judicial para aferir eventual “excesso”, por óbvio sempre posterior e complexa, inevitavelmente estará atrelada aos possíveis juízos de inexigibilidade de conduta diversa na seara da culpabilidade ou mesmo do estrito cumprimento do dever legal ou, ainda, da legítima defesa na esfera da ilicitude na conduta do agente infiltrado, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.⁴⁷

Ora, se a lei permite que o agente infiltrado inclusive pratique condutas criminosas em situações extremas, com mais razão não há que se falar em flagrante compulsório pelo policial em tais circunstâncias. Logo, a ordem judicial que autoriza a infiltração de agentes afasta o dever legal, ao menos no primeiro momento, do policial infiltrado atuar e intervir ao se deparar com o cometimento de fatos delituosos no âmbito da organização criminosa enquanto ainda estiver ali inserido.

Seria um contrassenso conceder a medida para o policial ingressar sigilosa e audaciosamente na composição de uma facção criminosa e esperar que ele atue como agente da lei dentro dessa organização, exigindo que se porte como um herói e colocando sua vida ainda mais em risco, além daquele já imenso da infiltração por si só.

O agente infiltrado não se confunde com o “agente provocador” do flagrante provocado, embora o “infiltrado” possa se tornar um “provocador”, quando então desvirtuará sua missão. No flagrante provocado, o agente atua como indutor da prática criminosa, enquanto na infiltração o agente passa a integrar a estrutura criminosa e executa as ações que lhe incumbem, sem induzir terceiros a cometer delitos.⁴⁸

Em suma, conquanto se admita que o agente infiltrado venha a praticar fatos criminosos, está ele proibido de impulsionar e fomentar o cometimento do delito, sob pena de se tornar um “agente provocador”, vale dizer, um agente que instigue os “comparsas” a realizarem condutas criminosas, circunstância não admitida no ordenamento brasileiro, observada no já comentado “flagrante provocado” ou “preparado”, configurando hipótese de crime impossível e manifesta ilegalidade.

⁴⁷ A Lei 12.850/2013, no *caput* de seu artigo 13, dispõe que o agente infiltrado que não guardar a “devida proporcionalidade” responderá por excessos praticados. Uma das questões que se suscita consiste em estabelecer se os parâmetros para a avaliação desse excesso devem constar ou não já na autorização judicial da infiltração de agentes.

⁴⁸ ANSELMO, Marcio Adriano. A infiltração policial no combate aos crimes de corrupção. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 out. 2017.

4 PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO E INQUÉRITO POLICIAL

É cediço que, ao lado da portaria, o auto de prisão em flagrante delito compreende uma das peças que materializa a deliberação do Delegado de Polícia pela instauração do inquérito policial.

Vale lembrar que a Autoridade Policial, por meio de suas atividades rotineiras, ao ser cientificada da prática de fato que, em tese, caracteriza uma infração penal, geralmente por meio de registro de boletim de ocorrência, uma vez verificada a procedência das informações⁴⁹, instaurará inquérito policial, quando se tratar de ação penal pública incondicionada, que representa a denominada instauração de ofício dos autos investigatórios.

De igual modo, a deflagração do procedimento investigatório legal também pode ocorrer mediante requisição judicial ou ministerial, ou ainda a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo, medidas cuidadas nos incisos I e II, do artigo 5º, do Código de Processo Penal e que instruirão o inquérito policial iniciado por portaria do Delegado de Polícia responsável.

4.1 Prisão em flagrante delito nos crimes de ação penal condicionada à representação e de ação penal privada

Ressalta-se que, para os delitos de ação penal pública condicionada à representação, e para aqueles de ação penal privada, a instauração de inquérito policial e, por conseguinte, a lavratura do respectivo auto de prisão em flagrante delito, demanda, respectivamente, o oferecimento de representação ou de requerimento do ofendido ou daquele que possa representá-lo, em homenagem ao artigo 5º, parágrafos 4º e 5º, do destacado CPP.

Tanto a representação quanto o requerimento, por não ostentarem forma legal específica, em especial nos casos de prisões em flagrante delito, na praxe policial e forense costumam ser coligidos por meio de simples menções no bojo das oitivas das vítimas ou de seus representantes, consignando a respectiva manifestação no sentido de que seja instaurado o procedimento investigatório criminal, com expressões como “neste ato deseja representar” ou “neste ato requer a instauração do procedimento investigatório”.

⁴⁹ CPP, artigo 5º, § 3º.

Assim, para uma melhor compreensão da prisão em flagrante delito e de sua formalização, como peça que promove a instauração de inquérito policial, revela-se conveniente uma breve exposição sobre esse procedimento investigatório legal e de sua leitura contemporânea sob a perspectiva constitucional.

4.2 Conceito e esboço histórico do inquérito policial

Sob um enfoque etimológico, atribui-se origem latina à palavra “inquérito”, derivada do termo *inquirere*, que gerou o verbo “inquirir”, este por sua vez oriundo de duas outras palavras: *in* (em) e *quaero* (buscar). Hoje, significa o “conjunto de atos e diligências que têm por objetivo apurar a verdade de fatos alegados”.⁵⁰

O inquérito policial consiste no procedimento investigativo que formaliza o conjunto de providências adotadas e destinadas a apurar as circunstâncias de um fato potencialmente ilícito criminal, revelando os elementos que demonstrem sua materialidade e esclarecendo a respectiva autoria delitiva, vale dizer, identificando a pessoa ou as pessoas responsáveis pela prática da infração.

A origem da expressão “inquérito policial” na legislação brasileira retrocede ao Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, regulamentador da Lei nº 2.033, de 20 de setembro do mesmo ano⁵¹, notadamente na redação do artigo 42 do decreto:

O inquérito policial consiste em todas diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito.

Conquanto não veicule definição legal direta de inquérito policial, o artigo 4º, *caput*, do vigente Código Processo Penal de 1941, que inaugura o título sob o rótulo “Do Inquérito Policial”, dispõe que a polícia judiciária terá por fim a “apuração das infrações penais e da sua

⁵⁰ HOUAISS, Antônio (1915-1999); VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001, p. 1622.

⁵¹ MORAES, Bismael Batista de. *Direito e Polícia: uma introdução à polícia judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 129.

autoria” e, em outros dispositivos como no artigo 9º⁵², a expressão é mencionada, embora não conceituada.

O inquérito policial, em vista dos comandos constitucionais e das garantias fundamentais, pode ser conceituado como o procedimento de investigação criminal previsto em lei, que documenta as diligências realizadas para apurar as circunstâncias e a materialidade de infrações penais, revelar a verdade atingível e identificar a respectiva autoria. O procedimento investigativo batiza o título II, do Livro I, do CPP, e é regulado nos seus artigos 4º a 23, com observância, no que for aplicável, de outros dispositivos pertinentes do diploma adjetivo.

Ressalta-se que o aludido estatuto de rito surgiu durante período ditatorial, em momento histórico no qual se defendia uma suposta eficiência da persecução penal sem que fossem contempladas garantias legais, relegando o suspeito a mero objeto da investigação. Tal postura não mais prospera diante dos comandos da Constituição da República de 1988, que implicou intensa adaptação de toda a legislação, sobretudo na processual penal, nela incluído, obviamente, o inquérito policial e a prisão em flagrante delito que o inaugura.

Após a sedimentação da democracia e da atual ordem jurídica no Brasil, todos os ramos do Direito foram e ainda são submetidos a uma adequação aos ditames da Lei Maior, por meio do fenômeno jurídico da recepção, segundo o qual os dispositivos contrários aos princípios e às normas constitucionais são tidos como “não recepcionados”, e, assim, padecem de qualquer eficácia. Já as normas recepcionadas permanecem aplicáveis, desde que com interpretação harmônica à Carta Magna.

Com as legislações penal e processual penal não ocorre diferente. São searas jurídicas que demandam intenso respeito às diretrizes constitucionais, na medida em que afetam e restringem, de modo contundente, direitos fundamentais dos indivíduos, principalmente o direito de liberdade (*jus libertatis*). Portanto, devem ser tratadas e impostas em caráter excepcional, como última medida a ser impelida pelo Estado e com estrita legalidade.

Esse movimento de análise constitucional do processo penal, como método de estudo de sua estrutura à luz da Constituição, tem recebido atenção doutrinária sob a designação “Processo Penal Constitucional”.⁵³

⁵² CPP, art. 9º: “Todas as peças do **inquérito policial** serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”. Há outros dispositivos do CPP que citam a expressão “inquérito policial”, tais como os artigos 12, 13-B, § 3º, 28, 46, 530-C e 660, § 3º.

Destarte, a etapa extrajudicial do processo penal, nela inclusa a prisão em flagrante delito, instrumentalizada nos procedimentos previstos em lei para regular a investigação criminal, também se submete, inexoravelmente, à mesma leitura sob a ótica da ordem constitucional vigente.

O inquérito policial moderno deve funcionar como um filtro garantista⁵⁴, para assegurar uma intervenção estatal harmônica aos direitos fundamentais, viabilizar a persecução penal plena nos casos necessários e fundados e, acima de tudo, impedir injustiças e repressões inúteis, precipitadas ou arbitrárias, revelando-se como instrumento de promoção de Justiça Criminal, ao conciliar as garantias individuais da pessoa investigada com o direito à segurança da coletividade.

O propósito primordial do inquérito policial é a elucidação das circunstâncias e da respectiva autoria do fato potencialmente criminoso, contribuindo com o Poder Judiciário para a justa aplicação da lei penal, acompanhada da constante tutela dos direitos fundamentais do investigado. O procedimento investigatório também serve para produção de subsídios tanto para o ingresso da ação penal pela acusação (pública ou privada), como para viabilizar a defesa do sujeito a quem seja imputada a prática ilícita criminal.

Como se nota, o inquérito policial objetiva reconstruir os fatos para se estabelecer o que possivelmente ocorreu. Consiste, portanto, em um levantamento retrospectivo, vale dizer, em uma tarefa voltada para o passado, que procura idealizar e reconstituir o fato investigado, analisando todos os elementos que com ele possuam algum vínculo. Essa reconstrução fática enfeixa a busca da “verdade atingível”, também chamada “verdade possível” ou “probabilidade qualificada”⁵⁵, para desvendar o que aconteceu, respeitando os limites legais, suplantando a utópica “verdade real”. Trata-se de princípio processual penal que orienta a persecução desde a etapa extrajudicial de investigação até a instrução e solução judicial.

O inquérito policial, como liame entre o mundo real, da dimensão factual dos eventos concretos com o universo do Direito, lapida o fato bruto para a sofisticada linguagem forense,

⁵³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.23.

⁵⁴ TRINDADE, Daniel Messias da. *O garantismo penal e a atividade de polícia judiciária*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p.20.

⁵⁵ MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 104.

refletindo a feição jurídica da investigação criminal⁵⁶ e, sobretudo quando iniciado via auto de prisão em flagrante delito, documenta o primeiro contato do Poder Público com um cidadão suspeito da prática de um delito. Cobra, portanto, estrita obediência aos ditames legais em todos os atos e medidas promovidas.

À luz da hodierna influência constitucional no processo penal, exige-se imparcialidade profissional da Autoridade Policial na presidência do auto de prisão em flagrante delito e das investigações criminais de um modo geral. Sob essa orientação, o Delegado de Polícia, por não ser parte processual, deve canalizar o escrutínio nos elementos fáticos e não na pessoa do suspeito, guiando-se pelo compromisso com o Direito Penal do fato desde a etapa extrajudicial da persecução.

Desse modo, em sede de aparente estado flagrancial delitivo, não havendo elementos suficientes a denotar a fundada suspeita, deve a Autoridade Policial determinar a instauração de inquérito policial via portaria para melhor e mais acurada apuração do evento, esgotando as providências de polícia judiciária cabíveis, ao invés de banalizar e autuar em flagrante delito um suspeito sem justa causa, isto é, sem alicerce indiciário mínimo.

O sistema jurídico, as ciências e as experiências profissionais na atividade de polícia investigativa sujeitam-se a permanente aperfeiçoamento das técnicas empregadas na formalização e na elucidação de fatos criminosos, dinâmica esta que alavanca a evolução do inquérito policial e também da prisão em flagrante delito, sobretudo para a conformação aos postulados proclamados na Constituição Federal, que informam a aplicação do direito penal e processual penal, temática abordada no tópico seguinte, com ênfase nas repercussões correspondentes na custódia flagrancial.

⁵⁶ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JR, Jaime. *Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. São Paulo: Verbatim, 2017, p. 30.

5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO

O vocábulo princípio é conceituado como uma “proposição elementar e fundamental que serve a uma ordem de conhecimentos”.⁵⁷

No universo jurídico, José Afonso da Silva assim define os princípios, invocando Gomes Canotilho e Vital Moreira:⁵⁸

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] “núcleos de condensações” nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, “os princípios, que começam por ser a base de *normas jurídicas*, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional”.

Há um caráter abstrato e genérico dos princípios, para que deles sejam extraídas as premissas que devem nortear a aplicação e a interpretação de todas as normas, e até mesmo orientar a própria atividade legislativa, razão pela qual figuram como verdadeiras “vigas-mestras” que embasam o sistema legal e a própria idealização do Poder Público.

A despeito dos diversos e relevantes princípios jurídicos consagrados na Constituição Federal, para o desenvolvimento do objeto desta pesquisa serão enfatizados aqueles que apresentam direta e maior relação com a fase extrajudicial da persecução penal, informando os procedimentos adotados na prisão em flagrante delito e no correlato inquérito policial.

5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana retrata “princípio-matriz” dos direitos fundamentais, elevada como expreso fundamento da República Federativa do Brasil no inciso III, do artigo 1º, da Lei Maior, consagrando o país como um Estado Democrático de Direito e acompanhando a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seu artigo 1º apregoa que “todos os homens nascem livres e iguais, em direitos e dignidade”.

⁵⁷ HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001, p. 2299.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92.

Diferente das coisas, dotadas de valor relativo, aferíveis patrimonialmente e precificadas, o indivíduo não possui expressão econômica, tampouco é substituível por equivalente. O ser humano não é coisa nem meio, senão um fim em si mesmo, com valor íntimo e imensurável que denota a sua dignidade.

Desse modo, considera-se atingida a dignidade sempre que o indivíduo é rebaixado a objeto, a mero instrumento, tratado como coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa é desconsiderada como sujeito de direitos.

Ao consagrar a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro, a Lei Maior institui que a existência do Estado deve ser dirigida e se justifica para a proteção das pessoas, de modo que o Poder Público deve ser estruturado em torno de seus cidadãos⁵⁹, buscando proporcionar a todos uma vida com qualidade e garantias contra interferências abusivas ou descabidas, inclusive e principalmente dos próprios órgãos e agentes estatais.

A dignidade humana, como cláusula geral, com conteúdo em permanente evolução, qualifica e compõe todos os direitos fundamentais, com destaque para a vida e para a integridade física e psíquica, assim como para a honra, para a imagem, para a intimidade, para a privacidade e para a consciência de todos os indivíduos.⁶⁰

Assim, não há segurança pública e tampouco Justiça Criminal com violação institucional de direitos fundamentais, os quais dependem de segurança pública e de Justiça Criminal para o seu livre gozo. Segurança pública e a dignidade humana não se excluem, complementam-se.⁶¹

No tocante à prisão em flagrante delito e aos atos de polícia judiciária como um todo, a Autoridade Policial e seus agentes devem guiar suas ações zelando para que os envolvidos nos procedimentos e nas diligências sejam tratados como sujeitos de direitos, postura esta que concebe o profissionalismo almejado e traduzido no exercício funcional legalista e impessoal.

O Delegado de Polícia, como autoridade pública e representante do Estado, desempenha função essencial na coibição de condutas que extrapolem os limites legais, tutelando a dignidade e a integridade física e moral de todo cidadão, máxime daquele

⁵⁹ BARRETO, Rafael. *Direitos humanos*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 45.

⁶⁰ PALAZZOLO, Massimo. *Persecução penal e dignidade da pessoa humana*. Editora Quartie Latin: São Paulo, 2007, p. 69.

⁶¹ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Direito penal: parte geral*. Barueri, SP: Manole, 2015, p.192-193.

custodiado em flagrante delito⁶², com desvelo ao emprego legítimo da força e a suas implicações como as lesões e mortes decorrentes de intervenção policial e o uso de algemas, comentados nos tópicos seguintes.

5.1.1 Emprego de força

A atividade policial demanda o manejo da força, tendo em vista as circunstâncias e ânimos quase sempre hostis e exaltados por ocasião das intervenções e abordagens realizadas pelos agentes estatais, e ainda mais em se tratando de suspeitos que estejam em aparente estado de flagrância delitiva.

Como agente do Estado, o policial precisa atuar dentro das balizas da lei e somente empregar força na intensidade denominada “moderada”, vale dizer, proporcional à agressão injusta exercida pelo delinquente transgressor.

O artigo 284 do Código de Processo Penal trata do assunto e dispõe que “não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”.

Do referido dispositivo é possível inferir que a utilização da força física pelos agentes públicos deve ser considerada medida excepcional e limitada ao que for imprescindível no caso de resistência ou fuga do indivíduo custodiado.

Destarte, a resistência consiste em delito previsto no artigo 329 do Código Penal que criminaliza a seguinte conduta: “Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio”, cominando pena de dois meses a dois anos.

Assim, havendo oposição violenta ou ameaçadora contra os agentes da lei, estes estão autorizados a reagir com força, o que também se extrai da própria noção de legítima defesa, discriminante definida no artigo 25 do Código Penal, e entendida como a utilização moderada dos meios necessários para repelir uma injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiro.

⁶² BRODBECK, Rafael Vitola. *Inquérito policial: instrumento de defesa e garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011, p.42.

Na atividade policial, além de buscar preservar a própria integridade física, o agente estatal deve, acima de tudo, proteger a vida de vítimas e de todos os cidadãos que estejam expostos ao evento, inclusive do próprio criminoso causador da desordem pública.

Diferente do particular, o policial encontra-se sob um regime de legalidade pública, e só pode fazer aquilo expressamente autorizado em lei, consubstanciado num preceito normativo positivo, por permitir ao agente público formas restritas de agir, enquanto o cidadão subordina-se a um preceito normativo negativo, traduzido na legalidade privada, ou seja, pode fazer tudo, salvo aquilo proibido em lei, que veda ao particular condutas específicas.

Tratando-se de estado flagrancial delitivo, se houver resistência violenta ou ameaçadora do indivíduo submetido à intervenção estatal, a hostilidade criminosa deve se desdobrar numa reação proporcional por parte dos policiais, que pode resultar em lesões ou morte do delinquente agressor e, em tais casos, tanto o estrito cumprimento do dever legal quanto a legítima defesa devem ser analisados e, se as circunstâncias acenarem nesse sentido, reconhecidos provisoriamente pelo Delegado de Polícia.⁶³

Quando a ação policial não provocar sequelas como óbitos ou ferimentos graves, e a Autoridade Policial entender caracterizado isolado o delito de resistência do citado artigo 329, do Código Penal, sem a prática de outros crimes em concurso, por consubstanciar infração de menor potencial ofensivo, visto que a pena máxima não suplanta dois anos, afigura-se possível a lavratura de termo circunstanciado. Assumindo o autor compromisso de comparecimento ao Juizado Especial Criminal competente, para este o procedimento investigatório será encaminhado, em homenagem aos artigos 98, inciso I, da Constituição Federal, e artigos 61 e 69, da Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.⁶⁴

Vale lembrar que, no termo circunstanciado, o Delegado de Polícia, valendo-se de seu poder de síntese, bem insculpirá os dados mínimos exigidos para sua elaboração e futura aplicação das benesses legais ou, caso estas não sejam cabíveis, viabilizar ao titular da ação penal lastro probatório mínimo para a propositura da queixa ou denúncia.

Salienta-se que a Lei Federal nº 13.060, de 22 de dezembro de 2014, dispõe que as instituições policiais devem priorizar a utilização de instrumentos de menor potencial ofensivo

⁶³ Os juízos de tipicidade e ilicitude realizados pelo Delegado de Polícia são objeto do ponto 6.11 desta pesquisa, com atenção ao reconhecimento de discriminantes, instituto com relevante impacto na rotina da atividade de polícia judiciária.

⁶⁴ O tópico 6.12 desta dissertação aborda com maiores detalhes a relação entre prisão em flagrante delito e as infrações de menor potencial ofensivo, incluindo o termo circunstanciado.

e menor potencial letal, com a intenção de preservar vidas e minimizar danos à integridade das pessoas, obedecendo os princípios da legalidade, da necessidade, da razoabilidade e da proporcionalidade para o uso racional da força, que priorizam a integridade física e psíquica do cidadão.⁶⁵

Tais princípios encontram-se elencados na Portaria Interministerial nº 4.226, de 31 de dezembro de 2010, legislação infralegal que cuida do tema, com as seguintes definições⁶⁶: **a) legalidade**: os policiais somente poderão utilizar a força para a consecução de um objetivo nos limites estabelecidos pela lei; **b) necessidade**: determinado nível de força só pode ser utilizado quando níveis menores não se mostrarem suficientes para a obtenção dos objetivos legais pretendidos; **c) razoabilidade**: o emprego da força pelos policiais deve ser moderado a ponto de ser reduzido dentro dos limites do aceitável; **d) proporcionalidade**: o nível da força deve ser compatível com a intensidade e a gravidade da ameaça do transgressor.

Ademais, a Lei nº 13.060/2014 proíbe expressamente o uso de arma de fogo por policiais em duas situações específicas (art. 2º, p.u.): a) contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que não represente risco imediato de morte ou de lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros e; b) contra veículo que desrespeite bloqueio policial em via pública, exceto quando o ato represente risco de morte ou lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros.

A lei em comento não veda, em absoluto, o emprego de arma de fogo pelos agentes de segurança pública, mas determina critérios a serem respeitados na atuação dos policiais no exercício de suas funções na defesa da sociedade.

Neste ponto situa-se o denominado “uso diferenciado da força”, conceituado como sendo a “seleção apropriada do nível de uso da força em resposta a uma ameaça real ou potencial visando limitar o recurso a meios que possam causar ferimentos ou mortes”⁶⁷,

⁶⁵ OLIVEIRA, Alexandre Pinto de. *A conduta policial e as técnicas de abordagem à luz da doutrina de direitos humanos na missão constitucional da Polícia Civil*. 2016. 107 p. Monografia (Processo seletivo de professor de conduta policial e técnicas de abordagem) - Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”. São Paulo, 2016, p. 14.

⁶⁶ Princípios arrolados no Anexo II da Portaria Interministerial nº 4.226/2010 elaborada de maneira conjunta pela Secretaria Nacional de Segurança Pública - Senasp, do Ministério da Justiça e pela então Secretaria de Direitos Humanos - SEDH, que era vinculada à Presidência da República, e se pauta em documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, primordialmente os Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de Agosto a 7 de setembro de 1999.

⁶⁷ Anexo II da mencionada Portaria Interministerial nº 4.226/2010.

escalonado de modo crescente, com início na presença policial, seguida da verbalização, de controles de contato, do controle físico, do emprego de táticas defensivas menos letais até o efetivo uso de força letal, à altura e em conformidade com a agressão injusta enfrentada pelos agentes da lei.⁶⁸

5.1.2 Morte decorrente de intervenção policial

Conforme já anotado, a intervenção estatal deve ser proporcional à intensidade da agressão daqueles que resistem à atuação dos agentes públicos e, sobretudo nos conflitos envolvendo a utilização de armas de fogo, a probabilidade da perda de vidas humanas é incrementada, percepção compreensível em face do indiscutível e amplamente difundido grau de letalidade desses artefatos em toda a sociedade.

É certo que o enfrentamento direto entre criminosos e policiais pode resultar em mortes de delinquentes e de agentes estatais, assim como de vítimas ou de terceiros que se encontrem nas imediações do confronto ou na direção dos projéteis disparados no embate.

Havendo perigo à vida ou à integridade física do policial ou de terceira pessoa, o uso de arma de fogo estará legitimado, como ocorre, por exemplo, nos casos de roubo com emprego de armas de fogo e de disparo em direção à guarnição policial.⁶⁹

A estatística revela um trágico quadro da realidade brasileira, com uma marca funesta de mais de cinquenta e oito mil mortes violentas por ano, permeada por altos índices de vitimização policial, com média de mais de um policial morto diariamente, e também de letalidade policial, com uma morte provocada por policial a cada três horas.⁷⁰

Importante sublinhar que, quando criminosos resistem à interferência policial empregando ameaça ou violência no momento de suas abordagens ou capturas, a legislação

⁶⁸ BRASIL. *Uso Diferenciado da Força, Módulo 2 (Curso à distância)*. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Brasília: Senasp/MJ – EAD Senasp, 2012. A ascensão da ação injusta do suspeito submetido à intervenção estatal começa com uma atitude cooperativa e evolui para a resistência passiva, seguindo para a resistência ativa, para a agressão menos letal e atinge seu grau máximo com a agressão com potencial letal contra os agentes públicos ou terceiros.

⁶⁹ GRECO, Rogério. *Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*. Niterói/RJ: Impetus, 2013, p.136.

⁷⁰ MACHADO, Leonardo Marcondes. Letalidade e vitimização policial. In: MACHADO, Leonardo Marcondes; et al. *Polícia judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 217-220; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário brasileiro de segurança pública 2015. São Paulo: ano 9, 2015, p. 6. As estatísticas de 2014 indicam 58.497 mortes violentas no Brasil, das quais 398 seriam policiais e 3.009 decorrentes de intervenção policial.

prescreve que o evento deve ser formalizado em um auto, no qual serão consignadas as circunstâncias e as justificativas da atuação dos agentes estatais e a dinâmica em que os fatos ocorreram, casos em que o parâmetro preliminar para a apuração do evento será o conjunto das versões ofertadas pelos policiais, por testemunhas e pessoas envolvidas no incidente.

O aludido “auto” que documenta tais episódios derivava da redação do *caput* do artigo 292, do Código de Processo Penal, cujo texto original, a seguir reproduzido, continua em vigor:

Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

No decorrer da histórica e da praxe forense e policial, aludido documento acabou intitulado “auto de resistência” ou “auto de resistência seguida de morte”, sobretudo quando ocorria a morte do suposto transgressor da lei em decorrência do revide pelos agentes de segurança pública.⁷¹

A literalidade do dispositivo legal não veicula a nomenclatura “auto de resistência” ou “resistência seguida de morte”, embora disponha sobre a elaboração de um auto, exigindo que a ação seja documentada e, naturalmente, devidamente apurada.

Por tal motivo, o “auto de resistência” era tido como uma das formas de instauração de ofício do inquérito policial, servindo o documento como peça exordial do procedimento investigatório criminal, em moldes similares ao do auto de prisão em flagrante delito.⁷²

Com a lavratura do “auto de resistência”, deveriam ser reduzidas a termo as oitivas de todos os policiais, das testemunhas e de pessoas envolvidas na ocorrência presentes, determinando-se a apreensão e requisição de exame pericial das armas de fogo utilizadas na ação e submissão dos possíveis atiradores a exame residuográfico.⁷³ Também costumavam ser requisitados exames para o local do evento, com a promoção das demais providências legais

⁷¹ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 542; e GAYA, Soraya Taveira. *Considerações a respeito do auto de resistência*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 24 de ago. de 2007.

⁷² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal – comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 500; QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de (Coord.). *Manual de polícia judiciária: doutrina, modelos, legislação*. São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2012, p. 54.

⁷³ O exame residuográfico busca revelar a presença de micropartículas de chumbo ou outras substâncias nas mãos das pessoas que fizeram ou são suspeitas de ter feito uso de arma de fogo.

de polícia judiciária para a regular apuração dos fatos, e toda a documentação instruía o respectivo inquérito policial, que confirmaria ou infirmaria os relatos noticiados e a dinâmica dos fatos.⁷⁴

Entretanto, após lamentáveis episódios de abusos e fraudes para encobrir homicídios perpetrados por maus policiais, os “autos de resistência” passaram ser alvo de severas críticas da imprensa, de estudiosos das ciências sociais e também de organismos internacionais militantes na defesa dos direitos humanos.⁷⁵

O “auto de resistência” passou a simbolizar, em determinados casos, uma distorção na comunicação para a elaboração do documento por conta de notícias desvirtuadas que ocultavam situações de emprego arbitrário e excessivo de força letal e assassinatos cometidos por desonrados agentes das corporações de segurança pública.⁷⁶

Como desdobramento dessa conjuntura foi editada a Resolução nº 8, de 20 de dezembro de 2012, do Conselho de Direitos de Defesa da Pessoa Humana, à época da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, que passou a recomendar que as Autoridades Policiais não mais adotassem na formalização de boletins de ocorrência, inquéritos policiais e notícias de fatos criminosos as expressões “auto de resistência” e “resistência seguida de morte”.⁷⁷ Na mesma linha, também houve a publicação

⁷⁴ ROVÉGNO, André. *O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 91.

⁷⁵ A morte da Juíza de Direito carioca Patricia Acioli ilustra esse panorama. A magistrada foi assassinada por atuar rigorosamente em casos de um grupo de extermínio composto por policiais militares, na verdade criminosos covardes, envolvidos em ocorrências de “resistências seguidas de morte” simuladas e que forjavam “autos de resistência” visando deturpar e mascarar homicídios de desafetos nas atividades criminosas perpetradas pelo bando de “pseudopoliciais” (criminosos travestidos formalmente de policiais), de acordo com notícias veiculadas na imprensa, como no sítio eletrônico do Universo Online – UOL, disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/01/29/em-sete-anos-patricia-acioli-denunciou-mais-de-cem-policiais-por-fraude-em-autos-de-resistencia.htm>>. Acesso em: 23 set. 2017.

⁷⁶ SOUZA, Taiguara Libano Soares. *Constituição, segurança pública e estado de exceção permanente: a biopolítica dos autos de resistência*. 2010. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010, p.156.

⁷⁷ No Estado de São Paulo, a Secretaria de Segurança editou a Resolução nº 5, de 7 de janeiro de 2013, determinando a substituição das designações “auto de resistência” e “resistência seguida de morte” pelas expressões “morte decorrente de intervenção policial” ou “lesão corporal decorrente de intervenção policial”, no caso de óbito ou ferimento do suposto criminoso, respectivamente. A matéria hoje é cuidada também pela Resolução nº 40, de 24 de março de 2015, que teve atualização redacional pela Resolução nº 41, de 30 de março de 2015, ambas da Secretaria da Segurança Pública paulista, que disciplinam o protocolo a ser adotado nas hipóteses de morte decorrente de intervenção policial estando ou não o agente em serviço, bem como de homicídio consumado de policiais civis, militares, peritos criminais, agentes penitenciários, guardas municipais e agentes da Fundação CASA, no exercício da função ou em decorrência dela. A seu turno, a Portaria nº 21, de 10 de junho de 2015, da Delegacia Geral da Polícia Civil de São Paulo regulamenta a aludida Resolução secretarial e dispõe que, tratando-se de fato ocorrido na capital paulista, com autoria

da Resolução Conjunta nº 2, de 13 de outubro de 2015, do Conselho Superior de Polícia do Departamento de Polícia Federal e do Conselho Nacional dos Chefes da Polícia Civil, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas instituições de polícia judiciária em face de ocorrências de lesões corporais ou mortes decorrentes de intervenção policial.

O cerne da altercação envolvendo o “auto de resistência” reside na efetiva e isenta apuração dos fatos, e não propriamente no título atribuído ao documento que irá formalizar e instaurar o procedimento investigatório, viabilizando que o evento seja perscrutado na etapa extrajudicial do processo penal por uma autoridade com independência funcional que propicie o cotejo da versão sustentada pelos agentes policiais com os demais elementos e circunstâncias correlatas para se extrair e elucidar a verdade atingível.

Para tanto, a investigação policial há de ser séria e imparcial, para reprimir eventuais práticas delituosas por agentes estatais que simulem ações supostamente legítimas, ocultando homicídios por eles praticados.⁷⁸

Notam-se dois aspectos fundamentais na apuração preliminar de uma morte decorrente de intervenção policial: a presunção de legitimidade da conduta dos agentes públicos e o reconhecimento de discriminantes pelo Delegado de Polícia.

De fato, a ação policial, para que seja autêntica e lícita, deve estar albergada por uma causa justificante de estrito cumprimento do dever legal no momento inicial, ensejando a atuação dos agentes da lei em face de uma prática ilícita em flagrante delito ou de uma abordagem de um indivíduo procurado pela Justiça, com mandado prisional pendente. No instante subsequente, a ação precisa se revestir de genuína discriminante de legítima defesa própria ou de terceiro contra a agressão injusta dos suspeitos submetidos à intervenção estatal.

A presunção de legitimidade do ato estatal, ou seja, quanto à suposição de que a notícia narrada pelo policial que apresenta a ocorrência seja verdadeira e lícita, extraída de uma

desconhecida e cuja vítima tenha falecido no próprio local, o Delegado de Polícia acionará o Grupo Especial de Atendimento a Locais de Crime (GEACRIM) do Departamento Estadual de Homicídios e de Proteção à Pessoa (DHPP). Nos casos similares ocorridos na Grande São Paulo ou no interior do Estado, o Delegado de Polícia da unidade de base territorial acionará o Setor de Homicídios (SH) da Delegacia Seccional, no caso do DEMACRO (Departamento de Polícia Judiciária da Macro São Paulo), ou a Delegacia de Polícia de Investigações Gerais (DIG), na hipótese dos DEINTERS (Departamentos de Polícia Judiciária de São Paulo Interior).

⁷⁸ São exemplos a utilização de subterfúgios como a fraude no cenário do evento com indevida remoção de corpos, ou a simulação de posse ilegal de armas de fogo ou de drogas a pretexto de justificar o assassinato de um criminoso fabricado.

interpretação de que se trata de um ato administrativo em um sentido amplo, é relativa.⁷⁹ Qualquer meio de prova é aceito para que seja rechaçada e aponte o que realmente aconteceu, caso um mau policial tenha comunicado uma versão distorcida e falaciosa.

Quanto ao segundo aspecto, oportuno consignar que a avaliação e o reconhecimento de excludentes, mais que mera faculdade, representam um dever do Delegado de Polícia como autoridade estatal, assunto que será melhor comentado em ponto específico neste estudo.⁸⁰

Ressalte-se que, se a Autoridade Policial identificar durante a apuração que os elementos probatórios coligidos afastam a versão originária prestada pelos policiais, representará pelas medidas legais cabíveis, notadamente pela prisão temporária ou preventiva dos servidores investigados, sem prejuízo da decretação da prisão em flagrante delito, nas hipóteses legais autorizadas e diante de uma comunicação inicial que não seja idônea e verossímil.

Outrossim, vale lembrar que a investigação de homicídios cometidos por policiais militares contra civis é de atribuição das instituições de polícia judiciária da Justiça comum (Polícias Civis dos Estados e Polícia Federal), por expressa ordem constitucional inserida no § 4º do artigo 125 da Lei Maior, que dispõe sobre a competência do Tribunal do Júri quando a vítima assassinada for civil.⁸¹

Essas são, em síntese, as implicações legais afetas à formalização de fatos envolvendo suposta resistência exercida por indivíduos contra as forças policiais no momento de suas abordagens e capturas, fatos antes registrados na peça intitulada “auto de resistência”, hoje em desuso por sua associação a condutas espúrias. A tendência atual é a formalização inicial em

⁷⁹ SPITZCOVSKY, Celso. *Direito administrativo*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p.110.

⁸⁰ Relevante adiantar que juízos de tipicidade e de ilicitude acerca dos fatos apresentados à Autoridade Policial, melhor tratados no tópico 6.11.1, não retratam conclusões precipitadas e tampouco definitivas, devendo ser determinadas fundamentadamente, com independência funcional, de acordo com a convicção técnico-jurídica do Delegado de Polícia e com exposição dos motivos fáticos e legais.

⁸¹ O § 2º do artigo 82 do Código de Processo Penal Militar, ao prever que a Justiça Militar encaminhará o inquérito policial militar à Justiça Comum nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, veicula redação estabelecida pela Lei nº 9299/1996, logo, anterior à Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o atual § 4º, do artigo 125 da Constituição Federal, sedimentando expressamente a competência do Tribunal do Júri, vale dizer, da Justiça Comum, quando a vítima morta for civil, e reservando a respectiva investigação criminal aos órgãos de polícia judiciária comum. SODRÉ, Filipe Knaak. Crime doloso contra a vida praticado por policial militar contra civil: quem investiga? *Boletim informativo IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. V. 23, nº 268, p.5-7, 2015; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Investigação de homicídio praticado por policial militar contra civil. In: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; et al. *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.152-159 e ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 60-65.

boletim de ocorrência circunstanciado⁸², sob a designação “morte decorrente de intervenção policial”, e este registro fará as vezes do referido “auto” exigido no artigo 292 do diploma processual criminal, com apuração via inquérito policial iniciado por portaria.

5.1.3 Emprego de algemas

As algemas consistem em instrumento metálico formado basicamente por duas argolas interligadas, para imobilizar alguém pelos pulsos ou pelos tornozelos. Etimologicamente consta ser originária do vocábulo *al-jemme* ou *al-jemma*, que significa pulseira, herança da ocupação árabe da Península Ibérica, e também era chamada de “ferros” ou “grilhões”, utilizada para prender os braços de uma pessoa.⁸³

Como emblemas do Direito Penal, Francesco Carnelutti⁸⁴ chega a considerar as algemas mais expressivas até mesmo que a balança e a espada, pois entende que servem para descobrir o valor do homem, razão e função do Direito.

De fato, as algemas simbolizam a prisão, e em especial a prisão em flagrante delito, na medida em que a imagem da pessoa algemada retrata a sua captura e custódia pelo Estado.

Quanto ao fundamento legal para o seu uso, atendendo antiga exigência contida no artigo 199 da Lei de Execução Penal (Lei Federal nº 7.210/1984), o emprego de algemas foi finalmente disciplinado pelo Decreto Federal nº 8.858, de 26 de setembro de 2016, que em seu artigo 2º assim dispõe:

É permitido o emprego de algemas apenas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, causado pelo preso ou por terceiros, justificada a sua excepcionalidade por escrito.

O mencionado Decreto nº 8.858/2016 regula a execução penal e, por isso, em princípio é destinado aos presos provisórios e sentenciados. Por analogia, pode ser aplicado como

⁸² Nesse registro policial serão descritos os fatos de modo pormenorizado, ocasião em que serão formalizadas as oitivas dos policiais e das pessoas envolvidas presentes, com requisição dos exames periciais pertinentes e esgotamento das demais diligências investigativas imediatas, que instruirão o inquérito policial para o esclarecimento do que aconteceu.

⁸³ ALMEIDA, Francisco Iasley Lopes de. Regulamentação do uso de algemas e ativismo judicial. In: ALMEIDA, Francisco Iasley Lopes de; AGUIAR FILHO, Valfredo de Andrade (Org.). *A construção contemporânea dos direitos humanos*. Campina Grande: Cesrei, 2017, p. 26.

⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Editora Pillares, 2009, p. 25.

parâmetro na atividade policial e na fase extrajudicial da persecução penal de um modo geral, para a algemação de pessoas abordadas e capturadas, ainda que não se trate de custódia cautelar ou de execução de ordem prisional decorrente de condenação criminal.⁸⁵

De qualquer maneira, em seu artigo 3º, o Decreto nº 8.858/2016 também restringe o uso de algemas em mulheres grávidas presas nos instantes que antecedem, durante e logo após o trabalho de parto:

É vedado emprego de algemas em mulheres presas em qualquer unidade do sistema penitenciário nacional durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada.

O colacionado artigo 2º do Decreto nº 8.858/2016 veicula redação similar à que já era prevista no enunciado da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, publicado em 22 de agosto de 2008, *in verbis*:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

A aludida Súmula Vinculante⁸⁶ já era de observância obrigatória por todos os órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário, em atenção ao artigo 103-A, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei Federal nº 11.417/2006, comportando reclamação direta à Corte Suprema em caso de contrariedade por algum ato judicial ou administrativo.⁸⁷ Assim, a

⁸⁵ HERBELLA, Fernanda. Uso de algemas e Lei de Execução Penal. In: SÃO PAULO (Estado), *Arquivos da Polícia Civil* – Vol. 55, São Paulo: Acadepol, 2017, p. 60-61.

⁸⁶ Até a edição da Súmula Vinculante nº 11, aplicava-se, de modo complementar, os parâmetros contidos no artigo 234 do Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei nº 1002/1969), que dispõe que a utilização de algemas deve ser evitada, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão por parte do preso, em consonância com a aplicação analógica admitida pelo artigo 3º do Código de Processo Penal. HERBELLA, Fernanda. *Algemas e a dignidade da pessoa humana: fundamentos jurídicos do uso de algemas*. 2005. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito). UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, Osasco, 2005, p. 53-54.

⁸⁷ No Estado de São Paulo havia o Decreto paulista nº 19.903, de 30 de outubro de 1950, que permitia o uso de algemas, excepcionalmente, para conduzir suspeitos capturados em flagrante delito, desde que oferecessem resistência ou tentassem a fuga, bem como para conduzir os ébrios, os viciados e os turbulentos surpreendidos em prática de infração e que deveriam ser postos em custódia, desde que seu estado de extrema exaltação tornasse indispensável o emprego de força e para transportar, de uma dependência a outra, presos que, por sua periculosidade, pudessem tentar a fuga durante a diligência, ou tivessem tentado ou oferecido resistência quando da prisão. Citado Decreto ainda estabelecia a obrigatoriedade de justificar o uso de algemas por escrito, devendo as delegacias de polícia possuir livro próprio para registro das ocorrências em que houve

Súmula Vinculante nº 11 permanece como principal referência normativa para o emprego de algemas em qualquer situação, ainda que fora do âmbito da execução penal.

Destaca-se ainda o parágrafo único do artigo 292 do Código de Processo Penal, inserido pela Lei Federal nº 13.434, de 12 de abril de 2017, com texto similar ao mencionado artigo 3º do Decreto nº 8.858/2016:

É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato.

Em sentido semelhante dispõe a Resolução nº 2010/16, de 22 de julho de 2010 das Organizações das Nações Unidas – ONU, que estabelece as regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, conhecidas como “Regras de Bangkok”, e no item 33 da regra 18 assim prevê:

A sujeição a instrumentos tais como algemas, correntes, ferros e coletes de força nunca deve ser aplicada como sanção. Mais ainda, correntes e ferros não devem ser usados como instrumentos de coação. Quaisquer outros instrumentos de coação só podem ser utilizados nas seguintes circunstâncias:

- a) Como medida de precaução contra uma evasão durante uma transferência, desde que sejam retirados logo que o recluso compareça perante uma autoridade judicial ou administrativa;
- b) Por razões médicas sob indicação do médico;
- c) Por ordem do diretor, depois de se terem esgotado todos os outros meios de dominar o recluso, a fim de impedir de causar prejuízo a si próprio ou a outros ou de causar estragos materiais; nestes casos o diretor deve consultar o médico com urgência e apresentar relatório à autoridade administrativa superior.

O Código de Processo Penal contém outras duas previsões sobre o uso de algemas, ambas no âmbito do procedimento do Tribunal do Júri. A primeira veda o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes, conforme regra do § 3º do artigo 473. A segunda proíbe que as partes, durante os debates, façam referências à determinação do emprego de algemas como

utilização dos instrumentos. OLIVEIRA, Alexandre Pinto de. *A conduta policial e as técnicas de abordagem à luz da doutrina de direitos humanos na missão constitucional da Polícia Civil*. 2016. 107 p. Monografia (Processo seletivo de professor de conduta policial e técnicas de abordagem) - Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”. São Paulo, 2016, p. 49.

argumento de autoridade que beneficie ou prejudique o acusado, consoante inciso I do artigo 478 do estatuto processual penal.

A utilização de algemas também tem como parâmetro o *caput* do artigo 292 do CPP, destacado no tópico anterior, servindo como um dos principais meios necessários para vencer a resistência à captura do suspeito em estado flagrancial ou no cumprimento de ordem judicial de prisão.

Destarte, além das vedações expressas nas circunstâncias envolvendo a mulher parturiente e os réus no Tribunal do Júri, a lei autoriza o uso de algemas para três hipóteses, exigindo justificativa por escrito: a) resistência à ordem de prisão legal; b) fundado receio de fuga do suspeito capturado ou; c) fundado receio de perigo à integridade física própria ou alheia, causado pelo suspeito ou por terceiros.

É relevante ponderar que o tratamento legal que orienta a vedação ao uso de algemas como paradigma do sistema é objeto de críticas, tendo em vista que estudos no campo da psicologia apontam que os seres humanos, ao experimentarem uma situação de estresse como a que ocorre por ocasião de sua abordagem e captura, respondem com uma série de reações fisiológicas e psicológicas, denominada “síndrome geral de adaptação”. Esta torna imprevisível o comportamento de qualquer indivíduo nessas circunstâncias, impossibilitando a missão imposta pela lei aos agentes policiais de avaliarem quando deverão utilizar e quando poderão dispensar o uso das algemas, além do fato de os próprios policiais encontrarem-se em inerente estado de alerta, que interfere na decisão de algemar ou não e, por tais razões, sustenta-se que a padronização do ato de algemar seria a opção mais adequada e mais segura para todos os envolvidos.⁸⁸

Frise-se que advogar a algemação como protocolo técnico-operacional pelos agentes policiais não significa consentir com a espetacularização da persecução criminal acompanhada da exposição indevida da imagem dos indivíduos presos, que devem sempre ser tratados como sujeitos de direitos, tutelando seus direitos fundamentais, como corolário da dignidade humana.⁸⁹

⁸⁸ BRAGA, Miriam Regina; LAGE, Mariana Neffa Araújo. *Parecer psicológico sobre uso de algemas*. Ministério da Justiça, Departamento da Polícia Federal. Brasília, 18 ago. 2008.

⁸⁹ Consigna-se que, na Polícia Civil do Estado de São Paulo, a Portaria DGP nº 18, de 25 de novembro de 1998, assim estabelece em seu artigo 11: “As autoridades policiais e demais servidores zelarão pela preservação dos **direitos à imagem**, ao nome, à privacidade e à intimidade **das pessoas submetidas à investigação policial, detidas em razão da prática de infração penal** ou à sua disposição na condição de vítimas, em especial

O impacto mais relevante quanto ao emprego de algemas não está no ato de algemar em si, que em regra não ofende a integridade física do indivíduo, até porque o instrumento serve justamente para evitar atitudes exaltadas e violentas dos suspeitos e contra eles. A repercussão mais complexa envolve eventual violação a direitos da personalidade, e em especial à imagem do investigado, derivada da exploração exacerbada e na difusão de registros visuais do sujeito algemado, tanto de sua imagem-retrato, vale dizer, de sua aparência e representação física, quanto da denominada imagem-atributo, ou seja, dos atributos vinculados à figura pública de cada pessoa.⁹⁰

Sobre a exposição indevida da pessoa presa, Alexandre Morais da Rosa⁹¹ argumenta que a imagem e a intimidade, por serem atributos do sujeito capturado, sob uma justificativa democrática no âmbito da investigação criminal, somente podem ser flexibilizadas quando necessárias para a elucidação de fatos ilícitos penais, invocando como parâmetro o artigo 20 do Código Civil (Lei Federal nº 10.406/2002), que assim prescreve:

Salvo se autorizada, ou se necessárias à administração da Justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Portanto, no âmbito das prisões em flagrante delito e das técnicas operacionais para a execução de diligências policiais, como abordagens, buscas pessoais, conduções coercitivas e mandados de busca domiciliar, os meios empregados devem buscar o máximo de eficiência com o mínimo de transtornos aos direitos da personalidade, o que demanda contínuo aperfeiçoamento das táticas para o uso diferenciado (moderado e progressivo) da força e do treinamento dos agentes policiais, focado num trabalho com inteligência e otimização no manejo das informações obtidas.

Ademais, à luz da mencionada Lei Federal nº 13.060/2014, que estabelece aos órgãos de segurança pública priorizarem a utilização de instrumentos de menor potencial ofensivo e

enquanto se encontrarem no recinto de repartições policiais, a fim de que a elas e a seus familiares não sejam causados prejuízos irreparáveis, decorrentes da **exposição de imagem** ou de divulgação liminar de circunstância objeto de apuração” (grifamos).

⁹⁰ PALAZZOLO, Massimo. *Persecução penal e dignidade da pessoa humana*. Editora Quartie Latin: São Paulo, 2007, p. 82.

⁹¹ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 250.

menos letais, baseada nos princípios da legalidade, da necessidade e da proporcionalidade para o uso racional da força, o emprego de algemas encontra-se entre as etapas iniciais de mero controle de contato e de domínio físico dos indivíduos suspeitos e capturados. Assim, as algemas inibem comportamentos mais agressivos e evitam que a intervenção estatal progrida para táticas defensivas inclusive com força física e o próprio uso de instrumentos letais, pelo emprego de armas de fogo e de outros equipamentos.

Convém ainda ressaltar que, nas hipóteses de abordagens em estado de flagrância delitiva, a justificativa por escrito do uso de algemas com fulcro na Súmula Vinculante nº 11 e no Decreto nº 8.858/2016 costuma ser consignada no bojo das oitivas formalizadas dos policiais responsáveis pela captura do suspeito apresentado à Autoridade Policial para a devida apreciação dos fatos e deliberação acerca da custódia.

5.2 Princípio do devido processo legal: a devida investigação criminal

O inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal assegura o princípio do devido ou justo processo, ao dispor que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A garantia do devido processo legal representa uma cláusula geral, composta por termos indeterminados cujo conteúdo sofre perene evolução, ampliando seu conceito, motivo pelo qual são extraídas do devido processo praticamente todas as garantias processuais penais como a legalidade, o contraditório, a ampla defesa, a proibição de provas ilícitas e a motivação das decisões, servindo de orientação para a atuação dos três Poderes Públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário.

Gustavo Badaró assim destaca o devido processo como “princípio síntese”:⁹²

O princípio do devido processo legal, em seu aspecto processual, é um princípio síntese, que engloba os demais princípios e garantias processuais assegurados constitucionalmente. Assim, bastaria que a Constituição assegurasse o devido processo legal e todos os demais princípios dele defluiriam.

A aplicação das garantias processuais penais integrantes do devido processo, em grande parcela dos casos criminais, torna-se indispensável na fase policial da persecução, de

⁹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 39-40.

maneira que sua inobservância pode prejudicar a higidez do rito legal, quando não inviabilizar ou inutilizar a promoção da ação penal em juízo.

Para o necessário ajuste do devido processo à etapa extrajudicial da persecução penal, Édson Luís Baldan⁹³ projeta como garantia fundamental a **devida investigação legal**:

Premissa basilar, como acentuado, é que a persecução penal apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal. Embora dotada de dois instantes, a persecução é, em si, una, indivisível. Daí que a cláusula do devido processo legal (*due process of law*, ou do *giusto processo*) deva ungar a ação estatal durante esse todo indivisível. Por esse raciocínio, não só o acusado (na fase judicial) mas também o imputado (na fase preliminar de investigação ou, mesmo, aquém desta) deve gozar, na plenitude, da garantia individual do devido processo legal.

O citado jurista estrutura a **devida investigação legal** nos seguintes princípios configuradores:⁹⁴ 1º) legalidade; 2º) investigador natural, 3º) contraditório, 4º) defesa, 5º) publicidade, 6º) paridade de armas; 7º) imparcialidade; 8º) reserva de jurisdição; 9º) inadmissibilidade de provas ilícitas; 10º) duração razoável da investigação; 11º) presunção de não culpa e; 12º) não autoincriminação.

Frise-se que a **devida investigação legal** ou **devida investigação criminal**⁹⁵ e os princípios que a integram devem incidir na prisão em flagrante delito, na medida em que esta é materializada em inquérito policial, revelando garantia essencial para a consecução do processo justo e da dignidade humana.⁹⁶

⁹³ BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR., Salah (coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p.165.

⁹⁴ BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR., Salah (coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p.169-178.

⁹⁵ COELHO, Emerson Ghirardelli. *Investigação criminal constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 47-48.

⁹⁶ SAMPAIO FILHO, Walter Francisco. *Prisão em flagrante: a aplicação do devido processo legal*. São Paulo: Rideel, 2005, p. 73-74.

5.3 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, que alicerça todo Estado de Direito, encontra fundamento constitucional contemplado nos artigos 5º, incisos II e XXXIX, 37, *caput*, e 84, inciso IV, todos da Lei Maior.

A Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso II, proclama a **legalidade privada**, pela qual o particular pode fazer tudo, salvo o que a lei proibir e sintetiza um preceito normativo negativo ao vedar ao particular determinadas formas de agir.

A seu turno, o artigo 37, *caput*, apregoa a denominada **legalidade pública**, segundo a qual o Poder Público só pode fazer o que a lei expressamente autorizar, evidenciando um preceito normativo positivo, por restringir ao Estado as formas de agir previstas no ordenamento, enquanto o inciso IV, do artigo 84, expressa uma base limitadora para os atos (decretos e regulamentos) do Poder Executivo, os quais só podem ser expedidos para fiel execução daquilo que a lei determinar.

Nota-se que a legalidade privada limita a ação do Estado e de seus agentes, pois estes só poderão intervir, vale dizer, impor qualquer medida aos cidadãos, quando houver norma negativa que o proíba ou condicione e que autorize o Estado a atuar.

No Direito Penal, a legalidade impõe a reserva legal e a anterioridade, ao estipular que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, máxima com expresse fundamento no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal. Sobre a reserva legal, também chamada de estrita legalidade, assim expõe Cleber Rogério Masson:⁹⁷

Preceitua, basicamente, a exclusividade da lei para a criação de delitos (e contravenções penais) e comunicação de penas, possuindo indiscutível dimensão democrática, pois representa a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal. De fato, não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal (*nullum crime nulla poena sine lege*). É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a Direito Penal (CF, art. 62, § 1º, inc. I, alínea b).

A legalidade, no plano processual penal, reclama que todos os atos tenham o devido respaldo na lei, motivo pelo qual deve ser respeitada a repartição constitucional de funções

⁹⁷ MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado – parte geral*. São Paulo: Método, 2013, p. 22.

estatais, como a investigação criminal, sendo também vedadas as provas produzidas por meio ilícito.

A ilusória tensão entre liberdade e segurança se resolve pela legalidade, porquanto o conteúdo da primeira está intrinsecamente relacionado com o da segunda. Para que ambas estejam protegidas, é preciso delimitar as faculdades e ações de todos os envolvidos e proteger contra eventuais excessos ou arbitrariedades, do próprio Estado ou do particular⁹⁸, baliza esta que é conferida pela lei no Estado Democrático de Direito.

A apuração de infrações penais, como mister estatal próprio da persecução penal, deve ser realizada pelos órgãos públicos aos quais a legislação e em especial a Constituição Federal vocaciona essa função, na divisão salutar projetada pelo sistema acusatório de investigar, acusar, defender e julgar, cada qual destinada a instituições específicas, que devem desempenhar seus papéis de modo integrado e sem indevidas invasões nas atribuições alheias, sob pena de violar a legalidade pública e macular a persecução criminal.

Para as infrações penais da Justiça Comum, tendo em vista que a Carta Magna atribui às instituições de polícia judiciária (Polícias Civis e Polícia Federal) a titularidade e a promoção da investigação criminal, serão esses órgãos que legitimamente podem e devem encetar diligências e presidir os atos e procedimentos investigatórios legais, incluindo a decretação e a formalização da prisão em flagrante delito.

Nesse sentido, a determinação da prisão flagrancial e de todas as providências tomadas no curso do inquérito policial deve estar escorada na lei, sendo incumbência do Delegado de Polícia motivar as deliberações que ultimem os atos de polícia judiciária, de modo a exercer o controle e a tutela da licitude das ações realizadas. Exige-se, ademais, a observância das formalidades legais para a lavratura do auto de prisão em flagrante delito e de sua regular função como peça instauradora do inquérito policial correspondente, procedimento investigatório criminal previsto lei para tal finalidade.

⁹⁸ SANTOS, Célio Jacinto dos. *Investigação criminal especial: seu regime no marco do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013, p. 111-112.

5.4 Princípio do investigador natural: Delegado de Polícia natural

A autoridade presidente da apuração deve ter prévia e expressa atribuição por lei, entendimento extraído da justaposição do julgador natural do artigo 5º, inciso LIII da Constituição Federal para a etapa extrajudicial, consolidando o princípio do **Delegado de Polícia natural**.

O chamado “**Juiz natural**” denota princípio depreendido dos incisos XXXVII e LIII, do artigo 5º da Carta Magna, segundo os quais “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Invocando mais uma vez o escólio de Édson Luís Baldan:⁹⁹

Existe, ademais, disposição constitucional expressa de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (CRFB, art. 5º, LIII). De se notar que o legislador constituinte não restringiu a disciplina dessa competência (“*lato sensu*”) unicamente ao processo judicial, pois, assim fosse, teria ele empregado a expressão “autoridade judicial”. Ao preferir o uso de locução mais abrangente “autoridade competente”, conectada, no período frasal analisado, a “processado”, isto é, à pessoa submetida a “processo”, guardou o constituinte, numa leitura lógico-sistemática da Constituição Federal, perfeita sintonia com a assunção de que as garantias individuais socorrem àquele que venha se situar no polo passivo de “processo” de qualquer natureza (judicial ou administrativo), tanto que nos dois incisos consecutivos do mesmo artigo (LIV e LV), após enunciar a cláusula do devido processo legal, estabelece que “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”. Portanto, a exigência de “competência” deverá aplicar-se ao Juiz que julga ou preside a instrução, bem como à Autoridade Policial (ou outra pessoa ou órgão expressamente autorizados por lei) responsável pela direção da etapa da investigação preliminar. Sintetizando: para que haja o devido processo legal (judicial ou administrativo) há de ser competente a autoridade (judicial ou administrativa) que o presida.

Como é cediço, deve haver uma autoridade pública predeterminada para legitimamente processar e julgar uma pessoa por um fato específico. Não se admite a submissão discriminatória de uma pessoa a um julgador público que não seja aquele competente também a todos os seus semelhantes.

⁹⁹ BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR., Salah (coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 170.

Nessa esteira, colaciona-se para análise o § 4º, do artigo 2º, da Lei Federal nº 12.830/2013:

O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação.

Tendo por alusão o princípio do juiz natural e com arrimo no dispositivo em comento, tem-se defendido o desenvolvimento do princípio do Delegado de Polícia Natural¹⁰⁰, na medida em que se observa a regra de que o inquérito policial ou o termo circunstanciado deverão ser presididos por um Delegado de Polícia previamente definido, segundo critérios objetivos (normalmente territoriais ou de acordo com a matéria), somente excepcionada mediante avocação ou redistribuição do procedimento investigatório por superior hierárquico, ainda assim via despacho fundamentado no interesse público ou na inobservância de procedimentos disciplinados em ato normativo da instituição à qual a Autoridade Policial pertença (Polícia Civil ou Federal).¹⁰¹

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar¹⁰² consideram que a Lei nº 12.830/2013 sedimentou e positivou o princípio do Delegado de Polícia natural no sistema jurídico brasileiro:

A Lei nº 12.830/2013 dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia. Dentre os dispositivos legais pertinentes à característica em tela, especial relevo tem o § 4º, do seu art. 2º, que suscita a ideia de um princípio do delegado natural, na esteira da noção mais geral de um princípio da autoridade natural (juiz natural, promotor natural e defensor natural). O dispositivo reza que o inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação.

¹⁰⁰ BARBOSA, Ruchester Marreiros. Princípio do delegado natural. In: BARBOSA, Ruchester Marreiros; et al. *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 19-22.

¹⁰¹ Nesse sentido, há a Súmula nº 11, do I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo - Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal: “O ato administrativo que determina a avocação de inquérito policial, ou de outro procedimento análogo previsto em lei, reclama, como pressuposto de validade dos atos investigatórios subsequentes, circunstanciada motivação que, necessariamente, deverá estar relacionada à indevida condução da investigação, suficientemente demonstrada”.

¹⁰² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 152.

A necessidade de despacho fundamentado para que a condução do inquérito policial não permaneça sob a presidência do delegado de polícia indicado por lei e a indispensabilidade de motivação lastreada em critério de interesse público ou por razão de irregularidade são limites à excessiva discricionariedade que havia tanto na edição de ato tendente a avocar os autos de subordinado a superior, quanto na designação de delegado diverso do previsto nas normas de regência sem justificativa plausível. Conquanto haja resistências da jurisprudência e da doutrina majoritária em admitir tal princípio do delegado de polícia natural, entendemos que já se trata de princípio positivado no sistema.

Corolário do princípio do delegado natural, é a imposição de limites à remoção da autoridade policial, que só poderá ocorrer por ato fundamentado (§ 5º, do art. 2º, da Lei nº 12.830/2013). O art. 3º, por outro prisma, dá realce a este princípio e à característica de autoridade do delegado de polícia, quando averba que esse cargo é privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados.

Embora com um viés mitigado em relação ao princípio do Juiz natural, resta claro que o princípio do Delegado de Polícia natural também impede intromissões indevidas na atuação da Autoridade Policial na condução da investigação criminal, que só lhe pode ser retirada por motivos concretamente justificados.

Salienta-se que a **avocação** consiste no ato da autoridade de hierarquia superior de atrair para si a realização de determinado ato ou procedimento originariamente atribuído a um agente ou órgão administrativamente subordinado. Trata-se de movimento centrípeto e medida excepcional pela qual a competência administrativa é convocada pela autoridade superior, só admitida quando devidamente fundada e dentro de uma mesma linha hierárquica, vale dizer, em sentido vertical.¹⁰³ Já na **redistribuição**, a autoridade administrativa superior retira do Delegado de Polícia natural o procedimento investigatório criminal e designa outra Autoridade Policial para prosseguir na apuração do fato.

5.4.1 Autoridade natural na prisão em flagrante delito

Segundo o artigo 308 do Código de Processo Penal, “não havendo autoridade no lugar em que se tiver efetuada a prisão, o preso será logo apresentado à do lugar mais próximo”.

¹⁰³ MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 249.

O texto do dispositivo impõe como regra que, na prisão em flagrante delito, o suspeito seja apresentado à autoridade do local da captura, sendo esta a autoridade natural com atribuição para avaliar e decidir acerca da decretação da custódia e determinar a lavratura do auto prisional correlato.

Nessa senda explanam Cleopas Isaías Santos e Bruno Taufner Zanotti:¹⁰⁴

Como regra, o delegado a lavrar o auto de prisão em flagrante será o do lugar onde a hipótese flagrancial se configurar. Ou seja, pode ser o do local onde a infração estiver sendo ou tiver sido praticada (art. 302, inc. I e II, do CPP); ou a de onde o agente tiver sido encontrado, desde que logo depois de praticar o crime, com objetos, armas ou outros elementos que indiquem ser ele o autor do fato criminoso (art. 302, inc. IV, do CPP); ou a do lugar onde o autor for pego, após imediata e contínua perseguição, mesmo que ultrapasse os limites territoriais do Município onde a infração foi praticada (art. 302, inc. III, do CPP).

A toda evidência, se no lugar onde o autor da infração for preso não houver Delegado de Polícia, deverá ser encaminhado ao lugar mais próximo onde haja uma Autoridade Policial, a quem competirá a lavratura do respectivo auto (art. 308 do CPP).

Assim, o Delegado de Polícia natural será, em princípio, o responsável pela área territorial (circunscrição) onde houve a captura do indivíduo suspeito de praticar uma infração penal em aparente estado flagrancial, salvo eventuais disposições que distribuam previamente e de modo diverso a atribuição de polícia judiciária, mormente em relação à matéria tratada, que podem incluir unidades especializadas como as Delegacias de Defesa da Mulher ou Delegacias de Homicídios, por exemplo, que ainda assim também respeitam divisões por circunscrição. Observa-se também se infração é da Justiça Estadual ou Federal, que determinará a correlata atribuição investigativa para definir se a formalização da prisão em flagrante será, respectivamente, de incumbência de um Delegado da Polícia Civil ou da Polícia Federal.

5.5 Princípios do contraditório e da ampla defesa

As garantias ou princípios do contraditório e da ampla defesa encontram a seguinte previsão no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal: “Aos litigantes, em processo

¹⁰⁴ ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 277.

judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Ao mencionar a expressão “acusados em geral”, o dispositivo constitucional acena para uma leitura de maior abrangência, razão pela qual o princípio do contraditório, como direito fundamental, não deve sofrer interpretação restritiva, advindo a obrigação de se garantir ao investigado, como imputado em sentido amplo e sujeito de direitos, um contraditório possível, com acesso à informação sobre a imputação e sobre os elementos coligidos, e a faculdade de se manifestar e apresentar argumentos que lhe sejam interessantes e favoráveis.

Apontam-se duas dimensões para o princípio ou garantia do contraditório: a formal e a substancial.¹⁰⁵

O **contraditório formal** significa o direito que a todos assiste de tomar ciência e participar do processo que lhe diga respeito ou afete seu interesse, consubstanciando o **direito à participação**.

Já o **contraditório substancial** consiste no poder de influência, vale dizer, no direito de influenciar no conteúdo da decisão estatal, pleiteando a produção de provas e expondo versões e argumentos, e representa na essência o **princípio da ampla defesa**.

Há, de fato, uma aplicação conjunta e integrada das garantias processuais penais. Como cláusula geral, o devido processo incorpora a observância dos procedimentos previstos em lei para regular o trâmite destinado a legitimar a responsabilização criminal do infrator, e deve se desenvolver mediante ampla defesa, composta pela conjugação da autodefesa ou defesa pessoal (dividida no direito de presença, no direito de audiência e no direito de postular pessoalmente)¹⁰⁶ e da defesa técnica (desempenhada por profissional com capacitação jurídica), bem como por meio do contraditório, expresso no binômio ciência e participação.

O contraditório, ainda que mitigado, deve se fazer presente na prisão em flagrante delito e em seu correlato inquérito policial, com uma participação cada vez mais ativa da defesa na etapa extrajudicial, na busca de uma igualdade de condições com a acusação (“paridade de armas”), tornando possível a antecipação na produção de elementos probatórios favoráveis ao investigado, inclusive para demonstrar sua inocência, se for o caso.

¹⁰⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 57.

¹⁰⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 19.

A ampla defesa, a seu turno, deve ser concebida como a reação à imputação ampla no inquérito policial, que se manifesta por uma série de direitos que devem ser assegurados ao imputado ou investigado, como o direito de ter ciência e de ser ouvido sobre a imputação, de ter conhecimento das investigações, de realizar ou requerer diligências¹⁰⁷, mediante leitura garantista decorrente da hermenêutica evolutiva do artigo 14 do CPP: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

O vocábulo “indiciado” do dispositivo acima reproduzido precisa ser entendido numa concepção que contemple o investigado (também denominado suspeito ou averiguado) assim como o “autor”, palavra utilizada para o sujeito ativo de infrações de menor potencial ofensivo, assegurando o exercício do direito de defesa a todos os envolvidos na investigação penal.

Sobre a inegável relevância da atuação da defesa já na prisão em flagrante delito, Marta Saad leciona:¹⁰⁸

A prisão em flagrante, nítida restrição constitucional ao direito de liberdade, reclama, de fato, pronta defesa. No curso do inquérito policial, instaurado a partir da prisão em flagrante, podem ainda ter lugar outras medidas restritivas de direitos individuais, tais como a decretação de cautelares, como busca pessoal ou domiciliar, apreensão, arresto ou sequestro de bens, quebra de sigilo fiscal e bancário, interceptação das comunicações telefônicas e, pior, ao fim, possível formalização da acusação, com o início da segunda fase da persecução penal, por meio da decisão de recebimento da denúncia, ou queixa.

O Delegado de Polícia, inclusive em virtude da origem histórica do cargo, associado ao Poder Judiciário, exerce função similar ao papel do Magistrado na etapa judicial, embora com uma postura proativa, na medida em que é o julgador, o primeiro juiz de fato da instrução preliminar, na busca da verdade possível, respeitando e garantindo o exercício dos direitos da pessoa investigada, com imparcialidade, e não acumulando ou se comprometendo com as funções e teses da acusação ou da defesa, que permanecem com a faculdade de se manifestar no curso das investigações, desde que pleiteando diligências lícitas no escopo de obter o

¹⁰⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: RT, 2002, p. 130.

¹⁰⁸ SAAD, Marta. A defesa técnica dos presos em flagrante delito. *Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 173, v.14, 2007, p. 6.

máximo de elementos informativos para a elucidação do fato aparentemente criminoso perscrutado.

De igual modo, a fundada suspeita, juízo técnico-jurídico de probabilidade apto a determinar a prisão em flagrante delito, como espécie de indiciamento¹⁰⁹, só se legitima com a obtenção de elementos que, de acordo com a convicção jurídica motivada do Delegado de Polícia, convertam a situação de mero investigado para provável autor da infração penal.

Ora, por meio do indiciamento, inclusive naquele decorrente da lavratura do auto prisional e entrega da correspondente nota de culpa, o investigado é cientificado do conjunto de elementos coligidos e da imputação que contra ele recaem, fazendo com que o interrogatório se traduza em meio de prova e também como oportunidade de defesa, a ser realizado quando presentes indícios sólidos contra o suspeito, facultando que ele se defenda e se manifeste sobre os fatos.

Por tais motivos, o acesso da defesa deve abranger as informações constantes no auto de prisão em flagrante delito, bem como aquelas já introduzidas no bojo do inquérito policial por ele instaurado. Apenas não atinge eventuais e excepcionais providências legais em andamento, como, à guisa de exemplo, dados sobre diligências investigatórias ainda não concluídas, sob pena de se frustrarem medidas cautelares como uma interceptação telefônica.

O Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento supra ao editar a Súmula Vinculante nº 14 e garantir para o defensor o acesso aos elementos probatórios já documentados nos autos investigatórios:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Reforçando a atuação da defesa técnica na prisão em flagrante delito, o artigo 7º do Estatuto da Advocacia (Lei Federal nº 8.906/1994), com a redação atualizada pela Lei Federal nº 13.245/2016, prevê, como direitos expressos do Advogado, a comunicação pessoal e reservada com o preso (inciso III), o acesso aos autos de prisão em flagrante delito e de investigações de qualquer natureza (inciso XIV), bem como a assistência durante a apuração

¹⁰⁹ O instituto do indiciamento, que possui a decretação da prisão em flagrante como uma de suas modalidades é aprofundado no tópico 6.7 deste trabalho.

da infração, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório e dos elementos dele decorrentes ou derivados (inciso XXI).

Sob a égide da ordem jurídica vigente, há de ser proporcionada uma atuação cada vez mais efetiva da defesa na etapa preliminar da persecução, sobretudo na prisão em flagrante delito. Nesse sentido, vale enfatizar a série de garantias constitucionais e legais, comentadas no decorrer deste trabalho, tais como o respeito à integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, XLIX); o exercício no interrogatório policial da autodefesa positiva (oferecendo sua versão aos fatos) ou negativa (usando o direito de silêncio), invocando também o direito de não produzir prova contra si em face do princípio da não autoincriminação (CF, art. 5º, LXIII e CADH, art. 8º, II, “g”); a assistência jurídica via Advogado ou Defensor Público (defesa técnica), incluindo comunicação reservada e exame do auto prisional e respectivo inquérito policial (Lei Federal nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia, art. 7º, incisos III, XIV e XXI, CPP, art. 306, § 1º e Súmula Vinculante nº 14); o direito de comunicação à família e ao Juiz de Direito competente (CF, art. 5º, LXII); a ciência quanto aos motivos da prisão e a identificação dos responsáveis pela captura e interrogatório via nota de culpa (CF, art. 5º, LXIV e CPP, art. 306, § 2º); o direito subjetivo de concessão de fiança quando admitida (CF, art. 5º, LXVI e CPP, art. 322); a formulação de diligências, somente indeferíveis quando ilegais, irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (CPP, arts. 14 e 400, §1º), sem prejuízo da defesa exógena via medidas judiciais como o *habeas corpus* e o mandado de segurança.¹¹⁰

5.6 Princípio da publicidade

A publicidade é a regra da atuação estatal, por comando expresso da Constituição Federal, no inciso LX de seu artigo 5º: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

A Lei Maior ainda reforça em seu artigo 37, *caput* e eleva o princípio da publicidade como diretriz para toda a Administração Pública, assim explicado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:¹¹¹

¹¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 170.

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 75. A previsão da publicidade como princípio do Poder Público é reforçada em Constituições Estaduais, como na Carta Paulista, em seu artigo 111.

O princípio da publicidade, que vem agora inserido no artigo 37 da Constituição, exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei.

A limitação à regra da publicidade é traduzida no sigilo, que figura como exceção no desempenho das atividades estatais e está assim previsto no artigo 20 do CPP: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

O sigilo, como limitação da publicidade, pode alcançar pessoas não envolvidas nos fatos tratados, como setores midiáticos, revestido no chamado “sigilo externo” ou “publicidade restrita ou interna”. Também pode ser expandido a um grau de maior restrição à publicidade pelo denominado “sigilo interno”¹¹², impedindo momentaneamente o acesso a pessoas diretamente envolvidas, como o sujeito investigado e seu Advogado, devendo ter duração temporal curta e certa em face da repercussão no direito de defesa.

Gustavo Badaró¹¹³ leciona que a publicidade externa, também designada ampla, popular ou geral, seria a regra, viabilizando o acesso aos autos a todo cidadão, enquanto a publicidade interna ou restrita consiste no impropriamente denominado “segredo de justiça”, que corresponde ao mencionado sigilo externo, e é entendido como a limitação do acesso ao conteúdo às partes e seus Advogados, além das autoridades e agentes estatais atuantes no caso.

