

A PRISÃO EM FLAGRANTE NA CONSTITUIÇÃO

MARCELO CARDOZO DA SILVA

Porto Alegre

2007

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha pequena grande família: à minha amada esposa, Gi; à minha mãe, Marlene; à minha irmã, Ana Lúcia; às minhas sobrinhas, Ellen e Maria; à memória de meu pai, Valter; à memória de meu padrasto, seu Melgaré.

AGRADECIMENTOS

Rendo minha profunda gratidão, inicialmente, ao Professor Doutor Luís Afonso Heck pela efetiva, competente, franca, gentil orientação recebida, que se deu sob todos os aspectos deste trabalho, inclusive com a indicação e o empréstimo de material bibliográfico. Seu rigor científico e suas apuradas observações, sugestões, críticas e correções foram decisivos para a confecção deste trabalho e fundamentais para a colheita dos resultados.

Manifesto minha gratidão, também, a Luciano Feldens pelo permanente e desafiante diálogo, pelas diversas críticas e sugestões, tecidas ao longo de discussões sempre proveitosas, pelo apoio sempre recebido, pelo material bibliográfico indicado e emprestado. A Gueverson Rogério Farias, com quem, desde 2002, discuto acerca dos temas tratados nesta dissertação, por todos os profícuos diálogos mantidos, que foram basilares para a compreensão de muitos aspectos desenvolvidos nesta obra. A Roger Raupp Rios pelo apoio, pelas múltiplas e proveitosas orientações, que provêm desde muito antes do curso de mestrado. A Germano Alberton Júnior pela leitura atenta, pelas sugestões e críticas, pelos constantes diálogos travados, pelo apoio recebido. A Andrei Zenkner Schimitt pela leitura e pelas diversas críticas e sugestões apresentadas. À Eliane Costa Leite, secretária do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pela atenção, presteza e gentileza.

Muito quero agradecer à minha querida mãe, Marlene Cardozo da Silva, por tudo o que fez e que tem feito, com tantos esforços, para que eu pudesse colher os resultados de hoje, quer em minha vida pessoal, quer em minha vida profissional e acadêmica. E à minha irmã, Ana Lúcia Cardozo da Silva, pelo apoio, pelo incentivo, pela fraternidade de sempre.

Manifesto minha especial gratidão, por fim, à minha amada esposa, Gisele Simone Scherer da Silva, pelo permanente e incondicional apoio e incentivo, pela compreensão, pela intensa participação que teve em todos os momentos, por conceder-me a base sobre a qual pude reunir forças para escrever este trabalho. Gi, obrigado por tudo.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade
BVerfGE – Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
CE – Constituição Espanhola
CF – Constituição Federal
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
CTB – Código de Trânsito Brasileiro
CTN – Código Tributário Nacional
ed. – edição
Ed. – Editora
DJ – Diário da Justiça
HC – Habeas Corpus
LECrim – Ley de Enjuiciamiento Criminal
p. – página
t. – tomo
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
ss – seguintes
STC – Sentencia del Tribunal Constitucional de España
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul
v. – volume
v.g. – verbi gratia

PREFÁCIO

A liberdade da pessoa fez parte desde o início dos direitos do homem. Isso é certificado pela petição de direitos, de 1632, pelo ato do habeas corpus de Carlos II, de 1679, pela declaração de direitos de Virgínia, de 1776, pelo artigo 7 e 9 da declaração dos direitos do homem e do cidadão da assembléia nacional francesa, de 1789. Como direito fundamental, ela encontra a sua proteção jurídico-constitucional no artigo 2, alínea 2, frase 2, da lei fundamental,¹ de 1949, e no artigo 5, inciso XV, da constituição federal,² de 1988. No plano internacional, ela está prescrita no artigo 5 da convenção europeia para a proteção dos direitos do homem e liberdades fundamentais, de 1950.³ Cada um possui como cunhagem da dignidade humana⁴ uma pretensão jurídica original de consideração e asseguramento de sua liberdade pessoal perante domínio público, especialmente, estatal, mas também perante forças sociais.

O exposto permite colocar algumas questões, e precisamente, em dois planos: no da hermenêutica e no do discurso jurídico.

¹ Artigo 2, alínea 2, da lei fundamental: „Cada um tem o direito à vida e à integridade corporal. A liberdade da pessoa é inviolável. Nesses direitos poderá somente com base em uma lei ser intervindo.“ Esse artigo é complementado pelo artigo 104, da lei fundamental, impresso em: HECK, Luís Afonso (tradutor). *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2006. Este artigo, por sua vez, é equiparado aos artigos de entrada da lei fundamental, nos quais estão situados os direitos fundamentais. Ver sobre isso HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, página 225, número de margem 277. Sobre este artigo, por fim, ver HECK, L. A. *As garantias jurídico-constitucionais do acusado no ordenamento jurídico alemão*, in: Revista Jurídica, ano 54, n. 340, fevereiro de 2006, página 97 e seguintes.

² Artigo 5, alínea XV, da constituição federal: „é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.“

³ Se se compara o artigo 1, alínea 2, da lei fundamental [O povo alemão professa-se, por isso, por direitos do homem invioláveis e inalienáveis como fundamento de cada comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.], com o artigo 5, § 3, da constituição federal [Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.], por um lado, e por outro, o artigo 1, alínea 3, da lei fundamental [Os direitos fundamentais que seguem vinculam dação de leis, poder executivo e jurisdição como direito imediatamente vigente.], com o artigo 5, § 1, da constituição federal [As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.], juntamente com o artigo 1, alínea 1, da lei fundamental [A dignidade da pessoa é intangível. Considerá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder estatal], e o artigo 1, inciso III, da constituição federal [a dignidade da pessoa humana], então se mostra nisso que a constituição federal, também no decorrer de sua existência, colocou-se ao lado das constituições que tomam como base uma concepção de ordem fundamental democrático-liberal.

⁴ Nessa conexão deve ser citado Kant: „A humanidade mesma é uma dignidade; porque o homem de nenhum homem (nem de outros, nem até de si mesmo) pode ser empregado meramente como meio, mas deve, a qualquer hora, simultaneamente, como finalidade, e nisso consiste, precisamente, sua dignidade (a personalidade), por isso ele é superior a todos os outros seres do mundo, que não são homens e, pois, podem ser empregados, portanto, a todas as coisas“ (KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*. Zweiter Teil. Hamburg: Meiner, 1990, S. 110). Ademais, „No reino das finalidades tudo tem ou um preço ou uma dignidade. O que tem um preço, em seu lugar pode também algo diferente como equivalente ser fixado; o que, ao contrário, é superior a todo preço, portanto, nenhum equivalente permite, isso tem uma dignidade“ (KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. 7. Aufl. Hamburg: Meiner, 1994, S. 58, pontuação no original).

1. Plano da hermenêutica

Aqui interessa a seguinte questão: toda suspensão de juízos, mas, portanto, e tanto mais, a de pré-juízos, tem, visto logicamente, a estrutura da pergunta.⁵ Isso aponta, em continuidade, para dois pontos.

1.1 A primazia hermenêutica da questão⁶

Na essência da questão reside que ela tem um sentido. Sentido é, porém, sentido de direção. O sentido da questão é, portanto, a direção na qual a resposta somente se pode realizar, se ela quer ser resposta cheia de sentido, conforme o sentido.

O oblíquo de uma questão consiste nisto, que a questão não observa um sentido de direção real e, por isso, não possibilita uma resposta. Semelhante nós dizemos de afirmações, que não são totalmente falsas, mas também não corretas, que elas são oblíquas.

À medida que a questão põe no aberto, ela sempre abrange ambos, tanto o julgado no sim como o no não. Nisso baseia-se a relação essencial entre questionar e saber. Porque representa a essência do saber, não só apreciar algo corretamente, mas, equiparado com isso, e do mesmo fundamento, excluir o incorreto. A decisão da questão é o caminho para o saber. Pelo que uma questão é decidida, é o preponderar dos fundamentos a favor de uma possibilidade e contra a outra.

Platão mostra em suas apresentações inesquecíveis em que consiste a dificuldade de saber o que não se sabe. É o poder da opinião, contra a qual a confissão do não-saber é tão difícil de obter. Opinião é aquilo que reprime o questionar.

Conduzir uma conversa significa pôr-se sob a condução da matéria, à qual os parceiros de conversa estão dirigidos. Conduzir uma conversa pede não argumentar abaixo o outro, mas, ao contrário, considerar realmente o peso material da outra opinião. Ela é, por isso, uma arte do provar. A arte do provar é, porém, a arte do questionar. Porque nós vimos: questionar significa expor e pôr no aberto.

⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. Bd. 1, 6. Aufl., Tübingen: Mohr, 1990, S. 304. Versão portuguesa: *Verdade e método*. 7 ed., Petrópolis: Vozes, 2005, página 396. Tradução: Flávio Paulo Meurer; revisão: Enio Paulo Giachini.

⁶ Ver para isso e para o que segue, GADAMER, H.-G. (nota 5), S. 368 ff.; página 473 e seguintes.

1.2 Hermenêutica jurídica⁷

A pertença do intérprete a um texto é como a pertença do ponto visual à perspectiva dada em uma imagem. Não se trata disto, que se deve procurar e ocupar esse ponto visual como um lugar, mas que, aquele que entende, não escolhe arbitrariamente o seu ponto de vista, mas encontra o seu lugar dado. Assim, para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule de modo igual todas as partes da comunidade jurídica. Onde isso não é o caso, onde, por exemplo, como no absolutismo, a vontade do soberano absoluto está acima da lei, não pode haver nenhuma hermenêutica, uma vez que um soberano pode explicar suas palavras também contra as regras da interpretação comum. Porque lá a tarefa, sim, de modo algum, está colocada, interpretar a lei de modo que no sentido jurídico da lei o caso concreto é decidido justamente. A vontade, não vinculada pela lei, do monarca pode, pelo contrário, produzir aquilo que lhe parece *justo*, sem consideração à lei, e isso quer dizer, *sem o esforço da interpretação*. A tarefa do entender e do interpretar existe precisamente só lá onde algo está assim fixado que ele, como o fixado, é não-anulável e vinculativo.

A tarefa da interpretação é a da *concretização da lei* no caso respectivo, portanto, a tarefa da *aplicação*. A prestação produtiva do complemento do direito, que ocorre com isso, é certamente reservada ao juiz que, porém, rigorosamente está sob a lei como cada outra parte da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem jurídica reside que a sentença do juiz não resulta de um arbítrio imprevisível, mas da ponderação justa do todo. A tal ponderação justa está em condições cada um, que se aprofundou na plena concreção da situação fática. Por isso mesmo, em um estado de direito existe certeza jurídica. Pode-se, segundo a idéia, saber onde se está. Cada advogado e assessor tem a possibilidade fundamental de assessorar corretamente, isto é, predizer corretamente a decisão judicial em virtude das leis existentes. A tarefa da concretização não consiste, certamente, em um mero conhecimento dos parágrafos. Deve-se, naturalmente, também conhecer a jurisprudência, se se quer apreciar juridicamente o caso dado, e todos os elementos que determinam a mesma. Mas nenhuma outra pertença à lei é aqui exigida que precisamente esta, que o ordenamento jurídico é reconhecido como válido para cada um, que, portanto, não existe ninguém excetuado dela. É, por isso, fundamentalmente, sempre possível compreender o ordenamento jurídico como tal e isso significa assimilar dogmaticamente cada complemento do direito ocorrido. Entre hermenêutica jurídica e dogmática jurídica existe, portanto, uma relação de essência, na

⁷ Ver para isso e para o que segue, GADAMER, H.-G. (nota 5), S. 330 ff., pontuação no original; página 426 e seguintes.

qual a hermenêutica tem a primazia. A idéia de uma dogmática jurídica perfeita pela qual cada sentença tornar-se-ia um mero ato de subsunção é insustentável.

A história da hermenêutica mostra como a interrogação de textos é determinada por uma pré-compreensão extremamente concreta.⁸

Nós podemos, assim, realçar como o verdadeiramente comum a todas as formas de hermenêutica, que na interpretação o sentido a ser compreendido primeiro se concretiza e consoma, mas que, não obstante, essa ação interpretadora segue completamente vinculada ao sentido do texto. Nem o jurista nem o teólogo vê na tarefa da aplicação uma liberdade perante o texto.⁹

Interpretar se precisa lá onde o sentido de um texto não se deixa entender imediatamente.

O sentido de aplicação, que existe em todas as formas do entender, agora se esclareceu. Aplicação não é uma aplicação posterior de algo dado geral, que inicialmente foi entendido em si, a um caso concreto, mas é primeiro a compreensão real do próprio geral, que o texto dado é para nós.

2. Plano do discurso jurídico

Trata-se, aqui, por um lado, do modelo de norma, isto é, o semântico, e, por outro, da argumentação jurídica.

2.1 O conceito de norma semântica¹⁰

Esse conceito parte da distinção entre norma e proposição normativa. Uma proposição normativa é uma proposição pela qual, por exemplo, é expresso um direito fundamental. Uma norma é a expressão daquilo que é fixado pela proposição. Dito de outro modo: uma norma é o significado de uma proposição normativa. Se se pergunta, agora, em que plano devem ser procurados critérios para a identificação de normas, então a resposta diz:

⁸ Expresso de outra forma, o agente deve ver a situação concreta na luz daquilo que dele, em geral, é pedido. Mas isso quer dizer, negativamente, que um saber, em geral, que não se sabe aplicar na situação concreta permanece sem sentido, sim, ameaça obscurecer as exigências concretas que partem da situação (GADAMER, H.-G. (nota 5), S. 318; página 412 e seguinte).

⁹ Ser interpretação da vontade legal, interpretação da promessa divina, isso notoriamente não são formas de domínio, mas de serviço. No serviço daquilo que deve valer, elas são interpretações que incluem aplicação (GADAMER, H.-G. (nota 5), S. 316; página 411). Ademais: o sentido da lei, que se comprova em sua aplicação normativa, não é, em princípio, de outra forma como o sentido do objeto, que se faz valer no entender de um texto (GADAMER, H.-G. (nota 5), S. 316; página 410).

¹⁰ Ver para isso e para o que segue, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 42 ff. Versão espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 50 e seguintes. Tradução: Ernesto Garzón Valdés.

não no plano da proposição normativa, mas no da norma. Tal critério deixa-se formular com o auxílio das modalidades deônticas, ou seja, as modalidades fundamentais deônticas da ordenação, da proibição e da permissão.¹¹ Isso leva, por sua vez, à teoria da argumentação jurídica.