De modo sucinto, são apontadas três graduações da limitação à publicidade do conteúdo dos procedimentos investigatórios, equivalentes a três níveis de intensidade do sigilo:

1º) A **publicidade externa**, que seria a regra geral, com acesso aos autos investigatórios a qualquer pessoa.

2º) A **publicidade interna** ou **sigilo externo**, que seria o nível intermediário e correspondente ao “segredo de justiça”, restringindo o acesso às partes diretamente interessadas e seus respectivos defensores.

¹¹² TUCUNDUVA, Ricardo Cardozo de Mello. *O sigilo no inquérito policial*. 2011. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 74; SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. O sigilo no processo criminal e o interesse público à informação. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Maurício Zanóide de (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 210.

¹¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 27.

3º) O **sigilo interno**, que consistiria no mais intenso e excepcional patamar, atrelado às diligências em andamento e ainda não documentadas nos autos investigatórios principais, normalmente tramitando em autos apartados, com acesso restrito às autoridades e agentes estatais, durante prazo legal determinado e sob permanente controle judicial.

Constata-se que, diante da imposição constitucional pelo princípio da publicidade no agir do Poder Público, inclusive no campo processual penal, é preciso revisar as classificações que costumam ser elencadas para as características do inquérito policial, notadamente no sentido de considerá-lo sigiloso como regra, reconhecendo-o como sendo um procedimento de publicidade restringível.¹¹⁴

Nessa esteira, ainda que se repute a publicidade como regra na investigação criminal¹¹⁵, ela é restringível. Admite-se a decretação do sigilo sobretudo para a preservação de direitos individuais e apenas remotamente para a proteção da eficiência dos atos investigatórios.

Da redação do destacado artigo 20 do CPP já se depreende o sigilo como exceção. Só é admitido enquanto comprovada a necessidade ou quando o interesse público vier a conclamá-lo.¹¹⁶

Na mesma linha, a incidência do preceito constitucional da publicidade, aplicável a todo ato da Administração Pública e assim abarcando a etapa extrajudicial da persecução criminal, reforça o sigilo como exceção na investigação criminal.¹¹⁷

Repise-se que, em face da regra da publicidade nos atos persecutórios criminais, neles albergados os investigativos e os judiciais, conquanto se possa reconhecer o acesso aos autos do procedimento investigatório a qualquer pessoa, por se tratar de seara sensível e de imediata relação com direitos da personalidade como a imagem e a privacidade, impõe-se a possibilidade de restrição fundamentada, revestida na publicidade interna ou sigilo externo dos autos.

¹¹⁴ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JR, Jaime. *Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. São Paulo: Verbatim, 2017, p. 148.

¹¹⁵ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 249.

¹¹⁶ LESSA, Marcelo de Lima. *O sigilo na fase inquisitiva*. São Paulo: Informativo Adpesp – Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, 2004.

¹¹⁷ MORAES, Maurício Zanóide de. *Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira*. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Maurício Zanóide de (Coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 44.

Conforme assinalado, a restrição à publicidade do inquérito policial pode e deve ser determinada para conter violações a direitos fundamentais das pessoas envolvidas na investigação criminal, com fulcro no inciso X do artigo 5º da Carta Magna, que estipula a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem das pessoas, como aconselha Édson Luís Baldan:¹¹⁸

A cláusula de sigilo (CPP, art. 20), que pode ser decretada pela própria Autoridade Policial ou pelo Juiz de Direito, antes que ferramenta de eficiência da investigação, é providência que configura, em última instância, prestígio à presunção constitucional de não-culpabilidade e da intimidade da pessoa investigada (nos termos da CRFB, art. 5º, X, V, XI, XIII e LX, e do CPP, art. 792, § 1º). Decreta-se o sigilo não para lançar trevas sobre o caminho da investigação e, assim, impedir o imputado de esquadrihá-lo à cata de sua defesa. Baixa-se o segredo para que os holofotes da imprensa (nem sempre cônica) não avassalem direitos individuais manejados nos autos. Remotamente protege-se a eficiência dos atos investigatórios cuja revelação poderia ser-lhe nociva.

Ao Delegado de Polícia presidente da investigação, e particularmente na formalização da prisão em flagrante delito, incumbe limitar a publicidade dos autos mediante determinação motivada¹¹⁹, conjugando o artigo 5º, inciso LX da Constituição Federal, que autoriza a restrição com vistas à defesa da intimidade ou ao interesse social, com o citado artigo 20 do CPP. Assim também atuará quando houver comando legal, como nos delitos contra a dignidade sexual, na disposição do artigo 234-B do Código Penal, segundo o qual os processos que versem sobre crimes dessa natureza tramitarão em “segredo de justiça” (“sigilo externo” ou “publicidade interna”).

Convém registrar que as próprias pessoas envolvidas como vítimas ou investigados em prisões em flagrante e procedimentos investigatórios de um modo geral, pessoalmente ou por seus procuradores, poderão requerer ao Delegado de Polícia que decrete a publicidade interna dos autos, com o objetivo de preservar seus direitos fundamentais e dificultar a difusão sensacionalista dos fatos pelos meios de comunicação de massa, inclusive nas redes sociais em ambientes virtuais.

¹¹⁸ BALDAN, Édson Luis. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR., Salah (coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 173.

¹¹⁹ TUCUNDUVA, Ricardo Cardozo de Mello. *O sigilo no inquérito policial*. 2011. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 73.

Ainda no que tange à publicidade dos autos investigatórios, existe providência conhecida como “testemunha não identificada” ou “testemunha secreta”, tratando-se de hipótese que determina a publicidade interna (sigilo externo) dos autos, com acesso restrito ao defensor constituído ou nomeado e controle de vistas. Trata-se de medida regulamentada em alguns Estados brasileiros, por meio da qual se admite que testemunhas ou vítimas coagidas ou submetidas a grave ameaça, em assim desejando, não tenham seus endereços e dados de qualificação lançados nos termos de suas oitivas, inclusive por ocasião da lavratura da prisão em flagrante delito. Referidas informações ficam anotadas em impresso distinto, remetido pelo Delegado de Polícia ao Juiz de Direito competente juntamente com os autos do inquérito policial após edição do relatório final.¹²⁰

Ao decretar fundamentadamente a publicidade interna do inquérito policial, o Delegado de Polícia limita o acesso aos autos às autoridades públicas, à acusação (pública ou particular) e à defesa (também pública ou particular), podendo ainda determinar o sigilo interno quando se tratar atos investigatórios em andamento e não documentados nos autos principais, mas apenas se houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências, em atenção ao § 11 do artigo 7º do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994), com a redação dada pela Lei nº 13.245/2016.

Por derradeiro, decretado o sigilo externo nos autos investigatórios, o mencionado Estatuto da Advocacia reclama a apresentação de procuração pelo Defensor para o acesso aos autos (art. 7º, § 10), circunstância que, por ocasião de prisões em flagrante delito, deve servir

¹²⁰ No Estado de São Paulo, referida medida é disciplinada pelo Provimento nº 32, de 24 de outubro de 2000, da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça Paulista, assim como pela Portaria nº 33, de 3 de novembro de 2005, da Delegacia Geral de Polícia, aplicável aos inquéritos policiais e processos criminais que envolvam delitos discriminados na Lei de Prisão Temporária (Lei Federal nº 7.960/1989, art. 1º, III), quando vítimas ou testemunhas reclamarem de coação ou grave ameaça, em decorrência de oitivas que devam prestar ou tenham prestado. No ofício judicial, a comunicação contendo os dados sob sigilo das vítimas ou testemunhas permanece arquivada em pasta própria, sob responsabilidade do Escrivão. O artigo 4º da citada Portaria DGP nº 33/2005 assim dispõe: “Em todos os inquéritos policiais que versarem sobre a investigação de quaisquer dos crimes discriminados no art. 1, inciso III, da Lei Federal 7.960, de 21 de dezembro de 1989, em que exista coação efetiva ou potencial dirigida a vítimas e testemunhas, será obrigatória, com registro nos autos, a formulação de advertência expressa a vítimas e testemunhas, quanto ao direito de requerer a exclusão de quaisquer de seus endereços e dados de qualificação dos termos de declarações ou de depoimento que prestarem.

Parágrafo único - Manifestado o desejo de sigilo pela vítima ou testemunha, seus dados de qualificação e de residência sigilosos permanecerão anotados em impresso distinto, o qual somente será anexado à contracapa do inquérito policial por ocasião de sua remessa ao Juízo de Direito competente, após a elaboração do relatório final pela Autoridade Policial”.

para evitar o eventual acesso a causídicos que não estejam autorizados pelo sujeito autuado, mas jamais dificultar ou procrastinar indevidamente a pronta comunicação, pessoal e reservada do Advogado com seu cliente preso, assim como o exame e a extração de cópias pelo Procurador, em estrito respeito ao estipulado no mesmo diploma de regência (art. 7º, III e XIV).

5.7 Princípio da paridade de armas

O princípio da “paridade de armas”, como a expressão sugere, pretende oportunizar uma igualdade entre defesa e acusação, buscando um equilíbrio de forças em toda a persecução penal, considerando que o órgão acusador inevitavelmente influencia, toma conhecimento e se manifesta nos autos investigatórios, enquanto a defesa nem sempre consegue uma atuação similar, inclusive em sede de prisão em flagrante delito.

Nas palavras de Emerson Ghirardelli Coelho:¹²¹

Para a concretização do direito de acesso ao justo processo penal, faz-se necessária, ainda, a observância do princípio da igualdade das partes na relação jurídica processual estabelecida entre o Estado e o indivíduo. Não se pode mais admitir, com base no ordenamento jurídico instituído pela Constituição Federal de 1988, cujo processo toma feição eminentemente democrática, a existência de disparidade de tratamento entre os sujeitos parciais da *persecutio criminis*.

Diante dessa preocupação com uma atuação insatisfatória da defesa na prisão em flagrante delito, o legislador brasileiro editou a Lei Federal nº 12.403, de 4 de maio de 2011, e inseriu, dentre outras mudanças, o § 1º no artigo 306 do CPP, assim estabelecendo:

Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Ciente que a maioria dos indivíduos presos em flagrante delito no Brasil são desprovidos de recursos financeiros e como regra não possuem a oportunidade de acionar um Advogado por ocasião da decretação e autuação da prisão em flagrante delito, foi prestigiada uma maior atuação da Defensoria Pública como instituição introduzida pela Constituição

¹²¹ COELHO, Emerson Ghirardelli. *Investigação criminal constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 58.

Federal vocacionada à assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, tanto judicial quanto extrajudicial, em consonância com os artigos 5º, inciso LXXIV e 134 da Lei Maior. O ideal, ainda distante na realidade, seria a participação de Defensores Públicos já na audiência que determina e formaliza a prisão flagrancial, como já é viável aos Advogados particulares acionados por seus clientes presos em flagrância delitiva, com as prerrogativas profissionais apontadas como entrevista reservada com o cliente preso, acesso e extração de cópia dos autos e assistência no respectivo interrogatório policial (Estatuto da Advocacia, art. 7º, III, XIV e XXI).

Ainda que numa expectativa utópica diante do quadro atual, mas sem pretender esboçar um processo penal “nefelibata”¹²² e inexecutável e sim uma justa persecução, não se pode olvidar que uma melhor prestação da Justiça Criminal se concretizaria com a existência de um regime de plantão permanente dos órgãos da Defensoria Pública¹²³, visando o acionamento nos casos de prisões em flagrante delito e interrogatórios policiais¹²⁴, para a prévia defesa técnica dos suspeitos, tendo em vista que a instituição possui atribuição de prestar assistência jurídica em tais circunstâncias, conforme dispõe o artigo 4º, inciso XIV da Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios (Lei Complementar nº 80/1994), que elenca dentre as funções institucionais do órgão “acompanhar inquérito policial, inclusive com comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado”.

A despeito da justificativa a ser invocada pelo fato de os órgãos das Defensorias Públicas não contarem, atualmente, com estrutura e número de profissionais suficientes, André Luis Jardini Barbosa¹²⁵ sugere que, assim como em outras atribuições estatais, por ora seria

¹²² GABRIEL, Anderson de Paiva. O contraditório em sede flagrancial. *Portal Jota – Justiça se escreve com Jota*, Brasília, 11 set. 2017.

¹²³ DECARLI, Rodolfo Luiz; SILVA, Raphael Zanon da. A Lei 13.245/16 e a democratização das investigações criminais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, jan. 2016.

¹²⁴ Não se ignora a realidade das instituições de polícia judiciária, mormente das Polícias Cíveis estaduais, destituídas de recursos materiais e humanos adequados para a consecução de suas atribuições, com efetivo defasado e estruturas precárias, apesar de serem responsáveis pela apuração da esmagadora parcela das infrações penais, principalmente daquelas decorrentes de prisões em flagrante delito, e de manterem seus serviços abertos e disponíveis à população em sistema ininterrupto de trabalho, 24 horas por dia e todos os dias do ano, incluindo feriados e fins de semana. De modo similar, os recentes órgãos das Defensorias Públicas estaduais tampouco se encontram dotados de estrutura para atender a demanda atual nos reduzidos expedientes disponíveis ao público em horário comercial.

¹²⁵ BARBOSA, André Luis Jardini. A abrangência da garantia constitucional da amplitude de defesa e sua efetiva aplicação durante os plantões policiais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 45, n.1, Uberlândia, 2017.

viável a celebração de convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil, no sentido de ofertar esse serviço à população, para assegurar a assistência jurídica e a defesa técnica aos presos em flagrante delito carentes de recursos financeiros.

5.8 Princípio da imparcialidade

De acordo com o princípio da imparcialidade, a autoridade investigante deve se postar em posição equidistante dos que se converterão, na eventual etapa judicial da persecução, nos polos adversos de acusação e de defesa.¹²⁶

Não deve o Estado-investigador atuar comprometido com teses ou interesses da defesa ou da acusação, mas sim com a apuração legalista e imparcial dos fatos, evitando que a investigação policial seja unilateral, tendenciosa e arbitrária. Valendo-se novamente dos dizeres de Édson Luís Baldan:

Unilateralidade tem a ver com parcialidade que não se coaduna com a isenção esperada do incumbido por lei de investigar a conduta do indivíduo que, por regra constitucional, deve ser, no plano material e instrumental, presumido não-culpado e nessa condição tratado. Os maiores erros e abusos na etapa da investigação verificam-se quando o que investiga alia-se psicologicamente à busca do êxito do acusador, promovendo a coleta seletiva dos elementos de convicção e deixando de considerar o que não sirva à condenação mais severa possível.

Desse modo, face à esperada perspectiva constitucional do processo penal, semelhante à postura do Juiz de Direito na demanda judicial, guardadas as devidas proporções, espera-se uma posição imparcial e estritamente profissional do Delegado de Polícia na condução das investigações, com a principal distinção de que, diferente do Magistrado, que como regra atua mediante provocação das partes, a Autoridade Policial age de ofício e de maneira proativa, determinando e esgotando as providências legais cabíveis para a apuração dos fatos.

Com efeito, o Delegado de Polícia deve se concentrar nas circunstâncias fáticas e nos seus elementos, e não na pessoa isolada do sujeito investigado. Deve aplicar a concepção do Direito Penal do fato desde a etapa extrajudicial, na medida em que a Autoridade Policial não

¹²⁶ BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR., Salah (coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 175.

figura como parte na perquirição criminal, pois busca a verdade atingível do evento, que carrega a elucidação da autoria delitiva como uma consequência.

Para assegurar a imparcialidade do Delegado de Polícia, quanto a esta autoridade devem incidir as circunstâncias legais de suspeição e impedimento na presidência de investigação criminal.

Aponta-se também correto posicionamento defendido por Bruno Fontenele Cabral e Rafael Pinto Marques Souza¹²⁷, segundo o qual não se aplica a incoerente parte inicial artigo 107 do CPP que dispõe não ser possível opor suspeição às Autoridades Policiais, trecho redacional que estaria superado com o advento da Constituição Federal de 1988. Referidos autores reputam que o citado dispositivo não teria sido recepcionado pela Lei Maior, reforçando que, no que se refere ao impedimento do Delegado de Polícia, incide, por analogia, a Lei Federal nº 9.784/99, que cuida das hipóteses em que a autoridade ou agente público é considerado impedido (arts. 18 a 21).

Destarte, a direção de procedimento investigatório criminal por Autoridade Policial suspeita ou impedida desafia impetração de mandado de segurança¹²⁸, sem prejuízo de que antes da ação judicial impugnativa seja formulado pedido administrativo ao superior hierárquico para designação de outro Delegado de Polícia.¹²⁹

No que tange aos atos praticados pelo Delegado de Polícia suspeito ou impedido e formalizado no inquérito policial, nestes logicamente incluídos o auto de prisão em flagrante delito e peças de polícia judiciária correlatas, viciados estarão em face da ausência de imparcialidade, sendo, portanto, suscetíveis de alegação de suspeição nos casos previstos no artigo 254 do CPP¹³⁰, sob pena de nulidade relativa, e seu impedimento nos casos previstos no

¹²⁷ CABRAL, Bruno Fontenele; SOUZA, Rafael Pinto Marques. *Manual prático de polícia judiciária*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 68-69.

¹²⁸ SAAD, Marta; *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 370.

¹²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 108. Referido entendimento foi citado em decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Ap. 00496575.3/8, 8ª C., 4º Grupo, rel. Eduardo Braga, j. 24/01/2008, v.u.

¹³⁰ CPP, art. 254: “O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

artigo 252 do diploma de rito criminal¹³¹, ensejadores de nulidade absoluta, por se tratar de questão de ordem pública.

Além de direito subjetivo do investigado, o Delegado de Polícia imparcial consiste em garantia de uma justa investigação criminal, que deve ser considerada intrínseca ao princípio da legalidade e da igualdade do Estado Democrático de Direito, fortalecendo ainda a destacada paridade de armas entre a defesa do investigado e a acusação pública ou privada.

5.8.1 Imparcialidade e a superação da inquisitorialidade: o inquérito policial como procedimento apuratório

Prosseguindo na análise da incidência do princípio da imparcialidade na prisão em flagrante delito, mister se faz ponderar que o “rótulo”, como suposta característica do inquérito policial, de modo a entender que se trata de um procedimento “inquisitório” não condiz com a visão constitucional exigida da investigação criminal, e tampouco com a origem da terminologia que remete à Santa Inquisição promovida pela Igreja Católica, marcada pela concentração das funções estatais de investigar, acusar, defender e julgar, algo mais apropriado para a diferenciação entre os sistemas processuais penais (acusatório ou inquisitório) e não para classificar um aspecto do procedimento apuratório criminal, que hoje, ao contrário de acumular funções, reforça a devida repartição das citadas atribuições para órgãos estatais e sujeitos distintos.

Nessa conjuntura, melhor considerar que o inquérito consubstancia procedimento “apuratório” e não “inquisitório”, como argumenta Henrique Hoffmann Monteiro de Castro ao romper com classificações doutrinárias repetidas de maneira acrítica e propor novo olhar explicando aludida característica:¹³²

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo”.

¹³¹ CPP, art. 252: “O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:
 I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;
 II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;
 III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;
 IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito”.

¹³² CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro de. *Inquérito policial tem sido conceituado de forma equivocada*. Revista Consultor Jurídico, 21 fev. 2017.

Para restabelecer a igualdade, tendo em vista o desnível provocado pelo próprio criminoso, é preciso que o Estado tenha alguma vantagem na etapa investigativa, para a eficiente colheita de vestígios. Essa vantagem se traduz no elemento surpresa, materializada no sigilo inicial das medidas investigativas da polícia judiciária; ao serem efetivadas sem prévia notificação do suspeito, as diligências policiais podem ter um mínimo de eficácia na colheita de elementos informativos e probatórios. O segredo não é absoluto, não afetando o direito de o investigado ter ciência dos atos de investigação já concluídos e documentados nos autos, para que possa se defender. Ocorre que o termo *inquisitivo*, comumente utilizado para designar essa característica, é mais apropriado para diferenciar a fase processual, e não a investigação preliminar. Aliás, utilizando esse critério para caracterizar o inquérito policial, ele se aproxima mais do sistema acusatório do que do inquisitorial, pois não concentra funções numa única autoridade nem ignora direitos do investigado (como integridade física, informação e defesa). Além disso, a palavra *inquisitivo* remete à abusiva Santa Inquisição, que concebia o imputado como mero objeto, e não sujeito de direitos. **Portanto, o vocábulo que melhor indica essa característica é *apuratório*, por indicar que se trata de apuração criminal que compatibiliza sigilo inicial, imparcialidade e dignidade da pessoa humana (grifamos).**

Sob essa ótica, revisando a classificação das características, é o sistema processual penal que pode ser “acusatório” ou, de modo antagônico, “inquisitório”, quando acumule ou não funções e assegure ou não garantias fundamentais, mas não reflete propriamente como suposta característica do inquérito policial, sobre o qual deve incidir o contraditório (nas dimensões formal e substancial), ainda que não em sua plenitude, o que não significa que seja inquisitório. O contraditório, ainda que mitigado, não representa inquisitorialidade.

Advirta-se que, conquanto a melhor opção seja considerar o inquérito um procedimento “apuratório”, já se defendia que a batizada característica da “inquisitividade” não devia ser confundida com a terminologia “inquisitória” ou “inquisitorialidade”, historicamente originada e relacionada ao autoritário período da justiça eclesiástica, cujo último resquício no direito processual penal brasileiro residia no antigo “processo judicialiforme”¹³³, que misturava a fase extrajudicial com a judicial numa mesma autoridade pública, que investigava, acusava e julgava. Na lição de Marta Saad:¹³⁴

O modelo inquisitório, portanto, não permitia qualquer ingerência do interessado no procedimento, acumulando o inquisidor as funções de acusar, defender e julgar. Nesse cenário, nada podia o acusado.

¹³³ Referido procedimento era previsto na Lei nº 4.611/1965 e no capítulo V, do título II, do livro II do Código de Processo Penal, retirado mediante revogação e alteração promovida pela Lei nº 11.719/2008.

¹³⁴ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 156-157.

De forma diferente, o poder-dever inquisitivo não afasta a participação dos interessados, acusado ou ofendido. Ao contrário, os esforços se somam, trabalhando juntos na busca da verdade.

Assim, a característica “inquisitória” do inquérito policial, que agora tem se sugerido a substituição por “apuratória”, deve ser entendida como imprescindível para uma investigação eficiente, amparada na independência funcional da autoridade presidente da apuração preliminar e exaltando a atuação da defesa na investigação, por meio da aplicação de um contraditório possível.

Na prisão em flagrante delito, e em toda a fase extrajudicial de investigação criminal, presidida pelo Delegado de Polícia, a ordem jurídica que referenda a formalização e materialização dos atos contará com um caráter apuratório e garantista. Viabiliza a dinâmica necessária que uma perscrutação preliminar exige, sem ignorar os direitos e garantias fundamentais do sujeito submetido à persecução penal, inclusive a ele assegurando o exercício de sua defesa.

Portanto, a “inquisitorialidade” que ainda se insiste em afixar, por vezes de modo preconceituoso ao inquérito policial, retrata a visão estática da classificação tradicional dos sistemas processuais, que os cataloga como sendo “inquisitórios”, acusatórios ou mistos¹³⁵, equívoco que ainda hoje leva parte da doutrina processualista penal a entender de maneira irrefletida e incorreta que o investigado não pode ter nenhuma participação na primeira etapa da persecução criminal brasileira.¹³⁶

No originário e superado modelo “inquisitório” as funções de investigar, acusar, defender e julgar se encontravam acumuladas numa mesma pessoa ou autoridade pública, o

¹³⁵ Importante notar que, na prática, não existe país que adote um sistema acusatório ou inquisitório “puro”. Todos os sistemas criminais são produto de intercâmbios de diferentes tradições legais, como o sistema presente nos países de origem anglo-saxônica de *common law* (como a Inglaterra e os Estados Unidos da América), marcado pela característica *adversarial* (que não é pura e propriamente acusatório), e o sistema nos países de origem romano-germânica de *civil law*, observado na Europa continental e na América Latina, que por sua vez apresentam muito mais características acusatórias que aquelas típicas do sistema inquisitório “puro”, concentrador das funções de investigação, acusação e decisão criminal numa mesma autoridade. O denominado sistema “inquisitório” até hoje carrega forte conotação negativa decorrente sobretudo das arbitrariedades e do emprego de torturas durante a “Santa Inquisição”, iniciada no século XIII para acabar com as “grandes heresias” na Europa (especialmente no sul da França), e que atingiu seu pico na Espanha no final do século XV, e não representa os sistemas criminais contemporâneos que alguns sustentam serem “inquisitórios”. BULNES, Mar Jimeno. *American criminal procedure in european context*. Cardozo j. of international Law and Comparative Law, 2013, p. 409-445.

¹³⁶ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 155.

que dificultava que o sujeito a quem o fato era imputado se manifestasse de maneira relevante, e tornava na prática inexistente o exercício de sua defesa.

Entender a fase extrajudicial como “apuratória”, por outro lado, se faz necessário para que o inquérito policial atinja sua finalidade de coligir elementos para a reta apuração dos fatos, servindo de um lado e precipuamente como um filtro garantista, evitando ações penais precipitadas e sem justa causa e, de outra banda, como um instrumento para obtenção de subsídios que propiciem um avanço regular da persecução criminal em juízo.

Destarte, a característica da “inquisitorialidade”, com inegável carga negativa, parte de uma equivocada interpretação como sinônimo de arbitrariedade ou autoritarismo na condução da investigação criminal.

Ao reverso, como afirmado, o Delegado de Polícia deve atuar de modo imparcial, e não de maneira a satisfazer interesses próprios no comando da apuração preliminar, e muito menos se pautando única e meramente por teses de acusação ou de defesa, sob pena de responsabilização criminal e funcional. A Autoridade Policial deve esgotar as hipóteses investigativas cabíveis e as circunstâncias fáticas por meio da obtenção de todos os elementos probatórios que a lei admita obter, independente de serem favoráveis ou prejudiciais à pessoa do investigado, inclusive quando se tratar de autuação em flagrante delito.

A consecução da imparcialidade implica uma atuação do Delegado de Polícia cada vez mais técnica na órbita jurídica, mediante manifestações calcadas na lei e nas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, conciliadas com os conhecimentos atrelados à órbita policial, como a criminologia, a criminalística e a medicina legal, pois é ele o julgador e presidente dos fatos em estado flagrancial e da etapa preliminar do processo penal.

5.9 Princípio da reserva de jurisdição

O princípio da reserva de jurisdição consiste em submeter à esfera de decisão dos Juízes de Direito a prática de determinados atos cuja realização, por determinação da Constituição Federal ou da lei, está delimitada à moderação judicial.

Quando a matéria está sujeita à reserva de jurisdição, exige-se a formulação de representações pelo Delegado de Polícia ou por requerimento das partes (defesa e acusação) para avaliação e decretação de provimentos cautelares limitadores de direitos individuais

exclusivos do Poder Judiciário, com exposição fundamentada quanto à necessidade de cada medida.

No âmbito da prisão em flagrante delito, é o que se observa na representação da Autoridade Policial pela conversão em prisão preventiva ou em outras medidas cautelares diversas da prisão, como a internação provisória, a monitoração eletrônica e demais arroladas no artigo 319 do CPP, com o texto determinado pela Lei Federal nº 12.403/2011.¹³⁷

As demais matérias submetidas à reserva jurisdicional, tais como a interceptação de comunicações telefônicas, de dados e telegráficas (CF, art. 5º, inciso XII¹³⁸ e Lei Federal nº 9.296/1996), a busca domiciliar (CF, art. 5º, inciso XI¹³⁹ e CPP, art. 240, § 1º) e a quebra de sigilo bancário e fiscal (Lei Complementar nº 105/2001, art. 1º, *caput* e § 4º¹⁴⁰), poderão ser objeto de representação no âmbito de inquérito policial decorrente de prisão em flagrante, seja no curso do prazo legal do procedimento investigatório ou já cumulado no corpo do auto prisional provocando a Autoridade Judicial, de acordo com as circunstâncias que o caso concreto apresentar.

¹³⁷ Vale lembrar que o Delegado de Polícia, em atenção aos artigos 282, § 2º, 311 e 13, inciso IV do CPP, pode representar motivadamente pela medida que considerar mais adequada ao caso concreto no próprio auto de prisão em flagrante delito que presidir, e a apreciação e deliberação ocorrerá por ocasião da comunicação da custódia flagrancial à Autoridade Judicial competente.

¹³⁸ CF, artigo 5º, inciso XII: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

¹³⁹ CF, artigo 5º, inciso XI: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

¹⁴⁰ LC nº 105/2001, art. 1º, § 4º: “A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

- I – de terrorismo;
- II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
- III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;
- IV – de extorsão mediante seqüestro;
- V – contra o sistema financeiro nacional;
- VI – contra a Administração Pública;
- VII – contra a ordem tributária e a previdência social;
- VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;
- IX – praticado por organização criminosa”.

5.9.1 Acesso aos dados armazenados em dispositivos eletrônicos

Há acirrado debate se o acesso aos dados armazenados em dispositivos eletrônicos, e especialmente em aparelhos de telefonia móvel celular apreendidos com presos em flagrante delito estaria ou não expressamente sujeito à reserva jurisdicional.

A jurisprudência, capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal, caminhava no sentido de que o referido acesso não demandaria autorização judicial, conforme se extrai do trecho do acórdão ora colacionado:¹⁴¹

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA.

(...)

2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, **após a prisão em flagrante do corrêu**, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 **Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados.** 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta

¹⁴¹ STF, HC nº 91.867-PA, 2ª Turma, Relator Min. Gilmar Mendes, j. 24/04/2012.

inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º.

Como se observa na decisão, datada de 2012, a tutela constitucional abrangeria a comunicação dos dados, mas não os dados em si e o depósito registral deles contidos nos dispositivos eletrônicos, o que ocorre cada vez mais com os aparelhos de telefonia móvel, denominados *smartphones*, equipados com aplicativos de comunicação que permitem a troca e o armazenamento de mensagens e arquivos de imagem, de áudio e de vídeo.

Ocorre que, com o advento da Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como “Marco civil da *Internet*” e que estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da rede mundial de computadores no Brasil, a discussão passou a tomar novo rumo, em especial em virtude do artigo 7º, inciso III do referido diploma, que assim dispõe:

O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

(...)

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

A partir da aludida Lei nº 12.965/2014, a jurisprudência começou a considerar que o acesso aos dados armazenados em dispositivos eletrônicos (mormente nos aparelhos de telefonia celular) encontram-se submetidos à reserva jurisdicional, com destaque para a decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça abaixo reproduzida:¹⁴²

PROCESSO PENAL. NULIDADE. PROVA ILÍCITA. LAUDO PERICIAL ELABORADO EM APARELHO CELULAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PESQUISA DE REGISTROS DE CHAMADAS, CONTEÚDO DE AGENDA, MENSAGENS DE TEXTO SMS, ETC. VIOLAÇÃO DO SIGILO DE DADOS. ART. 157 DO CPP.

1. É inequivocamente nula a obtenção de dados existentes em aparelhos de telefonia celular ou em outros meios de armazenamento de dados, sem autorização judicial, ressalvada, apenas, excepcionalmente, a colheita da prova através do acesso imediato aos dados do aparelho celular, nos casos em que a demora na obtenção de um mandado judicial puder trazer prejuízos concretos à investigação ou especialmente à vítima do delito.

¹⁴² STJ, HC nº 388.008-AP, 6ª Turma, Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03/08/2017.

2. É nulo o laudo pericial elaborado por requisição direta da autoridade policial no curso da investigação, sem autorização judicial, com obtenção de registros de chamadas depois da realização de ampla invasão aos canais de registros pessoais, tais como, agendas, mensagens de sms, etc, em verdadeira devassa de dados privados.

3. Ordem concedida para anular o acórdão da apelação e permitir que outro seja proferido, uma vez retirado dos autos o laudo pericial 57/2007 (grifamos).

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça tem se orientado em sentido similar:¹⁴³

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* . TRÁFICO DE DROGAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ACESSO DE MENSAGENS DE TEXTO VIA *WHATSAPP*. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. ART. 5º, X E XII, DA CF. ART. 7º DA LEI N. 12.965/2014. NULIDADE. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* PROVIDO.

1. A Constituição Federal de 1988 prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas, salvo ordem judicial.

2. A Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, em seu art. 7º, assegura aos usuários os direitos para o uso da *internet* no Brasil, entre eles, o da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, do sigilo do fluxo de suas comunicações pela *internet*, bem como de suas comunicações privadas armazenadas.

3. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência. (HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 09/10/2015).

4. Com o avanço tecnológico, o aparelho celular deixou de ser apenas um instrumento de comunicação interpessoal. Hoje, é possível ter acesso a diversas funções, entre elas, a verificação de mensagens escritas ou audível, de correspondência eletrônica, e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.

5. Por se encontrar em situação similar às conversas mantidas por e-mail, cujo acesso é exigido prévia ordem judicial, a obtenção de conversas mantidas pelo programa *whatsapp*, sem a devida autorização judicial, revela-se ilegal.

6. Recurso em *habeas corpus* provido para declarar nula as provas obtidas no celular do recorrente sem autorização judicial, determinando que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue ao denunciado do material decorrente da medida (grifamos).

¹⁴³ STJ, HC nº 75.055-DF, 5ª Turma, Relator Min. Ribeiro Dantas, j. 21/03/2017.

A nova orientação da jurisprudência que começa a se desenhar revela interessantes ressalvas, em especial a primeira decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça acima destacada, no sentido de permitir o acesso aos dados do aparelho de telefonia celular, quando a demora na obtenção de uma ordem judicial puder acarretar prejuízos à investigação ou à vítima do fato criminoso.

Nessa perspectiva, poder-se-ia identificar uma diferenciação entre **reserva absoluta** e **reserva relativa de jurisdição**. A primeira significa a tradicional reserva jurisdicional, que reclama prévio controle judicial, incumbindo ao Juiz de Direito a primeira e última palavra acerca de determinados atos estatais¹⁴⁴. A segunda afasta o monopólio judicial da primeira palavra do Poder Público, mas mantém o derradeiro controle pelo Magistrado, autorizando assim a adoção de medidas preliminares pelo Estado-investigação (Delegado de Polícia), sujeitas à posterior aferição do Poder Judiciário¹⁴⁵, como ocorreria na decisão pelo acesso aos dados armazenados em situação flagrancial delitiva e prejudicial à apuração e ao ofendido.

A título de exemplo, cita-se caso concreto ocorrido no Município paulista de Capivari, em que um indivíduo foi preso em flagrante por delito de estupro tentado em concurso com o delito de armazenamento de imagens pornográficas de adolescente¹⁴⁶, conduta que tem sido denominada “sextorsão”, neologismo derivado da aglutinação dos vocábulos “sexo” e “extorsão”, ou ainda de “estupro virtual” (na realidade estupro cometido por meio virtual ou eletrônico), consubstanciada, em síntese, na coação de uma pessoa à prática sexual ou pornográfica, em troca da preservação em sigilo de imagem ou vídeo da vítima em nudez total ou parcial (conhecida pela expressão inglesa “nudes”), sob a promessa de mal injusto representado pela publicação e divulgação do material íntimo em ambiente virtual.

Na ocasião, o suspeito, além de constranger a vítima com ela se comunicando via aplicativo de seu aparelho de telefonia móvel, no próprio dispositivo mantinha armazenadas as fotos que denotavam a materialidade da prática espúria, ação permanente que revelava a flagrância delitiva, nos termos do tipo penal do artigo 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/1990). Diante da comentada tese da reserva relativa de

¹⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 584.

¹⁴⁵ BARBOSA, Ruchester Marreiros. Justa causa constitucionalmente embrionária e a reserva de jurisdição. In: BARBOSA, Ruchester Marreiros; et al. *Polícia judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 75-83.

¹⁴⁶ Ocorrência datada de 14/09/2017, elaborada na Delegacia de Defesa da Mulher de Capivari e presidida pela Delegada de Polícia Maria Luisa Dalla Bernardina Rigolin.

jurisdição, estaria autorizado ao Delegado de Polícia o acesso a referidos dados contidos no aparelho telefônico, que exprimem o corpo do delito, com ulterior controle e avaliação judicial, que no citado caso homologou a custódia flagrancial decretada pela Autoridade Policial.

5.10 Princípio da inadmissibilidade ou proibição de provas ilícitas

A Constituição Federal, no inciso LVI, de seu artigo 5º estabelece que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O dispositivo preconiza o princípio da inadmissibilidade ou proibição de provas ilícitas, assim compreendidas tanto aquelas contrárias ao direito material, denominadas “provas ilícitas em sentido estrito” quanto as vedadas pelo direito processual, chamadas de “provas ilegítimas”, de acordo com a doutrina prevalente.¹⁴⁷

Tratando-se de investigação eivada de nulidades, conduzida com ferimentos a direitos individuais, dela derivarão conseqüentemente provas imprestáveis, que não poderão embasar eventual ação em juízo, e sequer servirão de justa causa para desencadear o processo judicial penal.

Referido princípio constitucional evidencia a importância da produção do conjunto probatório com estrito respeito às exigências legais, máxime na fase preliminar da persecução penal, porquanto a maioria dos processos criminais se alicerça nos elementos obtidos no inquérito policial como lastro e justa causa para seu início.

Com efeito, em atenção ao Código de Processo Penal, na disposição de seu artigo 157 e respectivos parágrafos, uma vez coligida prova por meio ilícito, será esta desentranhada do processo, o mesmo ocorrendo com aquelas que dela derivarem, o que por vezes acaba por dificultar ou inviabilizar a responsabilização penal, sobretudo quando se tratar de provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis, as quais, como regra, não são reproduzíveis na instrução judicial.

Como se vê, o cuidado técnico-jurídico ao amearhar os elementos que instruem o inquérito policial, e em especial nos casos de prisão em flagrante delito, ocasião em que vários vestígios efêmeros podem desaparecer, revela-se fundamental para a regularidade da

¹⁴⁷ LIMA. Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Impetus, 2013, p. 593.

persecução penal, de sorte que as diligências urgentes determinadas devem estar devidamente respaldadas na lei, bem como as providências cabíveis e disponíveis no momento da deliberação devem ser esgotadas.

O Delegado de Polícia, como primeiro garantidor da justiça e da legalidade¹⁴⁸, deve analisar os fatos apresentados exercendo o devido controle de licitude, sanando e reprimindo eventuais máculas e, uma vez decidindo pela decretação da prisão em flagrante delito, presidir o auto prisional e atos correlatos pautado pelos parâmetros legais que disciplinam a matéria.

5.11 Princípios da duração razoável da investigação e da eficiência

O princípio da duração razoável se depreende do inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O texto constitucional é claro e obriga a rápida solução da prestação estatal também na esfera administrativa, que compreende a fase extrajudicial do inquérito policial, seja o instaurado via portaria, seja o procedimento iniciado por auto de prisão em flagrante delito, e demanda uma duração razoável da investigação.

Em razão disso, é dever do Poder Público disponibilizar recursos materiais e humanos para a prestação da atividade de polícia judiciária com qualidade e rapidez, desde o atendimento à população para registro de fatos potencialmente delitivos até o desenrolar das investigações com razoável lapso temporal para conclusão dos procedimentos investigatórios criminais.

O inquérito policial é um procedimento temporário e sobre o qual, unido ao princípio da razoável duração do processo, na etapa extrajudicial projetado como uma razoável duração da investigação criminal, deve incidir o princípio da eficiência, elencado no *caput* do artigo 37 também da Carta Magna e direcionado a toda a Administração Pública, como premissas que impõem uma atuação estatal célere sem ignorar as bases garantistas do sistema jurídico.

¹⁴⁸ Expressão extraída de manifestação do Ministro Celso de Mello no bojo do julgamento pelo STF do HC nº 84.548/SP, rel. Min. Marco Aurélio, datado de 21/06/2012.

Destarte, o inquérito policial possui prazo para ser concluído, cuja regra geral regula-se pelo artigo 10, *caput*, do CPP, que estabelece dez dias para o encerramento do procedimento estando preso o indiciado, hipótese observada quando há prisão em flagrante delito e respectiva conversão em prisão preventiva.

De outro lado, quando há concessão de liberdade provisória pelo Juiz de Direito após a comunicação da prisão em flagrante delito, ou quando se trata de inquérito policial iniciado por portaria e o investigado estiver solto, o prazo para conclusão do procedimento investigatório será de trinta dias e, neste caso, poderá ser prorrogado se o fato for de difícil elucidação e houver diligências pendentes¹⁴⁹, mediante representação do Delegado de Polícia à Autoridade Judicial, com supedâneo no § 3º, do mesmo artigo do CPP.

Vale lembrar que na legislação especial existem prazos diferentes para a conclusão do inquérito policial. É o que ocorre, por exemplo, na Lei Antidrogas (Lei Federal nº 11.343/2006), que em seu artigo 51 prevê prazo de trinta dias se o investigado estiver preso e noventa dias se estiver solto. Já o parágrafo único do citado artigo autoriza que ambos os prazos (com investigado preso ou solto) sejam duplicados pelo Juiz de Direito diante de pedido justificado do Delegado de Polícia.

Na Justiça Federal, a Lei Federal nº 5.010/1966, que organiza sua primeira instância, em seu artigo 66, fixa prazo de quinze dias para encerramento do inquérito policial quando preso o indiciado, admitindo prorrogação por mais quinze dias mediante representação fundamentada da Autoridade Policial, seguindo a regra geral de trinta dias do artigo 10, do CPP, quando o investigado estiver em liberdade.

Já a Lei Federal nº 1.521/1951, que cuida dos crimes contra a economia popular, no seu artigo 10, § 1º, estabelece prazo de dez dias para o término do inquérito policial, estando preso ou solto o investigado.

Assinala-se que há divergência quanto à natureza do prazo para conclusão do inquérito policial, prevalecendo o entendimento de que possui cariz processual, aplicando-se a regra do artigo 798, § 1º, do CPP, pelo qual não se computa o dia do começo, incluindo-se o do vencimento. Não se ignora a existência de posicionamentos de que se trata de prazo de índole

¹⁴⁹ A Portaria DGP nº18/98 da Polícia Civil paulista, em seu artigo 4º, parágrafo único, assim estabelece: “Verificada a impossibilidade de ultimização das investigações no prazo legal, a autoridade policial solicitará dilação temporal para a conclusão do inquérito, expondo, de forma circunstanciada e em ato fundamentado, as razões que impossibilitaram o tempestivo encerramento, consignando, ademais, as diligências faltantes para a elucidação dos fatos e as providências imprescindíveis a garantir suas realizações dentro do prazo solicitado”.

material, porquanto concernente ao direito de liberdade individual e assim seguiria a disciplina do artigo 10, do Código Penal, vale dizer, com a inclusão do dia do começo no cálculo do prazo legal.¹⁵⁰

Durante o prazo de conclusão do inquérito policial instaurado via auto de prisão em flagrante delito, podem e devem ser promovidas eventuais diligências pendentes de polícia judiciária, que não tenham sido cabíveis por ocasião da decretação da custódia flagrancial, ou mesmo providências formuladas pela defesa ou pela acusação, como obtenção e juntada de vídeos, documentos ou quaisquer outros elementos que corroborem com a devida apuração fática.

5.11.1 Aplicação de recursos tecnológicos: prisão em flagrante delito por videoconferência e inquérito policial eletrônico

O Código de Processo Penal, em seu artigo 9º, dispõe que “todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”, servindo o dispositivo como referência para a argumentação de que se trata de um procedimento escrito.

Assim, tendo em vista que a formalização dos atos do inquérito policial seguem, no que for aplicável, o disciplinado no CPP para a instrução judicial, no que tange ao emprego de recursos tecnológicos, importa destacar o disposto no § 1º, do artigo 405 do diploma de rito criminal, cujo texto em vigor foi estipulado pela Lei Federal nº 11.719/2008:

Sempre que possível, o registro dos depoimentos do **investigado, indiciado, ofendido e testemunhas** será feito **pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual**, destinada a obter maior fidelidade das informações (grifo nosso).

Conquanto a disposição se refira à instrução processual penal em juízo, o legislador utilizou vocábulos próprios do inquérito policial (“investigado” e “indiciado”), não havendo empecilho de que tais recursos tecnológicos audiovisuais, como a gravação digital, sejam aplicados nos atos e registros na fase extrajudicial da persecução criminal.

¹⁵⁰ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 169.

Em relação à formalização da prisão em flagrante delito, relevante ponto a ser debatido refere-se ao emprego de recursos como a videoconferência para a audiência do artigo 304 do CPP, com as pertinentes oitivas das pessoas envolvidas e demais cerimônias exigidas pela lei.

A Lei Federal nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009, alterou dispositivos reguladores do interrogatório judicial, determinando a seguinte redação aos parágrafos do artigo 185 do CPP:

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por **sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real**, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à **segurança pública**, quando exista fundada suspeita de que o preso integre **organização criminosa** ou de que, por outra razão, possa **fugir** durante o deslocamento;

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja **relevante** dificuldade para seu **comparecimento** em juízo, por **enfermidade** ou **outra circunstância pessoal**;

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV - responder à **gravíssima questão de ordem pública**.

§ 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência.

§ 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código.

§ 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de **entrevista prévia e reservada** com o seu **defensor**; se realizado por **videoconferência**, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

§ 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil (grifamos).

Em sentido similar, a Lei Federal nº 11.690, de 9 de junho de 2008 já havia modificado o artigo 217 do CPP para autorizar a oitiva de testemunhas por videoconferência:

Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por **videoconferência** e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram (grifamos).

Ainda que as disposições legais apontadas tratem a adoção do sistema de videoconferência como exceção, com base nos recursos tecnológicos contemporâneos e ainda em decorrência da lamentável e não incomum escassez de efetivo das instituições de polícia judiciária, mormente de Delegados de Polícia para a pronta atuação em todos os casos de prisão em flagrante delito, passaram a ser verificadas iniciativas de materialização da prisão em flagrante por videoconferência, em que o Autoridade Policial responsável ordena e coordena, remotamente, policiais civis de carreiras auxiliares como Escrivães e Investigadores de Polícia, interagindo por intermédio de equipamentos audiovisuais de informática em tempo real, que ainda podem ser dotadas de melhor transparência mediante gravação e armazenamento em mídias digitais¹⁵¹ para eventuais questionamentos ou dúvidas futuras, intensificando a almejada oralidade no processo penal.¹⁵²

Uma dessas iniciativas, denominada “projeto Ompol”, no âmbito da Delegacia Seccional de Polícia de São Sebastião, da Polícia Civil do Estado de São Paulo¹⁵³, que implementou o atendimento por videoconferência nos plantões de polícia judiciária, incluindo as formalizações das prisões em flagrante delito, mediante direção à distância, pelos Delegados de Polícia responsáveis. Estes, permanecem fisicamente em uma unidade policial, no Município de Caraguatatuba, e atendem cidadãos em outras localidades, como no Município de Ilha Bela, ambas no litoral norte paulista, interagindo e conduzindo os atos e

¹⁵¹ A Polícia Civil do Estado de Santa Catarina, desde o final do ano de 2016, implantou a gravação mediante sistema audiovisual das oitivas nos autos de prisão em flagrante delito elaborados, propiciando uma aplicação adaptada às novas contingências, com maior celeridade às audiências extrajudiciais e fidelidade ao conteúdo dos relatos prestados. COLAÇO, Marcelo Ricardo. O contemporâneo inquérito policial no sistema audiovisual. *Empório do Direito*, Florianópolis, 20 fev. 2017.

¹⁵² Nessa trilha há também recente previsão no artigo 10-A, § 2º, inciso III, da Lei Federal nº 11.340/2006 (Lei “Maria da Penha”) introduzido pela Lei nº 13.505/2017, comentada em tópico 6.8.2.3, que trata da oitiva de vítimas neste trabalho. Referido dispositivo menciona que a inquirição de vítimas de violência doméstica e familiar será registrada, preferencialmente, em meio eletrônico ou magnético, devendo a degravação e a mídia integrar o inquérito policial.

¹⁵³ Conforme notícia veiculada no sítio eletrônico da Polícia Civil do Estado de São Paulo, datada de 22/09/2017, e disponível em <www.policiacivil.sp.gov.br>. Constam iniciativas semelhantes implantadas no Estado do Paraná, conforme informações nas páginas eletrônicas, disponível em: <www.policiacivil.pr.gov.br/modeles/noticias/makepfd.php?storyid=12840>, no Estado de Minas Gerais, de acordo com a Resolução Conjunta nº184, de 25 de abril de 2014, disponível em: <ws.mpmg.mp.br/biblio/informa/300419799.htm>, e em Rondônia, consoante dados no sítio eletrônico da Polícia Civil da aludido Estado, disponível em: <<http://www.pc.ro.gov.br/news/policia-civil-apresenta-projeto-de-lavatura-de-auto-de-prisao-em-flagrante-por-sistema-de-videoconferencia-para-sesdec-e-mp-20170301-10122.html>>.

providências legais de polícia judiciária, desde a elaboração de boletins de ocorrências até a presidência da audiência de apresentação e garantias para a autuação em flagrante delito do artigo 304 do CPP. A medida propicia prestação de serviço mais rápida e eficaz, e evita o deslocamento de viaturas policiais, mormente das corporações de policiamento ostensivo e preventivo (Polícia Militar e Guardas Municipais), no intuito de favorecer a segurança da população e otimizar o emprego dos recursos estatais.

De outra banda, pode-se invocar, como argumento contrário ao uso da videoconferência para a audiência da prisão em flagrante delito, o supracitado artigo 308 do CPP, que dispõe que, não havendo Autoridade Policial no lugar da captura, o suspeito será apresentado à do lugar mais próximo para a análise sobre a determinação ou não da prisão em flagrante delito. Para aqueles que defendem a videoconferência, quando esta se encontra instalada, há, ainda que remotamente por meio digital (*on line*), Delegado de Polícia disponível no local da captura, e para esta autoridade deverá o suspeito ser apresentado para as providências legais de polícia judiciária, que serão ordenadas e presididas à distância.¹⁵⁴

O emprego da videoconferência nos atos de polícia judiciária é defendido também por inexistir exigência legal da presença física do Delegado de Polícia.¹⁵⁵ Henrique Hoffmann Monteiro de Castro¹⁵⁶ reforça a legitimidade da presidência do inquérito policial de maneira remota, por meio de comparação com a atuação das demais carreiras jurídicas:

Com efeito, a tomada de decisões e o acompanhamento da execução das ordens podem se dar tanto fisicamente quanto de forma remota, com uso da tecnologia (principalmente a conferência de vídeo e voz por notebook e telefone, e a assinatura digital). Seja com presença física ou à distância, a presidência do inquérito policial continua sendo feita de forma direta pela autoridade policial (ou seja, a presença remota também é uma forma de presidência direta da investigação). O comando indireto do inquérito policial ocorreria apenas se o delegado nomeasse um intermediário para tomar as decisões em seu lugar, o que não é o caso.

Lógica similar ocorre nas demais carreiras jurídicas, em relação às quais, vale grifar, deve vigorar tratamento isonômico (artigo 3º da Lei 12.830/2013). Diuturnamente juízes e promotores delegam tarefas a técnicos e assessores (tais como intimações, oitivas e até mesmo confecção de minutas de deliberações), e tomam decisões à distância. Nada mais natural, afinal, não

¹⁵⁴ SANNINI NETO, Francisco. Prisão em flagrante por videoconferência. *Canal Ciência Criminais*, Porto Alegre, 16, set. 2016.

¹⁵⁵ LEITÃO JUNIOR, Joaquim. A prerrogativa da presença do delegado de polícia na realização dos atos de polícia judiciária. *Gen Jurídico*, São Paulo, 6 fev. 2017.

¹⁵⁶ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Delegado pode presidir inquérito policial também de forma remota. *Revista Consultor Jurídico*, 8 ago. 2017.

seria crível que o magistrado ou o membro do MP precisasse praticar cada ato da Instituição ou comparecer à repartição pública para confeccionar cada deliberação, sabendo que pode delegar tarefas e que há tecnologia para incrementar a produtividade sem ferir direitos fundamentais. O que não se admite é que os inferiores hierárquicos substituam o chefe na tomada de decisões.

De todo modo, o uso da informática como os sistemas audiovisuais em audiências e oitivas, especialmente nos interrogatórios presididos à distância mediante videoconferência, não prejudica a efetivação das garantias processuais penais, em especial do exercício da defesa, visto que a evolução técnica contribui e serve ao processo, como fenômeno eminentemente instrumental.¹⁵⁷

Bem assim, também envolvendo o emprego de recursos tecnológicos na fase persecutória extrajudicial, existem projetos como o intitulado “Inquérito Policial Eletrônico”, destinado a promover a informatização e a desmaterialização física do procedimento investigatório criminal previsto em lei, para que tramite em plataforma digital, disponibilizada e operada pelas autoridades e agentes públicos em arquivos eletrônicos e interligados com o sistema do Poder Judiciário, proporcionando maior eficiência e transparência na atividade estatal desempenhada, assim como acentuada economia de recursos materiais e celeridade na comunicação dos atos legais de polícia judiciária entre os órgãos estatais envolvidos, além de viabilizar o acesso dos autos digitais à defesa de modo mais célere e dinâmico.

Mormente na formalização da prisão em flagrante delito, em que considerável parcela do tempo para atender a liturgia processual penal é dispendida com impressões das peças lavradas, coleta das respectivas assinaturas e multiplicidade de cópias de expedientes físicos para as variadas comunicações aos órgãos do Poder Judiciário, da acusação e da defesa públicas e de unidades do sistema prisional, a adoção de iniciativas como o “Inquérito Policial Eletrônico” exprime relevante avanço na consecução dos princípios da duração razoável da investigação e da eficiência.

Ainda que o modelo estrutural que materializa a atividade da polícia judiciária se modernize e seja contemplado com essa merecida e almejada atualização tecnológica, e venha a se tornar integralmente eletrônico, o inquérito policial subsistirá como um procedimento

¹⁵⁷ ALMEIDA, José Raul Gavião de. *O interrogatório à distância*. 2000. 195 f. Tese (Doutorado em Direito Processual). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000, p. 154.

escrito, contudo sem a necessidade da imensa quantidade de papel impresso hodiernamente empregada e de todas as dificuldades para o deslocamento de autos físicos hoje enfrentadas.

Incumbe ainda frisar que, na atuação da defesa na prisão em flagrante delito, o Estatuto da Advocacia¹⁵⁸ autoriza ao causídico copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital nos autos de prisão em flagrantes e investigações criminais de um modo geral, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade. O comando legal consolida a prerrogativa dos Advogados de obterem cópias dos autos, tanto no meio físico impresso via cópia reprográfica, quanto pelo uso de equipamentos para extração de cópia em meio digital, como *scanners* ou aplicativos de aparelhos de telefonia celular móvel com tais recursos, incluindo a faculdade de copiarem arquivos e materiais desenvolvidos em plataforma eletrônica (vídeos, imagens e quaisquer outros) que instruem o procedimento investigatório criminal.

5.12 Princípio da presunção de não culpabilidade

O princípio ou garantia da não culpabilidade, também chamado de presunção de inocência, possui expresso fundamento na Constituição Federal, no inciso LVII do artigo 5º, ao prever que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A norma constitucional estabelece a toda pessoa a quem seja imputada a prática de um fato potencialmente criminoso não ser tida como culpada até definitiva decisão judicial condenatória. No transcorrer da persecução penal seu *status* deve permanecer como inocente e mero suspeito da autoria do ilícito, sedimentando a liberdade como regra e a segregação cautelar e quaisquer outras privações a direitos individuais como exceções no sistema jurídico.

Essa garantia é válida e deve ser aplicada à etapa extrajudicial da persecução criminal, revelando como norte a investigação do fato em direção ao seu provável autor. Deve-se obter elementos suficientes de autoria e materialidade do fato delituoso para depois serem impostas medidas contra o investigado, lógica que estabelece como regra que se proceda primeiro à

¹⁵⁸ EOAB, artigo 7º, inciso XIV: “São direitos do advogado: (...) XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital”.

investigação para eventual prisão ulterior do suspeito, ao invés da banalização do encarceramento para desencadear uma apuração de evento criminoso.

A presunção de não culpa é compreendida sob três enfoques: como norma probatória, como norma de tratamento e como norma de juízo.¹⁵⁹

Na perspectiva como norma probatória, a presunção de não culpabilidade reclama a existência de elementos incriminadores, lícitamente obtidos, que propiciem lastro aos órgãos de investigação criminal para impor ou representar por medidas coativas ou quaisquer reduções de direitos fundamentais.¹⁶⁰

Sob o prisma da não culpabilidade como uma norma de tratamento¹⁶¹, agregado ao modelo constitucional fundado na dignidade humana, a pessoa investigada deve sempre figurar como sujeito de direitos e deveres, e não mero objeto da investigação ou do processo.

Por isso, como intervenção estatal que mitiga a presunção de não culpabilidade pela preponderância da segurança da coletividade em detrimento da liberdade individual¹⁶², a custódia provisória, sobretudo em solo policial, deve ser considerada medida cautelar pessoal excepcional, a ser impelida motivadamente e apenas nos casos expressos na lei, notadamente nas hipóteses de prisão em flagrante delito, assim como nas segregações preventiva e temporária, sempre mediante decretações e representações fundamentadas, e não como subterfúgio ou constrangimento direcionados de modo isolado à produção de prova em desfavor do suspeito.

Por último, a presunção de não culpa vista como norma de juízo também encontra aplicação na etapa extrajudicial. Demanda justa causa, consubstanciada em elementos incriminadores suficientes, prévios e lícitos, para embasar a convicção sobre a legitimidade de medidas coativas, em todos os atos decisórios, seja do Magistrado, ao apreciar representações

¹⁵⁹ MORAES, Maurício Zanóide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 493-494.

¹⁶⁰ MORAES, Maurício Zanóide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p., p. 493-494.

¹⁶¹ MORAES, Maurício Zanóide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 493.

¹⁶² TUCUNDUVA, Ricardo Cardozo de Mello. *Justiça e liberdade: a dignidade da pessoa humana e o equilíbrio social*. 2014. 126 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 99.

formuladas¹⁶³, seja do Delegado de Polícia ao deliberar sobre o indiciamento de um suspeito, tanto em sede de “fundada suspeita” para impor a prisão em flagrante delito quanto no curso de inquérito policial instaurado por portaria, sempre mediante juízo técnico-jurídico de probabilidade fundamentado.

5.13 Princípio da não autoincriminação

O princípio ou garantia da não autoincriminação é idealizado como desdobramento do direito ao silêncio na esfera criminal, garantido no aludido inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal¹⁶⁴ articulado com o direito do suspeito de uma prática delituosa não ser obrigado a depor contra si mesmo e tampouco a declarar-se culpado, previsto no artigo 8º, item 2, “g”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada e incorporada ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto nº 678/1992.¹⁶⁵ Compreende a máxima de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, oriunda da expressão latina *nemo tenetur se detegere*, cuja tradução literal seria no sentido de que “ninguém é obrigado a se descobrir”, vale dizer, de que toda pessoa a quem seja imputado o cometimento de um ilícito penal não tem o dever de se autoincriminar, de ser obrigada a produzir prova em seu desfavor, tendo como sua manifestação mais tradicional o direito ao silêncio.¹⁶⁶

A investigação preliminar do processo penal é a etapa em que se produz grande parte do conjunto probatório. Logo, deve atender, com mais razão e maior intensidade que a etapa judicial, as implicações decorrentes do princípio da não autoincriminação, para o íntegro respeito às garantias fundamentais e ao direito de defesa dos sujeitos investigados.

¹⁶³ MORAES, Maurício Zanóide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.494.

¹⁶⁴ CF, art. 5º, LXIII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

¹⁶⁵ Decreto nº 678/1992 – Anexo (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos), artigo 8º, item 2, “g”: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

¹⁶⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1-4.

O princípio da não autoincriminação consiste, em suma, no direito do indivíduo submetido à investigação e persecução penal, seja na condição de investigado ou indiciado ou já na fase judicial como réu, de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, tendo como uma de suas vertentes o direito ao silêncio¹⁶⁷, conforme adiantado.

Como dito, cuida-se de garantia de relevante aplicação na etapa extrajudicial, que influi diretamente nos elementos a serem coligidos por ocasião das prisões em flagrante delito e em toda a atividade investigativa. Abarca o mencionado direito do sujeito permanecer calado, de não ser coagido a confessar prática delituosa, de não realizar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo e, ainda, o direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva, implicando, por derradeiro, a inexigibilidade de falar a verdade.¹⁶⁸

À guisa de ilustração, como exemplo rotineiro de situação reveladora da incidência do princípio da não autoincriminação, vale mencionar a suspeita de estado flagrantial de prática do delito de “embriaguez ao volante”, do artigo 306, *caput*, do Código de Transito Brasileiro - CTB (Lei Federal nº 9.503/1997). Isso porque, dentre os meios aptos a constatar a “capacidade psicomotora alterada”, elementar do tipo penal, estão a concentração etílica igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar, índices aferíveis, respectivamente, por exame de material hemático do motorista suspeito e pelo conhecido teste do “etilômetro”, consoante previsão no mesmo artigo 306 do CTB, em seu § 1º, inciso I e § 2º, e ambos reclamam a anuência do investigado para que sejam realizados.¹⁶⁹

Portanto, o sujeito suspeito de estar embriagado por álcool na direção de veículo automotor, como regra em aparente flagrância delitiva, poderá se recusar a fornecer amostra sanguínea bem como a se submeter ao teste de alcoolemia do “etilômetro” (ou “bafômetro”),

¹⁶⁷ SANTANIÉLI, Gislaïne Aparecida. *O princípio nemo tenetur se detegere e sua aplicabilidade nas atividades de polícia judiciária*. 2012. 68 p. Monografia (Curso de Especialização em Direitos Humanos e Segurança Pública no Brasil do Centro de Estudos Superiores da Polícia Civil “Prof. Maurício Henrique Guimarães Pereira”) – Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, São Paulo, 2012, p. 63.

¹⁶⁸ As “provas invasivas” são compreendidas pelas intervenções corporais que pressupõem penetração no organismo, por instrumentos ou substâncias, implicando a utilização ou extração de alguma parte dele ou invasão física do corpo humano, como os exames de sangue, ginecológico e a endoscopia. Já as “provas não invasivas” consistem em inspeções ou verificações corporais nas quais não há penetração no corpo e nem ensejam extração de parte dele, como, por exemplo, os exames periciais de materiais fecais e o exame genético baseados no ácido desoxirribonucleico (“ADN” em português e “DNA” da expressão inglesa *deoxyribonucleic acid*) realizados a partir de fios de cabelo encontrados no chão. LIMA. Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Impetus, 2013, p. 42-45.

¹⁶⁹ TUCUNDUVA, Ricardo Cardozo de Mello (coord.). *Manual prático de apuração do crime de “embriaguez ao volante”*. São Paulo: Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, 2013, p. 15-16.

em virtude da garantia processual ora em comento, conquanto a materialidade delituosa possa também ser demonstrada por outros meios de prova admitidos em direito, que independam do consentimento do sujeito, principalmente o exame clínico, a prova testemunhal e os registros em vídeo.¹⁷⁰

5.14 Princípio da motivação

O princípio da motivação, no que tange às decisões judiciais, tem por fundamento constitucional o inciso IX, do artigo 93, da Carta Magna.¹⁷¹ Na esfera estadual paulista, surge expressamente no artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo¹⁷², dirigido a toda a Administração Pública.

Ademais, a Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, elenca em seu artigo 2º a motivação como um dos princípios a serem obedecidos pelo Poder Público.¹⁷³

A motivação se reveste na fundamentação da decisão, mediante exposição dos fatos e dos dispositivos legais que a ultimaram, e oferece probidade e transparência na gestão da coisa pública, assim como viabiliza que a pessoa interessada conheça as razões de cada manifestação estatal.

Nesse cenário, oportuno o escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:¹⁷⁴

O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos

¹⁷⁰ Consoante artigo 306, § 2º, do CTB: “A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova”.

¹⁷¹ CF, art. 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (grifamos).

¹⁷² CE/SP, art. 111: “A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, **motivação**, interesse público e eficiência” (grifamos).

¹⁷³ Lei nº 9.784/99, art. 2º, *caput*: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, **motivação**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência” (grifamos).

¹⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 82.

vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle da legalidade dos atos administrativos.

Como todo agente público, e especialmente por figurar como autoridade e representante do Estado e da vontade da lei, o Delegado de Polícia se submete diretamente ao princípio da motivação. A Autoridade Policial tem o dever de fundamentar as deliberações tomadas na presidência dos atos de polícia judiciária, mormente ao avaliar e determinar ou não a prisão em flagrante delito de uma pessoa suspeita de prática delituosa.

A motivação no âmbito das decisões da Autoridade Policial tornou-se ainda mais relevante com a consolidação expressa da inerente independência funcional dos Delegados de Polícia, hoje prevista em Constituições Estaduais, como na Carta Bandeirante, que no § 3º de seu artigo 140 estabelece a livre convicção nos atos de polícia judiciária, assunto adiante abordado pormenorizadamente.¹⁷⁵

Há, evidentemente, limites a essa liberdade de convencimento, consistentes na exigência de que os motivos fáticos e jurídicos invocados nas decisões sejam explicitados pelo Delegado de Polícia que, como carreira jurídica qualificada pela formação policial e autoridade operadora do direito, deve prover embasamento legal às suas manifestações para atingir os efeitos esperados e propiciar seu controle regular.

¹⁷⁵ Tópico 6.9 desta dissertação.

6 FLAGRÂNCIA DELITIVA, FUNDADA SUSPEITA E INDICIAMENTO

Nobre Majura!

Evidências.
Diligências.
Indícios. Laudos. Lucubrações.
O corpo que fala.
As testemunhas que calam.
Indagações.
A imprensa que fustiga.
A opinião pública inimiga.
As correições.
Noites mal dormidas.
A incessante luta pela vida.
Pressões.
Informantes.
Vozes dissonantes.
A atenção aos detalhes.
A escassez de recursos.
Os entediantes discursos.
As rebeliões.
O ininteligível merecimento.
O enfadonho interstício.
A lei que manieta.
O descaso institucional.
O vilipendiado inquérito policial.
Conclusões.
Da esperança, uma centelha.
A paz e a ordem social como lema.
Contas e carteiras vermelhas.
Em constante flagrância.
Quaisquer sejam as instâncias.
Preparados para servir e proteger.
Portas e ouvidos sempre abertos.
A autoridade do povo.
Cabeça-de-ponte da justiça.
Armados de coragem e discernimento.
Em qualquer lugar. Em todos os momentos.
Sim, doutoras e doutores, somos Delegados de Polícia!

(Paulo Della Rosa, 2015)

6.1 **Flagrância delitiva: requisito temporal da prisão em flagrante delito**

A flagrância delitiva compreende o **requisito temporal** identificado nas situações nas quais um indivíduo será considerado em estado flagrancial delitivo, assim elencadas nos incisos do artigo 302 do CPP:

Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Tais situações são consideradas espécies ou modalidades de flagrante¹⁷⁶, e consistem em hipóteses legais taxativas de flagrância, em homenagem ao princípio da legalidade. O ordenamento impõe a presença desse requisito temporal, e uma pessoa só pode ser legitimamente presa em flagrante delito se tiver sido capturada em uma dessas circunstâncias, que recebem as denominações doutrinárias a seguir comentadas.

6.2 **Flagrante próprio, perfeito, verdadeiro ou real**

O intitulado **flagrante próprio** é também chamado de **verdadeiro, próprio** ou **real**¹⁷⁷ e se caracteriza em uma das situações dos incisos I e II, do artigo 302, do CPP, vale dizer, quando o agente está cometendo a infração penal ou acabou de cometê-la.

Como se nota, no flagrante próprio, o sujeito é surpreendido realizando a conduta delitiva, ou imediatamente após perpetrá-la.¹⁷⁸

Nas palavras de Bruno Taufner Zanotti e Cleopas Isaías Santos:¹⁷⁹

O chamado flagrante próprio ou flagrante real corresponde às duas primeiras hipóteses de flagrância, previstas nos inc. I e II do art. 302 do CPP, ou seja, quando alguém, respectivamente, “está cometendo a infração penal” ou

¹⁷⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 311.

¹⁷⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Impetus, 2013, p. 869.

¹⁷⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 740.

¹⁷⁹ ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 269.

“acaba de cometê-la”. Estas são as hipóteses que melhor traduzem a noção de flagrância delitiva, ou seja, aquela em que o agente é preso durante a execução de um crime ou no instante em que parou sua atividade criminosa, mesmo que o crime não se consume. Esta a razão porque a visibilidade e a certeza do cometimento do delito traduzem, neste caso, um forte fundamento de legitimidade para a permissão legal de restrição à liberdade de alguém.

Destaca-se que a expressão “está cometendo” do inciso I do artigo 302 do CPP revela que a intervenção estatal (flagrante obrigatório) ou particular (flagrante facultativo) para a abordagem e captura do suspeito ocorre durante a prática criminosa, isto é, concomitante à ação ilícita. Caso a infração não se consume, estar-se-á diante de uma tentativa, visto que, iniciada a execução do delito, este não se perfez por circunstâncias alheias à vontade do agente, nos moldes do artigo 14, inciso II do Código Penal.

Já a locução “acaba de cometê-la” do inciso II do mesmo dispositivo processual penal denota uma condição de tempo imediatamente posterior à prática delitiva, quando o infrator é surpreendido entre encerrar a execução e resolver fugir ou retirar-se do local do delito.¹⁸⁰ A propósito, afirmava Inocêncio Borges da Rosa:¹⁸¹

Entende-se que o agente acaba de cometer a infração, quando já cessado o último ato de sua execução e ainda se acha no mesmo local do crime, logo após tê-lo cometido. Se está no mesmo local, mas já tem decorrido apreciável espaço de tempo, não mais se pode falar em flagrante delito porque já deixou de ocorrer o tempo imediatamente posterior à prática do último ato de execução.

6.3 Flagrante impróprio, imperfeito, irreal ou quase-flagrante

A modalidade conhecida como **flagrante impróprio**, também denominado flagrante **imperfeito, irreal** ou **quase-flagrante**¹⁸² é a prevista no inciso III, do destacado artigo 302, do CPP, que se configura quando o agente é perseguido e detido, logo após cometer a infração penal.

¹⁸⁰ BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 39.

¹⁸¹ ROSA, Inocêncio Borges da. *Processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942, v. II, p. 235-236.

¹⁸² DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 312.

A lei processual penal autoriza que se considere o suspeito em estado flagrancial, embora já tenha praticado a ação, quando venha a ser capturado por policiais ou particulares que o acoassavam.

Nesta hipótese não há o mesmo rigor temporal exigido para a configuração do flagrante próprio, admitindo certo intervalo de tempo entre a prática do delito e a captura do sujeito.¹⁸³

O conceito de perseguição pode ser extraído do artigo 290, § 1º do CPP:

Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando:

- a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;
- b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encaço.

Desse modo, a norma processual penal impõe que o acompanhamento do suspeito deve ser ininterrupto, ainda que não se encontre mais sob a vista do perseguidor, e inclusive aliado a indícios e informações do rumo tomado pelo fugitivo.

De fato, sobretudo diante do quadro tecnológico contemporâneo e da imensidão dos grandes conglomerados urbanos, não há como exigir que a perseguição seja realizada com a percepção visual do criminoso. Como dito, deve ser ininterrupta e analisada nos moldes do mencionado § 1º, do artigo 290, do CPP.

Assim, por exemplo, se um roubador subtrai um veículo automotor no qual há instalado equipamento rastreador via satélite com sistema de posicionamento global, popularmente conhecido por “GPS” (da expressão inglesa *Global Positioning System*), e a vítima em seguida comunica a polícia, nada obsta que os policiais, de imediato e com base nas informações obtidas pelo sistema de rastreamento, encetem diligências no encaço do criminoso, e este, caso seja encontrado, poderá ser capturado e preso em flagrante delito.

Raciocínio similar se aplica para a subtração de aparelhos de telefonia móvel celular, atualmente um dos bens materiais que mais figuram entre os objetos de crimes patrimoniais, e que costumam ser equipados com aplicativos eletrônicos de localização, em regra também via “GPS”. O criminoso poderá ser perseguido por meio das informações fornecidas virtualmente e, caso localizado, capturado e submetido à prisão flagrancial.

¹⁸³ BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 37.

No que tange à locução “logo após”, há posicionamento que a diferencia da expressão “logo depois” prevista na modalidade do inciso IV, denominado “flagrante ficto ou presumido”, comentado no tópico seguinte, notadamente pelo lapso temporal. Esse entendimento confere ao “logo após” um sentido de duração menor que o “logo depois”, e argumenta que a modalidade do inciso III, por estar atrelada à uma “perseguição”, exige uma maior rapidez que a situação do inciso IV, que fala em “encontrar” o suspeito.¹⁸⁴

O entendimento em sentido contrário, pela equivalência cronológica entre as expressões “logo após” e “logo depois”, funda-se na concepção de que a imediatidade e a pronta reação ao cometimento do delito são critérios comuns nas modalidades de flagrância, não comportando distinções semânticas.¹⁸⁵

Outrossim, não há restrição quanto ao tempo que a perseguição poderá durar, desde que não ocorra solução de continuidade, como assinala Gustavo Badaró:¹⁸⁶

A expressão “logo após” indica que não pode haver solução de continuidade entre o cometimento do delito e o início da perseguição. Não importa o tempo que durar a perseguição, isto é, o tempo transcorrido entre o momento do crime e o da captura (horas ou até dias). Desde que não haja solução de continuidade, pouco importará o tempo da perseguição.

6.4 Flagrante presumido, assimilado ou ficto

O **flagrante presumido**, também intitulado **flagrante ficto** ou **assimilado**¹⁸⁷ consiste na modalidade definida no inciso IV, do artigo 302, do CPP, na qual o agente é encontrado logo depois de perpetrar a infração, na posse de instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Conforme apontado, conquanto a expressão “logo depois” tenha o mesmo significado que aquela prevista para o flagrante impróprio (“logo após”), há posicionamento entendendo que este caso admite um elastério maior do lapso temporal entre a prática ilícita e a captura do suspeito.

¹⁸⁴ AVENA, Norberto. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 780.

¹⁸⁵ ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 271; DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 312.

¹⁸⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 725.

¹⁸⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 312.

Aqui não há exigência de perseguição do suspeito, podendo ser uma mera abordagem casual, como numa operação rotineira de fiscalização estatal em que o agente seja surpreendido na posse de objetos ou instrumentos empregados em delito que cometera pouco antes.¹⁸⁸

6.5 Flagrante em crimes permanentes

O artigo 303 do CPP dispõe que, “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”.

As infrações penais consideradas permanentes são aquelas cuja consumação se protraí no tempo, por vontade do agente, de maneira de o ordenamento jurídico é agredido reiteradamente, razão pela qual a prisão em flagrante delito é cabível a qualquer momento, enquanto perdurar a ação ilícita.¹⁸⁹

Geralmente, as ações nucleares de determinados tipos penais determinam se uma infração pode ser considerada permanente, sendo exemplos mais comuns os verbos transportar, conduzir e ocultar do delito de receptação do artigo 180, *caput*, do Código Penal; a conduta de privar alguém da liberdade e sequestrar dos crimes de sequestro ou cárcere privado e de extorsão mediante sequestro previstos nos artigos 148 e 159, assim como de ocultar cadáver do artigo 211, todos do estatuto criminal. De igual maneira, na legislação especial, as ações de possuir, portar e manter sob sua guarda arma de fogo, da posse irregular e porte ilegal dos artigos 12 e 14 do Estatuto do Desarmamento (Lei Federal nº 10.826/2003), assim como os verbos trazer consigo, guardar e ter em depósito drogas, no porte para consumo pessoal e de comércio de substâncias ilícitas dos artigos 28 e 33 da Lei de Drogas (Lei Federal nº 11.343/2006), a conduta típica de ocultar bens, direitos e valores provenientes de infração penal do artigo 1º da Lei da Lavagem de Capitais (Lei Federal nº 9.613/1998), e a ação de promover ou constituir organização criminal do artigo 2º da Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei Federal nº 12.850/2013).

Sobre a flagrância delitativa nas hipóteses de crimes permanentes, assim exemplifica Aury Lopes Junior:¹⁹⁰

¹⁸⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 464.

¹⁸⁹ MASSON, Cleber Rogerio. *Direito penal esquematizado – parte geral*. São Paulo: Método, 2013, p. 197.

¹⁹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 606-607.

Em todos esses casos a consumação se prolonga no tempo, fazendo com que exista um estado de flagrância igualmente prolongado. Enquanto durar a permanência, pode o agente ser preso em flagrante delito, pois considera-se que o agente “está cometendo a infração penal”, nos termos em que prevê o inciso I do art. 302.

Assim, a descoberta de um cadáver “ocultado”, ou de bens e valores (no caso de delito de lavagem), autoriza a prisão em flagrante do agente, pois é como se o crime estivesse sendo praticado naquele momento.

Da mesma forma, enquanto o agente tiver em depósito ou guardar drogas para entregar a consumo ou fornecer (art. 33 da Lei n. 11.343/2006) haverá uma situação de flagrante permanente.

Não se olvida da existência de delitos que, embora em princípio sejam de consumação imediata (crimes instantâneos ou de estado)¹⁹¹, em especial aqueles de cunho patrimonial, em algumas circunstâncias a jurisprudência já reconheceu que podem ser considerados permanentes, como ocorre no estelionato praticado contra a Previdência, tipificado no artigo 171, com causa de aumento do § 3º, do Código Penal, consoante se observa na ementa de decisão do Superior Tribunal de Justiça:¹⁹²

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO PRATICADO CONTRA PREVIDÊNCIA SOCIAL POR EX-PRESIDIÁRIO. CRIME PERMANENTE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. 1. O recebimento indevido de benefício, obtido mediante fraude praticada por ex-presidiário, configura **crime permanente**, não se exaurindo o seu *iter* apenas no momento da sua concessão, pois **se renova toda vez que o agente se apresenta perante a Previdência para novos recebimentos**. 2. Embargos de divergência conhecidos e providos (grifamos).

6.5.1 Inviolabilidade domiciliar e prisão em flagrante delito

A inviolabilidade do domicílio recebe especial tutela constitucional no inciso XI do artigo 5º da Lei Maior, que preceitua que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

¹⁹¹ MASSON, Cleber Rogerio. *Direito penal esquematizado – parte geral*. São Paulo: Método, 2013, p. 196.

¹⁹² STJ, RE nº 1.235.529/RS, Min. Rel. Moura Ribeiro, j. 27/08/2014.

Dentre as exceções arroladas pela Constituição Federal à regra da inviolabilidade domiciliar, encontra-se justamente a flagrância delitiva, razão pela qual o ingresso em residência para interromper prática criminosa em estado flagrancial consubstancia causa excludente de ilicitude dos crimes de violação de domicílio e de abuso de autoridade (Lei Federal nº 4.898/65, art. 3º, “b”), nos termos do § 3º, inciso II do artigo 250 do Código Penal.

A Lei Maior, havendo estado flagrancial, autoriza o ingresso em uma casa, independentemente do horário e de ordem judicial. A questão que gera divergência situa-se no nível de evidência e certeza da efetiva existência da flagrância delitiva.

Sobre o tema, Henrique Hoffmann Monteiro de Castro assim sintetiza os posicionamentos existentes:¹⁹³

Polêmica existe não quanto à possibilidade da entrada na casa em situação flagrancial, mas no grau de certeza de que o crime está ocorrendo. Nesse ponto, há basicamente 3 correntes:

- a) é preciso que o policial tenha certeza visual do flagrante ocorrendo no interior da casa, sob a perspectiva da via pública; trata-se de juízo de certeza;
- b) não se exige que o policial possa enxergar o crime acontecendo dentro da residência, mas fundadas razões de que há uma situação flagrancial, com lastro em circunstâncias objetivas, ou seja, demonstração por outros meios além do olhar da via pública (ex: palavra de testemunhas, relatório policial decorrente de campana, conversas captadas em interceptação telefônica); cuida-se de juízo de probabilidade, demonstrado por elemento externo objetivo;
- c) é dispensável do policial a certeza visual do flagrante e mesmo as fundadas razões, podendo ingressar em domicílio baseado em vagas suspeitas de que crime está ocorrendo no interior da casa, com base na mera intuição pessoal; trata-se de juízo de possibilidade, aferível por elemento interno subjetivo.

A posição intermediária, conhecida como **justa causa provável** ou **visível**, exige um mínimo de conhecimento antecipado por meio de elementos concretos e verossímeis de que há prática delitiva em estado flagrancial no interior da residência, denominada “**visibilidade provável prévia ou palpável**” por Ruchester Marreiros Barbosa, sob os seguintes argumentos para o ingresso legítimo em domicílio:¹⁹⁴

¹⁹³ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Prisão em flagrante no domicílio possui limites. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 jul. 2017.

¹⁹⁴ BARBOSA, Ruchester Marreiros. Busca e apreensão e a justa causa visível ou provável. In: BARBOSA, Ruchester Marreiros; et al. *Polícia judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 143-144.

Tais critérios de conhecimento prévio são aqueles que levariam uma pessoa em circunstâncias razoáveis (não se exige certeza absoluta) a crer que precisaria agir imediatamente para prevenir um mal a alguém ou fazer cessar um crime em andamento, pelo qual tomou conhecimento e faz com que o agente creia que está em curso, ainda que posteriormente se constate o contrário, sendo plenamente possível a hipótese de estrito cumprimento do dever legal putativo.

Até mesmo esta descriminante putativa, para que se leve a efeito, o agente público precisaria tomar conhecimento de circunstâncias tais que se existissem o fariam crer estar um crime em curso, e que, portanto, precisaria ingressar na casa.

Destas premissas, chegamos à conclusão que é necessário um elemento concreto que denominamos de visibilidade provável prévia ou palpável para a decisão do ingresso ou não na casa.

No campo jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, em decisão do pleno e em sede de repercussão geral, adotou entendimento nessa senda, de que a entrada forçada em domicílio sem ordem judicial só é lícita quando escorada em fundadas razões indicativas da situação de flagrância delitiva no interior da residência, devida e posteriormente justificadas para moderação pelo Poder Judiciário:¹⁹⁵

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. **Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente.** Possibilidade. **A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo.** 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. **Controle judicial a posteriori.** Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. **Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente.** A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). **O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico.** Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. **Justa causa.** A entrada forçada em domicílio, sem uma

¹⁹⁵ STF, RE nº 603.616-RO, Plenário, Relator Min. Gilmar Mendes, j. 05/11/2015.

justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. **Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.** 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso (grifamos).

Já o Superior Tribunal de Justiça, em decisão da 6ª Turma que considerou como referência o citado julgado da Corte Suprema brasileira, negou provimento a Recurso Especial e manteve decisão absolutória do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que considerara ilícito ingresso em domicílio baseado em mera intuição, com vaga suspeita desprovida de elementos concretos, conforme trecho de decisão ora colacionado:¹⁹⁶

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. FLAGRANTE. **DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DA ACUSADA. RECURSO NÃO PROVIDO.**

(...)

4. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de **fundadas razões (justa causa)** que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, **somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.**

(..)

9. A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso no domicílio alheio a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo.

¹⁹⁶ STJ, RE nº 1.558.004/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 31/08/2017.

(...)

13. A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pela recorrida, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, isoladamente, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio sem o consentimento do morador – que deve ser mínima e seguramente comprovado – e sem determinação judicial.

14. Em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais que justificassem a invasão de domicílio. Assim, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da *fruits of the poisonous tree doctrine*, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a apreensão, após invasão desautorizada do domicílio da recorrida, de 11 pedras de crack –, pois evidente o nexos causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.

15. Recurso especial não provido (grifamos).

Diante da orientação jurisprudencial e doutrinária, notadamente em se tratando de captura em aparente flagrância delitiva, espera-se que o Delegado de Polícia seja o primeiro filtro legalista e de contenção, seguido pelo Poder Judiciário, para o controle de abusos ao ingresso forçado em domicílio quando não amparado em suspeita com mínimo de indícios concretos da ocorrência de prática criminosa, visto que o acesso ao interior de residência afrontando a tutela constitucional desencadeia a ilicitude dos elementos eventualmente ali encontrados, em especial drogas proibidas e armas de fogo, tornando-os imprestáveis para fins probatórios e de responsabilização criminal.

6.6 Ação controlada e entrega vigiada: flagrante retardado, postergado, estratégico, prorrogado ou diferido

A “ação controlada” constitui meio de obtenção de prova atualmente disciplinado na Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei Federal nº 12.850/2013), assim definida no artigo 8º do referido diploma:

Art. 8º Consiste a **ação controlada** em **retardar a intervenção policial ou administrativa** relativa à ação praticada por **organização criminosa** ou a **ela vinculada**, desde que mantida **sob observação** e **acompanhamento** para que a medida legal se concretize no **momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações**.

§ 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será **previamente comunicado ao juiz competente** que, se for o caso, **estabelecerá os seus limites** e comunicará ao Ministério Público.

§ 2º A comunicação será **sigilosamente** distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á **auto circunstanciado** acerca da ação controlada (grifamos).

O texto legal, aplicável aos casos de organização criminosa¹⁹⁷, é entendido como uma autorização legal para que a prisão em flagrante seja retardada ou protelada para outro momento, que não aquele em que o delinquente está cometendo a infração penal, excepcionando as regras do CPP de pronta atuação das instituições policiais (arts. 301 e 302, I).¹⁹⁸

Parcela da doutrina denomina a ação controlada de “**flagrante retardado**”, “**postergado**”, “**estratégico**”, “**prorrogado**” ou “**diferido**”¹⁹⁹, em virtude da possibilidade da intervenção policial ser protelada, circunstância que é objeto de divergências, em especial porque a lei não estabelece lapso temporal para que a ação estatal seja levada a efeito, e uma interpretação ampliativa admitiria que um indivíduo fosse preso em flagrante delito fora das hipóteses definidas no artigo 302 do estatuto de rito criminal.

A Lei nº 12.850/2013 detalhou a denominada “ação controlada”, antes citada no artigo 2º, inciso II da revogada Lei nº 9.034/1995, havendo posicionamento no sentido de que também estaria prevista na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), que assim dispõe em seu artigo 53, inciso II:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante **autorização judicial** e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:
(...)

¹⁹⁷ O § 1º do artigo 1º da citada Lei nº 12.850/2013 assim dispõe: “considera-se organização criminosa a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

¹⁹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 610.

¹⁹⁹ PIMENTEL JÚNIOR, Jaime. Existe flagrante prorrogado, postergado ou diferido? *Revista jurídica da Libertas Faculdades Integradas*, São Sebastião do Paraíso, n. 1, ano 7, 2017.

II - a **não-atuação policial** sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de **identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição**, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o **itinerário provável** e a **identificação dos agentes do delito** ou de **colaboradores** (grifamos).

O instituto da Lei de Drogas costuma ser denominado de “**entrega vigiada**”, ao menos quando há acompanhamento de remessas com conteúdo suspeito de substâncias proscritas. Há discordância de que se trata de medida equivalente ou mesmo de uma espécie de ação controlada, como opina Guilherme Madeira Dezem:²⁰⁰

Muitos pretendem tratar como sinônimos a entrega vigiada e o flagrante retardado (diferido, virtual ou ação controlada). No entanto esta ideia não me parece ser tecnicamente a mais adequada.

É verdade que há dois requisitos comuns a ambos:

- a) necessidade de autorização judicial. Para ambas as hipóteses há necessidade de autorização judicial, não podendo a conduta ser tomada pela autoridade policial sem que haja e;
- b) retardamento da prisão captura por parte da autoridade policial e de seus agentes.

No entanto, é forçoso reconhecer que as similitudes param por aí. Enquanto na entrega vigiada há necessidade de se conhecer o itinerário provável tal medida não ocorre em relação ao flagrante retardado. E nem se poderia exigir isso mesmo, pois neste caso não se sabe qual o destino que a organização criminosa tomará.

É preciso que se dê a dignidade técnica que o processo penal merece. Dizer que ambos os institutos são similares significa dizer que a prisão preventiva e a prisão temporária são o mesmo instituto pois decretadas por juiz e com restrição da liberdade e isso, como sabemos, é tecnicamente equivocado.

Apesar do respeitável entendimento, que considera necessária autorização judicial para a ação controlada da Lei de Combate às Organizações Criminosas, da literalidade dos textos legais se depreende que a principal distinção entre a “ação controlada” e a “entrega vigiada” encontra-se no fato de que na Lei de Drogas é exigida expressa concessão judicial para a medida (art. 53, *caput*), enquanto a atual Lei nº 12.850/2013 fala apenas em “comunicar” o

²⁰⁰ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de direito processual penal*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, p. 314.

Juiz de Direito, que pode realizar um controle e estabelecer limites para a medida (art. 8º, § 1º), conforme destacam Cleopas Isaías Santos e Bruno Taufner Zanotti:²⁰¹

Diferentemente do regramento anterior, em que a ação controlada dependia de prévia autorização judicial, a nova lei das organizações criminosas dispensa tal autorização. Atualmente o delegado de polícia avaliará a necessidade e conveniência de retardar sua atuação e apenas comunicará ao juiz competente sua decisão. O juiz, caso entenda necessário, estabelecerá os limites, inclusive temporais, do retardamento da atuação policial, bem como comunicará ao Ministério Público.

A comunicação feita pelo delegado ao juiz deverá ser sigilosa, a fim de manter a eficácia da operação, dos autos podendo ter acesso apenas o juiz, o Ministério Público e o próprio delegado responsável pela operação.

Ao fim das diligências de ação controlada, deverá a autoridade policial elaborar um auto circunstanciado sobre todas as diligências.

Márcio Adriano Anselmo compartilha entendimento semelhante.²⁰²

De acordo com a redação no artigo 8º, a ação controlada deverá ser *comunicada* previamente ao juiz competente, que, se for o caso, estabelecerá seus limites e comunicará o Ministério Público. Assim, o procedimento deve ser objeto de *comunicação*. Cabe questionar aqui se estamos diante de uma necessidade de autorização ou de uma mera comunicação.

(...)

Nos parece fora de razoabilidade que o procedimento requeira autorização judicial, uma vez que, a depender de tal autorização, correr-se-ia o risco, inclusive, de se perder a prisão em flagrante, por exemplo. Assim, entendemos que se trata de uma comunicação ao juízo competente, em procedimento autônomo, a ser distribuído por dependência aos autos principais.

Sustenta-se ainda que o artigo 4º-B da Lei dos Crimes de “Lavagem” de Capitais (Lei nº 9.613/1998) também traz uma espécie de ação controlada:²⁰³

A ordem de prisão de pessoas ou as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores poderão ser suspensas pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações.

²⁰¹ SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 283.

²⁰² ANSELMO, Márcio Adriano. A ação controlada e a intervenção da polícia judiciária. *Revista Consultor Jurídico*, 30 maio 2017.

²⁰³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1224-1225. Ademais, a Lei Federal nº 13.260/2016, que cuida do combate ao terrorismo, em seu artigo 16, e a Lei Federal nº 13.344/2016, que dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas, em seu artigo 9º, autorizam a incidência dos institutos da Lei nº 12.850/2013 para tais modalidades delitivas, de modo que a elas a ação controlada também é aplicável.

No que se refere à entrega vigiada, ou entrega controlada²⁰⁴, em que pese aparentemente não esgotar a extensão da medida disciplinada no artigo 53, inciso II da Lei de Drogas, e a despeito da controvérsia quanto a consistir ou não numa modalidade de ação controlada, convém pontuar previsão na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como “Convenção de Palermo”, promulgada no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, que em seu artigo 2º assim define o instituto da “entrega vigiada”:

técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática.

Rodrigo Carneiro Gomes entende que a entrega vigiada²⁰⁵, conquanto dotada de uma abrangência mais restrita, pode ser considerada uma modalidade de ação controlada:²⁰⁶

A ação controlada e a entrega vigiada são terminologias diversas, embora usadas indistintamente, talvez porque ambas tenham idêntico objetivo: maior eficácia probatória e repressiva na medida em que possibilitam a identificação do maior número de integrantes de uma quadrilha ou organização criminosa.

O conceito de ação controlada é mais amplo, pois permite o controle e vigilância (observação e acompanhamento, no texto legal) de qualquer ação criminosa e não apenas a entrega vigiada de entorpecentes (no caso da Convenção de Viena) e de armas (no caso da Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo). Pode-se considerar, assim, que a entrega vigiada é uma das modalidades de ação controlada.

Discute-se se a ação controlada só admite a prisão em flagrante dos suspeitos quando presente alguma das situações de estado flagrancial dos artigos 302 e 303 do CPP, mormente quando se tratar de crime permanente, o que inclusive é característica marcante de ações

²⁰⁴ MASSON, Cleber Rogerio; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. São Paulo: Método, 2017, p. 233.

²⁰⁵ Fala-se ainda em “entrega vigiada limpa” quando há identificação e substituição do conteúdo ilícito de uma correspondência remetida por via postal ou por frete, e em “entrega vigiada suja” se o conteúdo suspeito ou ilícito for mantido para o acompanhamento de determinado material remetido para a identificação das pessoas envolvidas e possível abordagem e captura. LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Impetus, 2013, p. 876.

²⁰⁶ GOMES, Rodrigo Carneiro. A novíssima lei de entorpecentes (Lei 11.343/2006) e as modificações da “ação controlada” ou “não-atuação policial”. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.16, fevereiro 2007.

nucleares de parte dos delitos das Leis nº 11.343/2006 e nº 12.850/2013²⁰⁷, de maneira que não seria propriamente uma nova modalidade legal de flagrância delitiva, e sim de uma autorização que a lei concede ao Delegado de Polícia e seus agentes para que deixem de realizar a captura e a prisão em flagrante ao surpreender a ação espúria, prorrogando o momento para a intervenção estatal.²⁰⁸

Nesse quadro, são oportunos os comentários de Gustavo Badaró acerca da ação controlada.²⁰⁹

A autoridade ou agente policial pode deixar de realizar a prisão em flagrante no momento em que o crime está ocorrendo para obter maiores informações sobre o funcionamento e os membros da organização criminosa. Obviamente, a autoridade policial, no momento posterior, quando descobrir os elementos mais relevantes, não poderá realizar a prisão em flagrante, pelo ato pretérito que foi tolerado visando à eficácia da investigação, uma vez que não mais existirá qualquer das situações de flagrante do art. 302.

Não se trata, porém, de uma nova modalidade de prisão em flagrante, ou da disciplina legal de uma nova situação de flagrante delito. Há, apenas, uma autorização legal para que a autoridade policial e seus agentes, que, a princípio, teriam a obrigação de efetuar a prisão em flagrante (CPP, art. 301, 2ª parte), deixem de fazê-lo, visando a uma maior eficácia da investigação.

Desse modo, em se tratando de crime permanente ou de nova prática delituosa que venha a ocorrer por ocasião da opção do Delegado de Polícia pela não atuação (ação controlada em sentido amplo), aguardando para promover a ação policial em instante mais conveniente, estar-se-á na verdade diante de um “flagrante esperado especial”, cujos fatores especializantes consistem na prévia comunicação judicial de que a Autoridade Policial retardará sua atuação, nas hipóteses de delitos de organizações criminosas, ou de prévia autorização judicial nas hipóteses de crime envolvendo comércio de drogas ilícitas.²¹⁰

Além disso, nada impede que, por ocasião da autorização ou comunicação ao Poder Judiciário sobre a ação controlada, seja também representada pela custódia cautelar (prisão

²⁰⁷ Diante da característica de permanência das ações como a de ter em depósito, guardar ou trazer consigo do artigo 33 da Lei 11.343/2006 ou da conduta de constituir ou integrar organização criminosa do artigo 2º da Lei 12.850/2013, vale dizer, enquanto não desfeita a associação ilícita (*societas criminis*), os suspeitos poderão ser capturados e presos em flagrante delito, nos moldes do artigo 303 do CPP. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado. Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 18.

²⁰⁸ MASSON, Cleber Rogério; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. São Paulo: Método, 2017, p. 236.

²⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.727.

²¹⁰ SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 284.

temporária ou preventiva) de infratores, se as circunstâncias fáticas do caso concreto demandarem hiato temporal relevante sob o ponto de vista operacional e houver identificação prévia de criminosos envolvidos na prática das infrações penais pretéritas que foram objeto da não atuação estatal preliminar, sem prejuízo da captura e prisão em flagrante dos suspeitos que estiverem cometendo conduta delitiva permanente.

6.7 Fundada suspeita e indiciamento: requisito probatório da prisão em flagrante delito

Para a decretação da prisão em flagrante delito, a lei impõe que a suspeita em relação ao sujeito capturado e conduzido em aparente flagrância delitiva seja “fundada”, conforme § 1º do artigo 304 do CPP:

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

Partindo de uma leitura dissociada dos direitos fundamentais e sobretudo das garantias processuais penais, pode ser sustentada uma interpretação no sentido de que a avaliação da presença da fundada suspeita ocorre somente após a lavratura do auto prisional em flagrante delito.

Entretanto, em especial após o advento da Lei nº 12.830/2013, que passou a exigir expressamente a fundamentação para o indiciamento em seu artigo 2º, § 6º, mister se faz ressaltar que a decisão que determina a prisão em flagrante delito, exarada no auto prisional, figura como espécie do gênero indiciamento²¹¹, e a “fundada suspeita” é precedida de uma análise técnico-jurídica dos fatos, para aferir um juízo de probabilidade motivado, consubstanciado na existência de justa causa (*fumus comissi delicti*) a fim de decretar ou não a custódia flagrancial.

Assim, a **fundada suspeita** do § 1º do artigo 304 do CPP exprime um **requisito indiciário** ou **probatório** reclamado para a determinação da custódia flagrancial, a ser

²¹¹ ROSA, Alexandre de Moraes da; BERCLAZ, Márcio Soares. Prisões em flagrante não motivadas devem ser anuladas. *Revista Consultor Jurídico*, 4 jun. 2014.

agregado ao **requisito temporal** traduzido em uma das modalidades de flagrância delitiva do artigo 302 do estatuto processual criminal.

Por uma questão de coerência e respeito às premissas constitucionais, deve ser primeiro realizado um juízo técnico-jurídico do contexto fático apresentado para, se estiver caracterizada a “fundada suspeita” em face do sujeito capturado, só então ser decretada a prisão em flagrante delito por meio da formalização do auto prisional correlato.

De outro lado, se não estiver configurada a fundada suspeita, por conta de ausência de elementos concretos suficientes para ensejar o juízo de probabilidade próprio do indiciamento (requisito probatório) ou inoportunidade de flagrância delitiva (requisito temporal), como regra os fatos devem ser registrados em boletim de ocorrência circunstanciado, esgotando-se as medidas de polícia judiciária cabíveis (formalização de oitivas, requisição de exames periciais, apreensões etc.) para apuração mais acurada em sede de inquérito policial a ser instaurado via portaria, sem qualquer prejuízo para a reta persecução penal.

Em outras palavras, para a decretação da prisão em flagrante delito, o **requisito temporal** (estado flagrancial) deve ser conjugado com o **requisito probatório** (fundada suspeita).

Com efeito, o indiciamento é considerado o ato pelo qual o Delegado de Polícia manifesta sua convicção jurídica motivada ao imputar a uma pessoa a condição de provável autor ou partícipe da infração penal investigada no inquérito policial²¹², aceitação esta decorrente de um enfoque material. Trata-se do indiciamento propriamente dito, ora denominado “indiciamento material”.²¹³

Enquanto não determinado o indiciamento, o indivíduo é tratado como “investigado”, ou seja, um “mero suspeito” ou apenas uma “parte” envolvida no fato apurado, sem definição precisa se há ou não evento potencialmente delituoso a ele imputado. Uma vez deliberado e formalizado o ato, o sujeito passa a ser designado “indiciado” e, de acordo com o convencimento técnico-jurídico justificado da autoridade presidente do inquérito policial, figura então como “provável autor” do fato objeto da investigação criminal. Trata-se, pois, da transposição de um juízo de possibilidade (mera suspeita) para outro de probabilidade

²¹² CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Uma análise sobre a coerência da jurisprudência do STJ quanto ao tema do indiciamento intempestivo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, mar. 2007.

²¹³ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. O indiciamento sob o enfoque material e a Lei Federal nº 12.830/2013 (investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia). *Revista da Academia de Polícia Civil do Estado de São Paulo - Acadepol News*, dez. 2013 v.2 n.2. São Paulo: Acadepol, 2013.

(fundada suspeita), lastreado em conjunto indiciário-probatório mínimo revelador da justa causa (*fumus comissi delicti*) para a decisão de indiciamento.

A Lei Federal nº 12.830, de 20 de junho de 2013, que cuida da investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia, sedimentou a exigência de deliberação motivada para o indiciamento²¹⁴, consoante se depreende da literalidade do § 6º, de seu artigo 2º:

O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias (grifamos).

Vale anotar que, no âmbito da Polícia Civil do Estado de São Paulo, o artigo 5º, da Portaria DGP nº 18, datada de 25 de novembro de 1998, já demandava que o indiciamento fosse determinado mediante despacho fundamentado da Autoridade Policial.²¹⁵

Da mesma forma, na órbita da Polícia Federal, mesmo antes da mencionada Lei nº 12.830/2013, existia obrigatoriedade de motivação para o ato de indiciamento, por força da antiga Instrução Normativa nº 11/2001²¹⁶, hoje regulado na Instrução Normativa nº 108/2016.²¹⁷

²¹⁴ SAAD, Marta. *Indiciamento como ato fundamentado da autoridade policial*. Boletim informativo IBRASPP – Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. Ano 03, nº 05, p.19-21, 2013, p.20; ANSELMO, Márcio Adriano. Indiciamento: fundamentação e efeitos. In: ANSELMO, Márcio Adriano; et al. *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 83-96.

²¹⁵ Portaria DGP nº 18/1998, art. 5º: “Logo que reúna, no curso das investigações, elementos suficientes acerca da autoria da infração penal, a autoridade policial procederá ao **formal indiciamento** do suspeito, decidindo, outrossim, em sendo o caso, pela realização da sua identificação pelo processo datiloscópico. Parágrafo único. O ato aludido neste artigo deverá ser precedido de **despacho fundamentado**, no qual a autoridade policial pormenorizará, com base nos elementos probatórios objetivos e subjetivos coligidos na investigação, os motivos de sua convicção quanto à autoria delitiva e à classificação infracional atribuída ao fato, bem assim, com relação à identificação referida, acerca da indispensabilidade da sua promoção, com a demonstração de insuficiência de identificação civil, nos termos da Portaria DGP – 18, de 31.1.92” (grifamos).

²¹⁶ Instrução Normativa MJ/DPF nº 11/2001, item 89.

²¹⁷ Instrução Normativa nº 108-DG/PF, de 7 de novembro de 2016, art. 84: “O Delegado de Polícia Federal, mediante análise técnico-jurídica, procederá ao indiciamento do investigado em **despacho fundamentado**, e determinará:

I - lavratura do termo de **qualificação e interrogatório**;

II - elaboração do boletim de **vida pregressa**;

III - elaboração do boletim de **identificação criminal**, o qual será acompanhado de cópia autenticada de documento de identificação civil ou das planilhas contendo as individuais datiloscópicas, para posterior remessa à área de identificação criminal; e

IV - expedição da folha de antecedentes criminais.

§ 1º Quando não for possível a realização de interrogatório do indiciado, o Delegado de Polícia Federal justificará e determinará a confecção do boletim de identificação criminal de forma indireta, dispensando-se a lavratura dos termos previstos nos incisos I e II.

§ 2º Em caso de indiciamento de pessoa jurídica, após a lavratura do **despacho fundamentado**, o Delegado de Polícia Federal determinará o interrogatório por meio de seu representante legal ou preposto, a elaboração

Assim, a “fundada suspeita” imprescindível para a determinação da prisão em flagrante delito, como espécie de indiciamento, demanda deliberação motivada, e implica da mesma maneira o “formal indiciamento” do sujeito, encerrando um juízo de probabilidade calcado no convencimento pela análise jurídica do fato, desenvolvido nos mesmos moldes e com idêntico raciocínio ao do indiciamento exarado no curso de procedimento investigatório iniciado via portaria, conquanto realizado em sede de cognição sumaríssima, pelo qual o indivíduo preso e autuado em flagrante delito passa a figurar como o “provável autor” da infração penal apurada.

Destarte, sob o prisma formal, além do auto prisional ou da decisão motivada que o determinam, o indiciamento resulta em três peças ou atos:

- 1) o **auto de qualificação e interrogatório** do sujeito;
- 2) as informações acerca de sua **vida pregressa** e;
- 3) o **boletim de identificação** (ou documento equivalente), que pode ser acompanhado da identificação criminal pelo processo datiloscópico caso o indiciado, ainda que apresente documento de identificação civil, esteja nas exceções previstas na Lei Federal nº 12.037/2009, adiante comentadas.

O referido trio de peças integra o intitulado na praxe policial e forense de “formal indiciamento”, imediatamente oriundo do citado “indiciamento material” que, como visto, consiste na exteriorização da convicção jurídica fundamentada do Delegado de Polícia ao reputar determinada pessoa como provável autor ou partícipe do fato delituoso investigado.

Em síntese, o indiciamento formal é a documentação resultante do indiciamento material, representado pela manifestação decisória motivada da Autoridade Policial via despacho ou lavratura do auto de prisão em flagrante delito.

O fundamento legal das mencionadas peças resultantes do indiciamento encontra-se nos incisos V (qualificação e interrogatório), IX (vida pregressa) e VIII (identificação), do artigo 6º do CPP (Decreto-lei nº 3.689/1941).

do boletim de identificação criminal de pessoa jurídica, acompanhado de extrato do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, e a expedição de folha de antecedentes criminais de pessoa jurídica.

§ 3º O despacho fundamentado exporá os motivos fáticos e jurídicos do ato, indicará a materialidade, a autoria, os indícios e as circunstâncias da prática do crime, e conterá:

I - exposição sucinta dos fatos;

II - descrição da conduta, do resultado e do nexa causal, com a indicação das provas produzidas; e

III - tipificação penal” (grifamos).

Na deliberação pelo indiciamento, seja no auto de prisão em flagrante delito seja mediante despacho no curso do inquérito policial, o Delegado de Polícia aponta os elementos fáticos e jurídicos motivadores de seu convencimento quanto à materialidade e autoria delitivas²¹⁸, assim como no que tange à classificação jurídica do fato apurado.²¹⁹

O indiciamento resulta, pois, de um conjunto de indícios, vocábulo que por sua vez é conceituado no artigo 239 do CPP: “Considera-se **indício** a **circunstância conhecida e provada**, que, tendo relação com o fato, autorize, por **indução**, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias” (grifamos).

O indício, como circunstância concreta que aponta, com grau de probabilidade, a existência de algo, compreende os vestígios, os sinais, as marcas relacionadas ao fato delituoso apurado²²⁰, viabilizando a construção legítima de hipóteses acerca da autoria e da dinâmica do evento.

Logo, para determinar o indiciamento, os indícios devem ser plurais e fidedignos para justificar a atribuição do fato delituoso apurado a um determinado suspeito²²¹, juízo de probabilidade desenvolvido por indução, consistente no raciocínio que parte de dados particulares (fatos, experiências, enunciados empíricos) e, por meio de uma sequência de operações cognitivas, chega a conceitos e conclusões mais gerais. Guia-se dos efeitos à causa,

²¹⁸ MOTA, Juliana Rosa Gonçalves. *Crítica livre: o gongorismo forense que permeia os atos de polícia judiciária – necessidade ou preciosismo*. 2013. 53 p. Monografia (Processo Seletivo de Professor de Redação Oficial) – Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”. São Paulo, 2013, p. 36.

²¹⁹ Na Polícia Civil de São Paulo, o artigo 7º da Portaria DGP nº 18/1998, reforça a importância da fundamentação da convicção jurídica do Delegado de Polícia no auto prisional: “Na lavratura do **auto de prisão em flagrante**, a autoridade policial fará constar, no instrumento flagrancial, de maneira minudente e destacada, a comunicação ao preso dos direitos que lhe são constitucionalmente assegurados e, ainda, se este compreendeu-lhes o significado e se desejou exercê-los.

[...]

§ 2º A tipificação da conduta inicialmente atribuída ao preso no auto de prisão em flagrante será objeto de **fundamentação autônoma** na respectiva peça flagrancial, expondo a autoridade policial as **razões fáticas e jurídicas** de seu **convencimento**.

§ 3º Na nota de culpa entregue ao preso, a autoridade policial descreverá a conduta incriminada e indicará o tipo penal infringido” (grifamos). De igual modo, na Polícia Federal, o § 2º do artigo 99 da Instrução Normativa nº 108/2016, remetendo à disciplina do indiciamento (artigo 84, § 3º da Instrução Normativa), exige fundamentação com exposição dos motivos fáticos e jurídicos para a decisão acerca da prisão em flagrante delito. Não sendo caso de lavrar o auto prisional e havendo indícios da prática de crime de atribuição da Polícia Federal, o Delegado de Polícia instaurará inquérito, por portaria, ou encaminhará a notícia-crime à Corregedoria Regional, imediatamente (artigo 99, § 3º).

²²⁰ HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001, p. 1604.

²²¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 988-989.

das consequências ao princípio, da experiência à teoria.²²² Em suma, de um aspecto particular, revelado no conjunto de indícios, a uma concepção geral, representada pela inferência obtida e pelo conhecimento da regra de experiência fundamentada.

De fato, o raciocínio indutivo parte de um ideia particular para uma geral para extrair uma conclusão. A concepção particular compreende a premissa menor e consiste no indício (circunstância conhecida e provada) que, aplicada a uma ideia geral (premissa maior), expressa na regra de experiência (presunção – o que normalmente acontece), resulte em uma conclusão acerca do fato investigado. Quanto mais indícios identificados, maior será a robustez da conclusão, vale dizer, o juízo de probabilidade que caracteriza o indiciamento.

Como exemplo, em um caso de homicídio, costumam figurar entre os indícios (premissas menores) impressões digitais, uma arma de fogo encontrada no local, projéteis, manchas de sangue, e outros elementos que, na avaliação conjunta, autorizem a relação a uma regra geral e abstrata de experiência (premissa maior) que vinculem tais indícios a uma ou mais pessoas determinadas, e permitam o aludido juízo de probabilidade de que estejam envolvidas no assassinato.

A mencionada Lei nº 12.830/2013 (art. 2º, § 6º) assentou o indiciamento, vale dizer, a manifestação do juízo de probabilidade pela convicção jurídica motivada, como ato privativo do Delegado de Polícia, razão pela qual não pode ser requisitado por Autoridade Judicial ou por agente de órgão ministerial.²²³

Da mesma maneira que o Delegado de Polícia determinará o indiciamento quando entender que o sujeito investigado é o provável autor do fato delituoso perscrutado, deixará de deliberar pelo indiciamento quando reputar que o conjunto probatório coligido seja insuficiente para afirmar tal juízo de probabilidade. Assim também procederá quando vislumbrar circunstâncias que afastem a responsabilidade penal do suspeito, como a presença e o reconhecimento provisório de causas excludentes de ilicitude ou mesmo de culpabilidade,

²²² HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001, p. 1608.

²²³ SAAD, Marta. Indiciamento como ato fundamentado da autoridade policial. *Boletim informativo IBRASPP – Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal*. Ano 03, nº 05, 2013, p. 21; LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Impetus, 2013, p.111. É também a posição sintetizada na Súmula nº 5, do I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo - Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal: “O indiciamento policial é ato privativo do Delegado de Polícia e exclusivamente promovido nos autos de inquérito policial adrede instaurado, devendo ser necessariamente antecedido de despacho circunstanciado contendo os fundamentos fáticos e jurídicos da decisão, bem como a completa tipificação provisória da conduta incriminada”.

consignando tais situações por meio de manifestação fundamentada em histórico de boletim de ocorrência circunstanciado, sobretudo em se tratando de possível estado flagrancial delitivo, assim como no curso do inquérito policial, via despacho decisório motivado, ou ainda no corpo do relatório final do procedimento investigatório criminal, exaurindo as providências que o caso prático reclamar.²²⁴

Oportuno enfatizar que a deliberação e a convicção jurídica da Autoridade Policial, conquanto não vinculem a Autoridade Judicial nem a acusação, pública ou particular, tampouco a defesa, também particular ou estatal, servirão de diretriz primordial para o prosseguimento ou não, e para o deslinde de eventual ação penal.

Tais juízos decorrentes da análise técnico-jurídica do fato investigado ilustram a necessária independência funcional do Delegado de Polícia, identificada na aplicação do princípio da motivação pelo sistema da liberdade na apreciação das provas²²⁵, consentâneo à “livre convicção motivada” (ou “persuasão racional”), pela qual há independência na apreciação legal dos elementos probatórios pelos órgãos públicos julgadores, sem escala de valores entre as provas coligidas, desde que a decisão seja devidamente fundamentada.²²⁶

6.7.1 Momento do indiciamento

Como assinalado, o indiciamento pode ocorrer tanto no curso do inquérito policial inaugurado via portaria quanto no momento da deliberação do Delegado de Polícia pela prisão em flagrante delito, ocasião em que o respectivo auto prisional ensejará o formal indiciamento.

Desse modo, na hipótese de prisão flagrancial, o instante do indiciamento, e a lavratura dos atos materiais que dele resultam, coincide com a própria elaboração do auto prisional, que

²²⁴ Nessa linha dispõe a Súmula nº 6, do I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo - Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal: “É lícito ao Delegado de Polícia reconhecer, no instante do indiciamento ou da deliberação quanto à subsistência da prisão-captura em flagrante delito, a incidência de eventual princípio constitucional penal acarretador da atipicidade material, da exclusão de antijuridicidade ou da inexigibilidade de conduta diversa”.

²²⁵ Em complemento ao discorrido no tópico 5.14 sobre o princípio da motivação, a base do referido sistema da liberdade da apreciação das provas reside no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, e no artigo 155, do CPP, no tocante às Autoridades Judiciais, também aplicável às Autoridades Policiais, prestigiando a motivação nas manifestações estatais e a indispensável independência funcional nos atos de polícia judiciária.

²²⁶ LESSA, Marcelo de Lima. *A independência funcional do delegado de polícia paulista*, 2012, p. 4. Vale lembrar que a Constituição Estadual Paulista assegura expressamente aos Delegados de Polícia independência funcional pela livre convicção nos atos de polícia judiciária (art. 140, § 3º).

também desencadeia a instauração de inquérito policial, servindo como peça inaugural do procedimento investigatório criminal²²⁷, como alhures anotado.

Já o indiciamento durante o trâmite do inquérito policial instaurado via portaria, concretizado mediante despacho decisório fundamentado, deverá ocorrer quando e se a Autoridade Policial vislumbrar que os elementos amealhados são suficientes para apontar a autoria da infração penal perscrutada a determinado sujeito investigado, vale dizer, se houver justa causa (*fumus comissi delicti*). Por essa razão, espera-se que o indiciamento, nesses casos, somente seja levado a efeito após a obtenção de acervo probatório mínimo que, consoante privativo juízo técnico-jurídico do Delegado de Polícia presidente da investigação criminal, permita conferir a condição de provável autor ou partícipe ao indivíduo, que deixa de ser mero suspeito na visão da Autoridade Policial.²²⁸

Por tal razão, como medida salutar para o adequado rumo da persecução penal extrajudicial a depender da dinâmica com que os elementos probatórios sejam obtidos, orienta-se que o sujeito investigado, antes do indiciamento, seja ouvido em declarações, ainda enquanto figurar como “parte” ou “suspeito”, ocasião em que poderá ofertar argumentos defensivos e versão que lhe seja favorável e que implique a realização de diligências para cabal e justa apuração dos fatos e revelação da verdade atingível.

Nessa trilha, Aury Lopes Junior e Roberta Coelho Klein²²⁹, ao comentarem o momento do indiciamento após o advento da Lei Federal nº 12.830/2013, sustentam que o ideal é que o investigado seja previamente ouvido para só então ser determinado ou não, devendo a Autoridade Policial expor claramente caso delibere pelo indiciamento, permitindo o exercício do direito de defesa antes da conclusão do procedimento investigatório.

Após o encerramento do inquérito policial via relatório final e remessa ao Poder Judiciário para apreciação, não há mais que se falar em indiciamento. Ou os autos são arquivados mediante pedido do titular da ação penal e homologação da Autoridade Judicial, ou há oferecimento da peça acusatória ou, no máximo, requisição de novas diligências legais de

²²⁷ ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 162.

²²⁸ RODRIGUES, Nathalie Murcia. O indiciamento sob um viés garantista. *Jusbrasil*, Salvador, fev. 2017;

²²⁹ LOPES JR., Aury; KLEIN, Roberta Coelho. O indiciamento e a Lei 12.830/2013: um avanço, mas não o suficiente. *Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 21, nº 249, agosto/2013, p. 5-6.

polícia judiciária imprescindíveis para tanto, nos termos do artigo 16 do CPP.²³⁰ A lei não admite o retorno do feito investigatório requisitando unicamente o indiciamento.²³¹

Conforme já reportado e de acordo com entendimento doutrinário e jurisprudencial expressamente firmado no artigo 2º, § 6º, da Lei Federal nº 12.830/2013, o indiciamento consubstancia ato privativo do Delegado de Polícia presidente da investigação criminal, pelo qual a Autoridade Policial exera sua livre convicção jurídica motivada.

É de bom alvitre repisar que referido posicionamento pacificou-se nos Tribunais Superiores, inclusive com didática decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal proferida após o advento da Lei Federal nº 12.830/2013, abaixo transcrita:²³²

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. REQUISIÇÃO DE INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. MEDIDA INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INTELIGÊNCIA DA LEI 12.830/2013. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE CONSTANTE NA SÚMULA 691. ORDEM CONCEDIDA.

1. Sendo o **ato de indiciamento** de **atribuição exclusiva** da **Autoridade Policial**, não existe fundamento jurídico que autorize o Magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é **incompatível** com o **sistema acusatório**, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o Juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013.

2. Ordem concedida (grifamos).

Idêntica posição foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.²³³

DIREITO PROCESSUAL PENAL. INDICIAMENTO COMO ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DA AUTORIDADE POLICIAL.

O magistrado não pode requisitar o indiciamento em investigação criminal. Isso porque o **indiciamento** constitui **atribuição exclusiva da autoridade policial**. De fato, é por meio do indiciamento que a autoridade policial aponta determinada pessoa como a autora do ilícito em apuração. Por

²³⁰ CPP, art. 16: “O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia”.

²³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.83; e FERNANDEZ, José Eduardo Gonzalez. *A investigação policial conduzida pelo delegado de polícia à luz da Lei 12.830/13*, 2015. Entretanto, é oportuno destacar que não há óbice de requisição judicial ou formulada pelo órgão acusador para a realização específica de algum dos citados atos formais que resultam do indiciamento, como a identificação do agente (CPP, art. 6º, VIII), caso efetiva e motivadamente imprescindível ao oferecimento da inicial acusatória, em homenagem ao mencionado artigo 16 do CPP.

²³² STF, HC nº 115.015/SP, 2ª Turma, Min. Teori Zavascki, j. 27/08/2013.

²³³ STJ, RHC nº 47.984-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 04/11/2014.

se tratar de medida ínsita à fase investigatória, por meio da qual o **delegado de polícia** externa o seu **convencimento** sobre a **autoria dos fatos apurados, não se admite que seja requerida ou determinada pelo magistrado**, já que tal procedimento obrigaria o presidente do inquérito à conclusão de que determinado indivíduo seria o responsável pela prática criminosa, em nítida **violação ao sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico pátrio**. Nesse mesmo sentido, é a inteligência do art. 2º, § 6º, da Lei 12.830/2013, o qual consigna que o indiciamento é ato inserto na esfera de atribuições da polícia judiciária. Precedente citado do STF: HC 115.015-SP, Segunda Turma, DJe 11/9/2013 (grifamos).

6.7.2 Consequências do indiciamento

Em suma, podem ser apontadas como consequências jurídicas do indiciamento:

1ª) a alteração da situação jurídica formal na investigação, de investigado (mero suspeito) para indiciado (provável autor);

2ª) um maior grau de sujeição do indiciado aos atos legais e medidas cautelares afetos à polícia judiciária;

3ª) a concentração dos elementos informativos acerca da autoria delitiva na pessoa do então indiciado, como principal referência no prosseguimento da persecução criminal;

4ª) os reflexos da ampla defesa e do contraditório na investigação criminal, tendo em vista que, por meio do indiciamento, há expressa ciência do conjunto probatório coligido e será uma oportunidade para o indiciado ofertar sua versão (autodefesa), constituir advogado (defesa técnica), requerer diligências ou mesmo intentar medidas judiciais (defesa exógena).

Nesse sentido leciona Marta Saad:²³⁴

Indispensável e necessário, portanto, desde quando reunida prova que aponte o suspeito como provável autor do delito, o indiciamento deve ser visto como um marco, a partir do qual uma série de deveres e direitos – notadamente o direito de defesa – pode e deve ser exercida.

6.7.3 Qualificação e interrogatório

A qualificação compreende a obtenção dos dados pessoais do sujeito: seu nome completo, filiação, naturalidade e data de nascimento, bem como endereço domiciliar, e é acompanhada de seu interrogatório, vale dizer, da oitiva do indiciado, observando-se, na etapa

²³⁴ SAAD, Marta Cristina Cury. Indiciamento como ato fundamentado da autoridade policial. *Boletim informativo IBRASPP – Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal*. Ano 03, nº 05, 2013, p.20.

policial, no que for aplicável, o regramento da fase judicial previsto nos artigos 185 a 200 do CPP, consoante disposto no inciso V, do artigo 6º, do aludido diploma de rito criminal.

Conquanto possam estar contidos no mesmo documento (“auto de qualificação e interrogatório”), é usual, sobretudo na lavratura do auto de prisão em flagrante delito (CPP, art. 304, *caput*, parte final), que o interrogatório e a qualificação sejam formalizados em peças autônomas. É admissível, também, por economia procedimental, que à qualificação venham agregadas as informações sobre a vida pregressa e o interrogatório do indiciado, pela formalização do documento intitulado “auto de qualificação, interrogatório e vida pregressa”.

Frisa-se que será no bojo do interrogatório policial, mormente por ocasião de sua prisão em flagrante delito, que o indiciado poderá exercer seu direito de defesa, tanto a autodefesa positiva, ofertando sua versão, quanto a negativa (direito ao silêncio), como também acionar defesa técnica por Advogado ou Defensor Público para entrevista reservada, orientações e quaisquer outras manifestações e solicitações que desejar.²³⁵

Ainda quanto à autodefesa, importante observar que será no interrogatório, no judicial e especialmente no policial, que suas respectivas subdivisões, consubstanciadas no direito de presença (comparecimento físico), no direito de audiência (ser ouvido pela autoridade estatal) e no direito de postular pessoalmente (formular pedidos à autoridade)²³⁶ podem ser exercidas com maior proeminência, legitimando e efetivando a atuação do imputado na persecução criminal.

Em sentido amplo, o interrogatório é dividido em duas partes: a primeira sobre a pessoa do acusado e a segunda sobre os fatos (CPP, art. 187, *caput*).

Assim, a primeira parte abrange a confirmação da qualificação do interrogando (dados pessoais como nome, filiação, data de nascimento, naturalidade e endereço) e o pregressamento do sujeito (meio de vida ou profissão, oportunidades sociais, vida pregressa criminal, dados familiares etc.), atos estes que na fase policial são formalizados de modo autônomo pelos atos que resultam do indiciamento, ora comentados: termo de qualificação e interrogatório (CPP, art. 6º, V), boletim de identificação (CPP, art. 6º, VIII) e informações sobre a vida pregressa (CPP, art. 6º, IX), embora nada impeça que todos os dados sejam reunidos num mesmo documento, como já adiantado.

²³⁵ LOPES, Fábio Motta. *Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 133-139.

²³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.19.

Já na segunda parte, que versa sobre os fatos propriamente ditos, primeiro é importante lembrar que o imputado é cientificado do direito de permanecer calado (CF, art.5º, LXIII e CPP, art. 186, *caput*). Desejando se manifestar (autodefesa positiva), o acusado será perguntado sobre os pontos essenciais do evento criminoso: a veracidade ou não da acusação, eventuais suspeitos ou álibis em caso de negativa de autoria, seu conhecimento acerca da vítima, testemunhas e instrumentos da infração e quaisquer outras questões relevantes, de acordo com as circunstâncias do caso apurado, além de alegações que possam ser prestadas em defesa do acusado (CPP, art. 187, § 2º, incisos I a VIII).

No que tange ao interrogatório policial, o procedimento é similar. Embora não seja obrigatória a presença de Defensor, diverso do que ocorre na etapa judicial (CPP, art. 185, *caput*), o indiciado poderá exercer seu direito de permanecer calado (autodefesa negativa) e, desejando falar, será inquirido nos mesmos moldes das indagações previstas para o interrogatório judicial.

6.7.3.1. Direito ao silêncio e o “aviso de Miranda”

O direito ao silêncio representa a tônica do exercício do direito de defesa na persecução penal, não apenas pela autodefesa negativa, mas porque deixa patente a lógica de que cabe ao Poder Público a produção probatória e, na ausência de lastro suficiente, a interpretação será pela absolvição do imputado, que em nenhum momento está obrigado a se manifestar sobre os fatos.

Contudo, embora possa se quedar silente e não esteja compromissado em dizer a verdade, caso opte por se manifestar, não há propriamente ao indiciado um “direito de mentir”. Se o sujeito ofertar versão inverídica, os fatos falsos alegados, ainda que em sede de declarações, antes de ser formalmente indiciado, poderão lhe ser desfavoráveis no cotejo dos dados amealhados na investigação criminal, e poderão resultar na deliberação pelo indiciamento, inclusive na decretação da prisão em flagrante delito quando houver estado flagrancial.

O fato de não existir infração penal de perjúrio ao indiciado (tampouco ao acusado) no ordenamento brasileiro não significa que os eventuais argumentos falaciosos e distorcidos que vier a expor em seu interrogatório não possam ser avaliados e interpretados em seu prejuízo,

embora sempre se exigindo complementação e confronto com outras provas, ao contrário do que ocorre com o silêncio que, por si só, não é suficiente nem para condenar e tampouco para indiciar alguém (CPP, art. 186, p.u.).²³⁷

Não há dúvidas que um dos momentos mais relevantes de desempenho do direito ao silêncio situa-se no interrogatório extrajudicial, conforme já antecipado na abordagem dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, além de outras garantias como a não autoincriminação em sede policial e mesmo como desdobramento da presunção de não culpabilidade enquanto regra de produção de prova²³⁸, com fundamento constitucional expresso no inciso LXIII do artigo 5º da Lei Maior.

Entretanto, há implicações dessa garantia processual penal que merecem atenção e mais reflexões.

O primeiro aspecto a ser destacado consiste em indagar se a advertência ao indiciado quanto ao seu direito de permanecer calado antes do início do formal interrogatório garante a efetividade e amplitude do direito ao silêncio. Em outras palavras, cabe ponderar se o direito ao silêncio está restrito ao interrogatório policial formal ou se o suspeito, no momento em que é abordado e capturado já deve ser advertido que pode permanecer calado.

A solução para a questão emerge da aplicação da tese desenvolvida no famoso “aviso de Miranda” (*Miranda rights* ou *Miranda warnings*), segundo a qual a pessoa precisa ser advertida pelos agentes policiais já no momento de sua abordagem e captura, acerca do seu direito de permanecer calado, além de acionar assistência advocatícia e de não produzir prova contra si.

O “aviso de Miranda” tem origem em julgamento do ano de 1966 pela Corte Suprema dos Estados Unidos da América, no caso *Miranda versus Arizona*, envolvendo a pessoa de Ernesto Miranda, preso pela polícia de Phoenix e submetido a interrogatório em que confessou prática delituosa, porém sem que fosse alertado quanto ao direito de ter um Advogado presente. Na decisão, firmou-se o entendimento de que não são válidas as declarações prestadas aos órgãos policiais por uma pessoa sem que antes ela seja informada de que tem o

²³⁷ O artigo 198 do CPP dispõe que “o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”. Renato Brasileiro de Lima (2013, p. 653) propugna a não recepção da parte final do referido dispositivo, por incompatibilidade ao direito ao silêncio assegurado na Constituição Federal (art.5º, LXIII).

²³⁸ SAAD, Marta. Direito ao silêncio na prisão em flagrante. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 425.

direito de não responder, que tudo que disser poderá ser utilizado contra ela e que tem direito a um defensor escolhido ou nomeado.²³⁹

Destarte, sob essa perspectiva, notadamente em se tratando de prisão em flagrante delito, eventual confissão ou qualquer suposta informação ou declaração prestada informalmente pelo suspeito aos responsáveis pela sua captura, antes de ser apresentado para o Delegado de Polícia e sem que tenha sido avisado de seu direito ao silêncio, inquinam de nulidade referido trecho ou ponto no conteúdo nas oitivas prestadas pelo condutor ou outras testemunhas, devendo ser desconsideradas na avaliação da Autoridade Policial para aferir a fundada suspeita, vale dizer, a justa causa exigida para determinar a custódia flagrancial e elaborar o auto prisional.

David Tarciso Queiroz de Souza assim exemplifica a situação hipotética em comento:²⁴⁰

O desrespeito ao direito ao silêncio fere o princípio da ampla defesa, violando assim as regras previstas no art. 5º, LV e LXIII, da CF/88, devendo, portanto, ser considerada prova ilícita o depoimento do policial que revela conversa informal que manteve com o suspeito, sem a devida advertência do direito de permanecer calado.

O depoimento dos policiais revelando uma confissão obtida sem a devida advertência do direito de permanecer calado burla o direito fundamental ao silêncio e, portanto, deve ser considerada prova ilícita, ou seja, um “nada” jurídico, que não deve ser introduzido no auto de prisão em flagrante, por ser considerada inadmissível, e, caso seja, deverá ser desentranhada.

Desse modo, tratando-se de prisão em flagrante delito, o direito ao silêncio deve ser informado desde a abordagem e captura do suspeito para que seja apresentado à Autoridade Policial. Nada que o sujeito diga sem que esteja ciente dessa garantia poderá ser considerado em seu prejuízo, propiciando idoneidade no exercício dos demais direitos integrantes da autodefesa, consistentes no direito de presença, de audiência e de postular pessoalmente ao Delegado de Polícia por ocasião da decisão acerca da decretação ou não da custódia flagrancial.

²³⁹ ANSELMO, Márcio Adriano. Direito ao silêncio e sua devida interpretação. In: ANSELMO, Márcio Adriano; et al. *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 105-110; LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Impetus, 2013, p. 40; SOUZA, David Tarciso Queiroz de. Direito ao silêncio na fase policial. *Empório do Direito*, Florianópolis, 27 jul. 2016.

²⁴⁰ SOUZA, David Tarciso Queiroz de. Direito ao silêncio na fase policial – segunda parte. *Empório do Direito*, Florianópolis, 27 jul. 2016.

Nesse sentido, Marta Saad elucida a dimensão do direito ao silêncio e correlata garantia contra autoincriminação nos casos de prisão em flagrante delito, ao estabelecer a captura do suspeito como primeiro parâmetro de aplicação:²⁴¹

A aceitação de tal marco inicial para o exercício do direito ao silêncio é de grande importância para que se evitem manobras, decorrentes da prática viciada de privilégio à confissão como forma mais simples de obtenção de meios de prova.

Tais fórmulas, que burlam o direito ao silêncio plenamente assegurado no ordenamento pátrio, consistem:

(i) Nas chamadas “declarações informais” prestadas pelo preso em flagrante aos policiais, sem que seja alertado de seu direito ao silêncio. O teor de tal confissão depois é reproduzido pelos policiais em seus testemunhos ou, ainda, a conversa entre policiais e preso é gravada e a gravação é levada aos autos como meio de obtenção de prova;

(ii) Na entrevista concedida pelo preso à imprensa, sem que o agente do Estado que o detém o informe sobre o direito ao silêncio. Posteriormente, a entrevista é juntada aos autos como documento que servirá como prova ou, ainda, o próprio repórter é ouvido como testemunha, relatando o que foi revelado pelo preso na entrevista;

(iii) Por fim, durante o interrogatório policial, o direito ao silêncio pode ser desrespeitado, com a omissão da explicitação ao preso de seu direito ou com a explicitação parcial deste direito, sem o aviso de que a opção pelo silêncio não importa prejuízo para sua defesa. Diante disso, sem a ciência de seu direito, ou com ciência parcial do seu conteúdo e alcance, o preso acaba prestando declarações, quando poderia permanecer silente, para assegurar sua melhor defesa, caso conhecesse plenamente tal prerrogativa.

Como se observa, eventual “confissão informal” prestada aos responsáveis pela captura do investigado e obtida sob ignorância de permanecer calado, indevidamente introduzida nos depoimentos no auto prisional deve ser desconsiderada, aliás, nem deve constar nas oitivas porquanto ilícita.²⁴² O mesmo vício se verifica nas entrevistas porventura exploradas nos meios midiáticos²⁴³ e na comunicação incompleta do direito ao suspeito, que maculam os

²⁴¹ SAAD, Marta. Direito ao silêncio na prisão em flagrante. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 438.

²⁴² SOUZA, David Tarciso Queiroz de. Tem alguém aí? O direito ao silêncio na fase policial – terceira parte. *Empório do Direito*, Florianópolis, 28 set. 2016.

²⁴³ No Estado de São Paulo, visando tutelar os direitos fundamentais dos envolvidos em investigações criminais e em especial de pessoas presas de indevidas exposições na imprensa, há a citada Portaria DGP nº 18/1998, que assim estabelece em seu artigo 11, parágrafo único, que cuida da preservação dos direitos à imagem, ao nome, à privacidade e à intimidade das pessoas submetidas à investigação policial, detidas em razão a prática de infração penal: “As pessoas referidas nesse artigo, **após orientadas sobre seus direitos constitucionais**, somente serão **fotografadas, entrevistadas** ou terão suas **imagens por qualquer meio registradas**, se **expressamente o consentirem mediante manifestação explícita de vontade, por escrito por termo**

elementos probatórios assim coligidos, tornando-os espúrios e imprestáveis à persecução penal diante do filtro do devido processo, sob pena de alijar o direito fundamental ao silêncio como garantia processual penal.

6.7.3.2 *Prestação de dados falsos e recusa de dados sobre a própria identidade*

Prevalece o entendimento segundo o qual a oferta de dados qualificativos falsos pelo indiciado caracteriza o delito de falsa identidade (CP, art. 307), enquanto a negativa omissiva em fornecer referidas informações pessoais configura a contravenção penal de recusa de dados sobre própria identidade ou qualificação (Lei das Contravenções Penais - Decreto-lei nº 3.688/1941, art. 68, *caput*). Quanto a tais circunstâncias, o indiciado não pode invocar o direito de não produzir prova contra si, tampouco o seu desdobramento de direito ao silêncio porquanto não implicam assunção de responsabilidade pelo fato investigado.²⁴⁴

Destarte, caso o indiciado não forneça elementos suficientes para esclarecer sua identidade, além de responder criminalmente, poderá permanecer preso preventivamente, e a lei confere ao Delegado de Polícia representar ao Magistrado nesse sentido, inclusive por ocasião da comunicação ao Poder Judiciário sobre a prisão em flagrante delito, com fulcro nos artigos 313, parágrafo único, 310, inciso II, 311, 312 (conveniência da instrução e garantia da aplicação da lei penal), 282, § 2º, e artigo 13, inciso IV, todos do CPP.

6.7.3.3 *Confissão*

A confissão consiste, no âmbito policial, no reconhecimento pelo indiciado da prática do fato investigado. Como regra, se opera em sede de interrogatório, embora possa ocorrer fora dele, como mediante incomum juntada de requerimento de diligências pela defesa, por exemplo.

O instituto é disciplinado nos artigos 197 a 200, do CPP, os quais, como de costume, aplicam-se ao inquérito policial no que couberem.

devidamente assinado, observando-se ainda as correlatas normas editadas pelos Juízos Corregedores da Polícia Judiciária das Comarcas” (grifamos).

²⁴⁴ A jurisprudência tem se posicionado nesse sentido, e o Supremo Tribunal Federal já entendeu que o fato do agente se identificar com nome falso ao ser preso, para esconder seus maus antecedentes, tipifica o delito de falsa identidade: STF, 2ª Turma, HC nº 72.377/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 02/04/2009.

É certo que a confissão possui força probatória relativa, e precisa ser confrontada com os demais elementos coligidos. Para tanto, independente do suspeito admitir ou não a prática delitiva, devem ser angariados todos os elementos probatórios que estejam ao alcance da Autoridade Policial, justamente para confirmar ou infirmar a versão do indiciado (CPP, art. 197).

Por tal razão, a análise da confissão deve levar em conta a verossimilhança (probabilidade da versão confessada), a clareza (narrativa compreensível e com sentido inequívoco) e a coincidência entre o relato do confitente e o conjunto probatório haurido.

Além do mais, por ser divisível e retratável (CPP, art. 200), nada impede que o indiciado confesse apenas parte do fato investigado ou mesmo que ele posteriormente mude sua versão.

Como dito, a confissão ocorre, em regra, no bojo do interrogatório. Quando o indiciado apenas admite a prática delitiva, é denominada de “confissão simples”. Se houver alegação de excludente de ilicitude ou de culpabilidade, recebe o batismo doutrinário de “confissão qualificada” e, por fim, rotula-se “confissão delatária”²⁴⁵ na hipótese do sujeito, além de confessar o cometimento do delito, delatar terceiros concorrentes do fato ilícito, quando poderá se estar diante da “delação premiada” se resultar em benefícios legais, e essa “confissão” não será mais inserida diretamente no interrogatório e sim no “acordo de colaboração”.²⁴⁶

6.7.3.4 Tortura

A obtenção de confissão mediante constrangimento com emprego de violência ou ameaça, causando sofrimento físico ou mental ao interrogando, além de imprestável como

²⁴⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Impetus, 2013, p. 665.

²⁴⁶ Até o advento da Lei Federal nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, o novo diploma legal de repressão ao chamado “crime organizado”, a doutrina costumava designar “delação premiada” o instituto que considera como causa de diminuição ou de isenção de pena a “delação” de criminosos ou de outros dados relevantes, por parte de um dos comparsas ou cúmplices de determinado fato delituoso. O instituto, como meio de obtenção de prova, passou a ser legalmente intitulado “colaboração premiada”, com seus parâmetros de aplicação veiculados nos artigos 3º, inciso I, e artigos 4º a 7º, todos da mencionada Lei Federal nº 12.850/2013. Vale destacar que a confissão por meio de “delação premiada” que resulte na identificação de coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas consiste em uma das espécies do gênero “colaboração premiada”, assim como a localização de eventual vítima, a recuperação do produto da prática delitiva e outros auxílios que o delinquente pode prestar para obter os benefícios legais.

prova, caracteriza prática de tortura, conduta criminalizada no artigo 1º, inciso I, “a” da Lei Federal nº 9.455, de 7 de abril de 1997²⁴⁷, figura penal conhecida como “tortura-confissão” ou “tortura-prova”.²⁴⁸

Como fruto de manifesta ilegalidade, eventual confissão derivada de tortura, sobretudo em sede de auto de prisão em flagrante delito, conspurca todos os demais elementos dela provenientes e acarreta a nulidade dos atos realizados, sem prejuízo da responsabilização criminal e funcional dos agentes envolvidos.

Marcante no período da ditadura no Brasil pelos servidores que atendiam os interesses do governo militar, a mudança de cultura e de mentalidade tanto da sociedade quanto de seus policiais (dela integrantes) acerca do emprego da tortura como meio para se extrair confissões coagidas e ilícitas é ainda um desafio, que depende de opções políticas e de investimentos em áreas de resultado a longo prazo, notadamente em educação. Nesse sentido, adverte Eduardo Augusto Paglione:²⁴⁹

Enquanto a Segurança Pública não aprender a tratar o criminoso como ser humano e não acreditar que é a eficiência do Estado, e não a criação de normas punitivas, que pode efetivamente garantir segurança à população, a violência policial – e seu produto imediato, a tortura – será vista (pelas polícias, pelos meios de comunicação e até mesmo por parcela da população), como meio rápido e eficaz de obtenção de resultados.

6.7.4 Vida pregressa ou pregressamento

Em observância ao citado inciso IX, do artigo 6º, do CPP, a chamada “vida pregressa” ou “pregressamento” consiste na coleta de informações acerca do passado do indiciado, mormente quanto aos seus eventuais antecedentes criminais e também sob o ponto de vista individual, social e familiar, bem como no tocante à sua condição econômica e seu estado de

²⁴⁷ A Lei nº 9.455/97 decorreu do comando do inciso XLIII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da **tortura**, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (grifamos), acompanhando também tratados internacionais contra a tortura, em especial a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, promulgadas no ordenamento brasileiro, respectivamente, pelos Decretos nº 40, de 15 de fevereiro de 1991, e nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989.

²⁴⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 90.

²⁴⁹ PAGLIONE, Eduardo Augusto. *O regime militar e a ação policial civil: a tortura como meio, o poder como fim*. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo-SP, 2014, p. 368.

ânimo antes, durante e depois da prática delitiva, e dos demais elementos que auxiliem na apreciação de seu temperamento e caráter.

Trata-se de formalidade que objetiva auxiliar a instrução extrajudicial no primeiro momento, direcionando eventuais diligências a serem realizadas, e que também corrobora para definir os parâmetros da instrução em juízo, tanto para a primeira parte do interrogatório judicial (CPP, art. 187, § 1º) quanto no momento da consideração das circunstâncias para a dosimetria da sanção penal a ser imposta (CP, art. 59).²⁵⁰

O pregressamento também costuma ser instruído com os dados atualmente mencionados no inciso X do artigo 6º do CPP, acrescido pela Lei Federal nº 13.257/2016, que incumbe à Autoridade Policial “colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa”.

Como já anunciado, a vida pregressa também pode ser formalizada em peça autônoma ou conjuntamente com a qualificação, ou ainda com o interrogatório do indiciado. Em suma, podem ser elaborados três documentos distintos ou uma única peça com todas as informações nela incluídas.

6.7.5 Identificação

A identificação, ainda que esteja diretamente atrelada aos dados que integram a qualificação do indiciado, com eles não se confunde. Retrata, na verdade, a confirmação ou o reconhecimento desses dados qualificativos (nome, filiação, nascimento e naturalidade) e a identidade ofertada, para regular individualização do sujeito a quem a conduta está sendo imputada.

A concretização da identificação se opera pela obtenção de elementos individualizadores como fotografias pessoais e impressões datiloscópicas, utilizadas pelos institutos de identificação dos Estados da Federação para o cadastro das carteiras de identidade (também chamadas “cédulas de identidade”), mediante registro em ordem numérica, popularmente conhecido como “RG” (“Registro Geral”).

²⁵⁰ QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Prática do inquérito policial*. São Paulo: Iglu, 1997, p. 49-50.

A referida identificação compreende a denominada identidade civil, que todos os cidadãos devem possuir para o regular exercício de seus direitos e cumprimento de seus deveres, cuja formalização em regra é baseada na certidão de nascimento do indivíduo, gerando também outros documentos pessoais que permitem a identificação civil de cada ser humano.

6.7.5.1 Identificação civil e identificação criminal

Há comando constitucional que baliza a identificação, assim inserto na Lei Maior em seu artigo 5º, inciso LVIII: “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

Importante assentar que a regra é a identificação civil, comprovada por intermédio de documentos pessoais, sendo a identificação criminal admitida somente nos casos regulados no ordenamento.

O diploma que atualmente disciplina a matéria é a Lei Federal nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, que prevê que a identificação civil pode ser atestada por qualquer dos documentos pessoais elencados em seu artigo 2º: carteira de identidade (como dito, conhecido como “RG”), carteira de trabalho, passaporte, carteira de identificação funcional e qualquer outro documento público que permita a identificação do indiciado, em geral, incluindo-se nesta última hipótese documentos oficiais ostentando foto identificatória, como a carteira nacional de habilitação (CNH). O diploma ainda equipara aos documentos de identificação civil os de identificação militar, e estes, portanto, também podem ser empregados para o mesmo objetivo (Lei Federal nº 12.037/2009, art. 2º, p.u.).

Isto posto, quando o indivíduo a ser indiciado não portar documentos pessoais, ou quando os documentos que apresentar forem insuficientes para sua regular identificação civil, ele será submetido à identificação criminal, compreendida pelos processos datiloscópico (coleta das impressões digitais dos dedos das mãos) e fotográfico (registro e captura da imagem do rosto do indivíduo), nos moldes dos artigos 3º e 5º, da mencionada Lei Federal nº 12.037/2009.

O ideal seria que os documentos de identificação civil fossem unificados pelo Poder Público, em âmbito nacional, com um número único de registro de identidade civil. Referido

cadastro ainda não foi implementado, conquanto exista previsão legal para tal desiderato, apontada na Lei Federal nº 9.454, de 7 de abril 1997, que pretendeu instituir o número único de Registro de Identidade Civil.²⁵¹

Há, entretanto, tendência nos documentos de identificação civil de que os registros dos dados pessoais sejam acompanhados do armazenamento eletrônico tanto da identificação biométrica das papilas dérmicas dos dedos das mãos (coleta das impressões digitais) quanto da fotografia de cada indivíduo, o que já ocorre ou, ao menos já se iniciou, com documentos como o passaporte, a carteira nacional de habilitação (CNH), o título de eleitor e a própria carteira de identidade (“RG”), esta última por ora registrada de modo restrito ao âmbito de cada estado da Federação, com numeração sequencial distinta e específica em cada um deles.

Nos termos do artigo 3º, da Lei Federal nº 12.037/2009, será admitida a identificação criminal (cadastro da fotografia e das impressões dactiloscópicas), ainda que apresentado um documento de identidade, quando este ostentar rasura ou indício de falsificação, quando forem exibidos documentos distintos com informações conflitantes entre si, quando houver registros policiais de uso de outros nomes ou de qualificações diferentes pelo sujeito, quando o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais ou quando, de qualquer modo, o documento apresentado for insuficiente para identificar o indiciado, como, por exemplo, se ele possuir apenas a certidão de nascimento ou outro documento desprovido de fotografia.

O dispositivo em comento também autoriza, ainda que apresentado documento de identidade civil, mediante deliberação judicial de ofício ou via representação do Delegado de Polícia, do órgão ministerial ou mesmo da defesa, que se proceda à identificação criminal quando esta for essencial às investigações, se assim demandarem as circunstâncias do caso concreto. Nessa hipótese, pode-se incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético do sujeito identificado (Lei Federal nº 12.037/2009, art. 5º, p.u.), melhor tratada em subtópico adiante.