2.2 Teoria da argumentação jurídica¹²

A questão sobre a segurança do fundamentar jurídico-fundamental formula somente um aspecto do problema geral, se a ciência do direito dispõe de critérios e regras que permitem distinguir fundamentações jurídicas corretas e falsas. Responder a isso é tarefa da teoria da argumentação jurídica.¹³ Aqui, deve tratar-se dos problemas particulares da argumentação *jurídico-fundamental*.

Ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é que no fundamentar jurídico, em último lugar, sempre se trata de questões práticas, portanto, disto, o que é ordenado, proibido ou permitido. Em todos os casos mais ou menos problemáticos valorações são necessárias, que não se deixam desprender coercitivamente do material dado, fundado em autoridade. A racionalidade do discurso jurídico depende, com isso, essencialmente disto, se e em qual proporção essas valorações adicionais são suscetíveis de um controle racional.

A questão sobre a racionalidade do fundamentar jurídico leva, assim, à questão sobre a fundamentabilidade geral de sentenças práticas gerais ou morais. A discussão dessa questão foi longamente prejudicada por uma contraposição infrutífera de duas posições fundamentais, que se apresentam em variantes sempre novas, de posições subjetivistas, relativistas, decisionistas e/ou irracionaisistas, por um lado, e posições objetivistas,

¹¹ Uma outra fortidão do conceito de norma semântica consiste nisto, que ele não só é compatível com teorias de validade de tipo mais diferentes, mas também é pressuposto por elas. Sob uma teoria de validade deve ser entendida uma teoria que oferece critérios para isto, quando uma norma vale. A estrutura formal do núcleo das teorias de validade diferentes pode ser exposta do modo seguinte: se para uma norma *N* são exatos os critérios *K*₁, ..., *K*_n, então *N* vale. Conforme o tipo de critérios deixam-se distinguir tipos diferentes de teorias de validade. À medida que fatos sociais, por exemplo, o cumprimento regular, unidos com o sentimento da vinculação ou a alternativa de cumprimento e sancionamento do não-cumprimento são citados, trata-se de uma teoria de validade *sociológica*. À medida que é mencionada a fixação por uma autoridade autorizada para isso por uma norma de grau superior, deve ser falado de uma *«teoria de validade jurídica»*. À medida que um fundamento moral, por exemplo, uma *«lei natural»*, é considerada como fundamento de validade, existe uma teoria de validade *ética*. Deve ser notado somente que o conceito de norma semântica não pressupõe ou exclui nenhuma dessas teorias (Ver ALEXY, R. (nota 10), S. 49 f., pontuação no original; página 57 e seguinte).

¹² Ver para isso e para o que segue, ALEXY, R. (nota 10), S. 498 f., pontuação no original; página 529 e seguinte.

¹³ Ver para isso ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. Versão espanhola: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Tradução: Manuel Atienza e Isabel Espejo; o mesmo, *Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation*, in: o mesmo, *Recht, Diskurs, Vernunft: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 94 ff. Versão portuguesa: *Direito, discurso, razão: estudos para a filosofia do direito*. Tradução: Luís Afonso Heck (no prelo).

absolutistas e/ou racionalistas, por outro. Para uma tal postura-tudo-ou-nada, contudo, não existe motivo. A discussão ética mais recente, que metodologicamente essencialmente está influenciada pela lógica moderna, filosofia do idioma, teoria da argumentação, da decisão e da ciência e quanto ao conteúdo orientada fortemente por idéias kantianas, mostrou que teorias morais *materiais*, que a cada questão moral dão rigorosamente uma resposta com certeza coercitiva intersubjetivamente, sem dúvida, não são possíveis, que, porém, teorias morais *procedimentais* são possíveis, que formulam regras ou condições do argumentar prático racional. Uma versão particularmente prometedora de uma teoria moral procedimental é a do discurso prático racional.¹⁴

Essas questões estão em conexão com as que compõem o fio vermelho que perpassa este trabalho de Marcelo Cardozo da Silva. Ele foi defendido como dissertação de mestrado na UFRGS diante da banca examinadora composta pelos professores Ângelo Roberto Ilha da Silva, Odone Sanguiné, René Ariel Dotti e Luís Afonso Heck. Ele alcançou a nota máxima. No capítulo primeiro, ele trata das regras e dos princípios: do preceito da proporcionalidade, no segundo, do regime constitucional da prisão em flagrante, no terceiro, das normas paramétricas para a verificação da constitucionalidade/legalidade da prisão em flagrante, no quarto, as garantias constitucionais instituídas por regras na prisão em flagrante e, no quinto, as garantias constitucionais instituídas por princípios na prisão em flagrante. A isso antecede uma introdução e segue uma conclusão. O mérito deste trabalho está, por um lado, em ter situado a prisão em flagrante em perspectiva jurídico-constitucional, isto é, no âmbito dos direitos fundamentais, e, por outro, em ter trabalhado, por exemplo, a ordem pública e a segurança pública, como bens coletivos, ou seja, relacionadas a princípios e, portanto, suscetíveis à *ponderação* e de *argumentação* e não como critério normativo, ou seja, como „aferição de conduta“, que serve à *subsunção*.

Porto Alegre, inverno de 2006
Luís Afonso Heck
Prof. da UFRGS

¹⁴ Ver para isso ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, S. 219 ff.; página 173 e seguintes.

SUMÁRIO

Introdução	21
Capítulo I	
Das regras e dos princípios: do preceito da Proporcionalidade	25
1. Das regras e dos princípios.	25
2. Direitos Fundamentais, Bens Coletivos Constitucionais e Garantias Individuais Constitucionais.	32
2. 1. Direitos Fundamentais.	32
2.1.1. Direitos a algo.	33
2.1.2. Liberdades.	35
2.1.3. Competências.	36
2.2. Bens coletivos constitucionais.	38
2.3. Garantias individuais constitucionais.	39
3. Do preceito da proporcionalidade.	40
3.1. Adequação	42
3.2. Necessidade	43
3.3. Proporcionalidade em sentido estrito	44
4. Algumas referências sobre a aplicação do preceito da proporcionalidade.	46
Capítulo II	
Do regime constitucional da Prisão em Flagrante	55
1. Prisão em flagrante e normas penais incriminadoras: a proteção de direitos fundamentais e de bens coletivos constitucionais.	55
1.1. Normas penais incriminadoras e a proteção de direitos fundamentais e de bens coletivos constitucionais.	55
1.2. A prisão em flagrante e a proteção imediata de direitos fundamentais e de bens coletivos constitucionais.	61

2. A prisão em flagrante e a não-submissão à cautelaridade ínsita às demais modalidades de prisão provisória.	64
2.1. A liberdade provisória como limite de toda prisão cautelar e a prisão em flagrante.	65
2.2. A instrumentalidade das prisões cautelares e a prisão em flagrante.	66
2.3. A imprescindibilidade como critério de toda prisão cautelar e a prisão em flagrante.	69
2.4. A reserva de jurisdição como sede para o decreto de todas as prisões cautelares e a prisão em flagrante.	74
3. Liberdade de locomoção e o preceito da proporcionalidade na prisão em flagrante.	78
3.1. Adequação.	79
3.2. Necessidade.	81
3.3. Proporcionalidade em sentido estrito	81
4. Dos quadrantes de tempo: das estritas coordenadas em que se pode realizar a prisão em flagrante.	84
4.1. Da prisão em flagrante no tempo	84
4.2. Da classificação sugerida das hipóteses de prisão em flagrante.	87
5. A prisão em flagrante enquanto uma restrição que tende para o seu fim: as fases administrativa e judicial da prisão em flagrante.	91
5.1. Da fase administrativa da prisão em flagrante: da prisão-captura ao envio da prisão-administrativa à autoridade judicial.	91
5.1.1. Da prisão-captura em flagrante	91
5.1.2. Da realização da prisão-captura à apresentação do preso à autoridade policial.	93
5.1.3. Da apresentação do preso à autoridade com atribuições para a lavratura do auto.	94
5.1.4. Da prisão-administrativa	95
5.1.5. Da necessidade de célere constituição da prisão-administrativa	97
5.1.6. Do envio da prisão-administrativa à apreciação judicial	100

5.2. Da fase judicial da prisão em flagrante: da homologação ao encerramento da prisão-administrativa.	102
5.2.1. Da verificação sobre a constitucionalidade/legalidade da prisão-captura e da prisão-administrativa: da homologação.	102
5.2.2. Fatos e prisão-administrativa: do âmbito cognitivo judicial.	104
5.2.3. Do encerramento da prisão-administrativa: da manifestação judicial acerca da manutenção da restrição à liberdade de locomoção	106
5.2.4. Liberdade provisória e vedações infraconstitucionais.	111

Capítulo III

Das normas paramétricas para a verificação da constitucionalidade/legalidade da prisão em flagrante	119
---	-----

Capítulo IV

As garantias constitucionais instituídas por regras na prisão em flagrante	123
1. Da garantia do preso de ser informado de seus direitos	123
2. Da garantia do preso de ser informado do direito a permanecer em silêncio.	125
2.1. Do momento da incidência do dever de informação acerca do direito a permanecer em silêncio.	128
2.2. Das consequências do desatendimento da norma.	133
3. Da garantia da comunicação imediata da prisão à autoridade judiciária competente	135
3.1. Do momento da incidência do dever de comunicação da prisão à autoridade judiciária competente	139
3.2. Das consequências do desatendimento da norma.	144
4. Da garantia da comunicação imediata da prisão à família ou à pessoa indicada pelo preso.	148
4.1. Do momento da incidência do dever de comunicação da prisão à família ou à pessoa indicada pelo preso.	151

4.2. Das conseqüências do desatendimento da norma.	152
5. Da garantia da identificação dos responsáveis pela prisão ou pelo interrogatório policial do preso.	154
5.1. Do momento da incidência do dever de identificação do responsável pela prisão ou pelo interrogatório policial do preso.	158
5.2. Das conseqüências do desatendimento da norma.	159
6. Da garantia da assistência de advogado	161
6.1. Do momento da incidência da garantia à assistência de advogado.	165
6.2. Das conseqüências do desatendimento da norma.	166
7. Da garantia da formalização da prisão por órgão com atribuições para tanto.	171
7.1. Da formalização da prisão em flagrante enquanto atividade de polícia judiciária	171
7.1.1. Atribuição em função da competência jurisdicional.	172
7.1.2. Atribuição em função da matéria.	174
7.2. Da garantia decorrente do parágrafo 1º, incisos I, II e IV, e do parágrafo 4º, do artigo 144 da Constituição.	178
7.3. Das conseqüências do desatendimento da norma.	179

Capítulo V

As garantias constitucionais instituídas por princípios na prisão em flagrante.	185
1. Das garantias da integridade física e moral	185
1.1. Adequação	186
1.2. Necessidade.	188
1.3. Proporcionalidade em sentido estrito.	189
2. Da garantia da assistência da família	191
2.1. Adequação.	193
2.2. Necessidade.	194
2.3. Proporcionalidade em sentido estrito.	195
Conclusão	199
Referências Bibliográficas	201

Introdução

Tem-se a prisão em flagrante, comumente, como uma medida cautelar (ou pré-cautelar), olvidando-se que, no direito brasileiro, essas características nem sempre (ou quase nunca) estão presentes. Porque se tomam como base características que não são essenciais à prisão em flagrante, acaba-se por não se conseguir diferenciá-la das prisões cautelares. Por decorrência, a título de prisão em flagrante, são mantidas restrições à liberdade de locomoção na ficta compreensão de que seriam cautelares, quando, em realidade, nunca se fizera presente nenhum elemento que demonstrasse qualquer cautelaridade.

Porque se realizam tais sérias confusões, opera-se em meio a uma bruma que impede distinguir segregações que se dão com arrimo em títulos constitucionalmente diversos, desrespeitando-se todo um sistema constitucional que, distintamente do tratamento dispensado à prisão em flagrante, é rígido nas condições de restrição à liberdade de locomoção a título de prisão cautelar. Em verdade, mais parece que se prefere o emprego de presunções e ficções, que não se concretizam, à constatação de quão distintas são, fática e juridicamente, uma prisão em flagrante e uma prisão cautelar.

Trata-se, a presente dissertação, de estudo dogmático, objetivando demonstrar o específico e excepcional sistema normativo da prisão em flagrante na Constituição Brasileira de 1988.

No Capítulo I, são trabalhados, a partir de uma perspectiva estrutural, conceitos que serão empregados ao longo da dissertação, analisando-se as regras e os princípios enquanto normas jurídicas, os direitos fundamentais e os bens coletivos constitucionais, bem como as garantias individuais constitucionais, estas tidas como direitos subjetivos dispostos com a finalidade de realizar uma complementação protetiva dos direitos fundamentais; ainda no Capítulo I, são analisados o preceito da proporcionalidade e seus subpreceitos, expondo-se algumas referências acerca de sua aplicação.

No Capítulo II, trata-se do regime constitucional da prisão em flagrante. Inicialmente, no Título “1”, discorre-se acerca da função constitucional que a prisão em flagrante cumpre na proteção urgente de direitos fundamentais e de bens coletivos constitucionais protegidos por intermédio de normas penais incriminadoras, afastando-a, no Título “2”, das abordagens doutrinárias que a têm como uma restrição à liberdade de locomoção de cunho pré-cautelar ou cautelar. A seguir, no Título “3”, uma

vez demonstrado que a liberdade de locomoção, na prisão em flagrante, encontra-se restringida em função da proteção urgente de um direito fundamental e de um bem coletivo constitucional veiculado em uma norma penal incriminadora, aprecia-se como se dá a incidência do preceito da proporcionalidade em seu específico sistema normativo. No Título “4”, passa-se a demonstrar as estritas coordenadas de tempo em que se pode desencadear a atividade de proteção constitucional autorizada pela prisão em flagrante, extremando-a das prisões cautelares, que são todas decretadas no âmbito da reserva de jurisdição no direito brasileiro. No Título “5”, destaca-se o procedimento compressivo constitucionalmente exigível na prisão em flagrante, revelando-se sua natureza autodesconstitutiva da qual decorre a impossibilidade da manutenção de qualquer restrição à liberdade de locomoção, em sede judicial, com arrimo em tal título, demarcando-se os distintos sistemas normativos da prisão em flagrante e das prisões cautelares.

Feito isso, trazida a prisão em flagrante para o seu devido sistema normativo, atentando-se para seu regime constitucional específico, trata-se de apreciar diversas normas constitucionais concessivas de direitos subjetivos, tidos como garantias, que delineiam a forma como a liberdade de locomoção poderá ser restringida, marcando o campo de licitude da restrição. Passa-se, então, a mostrar que, por determinação constitucional, surge, de forma contraposta ao sistema excepcional de restrição à liberdade de locomoção autorizada pela prisão em flagrante, um regime rígido de controle sobre a restrição à liberdade de locomoção operada, que é realizado, em boa parte, por regras constitucionais e, também, por princípios constitucionais, de cujas aplicações dá conta o preceito da proporcionalidade. As regras e os princípios analisados foram catalogados no Capítulo III.