²⁵¹ A Lei Federal nº 9.454/1997 foi regulamentada pelo Decreto nº 7.166, de 5 de maio de 2010, que criou o Sistema Nacional de Registro de Identificação Civil, ainda pendente de plena execução pelo Poder Público. Não se ignora a existência do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), que compreende numeração vinculada a banco de dados gerenciado pela Receita Federal do Brasil, regulado pela Instrução Normativa RFB nº 1.548, de 13 de fevereiro de 2015, e que armazena informações cadastrais de contribuintes para a prática de determinados atos, mormente aqueles com repercussão no campo tributário, mas que não serve como referência para a identificação civil da pessoa por não constar elementos de individualização como a imagem fotográfica e as impressões digitais.

Impende assinalar que a permissão de identificação criminal quando há intervalo temporal que inviabilize a completa identificação dos caracteres essenciais do sujeito se faz necessária porque o indivíduo pode apresentar documento com foto muito antiga, na qual sua fisionomia já tenha sofrido intensa alteração. Do mesmo modo, a distância da localidade de expedição do documento, mormente das cédulas de identidade, também é hipótese que autoriza a medida, visto que, conforme citado, o Poder Público brasileiro ainda carece de uma integração de âmbito nacional dos registros civis e, por ora, cada unidade da Federação possui seu cadastro próprio de identificação, razão pela qual não são raros casos em que um mesmo indivíduo obtém carteiras de identidade civil em Estados diversos, por vezes com dados pessoais diferentes, sobretudo quando imbuído de intenções espúrias para a prática de delitos.²⁵²

A identificação afeta ao indiciamento do sujeito normalmente se formaliza com um documento específico no qual são inseridos os dados relativos à pessoa do indiciado (dados qualificativos) e à infração penal a ele atribuída (dispositivo legal que está sob incidência), bem como informações sobre a numeração do respectivo inquérito policial.²⁵³

²⁵² Assinala-se que a identificação criminal difere da simples colheita decadactilar para fins de composição de prontuário do preso, protocolo conhecido no meio policial como “legitimação”, que tem por escopo a mera confirmação dos dados qualificativos via confronto com aqueles existentes no banco de dados dos institutos de identificação. Quando a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVIII, prevê que o civilmente identificado não está obrigado à identificação criminal, alude à hipótese do citado artigo 6, inciso VIII do CPP, qual seja, àquela integrante do formal indiciamento. Deste resultam, como visto, o auto de qualificação e de interrogatório e as informações sobre a vida pregressa do implicado, aos quais, ao final, é acrescido um boletim de identificação criminal e *modus operandi*. Tal documento (que ostenta numeração sequencial própria), presta-se, como mencionado, a angariar informações pessoais e somáticas dos indiciados, ostentando ele, ainda, espaço apropriado para a colheita das individuais datiloscópicas do sujeito identificado. Nesse campo, se assim se pode chamá-lo, são apostas as impressões digitais daquelas pessoas que, nas hipóteses legalmente previstas, são obrigadas a passar pelo processo de identificação criminal. Assim, quando a Carta Magna licenciou o civilmente identificado desse tipo de identificação, fez ela referência à aposição de suas digitais no corpo do boletim de identificação e não à mera colheita de impressões para as chamadas “planilhas menores” (individuais), que são empregadas, destarte, apenas para fins de movimentação carcerária ou “legitimação”, vale dizer, para a mera confirmação via confronto dos dados qualificativos armazenados no órgão público de identificação.

²⁵³ No Estado de São Paulo esse documento se denomina atualmente “Boletim Eletrônico de Identificação Criminal”, editado por meio digital, também chamado de “Boletim de Identificação Criminal” (“BIC”), ou simplesmente “boletim de identificação”, e conterà também a fotografia e as impressões datiloscópicas, caso o indiciado não apresente documento atestador da identidade civil apto. Exibido o documento civil, cópia deste deverá ser juntada aos autos do inquérito policial (Lei Federal nº 12.037/2009, art. 3º, p.u.). Devidamente preenchido, cópia do “boletim de identificação”, ou documento a ele equivalente, é encaminhada ao Instituto de Identificação respectivo ou repartição congênere da entidade federativa, e alimentará o banco de dados criminais, em homenagem ao artigo 23 do CPP, para eventuais consultas pelos órgãos policiais ou judiciários. Ainda no caso paulista, os dados de identificação afetos ao indiciamento são geridos e alimentados por intermédio do Instituto de Identificação “Ricardo Gumbleton Daunt” (IIRGD) e o

6.7.5.2 Identificação criminal pelo perfil genético

A Lei Federal nº 12.654, de 28 de maio de 2012, acrescentou alguns dispositivos no diploma de identificação criminal, dentre eles o parágrafo único do artigo 5º, da citada Lei Federal nº 12.037/2009, e passou a autorizar a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético do indivíduo identificado, mediante autorização judicial.

De igual sorte, foi também incluído o artigo 5º-A na referida lei de identificação criminal, *in verbis*:

Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta lei ou em decisão judicial.

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

Pela leitura do texto legal, percebe-se que a exigência de ordem judicial mediante representação do Delegado de Polícia ou pedido da acusação ou da defesa (Lei nº 12.037/2009, art. 3º, IV) deve demonstrar que a identificação criminal pelo perfil genético é essencial para a investigação dos fatos apurados, e será analisada sempre de acordo com as peculiaridades do caso concreto, não havendo óbice para que ocorra em sede de inquérito policial iniciado via prisão em flagrante delito.

No mesmo diapasão, a destacada Lei Federal nº 12.654/2012 também acresceu o artigo 9º-A na Lei Federal nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), ora transcrito:

Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º, da Lei nº

8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

Nesta hipótese, observa-se que há comando legal de que os sujeitos condenados por delitos violentos contra a pessoa ou por qualquer crime hediondo (Lei Federal nº 8.072/1990) deverão ser submetidos à identificação pelo perfil genético, via coleta do “DNA”²⁵⁴ do indivíduo, facultando aos Delegados de Polícia o acesso mediante ordem judicial ao respectivo banco de dados, justamente para eventuais confrontos com materiais obtidos em sede de investigação criminal.

Não obstante eventual argumentação de suposta incompatibilidade da medida em comento com o citado princípio da não autoincriminação, a ponto de inviabilizar a identificação pelo perfil genético sem a anuência do agente, porquanto o sujeito não poderia ser compelido a contribuir ativamente com a persecução criminal, por ora predomina o entendimento de que a disposição é legítima, desde que a coleta do material seja realizada de modo não invasivo, vale dizer, sem a penetração no organismo humano para a extração.²⁵⁵

Frisa-se, ademais, que a análise por meio do confronto de material biológico com o composto orgânico do “DNA” que individualiza cada ser humano, além de viabilizar a identificação de criminosos com maior precisão, igualmente propicia a exclusão de pessoas investigadas.²⁵⁶

A genética forense permite a obtenção de provas aptas a inocentar pessoas consideradas suspeitas, consentânea à busca da verdade atingível e às premissas constitucionais que informam o processo penal, reduzindo a probabilidade de equívocos e de

²⁵⁴ A sigla “DNA” possui origem na expressão inglesa “*deoxyribonucleic acid*”, ou “ácido desoxirribonucleico”, representado pela sigla “ADN”, e consiste no composto orgânico cujas moléculas contêm as informações genéticas de todos os seres vivos, transmissíveis das características hereditárias. Na medicina forense pode ser utilizado o “DNA” existente no sangue, no sêmen, na pele, ou na saliva obtidos no local ou objeto de um crime para confronto com o de um indivíduo suspeito e assim identificar o criminoso, técnica denominada de “impressão genética” ou perfil de “DNA”.

²⁵⁵ ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 222-223; LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Impetus, 2013, p. 107.

²⁵⁶ JACQUES, Guilherme Silveira. Banco de perfis genéticos – a ciência em prol da justiça. *Revista Jurídica Consulex*, Ano XVII, nº 389, Brasília, abr.2013.

injustiças desde a etapa extrajudicial da persecução criminal.

6.8 Etapas da prisão em flagrante delito

Malgrado a legislação, ao se referir à prisão em flagrante delito, não estabeleça diferenciação, há de se ressaltar que referida segregação provisória se divide em três momentos bem distintos: 1º) **abordagem, captura e condução coercitiva** (“**prisão-captura**”); 2º) **decretação e formalização** (“**prisão-custódia**”, “**prisão-formalização**” ou **prisão em flagrante propriamente dita**) e; 3º) **recolhimento ao cárcere** (ou “**prisão-recolhimento**”).²⁵⁷

6.8.1 Abordagem, captura e condução coercitiva

A **abordagem**, a **captura** e a **condução coercitiva** envolvem atos concatenados que compreendem a “**prisão-captura**”, consistente na denominada “voz de prisão”, retratada no aspecto operacional da prisão em flagrante com a momentânea restrição da liberdade de uma pessoa que se encontre sob suposta situação flagrancial delitiva. Essa análise é despida de avaliação jurídica esmerada e, como regra, será aquela oriunda da atuação e da percepção dos agentes do Delegado de Polícia (Policiais Civis, Policiais Militares e Guardas Municipais)²⁵⁸ nos casos de flagrante obrigatório (CPP, art. 301, segunda parte) ou por qualquer do povo em se tratando de flagrante facultativo (CPP, art. 301, primeira parte).

O ato da **abordagem** exprime o início da intervenção do particular ou do agente estatal visando a contenção física do suspeito de cometer a conduta criminosa.

Para os policiais a abordagem representa a exteriorização do poder de polícia e uma decorrência lógica de sua profissão, como técnica empregada nos casos de suspeição de uma pessoa com indícios suficientes da iminência ou da consumação de prática de fato delituoso²⁵⁹,

²⁵⁷ ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 348-349; MAGNO, Levy Emanuel. *Curso de processo penal didático*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 537.

²⁵⁸ TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal – v.1*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 406.

²⁵⁹ OLIVEIRA, Alexandre Pinto de. *A conduta policial e as técnicas de abordagem à luz da doutrina de direitos humanos na missão constitucional da Polícia Civil*. 2016. 107 p. Monografia (Processo seletivo de professor de conduta policial e técnicas de abordagem) - Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”. São Paulo, 2016, p. 17-18.

essencial nas hipóteses de busca pessoal²⁶⁰ e demais táticas operacionais próprias da atividade policial, mormente naquelas que desencadeiam a prisão em flagrante delito e o uso de força e de algemas.²⁶¹

Como se nota, a “prisão-captura” retrata a “prisão” sob o ponto de vista concreto da pessoa que aborda e captura o suposto delinquente, acreditando que esteja ele em estado de flagrância delitiva, para assim apresentá-lo na delegacia para as providências legais de polícia judiciária a privativo juízo técnico-jurídico da Autoridade Policial competente.

Uma distinção mais técnica e adequada entre os vocábulos “captura” e “prisão” é obtida do Conjunto de Princípios para Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, documento da Organizações das Nações Unidas – ONU e consubstanciado na Resolução nº 43/173, de 9 de dezembro de 1988. Nas definições em seu preâmbulo a Resolução designa, para a terminologia “captura”, o “ato de deter um indivíduo por suspeita da prática de infração ou por ato de uma autoridade”, enquanto pessoa “detida” é aquela privada de sua liberdade, salvo se decorrente de condenação penal e, por fim, a pessoa “presa” é aquela cuja liberdade foi cerceada por decisão condenatória criminal.²⁶²

Logo, a **captura** representa a restrição momentânea do suspeito para que seja conduzido até uma autoridade estatal legitimada, enquanto a “detenção” equivale à prisão provisória, como é o caso da prisão em flagrante delito, distinguindo-se da prisão-pena, própria da execução da sanção criminal imposta ao sujeito condenado.²⁶³ Assim, prisão propriamente dita compreende ou a prisão provisória (flagrancial, temporária ou preventiva) ou a prisão definitiva em face da condenação judicial do réu.

A seu turno, a **condução coercitiva** consiste no ato imediato após a abordagem e captura do indivíduo surpreendido em aparente flagrância delitiva, para sua devida apresentação à autoridade estatal competente.

²⁶⁰ Vale lembrar que o CPP assim dispõe sobre a busca pessoal em seu artigo 240: “A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”.

²⁶¹ Quanto ao uso de força e de algemas na prisão em flagrante delito remete-se aos comentários mais aprofundados no tópico 5.1, que tratou do princípio da dignidade da pessoa humana.

²⁶² Resolução nº 43/173 da Organização das Nações Unidas, de 09/12/1988. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/43/a43r173.htm>>; versão em português: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConjPrinProtPesSujQuaForDetPri.html>>.

²⁶³ BARBOSA, Ruchester Marreiros. Função de magistratura da autoridade de polícia judiciária. In: BARBOSA, Ruchester Marreiros; et al. *Polícia judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 62.

Embora todas resultem na apresentação compulsória do sujeito em uma delegacia de polícia ou em um fórum, não se olvida da existência de hipóteses distintas de condução coercitiva. Há a modalidade autônoma de condução coercitiva, destinada à apresentação compelida de uma pessoa para realizar determinado ato instrutório legal, admitida nas hipóteses de não comparecimento injustificado após regular notificação²⁶⁴ assim como de urgência para prestar esclarecimentos.²⁶⁵ Isto posto, não se confunde com aquela intrínseca à captura de pessoa “procurada” pela Justiça, vale dizer, com ordem judicial de prisão pendente, e tampouco com a condução coercitiva inerente à “prisão-captura” ora tratada, que resulta da abordagem e apresentação de indivíduo surpreendido em aparente estado flagrancial delitivo para as medidas de polícia judiciária cabíveis.

Registra-se que a “prisão-captura” em flagrante (“voz de prisão”) pode ser executada para qualquer infração penal, ainda que não implique posterior e efetivo encarceramento do agente ou mesmo na decretação e formalização de auto prisional pelo Delegado de Polícia, como nos casos de infrações de menor potencial ofensivo, em que, como regra, lavra-se termo circunstanciado, assunto melhor detalhado em tópico próprio neste trabalho.²⁶⁶

Referida conclusão é válida inclusive para o delito de porte de droga para consumo pessoal (Lei Federal nº 11.343/2006, art. 28, *caput*) no qual, mesmo não cominando pena privativa de liberdade, há obrigação do suposto autor de comparecer à presença da Autoridade Policial para que seja identificado, oferte sua versão dos fatos (se quiser, e com a respectiva defesa), bem como para que se providencie as demais formalidades correlatas após a devida apreciação técnico-jurídica pelo Delegado de Polícia. Isso justamente para que se estabeleça a classificação típica da conduta pela autoridade pública capacitada e legitimada para tal mister e, de acordo com essa avaliação reveladora do primeiro contorno jurídico oficial, sejam adotadas as demais providências pertinentes, como a lavratura do procedimento investigatório previsto em lei (termo circunstanciado) e a apreensão da substância entorpecente para exame pericial.

²⁶⁴ Os dispositivos legais que tratam da negativa de comparecimento autorizam a condução coercitiva, seja de vítimas (CPP, art. 201, § 1º), de testemunhas (CPP, art. 218), de acusados (CPP, art. 260), de peritos (CPP, art. 278) e mesmo de adolescentes (ECA, art. 187) e são seguramente aplicáveis à etapa extrajudicial da persecução penal.

²⁶⁵ Nesse sentido há orientação na jurisprudência: STJ, RHC nº 25.475/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 16/09/2010 e STF, HC nº 107.644-SP, 1ª Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06/09/2011.

²⁶⁶ Tópico 6.12 desta dissertação.

Nessa vereda, é possível que a prisão-captura não seja executada com estrito respaldo nos parâmetros legais. Pode ocorrer equívoco ou falsa percepção da realidade do sujeito que abordou o suspeito em suposto estado de flagrância delitiva.

Ilustrando: a pessoa “prende” o indivíduo, restringe momentaneamente sua liberdade, acreditando que se trata de cometimento de infração em flagrância delitiva. Em tais circunstâncias, há de se aferir se houve erro na conduta daquele que capturou o suspeito. Ele pode supor que se tratava de prática delituosa e, assim agindo, seja por estrito cumprimento do dever legal putativo, se o capturador for policial, seja no exercício regular de direito putativo, nos casos de particulares que imaginem realizar prisão-captura facultativa, estarão albergados por uma discriminante putativa, ou por erro de tipo, quando o equívoco incidir sobre pressupostos fáticos da excludente, ou ainda por erro de proibição, quando a falsa percepção da realidade atingir os limites legais da causa de justificação.

Melhor exemplificando a primeira hipótese (discriminante putativa por erro de tipo permissivo): um patrulheiro miliciano captura um sujeito por suposto comércio de drogas ilícitas, após surpreender referida pessoa trazendo consigo grande quantidade de substância branca, imaginando que se trata da droga “cocaína”. Apresentado o suspeito na delegacia, verifica-se pelo laudo pericial químico-toxicológico que a substância na verdade não era a citada droga proscrita.

Já como exemplo da segunda situação (discriminante putativa por erro de proibição), cita-se a suposição de um vigilante de uma loja que avista e captura um indivíduo nas imediações por prática de roubo pretérito contra o estabelecimento onde trabalha, crime patrimonial ocorrido na véspera, e o apresenta na delegacia acreditando, equivocadamente por ser leigo na seara jurídica, que o roubador ainda se encontra numa das hipóteses legais de estado flagrancial delitivo.²⁶⁷

Pela teoria limitada da culpabilidade, que teria sido a adotada pelo Código Penal Brasileiro (itens 17 e 19 da Exposição de Motivos do CP), a primeira situação teria natureza jurídica de erro de tipo e a segunda de erro de proibição.

No primeiro caso (discriminante putativa por erro de tipo permissivo), a solução é disciplinada pelo artigo 20, § 1º, do estatuto criminal, segundo o qual “é isento de pena quem,

²⁶⁷ Importante lembrar que, conquanto não esteja configurado o estado flagrancial delitivo, nada impede que o Delegado de Polícia represente ao Juiz de Direito competente pela decretação da prisão temporária ou preventiva do sujeito, caso repute preenchidos os requisitos legais.

por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. O dispositivo afasta a isenção quando o erro derivar de culpa e o fato for punível como crime culposo. Portanto, não havendo figura culposa nos delitos de abuso de autoridade ou mesmo de cárcere privado, a conduta exemplificada, salvo se impregnada de excessos ou desvios descabidos, não configura ilícito penal.

Para a descriminante putativa por erro de proibição, prevalece o entendimento de que se trata de modalidade conhecida como “erro de proibição indireto”. Assim, submete-se ao comando do artigo 21, *caput*, do Código Penal: isenta de pena (exclui a culpabilidade) se o erro for inevitável, e admite a diminuição da sanção de um sexto a um terço quando evitável o equívoco, sempre de acordo com a avaliação de cada caso concreto.²⁶⁸

Tais situações retratam eventos que, não raro, aportam numa repartição de polícia judiciária, e realçam a importância da avaliação técnico-jurídica pelo Delegado de Polícia, primeira autoridade pública garantidora da legalidade e da justiça, mormente em se tratando de suposto estado flagrancial, para que seja decretada ou não uma prisão em flagrante delito, realizando o imprescindível filtro legal mediante análise das hipóteses autorizadoras da norma processual e da fundada suspeita conjugada com os elementos caracterizadores de cada infração penal.

6.8.2 “Prisão-custódia” ou “prisão-formalização”: audiência de apresentação e garantias, decretação da custódia e o auto de prisão em flagrante delito

A “**prisão-custódia**”²⁶⁹ ou “**prisão-formalização**”, sob o aspecto legal, é a **prisão em flagrante propriamente dita**, após a regular e indispensável avaliação técnico-jurídica sobre a pertinência da lavratura do auto prisional pelo Delegado de Polícia, quando a Autoridade Policial estiver convicta de que se trata, realmente, de estado de flagrância delitiva, deliberando pela materialização dos atos legais de polícia judiciária pertinentes.

Trata-se da genuína **decretação da prisão em flagrante delito**, ordenada pela autoridade pública legitimada, como regra o Delegado de Polícia, ensejando a confecção do

²⁶⁸ MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado – parte geral*. São Paulo: Método, 2013, p. 314.

²⁶⁹ SAAD, Marta. Direito ao silêncio na prisão em flagrante. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 435.

respectivo auto prisional, ato formal exigido por lei para que alguém seja oficialmente considerado preso em flagrante delito.

Em suma, o indivíduo só pode ser tido como legalmente preso em flagrante delito após o Delegado de Polícia decretar a custódia provisória extrajudicial da pessoa, mediante análise técnico-jurídica da situação fática, nos termos do artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal. Enquanto a “prisão-captura” pode ser realizada por qualquer pessoa, a “prisão-formalização” só pode ser ordenada pela autoridade pública a quem a lei atribui tal poder-dever.

Até a decretação da prisão em flagrante delito pela autoridade competente, o sujeito figura como “capturado” ou “conduzido”, vale dizer, como mero suspeito. Determinada a prisão flagrancial, torna-se efetiva e oficialmente “preso” e “indiciado” (provável autor ou partícipe).

Convém recordar que, nas infrações de menor potencial ofensivo, só haverá “**prisão-formalização**”, com elaboração do auto prisional, caso o autor não se comprometa a comparecer no Juizado Especial Criminal (Lei Federal nº 9.099/95, art. 69, p.u.).²⁷⁰

É possível que a própria autoridade estatal (Delegado de Polícia ou Juiz de Direito) com incumbência de avaliar juridicamente e decretar a prisão em flagrante delito, também profira a “voz de prisão” e promova a captura do suspeito, se a conduta ilícita for cometida contra a autoridade ou na sua presença, ensejando de igual modo a elaboração do auto prisional e demais liturgias legais, conforme disciplina o artigo 307 do Código de Processo Penal:

Quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto.

²⁷⁰ A Autoridade Policial poderá inclusive tornar insubsistente o auto prisional mesmo após a sua lavratura, conforme preconizado na Súmula nº 7, do I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo - Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal: “Configura poder-dever do Delegado de Polícia, ao término da lavratura do auto flagrancial, tornar insubsistente a prisão em flagrante delito e determinar a imediata soltura do indivíduo preso, nas hipóteses de carência de elementos seguros de autoria e materialidade da infração penal, bem como da presença de indícios suficientes de eventuais circunstâncias acarretadoras da atipicidade, da exclusão da antijuridicidade ou da inexigibilidade de conduta diversa”.

6.8.2.1 Auto de prisão em flagrante delito e a audiência de apresentação e garantias

A elaboração do auto de prisão em flagrante é regulada no artigo 304, *caput*, do CPP:

Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o **condutor** e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do **termo e recibo de entrega do preso**. Em seguida, procederá à **oitiva das testemunhas** que o acompanharem e ao **interrogatório do acusado** sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o **auto** (grifamos).

Na prática, sobretudo para evitar eventuais constrangimentos indevidos e fazer cessar de pronto quaisquer atitudes desprovidas do mínimo de embasamento legal, logo que um indivíduo é conduzido capturado à unidade policial, de início o Delegado de Polícia toma preliminar ciência dos fatos, pelo breve e informal relato dos policiais ou particulares que estiverem apresentando o sujeito em suposto estado flagrancial delitivo e das demais pessoas ou circunstâncias envolvidas. Então, mediante análise técnico-jurídica, caso vislumbre que há respaldo jurídico e fundada suspeita (justa causa) para prosseguir com os atos legais de polícia judiciária, realiza a “**audiência de apresentação e garantias**” do suspeito e dos demais presentes, prestigiando o direito de audiência, o direito de presença e o direito de postular pessoalmente à autoridade pública legitimada, garantias que estruturam a autodefesa²⁷¹ e também a consecução da defesa técnica, revelando significativa expressão do contraditório formal e substancial na etapa extrajudicial.

Todo suspeito capturado, qualquer que seja a infração penal imputada, inclusive de menor potencial ofensivo, tem direito de audiência como consectário do devido processo legal. A ele deve ser assegurado que a autoridade estatal lhe receba com o objetivo de escutar sobre o que alega.²⁷² Há de ser apresentado na repartição policial para que, na presença do Delegado de Polícia responsável, possa postular suas garantias processuais penais, mormente afetas à sua defesa.

Essa “**audiência de apresentação e garantias**” representa um olhar do artigo 304 do CPP e da prisão em flagrante delito à luz das balizas constitucionais e convencionais, sob a

²⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 19.

²⁷² HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001, p. 343.

perspectiva de um sistema de “dupla cautelaridade”,²⁷³ pelo qual tanto a Autoridade Policial primeiro, quanto a Autoridade Judicial em seguida, são responsáveis por assegurar e preservar os direitos e as garantias dos investigados e presos, em especial o direito à liberdade, a ser tratado como regra.

Como um dos fundamentos que reforçam a concepção da “audiência de apresentação e garantias” é possível invocar o Princípio nº 37 do citado Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer forma de Detenção ou Prisão da ONU, que assim dispõe:

A pessoa detida pela prática de uma infração penal deve ser apresentada a uma **autoridade judiciária** ou **outra autoridade prevista por lei**, prontamente **após sua captura**. Essa autoridade decidirá sem demora da **legalidade** e necessidade da detenção (grifamos).

Corroborando ainda o Princípio nº 13 do referido diploma internacional:

As autoridades responsáveis pela captura, detenção ou prisão de uma pessoa, respectivamente, no momento da captura e no início da detenção ou da prisão, ou pouco depois, **preste-lhe informação ou explicação sobre os seus direitos e sobre o modo de os exercer** (grifamos).

Em sentido semelhante, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)²⁷⁴, em seu item 7, item 5, assim destaca:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um **juiz** ou **outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais** e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de **ser posta em liberdade**, sem prejuízo de que prossiga o processo. **Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em júizo** (grifamos).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas²⁷⁵, em seu item 9º, item 3, dispõe na mesma linha:

²⁷³ BARBOSA, Ruchester Marreiros. Audiência de custódia (garantia) e o sistema da dupla cautelaridade como direito humano fundamental. In: GUSSO, Rodrigo Bueno; SOUZA, David Tarciso Queiroz de (Org.). *Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um Estado Democrático de Direito*. Empório do Direito: Florianópolis, 2016, p.197-236.

²⁷⁴ Conforme já assinalado, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos foi ratificada e incorporada ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto nº 678/1992.

²⁷⁵ O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas ingressou na legislação pátria por intermédio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do **juiz** ou de **outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais** e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a **soltura** poderá estar **condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença** (grifamos).

Os argumentos favoráveis e contrários à consideração do Delegado de Polícia como a “outra autoridade prevista em lei” ou “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais” serão debatidos em tópico específico sobre a controversa “audiência de custódia”²⁷⁶, afeta à apreciação judicial da prisão em flagrante delito, em virtude de consistir no cerne das polêmicas que gravitam em torno dessa temática.

Entretanto, já é possível visualizar que na audiência de apresentação do artigo 304 do CPP, como regra presidida pelo Delegado de Polícia, há de serem asseguradas as garantias processuais penais contidas nos dispositivos acima reproduzidos, em especial o controle da legalidade da captura, a comunicação dos direitos fundamentais ao suspeito e até mesmo eventual condicionante para a concessão de liberdade, consubstanciada na fiança extrajudicial que poderá ser arbitrada. O Delegado de Polícia, como primeiro garantidor da justiça e da legalidade²⁷⁷, fiscaliza a legitimidade da captura, tutelando os direitos do suspeito, para somente após esse filtro garantista determinar a prisão em flagrante delito, se das respostas resultar “fundada a suspeita contra o conduzido” (CPP, art. 304, § 1º).²⁷⁸

O comando literal do artigo 304 do CPP dispõe que seja “apresentado o preso à autoridade competente”, para que então se realize audiência com a oitiva dos presentes, não só do suspeito, mas de todos os envolvidos (testemunhas e vítimas).

A “autoridade competente”, no processo penal pátrio, pode ser a Autoridade Policial (Delegado de Polícia) ou a Autoridade Judicial (Juiz de Direito), as quais, conforme já

²⁷⁶ Tópico 7.3.

²⁷⁷ Como já destacado, extraído de manifestação do Ministro Celso de Mello no bojo do julgamento pelo STF do HC nº 84.548/SP, rel. Min. Marco Aurélio, datado de 21/06/2012.

²⁷⁸ Vale recordar que, na avaliação da “fundada suspeita”, o Delegado de Polícia realiza juízo de probabilidade próprio do indiciamento (justa causa ou *fumus comissi delicti*), mediante análise técnico-jurídica do fato (Lei nº 12.830/13, art. 2º, § 6º), e deixa de deliberar pela prisão e correlato indiciamento quando vislumbrar circunstâncias que afastem a responsabilidade penal do suspeito, como a presença e o reconhecimento provisório de verossímeis causas excludentes de ilicitude ou mesmo de culpabilidade, consignando tais situações por meio de manifestação fundamentada em boletim de ocorrência circunstanciado, adotando as demais providências legais que o caso concreto reclamar, para apuração em inquérito policial instaurado via portaria.

antecipado, também verbalizarão elas próprias a “voz de prisão” para a captura do agente quando contra elas ou nas suas presenças o fato for praticado, nos moldes do mencionado artigo 307 do diploma de rito criminal.²⁷⁹

Em suma, o auto de prisão em flagrante delito é composto, em regra, pela audiência compreendida pela oitiva do condutor (que pode figurar também como primeira testemunha), sendo a ele entregue documento de “recibo de entrega de preso” após a impressão e assinatura de seu depoimento. Em seguida, são reduzidas a termo as oitivas de outras testemunhas e de vítimas, se houver. Normalmente, uma das testemunhas é o policial que auxiliou o “condutor” na captura do indiciado. Passa-se, então, ao interrogatório do indiciado, cientificando-o dos elementos contra ele coligidos e dos direitos e garantias constitucionais assegurados, máxime o de ficar calado e de acionar Advogado ou familiares. Por derradeiro, é lavrado o auto prisional, com a respectiva fundamentação técnico-jurídica da Autoridade Policial.²⁸⁰

6.8.2.2 Oitiva de testemunhas: depoimentos

O condutor poderá figurar como primeira testemunha quando tiver presenciado a conduta ilícita e for o responsável pela captura do suspeito. Porém, se apenas tiver auxiliado na condução do indivíduo à delegacia de polícia, não havendo testemunhas da prática delitiva, o estatuto processual reclama a assinatura do auto lavrado por duas testemunhas da apresentação, denominadas “instrumentárias”, “fedatárias” ou “impróprias”²⁸¹, que depõem sobre a regularidade do ato processual que presenciaram e não sobre os fatos que constituem o objeto principal em análise, nos moldes do § 2º do artigo 304 do CPP:

A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

²⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 731.

²⁸⁰ Nessa senda, transcreve-se o comando da Portaria DGP/SP nº 18/1998, art. 7º, § 2º: “A tipificação da conduta inicialmente atribuída ao preso no auto de prisão em flagrante será objeto de fundamentação autônoma na respectiva peça flagrancial, expondo a autoridade policial as razões fáticas e jurídicas de seu convencimento”.

²⁸¹ ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isafas. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 313.

A oitiva de testemunhas é disciplinada nos artigos 202 a 225 do CPP, norteadores da instrução extrajudicial em sede de inquérito policial ou termo circunstanciado e, logicamente, na audiência que materializa a prisão em flagrante delito.

Testemunha, para fins penais, é a pessoa natural que presenciou ou teve conhecimento por terceiros de algum fato potencialmente criminoso, no todo ou em parte, e em razão disso foi convocada a depor em procedimento administrativo (extrajudicial) ou judicial.

A legislação processual penal designa o vocábulo “depoimento” para a oitiva da testemunha (CPP, art. 204), e a peça formalizada denomina-se “termo de depoimentos” ou “assentada”²⁸² e, no caso da autuação flagrancial, “termo de depoimentos em auto de prisão em flagrante delito”.

Em princípio, o depoimento como testemunha consiste em um dever legal, atrelado ao compromisso de dizer a verdade e do qual nenhuma pessoa pode se eximir, salvo quando for ascendente, descendente, afim em linha reta, cônjuge ou irmão do investigado ou indiciado. Entretanto, será admitida a oitiva de tais pessoas caso não seja possível, por outro modo, integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias, quando então não assumirão o compromisso com a exposição verídica dos fatos (CPP, arts. 203, 206 e 208).

Também não estão compromissados os menores de quatorze anos nem os enfermos e deficientes mentais (CPP, art. 208), sendo vedado o depoimento das pessoas incumbidas de guardar segredo em razão da função, ministério, ofício ou profissão, exceto se forem desobrigadas pela parte interessada e se quiserem prestar seu depoimento (CPP, art. 207).

É o caso, por exemplo, dos Advogados nos autos em que seus clientes figuram como investigados, exceto se em defesa própria em face de afronta pelo cliente ou de grave ameaça ao direito à vida ou à honra (Lei Federal nº 8.906/1994, art. 7º, XIX e Código de Ética e Disciplina da OAB, arts. 25 e 26). Do mesmo modo, impõe-se o sigilo profissional aos

²⁸² O vocábulo “assentada” costuma ser utilizado no meio policial como sinônimo de “termo de depoimento”. QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi. *Prática do inquérito policial*. São Paulo: Iglu, 1997, p. 40. No universo jurídico a expressão também é empregada em sentido mais amplo, para conceituar a sessão do tribunal destinada à inquirição de testemunhas ou discussão das causas ou mesmo especificamente para o termo lavrado do ocorrido nessas inquirições. HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001, p. 320.

médicos (Código de Ética Médica, art. 73)²⁸³, assim como aos sacerdotes religiosos e aos jornalistas.²⁸⁴

Caso a testemunha compromissada venha a prestar afirmação falsa em seu depoimento extrajudicial, inclusive na oitiva prestada no bojo do auto de prisão em flagrante delito, poderá responder pelo delito de falso testemunho (CP, art. 342). A mesma regra vale para o testemunho em juízo, quando a Autoridade Judicial remeterá cópia do depoimento ao Delegado de Polícia para a instauração do procedimento investigatório criminal, em atenção ao artigo 211 do CPP.

6.8.2.3 Oitiva de vítimas: declarações

A oitiva do ofendido, embora não prevista expressamente na audiência do artigo 304 do CPP, deve ser formalizada sempre que houver vítimas presentes²⁸⁵, visto que sua versão costuma ser fundamental para a adequada compreensão da conduta e mesmo da configuração ou não do ilícito penal, encontrando-se regulada no artigo 201 e seus parágrafos do estatuto processual penal, e como diligência apuratória no inciso IV do artigo 6º do mesmo diploma.

Não há empecilho legal de que a própria pessoa ofendida seja o condutor da formalização da custódia flagrancial, tanto no caso de flagrante facultativo por um particular, quanto na hipótese de flagrante obrigatório por um agente do Delegado de Polícia. Isso pode

²⁸³ Código de Ética Médica (Resolução nº 1931/2009 do Conselho Federal de Medicina), art. 73: “Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; **b) quando de seu depoimento como testemunha**. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na **investigação de suspeita de crime**, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal” (grifamos).

²⁸⁴ O sigilo sacerdotal é remetido ao livre desenvolvimento da religião e à liberdade de crença, de modo que os fiéis devem ter assegurado o direito de que suas expiações não serão devassadas posteriormente, o que se mostra ainda mais importante em um Estado laico (CF, art. 5º, VI). No tocante aos jornalistas, reputa-se que o sigilo está concentrado na divulgação da fonte, posição que emerge do artigo 5º, XIV, da Constituição Federal: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. O sigilo no processo criminal e o interesse público à informação. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Maurício Zanóide de (Coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 203-238; LACAVA, Thaís Aroca Datcho; SOBRINHO, Mário Sérgio. O sigilo profissional e a produção de prova. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Maurício Zanóide de (Coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 171-202.

²⁸⁵ SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 314.

ocorrer quando as vítimas consigam reagir e capturar o suspeito que contra elas tenha cometido a ação espúria, apresentando o agente à Autoridade Policial competente.

O estatuto de rito criminal aponta que o ofendido presta “declarações”, formalizando-se o respectivo “termo de declarações”, no qual a vítima será qualificada e indagada acerca das circunstâncias da infração e sobre os suspeitos de serem os autores da conduta delitiva (CPP, art. 201, *caput*). No caso da prisão em flagrante, informa se reconhece o sujeito capturado como sendo o autor da prática delituosa e eventuais outros elementos que possa indicar sobre os fatos noticiados.

Vale recordar que, nas infrações de ação penal condicionada e privada, sobretudo nos casos de prisão em flagrante delito é comum que as respectivas representações ou requerimentos dos ofendidos sejam formalizados nos seus termos de declarações,²⁸⁶ e não são ofertadas via requerimento autônomo de instauração de inquérito policial (CPP, arts. 5º, II, e § 4º e 5, e 39, § 1º).

Referida providência costuma ser adotada, sobretudo, para as oitivas sintetizadas que integram termos circunstanciados de infrações de menor potencial ofensivo que reclamem representação, como a ameaça (CP, art. 147, p.u.), a lesão corporal dolosa de natureza leve ou a lesão culposa (CP, art. 129, *caput* e § 6º c.c. Lei Federal nº 9.099/95, art. 88), a de outras fraudes (CP, art. 176, p.u.), e também para aqueles que exijam requerimento da vítima, caso dos crimes contra honra de injúria, calúnia ou difamação (CP, arts. 138, *caput*, 139 e 140, *caput*, c.c. art. 145), de dano simples (CP, art. 163, *caput*, c.c. art.167), e de exercício arbitrário das próprias razões sem violência (CP, art. 345, p.u.).

Nas declarações prestadas no âmbito da audiência e autuação da prisão flagrancial (termo de declarações em auto de prisão em flagrante delito) vale o mesmo raciocínio, de maneira que a representação ou o requerimento são colhidos e consignados nas próprias declarações das vítimas.

Cabe ilustrar algumas hipóteses mais comuns de crimes de ação penal condicionada ou privada que admitem prisão em flagrante, como a injúria qualificada por motivo discriminatório (CP, arts. 140, § 3º e 145, p.u.), delitos contra a dignidade sexual como o estupro e a violação sexual mediante fraude (CP, arts. 213 e 215 c.c. 225, *caput*), o dano

²⁸⁶ SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. Prisão em flagrante nos crimes de ação penal privada. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, maio 2005.

qualificado por motivo egoístico ou prejuízo considerável à vítima (CP, arts. 163, p.u., IV c.c. art. 167), por serem infrações com pena máxima acima de dois anos, assim como nos crimes envolvendo violência doméstica em que também não se aplica a Lei 9.099/95, afastando, assim, a elaboração de termo circunstanciado, por força da Lei “Maria da Penha”²⁸⁷ (Lei nº 11.340/2006, arts. 7º e 41), tais como o dano (violência patrimonial), a ameaça (violência psicológica – CP, art. 147, p.u.), e os crimes contra a honra (violência moral).

Ademais, mesmo em sede de auto prisional, o ofendido também pode requerer diligências à Autoridade Policial, indicando eventuais testemunhas ou quaisquer outras providências que possam auxiliar o esclarecimento do fato apurado (CPP, art. 14), e o Delegado de Polícia deve avaliar a relevância e a pertinência do pleiteado, indeferindo fundamentadamente apenas aquilo que se afigurar impertinente, irrelevante ou meramente protelatório, valendo-se da diretriz do artigo 400, § 1º, do CPP.²⁸⁸

Acerca das oitivas de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, vale destacar que a **Lei Federal nº 13.431, de 4 de abril de 2017**²⁸⁹, inseriu os institutos da **escuta especializada** e do **depoimento especial** no ordenamento, visando evitar a denominada “vitimização secundária” ou “sobrevitimização”, assim entendido o sofrimento adicional causado às vítimas após a vitimização primária, vale dizer, depois do trauma causado pelo delito contra elas cometido, em decorrência de ações ou omissões de instâncias formais de controle social, como órgãos policiais, ministeriais e judiciários.²⁹⁰

²⁸⁷ O batismo “Maria da Penha” para o diploma legal tem origem em caso emblemático de feminicídio tentado, quando sequer se cogitava essa expressão no universo jurídico brasileiro, cometido pelo então cônjuge da vítima Maria da Penha Maia Fernandes no ano de 1983, após uma série de atos violentos no seio familiar que culminaram na condenação criminal do agressor. Depois do trâmite judicial e de respostas estatais considerados morosos e insatisfatórios, sobretudo porque o homicida só veio a ser efetivamente preso em 2002, no ínterim foi formulada denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que desencadeou relatório com recomendações ao Estado Brasileiro e inspirou projetos que resultaram na edição da referida Lei Federal nº 11.340/2006. EVANGELISTA JUNIOR, Osvaldo; SALVADOR. Tiago Antônio. “Ni uma menos”: breve estudo sobre o tratamento jurídico penal do feminicídio na América Latina. In: SÃO PAULO (Estado), *Arquivos da Polícia Civil* – Vol. 54, São Paulo: Acadepol, 2017, p. 36-37.

²⁸⁸ Nessa linha situa-se a Súmula nº 4, do I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo - Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal: “Na presidência da investigação criminal, cabe ao Delegado de Polícia exercer o juízo de legalidade e oportunidade sobre diligência indicada pelos interessados na promoção da futura acusação ou defesa, sob o ponto de vista da conveniência da investigação e de sua conformidade legal”.

²⁸⁹ O artigo 29 da Lei nº 13.431/2017 prevê que o diploma entrará em vigor após decorrido um ano de sua publicação oficial.

²⁹⁰ SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. *Criminologia: teoria e prática*. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2015, p. 97.

A **escuta especializada** consiste no procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade, nos termos do artigo 7º da Lei nº 13.431/2017.

A seu turno, o **depoimento especial**, também conhecido como “depoimento sem dano”²⁹¹, é o procedimento para a oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante o Delegado de Polícia ou o Juiz de Direito (artigo 8º da Lei nº 13.431/2017), em concurso com equipe multidisciplinar e profissionais especializados como assistentes sociais ou psicólogos, preferencialmente realizado uma única vez e em sede de produção antecipada de prova em caso de violência sexual ou envolvendo criança com idade inferior a sete anos, com gravação em áudio e vídeo e trâmite em segredo de justiça (publicidade restrita ou interna), entre outras medidas objetivando preservar a intimidade e a privacidade da vítima ou da testemunha (Lei nº 13.431/2017, arts. 8 a 12).

Tais cuidados para a formalização de oitivas devem ser observados por ocasião de prisões em flagrante delito, e a Lei nº 13.431/2017 prevê ainda, em seu artigo 9º, que a escuta especializada e o depoimento pessoal sejam realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência, a serem resguardados de contato, ainda que visual, com o suspeito da prática criminosa ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento.

Há ainda recente alteração na Lei Federal nº 11.340/2006 (Lei “Maria da Penha”) promovida pela **Lei nº 13.505, de 8 de novembro de 2017**, que veicula diretrizes no tocante à inquirição de vítimas ou testemunhas de violência doméstica e familiar, por meio da introdução do artigo 10-A no diploma legal:²⁹²

²⁹¹ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; LÉPORE, Paulo Eduardo. Lei protege criança e adolescente vítima ou testemunha de violência. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 6 abr. 2017.

²⁹² Não se pode ignorar que as disposições inseridas pela Lei nº 13.505/2017 na Lei “Maria da Penha” reivindicam investimentos e recursos reiteradamente negligenciados às instituições de polícia judiciária. Ademais, a novel legislação teve origem no Projeto de Lei da Câmara nº 07/2016, então conhecido como Projeto de “Lei da Proteção Imediata”, que pretendia aperfeiçoar a Lei nº 11.340/2006 de modo a permitir, uma vez verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física e psicológica da vítima ou de seus dependentes, a pronta aplicação provisória de medidas protetivas de urgência, já na delegacia de polícia, com intimação desde logo do agressor e posterior controle e deliberação judicial, ampliando e agilizando o acesso e a resposta da Justiça Criminal. Contudo, após ser aprovado no Congresso Nacional, foi vetado o artigo 12-B, principal dispositivo que propiciaria a imediata proteção cautelar mínima às vítimas de violência doméstica, desfigurando o Projeto original de “Lei de Proteção Imediata” para a manutenção da “proteção tardia” diante da notória morosidade no deferimento das medidas protetivas de urgência para a

Art. 10-A É direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados.

§ 1º A **inquirição** de **mulher** em situação de **violência doméstica e familiar** ou de **testemunha** de violência doméstica, quando se tratar de crime contra a mulher, obedecerá às seguintes **diretrizes**:

I - **salvaguarda da integridade física, psíquica e emocional** da depoente, considerada a sua condição peculiar de pessoa em situação de violência doméstica e familiar;

II - **garantia** de que, em **nenhuma hipótese**, a mulher em situação de violência doméstica e familiar, familiares e testemunhas terão **contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas**;

III - **não revitimização** da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada.

§ 2º Na inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de delitos de que trata esta Lei, adotar-se-á, **preferencialmente**, o seguinte procedimento:

I - a inquirição será feita em **recinto especialmente projetado** para esse fim, o qual conterá os **equipamentos próprios e adequados à idade da mulher** em situação de violência doméstica e familiar ou testemunha e ao **tipo** e à **gravidade da violência sofrida**;

II - quando for o caso, a **inquirição** será **intermediada** por **profissional especializado** em violência doméstica e familiar designado pela **autoridade judiciária** ou **policial**;

III - o **depoimento** será registrado em **meio eletrônico** ou **magnético**, devendo a **degravação** e a **mídia** integrar o **inquérito** (grifamos).

Como se depreende das novas previsões da Lei “Maria da Penha”, as declarações e depoimentos prestados em casos de violência doméstica ou familiar serão orientadas pelos parâmetros acima reproduzidos, que impõem um maior cuidado no atendimento e na formalização de oitivas em tais circunstâncias, incluindo aquelas realizadas no bojo de autos de prisão em flagrante delito.

mulher violentada, providência que atualmente demanda vários dias entre o pedido formulado na delegacia até a decretação e efetiva intimação do agressor, lapso temporal no qual a ofendida permanece ainda mais vulnerável e submetida a um risco maior de ser vítima de novas investidas brutais e de feminicídio, cenário prático infeliz e comum. PINTO, Ronaldo Batista. Medidas protetivas pelo delegado de polícia no âmbito de crimes domésticos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 21, n. 4772, 25 jul. 2016.

6.8.2.4 Oitiva do indiciado: interrogatório

O interrogatório do indiciado foi comentado no tópico sobre o indiciamento, na medida em que deste instituto resultam os atos de qualificação e interrogatório, juntamente com o pregressamento e com a identificação do sujeito.

Cumprê enfatizar que o interrogatório policial é regido, no que for aplicável, pela disciplina da instrução judicial (CPP, arts. 6º, V e 185 a 200).

Será no interrogatório extrajudicial, notadamente naquele integrante da audiência de apresentação e do correlato auto de prisão em flagrante delito, que serão asseguradas as garantias processuais penais e principalmente oportunizado ao indiciado exercer seu direito de defesa, seja a autodefesa positiva manifestando sua versão, seja a autodefesa negativa permanecendo calado, viabilizando também a comunicação de familiares e o acionamento de Advogado para a defesa técnica, com entrevista reservada, aconselhamentos e quaisquer outras reivindicações que lhe interessem.

O § 3º do mencionado artigo 304 do CPP prevê a assinatura por duas testemunhas instrumentárias caso o indiciado (que a lei chama de modo genérico de “acusado”) se recusar, não souber ou não puder assinar seu interrogatório.

O interrogatório de indiciados mudos, surdos ou surdos-mudos é disciplinado no artigo 192 do CPP:

O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

I - ao **surdo** serão apresentadas **por escrito as perguntas**, que ele **responderá oralmente**;

II - ao **mudo** as perguntas serão feitas **oralmente**, respondendo-as **por escrito**;

Parágrafo único. Caso o **interrogando não saiba ler ou escrever**, intervirá no ato, como **intérprete** e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo (grifamos).

Quando o indiciado autuado em flagrante delito for estrangeiro, que não fale a língua portuguesa, o artigo 193 do CPP estabelece que o interrogatório será feito por meio de intérprete.

Outrossim, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, promulgada no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967, assim dispõe no § 1º de seu artigo 36 sobre a prisão de cidadão estrangeiro no Brasil:

A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia:

(...)

b) se o interessado lhes solicitar, as **autoridades competentes do Estado receptor** deverão, **sem tardar, informar à repartição consular competente** quando, em sua jurisdição, **um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira.**

Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo (grifamos).

Desse modo, por conta dessa garantia de ordem processual penal veiculada no destacado tratado internacional, o estrangeiro que venha a ser preso em flagrante delito deve ser cientificado acerca da possibilidade de manter contato com a repartição consular de seu país de origem por ocasião de sua oitiva em interrogatório, além dos demais direitos fundamentais a serem preservados e assegurados a todos os presos.²⁹³

Dentro da “prisão-formalização”, há ainda o § 4º do artigo 304 do CPP, acrescido pela Lei Federal nº 13.257, de 8 de março de 2016, que versa sobre políticas públicas para a

²⁹³ Na Polícia Civil do Estado de São Paulo, a Portaria DGP nº 21, de 22 de agosto de 2017, invoca em seus “considerandos” a citada Convenção de Viena, e assim dispõe: “Artigo 1º – **Toda prisão de estrangeiro** será imediatamente comunicada ao Delegado de Polícia de Permanência do Centro de Comunicações e Operações da Polícia Civil (CEPOL), preliminarmente às providências de formalização do ato, indicando:

a) qualificação completa do preso;

b) data, hora e local da prisão;

c) breve histórico do fato;

d) número de registro da ocorrência e unidade que será responsável pelo prosseguimento das providências.

Parágrafo único – O CEPOL **comunicará a prisão à repartição consular respectiva e ao Departamento da Polícia Federal**, informando, imediatamente à origem as providências adotadas.

Artigo 2º – O **estrangeiro preso será cientificado sobre seus direitos constitucionais e esclarecido a respeito da possibilidade de manter contato com a repartição consular de seu país antes de sua oitiva.**

Artigo 3º – A Autoridade Policial consignará em documento relativo à formalização da prisão todas as providências adotadas e os resultados obtidos em decorrência das normas estabelecidas nesta Portaria.

Artigo 4º – O Departamento de Inteligência da Polícia Civil – Dipol adotará medidas visando à celeridade das comunicações do CEPOL com as repartições consulares” (grifamos).

chamada “primeira infância”, abrangendo os primeiros seis anos completos ou setenta e dois meses de vida da criança:²⁹⁴

Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Embora o ideal seja a formalização do auto de prisão em flagrante delito secretariada por um Escrivão de Polícia, policial com formação técnico-profissional própria para esse mister, a legislação autoriza a designação de outra pessoa mediante compromisso legal, conhecida pela expressão *escrivão ad hoc*, de origem latina, que significa “nomeado para executar determinada tarefa”²⁹⁵, que na prática poderá ser outra carreira de apoio e agente do Delegado de Polícia, como um Investigador de Polícia²⁹⁶ ou até mesmo um particular, diante de uma escassez de efetivo ou de uma causa de impedimento do Escrivão de Polícia, com base no artigo 305 do CPP: “Na falta ou no impedimento do escrivão, qualquer pessoa designada pela autoridade lavrará o auto, depois de prestado o compromisso legal”.

Vale ressaltar que as oitivas, conquanto formalizadas de modo individual, integram o auto prisional e acompanham o expediente encaminhado para a comunicação da prisão ao Juiz de Direito, com cópia ao órgão ministerial e, caso o autuado não possua Advogado, à Defensoria Pública. O prazo legal para a comunicação é de 24 horas, quando também será formalizada e entregue ao preso a respectiva “nota de culpa” subscrita pelo Delegado de Polícia, constando o motivo da prisão e o nome do condutor e das testemunhas, em atenção ao artigo 306 e respectivos parágrafos, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011:

²⁹⁴ Conceito contido no artigo 1º da citada Lei nº 13.257/2016, diploma que também acrescentou o já referido inciso X no artigo 6º do CPP, que elenca as diligências em sede de investigação criminal, com redação e informações similares ao mencionado § 4º do artigo 304, e usualmente inseridas no bojo do pregressamento do indiciado: “colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa”.

²⁹⁵ HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001, p. 82.

²⁹⁶ Nesse sentido, a Portaria DGP nº 30, de 14 de novembro de 2012, da Polícia Civil do Estado de São Paulo, dispõe, em seu artigo 1º, alínea “i”, que são “**atribuições comuns a todas as carreiras policiais da Polícia Civil**” “**auxiliar a Autoridade Policial na formalização de atos de polícia judiciária**”, o que obviamente inclui secretariar a formalização do auto de prisão em flagrante delito e demais atos de polícia judiciária pertinentes.

A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão **comunicados imediatamente ao juiz competente**, ao **Ministério Público** e à **família do preso** ou à **pessoa por ele indicada**.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, **caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública**.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a **nota de culpa**, assinada pela **autoridade**, com o **motivo da prisão**, o nome do **condutor** e os das **testemunhas** (grifamos).

A Lei nº 12.403/2011 atualizou o diploma processual criminal aos comandos constitucionais, mormente aos incisos LXII a LXIV do artigo 5º da Carta Magna:

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

Como se observa, além das garantias processuais penais ao indiciado, em especial de comunicação a familiares ou pessoas de sua confiança sobre sua prisão, de acionar defesa técnica para assistência jurídica e de permanecer em silêncio, a legislação exige a comunicação da custódia flagrancial à Autoridade Judicial, encaminhando o auto de prisão em flagrante delito no prazo de 24 horas, além do envio de cópia à Defensoria Pública caso o autuado não possua Advogado constituído, o que ocorre em grande parte dos casos, porquanto muitos indiciados são desprovidos de recursos financeiros.

6.8.2.5 Nota de culpa

A nota de culpa consiste em documento pelo qual o sujeito preso em flagrante delito é cientificado dos motivos de sua custódia e respectiva imputação (fatos e enquadramento jurídico), da identificação dos responsáveis pela sua captura e da autoridade que decretou e presidiu a audiência e os atos legais pertinentes. Marca a incidência do contraditório formal na etapa extrajudicial, na medida em que o indiciado toma conhecimento do contexto fático e das pessoas envolvidas, além de poder participar da instrução, adotar medidas destinadas à sua

defesa e impugnar eventuais ilicitudes, situação que revela também aplicação do contraditório substancial.

Nessa linha, leciona Marta Saad:²⁹⁷

A nota de culpa é da tradição do Direito brasileiro, já tendo inclusive figurado como garantia constitucional. Por dar ciência formal dos motivos da prisão, como primeiro instrumento formal de ciência da acusação, permite a verificação da legalidade da detenção, bem como viabiliza, como instrumento informador, a formulação da defesa do acusado, desde o início da persecução.

A destacada Portaria DGP nº 18/1998, da Polícia Civil do Estado de São Paulo, além da devida fundamentação da decisão pela decretação da “prisão-custódia”, enfatiza a relevância e o conteúdo da nota de culpa em seu artigo 7º, notadamente no parágrafo 3º:

Na lavratura do auto de prisão em flagrante, a autoridade policial fará constar, no instrumento flagrancial, de maneira minudente e destacada, a comunicação ao preso dos **direitos que lhe são constitucionalmente assegurados** e, ainda, se este compreendeu-lhes o significado e se desejou exercê-los.

Parágrafo 1º - A **comunicação do preso com seu familiar, pessoa por ele indicada ou advogado**, será efetuada na forma determinada pela autoridade policial, que deverá atuar com total presteza e máximo empenho, **a fim de não frustrar a garantia constitucionalmente assegurada**.

Parágrafo 2º - A tipificação da conduta inicialmente atribuída ao preso no **auto de prisão em flagrante** será objeto de **fundamentação** autônoma na respectiva peça flagrancial, expondo a autoridade policial as **razões fáticas e jurídicas de convencimento**.

Parágrafo 3º - Na **nota de culpa** entregue ao preso, a autoridade policial descreverá a **conduta incriminada** e indicará o **tipo penal infringido** (grifamos).

Salienta-se que, além do auto prisional e das oitivas correlatas, assim como das demais peças cabíveis, como apreensões, reconhecimentos e requisições de exames periciais, de documentos e de objetos que instruirão o inquérito policial²⁹⁸, costuma ser confeccionado também um boletim de ocorrência, cujo histórico consignará uma síntese dos fatos que ensejaram a decretação da prisão flagrancial e dos fundamentos da decisão exarada pelo

²⁹⁷ SAAD, Marta. A defesa técnica dos presos em flagrante delito. *Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, nº 173, v.14, 2007, p.6.

²⁹⁸ REMUS, Vivian do Nascimento; WENDT, Emerson. Análise sobre a valoração judicial das provas produzidas na formalização do auto de prisão em flagrante. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 105, vol. 972, Outubro/2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 327.

Delegado de Polícia, e de outras circunstâncias ou desdobramentos específicos que a autoridade repute relevantes acerca do fato apurado.

6.8.3 Prisão-recolhimento ou encarceramento e a fiança extrajudicial

A “**prisão-recolhimento**” ou **encarceramento** é a terceira e última etapa da prisão em flagrante delito, consistindo no efetivo **recolhimento ao cárcere**, segregando em cela prisional o sujeito autuado em flagrante delito, como consequência do procedimento policial formalizado, quando não for cabível o arbitramento de fiança ou quando, ainda que concedida, o valor desta não for exibido tempestivamente.

6.8.3.1 Fiança e liberdade provisória

Em solo policial, a fiança pode ser tida como medida contracautelar substitutiva da prisão em flagrante delito e, com o advento da Lei Federal nº 12.403/2011, também passou a figurar expressamente como medida cautelar autônoma (CPP, art. 319, VIII). Exibida, autoriza a concessão de liberdade provisória do indiciado mediante expedição de alvará de soltura.

A fiança, como caução real, tem por objetivo principal assegurar o cumprimento das obrigações processuais do acusado, às quais ele fica comprometido, com a expectativa de que o sujeito tenha interesse em se apresentar após a decisão final da demanda judicial, para obter a devolução do valor caucionado (CPP, arts. 327 e 344).

Na fase extrajudicial, a fiança criminal pode ser concedida pelo Delegado de Polícia para as infrações penais cuja pena máxima em abstrato não suplante quatro anos, nos moldes do artigo 322 do CPP: “A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos”.

Há contundentes críticas à limitação estabelecida no aludido artigo 322 do CPP, que propugnam a alteração do conteúdo do dispositivo para que seja compatibilizado com o direito à liberdade, submetendo-o a um controle de constitucionalidade e convencionalidade, com supressão da injustificada restrição legal baseada na pena máxima cominada para a concessão de liberdade mediante fiança pelo Delegado de Polícia, de modo a abarcar todas ou ao menos um número maior de infrações penais, propiciando uma leitura autêntica da prisão cautelar

como exceção desde a etapa extrajudicial da persecução criminal, e assim efetivando e prestigiando a presunção de não culpabilidade.²⁹⁹

Assinala-se ainda que o artigo 309 do CPP dispõe que “se o réu se livrar solto, deverá ser posto em liberdade, depois de lavrado o auto de prisão em flagrante”.

Além do emprego atécnico do vocábulo “réu” ao invés de “indiciado”, o aludido dispositivo não possui mais aplicação prática, na medida em que as hipóteses em que o indiciado “se livrava solto”, antes previstas nos incisos I e II do artigo 321 do CPP, foram revogadas pela Lei Federal nº 12.403/2011, e consistiam nas infrações apenadas apenas com multa ou cuja pena máxima privativa de liberdade não excedesse três meses.

Oportuno lembrar que nessas hipóteses em que antes se mencionava que o imputado “se livrava solto” e para todos os casos que hoje configuram infrações de menor potencial ofensivo (contravenções e pena máxima cominada até dois anos), em regra, será lavrado termo circunstanciado e o autor será liberado. Todavia, caso o suspeito não assuma compromisso de comparecer ao Juizado Especial Criminal, poderá ser autuado em flagrante delito³⁰⁰, para ulterior arbitramento de fiança (Lei Federal nº 9.099/95, arts. 61 e 69, p.u.).

6.8.3.2 Crimes inafiançáveis

As hipóteses de crimes inafiançáveis, independente da pena cominada, estão elencadas no artigo 323, do CPP, com a redação determinada pela Lei Federal nº 12.403/2011:

Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes de racismo;

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

²⁹⁹ BARBOSA, Ruchester Marreiros. Audiência de custódia (garantia) e o sistema da dupla cautelaridade como direito humano fundamental. In: GUSSO, Rodrigo Bueno; SOUZA, David Tarciso Queiroz de (Org.). *Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um Estado Democrático de Direito*. Empório do Direito: Florianópolis, 2016, p. 174-175.

³⁰⁰ Salvo nos casos de porte de drogas para consumo pessoal (Lei nº 11.343/06, arts. 28 e 48, § 2º) e, por coerência, também nas infrações apenadas somente com multa, sem pena privativa de liberdade.

Tratam-se das hipóteses da denominada **inafiançabilidade absoluta**³⁰¹, que decorrem da natureza ou tipo de crime, a seguir comentadas.

1º Crimes de racismo (CPP, art. 323, I): o dispositivo processual segue o comando constitucional do inciso XLII, do artigo 5º da Lei Maior, segundo o qual “a **prática do racismo** constitui **crime inafiançável** e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (grifamos).

Conquanto a lei não defina explicitamente a abrangência da expressão “prática do racismo”, em especial para o fim de incidência da imprescritibilidade e da inafiançabilidade do citado inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal, há predominância na doutrina no sentido de que estariam abarcadas apenas as figuras penais elencadas na Lei Federal nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, envolvendo condutas próprias de segregação.

Discute-se se o delito de injúria racial, a modalidade qualificada do § 3º, do artigo 140 do Código Penal, não seria também “prática de racismo”, porquanto o mote da conduta criminalizada se concentra na ideologia racista, a partir de uma concepção e de uma postura preconceituosa e arrogante que considera um grupo como inferior, e impregnado desse pensamento comete ofensas ou atos de segregação.

Embora ambos sejam crimes raciais (motivados pela intolerância e discriminação racista), prevalece o argumento que a injúria racial consiste em ofender a honra de pessoa determinada, valendo-se o ofensor de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem, ao passo que, para se considerar “prática de racismo”, o ato deveria atingir uma coletividade indeterminada de indivíduos, discriminando toda a integralidade de uma “raça”, como nas hipóteses da Lei nº 7.716/1989.

A principal repercussão jurídico-criminal nesse debate reside justamente em aplicar ou não o dispositivo constitucional que torna o fato delituoso inafiançável e imprescritível.

Isso porque a injúria racial estabelece a pena de reclusão de um a três anos e multa, além da pena correspondente à violência, para quem cometê-la. De acordo com o dispositivo criminalizador, injuriar seria ofender a dignidade ou o decoro utilizando elementos de índole racial.

³⁰¹ SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 351.

Logo, adotando a posição de que a injúria racial não se classifica como prática de racismo, o delito, por cominar pena máxima em abstrato acima de dois e abaixo de quatro anos, admite o arbitramento de fiança na etapa extrajudicial, em caso de prisão em flagrante delito decretada pelo Delegado de Polícia responsável, após a devida apreciação e deliberação técnico-jurídica, em atenção ao artigo 322 do CPP, recordando ainda que se trata de delito de ação penal condicionada à representação da vítima, nos moldes do parágrafo único do artigo 145 do Código Penal.

Outrossim, pelo mesmo entendimento acima exposto, a prescrição para a injúria racial seria de oito anos, também em razão da pena máxima não exceder quatro anos, nos termos do artigo 109, inciso IV, do Código Penal. Vale lembrar que, em geral, o crime de injúria está associado à verbalização de xingamentos ou gestos depreciativos referentes à raça ou à cor com a intenção de insultar a honra da vítima.

Já os tipos penais da Lei nº 7.716/1989, por muitos considerados exaustivos como hipóteses de “prática de racismo”, implica conduta discriminatória dirigida a determinado grupo ou coletividade.

A Lei nº 7.716/1989 criminaliza uma série de hipóteses segregadoras como, por exemplo, recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou às escadas de acesso, negar ou obstar emprego em empresa privada, entre outros, e na prática são mais comuns os casos enquadrados no artigo 20 do citado diploma³⁰², conquanto também escassos quando comparados à quantidade de fatos tipificados como “injúria racial”.

Vale registrar que a discussão não está pacificada³⁰³, subsistindo polêmicas e posicionamentos contrários³⁰⁴ e favoráveis³⁰⁵ quanto à classificação da “injúria racial” como uma espécie da “prática de racismo” do texto constitucional e, assim, crime inafiançável.

³⁰² O mencionado artigo 20 da Lei nº 7.716/1989 teve a interpretação hoje mais adotada consagrada no famoso caso “Ellwanger”, tratando-se do HC nº 82.424/RS decidido pelo Supremo Tribunal Federal que, em síntese, versou sobre as publicações do escritor Siegfried Ellwanger Castan que negavam o holocausto contra os judeus. STF, HC nº 82.424/RS, Relator Min. Maurício Corrêa, j. 17/09/2003.

³⁰³ Em caso mais recente, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 686.965/DF, envolvendo a condenação por injúria racial do jornalista Paulo Henrique Amorim por comentar em sítio eletrônico (“blog”) que o também jornalista Heraldo Pereira era “negro de alma branca” e “não conseguiu revelar nenhum atributo para fazer tanto sucesso, além de ser negro e de origem humilde”, seguiu o posicionamento segundo o qual a injúria racial estaria englobada na previsão constitucional de “prática de racismo”. Logo, seria fato imprescritível e inafiançável, decisão que causou e ainda mantém intenso debate sobre o tema. STJ, HC AgRg no AREsp 686.965/DF, 6ª Turma, Relator Min. Ericson Marinho, p. 31/08/2015.

2º) Crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos (CPP, art. 323, II): a vedação também segue a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIII:

a lei considerará **crimes inafiançáveis** e insuscetíveis de graça ou anistia a **prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo** e os definidos como **crimes hediondos**, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Do mesmo modo, os crimes listados, ainda que eventualmente cominem pena máxima que não supere quatro anos, não serão suscetíveis de arbitramento de fiança em solo policial e tampouco em júízo.

Os crimes de **tortura** estão definidos na Lei Federal nº 9.455, de 7 de abril de 1997.

O **tráfico ilícito de entorpecentes**, por sua vez, é tipificado na Lei Federal nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, notadamente em seu artigo 33.

Já o **terrorismo** é disciplinado na Lei Federal nº 13.260, de 16 de março de 2016, que criminaliza condutas movidas por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidas com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública, de acordo com conceito do artigo 2º do diploma legal.

Por derradeiro, os **crimes hediondos** são elencados na Lei Federal nº 8.072, de 25 de julho de 1990, mais especificamente nos incisos e no parágrafo único de seu artigo 1º, que insere doze figuras penais: homicídio praticado em atividade de grupo de extermínio e qualificado; lesão dolosa gravíssima ou seguida de morte funcional (contra agentes das forças de segurança e militares e seus familiares); latrocínio; extorsão qualificada pela morte; extorsão mediante sequestro; estupro; estupro de vulnerável; epidemia com resultado morte; falsificação de produtos medicinais; favorecimento da prostituição; genocídio; e posse ou

³⁰⁴ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Para o STJ, injúria é crime de racismo. Será? *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4835, 26 set. 2016; GOMES, Jefferson de Carvalho; SAMPAIO JUNIOR, Alberto. Não cabe ao juiz "legislar" e comparar a injúria racial ao racismo. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 nov. 2015.

³⁰⁵ MUNHOZ, Maria Letícia Puglisi; BRANDÃO, Juliana Ribeiro. Nas entrelinhas da distinção de injúria racial e racismo. *Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim*. n. 285, ago., 2016, p. 17-18; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Decisão do STJ que considera injúria racial imprescritível é correta. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 jan. 2016.

porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.³⁰⁶

Além do rol do artigo 1º da Lei nº 8.072/1990, há equiparação a hediondo, no seu artigo 2º, aos delitos de tráfico de drogas, terrorismo e tortura, que conforme anotado já são tidos como inafiançáveis pela Constituição Federal, reforçando que tais crimes também são insuscetíveis de fiança (art. 2º, inciso II).³⁰⁷

3º) Crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (CPP, art. 323, III): tais delitos, para alguns considerados aqueles previstos na Lei Federal nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social³⁰⁸, também foram inseridos no rol dos delitos inafiançáveis na adequação do CPP aos moldes constitucionais promovida pela Lei Federal nº 12.403/2011.

Além das referidas hipóteses de **inafiançabilidade absoluta**, pela natureza do crime, a lei estabelece situações que, embora sejam crimes em princípio afiançáveis, os fatos se tornam inafiançáveis em determinadas circunstâncias concretas, chamadas de **inafiançabilidade relativa** ou **circunstâncias de inafiançabilidade**³⁰⁹, arroladas no artigo 324 do CPP:

Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem **quebrado fiança anteriormente concedida** ou **infringido**, sem motivo justo, qualquer das **obrigações** a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;

II - em caso de **prisão civil** ou militar;

III – revogado.

IV - quando **presentes** os **motivos** que autorizam a **decretação da prisão preventiva** (grifamos).

Logo, presentes essas circunstâncias de inafiançabilidade em um caso concreto, não será concedida fiança criminal.

A hipótese do inciso I do artigo 324 do CPP remete ao descumprimento das obrigações derivadas da fiança referidas nos artigos 327 e 328 do diploma processual:

³⁰⁶ O delito de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no artigo 16 da Lei Federal nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), foi acrescido no rol de crimes hediondos pela Lei Federal nº 13.497, de 26 de outubro de 2017.

³⁰⁷ Lei nº 8.072/1990, art. 2º: “Os **crimes hediondos**, a **prática da tortura**, o **tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins** e o **terrorismo** são **insuscetíveis** de:

I - anistia, graça e indulto;

II – **fiança**” (grifamos).

³⁰⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Impetus, 2013, p. 1026.

³⁰⁹ SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 351.

Art. 327 A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o **réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.**

Art. 328. O **réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado** (grifamos).

Já a prisão civil (CPP, art. 324, II) encontra-se restrita àquela decorrente do não pagamento de dívida por débito alimentar, atualmente prevista nos parágrafos 3º a 8º do artigo 528 do novo Código de Processo Civil – Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015.³¹⁰

A prisão militar, também inserida no inciso II do artigo 324 do CPP, refere-se às prisões por crimes militares, definidos no Código Penal Militar – Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.³¹¹

Por fim, os motivos que autorizam a prisão preventiva representam os requisitos da medida: os pressupostos, os fundamentos e as hipóteses de admissibilidade.

Os pressupostos consistem nos indícios de autoria e na prova da materialidade delitiva (*fumus boni iuris* ou *fumus comissi delicti*) previstos na parte final do artigo 312 do CPP. Os fundamentos (*periculum in mora* ou *periculum libertatis*) estão descritos no mesmo dispositivo legal, vale dizer, a garantia da ordem pública, da ordem econômica ou da aplicação

³¹⁰ CPC, art. Art. 528: “No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuarlo.

(...)

§ 3º Se o **executado não pagar** ou se a **justificativa apresentada não for aceita**, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, **decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.**

§ 4º **A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.**

§ 5º **O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas.**

§ 6º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

§ 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

§ 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação” (grifamos).

³¹¹ Os crimes considerados militares estão definidos nos artigos 9º (em tempo de paz) e 10 (em tempo de guerra), anotando-se que o inciso II do artigo 9º do CPPM teve a redação recentemente alterada pela Lei Federal nº 13.491, de 13 de outubro de 2017.

da lei penal e a conveniência da instrução criminal. Por fim, as hipóteses legais de admissibilidade estão arroladas no artigo 313 do CPP: crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; sujeito reincidente em crime doloso; delito envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, visando garantir a execução das medidas protetivas de urgência; quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou se esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la; e ainda quando não for cabível a substituição por outra medida cautelar diversa da prisão (CPP, art. 282, § 6º).

Desse modo, na etapa extrajudicial, mormente quando considerar presentes os requisitos da prisão preventiva por ocasião da determinação de uma prisão em flagrante delito, o Delegado de Polícia presidente poderá deixar de arbitrar a fiança, ainda que o delito não seja apenado acima de quatro anos e, fundamentadamente, representar à Autoridade Judicial pela conversão da prisão flagrancial em preventiva, inclusive no próprio auto prisional ou no ofício de comunicação.³¹²

6.8.3.3 Valor da fiança

O valor da fiança na fase policial será de um a cem salários-mínimos³¹³, nos termos do artigo 325, inciso I, do CPP.³¹⁴ Esse valor poderá ser reduzido até dois terços ou aumentado em mil vezes, de acordo com a situação econômica do indiciado preso (CPP, artigo 325, § 1º, II e III).³¹⁵

Diverge a doutrina quanto à possibilidade do Delegado de Polícia dispensar a fiança. Por ora prevalece o argumento que acompanha a literalidade dos dispositivos que regem a

³¹² Referida situação pode ocorrer, por exemplo, nas hipóteses em que o sujeito preso em flagrante já ostenta condenação definitiva por crime doloso ou nos delitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, para viabilizar e garantir a apreciação judicial e a execução das medidas protetivas de urgência, que poderão ser pleiteadas por ocasião da lavratura da prisão em flagrante.

³¹³ O valor do salário-mínimo atualmente é regulado pela Lei Federal nº 13.152, de 29 de julho de 2015, com reajustes e aumentos anuais estabelecidos pelo Poder Executivo Federal mediante decreto.

³¹⁴ CPP, art. 325: “O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:
I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos”.

³¹⁵ CPP, art. 325, § 1º: “Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

(...)

II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes”.

matéria (CPP, artigos 325, § 1º, I e 350)³¹⁶, pelos quais referida medida seria exclusiva do Juiz de Direito.

Contudo, há entendimento de que a Autoridade Policial poderá dispensar fundamentadamente a fiança e conceder liberdade provisória ao autuado, se assim recomendar sua condição econômica, impondo as obrigações previstas nos artigos 327 e 328 do CPP, invocando a analogia autorizada pelo artigo 3º do diploma processual criminal, com o fito de propiciar maior eficácia aos direitos fundamentais do indiciado.