O desenvolvimento do conteúdo normativo das regras dá-se no Capítulo IV, apreciando-se: a garantia do preso de ser informado de seus direitos (Título “1”); a garantia do preso de ser informado do direito a permanecer em silêncio (Título “2”); a garantia da comunicação imediata da prisão à autoridade judiciária competente (Título “3”); a garantia da comunicação imediata da prisão à família do preso ou à pessoa por ele indicada (Título “4”); a garantia da identificação dos responsáveis pela prisão ou pelo interrogatório policial do preso (Título “5”); a garantia da assistência de advogado (Título “6”); a garantia da formalização da prisão por órgão com atribuições para tanto (Título “7”). Na análise de tais regras, cuida-se, também, de se verificar o momento da incidência de cada qual no sistema normativo da prisão em flagrante, destacando-se as consequências de seus desatendimentos.

No Capítulo V, são apreciadas, à luz do preceito da proporcionalidade, as garantias veiculadas por intermédio de princípios, quais sejam, as garantias da integridade física e moral do preso (Título “1”) e a garantia da assistência da família (Título “2”).

Ressalta-se que, neste estudo, o sistema normativo da prisão em flagrante é analisado referentemente às infrações penais que são de competência da Justiça Federal e das Justiças Estaduais.

A presente dissertação foi escrita a partir de minha experiência profissional, especialmente, a partir de minha atuação como juiz federal na 2ª Vara Federal Criminal de Foz do Iguaçu, atento à força normativa da Constituição, almejando contribuir para a diminuição dos espaços de arbitrariedade e de irracionalidade que marcam, não poucas vezes, a prática da prisão em flagrante.

Capítulo I

Das regras e dos princípios: do preceito da Proporcionalidade

1. Das regras e dos princípios

Adota-se o conceito semântico de norma¹⁵, partindo-se da distinção entre *enunciado normativo* e *norma*¹⁶, concebendo-a como um objeto lingüístico que veicula um enunciado deontico¹⁷ e que é identificado de acordo com determinados critérios de validade¹⁸.

¹⁵ Ver, nesse sentido, o Capítulo II da obra de ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 47 e ss.

¹⁶ Segundo expõe ALEXY: "toda norma puede ser expresada a través de un enunciado normativo. Como se ha mostrado, hay diferentes formas de expresar una norma. Es conveniente destacar una de entre las diversas formas de expresar una norma. Esta forma de expresar una norma que hay que destacar se da, por ejemplo, cuando la norma según la cual está prohibido extraditar alemanes al extranjero es expresada a través de enunciados tales como 'Ningún alemán puede ser extraditado al extranjero' (1), 'Está prohibido extraditar alemanes al extranjero' (1') o 'Los alemanes no deben ser extraditados al extranjero' (1''). Enunciados de este tipo están caracterizados porque en ellos se utilizan expresiones deónticas como 'puede', 'prohibido' y 'deben'. Por ello, serán llamados 'enunciados deónticos'. Una expresión deóntica es también la expresión 'tiene un derecho a ...'. Giros tales como 'tiene un derecho a ...' expresan, como habrá de exponerse más adelante, modalidades deónticas complejas. Por ello, el enunciado normativo, 'Todos los alemanes tienen el derecho a constituir asociaciones y sociedades' (artículo 9 párrafo 1 LF) es también un enunciado deóntico. En cambio, no son enunciados deónticos enunciados imperativos tales como 'Jamás será extraditado un alemán al extranjero!' o enunciados indicativos sin expresiones deónticas como 'Los alemanes no serán extraditados al extranjero' (1''). Cuando tales enunciados expresan normas, pueden ser transformados en enunciados deónticos que expresan la misma norma. No todo enunciado normativo es un enunciado deóntico, pero todo enunciado normativo puede ser transformado en un enunciado deóntico. Esto tiene una importancia que no debe ser subestimada porque pueden formarse formas standard de enunciados deónticos que permiten reconocer la estructura de las normas que ellos expresan. Las formas standard de los enunciados deónticos son la última grada antes de la presentación de la estructura lógica de las normas en un lenguaje formalizado" (*Teoría de los derechos...*, p. 53-54).

¹⁷ O conceito semântico de norma é estritamente formal, não se lhe incluindo quaisquer argumentos valorativos, empíricos. Na linha do que expressa ALEXY, "también razones de Estado de derecho no sólo permiten sino que imponen una distinción estricta entre el concepto de norma y el de lo normativamente relevante. Ciertamente es muy tentador incluir en la norma todos los argumentos – o, al menos, los decisivos – de una interpretación, pues así ésta puede ser presentada como expresión de una vinculación normativa estricta. Pero, con ello, poco es lo que se gana. Para el ideal del Estado de derecho ha de ser más útil una clara separación entre aquello que un legislador ha impuesto como norma y aquello que un intérprete presenta como razones para una determinada interpretación, que una fidelidad a la ley creada a través de una definición del concepto de norma" (*Teoría de los derechos...*, p. 78).

¹⁸ Tal como exposto por ALEXY, "otro punto fuerte del concepto semántico de norma reside en el hecho de que no sólo es conciliable con teorías de la validez del más diferente tipo, sino que también es presupuesto por ellas. Por teoría de la validez habrá de entenderse una teoría que proporciona criterios para saber cuándo

las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones de lo fáctico y jurídicamente posible. Su aplicación es una cuestión de todo o nada. No son susceptibles de ponderación y tampoco necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho²¹.

A norma perfaz o significado de um enunciado normativo. Um enunciado normativo, por exemplo, pode ser uma disposição constitucional específica, tal como aquela enunciada no artigo 5º, inciso LXII, da CF:

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.

Desse enunciado normativo, por sua vez, podem-se, dentre outras, formular as seguintes normas:

Se A for preso, deve o Estado comunicar imediatamente sua prisão e o local em que se encontre ao juiz competente.

Se A for preso, deve o Estado comunicar imediatamente sua prisão e o local em que se encontre à sua família ou à pessoa que indique¹⁹.

Com efeito, diversas normas podem decorrer de apenas um enunciado normativo, assim como uma norma pode decorrer, por si só, de elementos contidos em diversos enunciados normativos, ou, ainda, uma norma pode ser decorrência de um sistema normativo, sem se vincular a nenhum enunciado normativo específico.

Do ponto de vista estrutural, as normas, enunciados deonticos que veiculam mandados, permissões e proibições, podem ser divididas em regras e em princípios²⁰.

As normas que apresentam a estrutura de regras podem ser enunciadas da seguinte forma:

Se “A” acontecer, então se deve seguir a consequência jurídica “B”.

Trazem, como consequência da realização do tipo abstrato (vale dizer, de “A”, no exemplo), uma determinada e específica consequência jurídica (vale dizer, “B” no exemplo), ou seja, um mandado, uma permissão ou uma proibição definitiva. Tal como expõe ALEXY:

una norma es válida. La estructura formal del núcleo de las diferentes teorías de la validez puede ser presentada simplíficadamente de la siguiente manera: Si una norma N satisface los criterios C1..., Cn, entonces N es válida. Según el tipo y los criterios, pueden distinguirse diferentes tipos de teorías de la validez... Lo único que cabe señalar es que el concepto semántico de norma no presupone ninguna de estas teorías ni tampoco las excluye; pero, cada una de ellas, para poder decir que algo es válido tiene que contar con algo de lo cual pueda predicarse esto y, para ello, lo más adecuado es la norma en el sentido del concepto semántico de norma” (*Teoría de los derechos...*, p. 57-59)

¹⁹ As normas ora formuladas encontram-se estruturadas como regras, cujas características logo a seguir serão trabalhadas.

²⁰ Na presente dissertação, no que tange à apreciação das espécies normativas *princípios* e *regras*, adota-se a construção teórica apresentada por ALEXY na referida obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*.

Isso, contudo, que se passa no plano estrutural, em nada altera a necessidade de interpretação²² da norma. Tanto “A” quanto “B”, no exemplo, devem ser interpretados, sujeitando-se à exposição argumentativa. Assim, quando se faz referência, por exemplo, a um *mandado definitivo*, não se quer, de nenhuma forma, afastar o processo interpretativo: quer-se dizer somente que a própria norma traz consigo uma consequência jurídica específica caso ocorrente seu tipo abstrato²³.

As regras, nas relações que mantêm entre si, para que convivam em um sistema normativo, não devem apresentar contradições, tais como:

(1) Se “A” acontecer, deve-se seguir a consequência jurídica “B”

(2) Se “A” acontecer, não se deve seguir a consequência jurídica “B”

Logicamente, a regra “1” exclui a regra “2”, já que antagônicas, pelo que uma delas deverá ser tida como inválida, havendo de se lhe negar vigência, retirando-a do ordenamento jurídico.

Para a solução desse conflito, de forma a que ambas regras permaneçam em vigor, será necessária a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras: adicionando-se, na regra “1”, por exemplo, uma

²¹ *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., tradução de Jorge M. Seña, Barcelona: Ed. Gedisa, 1997, p. 162.

²² Tendo a presente dissertação como objeto a interpretação de normas constitucionais, segue-se a compreensão apresentada por Konrad HESSE no sentido de que a atividade interpretativa é uma atividade de concretização constitucional, *in verbis*: “Interpretação constitucional é concretização. Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob inclusão da ‘realidade’ a ser ordenada... Nesse aspecto, interpretação jurídica tem caráter criador: o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação... Concretização pressupõe ‘entendimento’ do conteúdo da norma a ser concretizada. Esse não se deixa desatar da ‘pré-compreensão’ do intérprete e do problema concreto a ser resolvido” (HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 61, números de margem 60 e 61).

²³ É verdade que determinada regra, porque pode ter sido o resultado de uma ponderação entre princípios colidentes em face de circunstâncias específicas, pode ter de sofrer, para sua interpretação, um processo de *reconstrução*, indo-se até o princípio preponderante com vistas a sua devida compreensão. Não se estaria, nem mesmo nesse caso, a considerar-se a regra como uma razão *prima facie*, mas, sim, a recorrer-se ao princípio preponderante do qual derivou a regra para se descortinar, exatamente, o campo de regulação da regra. Em outras palavras, devem-se perquirir as razões que amparam a regra, buscando-se descortinar o fim a que esta visa proteger, trazendo, pela fundamentação, as razões substanciais que afastam, ou não, a sua incidência.

cláusula de exceção, a regra “2” deixa, na ocorrência da exceção, de entrar em conflito com a regra “1”; assim:

Se “A” acontecer, deve-se seguir a consequência jurídica “B”, salvo se “C” se fizer presente.

A cláusula de exceção faz-se presente, por exemplo, quando, a partir de diversos enunciados normativos, é possível extrair campos próprios e específicos de aplicação de uma das regras, deixando-se à outra o disciplinamento dos demais campos.

Todavia, não sendo possível a introdução de uma cláusula de exceção, uma das regras (“1” ou “2”) deverá ser tida como inválida. Para resolver tal conflito entre regras, diversas soluções podem ser adotadas:

- 1) a regra posterior revoga a regra anterior;
- 2) a regra especial revoga a regra geral;
- 3) a regra de hierarquia superior invalida a regra de hierarquia inferior.

Os princípios apresentam estrutura normativa, por sua vez, absolutamente diversa da das regras, podendo assim ser enunciados:

Deve-se realizar “D” na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Os princípios constituem-se em normas que comandam que aquilo que enunciam seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas concretas. Consoante ALEXV:

los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas²⁴.

Em outras palavras, os princípios dependem, para sua aplicação, da situação fática concreta enfrentada, bem como da ponderação com as demais normas relevantes²⁵.

²⁴ *Teoría de los derechos...*, p. 86.

²⁵ Mais adiante, no Título 2 deste Capítulo, ao ser exposto o preceito da proporcionalidade, que cuida da colisão entre normas de tipo *principio*, demonstrar-se-á que os subpreceitos da adequação e da necessidade cuidam da apreciação das questões fáticas enfrentadas; o subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito, das questões jurídicas, vale dizer, da ponderação propriamente dita.

Quando dois princípios entram em situação de *colisão*, a solução desta não se dá pelo reconhecimento da invalidade de um deles, mas, sim, pela ponderação que se realizará, cedendo um princípio em face do outro. Com efeito, dadas determinadas condições, um princípio precede ao outro.

Se os conflitos entre as regras superam-se no terreno da validade, os conflitos entre os princípios superam-se, sem se declarar a invalidade de nenhum deles, mediante a ponderação (*dimension of weight*, nas palavras de DWORKIN²⁶).

A solução da colisão funda-se em um estabelecimento de uma relação de precedência condicionada às circunstâncias do caso. Consoante ALEXV,

la determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican condiciones bajo las cuales un principio precede otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente²⁷.

A relação de precedência condicionada pode ser sintetizada da seguinte forma:

O princípio “A” precede ao princípio “B”, quando C.

Vale dizer, quando presente a circunstância “C”, o princípio “A” tem precedência em face do princípio “B”.

Da relação de precedência condicionada chega-se a uma regra, que “*prescribe la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia cuando se dan las condiciones de preferencia*”²⁸. Tal regra, por ALEXV, é chamada de “lei de colisão”, podendo, segundo expõe, ser construída da seguinte forma: se o princípio “A”, em face da circunstância “C”, precede ao princípio “B”, e, se do princípio “A”, em face da circunstância “C”, resulta a consequência jurídica “R”, então vale a regra:

Se o princípio “A” precede ao princípio “B”, quando C, deve-se seguir a consequência jurídica “R”²⁹.

A lei de colisão é uma norma adscrita³⁰ do princípio preponderante³¹, à qual pode ser subsumido o caso concreto³².

²⁶ Com relação ao conceito de *dimension of weight* (dimensão de peso), ver o Capítulo 2 do livro de Ronald DWORKIN *Los derechos en serio*, 4ª reimpressão, tradução de Marta Guastavino, Barcelona: Ariel, 1999.

²⁷ *Teoría de los derechos...*, p. 92.

²⁸ *Teoría de los derechos...*, p. 94.

²⁹ *Teoría de los derechos...*, p. 94.

³⁰ Conforme bem assinala ALEXV, há uma relação de precisão entre a norma adscrita, que também pode ser denominada “associada”, e a norma primariamente decorrente do enunciado normativo constitucional, agregando-se, ainda, “una segunda relación especial con el texto de la Constitución, es decir, con la norma directamente expresada por él... Se trata, pues, de una relación de fundamentación entre la norma que hay

la vía desde el principio, es decir, del derecho *prima facie*, al derecho definitivo, transcurre, pues, a través de la determinación de una relación de preferencia. Pero, la determinación de una relación de preferencia es, de acuerdo con la ley de colisión, el establecimiento de una regla. Por ello, puede decirse que siempre que un principio es, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser³⁴.

Daí o caráter essencialmente relativo, isto é, *prima facie* dos princípios, que cedem, uns em face de outros, a depender das circunstâncias experimentadas, dependentes que são das possibilidades fáticas e jurídicas concretas, sem, contudo, nenhum deles perder validade.

Um princípio, para que se chegue à lei de colisão, vale dizer, à norma adscrita de direito fundamental³³, deve ser objeto de argumentação, constituindo-se, sempre, em uma *razão prima facie*:

que precisar y la norma precisante. Estas dos relaciones justifican concebir como normas de derecho fundamental no sólo las normas que son expresadas directamente a través de enunciados de la Constitución, sino también las normas de tipo presentado". Assim sendo, as normas de direito fundamental podem ser divididas em dois grupos: aquelas que são estatuídas diretamente da Constituição e aquelas que destas últimas são adscritas. Acerca da validade das normas diretamente estatuídas e das normas adscritas, o referido autor expõe que "para catalogar como válida a uma norma de derecho fundamental directamente estatuida, basta la referencia a su positivización. En el caso de las normas adscriptas, tal referencia está excluida por definición... por lo tanto, no es posible su identificación dentro del marco del concepto jurídico de validez. Lo mismo vale para los conceptos sociológicos y éticos de validez. El que una norma valga social o éticamente no significa que, conforme a derecho, pueda ser adscripta a una norma de derecho fundamental estatuida directamente. Ninguno de los tres conceptos de validez es, pues, adecuado para la identificación de normas adscriptas de derecho fundamental. Pero los tres son relevantes dentro del marco del siguiente criterio: una norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta" (*Teoría de los derechos...*, p. 69-71).

³¹ *Teoría de los derechos...*, p. 97.

³² Nas palavras de ALEXY, "como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma de derecho fundamental adscrita con carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso" (*Teoría de los derechos...*, p. 100).

³³ A "lei de colisão" tem de estar abarcada no direito fundamental, pelo que o suporte fático (tipo abstrato) dos direitos fundamentais é amplo, nele se incluindo todas as posições jurídicas *prima facie*. ALEXY afirma, analisando a expansão do âmbito protetivo desta teoria, que: "la teoría amplia del supuesto de hecho conduce a un modelo dos ámbitos. El primero es el de los casos potenciales de derecho fundamental; el segundo, el de los casos actuales de derecho fundamental. Cada vez que sea relevante un principio iusfundamental, el caso es – sin que importe con qué certeza el principio sea desplazado por principios opuestos –, por lo menos, un caso potencial de derecho fundamental... el ámbito de los meros casos potenciales de derecho fundamental constituye el sustrato del ámbito propiamente dicho de los problemas iusfundamentales y del argumentar iusfundamental, es decir, del ámbito de los casos actuales de derecho fundamental. Este ámbito, en el que hay que incluir todo lo dudoso y discutible, se base en aquél en que cae la masa de lo no dudoso y lo consensuado. Lo más importante en el modelo de dos ámbitos es el hecho de que la pertenencia a uno u otro ámbito no es algo que este determinado de una vez para siempre... la posibilidad de este paso de la frontera ha de mantenerse abierta en ambas direcciones. No debe impedirse, a través de una concepción estrecha del supuesto de hecho, que algún caso pueda transformarse en un caso actual de derecho fundamental" (*Teoría de los derechos...*, p. 317-318).

No suporte fático da norma devem ser englobadas todas as posições jurídicas *prima facie*, que, em face de outros princípios constitucionais (veiculadores de direitos fundamentais ou de bens coletivos constitucionais), podem ceder, ou não, em face do desenvolvimento de uma relação de precedência condicionada. Tais posições jurídicas *prima facie*, para que assim possam ser consideradas, necessitam ser adscritas, mediante o desenvolvimento da argumentação, do princípio referido. Daí a própria riqueza da exposição do suporte fático englobante, *in casu*, de todas as posições jurídicas *prima facie* adscritíveis do princípio em voga: toda e qualquer restrição a direito fundamental deve ser justificável, sujeitando-se a, para que seja aceitável, passar pelo critério do preceito da proporcionalidade. Mesmo os casos potenciais de direito fundamental à liberdade de locomoção, em face de alterações nos quadrantes valorativos de uma sociedade, podem passar a ser objeto de discussão na seara pública, também devendo, em face da argumentação, ficarem expostos ao preceito da proporcionalidade. O conceito de suporte fático, enquanto conceito oposto ao de restrição, portanto, tem a tarefa de resumir totalmente os pressupostos materiais para a consequência jurídica *prima facie*.

Na hipótese dos princípios, a atividade interpretativa dá-se em meio à ponderação, dela surgindo a regra (*lei de colisão*) que dirimirá o caso concreto³⁵. Por isso que, nesse específico sentido, pode-se dizer que inexistente ponderação entre regras, uma vez que já se está diante de um *mandado, permissão, proibição definitivos*. Pode uma regra, eventualmente, colidir com um princípio. Tratando-se da colisão entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional, para que se possa resolver tal conflito, a regra deve sofrer um processo de "*reconstrução*" rumo ao princípio constitucional que lhe dá sustentação. Caso inexistir tal princípio de amparo, a regra será, simplesmente, inconstitucional; caso exista tal correlação, tratar-se-á de proceder à ponderação entre os princípios colidentes, verificando a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da restrição³⁶ que a regra infraconstitucional (que, em realidade, serviria como uma *lei de colisão*) opera sobre o princípio colidente³⁷.

É preciso esclarecer que ponderação e que interpretação, nos sentidos aqui empregados, não apresentam a mesma significação. A ponderação, que impescinde, para sua realização, de interpretação, é um procedimento de formação de uma regra adscrita a partir da colisão entre normas de tipo princípio. Uma regra, por sua vez, também depende, para sua aplicação, de

³⁴ *Teoría de los derechos...*, p. 103.

³⁵ Se, por decorrência de uma relação de precedência condicionada, de determinado princípio formula-se uma regra, esse procedimento de precisão nada altera a diferenciação entre regras e princípios. Sem dúvida, a então regra formulada, em si resultado de um processo de ponderação, porque derivada de um princípio, dele perfaz uma norma adscrita. Aliás, um princípio, para ser aplicado, deve resultar em uma *regra* para o caso concreto.

³⁶ No que concerne à compreensão acerca de como se operam as restrições sobre os direitos fundamentais, segundo expõe ALEXY, duas vertentes teóricas genéricas são concebidas: aquelas que defendem teorias externas; aquelas que defendem teorias internas. Para as teorias externas, o direito, em si, primeiro, não está restringido, circunstância que a *posteriori* vem a acontecer a partir de uma necessidade externa no sentido de compatibilizar o direito com outros direitos e bens coletivos. Para as teorias internas, direito e restrição são a mesma coisa, apresentando, ele (o direito), um específico e determinado conteúdo, substituindo-se o conceito de restrição pelo de limite. O modelo da teoria princípios, em cujo arcabouço encontram-se posições *prima facie*, nesse contexto, perfaz uma teoria externa no que tange à compreensão do funcionamento das restrições sobre direitos fundamentais. Por isso, as restrições consubstanciam, para tal teoria, posições *prima facie* concedidas por princípios constitucionais outros. Em outras palavras, as restrições a direitos fundamentais são normas constitucionais que restringem posições jusfundamentais *prima facie* (*Teoría de los derechos...*, p. 272).

³⁷ Aliás, disso se observa que a atividade levada a efeito pelo Poder Legislativo submete-se ao preceito da proporcionalidade, que, na conformação da legislação infraconstitucional, dentro de sua competência de configuração geral, pondera princípios na construção da legislação.

um processo interpretativo, mesmo trazendo consigo o tipo abstrato e a consequência jurídica que regularão o caso concreto. Razões e contra-razões são elementos típicos de qualquer processo interpretativo; ponderação, contudo, que também se utiliza de razões e contra-razões, é procedimento de formação de uma regra que terá, em seu tipo abstrato e em sua consequência jurídica, elementos componentes dos princípios colidentes.

2. Direitos Fundamentais, Bens Coletivos Constitucionais e Garantias Individuais Constitucionais

2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Reserva-se, na presente dissertação, o termo *dereito fundamental* às diversas posições jurídicas³⁸ básicas a que alguém pode ser colocado em face de uma norma de direito fundamental³⁹. Esclarece-se que são tidas, como norma de direito fundamental, nesta dissertação, aquelas constantes nos enunciados normativos do Título II da Constituição que confirmam alguma das posições jurídicas abaixo expostas⁴⁰.

Se, quando da apreciação dos princípios enquanto normas que determinam que aquilo que enunciam seja realizado na maior medida possível, respeitadas as possibilidades fáticas e jurídicas, observava-se a estrutura e a natureza *prima facie* de seus conteúdos, e se, quando da apreciação das regras, observavam-se os mandados definitivos que enunciavam, ao se analisarem as posições jurídicas observar-se-ão as

³⁸ ALEXY expõe que: “en una teoría estructural de los derechos fundamentales, lo que importa sobre todo son las cuestiones analíticas. Para la consideración analítica de los derechos subjetivos, tiene importancia fundamental la distinción entre norma y posición. Una norma es aquello que expresa un enunciado normativo. El enunciado:

(1) ‘Cada cual tiene derecho a expresar libremente [...] su opinión [...]’ (artículo 5, párrafo 1 frase 1 LF)

expresa una norma universal. Como no puede haber ninguna duda de que confiere un derecho frente al Estado, sobre su base puede formularse la siguiente norma individual:

(2) a tiene frente al Estado el derecho a expresar libremente su opinión.

Si este enunciado es correcto, es decir, si vale la norma individual expresada por (2), a se encuentra frente al Estado en una posición que consiste exactamente en que a tiene frente al Estado el derecho a expresar libremente su opinión” (*Teoría de los derechos...*, p. 177-178).

³⁹ Trata-se de uma abordagem estrutural dos direitos fundamentais, adotando-se a aquela apresentada por ALEXY no Título 3.1 do Capítulo 4 da obra *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 177 e ss.

⁴⁰ Trata-se de critério exclusivamente formal, que tem como parâmetro a positivação constitucional que considera como “*dereitos e garantías fundamentales*” aqueles constantes no Título II da CF. De todo modo, não se descarta a existência de direitos fundamentais para além daqueles albergados no referido Título II, hipótese que se dá quando da incidência do disposto no parágrafo 2º do artigo 5º da CF (“*Os direitos e garantías expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos principios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”).

situações em que determinada pessoa (o titular do direito) é colocada em face do princípio de direito fundamental ou em face da regra de direito fundamental⁴¹.

Seguindo o exposto por ALEXY⁴², as posições jurídicas básicas poderiam ser assim sintetizadas: 1) direitos a algo; 2) liberdades; 3) competências.

2.1.1. DIREITOS A ALGO

Os direitos a algo podem assim ser enunciados:

A tem frente a B um direito a F

“A”, no exemplo, é o titular do direito; “B”, por sua vez, o Estado. O objeto F pode ser tanto uma ação negativa (uma omissão) quanto uma ação positiva.

Com base no objeto F, os direitos a algo podem ser subdivididos em direitos frente ao Estado a ações negativas (direitos de defesa) e em direitos frente ao Estado a ações positivas. Nas palavras de ALEXY:

La diferencia entre acciones negativas y positivas es el criterio principal para la división de los derechos a algo según sus objetos. En el ámbito de los derechos frente al Estado, [...] los derechos a acciones negativas corresponden a aquello que suele llamarse ‘derechos de defensa’. [...] los derechos frente al Estado a

⁴¹ Um direito fundamental como um todo, tal como exposto por ALEXY na Seção III do Capítulo IV da obra *Teoría de los derechos fundamentales*, perfaz um feixe de posições definitivas e *prima facie* vinculadas reciprocamente nas três formas descritas nos Títulos 2.1.1, 2.1.2 e 2.1.3 a seguir, sendo adscritas de uma disposição jusfundamental, englobando-se, nesse conceito, ainda, as relações havidas entre tais posições. Acerca disso, leciona ALEXY que: “Hay cuatro cosas que podrían ser llamadas ‘derecho fundamental como un todo’: (1) un haz de posiciones definitivas, (2) un haz de posiciones definitivas, inclusive las relaciones que existen entre ellas, (3) un haz de posiciones definitivas y *prima facie* y (4) un haz de posiciones definitivas e *prima facie*, inclusive las relaciones que existen entre ellas. Más arriba se expuso que las normas de derecho fundamental tienen un doble carácter, lo que quiere decir, entre otras cosas, que las disposiciones iusfundamentales están adscritas tanto reglas como principios. Esto significa que hay que incluir tanto posiciones definitivas como *prima facie*. Agregarle las relaciones en las cuales se encuentran recíprocamente las posiciones no sólo es posible y no perjudicial sino también necesario si se quiere obtener un concepto teóricamente interesante del derecho fundamental como un todo, es decir, un concepto que tiene como contenido algo más que sólo un ensamblamiento aditivo de posiciones. Por ello, un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones definitivas y *prima facie* vinculadas recíprocamente en las tres formas descritas y adscritas a una disposición iusfundamental. Un derecho fundamental como un todo de este tipo es algo básicamente distinto a un derecho fundamental como un todo que consiste sólo en una conjunción de posiciones definitivas. Este tiene un carácter estático: aquél, un carácter dinámico. El uno es el resultado provisorio de un proceso de decisión y argumentación que debe ser situado fuera del derecho fundamental; el otro incluye exigencias que van más allá de lo existente, entra, por ello, en colisión con otros derechos fundamentales y con principios referidos a bienes colectivos y, de esta manera, está necesariamente vinculado con su entorno normativo” (*Teoría de los derechos...*, p. 244).

⁴² *Teoría de los derechos...*, p. 186.

acciones positivas sólo parcialmente con aquello que es llamado 'derechos a prestaciones'⁴³.

Direitos a ações negativas (direitos de defesa). Os direitos de defesa, clássicos da primeira geração de direitos, por seu turno, podem ser subdivididos em três grupos⁴⁴:

- a) direito ao não-impedimento⁴⁵ de ações;
- b) direito a que o Estado não afete determinadas propriedades ou situações do titular do direito⁴⁶;
- c) direito a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito⁴⁷.

Direitos a ações positivas. Os direitos a ações positivas podem ter como objeto uma ação fática ou uma ação normativa, sendo que *"la irrelevancia de la forma jurídica de la realización de la acción para la satisfacción del derecho es el criterio para la delimitación de los derechos a acciones positivas fácticas y a acciones positivas normativas"*⁴⁸, constituindo-se os direitos a ações normativas como direitos a atos estatais da imposição de norma⁴⁹ e os direitos a ações fáticas como direitos à prestação em sentido estrito⁵⁰.