Nessa trilha aduzem Cleopas Isaias Santos e Bruno Taufner Zanotti:³¹⁷

O respeito aos direitos fundamentais do cidadão é dever de toda autoridade e seus agentes. Partindo dessa premissa, não haveria qualquer razão, lógica ou jurídica, para que o Delegado de Polícia fosse impedido de dispensar a fiança, quando a situação econômica do autuado assim recomendasse, mas estivesse autorizado a aumentá-la e reduzi-la. Além disso, o art. 350 pode ser aplicado por analogia, como autorizado pelo art. 3º do CPP, tudo com o fim de dar maior eficácia aos direitos fundamentais do imputado.

(...)

Assim, o Delegado de Polícia poderá dispensar a fiança e conceder liberdade provisória ao autuado, se assim recomendar sua condição econômica, devendo fazê-lo em despacho fundamentado. Entretanto, ao fazer isso, a autoridade policial imporá ao autuado as obrigações previstas nos arts. 327 e 328 do CPP.

Felix Magno Von Döllinger comunga desse posicionamento:³¹⁸

Por fim, conforme já exposto, a concessão da fiança pelo Delegado de Polícia está em consonância com os princípios reitores da Constituição da República, em que a regra é a liberdade e a prisão é a exceção. Dessa forma, a dispensa da fiança para o hipossuficiente alcança o espírito constitucional da garantia individual de liberdade quando a lei autoriza a fiança, e com muito mais razão, quando não se tem condição de pagá-la. Castelo Branco (1980) já criticava a não alteração proposta em 1951 (Projeto 203 da Câmara) que alterava a redação de juiz para autoridade, afirmando que os dispositivos de política criminal devem ser interpretados em favor do *status libertatis*.

³¹⁶ **CPP, art. 325, § 1º**: “Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser: I - dispensada, na forma do **art. 350 deste Código**” (grifamos);

CPP, art. 350: “Nos casos em que couber fiança, o **juiz**, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso” (grifamos).

³¹⁷ SANTOS, Cleopas Isaias; ZANOTTI, Bruno Taufner. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 352.

³¹⁸ DÖLLINGER, Félix Magno Von. Da fiança arbitrada pela autoridade policial durante a lavratura do auto de prisão em flagrante. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTO, Giovanni Celso (Coord.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática*. São Paulo: Letras jurídicas, 2016, p. 178.

Os parâmetros legais para o Delegado de Polícia ou o Juiz de Direito determinarem o valor da fiança são a natureza da infração penal perpetrada, as condições financeiras, a vida pregressa e as circunstâncias indicativas da periculosidade do agente, e ainda a provável importância das custas do processo até a decisão final, de acordo com o artigo 326 do CPP.

Como regra, a fiança consistirá em quantia em dinheiro, a ser depositada em conta judicial de instituição bancária oficial, de pronto, se possível, ou no prazo de até três dias, sob responsabilidade do Escrivão de Polícia ou outro agente da Autoridade Policial que secretariar o feito, lavrando-se o respectivo termo de fiança, registrado em livro específico para tal finalidade (CPP, arts. 329 e 331).

Embora pouco usual na praxe policial, a lei processual penal faculta a exibição de objetos, pedras ou metais preciosos, bem como de títulos da dívida pública e até hipoteca, caso, por óbvio, o Delegado de Polícia tenha condições efetivas de obter prévia avaliação pericial e idônea (CPP, art. 330, § § 1º e 2º), o que por vezes não se mostra viável em sede de prisão em flagrante delito, etapa urgente e de cognição sumaríssima realizada em qualquer dia e horário, sobretudo fins de semana, feriados e madrugadas.

Tendo em vista os atuais recursos tecnológicos existentes, nada impede que o valor da fiança seja recolhido mediante operação por meio eletrônico destinada à conta judicial designada, podendo o Escrivão de Polícia certificar nos autos tal circunstância. Em tese, também é possível que a fiança seja prestada por meio de cheque, quando o Delegado de Polícia condicionará a liberação do preso à respectiva compensação bancária do título de crédito.

6.8.3.4 Prazo para exibição do valor arbitrado a título de fiança

O Delegado de Polícia competente para conceder fiança é aquele que decretar a segregação provisória flagrançial e presidir o respectivo auto prisional (CPP, art. 332).

O prazo para recolhimento do valor arbitrado na delegacia será até o encaminhamento do expediente ao fórum com a comunicação da prisão flagrançial ao Juiz de Direito (CPP, art. 306, § 1º). Isso porque, ao receber o auto prisional, a Autoridade Judicial passa a decidir sobre a custódia do indiciado, vale dizer, a prisão fica sob o crivo judicial, podendo ser convertida em preventiva ou até ser aumentado o valor da fiança (CPP, arts. 310, II e III, e 340).

6.8.3.5 Fiança em caso de concurso de infrações penais e causas de aumento e de diminuição de pena

Predomina o entendimento segundo o qual cabe ao Delegado de Polícia analisar as questões afetas às causas de aumento e de diminuição de pena para fins de concessão da liberdade provisória com fiança.³¹⁹

Para tanto, há de ser considerada a **pena máxima em abstrato** decorrente da incidência das referidas causas nas sanções previstas e, se o resultado não superar quatro anos, será admissível o arbitramento de fiança.³²⁰

Destarte, tratando-se de concurso material, somam-se as penas cominadas, conforme o sistema do cúmulo material, regido pelo artigo 69, do Código Penal. Já para o concurso formal perfeito, adota-se o sistema da exasperação, com a análise do maior aumento (metade), a teor da primeira parte do artigo 70, do estatuto repressor e, na hipótese de crime tentado, seguindo o parágrafo único, do artigo 14, do mesmo diploma, diminui-se o percentual mínimo de um terço para se aferir a pena máxima em abstrato.

6.9 Independência funcional e discricionariedade do Delegado de Polícia

Discricionário designa algo livre de restrições descabidas³²¹ e, no campo jurídico, entende-se por discricionário o ato praticado com certa margem de liberdade na avaliação ou decisão, segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados pela autoridade pública que o expedir, sem contudo se afastar dos limites dos comandos legais que lhe servem de fundamento.³²²

³¹⁹ Sobre o tema, há diretriz institucional da Polícia Civil paulista, contida na Recomendação DGP nº 04/2011: “As Autoridades Policiais, ao decidirem sobre a liberdade provisória mediante fiança prevista no art. 322 do Código de Processo Penal, poderão analisar, de acordo com seu convencimento jurídico, concurso material e outras causas de aumento e/ou de diminuição de pena, decidindo motivada e fundamentadamente, a respeito da possibilidade ou não da concessão do benefício legal”.

³²⁰ SIMONATO, Leonardo de Souza. O delegado de polícia e a liberdade provisória com fiança. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, 26 jul. 2011.

³²¹ HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001, p. 1053.

³²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 383.

A discricionariedade, também conhecida como “poder discricionário”, conectada à liberdade de decisão diante de um caso concreto, faculta que a autoridade competente opte por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o Direito, de acordo com juízos de oportunidade, conveniência, justiça ou equidade, próprios da autoridade, porquanto não definidos de maneira estanque pelo legislador, pelo contrário, positivados com acentuada flexibilidade, porém que precisam observar os limites estipulados em lei pois, caso extrapolados, tornam a decisão estatal arbitrária e ilícita.³²³

Na atividade de polícia judiciária, a discricionariedade consiste na denominada independência funcional, e compreende tanto o juízo motivado de oportunidade e conveniência para capitanear as investigações criminais, como também, e sobretudo, a liberdade de expressão do pensamento e do entendimento à luz do direito.

Portanto, o Delegado de Polícia possui independência funcional em relação à sequência com que as diligências são determinadas na presidência do inquérito policial, pela qual formula um juízo de prognose³²⁴, consubstanciado em um olhar para frente diante do que já foi angariado, objetivando a verdade possível, na condução e no rumo das providências investigativas. Isso porque cada evento apresenta circunstâncias peculiares com muitas variáveis, e a investigação criminal precisa ser dirigida de acordo com a ordem cronológica com que os elementos informativos são obtidos, seguindo também a avaliação técnico-jurídica e o tirocínio profissional da Autoridade Policial, responsável pela preservação e produção das provas no momento oportuno e mais eficiente, e atento às regras legais para sua proficiência em eventual etapa judicial.

No decorrer do procedimento investigatório criminal, o Delegado de Polícia desempenha seu papel ao perscrutar o contexto fático a ele apresentado ouvindo pessoas, requisitando exames em locais, objetos e indivíduos, apreendendo bens e documentos, representando por medidas cautelares, determinando, entre muitas outras, as diligências exemplificativas do artigo 6º, do CPP, cada qual promovida segundo dispositivos legais ou fontes correspondentes, das quais a Autoridade Policial deve se valer a fim de alcançar a veracidade atingível, sem se desprender da legalidade e das garantias processuais penais.

³²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 205.

³²⁴ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Juízos de prognose e diagnose do delegado. In: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; et al. *Polícia judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 50-51.

Assim como na presidência das investigações criminais, o Delegado de Polícia possui independência funcional para decidir com liberdade de convicção motivada e de expressão do pensamento e do entendimento à luz do direito, representada por um juízo de diagnose³²⁵, cuidando-se de um olhar para trás considerando os dados e circunstâncias apuradas até então, com inerente grau de flexibilidade porquanto admite a adoção de uma solução dentre uma gama de medidas juridicamente autorizadas, que compreende as classificações e enquadramentos legais em todos os atos de polícia judiciária, como boletins de ocorrência, termos circunstanciados, indiciamentos (em sede de prisões em flagrante delito e no curso do inquérito policial iniciado por portaria) e relatórios finais.

A independência funcional atrelada à liberdade de convicção fundamentada é conferida à autoridade pública operadora do direito para que exerça suas funções de acordo com o que sua consciência e discernimento reputarem legalmente respaldado, apropriado e, sobretudo, justo, orientando-se ainda pelas finalidades da instituição à qual pertence, sem submissão a poder hierárquico no exercício de suas atribuições. A hierarquia existente, materializada e sinalizada pelo chefe da instituição, está restrita às matérias de índole administrativa, como a divisão de postos e a gestão institucional de um modo geral, mas não quanto às decisões tomadas motivadamente no exercício das funções.³²⁶

Impende enfatizar que a independência funcional preconiza que a atuação funcional da autoridade pública não fica ao arbítrio desta, pois se sujeita não apenas à sua consciência, mas

³²⁵ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Juízos de prognose e diagnose do delegado. In: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; et al. *Polícia judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 51-52.

³²⁶ Em virtude da incidência do princípio da independência funcional sobre a atuação da autoridade operadora do direito decorre a impossibilidade de sujeição hierárquica entre os agentes públicos e o chefe da respectiva instituição, exceto no âmbito administrativo, porém sem que a relação hierarquizada se estenda à seara técnico-funcional, afastando a responsabilização por eventuais equívocos no estrito cumprimento de suas funções, salvo hipóteses de culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, 2008, p. 530; LESSA, Marcelo de Lima. *A independência funcional do delegado de polícia paulista*. São Paulo: Adesp - Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, 2012, p. 4-5; COELHO, Emerson Ghirardelli. *Investigação criminal constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 79. Nessa direção também encontra-se a Súmula nº 9, do I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo - Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal: “Descabe instauração de procedimento administrativo de caráter disciplinar que tenha por objetivo único a análise relativa à decisão de natureza exclusivamente jurídica adotada pelo Delegado de Polícia e fundada em sua livre convicção jurídica motivada, subsistindo, todavia, a exigibilidade de explicitação da motivação fática e jurídica informadora daquele convencimento”.

antes e sempre à Constituição e às leis em sentido amplo. Aliás, nesta ordem: Constituição, leis e, por fim, consciência,³²⁷ razão pela qual reclama a respectiva motivação.³²⁸

Anota-se que a aplicação do direito deve seguir os três períodos que marcam as palavras da lei, considerando tanto a letra expressa do texto legal quanto a sua interpretação segundo a força que dela se extrai e, ainda, ajustada ao seu fim social, numa busca incessante visando refletir o exato espírito da norma.³²⁹

Como se observa, a exteriorização da independência funcional deve necessariamente estar escorada na lei, o que implica sempre ser motivada, ainda que de modo sucinto e, nos atos de polícia judiciária, demanda manifestações fundamentadas do Delegado de Polícia, expondo o contexto fático e os dispositivos legais e posicionamentos jurídicos que as ultimaram.

A liberdade de convicção jurídica na atuação do Delegado de Polícia, intrínseca às suas funções legais, no âmbito do Estado de São Paulo consolidou-se com a promulgação e entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 35, de 3 de abril de 2012, que alterou e acrescentou, entre outros, os parágrafos 2º, 3º e 4º ao artigo 140 da Constituição Estadual Paulista, cujo texto atual segue abaixo colacionado:

Artigo 140 - A Polícia Civil, órgão permanente, dirigida por delegados de polícia de carreira, bacharéis em direito, incumbe, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

[...]

§ 2º - No desempenho da atividade de polícia judiciária, instrumental à propositura de ações penais, a Polícia Civil exerce atribuição **essencial à função jurisdicional do Estado** e à **defesa da ordem jurídica**.

§ 3º – Aos **Delegados de Polícia** é assegurada **independência funcional** pela **livre convicção nos atos de polícia judiciária**.

§ 4º – O ingresso na carreira de Delegado de Polícia dependerá de concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exigindo-se do **bacharel em**

³²⁷ SABELLA, Walter Paulo. Independência funcional e ponderação de princípios. *Revista Justitia*, São Paulo, 2007.

³²⁸ Nesse sentido é o teor da Súmula nº 9, do I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo: Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal, realizado na Academia de Polícia Coriolano Nogueira Cobra, em 26 de setembro de 2013: “Descabe instauração de procedimento administrativo de caráter disciplinar que tenha por objetivo único a análise relativa à decisão de natureza exclusivamente jurídica adotada pelo Delegado de Polícia e fundada em sua livre convicção jurídica motivada, subsistindo, todavia, a exigibilidade de explicitação da motivação fática e jurídica informadora daquele convencimento”.

³²⁹ ALMEIDA, José Raul Gavião de. *As palavras da lei*. 1ª Antologia – Academia Jundiaense de Letras Jurídicas. Jundiaí: Editora In House, 2008, p. 76-78.

direito, no mínimo, **dois anos de atividade jurídica**, observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação (grifamos).

A necessária independência funcional dos Delegados de Polícia, ora reconhecida expressamente no artigo 140, § 3º, da Carta Paulista, encontra-se assim assegurada e definida do artigo 1º, § 2º, da Lei Complementar Estadual nº 1.152/2011: “A **independência funcional** é garantida pela **autonomia intelectual para interpretar o ordenamento jurídico e decidir, com imparcialidade e isenção, de modo fundamentado**” (grifamos).³³⁰

Outrossim, o Poder Judiciário tem reafirmado a relevância da independência funcional dos Delegados de Polícia para a correta persecução penal, consoante pedagógico julgado que decretou a nulidade de processo administrativo, declarando a inexistência de infração disciplinar e o conseqüente cancelamento de injusta pena de repreensão imposta a Autoridade Policial por manifestar sua livre convicção jurídica motivada, com trecho abaixo reproduzido:³³¹

Perceba-se, pois, que a **liberdade de convicção do Delegado de Polícia** constitui **postulado fundamental** para que a **investigação criminal** possa ser **firme**, e **serena**, punitiva quando tem que ser punitiva, mas **inescapavelmente garantista, respeitadora dos direitos fundamentais, crente dos postulados constitucionais**.

Retirar do Delegado de Polícia essa liberdade de convicção jurídica na fase inicial investigatória - importantíssima, porque a primeira e única em que se sente o calor dos fatos em efervescência - **arranha a higidez do sistema acusatório de garantias** (grifamos).

Acompanhando essa tendência, outros Estados da Federação têm promovido as devidas alterações em suas respectivas Constituições, como é o caso do Amazonas³³², do Espírito Santo³³³, de Santa Catarina³³⁴, de Tocantins³³⁵ e da Lei Orgânica do Distrito Federal.³³⁶

³³⁰ Redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 1.249, de 3 de julho de 2014 que também reafirmou a independência funcional e irredutibilidade de vencimentos como garantias da carreira jurídica de Delegado de Polícia, consoante artigo 1º, §§ 1º e 2º da Lei Complementar Paulista nº 1.152/2011.

³³¹ Processo nº 0001985-98.2014.8.26.0297, da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Jales-SP, Juiz Fernando Antônio de Lima, j. 02/10/2014.

³³² CE/AM, art. 115, § 3º: “Aos Delegados de Polícia, integrantes das carreiras jurídicas do Estado, é assegurada a isonomia com as demais carreiras jurídicas e a independência funcional no exercício do cargo”.

³³³ CE/ES, art. 128, § 6º: “O Delegado de Polícia é legítima autoridade policial, a quem é assegurada independência funcional pela livre convicção nos atos de polícia judiciária”.

³³⁴ CE/SC, art. 106, § 5º: “Aos Delegados de Polícia Civil é assegurada independência funcional pela livre convicção nos atos de polícia judiciária”.

³³⁵ CE/TO, art. 116, § 2º: “Ao Delegado de Polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tenha como

Somadas à Lei Federal nº 12.830/2013, tais previsões solidificam as instituições de polícia judiciária como órgãos públicos essenciais à função jurisdicional estatal e à defesa da ordem legal, assim como para a consecução do devido processo e para a justa resolução dos litígios criminais, reforçando a natureza jurídica e exclusiva de Estado das funções e da carreira de Delegado de Polícia.

Vale lembrar que a atuação com independência funcional pela livre convicção do Delegado de Polícia deve ser fundamentada, como corolário dos princípios da legalidade, da motivação e da impessoalidade, de modo a transparecer os substratos fáticos e jurídicos que impulsionaram a deliberação da Autoridade Policial³³⁷, notadamente por ocasião da decretação da prisão em flagrante delito.

Resta assegurado não haver diferenças entre o *status* das convicções jurídicas dos operadores do direito no processo penal. Elas apenas são manifestadas em momentos distintos, cada qual no estrito cumprimento de suas funções legais e todas no mesmo patamar na comunidade jurídica.

O Delegado de Polícia examina os fatos e todos os elementos coligidos, exarando seu livre convencimento jurídico regrado e os capitulando ou não a uma infração penal, anotando as devidas circunstâncias que julgar pertinentes quanto ao contexto fático ou ao agente investigado, inclusive definindo que o reputa como mero suspeito ou provável autor, ato este privativo da Autoridade Policial e formalizado no comentado indiciamento.

Concluídos os autos do inquérito policial, chega o momento do Promotor de Justiça (ou Procurador da República na esfera federal) avaliar o conjunto probatório e decidir se

objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais, atuando de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com independência funcional, isenção e imparcialidade”.

³³⁶ LO/DF, art. 119, § 4º: “Aos integrantes da categoria de delegado de polícia é garantida independência funcional no exercício das atribuições de Polícia Judiciária”.

³³⁷ Na Polícia Civil do Estado de São Paulo, a Portaria DGP nº 18, de 25 de novembro de 1998 regulamenta medidas e cautelas a serem adotadas na elaboração de inquéritos policiais, harmonizando os procedimentos investigatórios aos direitos fundamentais, e já estabelecia a fundamentação e a independência funcional pela livre convicção jurídica do Delegado de Polícia nas suas manifestações e decisões afetas à atividade de polícia judiciária. Com efeito, a Portaria DGP nº 18/1998 exige fundamentação do Delegado de Polícia no ato de instauração do inquérito policial via portaria (art. 1º) ou na deliberação pela falta de justa causa para a deflagração da investigação criminal (art. 2º, § 1º), para o não conhecimento de requerimento de instauração de inquérito (art. 2º, § 2º), para o arquivamento de boletim de ocorrência que não viabilize instauração de inquérito (art. 3º), para o despacho de indiciamento (art. 5º, p.u.), para a exposição em sede de representação por medida cautelar (art. 6º, II), para a tipificação penal da conduta do preso no auto de prisão em flagrante delito (art. 7º, § 2º), e para motivar o convencimento técnico-jurídico no relatório final do inquérito policial (art. 12).

requer arquivamento ou oferece denúncia (salvo nos casos de ação penal privada cuja incumbência é do ofendido via queixa-crime). O representante ministerial exprime a sua convicção jurídica, que pode ou não coincidir com a da Autoridade Policial. Após prévio exame judicial, caso recebida a exordial acusatória, a defesa (Advogado ou Defensor Público) enfrenta a descrição fática (e não a capitulação legal da infração penal), consignando seu posicionamento jurídico na discussão. Segue-se regular instrução em juízo, e chega a vez do Magistrado exteriorizar o seu posicionamento jurídico, solucionando a primeira instância do processo criminal. Em sua decisão, o Juiz de Direito pode concordar com quaisquer das convicções já exaradas, ou optar por uma diversa, sempre mediante deliberações fundamentadas.³³⁸

Importante perceber que as divergências entre convicções jurídicas de cada operador do direito, desde o Delegado de Polícia até o Magistrado (incluindo os Desembargadores dos Tribunais nos casos de recursos), em nada prejudicam a regularidade da persecução criminal. Ao contrário, enriquecem o debate jurídico, legitimando a decisão judicial e tornando a dialética processual mais robusta e fundamentada.

Destarte, a consolidação expressa da independência funcional aos Delegados de Polícia fortalece a defesa da ordem jurídica, do Estado Democrático e as garantias dos direitos fundamentais pelas autoridades públicas protagonistas do processo penal brasileiro.

Em síntese, assegurar prerrogativas funcionais aos Delegados de Polícia significa propiciar órgãos de polícia judiciária de Estado, republicanos e mais eficientes, transparentes e protegidos de ingerências espúrias, sem facilidades ou animosidades em virtude de classe social, pensamento, engajamento político ou qualquer outro critério indevido ou discriminatório que não aquele legalmente determinado.

³³⁸ Ao sentenciar, a Autoridade Judicial conferirá a classificação jurídica que julgar adequada, sendo irrelevante aquela constante na denúncia ou queixa, estando apenas atrelada aos fatos expostos, por conta do denominado princípio da correlação. Se houver mera alteração na classificação legal, opera-se a chamada *emendatio libelli*, nos moldes do artigo 383 do CPP. Caso o Juiz de Direito vislumbre nova definição jurídica em razão de modificação da descrição fática constante na inaugural, decorrente do surgimento de prova nova durante a instrução, encaminhará os autos para que a acusação proceda ao aditamento da exordial, ouvindo-se em seguida a defesa para prosseguimento do processo, conforme artigo 384 e seus parágrafos do diploma adjetivo, instituto conhecido como *mutatio libelli*. MANZANO, Luis Fernando de Moraes. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 593.

6.9.1 Prisão em flagrante delito e independência funcional

Conforme denunciado, para a determinação e elaboração do auto de prisão em flagrante delito, a lei processual penal fixa que só será recolhido ao cárcere aquele sujeito contra quem recaia o requisito probatório da fundada suspeita (CPP, art. 304, § 1º).

Por conseguinte, para avaliar essa exigência legal mister se faz um exame técnico-jurídico da legalidade da captura, a fim de preservar as garantias e os direitos fundamentais do suspeito conduzido, para que só então seja decretada ou não a custódia provisória extrajudicial pelo Delegado de Polícia.

Nessa conjuntura, como diretriz no âmbito da Polícia Civil do Estado de São Paulo, convém destacar a Recomendação DGP nº 1, de 13 de junho de 2005, ato normativo que veicula medidas para uniformização dos atos de polícia judiciária relativos à autuação em flagrante delito, editada quando da alteração do artigo 304 do CPP pela Lei Federal nº 11.113/2005, e que assim preconiza em seu item I:

Entrevistadas as partes (condutor, testemunhas presenciais ou não e o conduzido) caberá exclusivamente à Autoridade Policial formar, **soberanamente**, sua **convicção jurídica** e, então, determinar, ou não, a lavratura do auto de prisão, **inadmitido qualquer tipo de ingerência relativamente ao enquadramento típico da conduta e à existência de estado flagrancial** (grifamos).

A orientação institucional paulista já anunciava a inerente independência funcional do Delegado de Polícia para a formação de sua convicção jurídica, hoje consagrada na Constituição do Estado de São Paulo no citado § 3º, do seu artigo 140, e firmada com a expressa exigência de análise técnico-jurídica do fato e de suas circunstâncias para ultimar o indiciamento, do artigo 2º, § 6º, da Lei Federal nº 12.830/2013.³³⁹

No que tange à avaliação jurídica dos fatos em aparente estado flagrancial delitivo pela Autoridade Policial, importa realçar que esta avaliará o binômio **flagrância delitiva** (modalidades dos artigos 302 do CPP – **requisito temporal**) e **fundada suspeita** (justa causa

³³⁹ LIMA, Monique Patrícia Ferreira. Participação da defesa e produção de provas no inquérito policial. In: SÃO PAULO (Estado), *Arquivos da Polícia Civil* – Vol. 55, São Paulo: Acadepol, 2017, p. 157-166.

para o juízo de probabilidade próprio do indiciamento do § 1º do artigo 304 do CPP – **requisito probatório**) para decidir acerca da decretação ou não da prisão em flagrante.

Não se pode perder de vista que garantias como a independência funcional se justificam exatamente para inibir intromissões espúrias nas manifestações de autoridades públicas, para que não tenham receio de decidir de modo legítimo e motivado. Ilustrando, imagina-se um Promotor de Justiça que hesite em oferecer uma denúncia, ou deixar de apresentá-la quando entender que não há fato delituoso, ou um Juiz de Direito apreensivo em proferir uma decisão absolutória ou condenatória. Idêntico silogismo se aplica aos atos decisórios próprios das funções do Delegado de Polícia, e em especial no indiciamento decorrente da deliberação sobre determinar ou não uma “prisão-custódia” flagrancial, razão pela qual argumentos em sentido contrário revelam imputações do inaceitável “ilícito de hermenêutica”³⁴⁰, punindo grosseira e injustamente a Autoridade Policial por interpretar o ordenamento jurídico e desempenhar suas atribuições constitucionais e legais.

Em outras palavras, se o Delegado de Polícia possui o múnus público de decidir sobre a liberdade e tantos outros direitos fundamentais dos cidadãos, suprimir ou atentar contra sua livre convicção fundamentada representa infligir à Autoridade Policial uma atuação sob a espada de Dâmocles³⁴¹, com permanente e ilegítima pressão de ser censurado indevidamente.

Desse modo, o Delegado de Polícia, seguindo sua convicção jurídica motivada, definirá a classificação penal do fato apresentado, avaliando inclusive a presença de eventuais discriminantes, bem como se o caso se inclui em uma das citadas hipóteses de flagrância delitiva do artigo 302 do CPP (flagrante próprio, impróprio ou presumido) e também se os

³⁴⁰ MARREIRO, Tilly Agra Oliveira; MOUSINHO, Paulo Reyner Camargo. *Ilícito hermenêutico só para delegado de polícia? Justiça & Polícia – sobre direito e segurança pública*, Macapá, 11 jul. 2017.

³⁴¹ A expressão “espada de Dâmocles” consta ser originária de uma parábola moral grega, popularizada pelo filósofo romano Cícero, e narra a estória de Dâmocles, cortesão bajulador da corte do tirano Dionísio “o velho”, que governava a cidade siciliana de Siracusa durante os séculos IV e V a.C.. Dionísio, conquanto rico e poderoso, era infeliz e severo, e vivia com receio de ser morto. Dâmocles invejava Dionísio por considerá-lo um afortunado diante de seu poder e autoridade. Segundo o conto, Dionísio ofereceu a Dâmocles trocar de posto com ele por um dia, para sentir toda a sorte que acreditava ter o primeiro. Em meio a todo o luxo e poder, Dâmocles notou que havia uma espada pendurada sobre sua cabeça, presa apenas por um fio de rabo de cavalo. Ao ver a espada afiada suspensa sobre sua cabeça, Dâmocles perdeu o interesse e abdicou do posto, dizendo que não queria mais ser tão “afortunado”. Essa fábula teria dado origem também à locução “por um fio”, e simboliza situações de precariedade e falta de garantias para o exercício de poderes e responsabilidades, gerando um sentimento de insegurança e uma metáfora dos riscos e pressões às quais se submete quem exerce um poder-dever estatal. COSTA, Wilma Peres. *Espada de Dâmocles: o exército e a crise do império*. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990.

elementos coligidos evidenciam lastro probatório suficiente para revelar a fundada suspeita reclamada pela lei, sob pena de questionamento da regularidade da prisão flagrancial.

6.10 Criptoflagrante ou flagrante obtuso: ausência de flagrância delitiva ou fundada suspeita e a não decretação da prisão em flagrante delito

A ausência da devida fundamentação exigida para o indiciamento, de acordo com a posição firmada pela Lei 12.830/2013 (art. 2º, § 6º) e pela jurisprudência constitui constrangimento ilegal sujeito a impetração de Habeas Corpus.³⁴²

Mesmo antes da Lei nº 12.830/2013, Marcos Alexandre Coelho Zilli já reforçava a necessidade de decisão fundada em elementos amealhados no inquérito policial para o indiciamento, refutando determinações arbitrárias e sem motivação:³⁴³

O **indiciamento**, como é cediço, consiste na formalização do apontamento, pelo Estado, do **provável autor da infração penal investigada**. Produz, assim, efeitos extraprocessuais testificados pela apresentação à sociedade daquele considerado como o causador da prática delituosa. Consubstancia uma verdadeira prestação de contas do exercício do *jus puniendi*. Gera, por outro lado, efeitos endoprocessuais representados pelo vínculo de probabilidade cidadão-infração em um antecedente lógico — embora não necessário — do ajuizamento da ação penal.

Tal ato reforça, pois, a existência de uma escala de vinculação tendo como polos antagônicos o suspeito e o executado, intermediados, entre outros, pela figura do indiciado. Tal vinculação há, pois, que ser **fundada em elementos colhidos ao longo do inquérito policial, não podendo resultar de conduta arbitrária e caprichosa por parte da autoridade que o preside**. A questão situa-se no plano da legalidade do ato. Ora, uma vinculação **carecedora de justa causa é fonte de inegáveis constrangimentos**. Primeiro, por se estabelecer o nexo cidadão-infração sem que sejam encontrados elementos que justifiquem tal apontamento. Segundo, por se apresentar, injusta e publicamente — com todos os efeitos nocivos decorrentes —, uma pessoa como a destinatária do exercício *jus puniendi*. E terceiro, por se abrir caminho — não mais potencial mas sim real — ao ajuizamento da ação penal, a qual, por sua vez, poderá dar ensejo à aplicação de uma sanção penal (grifamos).

Noutro giro, designa-se “**criptoindiciamento**”³⁴⁴ o indiciamento infundado, destituído

³⁴² STF, HC nº 85.541, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, Dje 21/08/2008.

³⁴³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Liberdade! Abre as asas sobre nós. *Boletim do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 91, jun. 2000, p. 451.

³⁴⁴ PAULA, Fernando Shimidt de. *O criptoindiciamento como problema estrutural da Polícia Civil paulista*. 2016. 244 p. Monografia (Curso de Especialização em Polícia Judiciária e Sistema de Justiça Criminal do

da indispensável motivação exarada pelo Delegado de Polícia expondo os elementos que o justificam, expressão que suscita o neologismo “**criptoflagrante**”, derivado da aglutinação do vocábulo flagrante com o antepositivo “cripto”, que significa “oculto” ou “secreto”³⁴⁵, para simbolizar a arbitrária e ilegal decretação de prisão em flagrante delito desprovida de fundamentação e de acervo probatório mínimo para a justa causa (fundada suspeita – requisito probatório) ou fora das hipóteses processuais de flagrância delitiva (requisito temporal).

Fala-se em “**flagrante obtuso**”³⁴⁶, como alusão a rude, confuso ou tolo³⁴⁷, para retratar posicionamento superado e decorrente de interpretação isolada, assistemática e meramente topográfica do artigo 304 do CPP. De acordo com essa leitura equivocada, carente da imperativa contenção constitucional, o Delegado de Polícia deve lavrar auto de (não) prisão em flagrante delito em todos os casos de modo autômato³⁴⁸, a despeito de vislumbrar resultado contrário extraído da análise jurídica do contexto fático, e independente de existir flagrância delitiva e fundada suspeita em face do suspeito capturado, de maneira que, somente após a indevida lavratura do auto prisional, a Autoridade Policial relaxe ou torne insubsistente a “prisão” ilegal que ela mesma determinou.

Sobre a exegese do artigo 304 do CPP, assim argumenta Eduardo Luiz Santos Cabette:³⁴⁹

Portanto, a devida interpretação sistemática entre as normas do Código de Processo Penal que guardam relação com o disposto no artigo 304 do CPP e as normas que regulam a atuação do Delegado de Polícia em âmbito Constitucional, Processual Penal e Administrativo, estão a apontar que não há sustentação para a tese de que a Autoridade Policial em sentido estrito é vinculada, quanto à lavratura do auto de prisão em flagrante, à mera apresentação pós-captura de uma pessoa por policial ou particular. Não há

Centro de Estudos Superiores da Polícia Civil “Prof. Maurício Henrique Guimarães Pereira”) – Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, São Paulo, 2016, p. 120.

³⁴⁵ HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001, p. 871.

³⁴⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Do flagrante obtuso ou da pretensão de que o delegado de polícia lavre auto de “não prisão” em flagrante em qualquer caso de condução de capturado. *Revista Prática Jurídica*, ano XV, nº 176, Editora Consulex, nov.2016, p. 6-16.

³⁴⁷ HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001, p. 2045.

³⁴⁸ GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 114; LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*, v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 244.

³⁴⁹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Do flagrante obtuso ou da pretensão de que o delegado de polícia lavre auto de “não prisão” em flagrante em qualquer caso de condução de capturado. *Revista Prática Jurídica*, ano XV, nº 176, Editora Consulex, nov.2016, p. 15.

obrigatoriedade de lavratura de auto de prisão em flagrante quando a Autoridade Policial, de pronto, tem elementos para fundamentar seu afastamento. Doutra banda, o § 1º, do artigo 304 do CPP garante que o Delegado de Polícia, mesmo deliberando inicialmente pela prisão, poderá proceder à declaração fundamentada de sua insubsistência, acaso tenha motivos posteriores para tanto. Nenhuma das duas condutas, considerando o ordenamento jurídico brasileiro de forma conglobante, enseja infração penal ou improbidade administrativa.

Pretender coagir o Delegado de Polícia à lavratura de um auto de prisão em flagrante mesmo diante de situação por ele considerada fundamentadamente como não característica de estado flagrancial, atípica ou mesmo na qual falte convencimento quanto à autoria do crime, é o mesmo que obrigar a Autoridade Policial a agir de forma violadora interna de um Princípio Lógico já conhecido e divulgado até na Antiga Grécia por Aristóteles. Trata-se do “Princípio da Não Contradição”, que diz que algo não pode, ao mesmo tempo, ser e não ser. Ora, o que se pretende com a interpretação esdrúxula do artigo 304 do CPP em discussão é a lavratura de um “auto de prisão em flagrante” no qual a Autoridade Policial reconhece um “não flagrante”. Isso é indubitável e flagrantemente ilógico.

Destarte, caso a Autoridade Policial decida pela inexistência de situação caracterizadora de flagrância delitiva, determinará o registro do fato em boletim de ocorrência circunstanciado e as providências legais de polícia judiciária pertinentes, sem prejuízo de regular apuração pormenorizada dos fatos em sede de inquérito policial instaurado via portaria, servindo como referência o item XVI, da aludida Recomendação DGP nº 1/2005, da Polícia Civil paulista:

Decidindo pela **inexistência de situação jurídica caracterizadora de flagrante**, deverá a Autoridade Policial registrar o fato em **boletim de ocorrência**, sem emitir recibo de entrega de preso, em seguida adotando as **providências de polícia judiciária cabíveis**, inclusive para responsabilização criminal dos autores da detenção indevida, se for o caso” (grifamos).

Esse será o procedimento, por exemplo, quando o Delegado de Polícia reconhecer, com base no que lhe for apresentado na ocasião, que a conduta do agente foi perpetrada sob o manto de alguma discriminante, assunto melhor detalhado em tópico adiante sobre o juízo de tipicidade e ilicitude exercido pela Autoridade Policial. Nessa hipótese, registrará o boletim de ocorrência, com relato circunstanciado, podendo determinar a formalização das oitivas das partes envolvidas presentes, requisitar exames periciais e deliberar por quaisquer outras diligências que entender cabíveis para cabal esclarecimento dos fatos, que serão perscrutados por meio de inquérito policial, instaurado por portaria.

Reitere-se que, se para edificar o auto de prisão flagrancial é preciso fundamentá-lo³⁵⁰, o que dirá para não fazê-lo. Como se observa, sem prejuízo da avaliação da efetiva flagrância delitiva, deve ainda o Delegado de Polícia necessariamente atentar para a existência ou não da já comentada fundada suspeita, vale dizer, da justa causa ou do *fumus comissi delicti*, sem a qual não há como ser ultimada a prisão em flagrante delito.

Logo, após oitiva preliminar dos envolvidos, caso não fique patente a fundada suspeita exigida pelo estatuto processual (CPP, art. 304, § 1º), a Autoridade Policial não deve determinar a elaboração do auto de prisão em flagrante delito.

De fato, como regra, o auto prisional sequer deve ser iniciado, lavrando-se boletim de ocorrência circunstanciado, com detalhamento no histórico sobre o contexto fático e despacho fundamentado do Delegado de Polícia, acompanhado da redução a termo das oitivas das partes e formalização dos demais atos e providências legais de polícia judiciária que instruirão o respectivo inquérito policial.

Merecido repisar que não há prejuízo algum à reta persecução penal e à Justiça Criminal o fato do Delegado de Polícia decidir motivadamente pela inexistência de estado de flagrância delitiva ou de fundada suspeita em relação à determinada pessoa apresentada na delegacia e, conseqüentemente, não decretar a prisão em flagrante e assim deixar de elaborar o auto prisional, registrando o episódio em boletim de ocorrência para a regular investigação criminal em sede de inquérito policial iniciado via portaria.

Em tais circunstâncias, não há que se falar em prevaricação, tampouco em qualquer outra espécie de infração penal ou de violação funcional na legítima conduta da Autoridade Policial.

Nessa vereda se posiciona a firme jurisprudência, consoante se extrai do julgado do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa segue abaixo reproduzida:³⁵¹

PREVARICAÇÃO - AUSÊNCIA DE LAVRATURA DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE.

³⁵⁰ MOTA, Juliana Rosa Gonçalves, *Crítica livre: o gongorismo forense que permeia os atos de polícia judiciária – necessidade ou preciosismo*. 2013, p.36; ROSA, Alexandre de Moraes da; BERCLAZ, Márcio Soares. Prisões em flagrante não motivadas devem ser anuladas. *Revista Consultor Jurídico*, 4 jun. 2014. Há também diretriz institucional da Polícia Civil do Estado de São Paulo na Portaria DGP nº 18/1998, que em seu artigo 7º, § 2º dispõe: “A tipificação da conduta inicialmente atribuída ao preso no auto de prisão em flagrante será objeto de fundamentação autônoma na respectiva peça flagrancial, expondo a autoridade policial as razões fáticas e jurídicas de seu convencimento”.

³⁵¹ STF, HC 84.948-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j.15.02.2005, DJ 18/03/2005.

O simples fato de não se haver lavrado auto de prisão em flagrante, formalizando-se tão somente o boletim de ocorrência, **longe fica de configurar o crime de prevaricação** que, à luz do disposto no artigo 319 do Código Penal, pressupõe ato omissivo ou comissivo voltado a satisfazer interesse ou sentimento próprio. **Inexistente o dolo específico**, cumpre o **arquivamento** de processo instaurado (grifamos).

Também não há que se cogitar em prática de ato de improbidade administrativa quando o Delegado de Polícia, fundamentadamente, deixa de convalidar prisão-captura em suposto estado flagrancial e não decreta a custódia provisória extrajudicial de uma pessoa suspeita, nos moldes de didática decisão judicial oriunda do Estado do Rio Grande do Sul, conforme se depreende do trecho ora transcrito:³⁵²

Não é possível querer que o Delegado de Polícia homologue o que quer que seja que a polícia militar - ou qualquer outra pessoa ou instituição - apresente em sua delegacia. O mesmo policial militar que prende corretamente, em flagrante, também está sujeito a errar ou ter interpretação diferente da autoridade policial. Nesta situação, cada um agirá dentro de seu poder discricionário e liberdade funcional, praticando os atos que espelhem sua convicção.

O Delegado de Polícia não está obrigado a homologar prisão alguma se não for este seu convencimento. Pouco importa se é um Juiz, um representante do Ministério Público, ou um Brigadiano, quem apresenta pessoas perante o delegado, buscando a homologação da prisão. Não está obrigado a homologar e quando não homologa, fundamentadamente, com propriedade, cumpre sua obrigação. É mais que um direito, é obrigação do delegado não praticar ato que entenda em descompasso com a legalidade. Para isto percebe seus vencimentos. Tem esta liberdade. Precisa ter. É detentor de tal discricionariedade. Não se está a autorizar o delegado a descumprir ordem judicial. Tem de cumprir a ordem ou pratica crime. Materialmente, prende e solta conforme lhe é ordenado pelas autoridades, dentro de previsão legal. O juiz pode determinar a prisão ou a soltura de uma pessoa. O delegado tem obrigação de obedecer ordem direta de tal natureza. **Todavia, o delegado não tem obrigação de mudar seu**

³⁵² Processo nº 11300950499, da 2ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central de Porto Alegre, Juiz de Direito José Antônio Coitinho, datada de 05/11/2013, que rejeitou ação de improbidade administrativa ajuizada em face de Autoridade Policial, rechaçando o equivocado argumento de que a demandada, na qualidade de Delegada de Polícia, teria cometido suposto ato de improbidade administrativa ao deixar de praticar ato de ofício, consistente na lavratura de auto de prisão em flagrante, independente da devida análise jurídica dos fatos. Em sentido similar, a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação nº 1008253-56.2014.8.26.0361, datado de 28/11/2017, reformou decisão em sede de ação civil pública que condenara Delegado de Polícia por ato de improbidade administrativa por suposta violação dos princípios da Administração Pública. A ação de improbidade fora promovida com base na discordância do representante ministerial acerca da capitulação jurídica e do correlato procedimento de termo circunstanciado determinado pela Autoridade Policial, ao invés de auto de prisão flagrancial. Ao dar provimento ao recurso, o Tribunal paulista assinalou que o aludido ato de improbidade reclama prática dolosa, inexistente na decisão do Delegado de Polícia, limitada a eventual conduta culposa na modalidade imperícia, e invocou precedente do STJ (REsp nº 875.163/RS, Rel. Min. Denise Arruda, j. 19/05/2009).

entendimento e homologar prisão. Isto é o que se está defendendo e é radicalmente diferente de não atender ordem judicial ou de outra autoridade constitucionalmente autorizada a tanto.

Ao não homologar prisão, que entenda ilegal, que entenda não estar em conformidade com os requisitos processuais ou de direito material, o delegado não descumpre ordem alguma. Não há juiz - ou autoridade outra - que tenha o poder de ordenar a homologação da prisão pelo delegado. Se, fundamentadamente e dotado de boa-fé, entende não ser caso de homologar, tem obrigação de omitir-se de homologar prisão. Defeso lhe é, repita-se, não obedecer ao comando judicial para prender ou soltar. De outra banda, tem o dever de não homologar prisão que julgue ilegal.

(...)

O delegado de polícia, o membro do Ministério Público, o juiz, o oficial da Brigada, e quaisquer outros agentes públicos ou de poder, não podem ser alvo de ação de improbidade administrativa quando simplesmente exercem sua função, com boa-fé e dentro dos limites legais. **Nenhum destes pode, por decidir fundamentadamente e sem interesse algum - senão o de cumprir sua atribuição - ser penalizado com demanda de tal natureza.**

Na espécie, sequer é cogitado que a Delegada tenha decidido pela não homologação dos flagrantes para prejudicar ou beneficiar quem quer que seja. Nem sequer é cogitado dolo para afrontar princípio da administração pública da policial. Esta sim seria uma hipótese a legitimar a acusação de prática de ato improprio.

(...)

Dessarte, não tendo, a ré, obrado com dolo, tampouco ofendido os princípios da Administração Pública, por lógico, sua conduta não se enquadra como improba, nos termos do que, atualmente, ensina o Superior Tribunal de Justiça.

FACE AO EXPOSTO, rejeito a ação, forte no artigo 17, § 8º, da Lei n. 8.429/92. Intimem-se. Após o trânsito em julgado archive-se (grifamos).

Prosseguindo, revela-se de extrema importância que a fundada suspeita cobrada pela lei processual seja manifesta, sob pena de impugnação do auto prisional, mediante uma transição gradual de juízos, a saber: a mera suspeita corresponde ao “talvez seja”. Suspeita é o que “parece ser”. Ambas são frágeis, indicam suposições ou simples desconfianças, meros juízos de possibilidade. A fundada suspeita, exigida pelo ordenamento processual penal pátrio, é o “tudo leva a crer”, e consubstancia escorreito juízo de probabilidade e a justa causa identificada no mencionado indiciamento material, ao tornar um mero suspeito em provável autor.³⁵³

Assim, havendo apenas “suspeita”, não está autorizada a decretação da prisão em flagrante delito e a correlata lavratura de auto prisional. Já a “fundada” suspeita baseia-se em

³⁵³ LESSA, Marcelo de Lima. *A independência funcional do delegado de polícia paulista*. São Paulo: Adpesp - Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, 2012, p. 12.

elementos seguros e idôneos, não se confundindo, sequer em tese, com a simples suspeição (parece ser, acredito que seja, acho que seja).

A fundada suspeita necessária para a recolha à prisão é aquela justa, objetiva, razoável, galgada em bases sólidas e, sobretudo, bem motivadas para que o sujeito seja preso e indiciado (Lei Federal nº 12.830/2013, art. 2º, § 6º). Ninguém pode ser preso em flagrante por mera dedução de cunho subjetivo, exigindo-se, até para que impere a segurança jurídica, que existam substratos concretos, técnicos e jurídicos, e devidamente expostos. Essa é a função do Delegado de Polícia nesse primeiro momento, é dele o múnus de fazer essa avaliação jurídica e decidir, explícita e fundamentadamente, se o caso é ou não de custódia flagrancial. Não se trata, frise-se, de bel-prazer, mas de exame cuidadoso e transparente das circunstâncias objetivas que embasem, de fato e de direito, a suspeita em face do sujeito capturado.

O artigo 4º da Lei Federal nº 4.898/1965 dispõe ser delito de abuso de autoridade ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder. Nesse ponto, a dita formalidade legal para a elevação do auto de prisão consiste na boa demonstração da fundada suspeita exigida pelo aludido § 1º do artigo 304 do CPP, sob pena de, caso decretada a prisão flagrancial de modo imotivado e doloso, emergir eventual abuso criminoso.³⁵⁴

O Delegado de Polícia possui liberdade regrada para avaliar se o evento noticiado é ou não caracterizador de prisão em flagrante delito e, caso seja inadvertidamente admoestado em razão disso, é cabido o regresso, a fim de impugnar o questionamento indevido.³⁵⁵

³⁵⁴ Por tais razões, nas hipóteses da não convalidação da captura em prisão flagrancial, o Delegado de Polícia deve agir nos moldes da comentada Recomendação DGP nº 01/2005 (item XVI), ou seja, deverá registrar o fato em boletim de ocorrência, sem emitir o recibo de entrega de preso, em seguida adotando as providências de polícia judiciária cabíveis, inclusive para responsabilização criminal dos autores da captura indevida, se for o caso.

³⁵⁵ O interesse de não ser encarcerada uma pessoa sob a qual não recaia fundada suspeita é público, valor constitucional inclusive, expresso na garantia da presunção de não culpabilidade. É o que ocorre na não determinação de uma prisão em flagrante delito, por não vislumbrar a Autoridade Policial, fundamentadamente, elementos suficientes passíveis de ensejar o juízo de probabilidade consubstanciado na fundada suspeita, agregada à existência de flagrância delitiva. Não há índole pessoal, visto que os tipos penais da prevaricação e do abuso de autoridade são exclusivamente dolosos, e não admitem modalidade culposa, em homenagem ao comando expresso do Código Penal, em seu artigo 18, parágrafo único. Uma vez motivado o ato decisório, não há que se falar em imputação de infrações penais à Autoridade. LESSA, Marcelo de Lima. *A independência funcional do delegado de polícia paulista*. São Paulo: Adpesp - Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, 2012, p. 6-13.

Sublinhe-se que, para ter a guarida dessa prerrogativa funcional, deve a Autoridade Policial agir em consonância com o regramento imposto e, fundamentadamente, ter direito à proteção que a lei lhe estende, justificando os motivos fáticos e jurídicos de sua decisão, e demonstrando a existência ou não de fundada suspeita contra um suspeito capturado que lhe seja apresentado. Se, imbuído de dolo, assim não agir, incorrerá em eventual abuso, por ter deixado de observar formalidade legal (CPP, art. 304, § 1º).³⁵⁶

6.10.1 Relaxamento da prisão em flagrante delito pelo Delegado de Polícia

Conforme assinalado, não vislumbrando fundada suspeita ou flagrância delitiva, de pronto a autoridade competente deve determinar as medidas legais cabíveis, como regra registrando os fatos em boletim de ocorrência circunstanciado e outras diligências de polícia judiciária como oitivas, apreensões e requisições de exames periciais, e não decretar a prisão em flagrante delito. Referida atitude não significa propriamente deixar de “homologar” ou “ratificar” a chamada “voz de prisão” (captura), até porque ainda não há “prisão” na ótica jurídica. A Autoridade Policial não “ratifica” nem “homologa” a captura e sim decreta ou não a prisão em flagrante delito.

Sob um olhar técnico, não há “relaxamento” de uma prisão-captura. Esta apenas não enseja a determinação da custódia flagrancial quando desprovida de justa causa, a fumaça do cometimento de um delito (*fumus comissi delicti*). O suspeito capturado é apresentado ao Delegado de Polícia para as providências de polícia judiciária cabíveis, dentre as quais a de ordenar ou não a formalização do auto prisional ou, então, determinar o registro circunstanciado dos fatos para apuração em procedimento a ser iniciado por portaria.

Falava-se em “relaxamento” da prisão em flagrante delito na situação representada pela mencionada leitura hoje obsoleta do § 1º do artigo 304 do CPP, pela qual a Autoridade Policial, após determinar a lavratura incoerente de um auto prisional automático, mesmo que de antemão considere ilícita ou infundada a captura do suspeito pela prévia avaliação dos fatos,

³⁵⁶ O reconhecimento de discriminantes e da “apresentação espontânea” são exemplos em que o Delegado de Polícia, de maneira motivada, pode deixar de decretar a prisão em flagrante delito e, de modo técnico e juridicamente fundado, exarar sua decisão num boletim de ocorrência, amalhando os demais elementos que ultimam sua deliberação e expedindo portaria para regular apuração em sede de inquérito policial.

tornava “insubsistente” o auto prisional em flagrante delito, custódia que desde o início já sabia legalmente insustentável.

Isto posto, indaga-se se existe “relaxamento” da prisão em flagrante delito pelo Delegado de Polícia diante da ordem jurídica vigente, e notadamente à luz de uma filtragem constitucional do instituto da prisão extrajudicial.

A rigor, ao se deparar com uma captura indevida e sem respaldo legal (fundada suspeita ou flagrância delitiva), sequer deve haver decretação da prisão em flagrante delito. O Delegado de Polícia não irá “relaxar” ou deixar de “ratificar” prisão alguma, pois na verdade simplesmente não deve formalizar o auto prisional quando não houver justa causa, reduzindo a termo as oitivas dos envolvidos, determinando as medidas cabíveis para conservar elementos probatórios e a instauração do correspondente inquérito policial mediante portaria.³⁵⁷

Em tese, é possível conjecturar hipótese de “relaxamento” de prisão em flagrante delito pelo próprio Delegado de Polícia que a determinou se, após apreciação dos fatos e decisão pela decretação da custódia e elaboração do correlato auto prisional, surgirem novos elementos, até então desconhecidos, que afastem o cenário anterior, tais como registros em vídeo ou testemunhas com versões fidedignas e verossímeis que modifiquem o contexto inicialmente apresentado, fazendo com que a Autoridade Policial considere insubsistente a prisão flagrancial que acabara de ordenar e formalizar baseada nas primeiras alegações falaciosas.

Para exemplificar, é o caso de um eventual “flagrante forjado”, em que a custódia tenha sido formalizada com base em narrativa artilosa e, logo após o encerramento do auto prisional, seja exibida gravação em vídeo com imagens que rechacem a versão sustentada por maus policiais ou particulares responsáveis pela captura do sujeito então autuado em flagrante. Nesse cenário, o Delegado de Polícia poderá “relaxar” a prisão do suspeito por conta da manifesta ilegalidade da qual tomou conhecimento posterior, liberando o sujeito autuado e promovendo as medidas para a responsabilização criminal em face da captura ilícita, normalmente configurando infrações como abuso de autoridade e denúncia caluniosa, além do concurso com outros delitos como tráfico de drogas ou porte ilegal de arma, a depender dos objetos empregados na farsa.

³⁵⁷ SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 347-349.

6.11 Juízos de tipicidade, de ilicitude e de culpabilidade exercidos pelo Delegado de Polícia

A melhor e contemporânea doutrina penal e processual penal tem superado argumentação que considera que a Autoridade Policial deveria apenas realizar um superficial “juízo de tipicidade” da conduta do indivíduo investigado, sem ingressar na ilicitude do fato apurado ou na culpabilidade do agente, discurso que não admite, por exemplo, o reconhecimento de discriminantes pelo Delegado de Polícia ou a manifestação de juízo de valor motivado acerca do enquadramento jurídico do quanto apurado no relatório final do inquérito policial ou por ocasião da decisão sobre uma prisão em flagrante delito.

Referidos entendimentos, com a devida vênia, são incompatíveis com a ordem constitucional e carecem de justificativas idôneas, uma vez que a avaliação jurídica do Delegado de Polícia, conquanto provisória ao processo judicial, encontra-se no mesmo patamar da análise da acusação ao formar sua opinião e intentar a ação penal ou pedir arquivamento do procedimento investigatório criminal, e também do juízo proferido pelo Magistrado ao final, quando prolata decisão após a instrução judicial, que poderá tornar-se definitiva com o trânsito em julgado.

Além disso, a apreciação de um fato determinado, objetivando definir seu contorno jurídico e aferir se há subsunção a alguma infração penal exige a ponderação sobre todos os elementos do delito.

A divisão entre os elementos do crime possui cunho meramente didático, para se pesquisar o seu conceito analítico, porém a avaliação é indivisível e integral, baseada no fato perquirido e em todos os seus elementos constitutivos, razão pela qual não há e nem poderia existir previsão legal que restrinja a análise pelo Delegado de Polícia a um raso juízo de tipicidade.

Sem embargo da teoria do crime a ser abraçada, tanto a denominada dicotômica ou bipartida, que considera o delito integrado pelo fato típico e pela ilicitude e seria a consagrada pelo Código Penal, quanto a teoria tricotômica ou tripartida, que incorpora a culpabilidade como terceiro elemento constitutivo do crime, não há como sustentar que o Delegado de Polícia, como legítima autoridade operadora do direito, restrinja-se a um perfunctório juízo de tipicidade do fato investigado. Não cabe, tampouco, desprestigiar a classificação jurídica

inferida pela Autoridade em sede de inquérito policial, já que serve de parâmetro para todas as medidas vinculadas às investigações criminais e também à avaliação pelos demais agentes públicos e privados atuantes na persecução penal.

O exercício regular de suas funções na direção da apuração de infrações penais pelo Delegado de Polícia implica a constante avaliação de todos os elementos constitutivos do fato investigado, com a consequente realização de juízos de tipicidade, de ilicitude e de culpabilidade, justamente para fundamentar suas deliberações técnico-jurídicas e determinar as medidas legais cabíveis para cada caso, com intransigente respeito às garantias individuais e à atual ordem constitucional.

A partir dessa premissa, avança-se à análise dos principais pontos dos citados elementos afetos à apreciação e à deliberação jurídica na investigação de ilícitos penais, cujas repercussões na esfera da prisão em flagrante delito são de inegável relevância.

6.11.1 Juízos de tipicidade e de ilicitude: a análise de discriminantes pelo Delegado de Polícia

Conforme antecipado, a orientação da melhor doutrina aponta que o reconhecimento de discriminantes pelo Delegado de Polícia, longe de ser uma mera faculdade, consiste em um dever legal da Autoridade Policial que, ante uma causa que exclua a ilicitude da conduta, deverá reconhecê-la, ainda que provisoriamente, sob pena de inverter a lógica do sistema legal e cometer graves e irreparáveis injustiças, como o irracional encarceramento de vítimas ou o injusto constrangimento de pessoas inocentes, inequívocas teratologias jurídicas fomentadoras de perplexidade e indignação.³⁵⁸

Tratando-se de aparente flagrância delitiva, o reconhecimento provisório de qualquer das causas discriminantes pela Autoridade Policial é medida de rigor a ser adotada, suplantando desacertada cogitação de prisão em flagrante delito, que inclusive consubstancia ato ilegal nos casos em que os elementos coligidos indiquem a situação justificante.

³⁵⁸ Trata-se do entendimento condensado na Súmula nº 8, do I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo - Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal: “Constitui poder-dever do Delegado de Polícia reconhecer eventual causa de exclusão de ilicitude e, fundamentadamente, abster-se de elaborar auto de prisão em flagrante delito em desfavor do indivíduo autor do fato meramente típico, sem prejuízo da imediata instauração de inquérito policial”.

Na verdade, constitui dever legal do Delegado de Polícia avaliar a presença e reconhecer eventuais excludentes de ilicitude, porquanto não há crime quando o sujeito age sob o manto da discriminante, hermenêutica advinda da literalidade do artigo 23, *caput*, do Código Penal, assim como da incidência dos princípios e garantias constitucionais da dignidade humana, da legalidade e da presunção de não culpabilidade, e mesmo do senso comum.³⁵⁹

As excludentes de ilicitude, vale citar, o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito, como a própria designação sinaliza, eliminam a antijuridicidade da conduta do agente. Portanto, não há antijuridicidade já que o fato é lícito. Logo, não há crime a ser imputado, ainda que preliminar e aparentemente, quando se avalia suspeita de flagrância delitiva.

Como pontuado, o Delegado de Polícia realiza tanto um juízo da tipicidade, consistente no juízo de subsunção entre a conduta praticada pelo agente e o modelo abstrato descrito pelo tipo penal, quanto, e precipuamente, um juízo da ilicitude do fato que lhe é apresentado, ou seja, avalia todos os elementos constitutivos da infração penal, cujo fracionamento teórico se opera apenas para fins didáticos.³⁶⁰

Sob o ponto de vista prático, na aplicação do direito posto, a apreciação jurídica da Autoridade Policial é indivisível e uniforme, jamais pode realizar somente uma análise superficial da tipicidade do evento e da conduta para exarar sua decisão.

³⁵⁹ Exegese enunciada na Súmula nº 6, do I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo - Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal: “É lícito ao Delegado de Polícia reconhecer, no instante do indiciamento ou da deliberação quanto à subsistência da prisão-captura em flagrante delito, a incidência de eventual princípio constitucional penal acarretador da atipicidade material, da exclusão de antijuridicidade ou da inexigibilidade de conduta diversa”. Na doutrina, trata-se de posição acompanhada por diversos autores: Adriano Marrey (1991, p. 386-387); Alexis Couto de Brito, Humberto Barrinuevo Fabretti e Marco Antonio Ferreira Lima (2012, p. 237-238); Caetano Paulo Filho (2010, p. 71-72), Eduardo Augusto Paglione (2007); Eduardo Luiz Santos Cabette (2011); Fabio Henrique Fernandez de Campos (2016, p. 315-327); Fernando Capez (2012, p. 327), Francisco Sannini Neto (2014, p. 192); Guilherme Madeira Dezem (2016, p. 316); Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2014, p. 730), Henrique Hoffmann Monteiro de Castro (2017, p. 67-71); José Damião Pinheiro Machado Cogan (1999), José Eduardo Maruca (2009), Laudelina Inácio da Silva e Adriano Sousa Costa (2014, p. 29); Márcio Alberto Gomes Silva (2014, p. 226-227), Marino Franceschi (2014, p. 39); Silvio Maciel, Rogério Sanches Cunha e Luiz Flávio Gomes (2011, p. 138), Taís Bee Wittée Neerzow (2014, p. 68), Waldir Antonio Covino Junior (2012, p. 62-69), Walter Francisco Sampaio Filho (2005, p. 97) e Wilson Luiz Palermo Ferreira (2016, p. 361-362).

³⁶⁰ Ressalta-se que o projeto do novo Código de Processo Penal – Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, que tramita atualmente pela Câmara dos Deputados sob o nº 8.045/2010, comentado no tópico 9 desta dissertação, foi elaborado para atualizar a legislação processual criminal aos imperativos constitucionais e substituir o diploma em vigor (Decreto-lei nº 3.689/1941), encerra qualquer controvérsia ao prever expressamente o reconhecimento de discriminantes pelo Delegado de Polícia, em seu artigo 552, § 6º, quando trata da prisão em flagrante delito.

Importante recordar que o afastamento da prisão em flagrante em virtude do reconhecimento de discriminantes pelo Delegado de Polícia exige lastro probatório e elementos concretos que evidenciem a verossimilhança e configuração da excludente e não significa deixar de formalizar e investigar os fatos. Pelo contrário, a Autoridade Policial determinará registro circunstanciado, motivando sua decisão e promovendo todas as medidas legais para perscrutar o evento e inferir a verdade atingível.

Sobre a temática, assim leciona Henrique Hoffmann Monteiro de Castro:³⁶¹

Obviamente não se defende a liberação irresponsável de criminosos surpreendidos em flagrante à primeira alegação de que agiu amparado por discriminante. Meras ilações não traduzem automático e indiscriminado alvará de soltura para astutos infratores. Fala-se aqui de justificante ou dirimente escorada em fortes elementos informativos e probatórios, reconhecidos em decisão da polícia judiciária que transforma o juízo de possibilidade em probabilidade, sem ainda configurar a certeza (ausência de dúvida razoável) exigida somente ao final do processo. Isto é, para afastar a decretação da prisão em flagrante, a excludente deve ser perceptível *primo ictu oculi*, ao primeiro lançar de olhos.

Tampouco se incentiva a informalidade: todos os vestígios merecem ser reunidos em inquérito policial e submetidos às comuns formas de controle, seja interno (Corregedoria de polícia), externo (Ministério Público), judicial ou social.

Cabe destacar, de igual maneira, que o fato de o delegado não determinar a lavratura do auto de prisão em flagrante contra aquele que pratica fato típico, porém não ilícito ou culpável, não significa que o suspeito não deva ser conduzido à delegacia de polícia. Claro que será submetido à captura e condução coercitiva, pois o policial fardado, agente da autoridade policial, não pertence à carreira jurídica e faz apenas um juízo aparente de tipicidade, não se imiscuindo em análises mais aprofundadas.

Uma das principais causas justificantes que costuma ser citada e questionada quanto à possibilidade de seu reconhecimento pelo Delegado de Polícia é a legítima defesa, cuidada no artigo 25 do Código Penal, quando o agente, utilizando-se moderadamente dos meios necessários, repele atual ou iminente agressão injusta contra direito seu (legítima defesa própria) ou de outrem (legítima defesa de terceiro).³⁶²

³⁶¹ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Aplicação de excludentes de ilicitude e culpabilidade pelo delegado. In: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; et al. *Polícia judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 69.

³⁶² A legítima defesa constitui instituto de proteção ao direito injustamente atacado. Integra o instinto de sobrevivência humana, de defesa diante de agressões, mormente contra a vida, e guiada pela nata autopreservação. Mesmo a discussão acerca de eventual excesso deve ser delimitada pela conduta que extrapole o senso médio e de manifesta desproporcionalidade, e não por subjetivismos matematicamente manietados e sem avaliação do contexto fático em que o sujeito estava inserido. LESSA, Marcelo de Lima.

Um exemplo bastante comum de legítima defesa consiste na situação em que uma vítima reage a um assalto e se volta contra um roubador que a subjuga com emprego de arma de fogo, e assim consegue, fazendo uso de arma de fogo que trazia consigo, ou mesmo arrebatando a arma do próprio delinquente agressor, efetuar disparos contra este, que não suporta os ferimentos e vem a óbito. Típico caso de legítima defesa própria, e passível de ser reconhecida pela Autoridade Policial, já que não há crime (delito) e, logo, não há como admitir uma prisão em flagrante “delito”.

Entretanto, essa é apenas uma, dentre muitas outras condutas que rotineiramente são perpetradas sob eximentes, e nem por isso são alvo de indagações acerca da postura do Delegado de Polícia ao reconhecê-las.

À guisa de exemplo, todo Policial Militar, como agente do Delegado de Polícia, ao deter indivíduo que constava como “procurado” pela Justiça, pendente contra ele mandado prisional, ou capturar um sujeito por suspeita de prática delitiva em aparente estado de flagrância delitiva, deve conduzir tal pessoa até a presença da Autoridade Policial, e com isso priva momentaneamente a liberdade desse sujeito. Atua, porém, em estrito cumprimento do seu dever legal, previsto nos artigos 13, inciso III, e artigo 301, ambos do CPP.³⁶³ Caso fôssemos considerar um mero e superficial juízo de tipicidade, a conduta do patrulheiro castrense poderia ser enquadrada no crime de sequestro e cárcere privado, do artigo 148, *caput*, do Código Penal. Na prática, ninguém questiona o Delegado de Polícia que reconhece a causa justificante na conduta do miliciano, por se tratar de uma excludente nítida e rotineira do trabalho policial.

As discriminantes devem ser analisadas de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto. A doutrina exemplifica várias outras hipóteses de excludentes, tais como eventuais lesões corporais decorrentes de violência esportiva (cujas normas gerais são disciplinadas na Lei Federal nº 9.615/1998)³⁶⁴, assim como danos ou lesões oriundos de desforço imediato na

Excesso de tiros na legítima defesa: existe um termômetro preciso de reação quando a vida de um inocente está em perigo? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, jan. 2018.

³⁶³ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal: v.1 parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 365.

³⁶⁴ A prática desportiva formal é regulada por normas nacionais e internacionais e pelas regras de cada modalidade, aceitas pelas respectivas entidades nacionais de administração do desporto, nos termos do § 1º do artigo 1º da Lei nº 9.615/98. Logo, condutas que extrapolem as regras e normas de determinada modalidade colidem com o exercício regular de direito desportivo. GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto. Lesões corporais praticadas no futebol e seus reflexos criminais. In: GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto; GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto (Coord.). *Direito desportivo: aspectos penais e trabalhistas atuais*. São Paulo: Editora LTr, 2017, p. 75-83.

defesa da posse (consoante artigo 1210, § 1º, do Código Civil - Lei Federal nº 10.406/2002), que seriam situações de exercício regular de direito. Do mesmo modo, o médico quando realiza abortamento para salvar a vida da gestante, assim atua sob estado de necessidade, inclusive com previsão legal no artigo 128, inciso I, do Código Penal.³⁶⁵ Nesses casos, não há que se falar em subsunção a nenhuma figura típica penal, já que as condutas são lícitas.

Cita-se, por oportuno, caso concreto, apresentado em plantão de polícia judiciária na capital paulista, em que o Delegado de Polícia respectivo reconheceu a aparente legítima defesa na ação da vítima, um agente penitenciário que reagiu a um roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes. O ofendido efetuou disparos com a arma de fogo que portava contra o roubador que o subjugava para lhe subtrair o automóvel, vindo o delinquente agressor a falecer em decorrência dos ferimentos sofridos. O comparsa conseguiu fugir. Os fatos foram registrados inicialmente em boletim de ocorrência circunstanciado, e apurados em sede de inquérito policial, instaurado por portaria na delegacia cuja circunscrição abrangia o local do evento. Referido inquérito policial foi arquivado após manifestação do órgão ministerial homologada pelo Juiz de Direito competente.³⁶⁶

Não se olvida de alegação hoje obsoleta de que o reconhecimento da justificante em situação de estado de suposta flagrância delitiva só poderia ser realizada pelo Juiz de Direito, invocando olhar isolado do parágrafo único, do artigo 310, do CPP³⁶⁷, cujo texto foi assim atualizado pela Lei Federal nº 12.403/2011:

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 n. 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.

À luz do atual sistema jurídico brasileiro, tendo em vista, sobretudo, a ordem constitucional garantista, e a concepção do encarceramento provisório cada vez mais como

³⁶⁵ MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código penal comentado*. São Paulo: Rideel, 2010, p. 70.

³⁶⁶ Caso concreto registrado e deliberado inicialmente no plantão do 78º Distrito Policial (Jardins) - São Paulo/SP, pelo Delegado de Polícia Marcelo da Silva Zompero. O respectivo inquérito policial em seguida foi instaurado via portaria e presidido pelo autor deste trabalho, e tramitou na Delegacia de Polícia do 77º Distrito Policial (Santa Cecília) da capital paulista, sendo devidamente arquivado em juízo, relacionado ao Processo nº 052.11.004126-9, do 1º Tribunal do Júri da capital, decisão datada de 07/03/2012.

³⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de dezembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 45.

exceção e a liberdade como regra, a correta leitura e a interpretação extensiva (CPP, art. 3º) do dispositivo em comento deve ser no seguinte sentido: caso o Delegado de Polícia não reconheça a verossímil presença de excludente de ilicitude na conduta do agente, e tenha este sido preso e autuado em flagrante delito mesmo agindo lícitamente, a Autoridade Judicial, logo que comunicada, corrigirá o lapso, até porque o próprio CPP em seu artigo 314 veda a prisão preventiva diante de descriminantes, concedendo liberdade ao sujeito, e este em juízo poderá sedimentar a demonstração da legitimidade de sua ação, isso se o inquérito policial instaurado não for arquivado justamente porque a conduta do “investigado” é lícita, sem que o processo judicial sequer se inicie, o que costuma ocorrer na prática forense.

Ademais, sob a perspectiva da teoria dos chamados “elementos negativos do tipo” ou do “tipo total de injusto”, segundo a qual as causas de exclusão da ilicitude compõem o tipo penal como seus elementos negativos, ausente a ilicitude, o fato se torna atípico.³⁶⁸ Isso porque referida teoria considera que a tipicidade e a ilicitude integram o tipo penal (“tipo total”) e, desse modo, o juízo de tipicidade do Delegado de Polícia já englobaria as causas excludentes de antijuridicidade. Por esse entendimento, presente a excludente, o fato apurado será, ainda que provisória e aparentemente, atípico penal.

Repise-se que não há justificativa lógica ou dogmática para se prender em flagrante delito quem aparentemente atuou amparado em causa excludente de ilicitude e, pela citada teoria dos elementos negativos do tipo (também denominada “antijuridicidade tipificada”), a excludente de ilicitude é na verdade uma excludente de tipicidade, e o Delegado de Polícia tem todas as condições fáticas e formação técnico-jurídica para analisar tal situação.³⁶⁹

Não se tratando de estado de flagrância delitiva, caso o Delegado de Polícia vislumbre, no curso do inquérito policial instaurado via portaria, que a conduta do investigado aparentemente está albergada por uma excludente, deverá consignar tal entendimento, fundamentadamente, no relatório final, que servirá de referência para o prosseguimento da persecução ou para o arquivamento dos autos.

³⁶⁸ Conforme magistério de Edson Luis Baldan, extraído do artigo intitulado *Pressupostos neokantianos no juízo de tipicidade negativa de Mezger* (2006), no qual lembra ainda que a concepção mais refinada da teoria dos elementos negativos do tipo, ou do tipo total do injusto decorreu dos postulados do doutrinador germânico Edmund Mezger.

³⁶⁹ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antonio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 237-238; BRANCO, Paulo Braga Castello. A análise da antijuridicidade da conduta pelo delegado de polícia, sob a perspectiva da teoria dos elementos negativos do tipo penal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, 19 mai. 2013.

6.11.2 Análise do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia

O princípio da insignificância, também conhecido como “princípio da bagatela” ou “crime de bagatela”, estabelece serem penalmente irrelevantes os fatos que provoquem lesões insignificantes aos bens jurídicos tutelados pela norma penal. Possui origem no chamado sistema funcionalista, cuja vertente denominada funcionalismo racional-teleológico ou de “política criminal”, encabeçada pelo jurista alemão Claus Roxin, propõe limitações acentuadas ao direito de punir estatal, para que seja atendida a função (missão) do Direito Penal.³⁷⁰

Referido princípio, ainda que não possua previsão expressa no Código Penal, funciona como causa supralegal de exclusão da tipicidade³⁷¹, e tem sido bastante aplicado pela jurisprudência, sobretudo em casos de furto de objeto material irrisório, danos de pequena monta, e lesões corporais de extrema singeleza.³⁷²

O fundamento da bagatela reside na denominada tipicidade material, entendida como aquela que, além da mera adequação formal de um fato ao preceito da norma penal

³⁷⁰ ESTEFAM, André. *Direito penal 1 – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 72.

³⁷¹ Oportuno citar que Eduardo Luiz Santos Cabette, no artigo *O mito da não existência de previsão legal do princípio da insignificância no Brasil* (2013) leciona que, na realidade, há duas previsões legais expressas do princípio da insignificância no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Essas duas previsões estariam no Código Penal Militar (CPM - Decreto-lei nº 1.001/1969) ao tratar dos crimes de lesões corporais e de furto. Assim, o artigo 209, § 6º, do CPM estabelece que “no caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração somente como disciplinar”, enquanto o artigo 240, § 1º, do mesmo estatuto dispõe que “se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar” (na última figura se encontra a expressão da insignificância, sendo as anteriores descritivas do chamado furto privilegiado). Nesses dois dispositivos o legislador teria considerado a insignificância para afastar o caso do Direito Penal e remetê-lo ao Direito Administrativo Disciplinar.

³⁷² JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal – 1º volume – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10. No que tange aos delitos contra a Administração Pública, os Tribunais divergem acerca da incidência da insignificância. O STJ editou a Súmula nº 599, pela qual “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública”. Contudo, a jurisprudência do próprio STJ excepciona essa posição para o crime de descaminho (CP, art. 334), ao entender que “a insignificância nos crimes de descaminho tem colorido próprio, diante das disposições trazidas na Lei n. 10.522/2002”, o que não ocorre com outras infrações penais como a de peculato (AgRg no REsp 1346879/SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 26/11/2013). Já no STF, há decisões que admitiram a bagatela em outras hipóteses além do descaminho, adotando entendimento prevaletente de que a prática de crime contra a Administração Pública, por si só, não inviabiliza a aplicação do postulado da insignificância, reclamando a análise de cada caso concreto. Nesse sentido: STF, HC nº 107370-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26/04/2011 e HC nº 112.388-SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 21/08/2012.

incriminadora (tipicidade legal), exige relevância social e perturbação ao bem jurídico protegido, tornando atípica a conduta quando a ofensa for tida como ínfima.³⁷³

Registra-se que o princípio citado ainda recebe críticas por parte da doutrina, mormente por não haver critérios bem definidos para sua aplicação, que têm sido gradativamente construídos pela jurisprudência.

Nas duas cortes nacionais de maior hierarquia, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, caminha-se para uma orientação na aplicação da insignificância. De um modo geral, ora são adotados critérios preponderantemente objetivos³⁷⁴, como a mínima ofensividade da conduta, a ausência da periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica³⁷⁵, levando em conta o valor econômico do bem (por exemplo, inferior a dez por cento do salário-mínimo), ora são consideradas também características pessoais do agente, vale dizer, requisitos de

³⁷³ Anota-se que o Ministério Público paulista, por meio da Procuradoria Geral de Justiça, já defendeu a aplicação do princípio da insignificância, insistindo em pedido de arquivamento com invocação da bagatela, ao argumentar que não se justificaria movimentar a máquina judiciária do Estado para processar um acusado de uma lesão ao patrimônio inferior a dez por cento do salário mínimo, considerada “irrisória”. Vale a transcrição da referida manifestação ministerial:

“Protocolado nº 57.486/07 – art. 28 do CPP

Inquérito policial nº 050.07.017216-1 – Comarca da Capital

Indiciado : Elio Pompeo Correia

EMENTA: FURTO SIMPLES DE TRÊS QUILOS DE CARNE. VALOR INFERIOR A 10% DO SALÁRIO-MÍNIMO. RÉU PRIMÁRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CABIMENTO.

Trata-se de inquérito policial instaurado para apurar crime de furto simples de três quilos de carne, avaliadas em R\$ 35,00, que teria sido cometido por Elio Pompeo Correia contra o Supermercado Prestígio, no dia 06 de março de 2007, na Av. Nossa Senhora do Loreto, nº 704, nesta Capital.

O Douto Promotor de Justiça requereu o arquivamento do feito em razão do princípio da insignificância. O MM. Juiz, discordando da manifestação, determinou a remessa dos autos a esta Procuradoria Geral de Justiça, na forma do art. 28 do CPP.

É o relatório.

O princípio da insignificância, que leva ao reconhecimento da atipicidade do crime de furto, tem sido aceito na doutrina e na jurisprudência como decorrência do princípio da intervenção mínima. Segundo este princípio não se justifica a movimentação da máquina judiciária, com todos os custos a ela inerentes, quando a lesão ao bem jurídico – patrimônio – mostrar-se irrisória, ínfima. No caso em análise, a quantia de R\$ 35,00 é inferior a 10% do salário-mínimo, sendo inegável, portanto, a possibilidade de se aplicar o princípio da insignificância, por ter havido aquilo que se chama de furto de bagatela, mesmo porque o fato não se reveste de especial gravidade, já que se trata de furto simples e não há notícia de outros envolvimento do indiciado na prática de crimes patrimoniais. Decisão: Diante do exposto, insisto no arquivamento do feito”.

³⁷⁴ Nesse sentido: STJ, RHC nº 20.028-SP, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 24/04/2007, decisão em que foi sustentado que as circunstâncias de caráter pessoal como reincidência e maus antecedentes não impedem a aplicação do princípio da insignificância.

³⁷⁵ STF, HC nº 109.363/MG, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. 11/10/2011 e STJ, HC nº 205.730/RS, rel. Haroldo Rodrigues, 6ª turma, j. 23/08/2011.

caráter subjetivo (tais como a reiteração na prática delitiva) ou mesmo da vítima e a relevância da lesão ao seu bem material ou jurídico.³⁷⁶

Em julgamento paradigmático, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, assim destacou os requisitos a serem satisfeitos para a aplicação da bagatela:³⁷⁷

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REPROVABILIDADE E OFENSIVIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. REITERAÇÃO CRIMINOSA. RECURSO IMPROVIDO. I – A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a ação atípica, exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, **conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva**. II – No caso sob exame, infere-se dos autos que o paciente dá mostras de fazer das práticas criminosas o seu *modus vivendi*, uma vez que possui extensa lista de inquéritos policiais e ações penais, inclusive condenações definitivas pelo mesmo delito. III – Na espécie, a aplicação do referido instituto poderia significar um verdadeiro estímulo à prática destes pequenos furtos, já bastante comuns nos dias atuais, o que contribuiria para aumentar, ainda mais, o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade. IV – A pena, de resto, estabelecida em 2 anos e 4 meses de reclusão, que não foi substituída por sanção restritiva de direitos ante a vedação legal prevista no art. 44, II, do Código Penal (reincidência), não desbordou os lindes da proporcionalidade e da razoabilidade, mostrando-se adequada ao caso concreto e necessária à repressão e prevenção de novos delitos. V – Recurso improvido (grifamos).

Na esfera da polícia judiciária, considerando a mencionada e necessária análise técnico-jurídica para calcar eventual indiciamento (Lei Federal nº 12.830/2013, art. 2º, § 6º) assim como a consagração expressa da inerente independência funcional do Delegado de Polícia na Constituição Estadual paulista (art. 140, § 3º) e em outros Estados da Federação, não há óbice para que a Autoridade Policial aplique o princípio da insignificância ao caso concreto que lhe seja apresentado se, efetivamente, vislumbrar presentes seus requisitos.³⁷⁸

³⁷⁶ Na decisão do RHC nº 17.459-PR, rel. Min. Gilson Dipp, da 5ª T. do STJ-DJ 02/06/2005, afastou-se a aplicação do princípio da insignificância em razão do comportamento da acusada, voltado para a prática de pequenos delitos, sob pena de estímulo à perpetração reiterada de furtos de pequena monta. Já no julgamento do HC nº 84424/SP, rel. Min. Carlos Brito, do STF, de 07/12/2004, optou-se pelo furto privilegiado em caso de subtração de bicicleta, rechaçando como parâmetro da bagatela exclusivamente o patrimônio da vítima ou o valor do salário-mínimo.

³⁷⁷ STF, RHC nº 115.490/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. 21.05.2013. O STF já identificava tais vetores para se aferir a insignificância em outros julgados, com destaque para o HC nº 84.412/SP, de 19/10/2004, cujo relator foi o Min. Celso de Mello.

³⁷⁸ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia. Um estudo lusitano-brasileiro com base na teoria geral do direito policial de Guedes Valente. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, 18 jul. 2013; CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro de. Aplicação do princípio

Destarte, tratando-se situação de aparente estado flagrancial, o Delegado de Polícia deve exarar sua decisão fundamentadamente, registrando os fatos via boletim de ocorrência ou outro procedimento similar de polícia judiciária (se já não houver instaurado inquérito policial), amealhando demais elementos motivadores da deliberação, recomendando-se o encaminhamento do expediente ao Poder Judiciário para apreciação e arquivamento (ou não), após manifestação da acusação, pública ou privada.³⁷⁹

Nessa senda é o escólio de Cleber Masson³⁸⁰, ao afirmar que o Delegado de Polícia pode valorar o princípio da insignificância, uma vez que este afasta a tipicidade do fato. Logo, se o fato é atípico para a Autoridade Judicial, também apresenta igual natureza para a Autoridade Policial.³⁸¹

Salah Hassan Khaled Junior e Alexandre Moraes da Rosa comungam desse entendimento:³⁸²

Não só os Delegados podem como DEVEM analisar os casos de acordo com o princípio da insignificância. Merecem aplauso e incentivo os Delegados que agem dessa forma, pois estão cientes do papel que lhes cabe na

da insignificância pelo delegado de polícia. In: CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro de; et al. *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 47-53; LIMA, Murillo Ribeiro de. Princípio da insignificância e sua aplicação pelo delegado de polícia. In: CHAVES, José Mário (Org.). *Tópicos essenciais de direito criminal*. Juiz de Fora/MG: Editar, 2017, p. 205-230; MOREIRA, Carlos Eduardo Lamas; MOREIRA, Sérgio Luís Lamas. O princípio da insignificância e sua aplicação pelo delegado de polícia. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Coord.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática*. São Paulo: Letras jurídicas, 2016, p. 340-341; NICOLITT, André. O delegado de polícia e o juízo de tipicidade: um olhar sob a ótica da insignificância. In: *Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 130-131; FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. As alternativas processuais penais ao alcance do delegado de polícia diante da não configuração de um ou mais elementos do crime: aspectos pontuais. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Coord.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática*. São Paulo: Letras jurídicas, 2016, p. 353-360.

³⁷⁹ CASTELA, Fernando Neves. *Aplicação do princípio da bagatela pela autoridade policial*. 2007. 65 p. Monografia (Curso de Formação Técnico-Profissional de Delegado de Polícia) – Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, São Paulo, 2007, p. 62.

³⁸⁰ MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado – parte geral*. São Paulo: Método, 2013, p. 36.

³⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 546; TEODORO, Frediano José Momesso. A aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial. *Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 24, nº 284, dez. 2016, p. 14-15. É também o posicionamento consignado na mencionada Súmula nº 6, do I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo - Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal: “É lícito ao Delegado de Polícia reconhecer, no instante do indiciamento ou da deliberação quanto à subsistência da prisão-captura em flagrante delito, a incidência de eventual princípio constitucional penal acarretador da atipicidade material, da exclusão de antijuridicidade ou da inexigibilidade de conduta diversa”.

³⁸² KHALED JUNIOR, Salah Hassan; Rosa, Alexandre Moraes da. Delegados relevantes e lesões insignificantes: a legitimidade do reconhecimento da falta de tipicidade material pela autoridade policial. *Justificando*, São Paulo, 25 nov. 2014.

investigação preliminar, atuando como filtros de contenção da irracionalidade potencial do sistema penal.

Em outras palavras, deve o Delegado desempenhar papel condizente com a estrutura racional-legal de contenção do poder punitivo e para tanto, é natural que disponha de atribuição para fazer os juízos necessários ao sentido apropriado da tipicidade no marco contemporâneo: se o fato é atípico, não pode ensejar persecução penal e manutenção do indivíduo preso em flagrante em função de situação insignificante. E não basta ser formalmente típico. É preciso ser materialmente típico.

Insta mencionar que, na jurisprudência, já se considerou ilegal prisão em flagrante delito decretada em caso de furto tentado, quando presente os parâmetros do crime de bagatela, conforme se depreende da decisão abaixo colacionada que confirmou o relaxamento de custódia flagrancial diante de referido cenário:³⁸³

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - TENTATIVA DE FURTO - **AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE NÃO HOMOLOGADO** - ATIPICIDADE DA CONDUTA - **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA** - VALOR DA COISA SUBTRAÍDA QUE NÃO ULTRAPASSA UM SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS - DENÚNCIA OFERECIDA - REJEIÇÃO - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
(...)

Rene Almeida da Silva foi preso em flagrante delito, na Comarca de Joinville, pela prática, em tese, do delito do art. 155, caput, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, portando 05 barras de chocolates, 2 aparelhos de barbear, 1 tubo de creme hidratante, 2 tubos de desodorante, totalizando o valor das mercadorias, R\$ 69,79 (sessenta e nove reais e setenta e nove centavos), conforme Termo de Apreensão de fl. 09.

A juíza, **ao receber o Auto de Prisão em Flagrante**, com base no **princípio da insignificância**, reconheceu a **atipicidade da conduta** e, conseqüentemente, ser **inconcebível a sua homologação**, **relaxou a prisão do autuado**, bem como determinou a intimação do Ministério Público e o arquivamento dos autos.

(...)

O recurso não merece provimento.

Primeiramente, entende-se que o pedido de nulidade da decisão que determinou o relaxamento da prisão em flagrante e o arquivamento dos autos sem a prévia manifestação do órgão ministerial, infringindo o disposto nos arts. 129, I, da CF e 28 do CPP, não merece guarida.

Ocorre que a decisão combatida **relaxou a prisão do recorrido por entender que a conduta dele foi atípica**, em razão do princípio da insignificância, não pretendendo, de forma alguma, retirar a titularidade do órgão ministerial para propositura da ação penal pública, mas sim assegurar ao recorrido o direito de liberdade de locomoção.

³⁸³ TJSC, RESE nº 2008.062057-6, Comarca de Itajaí, Rel. Desembargadora Marli Mosimann Vargas, j. 07/04/2009.

Ademais, observa-se que foi concedido ao órgão ministerial prazo para recorrer do *decisum*, tendo deixado transcorrer in albis, ocorrendo, assim, a preclusão para a acusação.

(...)

Ainda, menciona-se ser acertado o reconhecimento da atipicidade da conduta do recorrido com base no princípio da insignificância, pois o valor de R\$ 69,79 (sessenta e nove reais e setenta e nove centavos), referente as coisas subtraídas, não é considerado suficiente para ensejar uma condenação, além de não possuir o recorrido antecedentes criminais, sendo assim, considerado primário (grifamos).

A aplicação do princípio da bagatela, tanto pelo Delegado de Polícia quanto pelos demais operadores do direito, deve ser sempre ponderada com prudência, por se tratar de construção jurisprudencial fundada em posicionamentos ainda não pacificados e sem expressa previsão no estatuto substantivo penal, evitando-se a sua banalização e o incentivo à reiteração de prática de delitos patrimoniais de pequeno valor e a eventual sensação de impunidade que a liberação de agentes capturados nessas situações pode provocar a depender do caso concreto.

6.11.3 Juízo de culpabilidade exercido pelo Delegado de Polícia

No que tange à culpabilidade, seja pelo conceito tripartido da teoria do delito, na qual ela é tida como elemento do crime, seja pelo conceito bipartido, segundo o qual seria um pressuposto para a aplicação da pena, é inegável que sua avaliação também é não só admissível como evidentemente necessária por parte do Delegado de Polícia, inclusive no tocante ao reconhecimento motivado de eventuais excludentes.³⁸⁴

A análise dos elementos da culpabilidade, quais sejam, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, é intrínseca e indissociável da avaliação do fato criminoso investigado, assim como, por óbvio, no tocante às respectivas causas de exclusão, também conhecidas como “dirimentes”, e serão ponderadas em sede de juízo de culpabilidade pela Autoridade Policial na etapa investigatória preliminar da persecução penal.

³⁸⁴ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antonio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 237-238.

Nesse diapasão, vale lembrar as hipóteses consideradas dirimentes da culpabilidade:³⁸⁵

a) quanto à imputabilidade: a doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardado (Código Penal, art. 26, *caput*), a embriaguez involuntária completa (Código Penal, art. 28, § 1º) e a menoridade (Código Penal, art. 27);

b) quanto à potencial consciência da ilicitude: o erro de proibição inevitável ou escusável (Código Penal, art. 21) e;

c) quanto à exigibilidade de conduta diversa: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica (Código Penal, art. 22), além de outras causas supralegais que o caso concreto apresentar.

Assenta-se que a imputabilidade, traduzida na capacidade mental de compreender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, nos termos do artigo 26 do Código Penal, não se confunde com a responsabilidade penal. A primeira diz respeito ao conjunto de condições de maturidade e sanidade mental a ponto de permitir ao sujeito a compreensão e a autodeterminação, enquanto a segunda equivale à obrigação de se sujeitar às consequências da prática criminosa. Há situações, como a do doente mental que, conquanto inimputável, o indivíduo poderá ser submetido a uma medida de segurança como consequência de seu ato (inexiste imputabilidade, mas há responsabilidade penal).³⁸⁶

Por certo, ao se deparar com alguma das causas de exclusão da culpabilidade, o Delegado de Polícia adotará as medidas legais cabíveis, podendo, por exemplo, fundamentadamente deixar de determinar o indiciamento de um investigado ou mesmo a eventual decretação de prisão em flagrante delito, quando vislumbrar a presença de dirimentes, seguindo a sua análise técnico-jurídica do fato apurado e das respectivas circunstâncias (Lei Federal nº 12.830/2013, art. 2º, § 6º), com base nos elementos probatórios angariados no procedimento investigativo criminal.

Vale lembrar que, de acordo com o elemento da culpabilidade aferido pela Autoridade Policial, há providências legais específicas a serem adotadas já na etapa extrajudicial da persecução criminal.

³⁸⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal – 1º volume – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 482-483; MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado – parte geral*. São Paulo: Método, 2013, p. 464.

³⁸⁶ ESTEFAM, André. *Direito penal 1 – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 169.

Exemplificando, no caso de menoridade do agente investigado, uma das causas de exclusão da imputabilidade e por consequência da culpabilidade (Constituição Federal, art. 228 e Código Penal, art. 27), o Delegado de Polícia deliberará de acordo com o regramento peculiar do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei Federal nº 8.069/1990), que estabelece implicações legais diferenciadas à criança ou ao adolescente para o qual se atribua determinada conduta descrita como crime ou contravenção penal, que passa a ser denominada legalmente “ato infracional” (ECA, art. 103).³⁸⁷

Ainda no tocante à imputabilidade, da mesma maneira, o Delegado de Polícia, no caso de dúvida acerca da integridade mental do investigado, por aparente doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (Código Penal, art. 26), ou decorrente da dependência de substância entorpecente (Lei Federal nº 11.343/2006, art. 45), representará pelo exame pericial para avaliação da sanidade mental (CPP, art. 149, § 1º), podendo ser cumulado eventualmente com medida cautelar de internação provisória nas hipóteses de risco de reiteração de delitos com violência ou grave ameaça (CPP, arts. 319, VII e 282, § 2º), inclusive por ocasião da decretação e conexas lavratura do auto de prisão em flagrante delito.

Na mesma linha, quanto à potencial consciência da ilicitude, em se tratando de aparente erro de proibição, sobretudo o inevitável, recomenda-se que o Delegado de Polícia consigne tal circunstância caso a vislumbre, normalmente anotada no relatório final do inquérito policial, sem prejuízo de ponderar em eventual e aparente estado flagrancial delitivo. O mesmo procedimento vale para as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa, mormente as legalmente previstas, consubstanciadas na coação moral irresistível e na obediência hierárquica (Código Penal, art. 22).

6.12 Prisão em flagrante delito, infrações de menor potencial ofensivo e termo circunstanciado

São consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções e os crimes cuja pena máxima cominada não suplante dois anos, cumulada ou não com multa,

³⁸⁷ A apuração de atos infracionais, mormente em estado flagrancial, é abordada com mais profundidade no tópico 6.14.10 deste estudo.

consoante artigo 61 da Lei Federal nº 9.099/1995, que disciplina os Juizados Especiais Criminais e regulamentou o inciso I do artigo 98 da Constituição Federal.

O procedimento investigatório previsto em lei para a apuração e materialização das infrações de menor potencial ofensivo recebe a nomenclatura de “termo circunstanciado”, de acordo com disposição do artigo 69 da Lei nº 9.099/1995:

A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará **termo circunstanciado** e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as **requisições dos exames periciais necessários**.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for **imediatamente encaminhado ao juizado** ou **assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança**. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima (grifamos).

O termo circunstanciado constitui procedimento legal e documento que condensa e preliminarmente substitui o auto de prisão em flagrante delito e mesmo o correspondente inquérito policial, mas que com eles não se confunde.³⁸⁸

No bojo do termo circunstanciado, todos os envolvidos na ocorrência, notadamente o autor do fato ilícito penal, a vítima e as testemunhas prestam suas versões, formalizadas de maneira sintetizada em regra numa única peça, subscrita pelo Delegado de Polícia presidente, pelas aludidas pessoas e pelo Escrivão de Polícia que secretariou a elaboração. A Autoridade Policial determinará as demais diligências cabíveis e consignará o suporte probatório coligido que motivou sua convicção pelo enquadramento jurídico na infração de menor potencial ofensivo imputada ao suposto autor, bem como a apreensão de eventuais objetos ou instrumentos a requisição de exames periciais necessários.

Consoante assentado, mesmo para situações de estado flagrancial pela suspeita de cometimento de infrações de menor potencial ofensivo, há a abordagem e captura do suspeito (prisão-captura), e apenas pode não ensejar a decretação da prisão em flagrante (prisão-custódia), mas exige respeito aos direitos intrínsecos à defesa do investigado, em especial os direitos de audiência, de presença e de postular ao Delegado de Polícia, inclusive questionando a própria caracterização ou não da suposta infração penal pela qual tenha sido

³⁸⁸ ZOMPERO, Marcelo da Silva; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Fase policial do procedimento sumaríssimo*. Revista *Jus Navigandi*, Teresina, set. 2010.

capturado. O sujeito deve ser apresentado na delegacia de polícia para então a Autoridade Policial decidir sobre a classificação jurídica e formalização do procedimento legal correspondente, em regra o termo circunstanciado.

A instrução extrajudicial simplificada dos elementos probatórios no termo circunstanciado não suprime a necessária eficiência e mormente a detida análise jurídica dos fatos e respectivos juízos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade pelo Delegado de Polícia.

Antes de determinar a lavratura do termo circunstanciado, primeiro deve o Delegado de Polícia estabelecer jurídica e fundamentadamente se há subsunção do contexto fático apresentado a uma infração penal de menor ofensivo e, somente se a considerar caracterizada, exarar no procedimento investigatório legal os dados para futura aplicação dos institutos do Juizado Especial Criminal e regular prosseguimento persecutório criminal.

Portanto, a elaboração do termo circunstanciado precede uma avaliação técnico-jurídica motivada, de modo a verificar se o fato configura ilícito penal, e se este é de menor potencial ofensivo, por meio da aplicação dos institutos da ciência jurídico-criminal, mediante entrevista e oitiva de vítimas, testemunhas e do sujeito suspeito de ser o autor da conduta imputada, com observância dos parâmetros legais e em especial das garantias processuais penais, e ainda das posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Aplicam-se ao termo circunstanciado todos os direitos fundamentais inerentes ao devido processo, em especial aqueles afetos à atuação da defesa do autor a quem os fatos são imputados, como o direito à defesa, composta pela autodefesa (positiva e negativa) e pela defesa técnica, mediante assistência advocatícia com exame e participação via formulação de pedidos de diligências e exercício do direito à não autoincriminação.

A dimensão da análise jurídica dos fatos para a decisão acerca da elaboração do termo circunstanciado ou de um auto de prisão em flagrante delito pelo Delegado de Polícia, carreira jurídica qualificada pela formação técnico-profissional policial e primeira autoridade encarregada de classificar legal e preliminarmente os fatos, fica patente em situações em que o primeiro enquadramento jurídico reverbera diretamente no procedimento investigatório a ser formalizado e em suas respectivas consequências. A distinção é, por vezes, sutil, em casos como na diferenciação entre uma lesão corporal dolosa ou uma tentativa de homicídio (CP, arts. 129, *caput* ou 121 c.c. 14, II), entre uma contravenção de importunação ofensiva ao pudor ou um estupro de vulnerável tentado (LCP, art. 61 ou CP, arts. 217-A c.c. 14, II), entre uma

receptação culposa ou uma dolosa (CP, art. 180, § 3º ou *caput*), ou ainda entre o porte para consumo pessoal ou a mercancia de drogas ilícitas (Lei nº 11.343/2006, arts. 28, *caput* e 33, *caput*).³⁸⁹

O termo circunstanciado consubstancia procedimento investigatório criminal previsto em lei voltado à apuração das infrações penais de menor potencial ofensivo. É destinado à repressão criminal após frustrada a prevenção pelas corporações de policiamento ostensivo, com expresse fundamento constitucional no artigo 144, parágrafos 4º e 5º da Lei Maior. Logo, não há respaldo normativo que compactue com eventual elastério conceitual para a expressão “Autoridade Policial” legitimada a determinar a lavratura do termo circunstanciado, que sempre foi e permanece sendo o Delegado de Polícia.³⁹⁰ Da mesma maneira que “Autoridade Judicial” designa o Juiz de Direito, “Autoridade Policial” designa o Delegado de Polícia.

Esse posicionamento solidificou-se com a Lei Federal nº 12.830/2013, que no § 1º, de seu artigo 2º, definiu ao Delegado de Polícia a qualidade de Autoridade Policial, incumbido da condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento legal, sendo o termo circunstanciado exatamente o outro instrumento previsto em lei vocacionado à apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais de menor potencial ofensivo.³⁹¹

O citado § 1º do artigo 2º da Lei nº 12.830/2013 consagra a qualificação do Delegado de Polícia como a autêntica “Autoridade Policial”, anunciada em todo o direito pátrio, titular e dirigente da investigação das infrações penais não militares.³⁹²

³⁸⁹ A Lei Federal nº 11.343/06, em seus artigos 52, inciso I, e 28, § 2º, dispõe que há necessidade de fundamentação pelo Delegado de Polícia nas decisões exaradas em tais hipóteses.

³⁹⁰ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 180; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118; NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 526; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Atribuição para confecção de termo circunstanciado de ocorrência. In: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; et al. *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 129-136; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 224; GOMES, Rodrigo Carneiro. Indevida lavratura de termo circunstanciado por policiais militares. In: GOMES, Rodrigo Carneiro; et al. *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 137-144.

³⁹¹ Nessa senda situa-se a Súmula nº 2, do I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo - Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal: “A nomenclatura “Autoridade Policial”, de que tratam o Código de Processo Penal, a Lei nº 9.099/95 e a legislação correlata, refere-se ao Delegado de Polícia, integrante de carreira jurídica, presidente das atividades de polícia judiciária e dirigente das Polícias Civil e Federal”.

³⁹² Destarte, é o Delegado de Polícia quem deve por lei presidir o inquérito policial (CPP, art. 4º, *caput*), representar pela prisão preventiva (CPP, arts. 13, IV e 311), apreciar e decidir pela lavratura de termo circunstanciado (Lei Federal nº 9.099/95, art. 69), inclusive no caso de delito de porte de droga para consumo

A inclinação técnica na jurisprudência também segue nessa direção, consoante se depreende da seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:³⁹³

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. LEI ESTADUAL Nº 3.514/2010. **POLÍCIA MILITAR. ELABORAÇÃO DE TERMO CIRCUNSTANCIADO. IMPOSSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. ATRIBUIÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA – POLÍCIA CIVIL. PRECEDENTE. ADI Nº 3.614. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.**

1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF).

2. Conseqüentemente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida “a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” (art. 102, III, § 3º, da CF).

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, ao julgar a ADI nº 3.614, que teve a Ministra Cármen como redatora para o acórdão, pacificou o entendimento segundo o qual **a atribuição de polícia judiciária compete à Polícia Civil, devendo o Termo Circunstanciado ser por ela lavrado, sob pena de usurpação de função pela Polícia Militar.**

4. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: ADIN. LEI ESTADUAL . **LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DA POLÍCIA CIVIL. ATRIBUIÇÃO À POLÍCIA MILITAR. DESVIO DE FUNÇÃO. OFENSA AOS ARTS. 115 E 116 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTES. O dispositivo legal que atribui à Polícia Militar competência para confeccionar termos circunstanciado de ocorrência, nos termos do art. 69 da Lei nº 9.099/1995, invade a competência da Polícia Civil, prevista no art. 115 da Constituição do Estado do Amazonas, e se dissocia da competência atribuída à Polícia Militar constante do art. 116 da Carta Estadual,**

peçoal na ausência da Autoridade Judicial (Lei Federal nº 11.343/2006, art. 48, § 3º), representar pelas prisões preventiva ou temporária ou por medidas cautelares pessoais diversas e cumprir os respectivos mandados judiciais (CPP, arts. 13, 282, § 2º e 311 e Lei Federal nº 7.960/1989, art. 2º), analisar e decretar a prisão em flagrante delito (CPP, arts. 302 e ss.), formular pedido ao Juiz de Direito e conduzir os procedimentos de interceptação telefônica (Lei Federal nº 9.296/1996, arts. 3º, I e 6º), avaliar e decidir sobre a apreensão de adolescente em flagrante de ato infracional (Lei Federal nº 8.069/1990, arts. 172 e ss.), adotar providências legais no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar (Lei Federal nº 11.340/2006, art. 11), expedir atestado de residência na habilitação para o casamento e declaração de óbito a respeito de pessoas encontradas mortas (Lei Federal nº 6.015/1973, arts. 67, § 1º e 79, 6º), arrecadar e arrolar os bens no protocolo da herança jacente, receber as coisas vagas para remessa ao juízo competente e apreciar o auto de cumprimento de ordem de arrombamento na realização da penhora para apuração de eventuais delitos de desobediência ou resistência (Código de Processo Civil - Lei Federal nº 13.105/2015, arts. 740, §§ 1º e 3º, 746, § 1º e 846, § 3º), dentre tantas outras medidas legais atribuídas à Autoridade Policial no ordenamento brasileiro.

³⁹³ STF, RE nº 702.617-AM, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28/08/2012. No mesmo sentido: STF, Tribunal Pleno, ADI nº 3441, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 09/03/2007; STF, Tribunal Pleno, ADI nº 2427, Rel. Min. Eros Grau, DJ 30/08/2006; STF, Tribunal Pleno, ADI nº 3460, Rel. Min. Ayres Brito, DJ 31/08/2006.

ambos redigidos de acordo com o art. 144, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal. 5. O aresto recorrido não contrariou o entendimento desta Corte. 6. Recursos extraordinários a que se nega seguimento (grifamos).

Idêntica inferência se extrai da regra, a *contrario sensu*, do colacionado parágrafo único, do artigo 69, da Lei Federal nº 9.099/95, dispositivo segundo o qual, na hipótese do suposto autor da infração de menor potencial ofensivo não se comprometer a comparecer ao Juizado Especial Criminal, será a ele imposta prisão em flagrante delito, medida pessoal restritiva e inadmissível de ser decretada por outra autoridade estatal que não o Delegado de Polícia, salvo específicas exceções legais como as infrações da Justiça Militar ou aquelas cometidas por agentes que exercem cargos dotados de prerrogativas.³⁹⁴

De fato, a flagrância delitiva na fase extrajudicial do procedimento sumaríssimo, disciplinada na Lei Federal nº 9.099/95 implica, como regra, a elaboração de termo circunstanciado, procedimento investigatório para a regular documentação e persecução nos casos de infrações de menor potencial ofensivo.

Convém reforçar, contudo, que a Lei Federal nº 9.099/95 confere tratamento menos severo aos autores das infrações de menor potencial ofensivo, veiculando institutos despenalizadores como a transação penal, que como regra não gera o registro de antecedentes criminais, tampouco efeitos civis ou reincidência, salvo anotação interna do Poder Judiciário para impedir nova concessão de benefício, nos moldes dos parágrafos 4º e 6º do artigo 76 do citado diploma legal.

Diante de tais aspectos peculiares do Juizado Especial Criminal, e tendo em vista também os princípios da oralidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade que o orientam, expressos nos artigos 2º e 62 da Lei nº 9.099/95, a realização de indiciamento, em se tratando de delito de menor potencial ofensivo, apresenta-se incoerente e incompatível com o sistema jurídico vigente. A medida extrajudicial causaria maior prejuízo ao autor da infração penal se comparada ao possível desfecho judicial da demanda, visto que o indivíduo ostentaria registro de indiciamento na fase policial enquanto na etapa judicial seria beneficiado

³⁹⁴ Vale recordar que, no delito de porte de droga para consumo pessoal, tipificado no artigo 28, *caput*, da Lei Federal nº 11.343/2006, há expressa vedação quanto à lavratura do auto de prisão em flagrante delito, restringindo-se o Delegado de Polícia a determinar a lavratura do termo circunstanciado, fundamentando sua convicção jurídica que concluiu pela configuração da citada infração penal e não por comércio de drogas ilícitas, por exemplo, segundo dispõem os artigos 28, § 2º, 48, § 2º, e 52, inciso I, todos da aludida Lei Antidrogas.

com medidas despenalizadoras sem cadastro em seus antecedentes criminais.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou nessa direção:³⁹⁵

HABEAS CORPUS. LEI Nº 9.099/95, ART. 69. INDICIAMENTO POSTERIOR.

PROPOSTA DE SUSPENSÃO JÁ ACEITA. CONSTRANGIMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

Pela ótica da Lei nº 9.099/95, art. 69, uma das características do procedimento dos crimes de menor potencial ofensivo, submetido à competência dos Juizados Especiais, é a desnecessidade do inquérito policial, significando dizer que o indiciamento do autor do fato não resulta em medida mais coerente, ainda mais quando já aceita proposta de suspensão condicional. Ordem concedida para desconstituir o indiciamento do Paciente (grifamos).

Desse modo, o indiciamento nas infrações de menor potencial ofensivo, ainda quando eventualmente apuradas em sede de inquérito policial (e não mediante termo circunstanciado direto ou postergado)³⁹⁶ revela-se descabido e incongruente à sistemática do ordenamento jurídico.³⁹⁷ Será admitido apenas em caso de prisão em flagrante resultante do estado de flagrância por delito de menor potencial ofensivo cumulado com a recusa do autor em comparecer ao Juizado Especial Criminal (Lei nº 9.099/95, art. 69, p.u.), já que a decretação da custódia flagrantial consubstancia espécie de indiciamento.

Por esse motivo, o termo circunstanciado substituí tanto o auto de prisão em flagrante delito quanto o próprio inquérito policial, procedimentos legais apropriados para a deliberação

³⁹⁵ STJ, HC nº 25.557/SP, 5ª T., Min. Rel. José Arnaldo da Fonseca, j. em 28/10/2003.

³⁹⁶ O termo circunstanciado “postergado”, “parcial” ou “indireto” consiste em expressão empregada na praxe policial e forense que decorre da notícia de uma infração de menor potencial ofensivo, quando ausente uma das partes envolvidas nos fatos, e gera um simples registro inicial de polícia judiciária, no qual se fará constar a versão da parte presente (geralmente o suposto ofendido). Ulteriormente, são promovidas diligências para se apurar e trazer aos autos a versão da outra parte (em regra o suposto autor), assim como as demais circunstâncias que o caso concreto apresentar. Todo o expediente composto pelo boletim de ocorrência contendo a versão da parte noticiante que compareceu primeiro na delegacia, a posterior juntada da oitiva da parte contrária (ausente no primeiro momento), e também as eventuais diligências que se afigurarem necessárias para caracterização da infração de acordo com a convicção motivada do Delegado de Polícia presidente será remetida, via ofício, ao Juizado Especial Criminal, em substituição ao “termo circunstanciado direto”, dispensada a instauração de inquérito policial, sendo evidente que o defensor também deve ter acesso a tais procedimentos, devendo atender às determinações de controle judicial de prazo conforme estabelecido no artigo 10 do CPP, e apoiado nos princípios ou critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade dos artigos 2º e 62 da Lei nº 9.099/95. ZOMPERO, Marcelo da Silva; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. Fase policial do procedimento sumaríssimo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, set. 2010.

³⁹⁷ CABRAL, Bruno Fontenele; SOUZA, Rafael Pinto Marques de. *Manual prático de polícia judiciária*. Salvador: Jus podivm, 2013, p. 119; SANNINI NETO, Francisco. *Inquérito policial e prisões provisórias*. São Paulo: Ideias & Letras, 2014, p. 100; LOBOSCO, Fabio. A incoerência jurídica do indiciamento em crime de menor potencial ofensivo. *Migalhas*, 08 ago. 2012.

pelo indiciamento e formalização das peças dele oriundas, instrumentos pelos quais o sujeito passa a figurar como “indiciado”, enquanto nas infrações de menor potencial ofensivo, o suspeito é legalmente denominado “autor”, designação mais branda, que retrata o espírito despenalizador dos Juizados Especiais Criminais e do procedimento sumaríssimo.

6.12.1 Concurso de infrações penais de menor potencial ofensivo e a prisão em flagrante delito

Debate-se se a competência do Juizado Especial Criminal é mantida nas hipóteses em que a soma decorrente do concurso de infrações de menor potencial ofensivo entre si e do cômputo de causas de aumento resultem, teoricamente, em pena máxima superior a dois anos.

Parcela da jurisprudência, em especial o Superior Tribunal de Justiça³⁹⁸, tem sustentado que, no concurso de infrações de menor potencial entre si, restaria deslocada a competência do Juizado Especial Criminal para a Justiça Comum.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou a Súmula nº 82 nesse sentido: “Compete ao Juízo Criminal Comum processar e julgar ação na qual se imputam ao réu crimes cuja soma das penas máximas ultrapassa o limite de 02 (dois) anos previsto no art. 61 da Lei 9.099/95”.

Em direção diversa, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Luiz Flávio Gomes argumentam que em nenhuma hipótese de concurso de crimes deve ser levada em conta a soma das penas ou o aumento decorrente do concurso para a definição da competência jurisdicional.³⁹⁹

O Enunciado número 120, do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE) acompanha essa posição: “O concurso de infrações de menor potencial ofensivo não afasta a competência do Juizado Especial Criminal, ainda que o somatório das penas, em abstrato, ultrapasse dois anos”.

³⁹⁸ Nessa linha situa-se a Súmula 243 do STJ: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano”, e também a Súmula 743 do STF: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”.

³⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 381.

A despeito da omissão de boa parte da doutrina processualista penal, como regra o Delegado de Polícia é a primeira autoridade estatal a se debruçar sobre essa questão, e a repercussão prática de sua decisão, a depender do posicionamento jurídico adotado, pode acarretar ou não a decretação da prisão em flagrante delito do suspeito capturado e apresentado.

A Autoridade Policial, de acordo com a sua convicção jurídica, entendendo que o concurso de várias infrações de menor potencial ofensivo não desnatura esta sua característica elementar, determinará a elaboração do termo circunstanciado e seu posterior encaminhamento ao Juizado Especial Criminal (Lei Federal nº 9.099/95, art. 69).

Entretanto, se o Delegado de Polícia responsável se filiar ao posicionamento diverso, estando o autor dos fatos em situação de flagrância delitiva e excedido o patamar de dois anos de pena máxima em abstrato cominada, decretará a prisão em flagrante delito, com a lavratura do auto prisional.

De igual modo, é controversa a posição no que tange à consideração ou não de causas de aumento para determinar se uma infração penal em princípio de menor potencial ofensivo permanece sob competência do Juizado Especial Criminal.

Segundo uma linha de argumentação, as causas de aumento devem incidir somente na terceira fase da dosimetria da pena, pela disciplina do artigo 68 do Código Penal. Assim, não seriam levadas a efeito para fins de classificação provisória de uma infração como de menor potencial ofensivo e correlata disciplina pela Lei nº 9.099/95.

Lado outro, considerada a majorante desde a prática do delito e resultando do acréscimo pena em abstrato acima de dois anos, deixaria a infração de possuir o *status* de menor ofensividade, afastando o procedimento sumaríssimo da Lei nº 9099/95 e a elaboração de termo circunstanciado.

Diante desse posicionamento, por coerência, as causas de diminuição, como a tentativa (CP, art. 14, II), também devem influir na definição da natureza da infração, tornando-a de menor potencial ofensivo caso a redução em abstrato resulte em pena máxima igual ou aquém dos dois anos.

Assim como ocorre no concurso das infrações entre si, o Delegado de Polícia, a depender do seu posicionamento jurídico, determinará a elaboração ou de termo

circunstanciado ou de auto de prisão em flagrante delito com instauração de inquérito policial.⁴⁰⁰

Observa-se uma lacuna no ordenamento posto, porquanto o artigo 60, da Lei nº 9.099/1995 não é claro nem objetivo no tratamento das hipóteses de concurso de infrações de menor potencial entre si e na eventual presença de causas de aumento. Os posicionamentos expostos retratam esforço em integrar o sistema por meio da chamada analogia *juris*, para solucionar cenários não previstos na lei pela aplicação de normas e orientações do próprio arcabouço legislativo vigente.

De toda sorte, não se despreza que a interpretação mais benéfica ao suspeito na matéria em comento encampa a tese pela qual os delitos devem ser analisados de maneira individualizada e sem incidência de causas de aumento para fins de configuração ou não de uma infração de menor potencial ofensivo, pois um ilícito penal não poderia ser em um primeiro momento de pequena ofensividade e, após um juízo hipotético, transmudar-se em infração comum, sob pena de se eleger uma interpretação extensiva prejudicial ao suspeito em sede de omissão legal que impacta no direito fundamental à liberdade.

6.13 Apresentação espontânea, voluntária ou autoapresentação

Até a edição da Lei Federal nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que promoveu mudanças nos dispositivos do CPP relativos à prisão processual e outras medidas cautelares, o texto do artigo 317, do estatuto de rito criminal previa que a “apresentação espontânea” do suspeito à autoridade não impediria a decretação de sua prisão preventiva.⁴⁰¹

O dispositivo teve a redação revogada pela referida lei, e hoje cuida da prisão domiciliar.⁴⁰² O texto anterior recebia interpretação doutrinária no sentido de que aquele que “espontaneamente”, ou seja, de modo voluntário e deliberado, se apresentasse à Autoridade

⁴⁰⁰ Qualquer que seja o entendimento perfilhado, a Autoridade Policial ordenará as medidas pertinentes e consignará na peça que adotar a presença das causas de aumento ou de diminuição, independentemente de considerá-las ou não para fins de caracterização da natureza da infração.

⁴⁰¹ Redação revogada do artigo 317, do CPP: “A apresentação espontânea do acusado à autoridade não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei a autoriza”.

⁴⁰² Atual texto do artigo 317, do CPP: “A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”.

Policial, atitude também chamada de “autoapresentação”, não teria decretada a sua prisão em flagrante delito, sendo admissível, entretanto, a sua custódia preventiva.⁴⁰³

À época, na praxe policial e forense havia proposta de elaboração de um “auto de apresentação espontânea” em tais casos, expediente em que a mencionada circunstância era consignada e esmiuçada, reduzindo-se a termo as oitivas dos envolvidos, com adoção das demais providências legais de polícia judiciária cabíveis, servindo o documento como peça inaugural do respectivo inquérito policial.⁴⁰⁴ Na atualidade, predomina a lavratura de boletim de ocorrência circunstanciado com formalização das oitivas dos envolvidos e instauração de inquérito policial via portaria.

Além da antiga redação do artigo 317, do CPP, argumentava-se que a prisão em flagrante delito só se justificaria quando imprescindível para sustar a fuga do investigado, ou ainda para resguardar a sociedade bem como para coligir e acautelar provas para a aplicação da lei, motivos estes que não se vislumbravam na autoapresentação do investigado, quando o agente aciona ou comparece por conta própria na repartição policial tencionando colaborar com a elucidação dos fatos.⁴⁰⁵

Deveras, não há mais menção direta à expressão “apresentação espontânea” no diploma processual criminal. No entanto, o que impede a prisão em flagrante delito daquele que se apresenta espontaneamente é, sobretudo, a literalidade do artigo 304, *caput*, do CPP, ao empregar o vocábulo “apresentado”, indicando a necessidade de que o agente seja capturado e conduzido à presença da Autoridade Policial, e não “apresentando-se”, que corresponde ao comportamento voluntário do sujeito, por vontade e meios próprios, o que inviabiliza a prisão em flagrante do sujeito que comparece de maneira espontânea perante o Delegado de Polícia noticiando a conduta por ele perpetrada. É claro que não basta mera alegação do investigado,

⁴⁰³ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 236; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O advento da reforma do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11 e o destino da apresentação espontânea do acusado. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, mai. 2011; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 328; SILVA, José Geraldo. *O inquérito policial e a polícia judiciária*. Campinas: Millenium, 2002, p. 215; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 783; LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Impetus, 2013, p. 881.

⁴⁰⁴ BARROS FILHO, Mário Leite de. Inquérito policial sob a óptica do delegado de polícia. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, 18 dez. 2010; LIMA, Marco Antônio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 129; LANZA, Raquel Dalla Costa; LEANO, Marcelo Luiz. *Da prisão em flagrante*. Campinas: Agá Juris Editora, 1998, p. 68.

⁴⁰⁵ SILVA, José Geraldo. *O inquérito policial e a polícia judiciária*. Campinas: Millenium, 2002, p. 215; BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 76.

exigindo-se a análise de todos os elementos amealhados para se extrair a conclusão acerca da espontaneidade.

A redação do artigo 304 do CPP, sem prejuízo da revogação dos artigos 317 e 318, esclarece que o suspeito capturado deve ser “apresentado” à autoridade competente, vale dizer, pressupõe a ideia de que fora ele conduzido, contra sua vontade, à presença do Delegado de Polícia, indicando uma distinção entre “apresentado” e “apresentar-se”.

Em razão disso, se a pessoa suspeita de uma eventual prática ilícita criminal se apresenta na delegacia de polícia (ou aos órgãos policiais e estatais, de um modo geral), está o Delegado de Polícia licenciado a deixar de decretar sua prisão em estado de flagrância delitiva e investigar os fatos, de modo pormenorizado, em sede de inquérito policial inaugurado por portaria.⁴⁰⁶

Não se trata de mero jogo de palavras, na medida em que consubstancia hipótese de segregação provisória extrajudicial e de restrição da liberdade de locomoção, devendo receber interpretação restritiva, em respeito à legalidade estrita, norteadora da atuação repressiva em matéria criminal.

Nesse passo, no âmbito da Polícia Civil do Estado de São Paulo, existe diretriz institucional na Recomendação DGP nº 1, de 13 de junho de 2005, que veicula medidas para a uniformização dos atos de polícia judiciária relativos à autuação em flagrante delito, editada quando da modificação do artigo 304 do CPP pela aludida Lei Federal nº 11.113/2005, e assim preconiza em seu item XV:

O emprego da palavra “**apresentado**”, no **artigo 304, do CPP**, não **equivalente a “apresentando-se”**, afasta a possibilidade de prisão em flagrante daquele que, **comparecendo espontaneamente** perante a **Autoridade Policial**, comunique a prática de uma infração penal até então ignorada desta (grifamos).

Logo, a prisão em flagrante decorre da conjugação da fundada suspeita do artigo 304 com alguma das mencionadas modalidades de flagrância delitiva previstas nos incisos do artigo 302, todos do CPP e, no caso de apresentação espontânea, com ou sem a redação original do artigo 317, não há subsunção a nenhuma das hipóteses em que a pessoa é legalmente considerada em estado flagrancial e que autorizariam sua prisão.

⁴⁰⁶ LESSA, Marcelo de Lima. *A independência funcional do delegado de polícia paulista*. São Paulo: Adpesp - Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, 2012, p. 16.

Assim, apresentando-se espontaneamente o sujeito, não se cogita sua prisão em flagrante tanto pela lógica quanto pelo bom senso e, também, por ausência de amparo legal.⁴⁰⁷

A jurisprudência já havia firmado entendimento nessa linha, como se observa na decisão do Supremo Tribunal Federal ora reproduzida:⁴⁰⁸

Prisão em flagrante. **Não tem cabimento prender em flagrante o agente que, horas depois do delito, entrega-se à polícia, que não o persegue, e confessa o crime.** Ressalvada a hipótese de decretação da custódia preventiva, se presentes os seus pressupostos, concede-se a ordem de *habeas corpus*, para invalidar o flagrante (grifamos).

No mesmo diapasão, importante lembrar que o Código de Trânsito Brasileiro (Lei Federal nº 9.503/1997), em seu artigo 301, veda a decretação de prisão em flagrante nos acidentes de trânsito em que o motorista socorra a vítima, no propósito de estimular a cidadania e a solidariedade em episódios dessa natureza:⁴⁰⁹ “Ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, **não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela**” (grifamos).

Urge registrar que, no atual estágio de desenvolvimento das grandes cidades, dos recursos tecnológicos e dos meios de comunicação, a apresentação espontânea não pode ser considerada apenas o comparecimento do indivíduo sozinho e por meios próprios na delegacia, mas sim toda a sua postura após praticar uma conduta potencialmente criminosa, assim entendida, por exemplo, ele próprio acionar, via ligação telefônica, agentes do Delegado de Polícia, como Policiais Militares, Guardas Municipais, ou qualquer outro órgão ou agente público similar, noticiando de modo convincente e coeso o que ocorrera, aguardando no local e se prontificando no ato a comparecer para prestar os esclarecimentos e informações devidas à Autoridade Policial responsável.

Outrossim, a apresentação espontânea deve ser autêntica e factual, e jamais servir como subterfúgio para o sujeito tentar artificialmente evitar a sua captura e prisão em flagrante. Caso contrário, seria possível fantasiar situações esdrúxulas, como a de um roubo que, logo após a subtração patrimonial mediante violência, corre em direção a uma delegacia

⁴⁰⁷ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O advento da reforma do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11 e o destino da apresentação espontânea do acusado. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, mai. 2011; LIMA. Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Impetus, 2013, p. 881.

⁴⁰⁸ STF, RHC nº 61.442/MT – 2ª Turma, relator Min. Francisco Resek. DJ 10/02/1984.

⁴⁰⁹ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 189.

de polícia para “se apresentar”, enquanto está sob perseguição pelas vítimas ou por policiais. Em tais hipóteses, por evidente, não há que se falar em apresentação espontânea.

Assinala-se também, conquanto as terminologias “espontânea” e “voluntária” possam ter significados com sutis diferenças, para fins meramente didáticos neste ponto, podem ser tratadas como equivalentes. Isso porque, na prática, desde que ninguém tenha capturado e apresentado o sujeito na delegacia, o instituto pode abranger tanto a apresentação “espontânea”, isto é, oriunda exclusivamente da vontade do agente, quanto a apresentação “voluntária”, vale dizer, aquela em que o investigado tenha sido aconselhado por terceiro, mormente por seu Advogado, a comparecer por meios próprios à repartição policial.⁴¹⁰

Convém ainda destacar que a apresentação espontânea, quando genuína, deve abarcar todo o contexto fático em que o sujeito se encontra, alcançando todas as circunstâncias relevantes criminalmente atreladas.

A título de exemplo, menciona-se caso concreto ocorrido em unidade policial no município de São Paulo,⁴¹¹ em que o proprietário de um estabelecimento comercial, subjugado junto com outras vítimas durante um roubo com emprego de arma de fogo perpetrado por dois criminosos, conseguiu reagir e, utilizando-se de uma pistola de sua propriedade, disparou um projétil que veio a alvejar um dos roubadores, enquanto o comparsa conseguiu fugir. O próprio comerciante ofendido acionou os órgãos policiais e o Resgate para socorro do delinquente ferido, porém este não resistiu aos ferimentos e morreu. A vítima apresentou-se na delegacia, prestando os esclarecimentos devidos e exibiu a sua arma de fogo bem como a respectiva documentação, porém com data de validade expirada, o que à época poderia suscitar dúvida sobre subsidiária posse irregular de arma de fogo, infração prevista no artigo 12, da Lei Federal nº 10.826/2003.⁴¹² Alegou o comerciante que já protocolara renovação do documento, que estaria pendente de expedição pelo órgão público responsável (Departamento da Polícia Federal). Nota-se que, nessa situação, além da discriminante da legítima defesa, o que já

⁴¹⁰ O incentivo ou aconselhamento não poderá ser da própria Autoridade Policial responsável ou de seus agentes (Policiais Cíveis, Federais ou Militares), pois estes têm o dever de capturar em flagrante delito e apresentar o suspeito na delegacia para regular autuação e adoção das medidas de polícia judiciária, por força do flagrante compulsório do artigo 301 do CPP.

⁴¹¹ Ocorrência apresentada na Central de Flagrantes da 1ª Delegacia Seccional do Município de São Paulo, que funcionava junto ao 8º Distrito Policial – Brás.

⁴¹² Vale pontuar que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso repetitivo (AP nº 686-AP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 29/10/2015), decidiu que o mero registro vencido da arma de fogo de uso permitido não configura o crime do art. 12 da Lei nº 10.826/03, entendimento este que também afastaria a caracterização da citada infração penal no contexto do caso mencionado.

evitaria a configuração de crime de homicídio no tocante à morte do roubador (o fato poderia ser típico mas não era ilícito), a apresentação espontânea também englobou eventual delito relacionado à posse da arma de fogo, não havendo que se falar em prisão flagrancial.⁴¹³ A parte se apresentou na delegacia, não foi apresentada por alguém.

Repise-se que, o que se obsta com a apresentação espontânea é apenas a decretação da prisão em flagrante delito, jamais a regular apuração da conduta via inquérito policial e a persecução e responsabilização criminal, caso a infração penal reste devidamente configurada. Não se pode confundir a existência de hipótese legal para a autuação e prisão em flagrante delito com a caracterização do delito perscrutado. Este pode ter ocorrido e o fato criminoso será sempre investigado e reprimido, independentemente do agente infrator ter sido ou não preso em flagrante, sem prejuízo para a Justiça Criminal.

Por último, ainda que o indivíduo compareça espontaneamente, se o Delegado de Polícia reputar admissível e necessária a sua prisão temporária ou preventiva, preenchidos os respectivos requisitos legais, de pronto representará ao Juiz de Direito competente para que a medida cautelar seja decretada.

6.14 Prisão em flagrante delito, imunidades prisionais e foro por prerrogativa de função

Como regra, toda e qualquer pessoa pode e deve ser presa em flagrante delito quando presentes os requisitos previstos em lei. No entanto, existem exceções legais que vedam a prisão de determinados agentes públicos, conhecidas como “imunidades prisionais”⁴¹⁴, que impedem determinados servidores de serem encarcerados em situações nas quais os demais cidadãos seriam, afastando o tratamento isonômico sob o argumento de possibilitar que referidos agentes exerçam suas funções sem eventuais pressões ou riscos de que tenham sua liberdade custodiada pelo Estado.

Não se pode olvidar que há também, para grande parte dos agentes estatais dotados de imunidades prisionais, a atribuição pela legislação do denominado foro por prerrogativa de função ou “foro privilegiado”, que acarreta implicações tanto na competência para processo e julgamento quanto para a investigação quando referidos funcionários figurarem como

⁴¹³ Cabe lembrar que, ainda que se trate de porte ilegal de arma de fogo ou outro delito do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03), o mesmo raciocínio pode ser aplicado.

⁴¹⁴ LIMA. Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Impetus, 2013, p. 821.

suspeitos de práticas criminais e, invariavelmente, com reflexos no procedimento a ser adotado em caso de estado flagrancial delitivo.

A seguir, serão comentadas as principais hipóteses de agentes públicos para os quais a legislação confere imunidades com reflexos na prisão em flagrante delito.

6.14.1 Presidente da República

O artigo 85, § 3º, da Constituição Federal dispõe que “enquanto **não sobrevier sentença condenatória**, nas infrações comuns, o Presidente da República **não estará sujeito a prisão**” (grifamos).

Por força da mencionada previsão constitucional, como o Presidente da República não se submete a nenhuma prisão provisória, não pode ser preso em flagrante delito, além de possuir foro por prerrogativa de função (“foro privilegiado”) para que seja processado e julgado por crimes comuns pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, “b”).

Isso não significa que eventual conduta criminosa por um Presidente da República não autorize intervenção de agentes estatais ou mesmo de particulares. Agentes públicos dotados de imunidades prisionais não podem praticar ilícitos penais impunemente sem que sejam incomodados ou abordados e capturados (prisão-captura) enquanto cometem ações delituosas. A imunidade prisional impede apenas que seja decretada a prisão flagrancial (prisão-custódia) ou outra prisão cautelar.

Mesmo o Presidente da República, que na vigência do mandato eletivo, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções, diante do artigo 86, § 4º, da Carta Magna⁴¹⁵, poderá ser processado e condenado criminalmente após a perda do cargo.

6.14.2 Governadores de Estado

Há discussão se a imunidade prisional do Presidente da República poderia ser estendida aos Governadores de Estado nas respectivas Constituições Estaduais. O

⁴¹⁵ CF, art. 86, § 4º: “O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”.

posicionamento majoritário é de que se trata de regra exclusiva para o Chefe do Poder Executivo Federal.⁴¹⁶

Nesse sentido tem se firmado a jurisprudência, como se nota na decisão abaixo colacionada, que declarou a inconstitucionalidade do § 5º, do artigo 49, da Constituição do Estado de São Paulo, pelo qual o Governador paulista não estaria sujeito a prisão cautelar:⁴¹⁷

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO - OUTORGA DE PRERROGATIVAS DE CARÁTER PROCESSUAL PENAL AO GOVERNADOR DO ESTADO - IMUNIDADE À PRISÃO CAUTELAR E A QUALQUER PROCESSO PENAL POR DELITOS ESTRANHOS À FUNÇÃO GOVERNAMENTAL - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO REPUBLICANO - USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO - PRERROGATIVAS INERENTES AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA ENQUANTO CHEFE DE ESTADO (CF/88, ART. 86, §§ 3º E 4º) - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. PRINCÍPIO REPUBLICANO E RESPONSABILIDADE DOS GOVERNANTES.

Corroborando essa posição, a Corte Suprema brasileira também manteve a prisão provisória do Governador do Distrito Federal decretada pelo Superior Tribunal de Justiça.⁴¹⁸

PRISÃO - GOVERNADOR - LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. Porque declarada inconstitucional pelo Supremo - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.024-4/DF, Relator Ministro Celso de Mello -, não subsiste a regra normativa segundo a qual a prisão do Governador pressupõe sentença condenatória. PRISÃO PREVENTIVA - GOVERNADOR - INQUÉRITO - LICENÇA DA CASA LEGISLATIVA - PROCESSO. A regra da prévia licença da Casa Legislativa como condição da procedibilidade para deliberar-se sobre o recebimento da denúncia não se irradia a ponto de apanhar prática de ato judicial diverso como é o referente à prisão preventiva na fase de inquérito.

(...)

PRISÃO PREVENTIVA - GOVERNADOR - ARTIGO 51, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - APLICAÇÃO ANALÓGICA - INADEQUAÇÃO. A interpretação teleológica e sistemática do artigo 51, inciso I, da Carta da República revela inadequada a observância quando envolvido Governador do Estado (grifamos).

Vale lembrar que os Governadores de Estado possuem foro por prerrogativa de função para que sejam processados e julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, “a”),

⁴¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Impetus, 2013, p. 821.

⁴¹⁷ STF, ADI nº 1021-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 19/10/1995.

⁴¹⁸ STF, HC nº 102.732-DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/05/2010.

de modo que este será o Juízo competente a ser comunicado sobre eventual prisão em flagrante delito.

6.14.3 Prefeitos

Os Chefes do Poder Executivo Municipal, conquanto não possuam imunidade prisional, gozam de foro por prerrogativa de função junto ao respectivo Tribunal de Justiça Estadual, em atenção ao artigo 29, inciso X, da Carta Magna, sendo este o Juízo competente para a comunicação na hipótese de prisão em flagrante delito de alcaide por prática de ilícito penal.⁴¹⁹

6.14.4 Parlamentares Federais, Estaduais e Municipais

No tocante aos Parlamentares Federais (Senadores e Deputados Federais), a Constituição Federal assim estabelece em seu artigo 52, § 2º:

Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em **flagrante de crime inafiançável**. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

Trata-se da denominada **imunidade prisional relativa** ou **incoercibilidade pessoal relativa**, conhecida pela expressão inglesa *freedom from arrest*⁴²⁰ que o texto constitucional confere aos referidos parlamentares, de maneira que só podem ser presos em flagrante por crimes inafiançáveis.

Ressalta-se que havia entendimento prevalente de que estariam abarcados apenas os casos de **inafiançabilidade absoluta**, que consistem, como visto, nos crimes que pela natureza são inafiançáveis, elencados no artigo 323 do CPP, vale repetir, racismo, tortura,

⁴¹⁹ No tocante à comunicação da instauração de inquérito policial contra pessoa com prerrogativa de função, mormente de Prefeitos, a Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo publicou o Comunicado CG nº 2.094/2010, em que recomenda aos Magistrados que encaminhem ao Tribunal qualquer representação ou notícia de crime cuja autoria seja atribuída à autoridade detentora de foro por prerrogativa de função, o que inclui, por óbvio, a comunicação da prisão em flagrante delito de Prefeitos.

⁴²⁰ ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.295.

tráfico de drogas, terrorismo, delitos hediondos e crimes cometidos por grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

No entanto, sobretudo no caso da polêmica prisão do então Senador Delcídio do Amaral Gomez⁴²¹, decidido pelo Supremo Tribunal Federal, teria sido adotada a mencionada **inafiançabilidade relativa** ou **circunstâncias de inafiançabilidade**⁴²², listadas no comentado artigo 324 do CPP, notadamente na hipótese do seu inciso IV, que dispõe que não será concedida fiança (inafiançável) quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva, conforme se extrai da ementa do citado julgamento:⁴²³

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. **PRISÃO CAUTELAR. SENADOR DA REPÚBLICA. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DE PRISÃO PREVENTIVA. INAFIANÇABILIDADE. CABIMENTO DA PRISÃO CAUTELAR (ART. 53, § 2º, DA CF). DECISÃO REFERENDADA** (grifamos).

No caso em comento, em que pese o debate acerca da natureza e do acerto da inusitada custódia decretada⁴²⁴, o Ministro relator entendeu que havia flagrância delitiva de crime da Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/2013, art. 2º e também da figura equiparada do § 2º), por condutas permanentes (CPP, art. 303) e considerou que seria caso de inafiançabilidade por estarem presentes os motivos autorizadores da prisão preventiva (CPP, art.324, IV), valendo-se da destacada inafiançabilidade relativa.

Após a decisão, houve cogitação se teria sido empregado o chamado postulado da "derrotabilidade", também intitulado de "superabilidade", que consiste em considerar que toda norma jurídica se baseia em raciocínios cujas justificativas teóricas podem ser "derrotadas" ou "superadas", e por tal motivo não serem aplicadas em sua literalidade ou plenitude diante de

⁴²¹ Na referida decisão, em síntese, o citado Senador, buscando embaraçar investigação em curso na Operação da Polícia Federal conhecida como “Lava Jato”, evitando futura delação, propôs a um filho de preso um plano de fuga para seu pai, bem como anunciou exercer influência em Ministros da Corte Suprema, o que garantiria a liberdade do condenado. Ofereceu, ainda, uma ajuda de custo para o condenado manter-se no país de destino.

⁴²² SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 351. Sobre os crimes inafiançáveis, remete-se ao tópico 6.8.3.2 deste trabalho.

⁴²³ STF, Ação Cautelar nº 4039, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 24/11/2015, DJe 13/05/2016.

⁴²⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de direito processual penal. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, p. 305; ROSA, Alexandre de Moraes da; MOREIRA, Rômulo de Andrade. Para (não) entender a prisão de um Senador pelo STF. *Empório do direito*, Florianópolis, 26 nov. 2015.

circunstâncias práticas que não foram vislumbradas na formulação normativa, ou seja, não foram pensadas por ocasião da elaboração do dispositivo pelo legislador.⁴²⁵

O fato é que a decisão do ministro do STF não mencionou expressamente o postulado da "derrotabilidade", embora em alguns trechos cite que o aludido artigo 53, § 2º da Constituição Federal não pode ser interpretado isoladamente, e que as circunstâncias daquele caso concreto admitiriam a decretação da prisão cautelar do parlamentar, o que, para alguns, poderia ser comparado a considerar que as circunstâncias concretas fariam com que a regra extraída da literalidade do dispositivo constitucional estaria "derrotada" ou "superada".

Oficialmente, a argumentação empregada para determinar a prisão encontra-se no sentido de que o caso configurou a exceção expressa do citado dispositivo constitucional (flagrante de crime inafiançável do parlamentar) e não que a literalidade da norma estaria "superada" pelas circunstâncias do caso concreto, o que retrataria efetivamente a aplicação do postulado da "derrotabilidade". Em outras palavras, a regra do artigo 53, § 2º da Carta Magna não foi "superada" ou "derrotada" explicitamente na decisão da Suprema Corte.

Em relação aos Deputados Estaduais e Distritais, o artigo 27, § 1º combinado com o artigo 32, § 3º da Constituição Federal a eles estende as regras sobre imunidades dos parlamentares federais, de modo que também só poderão ser presos em flagrante delito por crimes inafiançáveis.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça já admitiu e o Supremo Tribunal Federal convalidou em caráter excepcional a prisão preventiva de Deputados Estaduais, no âmbito da denominada “Operação Dominó”⁴²⁶, deflagrada pela Polícia Federal em agosto de 2006, de acordo com trecho da decisão ora colacionada:⁴²⁷

Os elementos contidos nos autos impõem **interpretação que considere mais que a regra proibitiva da prisão de parlamentar, isoladamente, como previsto no art. 53, § 2º, da Constituição da República.** Há de se buscar interpretação que conduza à **aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo.** A norma constitucional que cuida da **imunidade parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão**

⁴²⁵ PIZZOLATTI, Víctor Hugo Ehmke. A derrotabilidade (*defeasibility*) das regras e a prisão do Senador Delcídio do Amaral pelo Supremo Tribunal Federal. *Empório do Direito*, Florianópolis, 09 dez. 2015.

⁴²⁶ Em suma, a chamada “Operação Dominó” promovida pela Polícia Federal objetivou apurar o desvio de recursos públicos na Assembleia Legislativa de Rondônia, com envolvimento de agentes e servidores inclusive do Poder Judiciário local, e resultou na prisão de diversos Parlamentares Estaduais, além de um Juiz de Direito e de outros funcionários que integravam um grupo que teria desviado milhões de reais por meio de contratos fraudulentos.

⁴²⁷ STF, HC nº 89.417-RO, Rel. Min. Carmén Lúcia, j. 22/08/2006.

legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada do sistema constitucional. Os princípios determinam a interpretação e aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina. **A Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, composta de vinte e quatro deputados, dos quais, vinte e três estão indiciados em diversos inquéritos, afirma situação excepcional e, por isso, não se há de aplicar a regra constitucional do art. 53, § 2º, da Constituição da República, de forma isolada e insujeita aos princípios fundamentais do sistema jurídico vigente.** 3. Habeas corpus cuja ordem se denega (grifamos).

Já para os vereadores, parlamentares municipais, não há a aludida imunidade prisional, por ausência de previsão constitucional, conforme já enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal:⁴²⁸

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES QUE NÃO SÃO SUFICIENTES PARA EVITAR A CONSTRIÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE MOTIVADA. **INSUFICIENTE TAMBÉM A CONDIÇÃO DE VEREADOR DO PACIENTE PARA IMPEDIR A PRISÃO PREVENTIVA.** EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. PROCESSO COMPLEXO COM MUITOS CO-RÉUS. PRECEDENTES DO SUPREMO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E DENEGADO NA PARTE CONHECIDA.

I - Excesso de prazo não caracterizado, considerando tratar-se de caso complexo, com vários acusados, que autoriza uma interpretação mais flexível dos termos processuais, mesmo em se tratando de réus presos.

II - A primariedade e os bons antecedentes do réu, por si sós, não afastam a decretação da segregação cautelar, desde que adequadamente fundamentada e decretada por autoridade competente.

III - **Condição de vereador que não garante ao paciente tratamento diferenciado relativamente aos demais co-réus.**

IV - **Os edis, ao contrário do que ocorre com os membros do Congresso Nacional e os deputados estaduais, não gozam da denominada incoercibilidade pessoal relativa (*freedom from arrest*), ainda que algumas Constituições estaduais lhes assegurem prerrogativa de foro.** V - Habeas corpus conhecido em parte e denegado na parte conhecida (grifamos).

Quanto ao foro por prerrogativa de função, ressalta-se que, enquanto os Senadores e Deputados Federais são processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, II, “b”), os Deputados Estaduais e Vereadores dependerão de eventual previsão nas

⁴²⁸ STF, HC nº 94.059-RJ, 1ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06/05/2008.

Constituições dos Estados⁴²⁹, que serão os juízos competentes para a comunicação da custódia flagrancial e respectivas deliberações.

6.14.5 Agentes diplomáticos e agentes consulares

Os **agentes diplomáticos** representam Estados nas relações mútuas, vale dizer, na relação de um Estado estrangeiro com o Estado Brasileiro⁴³⁰, para comunicações de caráter político ou jurídico, regradas pela Convenção de Viena Sobre Relações Diplomáticas, promulgada no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965 e que assim prevê em seu artigo 29:

A pessoa do agente diplomático é inviolável. **Não poderá ser objeto de nenhuma forma de detenção ou prisão.** O Estado acreditado trata-lo-á com o devido respeito e adotará todas as medidas adequadas para impedir qualquer ofensa à sua pessoa, liberdade ou dignidade (grifamos).

Assim, os agentes diplomáticos são considerados os Chefes da Missão (embaixadores) e os membros que tenham a qualidade de diplomata, são dotados de imunidade prisional plena, que não exige que estejam no exercício de suas funções, e que se estende aos familiares que com ele vivam no Estado acreditado (Brasil).⁴³¹ Desse modo, tais pessoas não podem ser presas em flagrante delito, inclusive por conta do CPP ressaltar sua incidência nos casos de tratados, convenções e regras de direito internacional (CPP, art. 1º, I).

Outrossim, o pessoal técnico e o administrativo, bem como os responsáveis pelo trabalho doméstico, também gozam de imunidade, desde que o fato ocorra no desempenho das funções e que não sejam brasileiros nem tenham residência permanente no Brasil.⁴³²

Já os **agentes consulares** não representam o Estado acreditante (Estado estrangeiro), e sim interesses comerciais, econômicos, culturais ou científicos deste Estado e de seus cidadãos

⁴²⁹ Na Constituição do Estado de São Paulo, o artigo 74, inciso I, dispõe que os Deputados Estaduais paulistas serão processados e julgados originariamente pelo Tribunal de Justiça.

⁴³⁰ A função primordial das missões diplomáticas é representar o Estado acreditante perante o Estado acreditado (Convenção Sobre Relações Diplomáticas, art. 3º, *a*).

⁴³¹ Nos termos dos artigos 1º, “e” e 37, § 1º, da Convenção Sobre Relações Diplomáticas.

⁴³² De acordo com o disposto no artigo 37 da Convenção sobre Relações Diplomáticas. O artigo 32 da referida Convenção estabelece ainda que o Estado acreditante, a seu critério, pode renunciar à imunidade de jurisdição dos seus agentes diplomáticos e das pessoas que gozam de imunidade nos termos do citado artigo 37.

perante o Estado receptor⁴³³, isto é, representam interesses de seus nacionais dentro do Estado Brasileiro, e suas relações são disciplinadas pela Convenção de Viena sobre Relações Consulares, promulgada no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967, e nos parágrafos de seu artigo 41, que cuida da inviolabilidade pessoal dos funcionários consulares, dispõe:

1. Os **funcionários consulares** não poderão ser detidos ou presos preventivamente, exceto em caso de **crime grave** e em **decorrência de decisão de autoridade judiciária competente**.
2. Exceto no caso previsto no parágrafo 1 do presente artigo, os funcionários consulares não podem ser presos nem submetidos a qualquer outra forma de limitação de sua liberdade pessoal, senão em decorrência de sentença judiciária definitiva.
3. Quando se instaurar processo penal contra um funcionário consular, este será obrigado a comparecer perante as autoridades competentes. Todavia, as diligências serão conduzidas com as deferências devidas à sua posição oficial e, exceto no caso previsto no parágrafo 1 deste artigo, de maneira a que perturbe o menos possível o exercício das funções consulares. Quando, nas circunstâncias previstas no parágrafo 1 deste artigo, for necessário decretar a prisão preventiva de um funcionário consular, o processo correspondente deverá iniciar-se sem a menor demora (grifamos).

Além disso, o artigo 43 da Convenção sobre Relações Consulares estabelece que os funcionários e empregados consulares não estão sujeitos à jurisdição das autoridades do Estado receptor pelos atos realizados no exercício das funções consulares⁴³⁴ e, no que tange às prisões provisórias, incluindo a prisão em flagrante, a expressão “crime grave”, citada no colacionado parágrafo 1º da Convenção Sobre Relações Consulares, foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal como qualquer delito apenado com reclusão.⁴³⁵

Desse modo, os agentes consulares só gozam de imunidade prisional quanto aos crimes funcionais, vale dizer, praticados no exercício das funções, e, quanto às demais infrações penais, prevalece que poderão ser presos em flagrante delito naquelas que cominem reclusão.

⁴³³ REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46.

⁴³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Impetus, 2013, p. 823.

⁴³⁵ STF, HC nº 81.158-RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 19/12/2002.

6.14.6 Membros da Magistratura e do Ministério Público

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979), em seu artigo 33, inciso II dispõe como prerrogativa do Magistrado:

II - não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, **salvo em flagrante de crime inafiançável**, caso em que a autoridade fará **imediate comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado** (grifamos).