⁴³ *Teoría de los derechos...*, p. 188.

⁴⁴ *Teoría de los derechos...*, p. 189.

⁴⁵ Um impedimento de uma ação dá-se quando "b" crea circunstancias que hacen fácticamente imposible para 'a' realizar la acción. Así, 'b' impide el desplazamiento de 'a' cuando 'b' detiene 'a'" (*Teoría de los derechos...*, p. 189). Segundo, ainda, ALEXY, "al enunciado sobre un derecho tal se le puede dar la siguiente forma estándar: 'a' tiene frente al Estado un derecho a que éste no lo estorbe la realización de la acción h" (*Teoría de los derechos...*, p. 191.)

⁴⁶ "El segundo grupo de derechos a acciones negativas del Estado está constituido por los derechos a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho. Ejemplos de propiedades de un titular de derechos fundamentales que pueden ser afectadas son las de vivir y estar sano; un ejemplo de una situación es la inviolabilidad del domicilio. Al enunciado sobre un derecho tal puede dársele la siguiente forma estándar: 'a' tiene frente al Estado un derecho a que éste no afecte la propiedad A (la situación B) de 'a'" (ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 192).

⁴⁷ Acerca do ponto, ALEXY afirma que: "El tercer grupo de los derechos a acciones negativas del Estado está constituido por los derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular. El prototipo de una posición jurídica compleja es la del propietario" (*Teoría de los derechos...*, p. 192). A seguir, enuncia tal direito da seguinte forma: "a' tiene frente al Estado un derecho a que éste no elimine la posición jurídica PJ de 'a'" (*Teoría de los derechos...*, p. 194).

⁴⁸ *Teoría de los derechos...*, p. 195.

⁴⁹ ALEXY expõe que: "los derechos a acciones positivas normativas son derechos a actos estatales de imposición de norma. Si se admite que el nasciturus es titular de derechos fundamentales – cuestión que el Tribunal Constitucional Federal deja abierta – el derecho del nasciturus a la protección a través del derecho penal es un derecho de este tipo" (*Teoría de los derechos...*, p. 195). Tal direito é enunciado por ALEXY da seguinte forma: "a' tiene frente al Estado un derecho a que éste lleve a cabo la acción positiva normativa hn" (*Teoría de los derechos...*, p. 196).

⁵⁰ ALEXY assevera que: "se trata de un derecho a una acción positiva fática cuando se supone un derecho de un propietario de una escuela privada a recibir ayuda estatal a través de subvencione, se fundamenta un derecho a un mínimo vital [...] El hecho de que la realización de este tipo de derechos se lleve a cabo de una forma en algún modo jurídica no altera en nada el carácter del derecho como un derecho a una acción fática" (*Teoría de los derechos...*, p. 195). Tal direito é enunciado por ALEXY da seguinte forma: "a' tiene frente al Estado un derecho a que éste lleve a cabo la acción positiva fática hñ" (*Teoría de los derechos...*, p. 196).

2.1.2. LIBERDADES

A posição jurídica de liberdade tem como objeto uma alternativa de ação, podendo assim ser enunciada:

A é livre (não livre) com respeito a B para fazer z ou não fazer z⁵¹.

Trata-se, na terminologia empregada por ALEXY, o enunciado acima, daquilo que ele denomina por liberdade negativa. Nesta, o objeto da liberdade é uma alternativa de ação; na liberdade positiva, o objeto da liberdade é, por sua vez, uma específica ação⁵².

O enunciado supra perfaz uma relação triádica, na qual A é o titular da liberdade, na qual B é o impedimento desenvolvido pelo Estado e na qual a alternativa de ações z perfaz o objeto da liberdade. Tal enunciado pode, por substituições sucessivas, ter a utilidade de servir como um quadro dentro do qual podem ser apreciadas todas as liberdades jurídicas possíveis. Desde já, enfatiza-se que não se perfaz, nesse quadro, antecipação de valorações; tal como alinha ALEXY:

[...] a través de sustituciones cada vez más diferenciadas en la relación triádica, puede surgir una tabla de todas las libertades posibles. Es indiscutible la utilidad de una tabla tal en un campo tan inestable como es el de la libertad. Sería falso pensar que, a través de una tabla tal, mediante la clarificación conceptual, se anticipan valoraciones. Por el contrario. Algunas posiciones en una tabla de la libertad pueden ser valoradas positivamente y otras negativamente, y ser rechazadas. Algunas pueden ser adscriptas a normas de derecho fundamental o a la Ley Fundamental y otras no. Entre las posiciones pueden establecerse relaciones de preferencia y, no en última instancia, es posible analizar, sobre una base conceptualmente segura, las relaciones lógicas y empíricas entre las diversas posiciones⁵³.

A liberdade jurídica negativa encontra duas variantes:

- a) a liberdade jurídica não-protégida e
- b) a liberdade jurídica protegida.

⁵¹ ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 214).

⁵² Nas palavras de ALEXY, "[...] si hablará de libertad jurídica sólo si el objeto de la libertad es una alternativa de acción. Cuando el objeto de la libertad es una alternativa de acción, se hablará de una 'libertad negativa'. Una persona es libre en sentido negativo en la medida en que no le están vedadas alternativas de acción. El concepto de libertad negativa no dice nada acerca de qué debe hacer una persona libre en sentido negativo o hará bajo determinadas condiciones; tan sólo dice algo acerca de sus posibilidades para hacer algo. [...] la libertad positiva y la negativa se diferencian sólo porque en la libertad positiva el objeto de la libertad es exactamente una acción mientras que en la libertad negativa consiste en una alternativa de acción" (*Teoría de los derechos...*, p. 214-215).

⁵³ *Teoría de los derechos...*, p. 217.

posiciones jurídicas a través de actos jurídicos. Las normas de comportamiento no crean alternativas de acción que sin ellas serían imposibles sino que tan sólo califican acciones al estatuir obligaciones, derechos a algo y libertades⁵⁷.

Uma competência seria uma posição conferida por uma norma de competência, podendo enunciar-se da seguinte forma:

Aquí será considerada tan sólo la posición que tiene un sujeto jurídico (a) cuando, sin que sean necesarias al respecto acciones de otros sujetos jurídicos, puede modificar la posición jurídica de otro sujeto. (b) El que 'a' puede modificar la posición jurídica de 'b' significa que 'a', a través de su acción, puede crear una posición jurídica de 'b' que, en circunstancias similares, no existiría sin esta acción. La posición de 'a' puede, por lo tanto, ser descrita de la siguiente manera:

(1) 'a' tiene frente a 'b' la competencia para crear una posición jurídica PJ de 'b'⁵⁸.

A posição jurídica de competência⁵⁹, nas palavras de Jellinek, citado por ALEXY, agrega “a la capacidad de acción del individuo algo ... que no posé por naturaleza”⁶⁰, constituindo-se em ações “que pueden ser realizadas no solo sobre la base de capacidades naturales sino que presuponen reglas, para ellas constitutivas”⁶¹.

São exemplos de *posições jurídicas* de competência, citadas por ALEXY, o poder de realizar matrimônio, de fundar associações, de adquirir propriedades⁶².

Entre as posições jurídicas de competência e de liberdade estabelecem-se diretas relações:

mediante el otorgamiento de competencias, se amplía el campo de acción del individuo. Si presupone que el ejercicio de la competencia no será ni ordenado ni prohibido, una ampliación de las competencias del individuo significa un aumento de su libertad jurídica. Por ello, el no otorgamiento o la eliminación de una competencia es un obstáculo a la libertad y, por cierto, de un tipo especialmente eficaz. Por razones *conceptuales*, hace

A liberdade jurídica não-protégida refere-se a uma posição livre, qual seja, àquela em que, simplesmente, é permitido fazer ou deixar de fazer algo, podendo-se fundar em uma norma permissiva explicitamente estatuída ou no sistema jurídico que não contenha nenhuma norma de mandado ou de proibição⁵⁴. A liberdade jurídica protegida, por sua vez, é aquela que traz consigo uma específica asseguuração por intermédio de um conjunto de normas que a protejam. Nas palavras de ALEXY, “consiste em um haz de derechos a algo y también de normas objetivas que aseguran al titular del derecho fundamental la posibilidad de realizar las acciones permitidas”⁵⁵. Acerca das liberdades jurídicas protegidas, ALEXY ainda expõe que:

Toda libertad iusfundamental que existe en relación con el Estado está protegida directa y subjetivamente, por lo menos, por un derecho de igual contenido a que el Estado no impida al titular del derecho hacer aquello para lo que tiene la libertad iusfundamental. Si se resumen la libertad y la protección con el concepto de libertad protegida, entonces este tipo de la libertad protegida consiste en la vinculación de una libertad no protegida y un derecho al no estorbamiento de acciones. El derecho a no estorbamiento es un derecho a una acción negativa. A los derechos a acciones negativas corresponde prohibiciones de estas acciones. Las protecciones a través de prohibiciones serán llamadas 'protecciones negativas'. Cuando se habla de los derechos fundamentales como 'derechos de protección', se hace referencia, la mayoría de las veces, a los derechos frente al Estado a acciones negativas que protegen las libertades iusfundamentales. Estos derechos están vinculados con la competencia para hacer valer judicialmente sus violaciones. Cuando se juntan estas tres posiciones, una libertad jurídica, un derecho a no estorbamiento por parte del Estado y una competencia para hacer valer judicialmente la violación de este derecho, se puede hablar de un derecho de libertad negativo perfecto frente al Estado.

Una protección positiva de una libertad frente al Estado surge a través de la combinación de una libertad con un derecho a una acción positiva⁵⁶.

2.1.3. COMPETÊNCIAS

ALEXY diferencia as normas de competência das normas de comportamento nos seguintes termos:

Las normas de competencia deben ser contrapuestas a las normas de comportamiento. Las normas de competencia crean la posibilidad de actos jurídicos y, con ello, la capacidad de modificar

⁵⁴ *Teoría de los derechos...*, p. 219.

⁵⁵ *Teoría de los derechos...*, p. 225.

⁵⁶ *Teoría de los derechos...*, p. 226.

⁵⁷ *Teoría de los derechos...*, p. 232.

⁵⁸ *Teoría de los derechos...*, p. 234-235.

⁵⁹ Consoante adverte ALEXY: “El concepto de competencia debe ser claramente distinguido del de permisión. Desde luego, una acción que constituye el ejercicio de una competencia está, por lo general, permitida pero una acción que es la realización de una acción simplemente permitida no constituye el ejercicio de una competencia; esto puede apreciarse ya en el hecho de que existen numerosas acciones permitidas que no traen consigo ninguna modificación de la situación jurídica. La diferencia entre permisiones y competencias se manifiesta también en sus negaciones. La negación de una permisión conduce a una prohibición; la de la competencia a la incompetencia” (*Teoría de los derechos...*, p. 229).

⁶⁰ *Teoría de los derechos...*, p. 230.

⁶¹ *Teoría de los derechos...*, p. 231.

⁶² *Teoría de los derechos...*, p. 236.

desaparecer el objeto de la libertad (realizar o no realizar el acto jurídico). La libertad jurídica para realizar un acto jurídico presupone necesariamente la competencia al respecto.

También en otro punto tiene interés la relación de la competencia con la libertad jurídica. Mientras que en el otorgamiento de una libertad jurídica – es decir, cuando permite hacer u omitir algo – el orden jurídico se comporta pasivamente frente a la alternativa de acción, en el otorgamiento de una competencia se comporta activamente; crea una alternativa de acción. El otorgamiento de competencias, sean éstas de derecho privado (por ejemplo, adquisición de propiedad) o de derecho público (por ejemplo, derecho electoral), es sólo una de las tres formas como el orden jurídico puede aumentar activamente el campo de acción y, con esto, la libertad negativa del individuo. Las otras dos formas son el establecimiento de normas protectoras, especialmente normas de derecho penal que se encargan de que terceros no obstaculicen el goce de alternativas de acción, y el otorgamiento de derechos a prestaciones en sentido estricto, que deben asegurar el uso de la posibilidad fáctica de alternativas de acción⁶³.

2.2. BENS COLETIVOS CONSTITUCIONAIS

À diferença de um direito fundamental, os bens coletivos são fáctica ou juridicamente não-distributivos. Nas palavras de ALEXY:

Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no-distributivo. Los bienes colectivos son bienes no-distributivos⁶⁴.

Os bens coletivos, assim como os direitos fundamentais, são juridicamente vinculantes⁶⁵, sendo veiculados por intermédio de princípios e de regras. Quando veiculados por intermédio de princípios⁶⁶, os bens

⁶³ *Teoría de los derechos...*, p. 238-239.

⁶⁴ *Concepto e validez del derecho*, El *Concepto y la Validez del Derecho*, 2ª. ed., Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 187.

⁶⁵ Consoante expõe ALEXY: "para convertirse en un bien colectivo de un sistema jurídico, el interés puramente fáctico tiene que transformarse en un interés jurídicamente reconocido y, en este sentido, justificado. Pero, un tal interés justificado no es otra cosa que algo cuya persecución está ordenada *prima facie* o definitivamente. Con ello, el interés adquiere un status normativo. El status normativo de los bienes colectivos es aprehendido mejor a través de la versión deontológica que de la axiológica. Como se ha expuesto, los derechos tienen un status deontológico. Si del costado de los bienes colectivos se elige la versión axiológica, entonces una colisión entre derechos individuales y bienes colectivos es una colisión entre cosas categorialmente diferentes. Esto puede evitarse fácilmente si se elige la variante deontológica. No hay inconveniente en hacerlo ya que la teoría de los principios permite aprehender en un lenguaje deontológico todo lo que puede decirse en una terminología axiológica. Si se tiene en cuenta, además, que las respuestas a cuestiones de derecho dicen qué es lo que está ordenado, prohibido y permitido, entonces todo habla en favor de ingresar, para su fundamentación, en el nivel deontológico" (*Concepto...*, p. 188).

⁶⁶ Tal como exposto por ALEXY: "Los principios pueden referirse tanto a derechos individuales como a bienes colectivos [...] en la resolución sobre la incapacidad procesal, entran en colisión el derecho a la vida y a la integridad física con el principio de la garantía de una aplicación funcional del derecho penal, es decir, con un

coletivos encontram-se ordenados *prima facie*, sujeitando-se ao preceito da proporcionalidade na eventual colisão que venham a ter com outros princípios, tais como aqueles que veiculam direitos fundamentais. Quando veiculados por intermédio de regras, estabelecem mandados, proibições e permissões *definitivos*⁶⁷.

Adotando-se o conceito exposto por ALEXY:

X es para el sistema jurídico S un bien colectivo si X es no-distributivo y la creación o conservación de X está ordenada *prima facie* o definitivamente por S⁶⁸.

Na colisão ocorrente entre direitos fundamentais e bens coletivos constitucionais, deve-se estabelecer, por sua vez, uma relação de precedência *prima facie* em favor do direito fundamental, que, de toda forma,

no excluye el desplazamiento de derechos individuales por parte de bienes colectivos. Exige simplemente que para la solución requerida por los bienes colectivos existan razones más fuertes para que la requerida por los derechos individuales⁶⁹.

2.3. GARANTIAS INDIVIDUAIS CONSTITUCIONAIS

Emprega-se o termo garantia constitucional individual⁷⁰ a direitos subjetivos, veiculados por regras ou por princípios constitucionais, dispostos com o objetivo de realizar as funções de *complementação protetiva* de um direito fundamental⁷¹.

principio se refiere a un bien colectivo. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ofrece una cantidad de ejemplos de bienes colectivos como objetos de principios. La escala se extiende desde la salud pública, el abastecimiento energético y el aseguramiento alimenticio, pasando por la lucha contra la desocupación hasta el afianzamiento de la estructura interna de las Fuerzas Armadas, la seguridad de la República Federal de Alemania y la protección del orden democrático en libertad. El hecho de que un principio se refiera a este tipo de bienes colectivos significa que ordena la creación o mantenimiento de situaciones que satisfacen, en una medida más alta posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, criterios que van más allá de la validez o satisfacción de derechos individuales" (*Teoría de los derechos...*, p. 109-110).

⁶⁷ Sobre as diferenças entre princípios e regras, ver Capítulo I, Título 1.

⁶⁸ *Concepto...*, p. 188.

⁶⁹ ALEXY, *Concepto...*, p. 208.

⁷⁰ Sobre as *garantias institucionais*, que não serão objeto de apreciação nesta dissertação, ver SCHIMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, tradução de Francisco Ayala, Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 164 e ss.

⁷¹ Ruy BARBOSA, nos idos de 1893, foi o primeiro a abordar o tema das *garantias constitucionais* entre nós. Apreciando, na Constituição de 1891, algumas das garantias que estariam postas com a função de proteger alguns dos direitos expressados nos artigos 72, 73, 74 e 76 daquela Constituição, ao analisar o estado de sítio previsto no artigo 80, que justamente autorizava a *suspensão* dessas garantias, afirmava que: "Garantia, ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados, de ocorrência mais ou menos fácil. Os nossos próprios textos constitucionais estabelecem manifestamente a distinção; pois, ao passo que, rubricando a secção II do título IV, o legislador constituinte lhe chama 'Declaração de direitos', no art. 80, onde se ocupa com as faculdades anormais do Congresso e do poder executivo durante o estado de sítio, não se refere senão a 'garantias constitucionais'. Que razão de ordem positiva, de plausibilidade concludente nos autoriza a sinonimizar (relevem-me o neologismo) as duas expressões? Verdade é que também não se encontrará, na Constituição, parte, ou clausula especial, que nos

Sendo direitos subjetivos, as garantias constitucionais individuais (doravante denominadas simplesmente *garantias*) podem se encontrar veiculadas tanto em normas de direito fundamental, quando, então, também se constituem direitos fundamentais, quanto por normas constitucionais outras.

As garantias, direitos subjetivos veiculados por intermédio de regras e princípios, estabelecem, em favor do titular do direito, posições jurídicas⁷² em face do Estado, encontrando-se no entorno normativo de um direito fundamental. Com efeito, trata-se de normas jurídicas que se encontram em um sistema que tem como eixo um determinado direito fundamental, mantendo com ele uma relação de acessoriedade com a finalidade de conferir-lhe complementação protetiva⁷³.

Assim, é importante enfatizar que garantia e que direito fundamental, nesta dissertação, não se encontram submetidos a um mesmo critério classificatório: uma garantia é um direito subjetivo cuja função é proteger um direito fundamental, podendo, ou não, por sua vez, também ser um direito fundamental⁷⁴.

3. Do preceito da proporcionalidade

As restrições estatais que se operarem sobre direitos fundamentais devem ser adequadas e necessárias, devendo o sacrifício a ser sentido sobre o direito fundamental ser justificável à consecução de um fim constitucionalmente perseguido. Em outras palavras, os meios da atuação estatal e as razões da atuação estatal geradoras de restrição sobre um direito

esclareça quanto ao alcance da locução 'garantias constitucionais'. Mas a aceção é óbvia, desde que separarmos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que, em defeito dos direitos, limitam o poder. Aquellas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito" (*A Constituição e os Atos Inconstitucionais*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Atlantida, sem data, p. 193-194). Ainda sobre o tema, ver BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 7a. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 487-488; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 88-89; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 183-184; SILVA, José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo, 11a ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 192.

⁷² Tratando-se de direitos, as garantias enunciam alguma das posições jurídicas expressadas no Título 2.1 supra.

⁷³ No Capítulo III, demonstrar-se-á, com relação ao direito fundamental à liberdade de locomoção, como as garantias analisadas nos Capítulos IV e V concedem-lhe complementação protetiva, estatuidando direitos subjetivos.

⁷⁴ Quando as garantias individuais constitucionais encontram-se veiculadas por intermédio de normas de direito fundamental, sujeitam-se ao disposto no parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição, que enuncia que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir... os direitos e garantias individuais". Na presente dissertação, à exceção da garantia tratada no Título 7 do Capítulo IV, todas as demais são garantias enunciadas por intermédio de normas de direito fundamental, constituindo-se, portanto, também direitos fundamentais.

fundamental devem ser justificáveis. Fora desses parâmetros, a intervenção estatal sobre o direito fundamental encontra-se vedada *de per se*, de aí advindo, também, lesão à cláusula do Estado de Direito⁷⁵. Se a restrição se der mediante o emprego de meios inidôneos ou desnecessários, ou se o fim almejado não justificar a restrição, havendo um desequilibrado sacrifício do direito fundamental, injurídica, porque arbitrária e excessiva, será a atuação estatal.

Na presente dissertação, dá-se o nome de *preceito da proporcionalidade*⁷⁶ a um conjunto de critérios (quais sejam, *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*) empregado para a averiguação da constitucionalidade de restrições operadas sobre um direito fundamental em favor de outro direito fundamental⁷⁷ ou em favor de um bem coletivo constitucional⁷⁸, quando veiculados por intermédio de normas de tipo princípio, pelo Estado.

Com efeito, do ponto de vista técnico-jurídico, o preceito da proporcionalidade⁷⁹ é o meio destinado a superar eventual colisão existente entre normas de tipo princípio, vale dizer, destinado a estruturar a aplicação de princípios colidentes; perfaz um conjunto de critérios utilizado para a verificação de se determinada atuação/omissão estatal, que gerou restrição a

⁷⁵ Acerca da evolução do conceito de Estado de Direito, ver NOVAES, Jorge Reis, "*Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*", Coimbra: Separata do volume XXIX do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987.

⁷⁶ Utiliza-se, na presente dissertação, a expressão preceito da proporcionalidade ao invés de princípio da proporcionalidade. Isso porque a proporcionalidade, como será visto com mais detalhes, não é uma norma de tipo princípio, constituindo-se, em verdade, em um critério que estrutura a aplicação das espécies normativas de tipo princípio; com efeito, não há violação à proporcionalidade *de per se*: uma ação estatal apenas recebe tal predicado se gerar uma restrição desproporcional a um direito fundamental veiculado por intermédio de um princípio. Assim, a violação, se ocorrente, operou-se contra um direito fundamental veiculado por intermédio de princípio, constituindo-se o preceito da proporcionalidade em um procedimento que constata a ocorrência da lesão a um princípio, o qual perfaz o parâmetro para aferição da antijuridicidade do comportamento estatal.

⁷⁷ Acerca do conceito de direito fundamental empregado na presente dissertação, ver Capítulo II, Título 1.

⁷⁸ Acerca do conceito de bem coletivo constitucional, ver Capítulo II, Título 2.

⁷⁹ O preceito da proporcionalidade pode resultar de múltiplas construções constitucionais/legais, jurisprudenciais, doutrinárias, tendo, todas, como denominador comum, a finalidade de barrar ações ou omissões estatais arbitrárias, excessivas, desproporcionais sobre direitos fundamentais. Dessas múltiplas construções, contudo, geram-se dificuldades variadas acerca da terminologia a se empregar, acerca dos subpreceitos que o compõem, acerca da análise de sua própria estrutura normativa, acerca de sua aplicação enquanto critério para estruturar a aplicação de outras normas jurídicas (princípios). A presente dissertação não tem como objeto específico de análise o preceito da proporcionalidade, embora dele dependa para parte das construções que fará. Não será realizada, pois, a construção de nenhuma teoria própria acerca do preceito da proporcionalidade. Assim, optou-se por uma teoria já construída. E, dentre as diversas aproximações teóricas ao tema, a escolha operou-se em favor de uma construção apta a, da melhor forma possível, permitir o desenvolvimento das análises e a exposição dos argumentos sobre que se debruça a presente dissertação. Para tanto, a opção deu-se, essencialmente, em favor da rigorosa teoria apresentada por ALEXY no livro *Teoría de los Derechos Fundamentales*, que perfaz um dos marcos de excelência para o estudo do tema. O emprego de tal obra, que é de amplo conhecimento no meio forense e acadêmico, ademais, facilita tanto o estabelecimento de uma relação de comunicação quanto o estabelecimento de uma construção argumentativa sólida, uma vez que o sentido dos termos empregados encontra significação precisa na referida obra e uma vez que o desenvolvimento dos argumentos parte de premissas fundadas em base teórica previamente conhecida.

determinado direito fundamental veiculado por intermédio de um princípio, não foi excessiva, arbitrária, desproporcional⁸⁰.

3.1. ADEQUAÇÃO

Concernentemente ao subpreceito da adequação, o objeto de aferição dar-se-á, no que tange às possibilidades fáticas, sobre os meios escolhidos para a restrição ao princípio. Assim, na colisão entre os princípios “A” e “B”, devem ser excluídos aqueles que sejam absolutamente inidôneos para o atingimento do fim almejado, já que geradores de restrições inúteis, daí desproporcionais, ao(s) princípio(s) colidente(s). Consoante leciona GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, que nomina o subpreceito da adequação como *princípio da idoneidade*, este

constituye un criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional de exceso que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten el éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito de aplicación⁸¹.

O meio a ser empregado deve ter a previsibilidade de aptidão para a consecução do fim pretendido; a intensidade da restrição operada pelo meio empregado deve ser, tão-somente, aquela exigida pela finalidade almejada. Também o *desvio de poder* encontra foro de apreciação no subpreceito da adequação: os agentes estatais não podem obrar de forma a restringir um princípio com vistas a atingirem finalidades distintas daquelas autorizadas. Conforme, mais uma vez, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, nesses casos

toda medida dirigida a la consecución de fines no previstos por la norma habilitadora de la injerencia ha de ser considerada inconstitucional, sean cuales sean los móviles, de carácter público o privado, del sujeto actuante, siempre que la ley no autorice la restricción con la finalidad que efectivamente se trate de alcanzar⁸².

Não se trata, propriamente, de se fazer a eleição da única via possível. A opção, dentre diversas vias possíveis, encontra-se na esfera conformadora

⁸⁰ Para que não tenha tais predicados negativos, primeiramente, a ação/omissão estatal deve-se fundar em uma norma de índole constitucional, vale dizer, o direito fundamental/bem coletivo em favor de que se dá a restrição deve ter status constitucional. Do contrário, a restrição, independentemente de se aferir da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, seria *de per se* inconstitucional: o direito fundamental, em face de sua normatividade constitucional, apenas pode ser restringido por direitos e por bens coletivos que se encontrem albergados, também, em normas de nível constitucional.

⁸¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *El principio de proporcionalidad en el proceso penal*, Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 199.

⁸² *El principio de proporcionalidad...*, p. 204.

do legislador democraticamente eleito⁸³. O subpreceito da adequação, em verdade, visa a excluir as vias que sejam objetivamente inidôneas para o fim constitucional perseguido.

3.2. NECESSIDADE

O subpreceito da necessidade (também chamado de *princípio da intervenção mínima*⁸⁴) exige, no que tange, também, às possibilidades fáticas, que não se ultrapasse, na restrição dos princípios em pauta, o estritamente necessário à consecução do fim almejado⁸⁵. Consoante a advertência de Lord DIPLOCK, “the principle of proportionality prohibits the use of a steam hammer to crack a nut if a nutcracker would do it”⁸⁶. Determina que se faça uma comparação dentre as medidas restritivas de forma a que se decida em favor daquela que opere a menor restrição. Segundo o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, o subpreceito da necessidade implica que “cuando se trate de elegir entre más medidas apropiadas será necesario recurrir a la menos restrictiva” (Sentença de 16.10.1991, caso C-24/90, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas vs. Werner Faust offene Handelsgesellschaft*).

O subpreceito da necessidade propõe-se a apreciar, objetivamente, se se faz obrigatória uma restrição a direito fundamental, almejando que as intervenções estatais deixem o maior campo *possível* para o exercício do direito fundamental afetado. Nas palavras de GAVARA DE CARA,

el principio de necesidad como medio menos perjudicial se dirige a examinar la decisión legislativa. Se observa la idoneidad de la medida para la realización de la finalidad perseguida y, posteriormente, se trata de determinar que otra medida igualmente adecuada es más benigna⁸⁷.

⁸³ Artigo 1º, parágrafo único, da CF.

⁸⁴ Ver, nesse sentido, BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 734.

⁸⁵ As possibilidades fáticas, no que tange aos subpreceitos da adequação e da necessidade, podem ingressar no campo próprio das possibilidades jurídicas. Isso acontece, por exemplo, na colisão entre os princípios “A” e “B” quando inexistirem meios a serem empregados que permitam o atingimento mútuo dos fins dos princípios em pauta; logo quando o meio M1 privilegia o princípio “A”, sendo incompatível com o princípio “B” e o meio M2, por sua vez, privilegia o princípio “B”, sendo incompatível com o princípio “A”. Nesse caso, em que pese se centre a discussão sobre os meios a serem empregados nas restrições dos princípios “A” e “B”, tal discussão passa à órbita do subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que se tornou inviável, com base em critérios exclusivos sobre as possibilidades fáticas, a escolha do meio a ser utilizado. Da mesma forma, quando, no que tange ao subpreceito da necessidade, que se funda em critérios atinentes às possibilidades fáticas, inexistir meio, ou condições, de se aferir aquilo que não ultrapasse o estritamente necessário à restrição dos princípios em pauta, volve-se para o preceito da proporcionalidade em sentido estrito.