Por sua vez, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993), estabelece em seu artigo 40, inciso III:

Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica:

III - ser preso somente por ordem judicial escrita, **salvo em flagrante de crime inafiançável**, caso em que a autoridade fará, no prazo máximo de **vinte e quatro horas**, a **comunicação e a apresentação do membro do Ministério Público ao Procurador-Geral de Justiça**;

Logo, a prisão em flagrante delito de Juízes de Direito e representantes ministeriais só é admitida em crimes inafiançáveis. Isso não significa que devam ficar impunes pela prática de crimes afiançáveis e muito menos que não devem ser abordados, contidos e capturados quando cometerem qualquer infração penal, para que sejam identificados e responsabilizados, com o regular registro de ocorrência policial, promoção das providências pertinentes para preservação de vestígios e do lastro probatório, e encaminhamento para a Presidência do Tribunal a que esteja vinculado o Magistrado, ou à respectiva Procuradoria-Geral a que esteja vinculado o agente do Ministério Público.⁴³⁶

Ademais, uma vez surpreendidos em flagrância delitiva por crime inafiançável, o suspeito como regra deverá ser apresentado para a respectiva autoridade competente para a audiência de garantias do artigo 304 do CPP, que decidirá sobre a custódia.⁴³⁷ Em tais casos, a

⁴³⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Impetus, 2013, p. 825.

⁴³⁷ Não se pode olvidar que, na prática, considerando que em muitas localidades as sedes de presidências de Tribunais e de Procuradorias de Justiça podem ser muito distantes do lugar onde houve a captura em estado flagrancial, inviabilizando a pronta apresentação do suspeito, a comunicação ocorrerá pelos meios disponíveis, especialmente eletrônicos, havendo posicionamento no sentido de que a Autoridade Policial formalizará o auto prisional e demais medidas legais necessárias (oitivas, apreensões, requisições de exames periciais), encaminhando os autos ao órgão competente para prosseguimento da apuração delitiva. ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado*

comunicação da prisão em flagrante delito deve ser remetida ao juízo competente, de acordo com o foro por prerrogativa de função do agente público autuado e encarcerado.⁴³⁸

6.14.7 Advogados

A Lei Federal nº 8.906, de 4 de julho de 1995, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), prevê no § 3º de seu artigo 7º, que “o advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável”. Em tal hipótese, segundo o inciso IV do mesmo dispositivo, deve ser assegurada a presença de representante da OAB, para a lavratura do correlato auto de prisão em flagrante delito, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB.

Assim, no desempenho profissional, o Advogado não poderá ser preso em flagrante por delito afiançável. Tratando-se de conduta criminosa não relacionada à prática da advocacia, o Advogado está sujeito à prisão flagrancial independente do crime ser ou não afiançável, comunicando-se a respectiva sede seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

6.14.8 Militares das Forças Armadas e Policiais Militares

Embora os servidores militares não possuam imunidades prisionais, havendo prisão em flagrante delito destes pela prática de crime da Justiça Comum, a Lei Federal nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, em seu artigo 74 estabelece que o miliciano deve ser entregue à autoridade militar mais próxima após a formalização da prisão flagrancial para encarceramento em unidade castrense.

Oportuno mencionar que, para os delitos da Justiça Militar⁴³⁹, a prisão em flagrante delito é regulada pelo Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei nº 1.002, de 21 de

Democrático de Direito. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 297-298; DECARLI, Rodolfo Luiz. A prisão em flagrante delito e os detentores de foro por prerrogativa de função. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 5150, 7 ago. 2017.

⁴³⁸ Vale assinalar que os Juízes de Direito e os Promotores de Justiça são processados e julgados pelos Tribunais de Justiça Estaduais pela prática de crime comum (CF, art. 96, III), enquanto os Juízes Federais e membros do Ministério Público da União são processados e julgados pelos Tribunais Regionais Federais (CF, art. 108, I, “a”), e os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais, assim como os membros do Ministério Público que oficiem perante tribunais são julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, “a”).

outubro de 1969), que em seu artigo 245 determina que o miliciano capturado seja apresentado ao Comandante ou Oficial de dia ou à Autoridade Judicial competente para a formalização do auto prisional.⁴⁴⁰

6.14.9 Prisão em flagrante e período eleitoral

Há vedação de cumprimento de mandados prisionais pendentes durante o denominado “período eleitoral” decorrente do artigo 236 do Código Eleitoral - Lei Federal nº 4.737, de 15 de julho de 1965, abaixo transcrito:

⁴³⁹ No tocante aos crimes militares, convém mencionar que a Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, alterou o Código Penal Militar (CPM) – Decreto-lei nº 1.001/1969, a pretexto de estabelecer a Justiça Castrense para situações envolvendo homicídios cometidos por militares das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), conferiu polêmico novo texto ao inciso II do artigo 9º do diploma, e passou a considerar crimes militares em tempo de paz, além dos delitos previstos no CPM como estipulava a redação anterior, também aqueles previstos “na legislação penal”, dando margem a uma indevida interpretação ampliativa da competência da Justiça Militar para julgar os demais delitos não previstos no CPM (até então exclusivos da Justiça Comum). Referida modificação legislativa tem gerado críticas e sido considerada um gravíssimo retrocesso, por revelar a militarização da política, da Segurança Pública e da Justiça, na contramão da tendência internacional de restringir as atribuições de Justiças Militares, sobretudo por serem compostas majoritariamente por “juízes” não de direito e civis mas oficiais milicianos (julgando seus pares), violando a imparcialidade, o juiz natural e o tratamento isonômico entre particulares e agentes estatais, na medida em que decidirão sobre fatos criminosos como tortura e abuso de autoridade entre tantos outros perpetrados por militares e mormente por policiais militares contra civis. De qualquer modo, um filtro constitucional e convencional e uma interpretação conforme a Carta Magna do dispositivo modificado deve restringir à Justiça Militar os fatos que ofendam bens jurídicos concernentes à administração castrense. LOPES JUNIOR, Aury. Lei 13.491/17 fez muito mais do que retirar os militares do tribunal do júri. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 20 out. 2017; MACHADO, Leonardo Marcondes. Lei 13.491/2017: o Brasil na contramão da democracia e dos direitos humanos. *IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 25, nº 300, novembro/2017, p. 7-8; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; BARBOSA, Ruchester Marreiros. Ampliação de competência militar é inconstitucional e inconveniente. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 nov. 2017. Nesse sentido também se encontra a Resolução nº 2, de 8 de novembro de 2017, do Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil – CONPCPC, que assim resolve em seu artigo 1º: “Considerar atribuição da Polícia Civil e da Polícia Federal, segundo o caso, investigar os crimes dolosos contra a vida e os crimes previstos na legislação comum praticados por militares contra civis, sendo de competência da Justiça Militar Estadual somente os crimes expressamente previstos no Código Penal Militar, quando praticados em serviço ou em razão deste”.

⁴⁴⁰ Anota-se que a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes contra a vida prevalece sobre a Justiça Militar em se tratando de fato circunscrito ao âmbito privado, de modo que homicídio cometido por militar contra militar fora das atividades deve ser processado pela Justiça Comum, e apurado pelas respectivas instituições de polícia judiciária (Polícia Civil ou Federal), conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal (HC nº 103.812-SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 17/02/2012). Em recente caso na capital paulista, datado de 11/12/2017, um Policial Militar assassinou sua companheira também servidora miliciano, dentro da residência do casal e fora das funções. Houve indevida autuação em flagrante delito militar por órgão da corregedoria da Polícia Militar, imputando crime de homicídio privilegiado do art. 205, § 1º do CPM. O Juiz de Direito Ênio Luiz Rosseto, no expediente registrado sob nº de controle 82.803/17, afastou a aludida ilicitude e declinou a competência para a Justiça Comum, para investigação em sede de inquérito policial, em trâmite na Delegacia de Polícia do 17º Distrito Policial, sob o nº 453/2017, que apura delito de homicídio qualificado conhecido pelo *nomen juris* “feminicídio” (CP, art. 121, § 2º, VI).

Nenhuma autoridade poderá, desde **5 (cinco) dias antes** e até **48 (quarenta e oito) horas** depois do encerramento da **eleição**, prender ou deter qualquer **eleitor**, salvo em **flagrante delito** ou em virtude de **sentença criminal condenatória por crime inafiançável**, ou, ainda, por **desrespeito a salvo-conduto**.

§ 1º Os **membros das mesas receptoras** e os **fiscais de partido**, durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de **flagrante delito**; da mesma garantia gozarão os **candidatos** desde **15 (quinze) dias antes** da **eleição**.

§ 2º Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator” (grifamos).

A literalidade do *caput* do dispositivo em comento estabelece o intitulado “período eleitoral”, consubstanciado no lapso temporal compreendido entre cinco dias antes e quarenta e oito horas depois da data da eleição, durante o qual só haverá prisão de eleitores⁴⁴¹ nas três situações arroladas: **prisão em flagrante delito, sentença criminal condenatória por crime inafiançável** ou **desrespeito a salvo-conduto**.⁴⁴²

Frise-se que a melhor e mais coerente interpretação situa-se no sentido de que a expressão “por crime inafiançável” no texto do *caput* do citado artigo 236 do Código Eleitoral está atrelada apenas à locução “sentença criminal condenatória” e não à “prisão em flagrante”, evitando assim entendimento de que, durante o “período eleitoral”, não se admitiriam prisões em flagrante por delitos afiançáveis, gerando inaceitável imunidade prisional praticamente coletiva visto que contemplaria todos os eleitores.

O maior impacto da proibição legal se observa nas prisões provisórias, notadamente na execução de ordens judiciais de prisões preventivas e temporárias autônomas, já que, como

⁴⁴¹ O dispositivo proíbe a prisão do “eleitor”, tratando-se do sujeito no gozo de seus direitos políticos, dotado de capacidade eleitoral ativa, devidamente alistado, cuja comprovação documental se faz pelo título de eleitor. Destarte, para que incida a vedação de sua prisão, o indivíduo não pode ter perdido ou estar com seus direitos políticos suspensos, tampouco estar com seu título eleitoral cancelado ou impedido legalmente de votar por outra circunstância, já que o dispositivo, ao menos na teoria, visa justamente possibilitar que o cidadão exerça seu direito de voto sem ser preso por ordem judicial pretérita. As causas de cancelamento do título de eleitor estão previstas no artigo 71 do Código Eleitoral, o qual elenca, por exemplo, o fato do cidadão deixar de votar em três eleições consecutivas.

⁴⁴² TUCUNDUVA, Ricardo Cardozo de Mello (coord.). *Manual prático de polícia judiciária eleitoral*. São Paulo: Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, 2014, p. 21-27.

medidas cautelares pessoais, não decorrem de sentença condenatória e, assim, estão abrangidas pela vedação do diploma eleitoral.⁴⁴³

Desse modo, não há que se falar em vedação de prisões em flagrante delito durante o “período eleitoral”, e tampouco da conversão destas em prisões preventivas, ou ainda das prorrogações ou conversões de prisões temporárias ou preventivas, e da recaptura de réu evadido na forma do artigo 684 do CPP, que não são afetadas pela imunidade prisional do artigo 236 do Código Eleitoral, porquanto o propósito do dispositivo legal é obstar a custódia por mandado prisional pretérito de eleitor que se encontre em liberdade, para que ele exerça seu direito de votar, e não inviabilizar a manutenção ou recaptura daquele já encarcerado oficialmente.

Por fim, além da proibição para os eleitores em geral, de acordo com o § 1º do artigo 236 do Código Eleitoral, os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício de suas funções, assim como os candidatos, desde quinze dias antes do pleito, somente poderão ser presos em flagrante delito, afastando a execução de mandados de prisão preventiva ou temporária expedidos.⁴⁴⁴

6.14.10 Crianças e adolescentes

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, em seu artigo 2º, considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Conforme ressaltado no tópico sobre o juízo de culpabilidade realizado pelo Delegado de Polícia⁴⁴⁵, a menoridade do sujeito investigado consiste em uma das causas de exclusão da imputabilidade (um dos elementos da culpabilidade), em atenção ao artigo 227 da Lei Maior e do artigo 27 do Código Penal. O tratamento legal conferido, em especial no tocante à

⁴⁴³ A destacada vedação à execução de ordens prisionais no aludido intervalo de tempo é alvo de críticas em face de sua incompatibilidade com a Carta Magna de 1988, de maneira que a vigência do dispositivo legal, editado em conturbada época política nacional, não mais se justifica na hodierna ordem jurídico-constitucional que instalou um Estado Democrático de Direito. MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; MORAES JUNIOR, João Antônio de. A vedação de prisão e o polêmico artigo 236 do Código Eleitoral: a proibição de cumprimento de ordens de prisão no período eleitoral. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, 3 out. 2014.

⁴⁴⁴ Contudo, considerando que a sentença condenatória definitiva enseja a suspensão dos direitos políticos, em tese o agente não poderá ser candidato e nem membro das mesas receptoras, já que este é selecionado entre os eleitores e, desse modo, não estará albergado pela imunidade prisional.

⁴⁴⁵ Tópico 6.11.3.

flagrância delitiva (ou flagrância infracional), é bastante diferenciado daquele destinado aos adultos imputáveis maiores de dezoito anos.

Impende recordar que a prática de condutas descritas como crime ou contravenção penal perpetradas por crianças ou adolescentes recebe a nomenclatura legal de “ato infracional”, na dicção do artigo 103 do ECA, obedecendo os parâmetros específicos contidos neste diploma de regência, que estabelece como soluções estatais para atos envolvendo menores de dezoito anos as medidas de proteção (art. 101) e as medidas socioeducativas (art. 112), estas últimas como respostas à prática de ato infracional.

6.14.10.1 Atos infracionais cometidos por crianças

A primeira questão a ser abordada é aquela relacionada aos atos infracionais cometidos por crianças, assim consideradas as pessoas até doze anos incompletos.

As crianças não são submetidas a medidas socioeducativas e, ainda que pratiquem atos infracionais, a elas serão aplicadas somente medidas de proteção, conforme estipula o artigo 105 do ECA.

Nesse contexto, conforme preceitua o inciso I, do artigo 136, do ECA, são atribuições do Conselho Tutelar atender crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos artigos 98 e 105, aplicando as medidas previstas no artigo 101, I a VII, do mesmo diploma.

Em miúdos, tais dispositivos aludem ao ato infracional cometido por criança e, em regra, cabe ao Conselho Tutelar providenciar o respectivo atendimento para viabilizar as medidas de proteção elencadas no citado artigo 101, do ECA.

No âmbito do Estado de São Paulo, vige a Resolução SSP nº 72, de 29 de outubro de 1990, que dispõe em seu artigo 5º⁴⁴⁶ que as crianças surpreendidas em estado de flagrância de ato infracional serão conduzidas ao Conselho Tutelar local com base em suas atribuições estipuladas no ECA (art. 136, I), sendo como regra vedado o encaminhamento à delegacia de polícia.

Entretanto, na prática por vezes o Conselheiro Tutelar não é localizado ou há dúvida em relação à idade de um suspeito de cometer ato infracional, e a criança acaba sendo

⁴⁴⁶ Resolução SSP nº 72/1990, art. 5º: “As crianças surpreendidas em flagrante de ato infracional serão apresentadas ao Conselho Tutelar competente, vedada sua condução a qualquer unidade policial”.

conduzida à presença do Delegado de Polícia. Nesses casos, não seria prudente simplesmente dispensar as partes implicadas, até que se confirme preliminarmente que se trata de um menor de dozes anos incompletos.

É regra que os Municípios possuem normas locais que tratam do funcionamento dos Conselhos Tutelares (ECA, art. 134). Em contrapartida, como tais órgãos não costumam funcionar ininterruptamente, caberá ao Delegado de Polícia, frente a tal impasse, determinar o contato com a sede do respectivo Conselho por intermédio de seus agentes, a fim de certificar-se sobre a existência de eventual escala de plantão para o encaminhamento de criança surpreendida pela prática de ato infracional em estado flagrancial.

Em caso de negativa de recepção, por qualquer motivo que seja, o Delegado de Polícia poderá deliberar pela lavratura de um boletim de ocorrência circunstanciado consignando síntese dos fatos, entregando a criança, em qualquer hipótese, ao seu responsável legal, ou, na falta deste, encaminhá-la via ofício a uma entidade de atendimento disponível, para ulterior apresentação ao Juiz de Direito para ciência e demais providências legais cabíveis, assim como para manifestação do órgão ministerial atuante junto à Vara da Infância e da Juventude.

6.14.10.2 Atos infracionais cometidos por adolescentes

Nos eventos envolvendo adolescentes, a atribuição legal para a análise inicial do ato infracional passa a ser das instituições de polícia judiciária, nos termos do artigo 171 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nos casos perpetrados em estado flagrancial (empregando os mesmos parâmetros do CPP) de atos infracionais sem violência ou grave ameaça à pessoa, o Delegado de Polícia pode determinar o registro de boletim de ocorrência circunstanciado bem como a liberação do menor ao seu responsável legal, que, no ato, é expressamente cientificado da obrigação de apresentá-lo ao órgão do Ministério Público oficiante junto à Vara da Infância e da Juventude, no primeiro dia imediato ao registro policial (ECA, arts. 173, parágrafo único e 174, *caput*, 1ª parte).

Se o ato infracional em estado flagrancial for perpetrado com violência ou grave ameaça à pessoa, não obstante a regra pelo artigo 173 do ECA seja a liberação para os pais ou responsável, após a lavratura do auto de apreensão, o Delegado de Polícia poderá, caso

vislumbre que, em face da gravidade e da repercussão social do fato, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública, deliberar pelo encaminhamento do infrator à unidade de atendimento respectiva⁴⁴⁷, e esta se encarregará de fazer sua apresentação à repartição da Promotoria da Infância e Juventude local (ECA, arts. 173, *caput*, incisos I, II e III, 175, *caput* e § 1º, e 176).

Assinala-se que, nas hipóteses de ato infracional praticado com ameaça ou violência a pessoa, porém de pouca monta ofensiva e sem gravidade ou repercussão social, como aqueles equivalentes a infrações de menor potencial ofensivo, poderá haver apenas o registro em boletim de ocorrência circunstanciado, em substituição ao auto de apreensão, sendo viável a liberação do adolescente ao pai ou responsável, sob termo de compromisso e responsabilidade.

Um exemplo ilustrativo é o ato infracional análogo à lesão corporal dolosa simples (CP, art.129, *caput*). Embora perpetrado com violência à pessoa, é mais do que certo que o artigo 173 da Lei Federal nº 8.069/90, ao tratar da lavratura do auto de apreensão de adolescente para faltas dessa natureza, referiu-se aos casos tidos como graves, como homicídios e roubos, dotados de severa punição na esfera comum.

A *ratio* do legislador especial, ao estabelecer a regra em tela para os adolescentes, não mirou as infrações tidas como de menor potencial ofensivo, tais como a lesão corporal dolosa de natureza leve e a ameaça, comumente representadas pelas brigas ou contendas de ínfima monta. Se o autor das ofensas fosse um maior de dezoito anos, este, quando muito, seria submetido ao procedimento do termo circunstanciado que, ao fim, culminaria com a sua soltura, sob o compromisso de comparecer perante o Magistrado do Juizado Especial Criminal da comarca.

Assim, diante do princípio constitucional da isonomia, que veda a concepção de normas que emprestem tratamento diferenciado a pessoas que se encontrem em situações idênticas, o Delegado de Polícia, escorado no artigo 176 do ECA e por analogia também ao artigo 61 da Lei nº 9.099/95, pode determinar a entrega do adolescente ao seu responsável legal, sob o compromisso do menor ser apresentado, no primeiro dia útil, ao órgão ministerial da Infância e da Juventude. Todavia, se os responsáveis pelo menor não forem localizados ou

⁴⁴⁷ No Estado de São Paulo, a unidade responsável atualmente é a Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (CASA), instituição vinculada à Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania, que tem a missão primordial de aplicar medidas socioeducativas de acordo com as diretrizes e normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE).

não se apresentarem, embora instados a tanto, o Delegado de Polícia, galgado no artigo 175, *caput* e § 1º da Lei nº 8.069/90, poderá encaminhar o adolescente à respectiva entidade de atendimento, sem oposição à sua regular liberação a quem, legalmente, vier a reclamá-lo naquela instituição.⁴⁴⁸

Nos atos infracionais sem violência ou grave ameaça à pessoa, mas dotados de gravidade ou repercussão social (hipótese de garantia de segurança pessoal do adolescente ou manutenção da ordem pública), também poderá subsistir a apreensão do adolescente.

Nessa conjuntura, considerando o modelo político vigente, que criminaliza o comércio e o porte de determinadas substâncias, pode ser a hipótese do comércio de drogas ilícitas (Lei Federal nº 11.343/2006, art. 33, *caput*). Pela letra do artigo 173, inciso I do ECA, o Delegado de Polícia como regra determina a lavratura de auto de apreensão somente nas hipóteses de flagrante ato infracional cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Nos demais casos, o Delegado de Polícia, de acordo com o parágrafo único do aludido artigo, “poderá” substituir a elaboração do auto construtivo por um boletim de ocorrência circunstanciado, liberando o adolescente para os seus pais ou responsáveis legais. O vocábulo “poderá”, entretanto, alude à ideia de “faculdade” e de “possibilidade”, cabendo à Autoridade Policial, nos casos de gravidade do ato infracional ou de sua repercussão social, ainda que sem violência ou grave ameaça, deliberar, seguindo sua convicção jurídica fundamentada, pela não liberação do adolescente, e lavrar do mesmo modo boletim de ocorrência circunstanciado.

É essa a interpretação, a *contrario sensu*, extraída da parte final do artigo 174, do ECA. No caso do tráfico de drogas, é cediço que a mercancia, no âmbito da opção política de “guerra às drogas”, foi erigida à categoria de infração equiparada a hedionda, e revela comportamento socialmente deletério, que impõe risco à saúde pública, mas que também amplia a violência do sistema penal, reforça a crença no uso da força e da repressão para resolver os mais variados problemas sociais, propicia a corrupção de agentes estatais e não reduz os danos do consumo abusivo de drogas, sejam elas lícitas ou ilícitas, com prejuízos tão ou mais graves que os malefícios à vitalidade dos toxicômanos.

De qualquer modo, diante da configuração de ato infracional análogo ao artigo 33 da Lei de Drogas (Lei Federal nº 11.343/2006), em caso concreto em que o adolescente esteja,

⁴⁴⁸ Além da lesão corporal leve (CP, art. 129, *caput*) e da ameaça (CP, art. 147), o mesmo raciocínio pode ser aplicado para atos infracionais análogos ao delito de resistência (CP, art. 329) e às contravenções penais de um modo geral (Decreto-lei nº 3.688/1941).

por exemplo, sendo reiterada e aparentemente arregimentado para a traficância por maiores imputáveis, desprovido de amparo social ou familiar e em detrimento de sua segurança pessoal e da manutenção da ordem pública, não seria coerente dispensar o menor inimputável aos seus responsáveis, sob pena de contribuir para que ele e a sociedade fiquem à mercê dessa exploração. Isto posto, poderá a Autoridade Policial determinar a apreensão provisória e o encaminhamento do adolescente infrator à unidade de atendimento inicial da Fundação do Menor e esta, a seu turno, encarregar-se-á de apresentá-lo ao Ministério Público e ao Juízo da Infância e da Juventude, a quem caberá decidir sobre manutenção da custódia estatal.⁴⁴⁹

6.14.10.3 Auto de apreensão de adolescente infrator

O auto de apreensão de adolescente infrator, conquanto não detalhado no ECA, por força de seu artigo 226, que determina a aplicação das normas do CPP, segue o rito procedimental e demais regramentos da audiência de apresentação e do auto de prisão em flagrante delito previstas no artigo 304 do diploma adjetivo criminal.

Assim, o adolescente suspeito de cometer ato infracional deve ser apresentado na delegacia de polícia para apreciação dos fatos pela Autoridade Policial responsável⁴⁵⁰, que decidirá, considerando presentes os requisitos legais (estado flagrancial e fundada suspeita) sobre a lavratura ou não do auto de apreensão (ou boletim de ocorrência circunstanciado).

Desse modo, o auto de apreensão será composto, em regra, pela oitiva do condutor (o qual figura também como primeira testemunha), podendo a ele ser entregue documento de “recibo de entrega de adolescente apreendido” após a impressão e assinatura de seu termo de depoimento. Em seguida são formalizadas as oitivas de outras testemunhas (geralmente uma delas costuma ser o policial que auxiliou o “condutor” na captura do menor infrator), e de

⁴⁴⁹ Nesse particular, um comentário se faz necessário à Súmula nº 492 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que dispõe que “o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente”. Além do efetivo cometimento da infração, seria necessária a presença das condições previstas na Lei Federal nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA). Anota-se que o teor da súmula em nada alterou a realidade do trabalho da polícia judiciária, na medida em que não possui caráter vinculante, servindo como norte para a aplicação de medidas socioeducativas pelas Autoridades Policiais e Judiciais.

⁴⁵⁰ No tocante à apresentação do adolescente infrator na Delegacia de Polícia para as medidas legais de polícia judiciária destacadas, importa citar o artigo 178 do ECA: “O adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional não poderá ser conduzido ou transportado em compartimento fechado de veículo policial, em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou mental, sob pena de responsabilidade”.

vítimas, se houver. Segue-se, então, à oitiva do adolescente, reduzindo-se a termo suas declarações, porquanto o menor não é tecnicamente “interrogado”, porém deve, assim como o maior imputável, ser cientificado dos elementos contra ele amealhados e de todas as garantias constitucionais que lhe são asseguradas, mormente o direito de ficar calado e de acionar defesa técnica ou familiares (ECA, arts. 106, p.u. e 111). Por derradeiro, lavra-se o auto de apreensão, sob a presidência e com a respectiva fundamentação técnico-jurídica do Delegado de Polícia.

Como no auto prisional, as oitivas lavradas, embora formalizadas de modo individual, integram o auto de apreensão e acompanham o expediente encaminhado para comunicação à Promotoria de Justiça e à Vara Judicial da Infância e Juventude.⁴⁵¹

Ademais, não é incomum no exercício da atividade de polícia judiciária que um adolescente pratique ato infracional em concurso com maiores imputáveis, deliberando-se pela apreensão do menor e pela prisão dos maiores. Em casos tais, é possível a elaboração de um “**auto de prisão em flagrante delito e apreensão de adolescente infrator**”, expedindo-se cópias para as comunicações e encaminhamentos tanto para a Justiça Comum em relação aos maiores indiciados, quanto para o órgão ministerial da Infância e Juventude no tocante ao adolescente inimputável apreendido.

Vale lembrar que, afastada a hipótese de flagrância delitiva, se emergirem indícios de participação de adolescente na prática de ato infracional, pode o Delegado de Polícia deliberar, em observância ao artigo 177 do ECA, pelo registro de boletim de ocorrência, o qual, por seu turno, prestar-se-á a subsidiar as investigações que se fizerem necessárias para a esmerada apuração dos fatos, cujo resultado, após final autuação, deverá mirar a posterior cognição da Promotoria da Infância e da Juventude e, em última análise, à derradeira decisão da Autoridade Judicial competente.

Portanto, tratando-se de ato infracional perpetrado por adolescente, em princípio, não se fala em apuração via inquérito policial. Embora o ECA não faça referência expressa a qual seria o procedimento formalizado nesses casos, entende-se que os Delegados de Polícia devem

⁴⁵¹ Sobre o tema, no âmbito da Polícia Civil do Estado de São Paulo, oportuno colacionar o teor da Recomendação DGP nº 03/2012, que orienta a comunicação da Defensoria Pública quando o adolescente apreendido não possui Advogado: “O Delegado Geral de Polícia, considerando a efetiva aplicação da garantia constitucional da ampla defesa; e considerando que ao adolescente infrator indefeso, que venha a ser privado de sua liberdade, por intermédio de auto de apreensão, deve ter estendido em seu benefício o disposto no § 1º do artigo 306 do CPP, recomenda às Autoridades Policiais do Estado que encaminhem à Defensoria Pública do Estado de São Paulo, no prazo de 24 horas seguintes à elaboração, cópia do auto de apreensão de adolescente infrator que não tenha sido assistido por advogado”.

juntar os documentos auferidos, instruindo num único expediente e, ao final, remetê-lo ao Ministério Público e ao Poder Judiciário. Na praxe jurídico-policia! esse procedimento extrajudicial tem sido designado **procedimento investigatório de ato infracional** ou **auto de investigação de ato infracional**⁴⁵², destinado à apuração de prática de ato infracional fora das hipóteses de estado flagrancial em que há elaboração de boletim de ocorrência circunstanciado ou auto de apreensão conforme comentado.

⁴⁵² ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaiás. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 408.

7 APRECIÇÃO JUDICIAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO

Por ocasião do recebimento do auto prisional encaminhado no prazo de 24 horas após a determinação e formalização da prisão em flagrante delito (CPP, art. 306, § 1º), o estatuto de rito criminal, nos incisos de seu artigo 310, com a redação dada pela Lei Federal nº 12.403/2011, estabelece ao Magistrado quais as soluções legais cabíveis:

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;

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.

Conquanto a lei não estipule prazo para a Autoridade Judicial decidir sobre a prisão em flagrante que lhe seja comunicada, entende-se que deve ser observado o máximo de 48 horas previsto no parágrafo único do artigo 322 do CPP, que fixa o lapso temporal para o Magistrado deliberar sobre a fiança a ele requerida.⁴⁵³

Serão comentadas a seguir cada opção que a lei processual penal confere ao Juiz de Direito na apreciação e deliberação do auto de prisão flagrancial.

7.1 Relaxamento da prisão em flagrante delito ilegal

Trata-se de providência com expresse fulcro no inciso LXV do artigo 5º da Constituição Federal, que impõe que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”, reproduzida no inciso I do artigo 310 do CPP.

⁴⁵³ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de direito processual penal*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, p. 317.

Relaxar significa diminuir a força, abrandar⁴⁵⁴ e, no universo jurídico-criminal, desconstituir⁴⁵⁵ a prisão flagrancial, ante ilicitude que a macula e a torna insubsistente.

Logo, a análise judicial iniciará com a avaliação da legalidade da prisão em flagrante delito. Examinará o contexto fático e jurídico para verificar se estão presentes as hipóteses de flagrância delitiva (requisito temporal) e a fundada suspeita (requisito probatório - justa causa ou *fumus comissi delicti*) dos artigos 302 e 304, § 1º, do CPP, respectivamente, em relação ao indiciado. Avaliará também se foram observadas as formalidades legais, em especial os prazos e cerimônias pertinentes, a documentação como a nota de culpa, e as garantias processuais penais fundamentais do preso, repelindo ainda eventuais práticas espúrias como o “flagrante forjado”, torturas ou abusos, provas ilícitas de um modo geral ou quaisquer outros vícios desse jaez.

Vale destacar que a hipótese do parágrafo único do artigo 310 do CPP, de concessão de liberdade ao autuado quando presentes excludentes de ilicitude, consubstancia também prisão flagrancial ilegal, que não deveria ter sido decretada. Desse modo, suscetível de relaxamento, até porque o artigo 314 do estatuto adjetivo penal⁴⁵⁶ veda a prisão preventiva quando houver discriminantes, incluindo a decorrente de conversão da custódia flagrancial.

Importante enfatizar que a mera divergência de convicção jurídica acerca da tipificação penal dos fatos entre o Delegado de Polícia que decretou a prisão em flagrante e o Juiz de Direito não consiste em ilegalidade e tecnicamente não deve ensejar o relaxamento da custódia flagrancial. Cuida-se de mera reclassificação dos fatos, que pode apenas implicar a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança ou outra medida cautelar diversa da prisão, em respeito, acima de tudo, à independência funcional de cada uma das citadas autoridades públicas.⁴⁵⁷

Para ilustrar a situação, cabe citar as controvérsias envolvendo a classificação penal de casos lamentáveis que têm se tornado frequentes e intitulados de “ejaculação de inopino”, em

⁴⁵⁴ HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001, p. 2421.

⁴⁵⁵ MORAES, Maurício Zanóide de. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, v.31, n. 113, set. 2011, p. 96.

⁴⁵⁶ CPP, art. 314: “A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal”.

⁴⁵⁷ A independência funcional do Delegado de Polícia foi abordada no tópico 6.9 deste trabalho.

que indivíduos se masturbam e ejaculam em vítimas sem a anuência ou percepção prévia destas, a maioria ocorridos no interior de veículos de transporte coletivo como ônibus e trens.

Há discussão se tais episódios caracterizam mera contravenção penal de importunação ofensivo ao pudor, do artigo 61 do Decreto-lei nº3.688/41, ou os crimes do Código Penal do artigo 213 (estupro)⁴⁵⁸ ou ainda do artigo 215 (violação sexual).⁴⁵⁹ Nada obsta que o Delegado de Polícia decrete a prisão em flagrante delito pela prática do crime do artigo 215 do Código Penal, a acusação discorde e opine pela tipificação dos fatos no delito de estupro, e a defesa reivindique e o Juiz de Direito a acompanhe e entenda que houve mera contravenção do artigo 61, reclassificando, ou melhor, desclassificando os fatos para importunação ofensiva ao pudor. Cada um pode (e deve), motivadamente, seguir e sustentar a classificação técnico-jurídica que reputar correta ao caso concreto.

Repise-se que, se a Autoridade Policial fundamentou sua decisão e correlata convicção jurídica, filiando-se a um enquadramento típico adequado, não há que se falar em ilegalidade, sendo descabido o relaxamento da prisão, independente da concordância da Autoridade Judicial, ou mesmo da acusação ou da defesa, que podem, cada qual, entender por uma tipificação legal distinta. Trata-se, como anotado, de mera reclassificação por discordância de hermenêutica, salvo, evidentemente, eventual culpa grosseira ou manifesta má-fé.

Assim, o Juiz de Direito, considerando que, aparentemente, os fatos configuram infração penal distinta, dará nova classificação penal e avaliará se concede liberdade provisória, cumulada ou não com medida cautelar pessoal diversa da custódia, ou ainda se converte a prisão flagrancial em preventiva, de modo a preservar a independência funcional do Delegado de Polícia e aguardar a conclusão do inquérito policial instaurado pelo auto prisional, bem como a posterior manifestação da acusação e da defesa, por ocasião do oferecimento de peça acusatória com base nos autos do procedimento investigatório, que

⁴⁵⁸ Para sustentar a configuração de crime de estupro, seria necessário considerar que a “violência” estaria no próprio ato de ejacular na vítima, e não no emprego de força física contra a ofendida para viabilizar o ato libidinoso.

⁴⁵⁹ Anota-se que, a despeito do *nomen iuris* do artigo 215 sugerir uma prática a título de “estelionato sexual”, o tipo penal expressamente não se restringe à conduta apenas por meio de fraude, na medida em que dispõe que o ato libidinoso pode ser cometido por “outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”, como ocorre nos casos em que a ofendida não está ciente da atitude do agente, que se masturba no transporte coletivo e ejacula de modo inesperado e ultrajante, impedindo qualquer reação ou manifestação da ofendida (participação passiva). Assinala-se caso concreto em que o agente está sendo processado pelo referido artigo 215 do Código Penal, em trâmite na 2ª Vara Criminal da Comarca de Várzea Grande/MT, processo nº 325-30.2016.811.0002.

inclusive poderão (e normalmente são) ter sido distribuídos a outra Autoridade Judicial, especialmente se a comunicação da prisão em flagrante foi analisada em sede de plantão judiciário, quando os Magistrados atuam em regime de escala de serviço (CPP, arts. 395 e ss.).

Reconhecendo efetiva ilegalidade da prisão em flagrante delito (não mera reclassificação dos fatos), o Magistrado determinará o relaxamento, devendo apenas decretar a prisão preventiva ou outra medida cautelar diversa se houver requerimento formulado pela acusação (pública ou privada), conforme argumenta Maurício Zanóide de Moraes:⁴⁶⁰

Portanto, diante da ilegalidade da prisão em flagrante e da impossibilidade de decretação *ex officio* de qualquer medida judicial, deverá o Juiz colocar em liberdade o preso sem impor-lhe qualquer condição, obrigação ou ônus. Em outros termos, ocorrida a hipótese do inciso I do citado art. 310 (“relaxar a prisão ilegal”), ao Juiz é impossibilitado aplicar, de ofício, o previsto no inciso II ou a concessão de liberdade com fiança (parte III do mesmo dispositivo).

Porém, caso haja requerimento do Ministério Público de substituição da prisão em flagrante por outra medida cautelar, deverá o Juiz examinar eventual possibilidade de substituição da prisão por outra medida prevista nos referidos incisos II e III, mesmo se entender que a situação fático-jurídica do flagrante a ele apresentada é ilegal.

7.2 Liberdade provisória, medidas cautelares diversas da prisão e conversão da prisão em flagrante em preventiva

A partir da redação dos incisos II e III do artigo 310 do CPP, conferida pela Lei nº 12.403/2011, a prisão preventiva foi definida como última medida (*ultima ratio*) a ser imposta dentre as soluções a serem determinadas na avaliação da prisão em flagrante delito. Logo, a custódia flagrantial só deve ser convertida em preventiva quando presentes os requisitos e as demais medidas cautelares diversas figurarem insuficientes ou inadequadas.

As medidas cautelares diversas da custódia provisória foram inseridas pela citada Lei nº 12.403/2011, e estão assim elencadas nos artigos 319 e 320 do CPP:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

⁴⁶⁰ MORAES, Maurício Zanóide de. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, v.31, n. 113, set. 2011, p. 97-98.

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Portanto, a concessão de liberdade é a regra, quando não houver motivos para a decretação de medidas cautelares pessoais e, na eventual aplicação dessas, sempre seguindo uma escala crescente de restrição de direitos fundamentais, cujo ápice situa-se na segregação preventiva, observados os parâmetros de proporcionalidade do artigo 282 do CPP⁴⁶¹, notadamente a necessidade e a adequação em cada caso.

⁴⁶¹ CPP, art. 282: “As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Nesse contexto, Maurício Zanóide de Moraes assim pondera:⁴⁶²

Atuar na busca da medida mais proporcional, todavia, não se esgota no exame e justificativa de uma única medida que o Juiz intua ou deseje como a mais apropriada ao caso. Agir com justificativa constitucional e proporcionalidade é mais que isso. Se a Constituição determina que a liberdade é a regra, enquanto a sua restrição em qualquer grau ou forma é exceção, o agir de modo proporcional começa na fixação de uma clara diretriz de que o exame judicial de busca da medida cautelar mais apropriada deve principiar no sentido da análise da medida menos invasiva para a mais invasiva da esfera jurídica do imputado.

Assim, verificada pelo Juiz a legalidade da prisão em flagrante (não é caso de seu relaxamento), deverá iniciar a busca pela mais apropriada medida substitutiva daquela espécie de prisão provisória dentre as medidas cautelares diversas da prisão. Vale dizer, deverá iniciar seu exame de proporcionalidade pelas já citadas medidas previstas nos arts. 319 e 320 do CPP.

Superada a avaliação para a aplicação de medidas cautelares diversas da custódia, o Juiz analisará se estão presentes os requisitos para a conversão em prisão preventiva.

A prisão preventiva é disciplinada nos artigos 311 a 316, do CPP, e depende, em suma, da presença de **três requisitos**.⁴⁶³

1) os **pressupostos** (*fumus comissi delicti*), compostos da conjugação dos indícios suficientes de autoria e das provas da materialidade delitiva (CPP, art. 312, *in fine*);

2) algum dos **fundamentos** que traduzem o *periculum libertatis*: garantia da ordem pública, da ordem econômica ou da aplicação da lei penal, ou conveniência da instrução criminal (CPP, art. 312, parte inicial);

3) uma das **hipóteses legais de admissibilidade** previstas no artigo 313, do CPP: crime doloso com pena acima de quatro anos, reincidência em delito doloso, crime com violência doméstica ou dúvida sobre a identidade civil.

Convém recordar que o Delegado de Polícia pode representar pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (ou nas outras medidas cautelares diversas), formulando tal manifestação no corpo do auto prisional ou do ofício de sua comunicação ao Juiz de Direito. Pode, inclusive, deixar de arbitrar fiança quando esta for admitida (crimes cuja pena máxima não supere quatro anos, consoante artigo 322, *caput*, do CPP), se considerar presentes os

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.⁴⁶²

⁴⁶² MORAES, Maurício Zanóide de. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, v.31, n. 113, set. 2011, p. 97.

⁴⁶³ AVENA, Norberto. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 821.

motivos autorizadores da prisão preventiva, com fulcro nos artigos 282, § 2º, 310, inciso II, 311, 324, IV e 13, IV, do diploma adjetivo criminal, do mesmo modo que a acusação e a defesa poderão requerer à Autoridade Judicial tais providências ao receberem o auto prisional.

Em síntese, ao apreciar o auto de prisão em flagrante delito o Magistrado deve considerar a possibilidade de conceder a liberdade sem restrições. Sendo inviável, avaliará se cabe a libertação cumulada com medidas cautelares diversas da prisão e, uma vez prejudicada a aplicação destas, pelas regras da proporcionalidade, converter fundamentadamente a prisão em flagrante em preventiva somente se presentes os apontados requisitos legais.

7.3 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a polêmica “audiência de custódia”

A denominada “audiência de custódia” consiste em iniciativa fomentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), quando era dirigido pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Ricardo Lewandowski, e que tem se expandido por vários Estados brasileiros, por intermédio da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015.

Em síntese, compreende a exigência de apresentação pessoal dos presos em flagrante delito às Autoridades Judiciais no prazo de 24 horas para a decisão quanto à manutenção ou não da custódia cautelar, com base em uma visão conferida aos citados artigos 7º, item 5 do Pacto de San José da Costa Rica - Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto nº 672/1992)⁴⁶⁴ e artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas (Decreto nº 592/1992).⁴⁶⁵

A “audiência de custódia” invoca um “controle de convencionalidade”, consistente na compatibilização do ordenamento interno com os tratados e convenções internacionais, não mais restrito ao controle de constitucionalidade pelo ajuste da legislação infraconstitucional

⁴⁶⁴ CADH, art. 7º, item 5: “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um **juiz** ou **outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais** e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de **ser posta em liberdade**, sem prejuízo de que prossiga o processo. **Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo**” (grifamos).

⁴⁶⁵ Decreto nº 592/1992, art. 9º, item 3: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do **juiz** ou de **outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais** e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a **soltura** poderá estar **condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença**” (grifamos).

aos comandos da Lei Maior, e segundo o qual a pirâmide normativa foi internacionalizada pela centralidade dos direitos humanos e não se esgota na Constituição Federal.⁴⁶⁶

O cerne das controvérsias que gravitam em torno da “audiência de custódia” concentra-se na desconsideração da carreira jurídica de Delegado de Polícia como a “outra autoridade prevista em lei” ou “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”, expressões que constam nos aludidos Tratados Internacionais que a fundamentam e que dispõem que não seria apenas à Autoridade Judicial que o suspeito deve ser apresentado, além de desprezar o fato de já existir uma “audiência de apresentação e garantias” no ordenamento brasileiro (CPP, artigo 304), que exige que todo suspeito capturado em aparente flagrância delitiva deve ser apresentado à “autoridade competente” (Juiz de Direito ou Delegado de Polícia).

Nesse sentido, Thiago Frederico de Souza Costa assim pondera:⁴⁶⁷

Voltando a atenção ao sistema jurídico interno, sem olvidar da evolução do sistema processual penal brasileiro, fica evidente que os tratados internacionais citados amparam a sistemática local, em que se prevê o ato de apresentação imediata do preso ao delegado de polícia para a lavratura do auto de prisão em flagrante.

Todo esse arcabouço leva ao inevitável reconhecimento de que as funções exercidas pelo delegado de polícia na condução do auto de prisão em flagrante suprem as exigências dos tratados internacionais mencionados, e que ele não só pode como deve ser entendido como a “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”.

Esse reconhecimento se funda na própria Constituição Federal, que legitima o art. 304 do CPP a partir da concepção de que não sujeita a decisão acerca da prisão em flagrante à estrita reserva de jurisdição (art. 5º, LXI) e autoriza expressamente o interrogatório policial (art. 5º, LXIV), ato de evidente e inquestionável natureza judicial exercido pelo delegado de polícia.

Sequer seria necessário tanto esforço para se concluir o óbvio, visto que a mera interpretação literal dos tratados internacionais deixa evidente a inexistência de obrigatoriedade de apresentação de todos os detidos exclusivamente ao juiz.

Acaso a intenção fosse essa, tais tratados teriam mencionado a expressão “outra autoridade judiciária” ou então simplesmente nada mencionariam, visto que não haveria que se falar em qualquer outra autoridade que não fosse o juiz.

⁴⁶⁶ PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 30.

⁴⁶⁷ COSTA, Thiago Frederico de Souza. Audiência de custódia. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Org.). *Inquérito policial: doutrina e prática*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015, p. 122-123.

A legitimidade e a utilidade da “audiência de custódia” são debatidas tanto pelo fato de que a medida não foi instituída por lei mas por ato administrativo infralegal (resolução) e adotada nos Estados da Federação por meio de provimentos e atos administrativos similares⁴⁶⁸, e assim violaria a competência legislativa privativa da União sobre direito processual (CF, artigo 22, inciso I)⁴⁶⁹, quanto pela citada interpretação que se concebe ao mencionados artigos 7º, item 5 do Pacto de San José da Costa Rica e artigo 9º, item 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, ao desconsiderar a carreira jurídica de Delegado de Polícia como sendo a “outra autoridade autorizada ou habilitada por lei a exercer funções judiciais”, leitura que revestia os aludidos dispositivos internacionais desde o seus respectivos ingressos no ordenamento brasileiro em 1992, pelos Decreto nº 678 e 572 daquele ano.⁴⁷⁰

Consoante assinalado, o comando literal do artigo 304 do CPP, que cuida da prisão em flagrante, dispõe que seja “apresentado o preso à autoridade competente”, para que então se realize audiência com a oitiva dos presentes, não só do suspeito capturado, mas de todos os envolvidos (testemunhas e vítimas). A “autoridade competente”, no processo penal pátrio, pode ser a Autoridade Policial (Delegado de Polícia)⁴⁷¹ ou a Autoridade Judicial (Juiz de Direito), as quais também verbalizarão elas próprias a “voz de prisão” para a captura do agente

⁴⁶⁸ No Estado de São Paulo, a “audiência de custódia” foi inaugurada por meio de projeto disciplinado no Provimento Conjunto nº 3, de 22 de janeiro de 2015, da Presidência com a Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça paulista. À guisa de exemplo, em sentido similar constam também o Provimento nº 24/2014 do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, a Resolução nº 796/2015 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e a Resolução nº 13/2015 do Gabinete da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

⁴⁶⁹ O Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, que seguiu para a Câmara dos Deputados sob nº 6620/2016 e consta como apensado ao PL 8045/2010, propõe a alteração do art. 306, § 1º, do CPP, para prever a condução do preso em flagrante delito ao Juiz de Direito em 24 horas, para a decisão acerca da concessão de liberdade, conversão em prisão preventiva ou substituição por outra medida cautelar, e seria o trâmite previsto na Carta Magna para a adequada implantação de uma “audiência de custódia” em moldes similares aos veiculados na aludida Resolução nº 213/2105 do CNJ pelo devido processo legislativo constitucional.

⁴⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Os mitos da audiência de custódia*. 16 jul. 2015; RICCI, Marcelo Assiz. Audiência de custódia: inviabilidade. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, 04 ago. 2015; BARBOSA, Ruchester Marreiros. A função judicial do delegado de polícia na decisão cautelar do flagrante delito. *Revista de Direito de Polícia Judiciária*, ano 1, n. 2, jul.-dez.2017. Brasília: Academia Nacional de Polícia. 2017, p. 157-195.

⁴⁷¹ Conforme já anotado, por expressa disposição na Lei Federal nº 12.830/2013, art. 2º, § 1º: “Ao **delegado de polícia**, na qualidade de **autoridade policial**, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais” (grifamos). Desse modo, incumbe ao Delegado de Polícia todas as medidas legais atribuídas à “autoridade policial” no processo penal brasileiro.

quando contra elas ou nas suas presenças o fato for praticado, nos moldes do citado artigo 307 do mesmo diploma de rito criminal.⁴⁷²

Destarte, como já adiantado no tópico sobre a fundada suspeita e o indiciamento⁴⁷³, na prática policial e forense, a audiência de apresentação e garantias do artigo 304 do CPP é presidida pelo Delegado de Polícia, e este, sobretudo após a ordem constitucional de 1988, deve salvaguardar a justiça e a legalidade, e realizar um controle da legitimidade da captura, assegurando os direitos do suspeito para, somente após esse filtro garantista, decretar a prisão em flagrante delito, se das respostas resultar “fundada a suspeita contra o conduzido” (justa causa ou *fumus comissi delicti*).

Noutro giro, os argumentos apontados para justificar a “audiência de custódia” em juízo, em síntese, são: a) “humanizar” o ritual de apreciação judicial da prisão em flagrante delito para a concessão de liberdade, conversão em prisão preventiva ou em outras medidas cautelares; b) diminuir o excesso de presos provisórios e; c) potencializar a função do processo penal como instrumento de proteção dos direitos humanos a serviço da contenção do poder punitivo estatal.⁴⁷⁴

Entretanto, a apresentação pessoal do preso à Autoridade Judicial, por si só, não altera o quadro fático e jurídico contido no auto prisional e na documentação a ele atrelada, que necessariamente já era e continua sendo encaminhado ao Juiz de Direito na comunicação da prisão em flagrante delito (CF, art.5º, LXII, e CPP, art. 306). Para uma justa deliberação judicial na análise da prisão flagrancial, o mais relevante consiste em viabilizar um prévio contraditório via manifestações efetivas da defesa e da acusação para o exame pelo Magistrado, com a ponderação dos argumentos técnicos e práticos das partes.

Há discussão também acerca da adequação e da exequibilidade do prazo de 24 horas assinalado na Resolução para a apresentação do custodiado em flagrante ao Juiz de Direito em face da realidade brasileira, devido à extensão territorial do país, às longas distâncias que separam diversos locais dos respectivos órgãos judiciários e as distintas peculiaridades

⁴⁷² A autoridade a que se refere o artigo 307 do CPP é aquela que tem poderes para determinar a lavratura do auto de prisão em flagrante delito, sendo, portanto, o Juiz de Direito ou o Delegado de Polícia. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 731.

⁴⁷³ Tópico 6.7.

⁴⁷⁴ PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 26-29.

estruturais de cada região, com sugestões de ampliação para 48 ou 72 horas⁴⁷⁵, ou mesmo de ausência de lapso temporal taxativo, para a execução mais célere possível.⁴⁷⁶

Outrossim, de acordo com o artigo 1º da Resolução nº 213/2015 do CNJ, a pessoa presa será apresentada em até 24 horas da “comunicação do flagrante”. Logo, estabelece como termo inicial para a contagem do prazo não a captura, mas sim o recebimento em juízo do expediente com o auto prisional e demais peças de polícia judiciária atinentes à custódia flagrancial.

A citada Resolução do CNJ, além de repetir os regramentos do CPP para a análise judicial da custódia flagrancial em seus dispositivos, em seu artigo 8º, inciso VIII, veicula que a Autoridade Judicial deve “abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante”. O Magistrado não deve adentrar no mérito da questão em debate, sob pena de antecipar o interrogatório judicial, antes da conclusão até mesmo do respectivo inquérito policial instaurado pelo auto prisional e com dez dias de prazo para encerramento como regra, porquanto a persecução se encontra em sua etapa extrajudicial de investigação criminal preliminar.

Ademais, a Resolução nº 213/2015 dispõe que a “audiência de custódia” será realizada na presença do órgão ministerial e da Defensoria Pública, caso a pessoa autuada não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante (art. 4º). Se houver Advogado constituído já na decretação da prisão flagrancial, será notificado pelo Delegado de Polícia para a “audiência de custódia” em juízo, conforme o artigo 5º da Resolução, que estabelece ainda ao Magistrado que questione sobre a ocorrência de tortura e maus tratos contra o preso e que, havendo declaração deste em sentido positivo, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da “denúncia” e

⁴⁷⁵ GONÇALVES, Fernando David de Melo. *Audiência de custódia no Brasil e os desafios de sua implantação*. 2017. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017, p.74-75.

⁴⁷⁶ De toda sorte, a Resolução nº 213/2015, no § 4º de seu artigo 1º, autoriza a apresentação do preso em lapso acima de 24 horas se o custodiado estiver acometido por grave enfermidade ou havendo circunstância excepcional que impossibilite a diligência no referido prazo. Prevê ainda no § 5º do mesmo dispositivo a possibilidade de edição de ato complementar para regular prazos para apresentação à Autoridade Judicial da pessoa presa em Municípios ou sedes regionais em que o Magistrado competente ou plantonista esteja impossibilitado de cumprir o destacado prazo de 24 horas.

preservação da segurança física e psicológica do indiciado (Resolução nº 213/2015, arts. 8º, VI e 11).⁴⁷⁷

A despeito das críticas e elogios que têm sido lançados sobre a “audiência de custódia” da Resolução nº 213/2015 do CNJ, uma das mais contundentes e efetivas carências no tocante ao excesso de prisões cautelares no Brasil continua sendo a ausência de prazos fixados em lei para a duração das custódias provisórias, acompanhados do suporte com recursos humanos e materiais aos órgãos públicos envolvidos, inclusive para uma concreta execução e fiscalização de medidas cautelares diversas da privação de liberdade, e não a mera decisão de conversão ou não de prisões em flagrante delito em preventivas, consubstanciada em avaliação técnico-jurídica séria e subordinada acima de tudo às circunstâncias de cada caso concreto, que não pode ser reduzida a uma pretensa finalidade estatística de política criminal voltada à suposta diminuição da população carcerária.

Nessa linha, a “doutrina do não-prazo”, desprovida de previsão legal expressa que estipule uma duração máxima para a custódia provisória, inclina-se para a banalização das prisões cautelares, que na prática se prolongam como se regra fossem.⁴⁷⁸

Como já mencionado, para parcela da doutrina, considerando o contexto histórico e jurídico brasileiro, o Delegado de Polícia figura como a autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais⁴⁷⁹, incumbido de realizar o primeiro controle de legalidade da captura do

⁴⁷⁷ Neste ponto, em que pese a correta pretensão de coibir torturas e práticas abusivas contra presos por agentes públicos, é preciso cautela para evitar a generalização e não inculcar carga preconceituosa contra os agentes estatais por meio de uma presunção de ilicitude e arbitrariedade na captura dos suspeitos de práticas delituosas. Não se pode menosprezar a necessidade de reprimir também falsas alegações de presos prestadas em “audiências de custódia”, lamentavelmente nada incomuns, que dão causa a investigações em face de policiais em manifesta denúncia caluniosa contra os servidores do Estado (CP, art. 339). A apuração deve ser justa para o suspeito capturado e autuado em flagrante delito e também para o agente estatal contra quem eventualmente se alegue cometimento de irregularidades.

⁴⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JUNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 52-53.

⁴⁷⁹ Oportuno consignar que a carreira de Delegado de Polícia, com essa nomenclatura, foi criada pela Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, responsável por alterar dispositivos do Código de Processo Criminal de 1832, e que instituiu a figura dos Chefes de Polícia, escolhidos entre Desembargadores e Juizes de Direito, tendo como subordinados Delegados e Subdelegados. Daí porque até hoje os Delegados de Polícia conservam funções judiciais, conquanto atualmente pertençam ao Poder Executivo, como se observa, por exemplo, na Lei nº 11.343/06, em seu art. 48, §§ 2º e 3º, ao determinar a apresentação do suspeito de prática de delito de posse de drogas para consumo pessoal à Autoridade Judicial e, na ausência desta, ao Delegado de Polícia para realizar as funções do Juiz de Direito. Em virtude da Lei nº 261/1841, o dia 3 de dezembro foi instituído oficialmente pela Lei Federal nº 13.567, de 21 de dezembro de 2017, como o Dia do Delegado de Polícia. ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *O delegado de polícia em ação. Teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 90-91. FALASCA, José Ângelo. *A Polícia Civil paulista: sua evolução histórica nos períodos colonial, imperial e republicano*. 2007. 54 p. Monografia

suspeito em aparente estado de flagrante delito, na audiência há muito prevista no artigo 304 do CPP, e deve conceder liberdade mediante fiança, com correlata expedição de alvará de soltura, funções judiciais que são atribuídas por lei à Autoridade Policial.⁴⁸⁰ Repise-se que a “autoridade competente” para presidir a mencionada audiência de apresentação do artigo 304 do CPP também pode ser o Juiz de Direito pelo entendimento dominante.

Nesse contexto, o artigo 304 do CPP deve ser reverenciado como uma “audiência de apresentação e garantias”, por intermédio do já citado sistema de “dupla cautelaridade”, pelo qual tanto o Delegado de Polícia inicialmente, quanto o Juiz de Direito no momento subsequente são responsáveis pela tutela das garantias dos indivíduos custodiados, notadamente o direito à liberdade, aplicado de fato como regra.⁴⁸¹

Sob esse enfoque, o aprimoramento legislativo e um ativo controle de convencionalidade que prestigiaria os comandos constitucionais da presunção de não culpabilidade e da liberdade como regra está convergido na disciplina da etapa extrajudicial, mormente na audiência de apresentação do artigo 304 do CPP, com a eliminação da apontada e infundada restrição baseada na pena máxima cominada de quatro anos para a concessão de liberdade mediante fiança pelo Delegado de Polícia (CPP, artigo 322)⁴⁸², ampliando-a para todas ou ao menos para um número maior de infrações penais, assim como estendendo a este

(Processo seletivo de professor de história da Polícia) - Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”. São Paulo, 2007, p. 13.

⁴⁸⁰ CPP, arts. 322 e seguintes. Ademais, consoante consignado alhures, na exegese constitucional, a densidade ôntica da atividade de polícia judiciária a revela como sendo a polícia do Poder Judiciário, que o auxilia na preparação da demanda penal ao executar e legitimar a etapa extrajudicial do processo penal. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Prefácio. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro Lucio (Coord.). *Investigação criminal conduzida por delegado de polícia: comentários à Lei 12.830/2013*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 15-17.

⁴⁸¹ BARBOSA, Ruchester Marreiros. Audiência de custódia (garantia) e o sistema da dupla cautelaridade como direito humano fundamental. In: GUSSO, Rodrigo Bueno; SOUZA, David Tarciso Queiroz de (Org.). *Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um Estado Democrático de Direito*. Empório do Direito: Florianópolis, 2016, p. 197-236.

⁴⁸² Estudo científico sobre “Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro”, realizado pela Associação pela Reforma Prisional, Centro de Estudos de Segurança e Cidadania e a Universidade Cândido Mendes, com apoio da *Open Society Foundations*, coordenados pela Socióloga Julita Lemgruber, analisou a prisão provisória antes e depois do advento da Lei nº 12.403/11, que alterou o artigo 322 do CPP, autorizando a concessão de fiança extrajudicial pela pena máxima de quatro anos e não mais somente aos delitos apenados com detenção, e demonstrou que a porcentagem de liberdades provisórias concedidas pelos Delegados de Polícia em razão da fixação de fiança, antes da Lei nº 12.403/11, era de 0,7% dos casos e, após a alteração legal, foi elevada para 22,4%. Já a concedida pelos Magistrados era de 1,0% dos casos e teve aumento de apenas 1,2% após a lei, indicando que o grande impacto da alteração do artigo 322 do CPP foi na etapa policial. BARBOSA, Ruchester Marreiros. Audiência de custódia (garantia) e o sistema da dupla cautelaridade como direito humano fundamental. In: GUSSO, Rodrigo Bueno; SOUZA, David Tarciso Queiroz de (Org.). *Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um Estado Democrático de Direito*. Empório do Direito: Florianópolis, 2016, p. 166-169.

momento da persecução a concessão de medidas cautelares diversas da prisão (CPP, artigos 319 e 320), para efetivamente tratar a prisão cautelar como exceção desde a fase extrajudicial.

Avançando, a jurisprudência da Corte Interamericana, na interpretação do referido item 5 do artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, revela a exigência de que a “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”, ainda que não integrante do Poder Judiciário, deve possuir as garantias funcionais de **independência** e **imparcialidade**⁴⁸³ previstas no artigo 8º, item 1, do Pacto de San José da Costa Rica⁴⁸⁴, além de possuir respaldo para exercer o controle de legalidade de uma captura e conceder a liberdade ao sujeito detido.⁴⁸⁵

Desse modo, conforme já asseverado em tópicos específicos nesta pesquisa, a leitura constitucional confere as mencionadas garantias da independência funcional e da imparcialidade à carreira jurídica de Delegado de Polícia. A independência funcional, inerente às funções de autoridade pública operadora do direito com encargos decisórios, encontra-se consolidada expressamente em diversas Constituições Estaduais, ao passo que a imparcialidade resulta do preciso entendimento segundo o qual não se aplica o artigo 107 do CPP no ilógico trecho que não faculta opor suspeição às Autoridades Policiais, disposição superada após o advento da Constituição Federal de 1988, e no compromisso com a apuração isenta dos fatos, sem comprometimento com teses da acusação ou da defesa.⁴⁸⁶

Nos Tribunais Superiores brasileiros, apesar do posicionamento que tem sido adotado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de entender como obrigatória a realização da “audiência de custódia” nos moldes da Resolução nº 213/2015 do CNJ, em especial na Ação

⁴⁸³ Nesse sentido: caso *Tibi Vs. Equador*, sentença de 07/09/2004, parágrafos 118 e 119; caso *Vélez Loor Vs. Panamá*, sentença de 23/11/2010, parágrafo 108, e caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*, sentença de 22/11/2005, parágrafo 222.

⁴⁸⁴ CADH, artigo 8º, item 1: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, **independente** e **imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

⁴⁸⁵ BARBOSA, Ruchester Marreiros. Audiência de custódia (garantia) e o sistema da dupla cautelaridade como direito humano fundamental. In: GUSSO, Rodrigo Bueno; SOUZA, David Tarciso Queiroz de (Org.). *Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um Estado Democrático de Direito*. Empório do Direito: Florianópolis, 2016, p. 231.

⁴⁸⁶ Vale recordar que a imparcialidade também encontra fundamento exposto na legislação estadual paulista, pelo comando da Lei Complementar nº 1.152/2011, que em seu artigo 1º, § 2º, dispõe que a independência funcional dos Delegados de Polícia é “garantida pela autonomia intelectual para interpretar o ordenamento jurídico e decidir, com **imparcialidade** e isenção, de modo fundamentado” (grifamos), redação conferida pela Lei Complementar Estadual paulista nº 1249/2014.

Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5240⁴⁸⁷, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347⁴⁸⁸, que ainda tramita na Corte, e no Habeas Corpus nº 133.992-DF⁴⁸⁹, o Superior Tribunal de Justiça, em suas duas Turmas, tem sedimentado orientação de que a não realização de “audiência de custódia” não enseja nulidade da prisão provisória, porquanto observadas as garantias processuais penais já na prisão em flagrante delito, vale dizer, na audiência de apresentação do artigo 304 do CPP presidida pelo Delegado de Polícia e na comunicação e apreciação pela Autoridade Judicial:⁴⁹⁰

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. NÃO APRESENTAÇÃO DO PRESO EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DA MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. RESGUARDO A ORDEM PÚBLICA. RENITÊNCIA DELITIVA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Conforme orientação firmada no âmbito da Sexta Turma desta Corte, "a não realização de audiência de custódia não é suficiente, por si só, para ensejar a nulidade da prisão preventiva, quando evidenciada a observância das garantias processuais e constitucionais" (AgRg nº HC 353.887/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 07/06/2016). Ademais, a posterior conversão do flagrante em prisão preventiva constitui novo título a justificar

⁴⁸⁷ A ADI nº 5240 foi proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil questionando o Provimento 03/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que implantou a “audiência de custódia” em âmbito estadual paulista, sob o argumento, em síntese, de que a competência para legislar sobre processo penal seria da União e não poderia ter sido regulada por ato administrativo. Os ministros do Supremo Tribunal Federal julgaram improcedente referida ADI. Na decisão, o relator, ministro Luiz Fux, aduziu, em suma, que o provimento paulista impugnado não regulou normas de direito nem interferiu na competência de outros Poderes, na medida em que teria apenas promovido atos de autogestão do tribunal, estipulando comandos de mera organização administrativa interna, em consonância com a interpretação então conferida ao aludido artigo 7.5 do Pacto de San José da Costa Rica.

⁴⁸⁸ A ADPF nº 347, ainda em trâmite, foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pleiteando o reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população encarcerada na crise prisional do país e a adoção de diversas providências no tratamento da questão carcerária do país. Ao apreciar pedidos em sede de medida cautelar, em sessão datada de 09/09/2015, o STF concedeu parcialmente cautelar solicitada na citada ADPF, a fim de determinar aos juízes e tribunais que passassem a realizar “audiências de custódia”, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a Autoridade Judicial em até 24 horas contadas do momento da prisão. Nesse julgamento da medida cautelar da ADPF nº 347, os ministros do STF também entenderam que deveria ser liberado o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

⁴⁸⁹ STF, HC nº 133.992-DF, Min. Edson Fachin, j. 11/10/2016. Na decisão, pelo relator foram invocados os citados posicionamentos da ADPF nº 347 e da ADI nº 5240, e determinada a realização da “audiência de custódia”, que o Ministro Edson Fachin designou na ocasião de “audiência de apresentação”.

⁴⁹⁰ STJ, HC nº 76.906-SP, 6ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10/11/2016, DJe 24/11/2016. No mesmo sentido, entre outros: RHC nº 64.900-RJ, 5ª T., Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 28/03/2017, DJe 05/04/2017; HC nº 406.264-SP, 6ª T., Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 19/09/2017, DJe 04/10/2017; HC nº 76.100-AC, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/11/2016, DJe 02/12/2016.

a privação da liberdade, restando superada a alegação de nulidade decorrente da ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem.

2. Não é ilegal a manutenção do encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelo acusado, demonstrando a necessidade da prisão para garantia da aplicação da lei penal.

3. *In casu*, a necessidade da custódia cautelar foi demonstrada, com espeque em dados concretos dos autos, conforme recomenda a jurisprudência desta Corte, estando acórdão fundado na necessidade de resguardo à ordem pública, diante da renitência criminosa do agente, que ostenta duas ações penais em curso pela mesma prática delitiva.

4. Nesse contexto, indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, porque insuficientes para resguardar a ordem pública.

5. Recurso ordinário a que se nega provimento (grifamos).

Em sentido semelhante, a 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça Paulista, quando provocada sobre a ausência de apresentação de preso em flagrante delito ao Juiz de Direito, conforme a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que embasa a citada “audiência de custódia”, assim se pronunciou:⁴⁹¹

Habeas corpus. Tráfico. **Ausência de apresentação imediata ao Juiz de Direito.** Alegada ofensa aos tratados internacionais de Direitos Humanos. Inocorrência. **Tratado que autoriza a apresentação do preso a outra autoridade prevista em Lei.**

No cenário jurídico brasileiro, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a Lei atribui a esta autoridade a função de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante. Assim, *in concreto*, os pacientes foram devidamente apresentados ao Delegado, não se havendo falar em relaxamento da prisão. Não bastasse, em 24 horas, o juiz analisa o auto de prisão em flagrante (grifamos).

⁴⁹¹ TJSP, HC nº 2016152.70.2015.8.26.0000, 16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Guilherme de Souza Nucci, V.U. j. 12/05/2015.

8 PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO NO DIREITO COMPARADO

Objetivando estabelecer parâmetros comparativos para o aprimoramento da legislação processual penal brasileira, serão expostos breves comentários acerca da prisão em flagrante delito em Portugal, na Espanha e na Itália, países da Europa Continental que, a despeito das diferenças hoje verificadas, historicamente influenciaram na construção do arcabouço jurídico nacional e da América Latina de um modo geral.

Portugal, como país colonizador, além da cultura, do idioma e de tantas outras heranças observadas na sociedade brasileira, consoante destacado no capítulo sobre a evolução histórica da prisão em flagrante deste trabalho, foi marcante no início e no desenvolvimento do Direito no Brasil, e atualmente conta com modelo de apuração criminal materializada em inquérito em tese dirigido por agente do Ministério Público, mas com execução dos atos investigativos e autonomia orgânica, técnica e tática das instituições de polícia judiciária.⁴⁹²

Já a Espanha apresenta a investigação penal dirigida pelo denominado “Juiz de Instrução” (juiz-instrutor ou juiz-investigador), autoridade responsável pela condução da apuração das infrações penais, e que exerce, além do controle de medidas cautelares próprio da reserva de jurisdição, as funções de presidência dos atos investigatórios, no Brasil desempenhadas pelo Delegado de Polícia.⁴⁹³

A Itália, por sua vez, adotou o modelo de investigação pelo órgão ministerial (promotor-investigador), com orientações legislativas recentes de abertura para a investigação direta pela defesa (investigação defensiva), visando equilibrar a apuração criminal direcionada apenas a atender teses da acusação.⁴⁹⁴

⁴⁹² Em Portugal a polícia judiciária é um corpo superior de polícia criminal auxiliar da administração da Justiça Criminal e organicamente vinculado ao Ministério da Justiça. A direção do inquérito pelo órgão ministerial português é exercida por meio de um “poder de orientação”, cujos comandos se concretizam mediante diretivas, e os destinatários (agentes da polícia judiciária) promovem a conformidade técnica e tática quanto aos meios, às formas e à oportunidade de sua execução. ALMEIDA, João de. Direção do inquérito e relação entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária. *Revista Semestral de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses*, Lisboa, fev. 2011, p. 50-53.

⁴⁹³ PERAZZONI, Franco. Delegado de Polícia: um breve histórico e análise do papel que desempenha atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Org.). *Inquérito policial: doutrina e prática*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015, p. 24-25.

⁴⁹⁴ Por outro lado, se a investigação é presidida por instituição de polícia judiciária, em razão do seu dever de imparcialidade, a investigação defensiva não seria imprescindível. PERAZZONI, Franco. Delegado de Polícia: um breve histórico e análise do papel que desempenha atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Org.). *Inquérito policial: doutrina e*

Convém acentuar que toda nação desenvolve sua sistemática jurídica e respectivo formato processual penal de acordo com suas origens, tradições e particularidades e, a depender do ponto de vista e do critério adotado, apresenta qualidades e defeitos, cingindo-se ao presente estudo ao tratamento da prisão em flagrante.⁴⁹⁵

8.1 Prisão em flagrante delito no direito português

A Constituição da República Portuguesa, datada de 2 de abril de 1976, com a redação atual promovida pela VII revisão constitucional de 2005, trata sobre o direito à liberdade e à segurança em seu artigo 27º, que prevê que a privação da liberdade pode decorrer de condenação judicial a pena de prisão ou aplicação judicial de medida de segurança, excepcionando no caso de “**detenção em flagrante delito**” e em outras circunstâncias como na prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso com pena superior a três anos e de detenção de suspeitos para identificação.⁴⁹⁶

prática. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015, p. 27-28; MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 46.

⁴⁹⁵ Com isso, cada Estado soberano possui suas próprias “jabuticabas”, vale dizer, suas peculiaridades sob os aspectos legais, de maneira que não há como simplesmente importar institutos alienígenas e enxertá-los na estrutura brasileira ignorando o contexto em que foram concebidos em seus países de origem.

⁴⁹⁶ Constituição Portuguesa, artigo 27º: “1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.

2. Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.

3. Exceptua-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes:

a) **Detenção em flagrante delito;**

b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos;

c) Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;

d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;

e) Sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;

f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente;

g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários;

h) Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente.

4. Toda a pessoa privada da liberdade deve ser informada imediatamente e de forma compreensível das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos.

5. A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer” (grifamos).

Há ainda expressa menção de que toda pessoa privada da liberdade seja informada imediatamente e de modo compreensível das razões de sua prisão ou detenção e dos seus direitos, assim como do dever de indenização do Estado por privação contrária aos comandos constitucionais e legais.⁴⁹⁷

O Decreto-lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987 de Portugal veicula o Código de Processo Penal português, e cuida do flagrante delito em seu artigo 256⁴⁹⁸, que arrola hipóteses de flagrância delitiva equivalentes às do ordenamento brasileiro. Quanto ao crime permanente, considera-se em flagrância delitiva enquanto persistirem sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e o agente está nele a participar, utilizando estrutura redacional um pouco distinta da lei brasileira.

A legislação portuguesa prevê que a captura em estado flagrancial pode ser executada por agentes estatais (Autoridade Judiciária ou “entidades policiais”) e, subsidiariamente, por particulares, estabelecendo ainda que, nos crimes de ação penal privada (“acusação particular”), haverá apenas a identificação do infrator, mas não a “detenção em flagrante delito”.⁴⁹⁹

O diploma português designa “suspeito” a “toda pessoa relativamente à qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar”⁵⁰⁰, prevendo o *status* denominado de “arguido”, previsto no artigo 58º

⁴⁹⁷ Constituição Portuguesa, artigo 27º, itens 4 e 5.

⁴⁹⁸ CPP de Portugal, art. 256: “1 - É flagrante delito todo o crime que se **está cometendo** ou se **acabou de cometer**.

2 - Reputa-se também flagrante delito o caso em que o agente for, **logo após o crime, perseguido por qualquer pessoa ou encontrado com objectos ou sinais que mostrem claramente que acabou de o cometer ou nele participar**.

3 - Em caso de **crime permanente**, o estado de flagrante delito só persiste enquanto se mantiverem sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e o agente está nele a participar” (grifamos).

⁴⁹⁹ CPP de Portugal, artigo 255.º: “Detenção em flagrante delito

1 - Em caso de flagrante delito, por crime punível com pena de prisão:

a) Qualquer autoridade judiciária ou entidade policial procede à detenção;

b) **Qualquer pessoa pode proceder à detenção, se uma das entidades referidas na alínea anterior não estiver presente nem puder ser chamada em tempo útil**.

2 - No caso previsto na alínea b) do número anterior, a pessoa que tiver procedido à detenção entrega imediatamente o detido a uma das entidades referidas na alínea a), a qual redige auto sumário da entrega e procede de acordo com o estabelecido no artigo 259.º.

3 - Tratando-se de **crime cujo procedimento dependa de queixa**, a detenção só se mantém quando, em acto a ela seguido, o titular do direito respectivo o exercer. **Neste caso, a autoridade judiciária ou a entidade policial levantam ou mandam levantar auto em que a queixa fique registada**.

4 - Tratando-se de crime cujo procedimento dependa de **acusação particular, não há lugar a detenção em flagrante delito, mas apenas à identificação do infractor**” (grifamos).

⁵⁰⁰ CPP de Portugal, artigo 1º, alínea “e”.

do CPP de Portugal⁵⁰¹, que encontra similitudes com o “indiciado” do sistema brasileiro.⁵⁰² Uma vez constituído como “arguido”, mediante comunicação feita por Autoridade Judiciária ou órgão de “polícia criminal”⁵⁰³, o sujeito passa a exercer com maior propriedade os direitos de defesa, em especial a autodefesa e a defesa técnica⁵⁰⁴, sendo assegurada a apresentação para audiência com o Magistrado, que na prisão em flagrante delito em Portugal deve ocorrer no prazo de 24 horas.⁵⁰⁵

8.2 Prisão em flagrante delito no direito espanhol

A Constituição Espanhola, datada de 29 de dezembro de 1978, estabelece a liberdade como regra, restringível na forma da lei e, assim como na Carta Magna brasileira, também excepciona a inviolabilidade domiciliar em caso de flagrante delito. Há expressa disposição constitucional na Espanha de que o sujeito detido seja informado de modo imediato e compreensível de seus direitos, dentre os quais o de não ser obrigado a se manifestar.⁵⁰⁶

⁵⁰¹ CPP de Portugal, artigo 58º: “**Constituição de arguido**

1 - Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, é obrigatória a constituição de **arguido** logo que:

a) Correndo inquérito contra pessoa determinada em relação à qual haja **suspeita fundada** da prática de crime, esta **prestar declarações** perante qualquer **autoridade judiciária** ou órgão de **polícia criminal**;
b) Tenha de ser aplicada a qualquer pessoa uma medida de coação ou de garantia patrimonial, ressalvado o disposto nos n.ºs 3 a 5 do artigo 192.º;
c) **Um suspeito for detido**, nos termos e para os efeitos previstos nos **artigos 254.º a 261.º**; ou
d) For levantado auto de notícia que dê uma pessoa como agente de um crime e aquele lhe for comunicado, salvo se a notícia for manifestamente infundada.

2 - A constituição de arguido opera-se através da comunicação, oral ou por escrito, feita ao visado por uma autoridade judiciária ou um órgão de polícia criminal, de que a partir desse momento aquele deve considerar-se arguido num processo penal e da indicação e, se necessário, explicação dos direitos e deveres processuais referidos no artigo 61.º que por essa razão passam a caber-lhe.

3 - A constituição de arguido feita por órgão de polícia criminal é comunicada à autoridade judiciária no prazo de 10 dias e por esta apreciada, em ordem à sua validação, no prazo de 10 dias.

4 - A constituição de arguido implica a entrega, sempre que possível no próprio acto, de documento de que constem a identificação do processo e do defensor, se este tiver sido nomeado, e os direitos e deveres processuais referidos no artigo 61.º

5 - A omissão ou violação das formalidades previstas nos números anteriores implica que as declarações prestadas pela pessoa visada não podem ser utilizadas como prova.

6 - A não validação da constituição de arguido pela autoridade judiciária não prejudica as provas anteriormente obtidas” (grifamos).

⁵⁰² SAMPAIO FILHO, Walter Francisco. *Prisão em flagrante: a aplicação do devido processo legal*. São Paulo: Rideel, 2005, p. 43.

⁵⁰³ SILVA, Germano Marques. *Curso de processo penal*. Lisboa: Verbo, 2000, p. 286.

⁵⁰⁴ CPP de Portugal, artigo 61º.

⁵⁰⁵ De acordo com entendimento do artigo 254º, item 1, alínea “b” do CPP português. CASTRO, Rui da Fonseca e. *Processo penal – inquérito. Tramitação. Formulários. Jurisprudência*. Lisboa: Quid Juris, 2014, p. 77.

⁵⁰⁶ Constituição Espanhola (*Constitución Española*), artigos 17 e 18.

A legislação processual penal da Espanha (*Ley de Enjuiciamiento Criminal - LECrim*), de 14 de setembro de 1882, estabelece as garantias a serem preservadas aos presos, notadamente a defesa, direito ao silêncio, de não produzir prova contra si e não confessar, de assistência advocatícia nos atos policiais e judiciais, direito à assistência familiar, aos estrangeiros o direito à comunicação ao respectivo Consulado e designação gratuita de intérprete se não falar castelhano e o direito de ser examinado por um médico legista.⁵⁰⁷

As hipóteses de flagrância delitiva no direito espanhol se assemelham às do CPP brasileiro (próprio, impróprio e presumido), e estão descritas no artigo 795, item 1.^a da *LECrim*.⁵⁰⁸

Por derradeiro, há divergência quanto ao prazo para apresentação do preso para o Juiz. Isso porque a *LECrim* da Espanha, em seu artigo 496, prevê lapso temporal de 24 horas, porém a *Constitución Española*, no artigo 55, estabelece limite de 72 horas. Sem embargo de posicionamentos doutrinários contrários, na jurisprudência das Cortes espanholas prevalece a aplicação do prazo constitucional de 72 horas.⁵⁰⁹

8.3 Prisão em flagrante delito no direito italiano

A Constituição da República Italiana (*Costituzione Della Repubblica Italiana*), de 22 de dezembro de 1947, malgrado não disponha expressamente sobre a prisão em flagrante delito, estipula que a inviolabilidade da liberdade pessoal só pode ser restringida por lei, como regra via decisão judicial ou, em casos excepcionais de necessidade e urgência, por Autoridade de Segurança Pública, que comunicará a Autoridade Judicial para que a privação seja ou não convalidada no prazo de 48 horas.⁵¹⁰

⁵⁰⁷ *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, artigos 520 e seguintes.

⁵⁰⁸ *LECrim*, artigo 795, 1.^a: “*Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él*”.

⁵⁰⁹ VADELL, Lorenzo Bujosa. Imputación y detención policial. Perspectiva española. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Temuco, ago-set. 2012, vol. 3, n° 2, p. 21-22.

⁵¹⁰ *Costituzione Della Repubblica Italiana*, art. 13.

A prisão em flagrante delito (*arresto in flagranza*) é cuidada no Título VI do Livro V, dos artigos 379 ao 391 do Código de Processo Penal Italiano (*Codice de Procedura Penale*), datado de 22 de setembro de 1988.

O estado de flagrância delitiva no direito italiano (*stato di flagranza*) não difere das situações previstas na lei brasileira⁵¹¹, assim como as garantias a serem conferidas ao preso, com pequenas nuances pelas peculiaridades da presidência da investigação pela acusação, como a comunicação ao órgão ministerial para providenciar o seu interrogatório, e outras medidas afetas ao direito de defesa (assistência advocatícia, comunicação aos familiares e ciência dos motivos da prisão).

Há interessante disposição no processo penal italiano de não autorizar a prisão em flagrante delito por crime culposo, ao passo que impõe o “flagrante obrigatório” pelos oficiais e agentes da polícia judiciária (*polizia giudiziaria*) para a captura de suspeitos em determinadas situações, como em delitos de redução à condição de escravo, e para outras há faculdade dos policiais em promover a custódia flagranzial, segundo rol de delitos, como de peculato por erro de terceiro.⁵¹²

Há, também, vedação de prisão de sujeito que tenha agido em exercício regular de direito ou quando presente causa de não punibilidade⁵¹³, que seria equivalente às descriminantes do direito brasileiro.⁵¹⁴

Registra-se ainda que o diploma processual italiano estabelece o intervalo de 48 horas para a convalidação da prisão em flagrante delito pelo Juiz de Direito⁵¹⁵, acompanhando o lapso temporal da Lei Maior da Itália.

⁵¹¹ *Codice de Procedura Penale*, art. 382: “*Stato di flagranza 1. E' in stato di flagranza chi viene colto nell'atto di commettere il reato ovvero chi, subito dopo il reato, e' inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa o da altre persone ovvero e' sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima. 2. Nel reato permanente lo stato di flagranza dura fino a quando non e' cessata la permanenza*”.

⁵¹² *Codice de procedura penal*, arts. 380 e 381.

⁵¹³ *Codice de procedura penal*, art. 385.

⁵¹⁴ SAMPAIO FILHO, Walter Francisco. *Prisão em flagrante: a aplicação do devido processo legal*. São Paulo: Rideel, 2005, p. 41.

⁵¹⁵ *Codice de procedura penal*, art.390.

9 PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Tramita no Congresso Nacional projeto de um novo Código de Processo Penal brasileiro, que teve início no Senado Federal sob o Projeto de Lei nº 156/2009, do Senador José Sarney (PMDB/AP) e que se encontra atualmente na Câmara dos Deputados sob o nº 8.045/2010.⁵¹⁶

Serão anotadas as principais modificações contidas no aludido Projeto de novo CPP em relação à legislação vigente sobre a prisão em flagrante delito.

9.1 Estado flagrancial e reconhecimento de excludentes de ilicitude

O texto do Projeto de Lei da Câmara nº 8.045/2010 (antigo PLS nº 156/2009) trata da prisão em flagrante nos artigos 549 ao 555.

A redação mantém o “flagrante compulsório” e o “flagrante facultativo” em seu artigo 549, ao constar que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

O texto do Projeto de novo CPP desperdiça conveniente ocasião para estabelecer uma devida distinção técnica e redacional das etapas de “captura” e da “prisão” em flagrante propriamente dita. Bastaria empregar que qualquer pessoa poderá e os agentes estatais deverão capturar quem esteja em flagrante delito.

Já as hipóteses de estado flagrancial estão elencadas no artigo 550 do Projeto:

Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido ou encontrado, logo após, pela autoridade, pela vítima, ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração.

Parágrafo único. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

⁵¹⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 8.045 de 2010*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

A redação aglutinou as modalidades de “quase-flagrante” e “flagrante presumido” e, nesta última, deixa de exigir que o suspeito seja encontrado na posse de instrumentos, armas, objetos ou papéis.

O artigo 551 prevê a nulidade do “flagrante preparado”, caso seja razoável supor que a ação, impossível de ser consumada, só tenha ocorrido em virtude da provocação por terceiros. O parágrafo único ressalva a hipótese de “retardamento da ação policial”, para fins de obtenção de mais elementos informativos acerca da atividade criminosa, referindo-se à denominada “ação controlada”.

No artigo 552 o Projeto dispõe sobre a audiência de apresentação e garantias hoje prevista no artigo 304 do CPP, e não contempla uma redação mais condizente com a sistemática constitucional.⁵¹⁷ Isso porque, no *caput* do dispositivo, após excepcionar a adoção do procedimento investigatório do termo circunstanciado para as infrações de menor potencial ofensivo (previsto no artigo 296 e seguintes do Projeto, semelhante às disposições atuais da Lei nº 9.099/95), conserva um texto com estrutura desordenada e não explícita que a avaliação jurídica da existência da fundada suspeita (*fumus comissi delicti*), prevista no § 3º, deve ser aferida antes e para a decretação fundamentada da prisão em flagrante delito pelo Delegado de Polícia.

⁵¹⁷ Projeto de Lei nº 8.045/2010, art. 552: “Excetuada a hipótese de infração de menor potencial ofensivo, quando será observado o procedimento previsto nos arts. 285 e seguintes, apresentado o preso ao delegado de polícia, este ouvirá o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando-lhe cópia do termo e recibo de entrega de preso. Em seguida, o delegado de polícia procederá à oitiva das testemunhas que acompanharem o condutor e ao interrogatório do preso sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada inquirição, suas respectivas assinaturas, e lavrando, afinal o auto.

§ 1º É terminantemente vedada a incomunicabilidade do preso.

§ 2º O interrogatório será realizado na forma dos arts. 64 e seguintes.

§ 3º Resultando dos indícios colhidos fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de ser prestada fiança ou de cometimento de infração de menor potencial ofensivo, e prosseguirá nos atos do inquérito, se para isso for competente; se não for, enviará os autos à autoridade que o seja.

§ 4º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos 2 (duas) pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

§ 5º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por 2 (duas) testemunhas que, na sua presença, tenham ouvido a leitura da peça.

§ 6º O delegado de polícia, vislumbrando a presença de qualquer causa excludente de ilicitude, poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão, sem prejuízo da adoção das diligências investigatórias cabíveis”.

O § 6º do citado artigo 552 do Projeto é digno de registro por expressamente sedimentar a possibilidade (na verdade dever) do Delegado de Polícia deixar de decretar a prisão flagrancial quando considerar presentes eventuais discriminantes, conquanto pudesse deixar mais claro que os fatos serão apurados em inquérito policial instaurado por portaria:

O delegado de polícia, vislumbrando a presença de qualquer causa excludente da ilicitude, poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão, sem prejuízo da adoção das diligências investigatórias cabíveis.

Os demais parágrafos do artigo 552 do Projeto de Lei estão redigidos de modo equivalente aos parágrafos do artigo 304 do CPP vigente, inclusive com a insistência na impropriedade redacional ao mencionar o vocábulo “acusado” e não “indiciado” no texto que cuida da hipótese do preso em flagrante se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, resultando na assinatura de testemunhas instrumentárias (§ 3º do artigo 304 do CPP em vigor e § 5º do artigo 552 do Projeto nº 8.045/2010).

9.2 Fiança, apreciação judicial da prisão em flagrante delito e prazo máximo de prisão provisória

A apreciação judicial da prisão em flagrante delito é regulada no artigo 555 no Projeto do Novo CPP, que designa como “Juiz das Garantias” o Magistrado responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais sujeitos à reserva jurisdicional, e especialmente por “receber o auto de prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555” (artigo 14, inciso II do Projeto).⁵¹⁸

O artigo 555 do Projeto de Novo CPP acrescenta expressamente o arbitramento de fiança e a aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão, além da concessão de liberdade provisória e das hipóteses de relaxamento da prisão ilegal e conversão em prisão preventiva atualmente contidas no artigo 310 do CPP vigente, apenas corroborando as soluções já cabíveis.⁵¹⁹

⁵¹⁸ Como regra, o Juiz de Direito que exerce a função de “Juiz das Garantias” ficará impedido de funcionar no correlato e eventual processo, salvo nas comarcas e seções judiciárias onde houver apenas um Magistrado conforme disposição transitória do Projeto (artigos 16 e 748).

⁵¹⁹ Há singelas inovações no rol de medidas cautelares pessoais hoje elencadas no artigo 319 do CPP, com acréscimo de providências como suspensão do poder familiar e “bloqueio de endereço eletrônico na internet” (artigo 533, incisos XIV e XV do Projeto de Lei nº 8.045/2010).

Oportuno frisar que o texto do Projeto do Novo CPP não menciona a apresentação do preso em flagrante delito para o Juiz de Direito, como propõe a mencionada “audiência de custódia” da mencionada Resolução nº 213/2015 do CNJ.

Com essa pretensão há o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, que seguiu para a Câmara dos Deputados sob o nº 6.620/2016 e foi apensado ao Projeto do Novo CPP (PL nº 8.045/2010), propondo a alteração do § 1º do artigo 306 do CPP atual, prevendo a condução do preso em flagrante delito ao Juiz de Direito em 24 horas, para a decisão acerca da concessão de liberdade, conversão em prisão preventiva ou substituição por outra medida cautelar, respeitando o processo legislativo moldado pela Carta Magna para a apropriada implantação de uma “audiência de custódia”, nos padrões articulados na Resolução nº 213/2105 do CNJ.⁵²⁰

Outra alteração relevante do Projeto, em seu artigo 558, consiste em estipular prazos máximos de duração da prisão preventiva, em regra de 180 dias se decretada no curso do inquérito policial ou antes da sentença condenatória recorrível, e de 360 dias se determinada ou prorrogada por ocasião da condenação de primeira instância, com algumas possibilidades de acréscimos do lapso temporal elencadas nos parágrafos do dispositivo.⁵²¹ Essa inovação

⁵²⁰ Foi emitido parecer do relator parcial do Projeto de Lei nº 8.045/2010, Deputado Federal Paulo Teixeira (PT/SP) em que opina pela aprovação do citado Projeto nº 6.620/2016, e apresenta, dentre outras emendas ao Projeto de Novo CPP, a de nº 45, renumerando os dispositivos do texto original e acrescentando previsão da “audiência de custódia” no prazo de 24 horas pelo Juiz de Direito, vedando sua realização por videoconferência nos artigos 591 e 601 com a renumeração sugerida na Emenda. CAMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório parcial da 4ª Relatoria-parcial: dos recursos em geral, disposições gerais sobre as medidas cautelares, das medidas cautelares pessoais (arts. 458 a 611) e da Justiça Restaurativa*. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1567261&filename=PRP+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010>. Acesso em 7 nov. 2017.

⁵²¹ PL nº 8.045/2010, art. 558: “Quanto ao período máximo de duração da prisão preventiva, observar-se-ão, obrigatoriamente, os seguintes prazos:

I – 180 (cento e oitenta) dias, se decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível, observado o disposto nos arts. 14, VIII e parágrafo único, e 31, §§ 3º e 4º.

II – 360 (trezentos e sessenta) dias, se decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível, não se computando, no caso de prorrogação, o período anterior cumprido na forma do inciso I do *caput* deste artigo.

§ 1º Não sendo decretada a prisão preventiva no momento da sentença condenatória recorrível de primeira instância, o tribunal poderá fazê-lo no exercício de sua competência recursal, hipótese em que deverá ser observado o prazo previsto no inciso II do *caput* deste artigo.

§ 2º Acrescentam-se 180 (cento e oitenta) dias ao prazo previsto no inciso II do *caput* deste artigo, incluindo a hipótese do § 1º, se houver interposição, pela defesa, dos recursos especial e/ou extraordinário.

§ 3º Acrescentam-se, ainda, 60 (sessenta) dias aos prazos previstos nos incisos I e II do *caput* deste artigo, bem como nos §§ 1º e 2º, no caso de investigação ou processo de crimes cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou superior a 12 (doze) anos.

removeria a comentada “doutrina do não-prazo”⁵²² das prisões provisórias do processo penal brasileiro.

Ademais, o artigo 22 do PL nº 8.045/2010 admite prisão em flagrante para os crimes de ação penal condicionada ainda que sem a representação da vítima no momento da decretação e formalização do auto prisional, porém se não houver manifestação do ofendido no prazo de 5 dias, o preso deverá ser colocado em liberdade.⁵²³ Não parece razoável a previsão de determinação da prisão flagrancial e consequente instauração de inquérito policial sem a representação da vítima em delitos de ação condicionada, salvo se o ofendido estiver impossibilitado de exprimir sua vontade (por estar hospitalizado por exemplo), lembrando que na praxe policial a representação é colhida no bojo das declarações da vítima, tratando-se de oitiva que integra o auto prisional lavrado.

Em relação à fiança extrajudicial, o Projeto do novo CPP, em seu artigo 568, § 1º, prevê a concessão da medida cautelar pessoal pelo Delegado de Polícia para os crimes punidos com detenção ou prisão simples, qualquer que seja a pena cominada, ou nos delitos apenados com reclusão até 5 anos, exceto se cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa⁵²⁴, assim como também autoriza a dispensa da fiança pela Autoridade Policial quando o indiciado não tiver condições econômicas mínimas para efetuar o pagamento, consubstanciando

§ 4º Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o prazo a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo terá como termo final a decisão de pronúncia, contando-se, a partir daí, mais 180 (cento e oitenta) dias até a sentença condenatória recorrível proferida pelo juiz presidente.

§ 5º Os prazos previstos neste artigo também se aplicam à investigação, processo e julgamento de crimes de competência originária dos tribunais”.

⁵²² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JUNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 52-53.

⁵²³ PL nº 8.045/2010, art. 22: “O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado, sem prejuízo da possibilidade de prisão em flagrante delito.

Parágrafo único. No caso de prisão em flagrante delito, não havendo representação da vítima no prazo de 5 (cinco) dias, o preso será imediatamente colocado em liberdade”.

⁵²⁴ PL nº 8.045/2010, art. 568: “A fiança será requerida ao juiz ou por ele concedida de ofício.

§ 1º Nos crimes punidos com reclusão ou prisão simples, qualquer que seja o limite máximo da pena cominada, ou reclusão, com pena fixada em limite não superior a 5 (cinco) anos, exceto se praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, a fiança será concedida diretamente pelo delegado de polícia, logo após a lavratura do auto de prisão em flagrante.

§ 2º Sem prejuízo da imediata liberação do preso, a fiança concedida na forma do § 1º deste artigo será comunicada ao juiz competente, bem como os compromissos tomados em conformidade com o disposto no § 4º.

§ 3º Recusando ou demorando o delegado de polícia a conceder a fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 4º O delegado de polícia poderá determinar a soltura do preso que, a toda evidência, não tiver condições econômicas mínimas para efetuar o pagamento da fiança, sem prejuízo dos demais compromissos legais da referida medida cautelar, observando-se, ainda, no que couber, o disposto no parágrafo único do art. 573”.

acanhado mas salutar progresso em relação à restrita e injustificada disposição limitada à pena máxima de 4 anos do artigo 322 do CPP vigente.

Outrossim, o Projeto de Lei nº 8.045 de 2010 perde excelente oportunidade de ampliar as hipóteses de cabimento de fiança extrajudicial e de conceder outras medidas cautelares diversas da prisão já no momento da decretação e formalização da prisão em flagrante delito na delegacia de polícia⁵²⁵, o que afastaria a lógica autoritária que rejeita a máxima de tratamento do direito à liberdade como regra do sistema jurídico, evitaria a indevida manutenção de pessoas custodiadas e ensejaria maior compatibilização com os valores constitucionais das liberdades públicas e da dignidade humana.

9.3 Indiciamento e interrogatório

O Projeto do novo CPP, no artigo 30, consolida a fundamentação para o ato do indiciamento, reforçando a determinação da prisão em flagrante delito como uma de suas espécies em seu § 1º, ao prever que “a condição de indiciado poderá ser atribuída já no auto de prisão em flagrante ou até o relatório final do delegado de polícia”.⁵²⁶

Quanto aos atos que resultam da deliberação pelo indiciamento, há menção sobre o pregressamento no próprio artigo 30 (§ 2º), e a identificação passa a ser disciplina no próprio

⁵²⁵ Nesse diapasão, encontra-se o PLC nº 586/2015, que propõe a autorização de aplicação, além da fiança hoje prevista, também de outras medidas cautelares diversas da prisão pelos Delegados de Polícia, mantendo o constante controle judicial das decisões acerca da custódia provisória. Referido Projeto consta ter sido apensado ao PL nº 8.045/2010, e por ora houve lamentável voto pela rejeição no citado parecer parcial da 4ª Relatoria-parcial do Projeto do Novo CPP (p. 166-167), valendo-se de equivocado argumento de que a fixação de medidas cautelares pessoais diversas da custódia supostamente seriam reservadas ao Poder Judiciário, ignorando que medidas cautelares pessoais como a fiança são há muito e de maneira legítima fixadas extrajudicialmente, assim como a decretação da própria prisão em flagrante delito, providências que envergam plena conformidade constitucional.

⁵²⁶ PL nº 8.045/2010, art. 30: “Reunidos elementos suficientes que apontem para a autoria da infração penal, o delegado de polícia **cientificará o investigado**, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a condição jurídica de “indiciado”, respeitadas todas as garantias constitucionais e legais.

§ 1º A condição de **indiciado** poderá ser atribuída já no **auto de prisão em flagrante** ou até o relatório final do delegado de polícia.

§ 2º O delegado de polícia deverá colher **informações sobre os antecedentes**, a **conduta social** e a **condição econômica do indiciado**, assim como **acerca das consequências do crime**.

§ 3º O indiciado será advertido sobre a necessidade de fornecer corretamente o seu endereço, para fins de citação e intimações futuras, e sobre o dever de comunicar a eventual mudança do local onde possa ser encontrado.

§ 4º Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, o delegado de polícia não poderá mencionar quaisquer anotações referentes à instauração de inquérito contra os requerentes ou seu indiciamento, salvo no caso de existir condenação anterior” (grifamos).

CPP (artigos 41 a 44 do Projeto), com normas similares às da atual Lei nº 12.037/2009, que versa sobre a matéria.

O interrogatório é tratado a partir do artigo 64 do PL nº 8.045/2010, até o artigo 76. A redação dispõe que se trata de meio de defesa e, na prisão em flagrante delito, caso o indiciado não possa contar com defesa técnica (Advogado ou Defensor Público), o auto prisional será lavrado sem o interrogatório, salvo se o interrogando manifestar livremente a vontade de ser ouvido na ocasião (art. 64, § 1º do Projeto).⁵²⁷

Neste ponto, vale mais uma vez enfatizar a importância de uma melhor estruturação do plantão da Defensoria Pública para que exista defesa técnica já na audiência de apresentação e garantias nas delegacias de polícia, por ocasião das oitivas e da elaboração dos autos de prisão em flagrante delito.

⁵²⁷ PL nº 8.045/2010, art. 64: “O interrogatório constitui **meio de defesa** do investigado ou acusado e será realizado na presença de seu defensor.

§ 1º No caso de **flagrante delito**, se, por qualquer motivo, **não se puder contar com a assistência de advogado ou defensor público** no local, o **auto de prisão em flagrante** será lavrado e encaminhado ao juiz das garantias **sem o interrogatório** do conduzido, aguardando o delegado de polícia o momento mais adequado para realizá-lo, **salvo se o interrogando manifestar livremente a vontade de ser ouvido naquela oportunidade**.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, **não se realizando o interrogatório**, o delegado de polícia limitar-se-á a **qualificar** o investigado.

§ 3º A ressalva constante da parte final do § 1º deste artigo também se aplica ao interrogatório realizado no curso do inquérito” (grifamos).

10 CONCLUSÕES

Diante dos argumentos e considerações lançados na presente dissertação, é possível articular as inferências a seguir delineadas, em apertada síntese, acerca da prisão em flagrante delito à luz da ordem constitucional.

Os preceitos insertos na Carta Magna devem informar a prisão em flagrante, permeando-a desde a atuação preventiva do Poder Público no policiamento ostensivo e no agir dos órgãos de Segurança Pública e de Justiça Criminal, e notadamente na atividade de polícia investigativa-judiciária, própria da custódia flagrancial como preliminar resposta ao insucesso dos esforços despendidos para evitar o cometimento de infrações penais.

Com essa diretriz, no segundo capítulo foram comentados o conceito e a evolução histórica da prisão flagrancial no direito brasileiro, consignando também as funções da custódia extrajudicial de preservar os direitos fundamentais do preso, evitar sua fuga e assegurar sua identificação e responsabilização, auxiliar na pronta colheita de elementos informativos e impedir a consumação ou o exaurimento do delito. Foram expostas ainda as divergências e os respectivos argumentos invocados acerca da natureza jurídica da prisão em flagrante como medida pessoal de caráter cautelar ou pré-cautelar.

Tratou-se, no terceiro e no quarto capítulos, da conexão da prisão em flagrante delito com a atividade de polícia judiciária e com o inquérito policial, procedimento investigatório legal instaurado a partir do auto prisional, que materializa a segregação extrajudicial e condensa todos os elementos a ela relacionados coligidos.

Nesse contexto, a exposição sobre os denominados flagrante compulsório e flagrante facultativo traçou a concepção do Delegado de Polícia na qualidade de genuína Autoridade Policial e também de seus agentes no âmbito processual penal, pontuou o debate sobre a posição dúbia das Guardas Municipais, assinalou eventuais ilicitudes como os chamados flagrante cataléptico, flagrante provocado e flagrante forjado, com as precisas distinções em relação ao flagrante esperado, registrando exceções à obrigatoriedade da pronta atuação policial como os institutos da infiltração de agentes e da ação controlada.

Depreendeu-se que todas as instituições que integram o aparato estatal devem atuar de modo integrado, em especial aquelas de âmbito estadual e municipal, mais próximas do cotidiano da população, como a Polícia Civil, a Guarda Municipal e a Polícia Militar, com

respeito à repartição constitucional de funções e sem olvidar do papel relevante dos demais órgãos vinculados à União, como a Polícia Federal, tornando mais eficiente o flagrante compulsório e respaldando o flagrante facultativo por particulares, sempre acompanhados da preservação dos direitos e liberdades individuais.

Destarte, no quinto capítulo, verificou-se que a prisão em flagrante delito deve acolher os princípios constitucionais aplicáveis à investigação criminal, com ênfase nas cláusulas gerais da dignidade humana e do devido processo legal, e nas garantias delas decorrentes.

Assim, pela ótica do postulado da dignidade humana foram cuidados de temas como o uso de força estatal, a morte decorrente de intervenção policial e o emprego de algemas no plano da prisão em flagrante delito. O devido processo e sua projeção para a fase extrajudicial, a devida investigação criminal, foram objeto de particular análise, extraíndo-se as demais garantias processuais como o princípio do Delegado de Polícia natural, a incidência do contraditório e da ampla defesa na prisão flagrancial, e ainda as questões afetas à publicidade e sua restrição via sigilo, à imparcialidade e à superação da inquisitorialidade no inquérito policial, abordando também tópicos acerca da reserva jurisdicional como o acesso aos dados armazenados em dispositivos eletrônicos, e as repercussões da proibição de provas ilícitas, da presunção de não culpa, da não autoincriminação e da motivação na custódia em flagrante delito.

Foi possível concluir também que é preciso exortar a implementação de recursos tecnológicos como a videoconferência, as gravações de oitivas em sistema audiovisual e o inquérito policial eletrônico na atividade de polícia judiciária, sobretudo na prisão em flagrante, propiciando maior transparência e segurança a todos os envolvidos e agilidade nas comunicações estatais, medidas consentâneas à duração razoável da persecução, à oralidade, à eficiência e às expectativas sociais afetas à qualidade na prestação do serviço público.

Seguindo nessa orientação, demonstrou-se, a partir do sexto capítulo, que a decretação da prisão em flagrante delito, como espécie do gênero indiciamento, reclama não apenas a presença do estado de flagrância delitiva, seu requisito temporal, mas também e sobretudo a fundada suspeita, requisito probatório retratado na justa causa (*fumus commissi delicti*) como suporte indiciário a autorizar o encarceramento extrajudicial fundamentado em face dos axiomas erigidos pela Lei Maior.

Com efeito, só se considera lícita uma prisão em flagrante delito quando lastreada em elementos concretos e expostos na decisão exarada pela autoridade estatal legitimada, como regra o Delegado de Polícia, carreira jurídica qualificada pela formação policial e dotada de independência funcional, garantia essencial para o reto exercício de seu múnus, com autonomia intelectual para determinar as soluções cabíveis motivadamente e com imparcialidade.

Enfatizou-se que, como modalidade de indiciamento, a ausência de fundamentos sólidos e explícitos torna ilegal a prisão flagrancial (criptoflagrante ou flagrante obtuso) e obsta a lavratura do auto prisional por ensejar inexorável relaxamento e responsabilização por eventuais abusos ou irregularidades, assim como a apresentação espontânea, que também afasta a decretação da custódia extrajudicial pelo comparecimento voluntário do suspeito à delegacia de polícia, sem prejuízo da apuração em inquérito policial iniciado por portaria.

De igual maneira, visando otimizar a atuação da defesa na prisão flagrancial, mister se faz prestigiar a análise jurídica da captura do suspeito prevista no artigo 304 do CPP como uma audiência de apresentação e garantias, para o exercício e conservação dos direitos fundamentais do indivíduo e para a justa determinação ou não da prisão-custódia, resultando em uma visão mais técnica e lúcida das distintas etapas da segregação em flagrante e de suas formalidades primordiais.

Nesse panorama, merecem progredir os posicionamentos com assentos garantistas como o poder-dever de reconhecimento de excludentes em sede de juízos de tipicidade, de ilicitude e de culpabilidade realizados pelo Delegado de Polícia, assim como o sistema de “dupla cautelaridade” no controle de legalidade da prisão flagrancial pelas Autoridades Policiais e Judiciais, aperfeiçoando iniciativas como a controversa “audiência de custódia”, tratada no sétimo capítulo, sem desprezar o contexto histórico e o cenário processual penal brasileiros, com tênue parcela desses aspectos incrementados no Projeto do Novo Código de Processo Penal em discussão no Parlamento nacional e abordado no nono capítulo, após cotejos desenvolvidos no oitavo capítulo quanto à prisão em flagrante no direito alienígena, especificamente nas legislações portuguesa, espanhola e italiana.

Como visto, as ponderações assinaladas nesta pesquisa denotam a premência da leitura constitucional da prisão em flagrante delito como instrumento fundamental para a consecução da Justiça Criminal e como corolário do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Francisco Iasley Lopes de. Regulamentação do uso de algemas e ativismo judicial. In: ALMEIDA, Francisco Iasley Lopes de; AGUIAR FILHO, Valfredo de Andrade (Org.). *A construção contemporânea dos direitos humanos*. Campina Grande: Cesrei, 2017, p. 25-40.
- ALMEIDA, João de. Direcção do inquérito e relação entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária. *Revista Semestral de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses*, Lisboa, fev. 2011, p. 42-64.
- ALMEIDA, José Raul Gavião de. *As palavras da lei*. 1ª Antologia – Academia Jundiaense de Letras Jurídicas. Jundiaí: Editora In House, 2008, p. 76-78.
- _____. *O interrogatório à distância*. 2000. 195 f. Tese (Doutorado em Direito Processual). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.
- ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Maurício Zanóide de (Coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ANGERAMI, Alberto; PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Método, 2008.
- ANSELMO, Márcio Adriano. A ação controlada e a intervenção da polícia judiciária. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 30 maio 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-30/academia-policia-acao-controlada-intervencao-policia-judiciaria>>. Acesso em: 5 out. 2017.
- _____. A infiltração policial no combate aos crimes de corrupção. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 out. 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-out-24/academia-policia-infiltracao-policial-combate-aos-crimes-corrupcao>. Acesso em: 31 out. 2017.
- _____. Direito ao silêncio e sua devida interpretação. In: ANSELMO, Márcio Adriano; *et al.* *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 105-110.
- _____. Indiciamento: fundamentação e efeitos. In: ANSELMO, Márcio Adriano; *et al.* *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 83-96.
- ARGACHOFF, Mauro; RESENDE, Maurício José Mendes; TOLEDO, Carlos José Paschoal de; GERALDO, Júlio César dos Santos. Investigação do homicídio à luz do Estado Democrático de Direito. In: MARZAGÃO JUNIOR, Laerte Idalino (Coord.). *Homicídio crime rei*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 44-76.
- ASMEGO, Associação dos Magistrados do Estado de Goiás. *Nota técnica dos magistrados goianos sobre as audiências de custódia*. 27 maio 2015. Disponível em: <<http://asmego.org.br/2015/05/27/manifestacao-dos-magistrados-do-estado-de-goias>>. Acesso em: 10 set. 2015.

AVENA, Norberto. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes. *Revista Consultor Jurídico*, 09 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. Prisão em flagrante delito e liberdade provisória no Código de Processo Penal: origens, mudanças e futuro de um complicado relacionamento. In: MALAN, Diogo, MIRZA, Flávio (Coord.). *Setenta anos do Código de Processo Penal brasileiro: balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 171-197.

_____. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 39-72.

BALDAN, Édson Luis. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JUNIOR, Salah (Coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 155-182.

_____. Pressupostos neokantianos no juízo de tipicidade negativa de Mezger. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, abr. 2006. Disponível em: <www.jus.com.br/artigos/8225>. Acesso em: 17 set. 2017.

BALDAN, Édson Luis; AZEVEDO, André Boiani e. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1013, 10 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8220>>. Acesso em: 24 set. 2017.

BARBOSA, André Luis Jardini. A abrangência da garantia constitucional da amplitude de defesa e sua efetiva aplicação durante os plantões policiais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 45, n.1, Uberlândia, 2017.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. A função judicial do delegado de polícia na decisão cautelar do flagrante delito. *Revista de Direito de Polícia Judiciária*, ano 1, n. 2, jul.-dez.2017. Brasília: Academia Nacional de Polícia. 2017, p. 157-195.

_____. A lógica autoritária das audiências de custódia. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 29 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-29/ruchester-marreiros-logica-autoritaria-audiencias-custodia>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Audiência de custódia (garantia) e o sistema da dupla cautelaridade como direito humano fundamental. In: GUSSO, Rodrigo Bueno; SOUZA, David Tarciso Queiroz de (Org.). *Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um Estado Democrático de Direito*. Empório do Direito: Florianópolis, 2016, p. 197-236.

_____. Busca e apreensão e a justa causa visível ou provável. In: BARBOSA, Ruchester Marreiros; et al. *Polícia judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 141-147.

_____. Função de magistratura da autoridade de polícia judiciária. In: BARBOSA, Ruchester Marreiros; et al. *Polícia judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 59-66.

_____. Justa causa constitucionalmente embrionária e a reserva de jurisdição. In: BARBOSA, Ruchester Marreiros; et al. *Polícia judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BARRETO, Rafael. *Direitos humanos*. Salvador: Juspodivm, 2011.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal: v.1 parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROS FILHO, Mário Leite de. Inquérito policial sob a óptica do delegado de polícia. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, 18 dez. 2010. Disponível em: <www.jus.com.br/artigos/18062>. Acesso em: 15 out. 2017.

BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Org.). *Inquérito policial: doutrina e prática*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANCO, Paulo Braga Castello. A análise da antijuridicidade da conduta pelo delegado de polícia, sob a perspectiva da teoria dos elementos negativos do tipo penal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, 19 mai. 2013. Disponível em: <www.jus.com.br/artigos/24487>. Acesso em: 17 out. 2017.

BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRAGA, Miriam Regina; LAGE, Mariana Neffa Araújo. *Parecer psicológico sobre uso de algemas*. Ministério da Justiça, Departamento da Polícia Federal. Brasília, 18 ago. 2008.

BRASIL (Câmara dos Deputados), Legislação informatizada. Lei de 30 de agosto de 1828. Disponível em: <www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38200-30-agosto-1828-566174-publicacaooriginal-89808-pl.html>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL (Presidência da República), Portal da legislação brasileira. *Constituição política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. *Uso Diferenciado da Força, Módulo 2 (Curso à distância)*. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Brasília: Senasp/MJ – EAD Senasp, 2012.

BRENE, Cleyson; LÉPORE, Paulo. *Manual do delegado de polícia civil*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antonio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

BRODBECK, Rafael Vitola. *Inquérito policial: instrumento de defesa e garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

BULNES, Mar Jimeno. *American criminal procedure in european context*. Cardozo j. of international Law and Comparative Law, 2013, p. 409-445.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia. Um estudo lusitano-brasileiro com base na teoria geral do direito policial de

Guedes Valente. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, 18 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24967>>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. Do flagrante obtuso ou da pretensão de que o delegado de polícia lavre auto de “não prisão” em flagrante em qualquer caso de condução de capturado. *Revista Prática Jurídica*, ano XV, nº 176, Editora Consulex, nov. 2016, p. 6-16.

_____. O advento da reforma do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11 e o destino da apresentação espontânea do acusado. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, mai. 2011. Disponível em: <www.jus.com.br/artigos/19123>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. O delegado de polícia e a análise de excludentes na prisão em flagrante. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, 19 nov. 2011. Disponível em: <www.jus.com.br/revista/texto/20463>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. O mito da não existência de previsão legal do princípio da insignificância no Brasil. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25507>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. Para o STJ, injúria é crime de racismo. Será? *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4835, 26 set. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52141>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. Primeiras impressões sobre a Lei nº 12.830/2013 – investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24794>>. Acesso em: 22 out. 2017.

_____. Uma análise sobre a coerência da jurisprudência do STJ quanto ao tema do indiciamento intempestivo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, mar. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9667>>. Acesso em 17 set. 2017.

CABRAL, Bruno Fontenele; SOUZA, Rafael Pinto Marques de. *Manual prático de polícia judiciária*. Salvador: Jus podivm, 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 8.045 de 2010*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

_____. *Relatório parcial da 4ª Relatoria-parcial do Projeto de Lei nº 8.045 de 2010: dos recursos em geral, disposições gerais sobre as medidas cautelares, das medidas cautelares pessoais (arts. 458 a 611) e da Justiça Restaurativa*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1567261&filenam e=PRP+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010>. Acesso em 7 nov. 2017.

CAMPOS, Fabio Henrique Fernandez de. O delegado de polícia frente à constatação de uma excludente de ilicitude durante auto de prisão em flagrante. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovani Celso (Coord.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática*. São Paulo: Letras jurídicas, 2016, p. 315-327.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Editora Pillares, 2009.

_____. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução Santiago Sentús Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 2012.

CASTELA, Fernando Neves. *Aplicação do princípio da bagatela pela autoridade policial*. 2007. 65 p. Monografia (Curso de Formação Técnico-Profissional de Delegado de Polícia) – Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, São Paulo, 2007.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Aplicação de excludentes de ilicitude e culpabilidade pelo delegado. In: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; *et al.* *Polícia judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 67-73.

_____. Aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia. In: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; *et al.* *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 47-53.

_____. Atribuição para confecção de termo circunstanciado de ocorrência. In: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; *et al.* *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 129-136.

_____. Delegado pode presidir inquérito policial também de forma remota. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 8 ago. 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-ago-08/academia-policia-delegado-presidir-inquerito-policial-tambem-forma-remota>. Acesso em: 3 out. 2017.

_____. Inquérito policial tem sido conceituado de forma equivocada. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 21 fev. 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policia-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. Investigação de homicídio praticado por policial militar contra civil. In: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; *et al.* *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 152-159.

_____. Juízos de prognose e diagnose do delegado. In: CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; *et al.* *Polícia judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 49-55.

_____. Prisão em flagrante no domicílio possui limites. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 jul. 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-jul-11/academia-policia-prisao-flagrante-domicilio-possui-limites>. Acesso em: 3 out. 2017.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; BARBOSA, Ruchester Marreiros. Ampliação de competência militar é inconstitucional e inconveniente. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 nov. 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-nov-28/academia-policia-ampliacao-competencia-crimes-militares-inconstitucional>. Acesso em 28 nov. 2017.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; LÉPORE, Paulo Eduardo. Lei protege criança e adolescente vítima ou testemunha de violência. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 6 abr. 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-abr-06/lei-garante-protacao-menor-vitima-ou-testemunha-violencia>. Acesso em: 19 out. 2017.

CASTRO, Rui da Fonseca e. *Processo penal – inquérito. Tramitação. Formulários. Jurisprudência*. Lisboa: Quid Juris, 2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal – comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, Emerson Ghirardelli. *Investigação criminal constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

COGAN, José Damião Pinheiro Machado. *Flagrante e espontânea apresentação do acusado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 744, 1997, p. 461-468.

_____. *Legítima defesa e prisão em flagrante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.779, 1999, p. 455.

COLAÇO, Marcelo Ricardo. O contemporâneo inquérito policial no sistema audiovisual. *Empório do Direito*, Florianópolis, 20 fev. 2017. Disponível em: <www.emporiiododireito.com.br/backup/o-contemporaneo-inquerito-policial-no-sistema-audiovisual>. Acesso em: 12 nov. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. *Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N. 114. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>>. Acesso em: 15 out. 2017.

COSTA, Thiago Frederico de Souza. Audiência de custódia. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTO, Giovanni Celso (Org.). *Inquérito policial: doutrina e prática*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015, p. 115-131.

COSTA, Wilma Peres. *Espada de Dâmocles: o exército e a crise do império*. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990.

COVINO JUNIOR, Waldir Antonio. *Independência funcional do delegado de polícia: livre convicção e direitos fundamentais*. 2012. 82 p. Monografia (IV Curso de Especialização em Polícia Judiciária e Sistema de Justiça Criminal do Centro de Estudos Superiores da Polícia Civil “Prof. Maurício Henrique Guimarães Pereira”) – Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, São Paulo, 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Decisão do STJ que considera injúria racial imprescritível é correta. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-24/decisao-stj-considera-injuria-racial-imprescritivel-correta>>. Acesso em: 16 out. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado. Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

DECARLI, Rodolfo Luiz; SILVA, Raphael Zanon da. A Lei 13.245/16 e a democratização das investigações criminais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, jan. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45842>>. Acesso em: 17 out. 2017.

DECARLI, Rodolfo Luiz. A prisão em flagrante delito e os detentores de foro por prerrogativa de função. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 5150, 7 ago. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59198>>. Acesso em 20 dez. 2017.

DESGUALDO, Marco Antonio. *Reconhecimento visuográfica e a lógica na investigação*. São Paulo: Polícia Civil do Estado de São Paulo, 2006.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.

DÖLLINGER, Félix Magno Von. Da fiança arbitrada pela autoridade policial durante a lavratura do auto de prisão em flagrante. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Coord.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática*. São Paulo: Letras jurídicas, 2016, p. 161-182.

ESPAÑA. *Constitución Española*. Disponível em: <http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=151_Constitucion__Espanola&modo>. Acesso em 31 out. 2017.

_____. *Ley de Enjuiciamiento Criminal – Real Decreto de 14 de septiembre de 1882*. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&tn=2>>. Acesso em: 31 out. 2017.

ESTEFAM, André. *Direito penal I – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2008.

EVANGELISTA JUNIOR, Osvaldo; SALVADOR, Tiago Antônio. “Ni uma menos”: breve estudo sobre o tratamento jurídico penal do feminicídio na América Latina. In: SÃO PAULO (Estado), *Arquivos da Polícia Civil – Vol. 54*, São Paulo: Acadepol, 2017, p. 27-45.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; DEMERCIAN, Pedro Henrique. Carta branca para PM apreender objetos de crime de policial contra civil é injustificável. *Justificando*, São Paulo, 28 ago. 2017. Disponível em: <www.justificando.com.br>. Acesso em: 13 set. 2017.

FALASCA, José Ângelo. *A Polícia Civil paulista: sua evolução histórica nos períodos colonial, imperial e republicano*. 2007. 54 p. Monografia (Processo seletivo de professor de história da Polícia) - Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”. São Paulo, 2007.

FERNANDES, Antônio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanóide de (Coord.). *Crime organizado. Aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-28.

_____. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: RT, 2002

_____. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício

Zanoide de (Coord.). *Sigilo no processo penal. Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 9-28.

_____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERNANDEZ, José Eduardo Gonzalez. A investigação policial conduzida pelo delegado de polícia à luz da Lei 12.830/13. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, nov. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/45003>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. As alternativas processuais penais ao alcance do delegado de polícia diante da não configuração de um ou mais elementos do crime: aspectos pontuais. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Coord.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática*. São Paulo: Letras jurídicas, 2016, p. 347-371.

FRANCESCHI, Marino. As excludentes de ilicitude penal e a possibilidade de reconhecimento pelo delegado de polícia na atividade policial. In: WENDT, Emerson; LOPES, Fabio Motta (Org.). *Investigação criminal: ensaios sobre a arte de investigar crimes*. Rio de Janeiro: Brasport, 2014, p. 27-41.

GABRIEL, Anderson de Paiva. O contraditório em sede flagrantial. *Portal Jota – Justiça se escreve com Jota*, Brasília, 11 set. 2017. Disponível em: <www.jota.info/colunas/juiz-hermes/o-contraditorio-em-sede-flagrantial-11092017>. Acesso em: 31 out. 2017.

GABRIEL, Anderson de Paiva; SOUZA, David Tarciso Queiroz de. Um indiciamento para quê? In: GUSSO, Rodrigo Bueno; SOUZA, David Tarciso Queiroz de (Org.). *Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um Estado Democrático de Direito*. Empório do Direito: Florianópolis, 2016, p. 39-58.

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

GAYA, Soraya Taveira. *Considerações a respeito do auto de resistência*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 24 ago. 2007. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/4177/consideracoes_a_respeito_do_auto_de_resistencia>. Acesso em: 10 nov. 2017.

GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto. Lesões corporais praticadas no futebol e seus reflexos criminais. In: GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto; GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto (Coord.). *Direito desportivo: aspectos penais e trabalhistas atuais*. São Paulo: Editora LTr, 2017, p. 75-83.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GOMES, Jefferson de Carvalho; SAMPAIO JUNIOR, Alberto. Não cabe ao juiz "legislar" e comparar a injúria racial ao racismo. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 nov. 2015.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/nao-cabe-juiz-legislar-comparar-injuria-racial-racismo>>. Acesso em: 16 set. 2017.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O direito ao silêncio na prisão em flagrante*. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Coleção doutrinas essenciais: processo penal – v.2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.1191-1205.

GOMES, Rodrigo Carneiro. A novíssima lei de entorpecentes (Lei 11.343/2006) e as modificações da “ação controlada” ou “não-atuação policial”. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 16, fev. 2007.

_____. Indevida lavratura de termo circunstanciado por policiais militares. In: GOMES, Rodrigo Carneiro; et al. *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 137-144.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. *Audiência de custódia no Brasil e os desafios de sua implantação*. 2017. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. *Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*. Niterói/RJ: Impetus, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUSSO, Rodrigo Bueno; SOUZA, David Tarciso Queiroz de (Org.). *Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um Estado Democrático de Direito*. Empório do Direito: Florianópolis, 2016.

HERBELLA, Fernanda. *Algemas e a dignidade da pessoa humana: fundamentos jurídicos do uso de algemas*. 2005. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito). UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, Osasco, 2005.

_____. *Algemas e a dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Lex Editora, 2008.

_____. Uso de algemas e Lei de Execução Penal. In: SÃO PAULO (Estado), *Arquivos da Polícia Civil – Vol. 55*, São Paulo: Acadepol, 2017, p. 59-66.

HOUAISS, Antônio (1915-1999); VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

ITÁLIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<http://www.quirinale.it/qrnw/costituzione/pdf/costituzione.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2017.

ITÁLIA. *Codice de procedura penal*. Disponível em: <http://www.normattiva.it/static/codici_proc_penale.html>. Acesso em: 31 out. 2017.

JACQUES, Guilherme Silveira. Banco de perfis genéticos – a ciência em prol da justiça. *Revista Jurídica Consulex*, Ano XVII, nº 389, Brasília, abr. 2013.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal – 1º volume – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de; BECHARA, Fábio Ramazzini. Agente infiltrado. Reflexos penais e processuais. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 10, n. 825, 6.out.2005. Disponível em: <www.jus.com.br/artigos/7360>. Acesso em: 30.10.2017.

KEEDY, Edwin. *The preliminary investigation of crime in France*. University of Pennsylvania Law Review, v. 88, n. 4, February, 1940, p. 385-424.

KHALED JUNIOR, Salah (Coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan; Rosa, Alexandre Morais da. Delegados relevantes e lesões insignificantes: a legitimidade do reconhecimento da falta de tipicidade material pela autoridade policial. *Justificando*, São Paulo, 25 nov. 2014. Disponível em: <www.justificando.com.br>. Acesso em: 10 out. 2017.

LACAVA, Thaís Aroca Datcho; SOBRINHO, Mário Sérgio. O sigilo profissional e a produção de prova. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Maurício Zanóide de (Coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 171-202.

LANZA, Raquel Dalla Costa; LEANO, Marcelo Luiz. *Da prisão em flagrante*. Campinas: Agá Juris Editora, 1998.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro, v. II*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

LEITÃO JUNIOR, Joaquim. A prerrogativa da presença do delegado de polícia na realização dos atos de polícia judiciária. *Gen Jurídico*, São Paulo, 6 fev. 2017. Disponível em: <www.genjuridico.com.br>. Acesso em: 30 set. 2017.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LESSA, Marcelo de Lima. *A independência funcional do delegado de polícia paulista*. São Paulo: Adpesp - Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, 2012.

_____. *Boletim de ocorrência. Legislação, normas administrativas e procedimentos*. São Paulo: Adpesp - Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, 2011.

_____. Excesso de tiros na legítima defesa: existe um termômetro preciso de reação quando a vida de um inocente está em perigo? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, jan. 2018. Disponível em: <www.jus.com.br/artigos/63180>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. *O sigilo na fase inquisitiva*. São Paulo: Informativo Adpesp – Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, 2004.

LIMA, Marco Antônio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Monique Patrícia Ferreira. Participação da defesa e produção de provas no inquérito policial. In: SÃO PAULO (Estado), *Arquivos da Polícia Civil* – Vol. 55, São Paulo: Acadepol, 2017, p. 157-166.

LIMA, Murillo Ribeiro de. Princípio da insignificância e sua aplicação pelo delegado de polícia. In: CHAVES, José Mário (Org.). *Tópicos essenciais de direito criminal*. Juiz de Fora/MG: Editar, 2017, p. 205-230.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Impetus, 2013.

LOBOSCO, Fabio. A incoerência jurídica do indiciamento em crime de menor potencial ofensivo. *Migalhas*, 08 ago. 2012. Disponível em: <www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI161126,41046>. Acesso em: 13 out. 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Lei 13.491/17 fez muito mais do que retirar os militares do tribunal do júri. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 20 out. 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-out-20/limite-penal-lei-134912017-fez-retirar-militares-tribunal-juri>. Acesso em: 24 out. 2017.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury; KLEIN, Roberta Coelho. O indiciamento e a Lei 12.830/2013: um avanço, mas não o suficiente. *Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 21, nº 249, agosto/2013, p. 5-6.

LOPES, Fábio Motta. *Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LUCCA, José Carlos de. *Justiça além da vida*. São Paulo: Petit, 2001.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Investigação preliminar: por uma política de redução de dor. In: KHALED JUNIOR, Salah (Coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 333-343.

_____. Lei 13.491/2017: o Brasil na contramão da democracia e dos direitos humanos. *IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 25, nº 300, novembro/2017, p. 7-8.

_____. Letalidade e vitimização policial. In: MACHADO, Leonardo Marcondes; *et al.* *Polícia judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 217-220.

_____. Investigação criminal como pré-jogo da persecução penal. In: MACHADO, Leonardo Marcondes; *et al.* *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 234-237.

MACHADO, Leonardo Marcondes; FAVERI, Fernando de. *Ensino policial de alteridade: um ensaio crítico pela superação do paradigma da guerra*. In: GUSSO, Rodrigo Bueno; SOUZA, David Tarciso Queiroz de (Org.). *Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um Estado Democrático de Direito*. Empório do Direito: Florianópolis, 2016, p. 83-100.

- MACIEL, Silvio; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Prisões e medidas cautelares. Comentários à Lei 12403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MAGNO, Levy Emanuel. *Curso de processo penal didático*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MALTA, Tostes. *Do flagrante delicto*. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933.
- MANZANO, Luis Fernando de Moraes. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARREIRO, Tilly Agra Oliveira; MOUSINHO, Paulo Reyner Camargo. Ilícito hermenêutico só para delegado de polícia?. *Justiça & Polícia – sobre direito e segurança pública*, Macapá, 11 jul. 2017. Disponível em: <<http://juspol.com.br/2017/07/11/ilicito-hermeneutico-so-para-delegado-de-policia/>>. Acesso em: 23 out. 2017.
- MARREY, Adriano. *Legítima defesa exclui possibilidade de prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 665, 1991, p. 386-387.
- MARTÍNEZ, Augusto Arciniegas. *Policía judicial y sistema acusatório*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Prefácio. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro Lucio (Coord.). *Investigação criminal conduzida por delegado de polícia: comentários à Lei 12.830/2013*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 15-17.
- MARUCA, José Eduardo. *Autoridade policial em face das excludentes de ilicitude*. Adesp - Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, ago. 2009. Disponível em: <<http://www.adesp.org.br/artigos-exibir?art=95>>. Acesso em 23 set. 2017.
- MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado – parte geral*. São Paulo: Método, 2013.
- MASSON, Cleber Rogério; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. São Paulo: Método, 2017.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MESSA, Ana Flávia. *Prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MINAGÉ, Thiago. *Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORAES, Bismael Batista de. *Direito e polícia: uma introdução à polícia judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- MORAES, Maurício Zanóide de. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, v.31, n. 113, set. 2011, p. 92-100.
- _____. Esgrimando com o professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: os inexistentes poderes investigatórios criminais do Ministério Público. *Revista do Advogado*, nº 78, v. 24, 2004, p. 67-74.

_____. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Maurício Zanóide de (Coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 29-55.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. A defesa no inquérito policial. *Revista de Direito de Polícia Judiciária*, ano 1, n. 2, jul.-dez.2017. Brasília: Academia Nacional de Polícia. 2017, p. 49-100.

_____. A hodierna apresentação espontânea em face da prisão em flagrante. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, abr. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24187>>. Acesso em: 17 set. 2017.

_____. Condução coercitiva e polícia judiciária. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, out. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34866>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

_____. Qualificadora do “homicídio funcional” e morte decorrente de intervenção policial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 105, vol. 972, Outubro/2016, p. 275-294. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. O feminicídio e a Lei Maria da Penha. In: SÃO PAULO (Estado), *Arquivos da Polícia Civil – Vol. 54*, São Paulo: Acadepol, 2017, p. 64-81.

_____. O indiciamento sob o enfoque material e a Lei Federal nº 12.830/2013 (investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia). *Revista da Academia de Polícia Civil do Estado de São Paulo*, dez. 2013, v.2, n.2. São Paulo: Acadepol, 2013.

_____. *O inquérito policial como instrumento de apuração das infrações penais à luz dos princípios constitucionais*. 2012. 78 p. Monografia (Processo Seletivo de Professor de Inquérito Policial) – Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”. São Paulo, 2012.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; LESSA, Marcelo de Lima; BARROS FILHO, Mário Leite de. Polícia judiciária de Estado e a independência funcional do delegado de polícia. In: SÃO PAULO (Estado), *Arquivos da Polícia Civil – Vol. 53*, São Paulo: Acadepol, 2015, p. 10-29.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; MORAES JUNIOR, João Antônio de. A vedação de prisão e o polêmico artigo 236 do Código Eleitoral: a proibição de cumprimento de ordens de prisão no período eleitoral. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, 3 out. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31576>>. Acesso em: 24 out. 2017.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JUNIOR, Jaime. Detetive particular e a devida investigação criminal. *Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 25, nº 297, agosto/2017, p. 6-7.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JUNIOR, Jaime. *Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. São Paulo: Verbatim, 2017.

MOREIRA, Carlos Eduardo Lamas; MOREIRA, Sérgio Luís Lamas. O princípio da insignificância e sua aplicação pelo delegado de polícia. In: BEZERRA, Clayton da Silva;

AGNOLETTO, Giovani Celso (Coord.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática*. São Paulo: Letras jurídicas, 2016, p. 329-345.

MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código penal comentado*. São Paulo: Rideel, 2010.

MOTA, Juliana Rosa Gonçalves. *Crítica livre: o gongorismo forense que permeia os atos de polícia judiciária – necessidade ou preciosismo*. 2013. 53 p. Monografia (Processo Seletivo de Professor de Redação Oficial) – Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”. São Paulo, 2013.

MOSQUERA, Gilbert Stein Vergara; GARCÍA, Luis Enrique Abadia. *Manual del sistema acusatorio*. Bogota: Ediciones Nueva Juridica, 2016.

MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MUNHOZ, Maria Letícia Puglisi; BRANDÃO, Juliana Ribeiro. Nas entrelinhas da distinção de injúria racial e racismo. *Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim*. n. 285, ago. 2016, p. 17-18.

NEERZOW, Taís Bee Wittée. A análise de excludentes de ilicitude na autuação em flagrante delito. In: WENDT, Emerson; LOPES, Fabio Motta (Org.). *Investigação criminal: ensaios sobre a arte de investigar crimes*. Rio de Janeiro: Brasport, 2014, p. 60-69.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. O delegado de polícia e o juízo de tipicidade: um olhar sob a ótica da insignificância. In: *Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 130-131.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*, 8ª edição, São Paulo: RT, 2008.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Os mitos da audiência de custódia*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigos/guilherme-nucci/processo-penal/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>>. Acesso em 25 set. 2017.

_____. *Prisão e liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de dezembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Andréia Ribeiro; TÓPOR, Klayton Augusto Martins. *Audiência de custódia: controle jurisdicional da prisão em flagrante*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

OLIVEIRA, Alexandre Pinto de. *A conduta policial e as técnicas de abordagem à luz da doutrina de direitos humanos na missão constitucional da Polícia Civil*. 2016. 107 p. Monografia (Processo seletivo de professor de conduta policial e técnicas de abordagem) - Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”. São Paulo, 2016.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de; BARROS FILHO, Mário Leite de. *Resgate da dignidade da polícia judiciária brasileira: a história da luta pelos direitos e prerrogativas das autoridades policiais*. São Paulo: Edição dos autores, 2010.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

PAGLIONE, Eduardo Augusto. A prisão em flagrante e as causas excludentes da antijuridicidade. *Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v.15, set. 2007, p. 15-17.

_____. *O regime militar e a ação policial civil: a tortura como meio, o poder como fim*. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PALAZZOLO, Massimo. *Persecução penal e dignidade da pessoa humana*. Editora Quartie Latin: São Paulo, 2007.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Direito penal: parte geral*. Barueri, SP: Manole, 2015.

PAULA, Fernando Shimidt de. *O criptoindiciamento como problema estrutural da Polícia Civil paulista*. 2016. 244 p. Monografia (Curso de Especialização em Polícia Judiciária e Sistema de Justiça Criminal do Centro de Estudos Superiores da Polícia Civil “Prof. Maurício Henrique Guimarães Pereira”) – Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, São Paulo, 2016.

PAULO FILHO, Caetano. *As excludentes de ilicitude na fase pré-processual e seus reflexos no direito administrativo disciplinar*. 2010. 96 p. Monografia (Curso de Especialização em Polícia Judiciária e Sistema de Justiça Criminal do Centro de Estudos Superiores da Polícia Civil “Prof. Maurício Henrique Guimarães Pereira”) – Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, São Paulo, 2010.

PERAZZONI, Franco. Delegado de Polícia: um breve histórico e análise do papel que desempenha atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTO, Giovani Celso (Org.). *Inquérito policial: doutrina e prática*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015, p. 19-43.

PERAZZONI, Franco; SILVA, Wellington Clay Porcino. Inquérito policial: um instrumento eficiente e indispensável à investigação. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v.6, n.2, p-77-115, Edição Especial – jul/dez, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.dpf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/385>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal – O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3. ed., São Paulo, RT, 2001.

PEREIRA, Eliomar da Silva. Direito de polícia judiciária: introdução às questões fundamentais. *Revista de Direito de Polícia Judiciária*, ano 1, n. 1, jul.-dez.2017. Brasília: Academia Nacional de Polícia. 2017, p. 25-58.

PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro Lucio (Coord.). *Investigação criminal conduzida por delegado de polícia – comentários à Lei 12.830/2013*. Curitiba: Juruá, 2013.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Barueri/SP: Javoli, 1983.

PIMENTEL JÚNIOR, Jaime. Existe flagrante prorrogado, postergado ou diferido? *Revista jurídica da Libertas Faculdades Integradas*, São Sebastião do Paraíso, n. 1, ano 7, 2017.

PINTO, Adilson José Vieira. *O inquérito policial à luz dos direitos e garantias individuais da constituição federal de 1988*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 7, n. 27. jul. – set., 1999.

PINTO, Ronaldo Batista. Medidas protetivas pelo delegado de polícia no âmbito de crimes domésticos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 21, n. 4772, 25 jul. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50808>>. Acesso em: 27 out. 2017.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Inquérito policial: exercício do direito de defesa. *Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 7, Edição Especial, nº 83, outubro/1999.

_____. *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987.

PIZZOLATTI, Victor Hugo Ehmke. A derrotabilidade (*defeasibility*) das regras e a prisão do Senador Delcídio do Amaral pelo Supremo Tribunal Federal. *Empório do Direito*, Florianópolis, 09 dez. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/backup/a-derrotabilidade/>>. Acesso em: 20 out. 2017.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> . Acesso em: 31 out. 2017.

_____. *Código de Processo Penal de Portugal*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 31 out. 2017.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de (Coord.). *Manual de polícia judiciária: doutrina, modelos, legislação*. São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2012.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi. *Crime organizado no Brasil*. São Paulo: Iglu Editora, 1998.

_____. *Prática do inquérito policial*. São Paulo: Iglu, 1997.

QUEIROZ, David. *Delegado de polícia, o primeiro garantidor de direitos fundamentais! Mas quem garante os direitos do garantidor?* *Empório do Direito*, 02 jul. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/delegado-de-policia-o-primeiro-garantidor-de-direitos-fundamentais-mas-quem-garante-os-direitos-do-garantidor-por-david-queiroz/>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2016.

REMUS, Vivian do Nascimento; WENDT, Emerson. Análise sobre a valoração judicial das provas produzidas na formalização do auto de prisão em flagrante. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 105, vol. 972, Outubro/2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 315-335.

RICCI, Marcelo Assiz. Audiência de custódia: inviabilidade. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, 04 ago. 2015. Disponível em: <www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/audiencia-de-custodia-inviabilidade/15623>. Acesso em: 25 out. 2017.

RODRIGUES, Nathalie Murcia. O indiciamento sob um viés garantista. *Jusbrasil*, Salvador, fev. 2017. Disponível em: <<https://nathaliemurcia.jusbrasil.com.br/artigos/433673789/o-indiciamento-sob-um-vies-garantista>>. Acesso em: 21 out. 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da; BERCLAZ, Márcio Soares. Prisões em flagrante não motivadas devem ser anuladas. *Revista Consultor Jurídico*, 4 jun. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-04/prisoes-flagrante-fundamentacao-anuladas>>. Acesso em: 3 out. 2017.

ROSA, Alexandre Morais da; MOREIRA, Rômulo de Andrade. Para (não) entender a prisão de um Senador pelo STF. *Empório do direito*, Florianópolis, 26 nov. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/backup/para-nao-entender-a-prisao-de-um-senador-pelo-stf-por-romulo-de-andrade-moreira-e-alexandre-morais-da-rosa/>>. Acesso em: 20 out. 2017.

ROSA, Inocêncio Borges da. *Processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942, v. II.

ROSA, Paulo Della. *Nobre Majura!* Blog Delegado Poeta. Disponível em: <www.delegadopoeta.com.br>. 20 jan. 2015. Acesso em: 02 set. 2017.

ROVÉGNO, André. *O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa*. Campinas: Bookseller, 2005.

SAAD, Marta. A defesa técnica dos presos em flagrante delito. *Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 173, v. 14, 2007, p. 6.

_____. Direito ao silêncio na prisão em flagrante. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 423-453.

_____. Indiciamento como ato fundamentado da autoridade policial. *Boletim informativo IBRASPP – Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal*. Ano 03, nº 05, 2013, p. 19-21.

_____. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SABELLA, Walter Paulo. Independência funcional e ponderação de princípios. *Revista Justitia*, São Paulo, 2007. Disponível em: <www.revistajustitia.com.br/artigos/y58056.pdf>. Acesso em: 29 set. 2017.

SAMPAIO FILHO, Walter Francisco. *Prisão em flagrante: a aplicação do devido processo*

legal. São Paulo: Rideel, 2005.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANNINI NETO, Francisco. *Inquérito policial e prisões provisórias*. São Paulo: Ideias & Letras, 2014.

_____. Prisão em flagrante por videoconferência. *Canal Ciência Criminais*, Porto Alegre, 16, set. 2016. Disponível em: <www.canalcienciascriminais.com.br>. Acesso em: 30 set. 2017.

SANTANIELI, Gislaire Aparecida. *O princípio nemo tenetur se detegere e sua aplicabilidade nas atividades de polícia judiciária*. 2012. 68 p. Monografia (Curso de Especialização em Direitos Humanos e Segurança Pública no Brasil do Centro de Estudos Superiores da Polícia Civil “Prof. Maurício Henrique Guimarães Pereira”) – Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, São Paulo, 2012.

SANTOS, Célio Jacinto dos. A polícia judiciária no Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito de Polícia Judiciária*, ano 1, n. 2, jul.-dez.2017. Brasília: Academia Nacional de Polícia. 2017, p. 81-128.

_____. *Investigação criminal especial: seu regime no marco do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

SANTOS, Célio Jacinto dos. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; DEZAN, Sandro Lucio (Coord.). *Investigação criminal conduzida por delegado de polícia – comentários à Lei 12.830/2013*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 35-68.

SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016.

SEGANTIN JR., Luis Francisco; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; FONSECA, José Vicente Barreto; FERNANDES, Robinson. A atividade de polícia judiciária e o combate à corrupção. *48 visões sobre a corrupção*. CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; et al (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 337-366.

SIFFERMANN, Thiago; BRAGA, Rilmo. Flagrante cataléptico. *Empório do Direito*, Florianópolis, 15 nov. 2017. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/flagrante-cataleptico-por-thiago-siffermann-e-rilmo-braga>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

SILVA, Germano Marques. *Curso de processo penal*. Lisboa: Verbo, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Geraldo. *O inquérito policial e a polícia judiciária*. Campinas: Millenium, 2002.

SILVA, Laudelina Inácio da; COSTA, Adriano Sousa. *Prática policial sistematizada*. Niterói/RJ: Impetus, 2014.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. *Inquérito policial – uma análise jurídica e prática da fase pré-processual*. Campinas/SP: Millenium, 2014.

SIMONATO, Leonardo de Souza. O delegado de polícia e a liberdade provisória com fiança. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, 26 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19634>>. Acesso em 17 out. 2017.

SODRÉ, Filipe Knaak. Crime doloso contra a vida praticado por policial militar contra civil: quem investiga? *Boletim informativo IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. V. 23, nº 268, 2015, p. 5-7.

SOUZA, David Tarciso Queiroz de. Direito ao silêncio na fase policial. *Empório do Direito*, Florianópolis, 29 jun. 2016. Disponível em: <www.emporiiododireito.com.br/backup/direito-ao-silencio/>. Acesso em: 29 set. 2017.

_____. Direito ao silêncio na fase policial – segunda parte. *Empório do Direito*, Florianópolis, 27 jul. 2016. Disponível em: <www.emporiiododireito.com.br/backup/direito-ao-silencio-segunda-parte/>. Acesso em: 29 set. 2017.

_____. Tem alguém aí? O direito ao silêncio na fase policial – terceira parte. *Empório do Direito*, Florianópolis, 28 set. 2016. Disponível em: <www.emporiiododireito.com.br/backup/tem-alguem-ai-o-direito-ao-silencio-na-fase-policial-terceira-parte-por-david-queiroz/>. Acesso em: 29 set. 2017.

SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. O sigilo no processo criminal e o interesse público à informação. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Maurício Zanóide de (Coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 203-238.

SOUZA, Taiguara Libano Soares. *Constituição, segurança pública e estado de exceção permanente: a biopolítica dos autos de resistência*. 2010. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

SPITZCOVSKY, Celso. *Direito administrativo*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. *Criminologia: teoria e prática*. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2015.

_____. *Direito penal – parte geral*. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2016.

_____. Prisão em flagrante nos crimes de ação penal privada. *Jus Navigandi*, Teresina, maio 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6759>>. Acesso em: 17 out. 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

TEIXEIRA, Renildo do Carmo. *Da prisão em flagrante*. Leme/SP: Editora de Direito, 1997.

TEODORO, Frediano José Momesso. A aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial. *Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 24, nº 284, dez. 2016, p. 14-15.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Instituições de processo penal – v.1*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.

TRINDADE, Daniel Messias da. *O garantismo penal e a atividade de polícia judiciária*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- TUCUNDUVA, Ricardo Cardozo de Mello. *Justiça e liberdade: a dignidade da pessoa humana e o equilíbrio social*. 2014. 126 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.
- _____. *O sigilo no inquérito policial*. 2011. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.
- TUCUNDUVA, Ricardo Cardozo de Mello (Coord.). *Manual prático de apuração do crime de “embriaguez ao volante”*. São Paulo: Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, 2013.
- _____. *Manual prático de polícia judiciária eleitoral*. São Paulo: Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, 2014.
- VADELL, Lorenzo Bujosa. Imputación y detención policial. Perspectiva española. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Temuco, ago-set. 2012, vol. 3, nº 2, p. 11-35.
- VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória. *Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 24, nº 283, junho/2016, p. 5-6.
- VERGAL, Sandro. *Criminologia tridimensional: do direito à segurança pública eficiente*. Curitiba: Juruá, 2015.
- VOLTAIRE, François-Marie Arouet. *O preço da justiça* (título original: *Du juste et de l’injuste; Prix de la justice et de l’humanité*). 1777. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- WENDT, Emerson; LOPES, Fabio Motta (Org.). *Investigação criminal: ensaios sobre a arte de investigar crimes*. Rio de Janeiro: Brasport, 2014.
- ZACCARIOTTO, José Pedro. *A polícia judiciária no Estado Democrático*. Sorocaba: Brazilian Books, 2005.
- ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Atuação investigatória do Ministério Público: um convite à reflexão*. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, nº 23, dez. 2004, p. 6-7.
- _____. *Liberdade! Abre as asas sobre nós*. Boletim do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 91, jun. 2000, p. 451.
- ZOMPERO, Marcelo da Silva; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. Fase policial do procedimento sumaríssimo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, set. 2010. Disponível em: <www.jus.com.br/artigos/17477>. Acesso em: 25 out. 2017.