⁸⁶ Citado por Diana-Urania Galeta, “El principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario” in *Cuadernos de Derecho Público*, 5 (*El Principio de Proporcionalidad*), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998, p. 84. Tradução livre: “o princípio da proporcionalidade proíbe o uso de um martelo a vapor para quebrar uma noz quando um quebrador de nozes faria isso”.

⁸⁷ GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo – la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 305.

Quanto maior é o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro princípio⁹⁰.

Dessa maneira, quanto mais haja restrição sobre o direito fundamental, mais cuidadosamente devem ser demonstradas as razões justificadoras da restrição.

Para tanto, o proporcionalidade em sentido estrito vincula-se, necessariamente, a uma teoria da argumentação, que lhe agrega racionalidade na formação do enunciado de preferência (vale dizer, da regra de colisão, que perfaz o resultado da ponderação realizada, resolvendo o caso concreto). Nesse sentido, é fundamental a afirmação de ALEXY no sentido de que

ciertamente, la ley de ponderación en tanto tal no formula ninguna pauta con cuya ayuda pudieran ser decididos definitivamente los casos. Pero, el modelo de ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional⁹¹,

sendo que

a través de las ponderaciones de la jurisprudencia y las propuestas de ponderación de la ciencia de los derechos fundamentales a las que se ha prestado consentimiento, surge, con el transcurso del tiempo, una red de reglas concretas adscriptas a las distintas disposiciones de derecho fundamental y que representan una base importante y un objeto central de la dogmática⁹².

Os direitos fundamentais, porque se encontram veiculados, muitas vezes, por intermédio de princípios, apresentam ampla abertura semântica, motivo por que se trata, a ponderação, de um procedimento aberto⁹³.

⁹⁰ *Teoría de los derechos...*, p. 161.

⁹¹ *Teoría de los derechos...*, p. 167.

⁹² *Teoría de los derechos...*, p. 168.

⁹³ Como observa HESSE, o conteúdo da Constituição deve ficar "aberto para dentro de tempo" (HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 40). Consoante expõe tal autor: "a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade" (*A Força Normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24.). Todavia: "A constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser e dever ser" (*A Força Normativa...*, p. 24). Não se pode, assim, afastar norma e realidade, uma vez que a "norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade" (*A Força Normativa...*, p. 14), sendo que a "pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas", devendo ser "contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais" (*A Força Normativa...*, p. 13). Assim, a interpretação constitucional mantém o texto constitucional e a vida por tal texto regrada em constante relação de aperfeiçoamento e de atualização, situação que, ao final, vem a fortalecer o efeito estabilizador da Constituição, desenvolvendo-se a força normativa da Constituição e a capacidade desta de assegurar uma *práxis* institucional em que os conflitos sejam administrados e resolvidos.

Gerando os meios escolhidos, indiferentemente, a mesma intensidade de restrição sobre o direito fundamental, também devem-se levar em consideração os efeitos secundários prejudiciais que cada um dos meios restritores possíveis operará sobre outros direitos fundamentais, fazendo-se recair a escolha sobre aquele cujas consequências sejam, nesse contexto mais amplo, de menor intensidade.

3.3. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

O subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, passa pela apreciação dos significados e das consequências jurídicas que deverão privilegiar a aplicação de um princípio em detrimento de outro. Encontra-se imbricado a uma situação concreta, vinculando-se sua aplicação a específicas restrições estatais operadas sobre específicos direitos fundamentais que tenham por desiderato a otimização, por sua vez, de outros direitos fundamentais ou de bens coletivos constitucionais. Nesse sentido, GAVARA DE CARA expõe que

la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto puede ser entendida como contraposición ponderada de medidas legislativas y finalidades, lo que implica que deban ser observadas todas las circunstancias relevantes para el caso⁸⁸.

Vencidos os testes de adequação e de necessidade, o subpreceito da *proporcionalidade em sentido estrito* é aplicado, tal como expõe GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO,

con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés público que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo deberá considerarse inadmisibile, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad⁸⁹.

O subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito verifica a intensidade restritiva a que vai submetido o direito fundamental, tendo por consideração que, quanto maior seja a restrição, maior deverá ser a importância concreta do fim constitucional perseguido, valendo a seguinte norma exposta por ALEXY:

⁸⁸ *Derechos fundamentales...*, p. 311.

⁸⁹ *El principio de proporcionalidad...*, p. 208.

according to the Court's case-law, a restriction on a Convention right cannot be regarded as 'necessary in a democratic society' - two hall-marks of which are tolerance and broadmindedness - unless, amongst other things, it is proportionate to the legitimate aim pursued⁹⁷.

Reiteradamente o TEDH tem submetido à resolução de casos ao preceito da proporcionalidade. Por exemplo, em *Chassagnou e outros v. França*, asseverou que:

The Court therefore respects the judgment of the national legislature "unless that judgment be manifestly without reasonable foundation", that is where there is no "fair balance" between the general interest and the need to protect individual rights, i.e. where no reasonable relationship of proportionality exists between the means employed and the aim pursued⁹⁸.

Também o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia tem reconhecido, reiteradamente, o preceito da proporcionalidade como norma limitativa às medidas comunitárias restritivas de direito⁹⁹ (v.g., na Sentença *Balkan-Import-Export*, de 24.10.1973, caso 5/73¹⁰⁰), tendo o Tratado de Maastricht, no parágrafo 3º do artigo 3B, disciplinado que "*nenhuma ação da Comunidade excederá o necessário para alcançar os objetivos do presente Tratado*". No Tratado de Amsterdã, de 17 de junho de 1997, estabeleceu-se um Protocolo sobre a aplicação dos *princípios da subsidiariedade e proporcionalidade*, cuja primeira disposição disciplina que "*al ejercer las competencias que le han sido conferidas, cada institución deberá garantizar... el respecto al principio de proporcionalidad, según el cual ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado*". Com efeito, na Sentença de 29.02.1996, caso C-296/93, o Tribunal afirmou que

el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, requiere que los actos de las instituciones comunitarias no superen los límites de lo que es idóneo y necesario para la consecución de los fines legítimamente

Derechos Humanos, in "Cuadernos de Derecho Público", 5 (*El Principio de Proporcionalidad*). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998.

⁹⁷ Tradução livre: "de acordo com os precedentes da Corte, uma restrição a um direito previsto na Convenção não pode ser considerada 'necessária em uma sociedade democrática' – que tem como duas características típicas a tolerância e a consideração a diferentes formas de ver o mundo – a não ser, entre outras coisas, que ela (a restrição) seja proporcional à persecução de uma meta legítima". Precedente citado por FASSBENDER, *El principio de proporcionalidad*..., p. 56.

⁹⁸ Tradução livre: "A Corte por esta razão respeita a decisão da legislação nacional 'a não ser que essa decisão seja manifestamente sem fundamento razoável', que se dá quando não há 'adequada ponderação' entre o interesse geral e a proteção dos direitos individuais, em outras palavras, quando nenhuma razoável relação de proporcionalidade existe entre os meios empregados e o fim perseguido". Precedente colhido do sítio www.echr.coe.int, acessado em 29.07.2005.

⁹⁹ Acerca da aplicação do preceito da proporcionalidade no Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, por todos ver GALETA, Diana-Urania. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario*, in "Cuadernos de Derecho Público", 5 (*El Principio de Proporcionalidad*). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998.

¹⁰⁰ Citado por GALETA, *El principio de proporcionalidad*..., p. 84.

Inexiste, no processo de ponderação, a possibilidade de se chegar a uma única resposta intersubjetivamente absoluta, já que é impossível a formulação de teorias morais materiais que a tanto cheguem⁹⁴. Por isso, para a construção do conteúdo do direito, são necessárias teorias procedimentais, as quais têm como escopo o estabelecimento de regras e de condições a partir das quais se possa, por via da argumentação, aportar-se a uma decisão prática racional controlável⁹⁵.

4. Algumas referências sobre a aplicação do preceito da proporcionalidade

Como critério para a delimitação e para a verificação da juridicidade das restrições sobre direitos fundamentais, o preceito da proporcionalidade tem desempenhado destacado papel, tendo sido largamente empregado em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais.

O preceito da proporcionalidade vem expresso na Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, que, em seu artigo 52, 1, estabelece que:

Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

A seu turno, a jurisprudência do TEDH tem derivado o preceito da proporcionalidade dos artigos 8º a 11 do Convênio Europeu dos Direitos Humanos, nos quais resta assegurado que os direitos neles veiculados apenas poderão sofrer as restrições que sejam *necessárias* em uma sociedade democrática ("*necessary in a democratic society*")⁹⁶. Com efeito, em *Dudgen v. the UK*, o TEDH decidiu que:

⁹⁴ Por isso, ALEXY assevera que: "puede decirse que no es posible una teoría material de los derechos fundamentales que establezca con carácter obligatorio la solución de cada caso de derecho fundamental. Por ello, no hay que esperar demasiado de una teoría material de los derechos fundamentales. Lo único que puede exigirse de ella es que estructure la argumentación iusfundamental de una manera materialmente aceptable en la mayor medida posible" (*Teoría de los derechos*..., p. 552).

⁹⁵ No livro *Teoría de la argumentación jurídica*, ALEXY leciona que: "los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones. Los discursos en los que se trata de la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos. El discurso jurídico, como se mostrará, puede concebirse como un caso especial del discurso práctico general que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente" (*Teoría de la Argumentación Jurídica – la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 177).

⁹⁶ Acerca da aplicação do preceito da proporcionalidade no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, por todos ver FASSBENDER, Bardo, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de*

perseguidos por la normativa de que se trate, manteniendo que, aunque sea posible más de una opción entre las medidas apropiadas, debe recurrirse a la menos restrictiva y los inconvenientes causados no deben ser desproporcionados de los fines perseguidos¹⁰¹.

Na Alemanha, o preceito da *proibição do excesso*, berço moderno da proporcionalidade que com ela, muitas vezes, se confunde¹⁰², foi, inicialmente, integrado pelo direito administrativo prussiano, exurgindo seu estabelecimento da cláusula geral do poder de polícia, a qual disciplinava que o Estado deveria adotar apenas as medidas que se fizessem necessárias ao conseguimento do fim proposto, tendo, para tanto, o Tribunal Administrativo Superior da Prússia assumido sua aplicação.

Com efeito, o preceito da proibição do excesso, que decorria, também, da construção teórica do conceito de *Rechtsstaat* (Estado de Direito), cuja gênese emanava ao começo do Século XIX, tornou-se, pelo desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário alemão, parte integrante de todo o direito administrativo. Na década de 1950, consoante faz referência KLUTH, o preceito passou a ser entendido como apresentando índole constitucional (trabalhos de Herbert Krüger, Rupprecht von Krauss, Peter Lercher, Günter Dürig)¹⁰³, tendo, o Tribunal Federal Constitucional, na década seguinte¹⁰⁴, firmado seu entendimento no sentido de que

en la República Federal de Alemania goza el principio de proporcionalidad de rango constitucional. Tal principio se deriva del Estado de Derecho y se encuentra en la propia esencia de los derechos fundamentales, los cuales, como expresión del derecho de libertad general del ciudadano frente al Estado, sólo pueden ser restringidos para la protección de intereses públicos (BVerfGE, S. 342, 348 f.).

reiterando, ainda, que

... la limitación del derecho fundamental ... debe ser idónea para la protección eficaz del bien jurídico. Esa limitación debe ser además necesaria, lo que no sucederá cuando existan alternativas de actuación más suaves. Finalmente, la limitación debe ser proporcionada en sentido estricto, lo que significa que se encuentre en una relación razonable con la importancia y el significado del derecho fundamental (BVerfGE 67, 157 (173)).

Na Espanha, o Tribunal Constitucional, seguindo, inicialmente, os passos do TEDH, e, após, tendendo a aplicá-lo na forma como construído na Alemanha, tem reconhecido o preceito da proporcionalidade em sua jurisprudência, que, nas últimas duas décadas, tem-se desenvolvido largamente¹⁰⁵. A título exemplificativo, na STC 207/1996, de 16.12.1996, verdadeiro *leading case*, o Tribunal Constitucional Espanhol teve a oportunidade de asseverar que

según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994), y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal (por todas, SSTC 37/1989, 85/1994 y 54/1996) viene determinada por la estricta observancia del principio de

¹⁰¹ Citado por GALETA, *El principio de proporcionalidad...*, p. 79.

¹⁰² É importante advertir, consoante KLUTH, que: "el Tribunal Constitucional y buena parte de la doctrina aluden normalmente al 'principio de prohibición de exceso' [...] y muy raramente 'al principio de proporcionalidad' [...]. Ello es debido a que generalizadamente se entiende que 'el principio de la prohibición de exceso' tiene un contenido más amplio, el que formaría parte el 'principio de proporcionalidad'. En ocasiones, para aclarar el sentido de la expresión, se habla también de 'principio de proporcionalidad en sentido amplio' para aludir al principio de 'prohibición de exceso', y de 'proporcionalidad en sentido estricto', cuando se alude al principio de ponderación" (KLUTH, Winfried, *Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán*, in "Cuadernos de Derecho Público", 5 (*El Principio de Proporcionalidad*), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998, nota 1, p. 219).

¹⁰³ *Prohibición de exceso...*, p. 221 e ss.

¹⁰⁴ Acerca dessa evolução, BARNES anotou que: "El nuevo Estado liberal asume como función básica la conservación de la paz y de la seguridad interna y externa, como instrumentos garantes del bienestar de sus ciudadanos. En este contexto, la jurisprudencia contribuiría a la creación de un Derecho Administrativo llamado a disciplinar en clave jurídica la intervención pública – protagonizada por la policía administrativa. Ya en época temprana, ejercerían los tribunales un decidido control sobre la adecuación de los medios a la finalidad perseguida por la Administración en el ámbito de la actividad de policía, revisando si las medidas adoptadas excedían de lo estrictamente necesario, esto es, de lo que el propio fin demandaba. El Tribunal Administrativo Superior de Prusia, el más importante de la época en materia contencioso-administrativa en el mundo germánico, asumiría un claro liderazgo en la dirección apuntada. El principio de proporcionalidad, entendido en su origen como principio de necesidad de la intervención o del medio más moderado posible, fue acreciendo con el correr del tiempo de la mano de la jurisprudencia y de la doctrina alemanas, y abriéndose paso en medio de una notable confusión terminológica, hasta cobrar su sentido actual. Ejerce, desde luego, una evidente fascinación como técnica de limitación del poder. Y para el TCF alemán, posee un notable valor simbólico, por cuanto sintetiza la concepción básica que la Constitución encierra, tanto en lo que hace a la posición del individuo – ciudadano, y no súbdito – en la sociedad, como en punto a la función de los poderes públicos en el ámbito de los derechos" (BARNES, Javier, *El Principio de Proporcionalidad. Estudio Preliminar*, in "Cuadernos de Derecho Público", 5 (*El Principio de Proporcionalidad*), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998, p. 24).

¹⁰⁵ Nessa linha, dá conta BEILFUSS que: "Durante los primeros años de jurisprudencia constitucional, el principio de proporcionalidad fue empleado de manera espontánea y poco formalizada. Influido por su naturaleza de principio general del Derecho y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional fue extendiendo su utilización a prácticamente todos los derechos fundamentales, sin que ello fuese acompañado de una concepción jurisprudencial clara sobre tal principio. Ello se tradujo, entre otros aspectos, en una utilización poco diferenciada respecto de otros principios como el de razonabilidad, en una jurisprudencia errática en torno a su fundamento constitucional, en algunas dudas respecto a su relación con las demás piezas del régimen jurídico de los derechos fundamentales y, sobre todo, en la ausencia de unos criterios claros respecto a su concreto contenido normativo. Aunque todo ello no implicó una densidad de control elevada, la utilización jurisprudencial del principio de proporcionalidad durante estos primeros años hizo del mismo un criterio tan conocido como imprevisible. Seguramente consciente de esto hecho, a partir de finales de la década de los ochenta se inicia un progresivo proceso de formalización del principio de proporcionalidad, cuya última fase es la utilización del teste alemán de proporcionalidad desde mediados de la década de los noventa. Aunque este proceso no es lineal ni está exento de contradicciones, la utilización de este teste y de sus tres requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto representa un salto cualitativo de gran importancia en el proceso de clarificación del principio de proporcionalidad. No sólo porque sienta las bases para una utilización más ordenada de este principio, sino sobre todo porque constituye un buen punto de partida para su depuración dogmática y, consecuentemente, para superar los problemas planteados hasta ahora en la práctica" (BEILFUSS, Markus González, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona: Ed. Aranzadi, 2003, p. 147-148).

proporcionalidad. En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)¹⁰⁶.

Em Portugal, o artigo 18, 2, da Constituição, disciplina que

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Com base nesse dispositivo constitucional, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal já teve a oportunidade de decidir que

os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados, pois que a própria Constituição admite a sua restrição, como decorre do preceituado nos ns. 2 e 3 do artigo 18. Posto é que tais restrições visem salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, não diminuam a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais e respeitem o princípio da proporcionalidade ou da proibição da escusa na sua tripla vertente: - a da adequação (é necessário que a restrição seja apropriada à prossecução dos fins invocados pela lei); - a da necessidade (são de evitar as restrições não necessárias à obtenção dos fins de protecção visados pela norma legal, pelo que lhe só serão exigíveis ou necessários quando não é possível escolher outros menos coactivos);- e a da proporcionalidade em sentido estrito (as restrições não devem ser excessivas, mas sim na justa medida, em confronto com os fins prosseguidos (Processo nº 95/96, data do acórdão 11.03.97)¹⁰⁷.

Exemplificativamente, transcreve-se, ainda, a seguinte ementa:

I - Nos termos do artigo 18 n. 2 da Constituição da República Portuguesa e 193 do Código de Processo Penal¹⁰⁸, a restrição

legítima de direitos, liberdades e garantias deve observar o princípio da proporcionalidade que engloba os princípios da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, significando esta que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa "justa medida", impedindo-se a adopção de medidas restritivas desproporcionadas ou excessivas em relação aos fins obtidos (...) (Data do acórdão 27.02.91, recurso nº 569/89)¹⁰⁹.

Interessante é a Constituição da República da África do Sul, de 1996, que positivou o preceito da *proporcionalidade*, de maneira exaustiva, nos seguintes termos:

Section 36 Limitation of rights

(1) The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including –

- (a) the nature of the right;
- (b) the importance of the purpose of the limitation;
- (c) the nature and extent of the limitation;
- (d) the relation between the limitation and its purpose; and
- (e) less restrictive means to achieve the purpose

(2) Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights¹¹⁰.

¹⁰⁶ Precedente colhido do sítio www.tribunalconstitucional.es, acessado em 29.07.2005.

¹⁰⁷ Precedente colhido do sítio www.stj.pt, acessado em 29.07.2005.

¹⁰⁸ O artigo 193 do CPP Português, por sua vez, expressa que:

Princípio de adequação e proporcionalidade

1 - As medidas de coacção e de garantia patrimonial a aplicar em concreto devem ser adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas.

2 - A prisão preventiva só pode ser aplicada quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coacção.

3 - A execução das medidas de coacção e de garantia patrimonial não deve prejudicar o exercício de direitos fundamentais que não forem incompatíveis com as exigências cautelares que o caso requerer.

¹⁰⁹ Precedente colhido do sítio www.stj.pt, acessado em 29.07.2005.

¹¹⁰ Tradução livre: "Seção 36 – Limitação de direitos.

(1) Os direitos constantes na Carta de Direitos apenas podem ser limitados, em termos de normas gerais de aplicação, na medida em que a limitação seja razoável e justificável em uma sociedade aberta e democrática, baseada na dignidade humana, na igualdade e na liberdade, devendo-se levar em consideração, para tanto, todos fatores relevantes, incluindo:

- (a) a natureza do direito;
- (b) a importância do propósito da limitação;
- (c) a natureza e a extensão da limitação;
- (d) a relação entre a limitação e o seu propósito; e

terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação substantivaria (HC 76.060-4/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, data da decisão 31.03.1998)¹¹¹.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, embora não venha aplicando, de maneira reiterada, em todos os seus termos, o preceito da proporcionalidade, já teve a oportunidade de se alinhar com o entendimento defendido pelo Tribunal Constitucional Alemão e pelo Tribunal Constitucional Espanhol, conforme se observa no Habeas Corpus 82.969-4, oportunidade na qual a 2ª Turma seguiu o voto do Relator, Min. Gilmar Ferreira Mendes, que assentou:

Lembre-se que o princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um 'limite do limite' ou um 'proibição de excesso' na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de ALEXY, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo – tal como o defende o próprio ALEXY. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito... há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

As referências ao preceito da proporcionalidade, mesmo que não aplicado na exata conformação acima exposta, de toda forma, observam-se com certa constância na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, tal como se colhe, também, do seguinte precedente da 1ª Turma daquele Tribunal:

DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende – de resto, apenas para obter prova de reforço – submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de

(e) a existência de medidas menos restritivas hábeis para alcançar o propósito

(2) Exceto como previsto na subseção (1) ou em qualquer outra previsão da Constituição, nenhuma norma pode limitar qualquer direito fixado na Carta de Direitos".

¹¹¹ Nesse precedente, uma pessoa almejava, em uma demanda cível, ver-se declarado pai de uma criança que fora gerada na constância do casamento de um terceiro, que, assim, teria a favor de si a presunção legal da paternidade. Havia sido deferido pelas instâncias inferiores pedido de prova no sentido de submeter o terceiro à realização de teste hematológico com vistas a "constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular". Reconhecendo a inadequação do pedido de prova para o fim que pretendia atingir, o relator do acórdão assentou que: "A revolução, na área da investigação da paternidade, da descoberta do código genético individual, em relação ao velho cotejo dos tipos sanguíneos dos envolvidos, está em que o resultado deste se prestava apenas e eventualmente à exclusão da filiação questionada, ao passo que o DNA leva sabidamente a resultados positivos de índices probabilísticos tendentes à certeza. Segue-se daí a prescindibilidade, em regra, de ordenada coação do paciente ao exame hematológico, à busca de exclusão da sua paternidade presumida, quando a evidência positiva da alegada paternidade genética do autor da demanda pode ser investigada sem a participação do réu".

Capítulo II

Do regime constitucional da Prisão em Flagrante

1. Prisão em flagrante e normas penais incriminadoras: a proteção de direitos fundamentais e de bens coletivos constitucionais

1.1. NORMAS PENAIS INCRIMINADORAS E A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE BENS COLETIVOS CONSTITUCIONAIS

Um direito fundamental, em face de sua hierarquia constitucional, apenas pode ser restringido em favor de outro direito fundamental ou bem coletivo constitucional, pena de ser tida como inconstitucional a restrição operada.

Com efeito, um direito fundamental encontra-se veiculado por intermédio de uma norma constitucional. Dessa forma, se a restrição que vier a sofrer o direito fundamental não se arrimar em uma norma de idêntico status constitucional, decorrerá violação direta da norma constitucional que alberga o direito fundamental.

Conforme visto no Capítulo anterior, os direitos fundamentais e os bens coletivos constitucionais podem ser veiculados em normas de tipo princípio, que, em face de sua estrutura, possibilitam a coexistência de posições normativas antagônicas sem que nenhuma delas perca sua validade, permitindo, com isso, a relativização deles (dos direitos fundamentais e dos bens coletivos constitucionais). Uma restrição a um direito fundamental, nesse contexto, pode ser tida como uma norma

decorrente do princípio preponderante¹¹², que, enfatize-se, deve ter *status* constitucional.

Trazendo, as normas penais incriminadoras, a potencialidade da restrição do direito fundamental à liberdade de locomoção¹¹³ (artigo 5º, inciso XV, da CF¹¹⁴), é condição primeira de validade delas, por conseguinte, que tenham como seu objeto e como sua finalidade a defesa de direitos fundamentais e de bens coletivos constitucionais. Assim, há necessidade, para que haja a restrição, de que, argumentativamente, reste demonstrada a relação de precisão protetiva mantida entre a norma penal incriminadora e o

¹¹² Ver notas 30 e 33.

¹¹³ Não se descarta do largo emprego, no direito penal, de sanções que não geram restrição à liberdade de locomoção, tais como a imposição de penas pecuniárias, que também são próprias de outros ramos do direito, com especial destaque do direito administrativo. Contudo, no direito brasileiro, as sanções que tenham como objeto a restrição à liberdade de locomoção encontram-se, à exceção das infrações disciplinares militares (artigo 5º, inciso LXI, c/c o artigo 142, parágrafo 2º, todos da CF), na reserva do direito penal, submetendo-se às especificidades de seu regramento constitucional. Com efeito, a potencial restrição à liberdade de locomoção, como objeto de uma sanção, é nota característica do direito penal, distinguindo-lhe sobremaneira dos demais campos jurídicos.

¹¹⁴ O direito fundamental à liberdade de locomoção encontra-se veiculado no inciso XV do artigo 5º da CF:

XV – é livre a locomoção em território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

Desse enunciado, colhe-se que:

- 1) é livre a locomoção em território nacional em tempo de paz;
- 2) qualquer pessoa, nos termos da lei, pode entrar, permanecer e sair do território nacional juntamente com seus bens.

A primeira parte do enunciado refere-se ao direito *prima facie* da livre locomoção no interior do território nacional em tempo de paz; a segunda, à livre locomoção de pessoas para o território nacional do exterior, bem como a livre locomoção de pessoas do exterior para o território nacional, havendo de, a norma a regular a matéria, também garantir, nessa hipótese, a livre movimentação de bens, que poderão seguir *prima facie* com a pessoa que deixa, que permanece ou que vem para o território nacional. Constitui objeto de apreciação, na presente dissertação, a primeira parte do enunciado constitucional supra (é livre a locomoção em território nacional em tempo de paz).

A liberdade de locomoção em território nacional, em tempo de paz, veicula-se por intermédio de uma norma de tipo *princípio*, que pode assim ser enunciada:

Deve-se realizar a liberdade de locomoção, na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Perfazendo um comando de otimização daquilo que enuncia, sujeita-se ao preceito da proporcionalidade, pelo que, para que seja restringido, deverá ser ponderado em face de outros princípios.

No que tange à posição em face da norma na qual coloca seu titular, tal princípio confere a este uma liberdade, centrando-se, a alternativa de ação, na possibilidade de ir ou de permanecer. Tal posição pode assim ser expressada:

A tem o direito em face do Estado prima facie, de ir ou de não ir (permanecer).

Trata-se de uma liberdade negativa, vale dizer, de uma liberdade cujo objeto é uma alternativa de ação (ir ou não ir).

E, no tipo abstrato da referida norma devem ser englobadas todas as posições jurídicas *prima facie*, que, em face de outros princípios constitucionais (veiculadores de direitos fundamentais ou de bens coletivos constitucionais), podem ceder, ou não, diante do desenvolvimento de uma relação de precedência condicionada. Tais posições jurídicas *prima facie*, para que assim possam ser consideradas, necessitam ser adscritas, mediante o desenvolvimento da argumentação, do princípio referido. Acerca do tema, ver Títulos 1 a 3 do Capítulo I.

direito fundamental/bem coletivo constitucional a que visa proteger, que pode se encontrar expresso, ou não, em um específico enunciado normativo.

Destaque-se, no ponto, a necessidade de se ter presente o conceito semântico de norma¹¹⁵. Diversas normas podem decorrer de apenas um enunciado normativo, assim como uma norma pode decorrer, por si só, de elementos contidos em diversos enunciados normativos, ou, ainda, uma norma pode ser decorrência de um sistema normativo, sem se vincular a nenhum enunciado normativo específico. Nesse contexto, mesmo que não haja um específico enunciado normativo constitucional, mesmo assim não restará obstado o reconhecimento da existência de um bem coletivo constitucional derivado do sistema constitucional, igualmente digno *prima facie* de proteção penal. Disso não decorre nenhuma aceitação do emprego retórico dessa construção como maneira de legitimação ampla do direito penal. Ao contrário do apregoado em regimes implícita ou explicitamente antiliberais, cabe ao Estado justificar a restrição operada pelo direito penal sobre o direito fundamental à liberdade de locomoção em argumentação sólida. Dessa maneira, deve ser pesado ônus estatal a demonstração da existência de bem coletivo constitucional cuja proteção penal seja necessária. A aceitação da existência de bens coletivos constitucionais que não se encontram expressos na literalidade constitucional apenas dá-se, nessa conjuntura, em casos excepcionais: se não se der essa inequívoca demonstração da relação de precisão protetiva direta da norma penal incriminadora com um bem coletivo constitucional, cabe o correlato decreto de inconstitucionalidade, não se admitindo conclusões despidas de suficiente dose argumentativa engendradas com a finalidade de “salvar” a norma penal incriminadora. Sem uma inequívoca demonstração de tudo isso, deve-se afastar a incriminação, operando-se nos quadrantes do *favor libertatis*. É da Constituição que deriva a possibilidade de incriminação, não se havendo de realizar o caminho inverso: não se busca uma forma de legitimação intrínseca das normas penais incriminadoras; busca-se, pelo contrário, o controle da constitucionalidade dessas normas, que, na Constituição, encontram a necessária referência material e formal. Como bem expõe DIAS:

se ... a função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídico-penais revela-se jurídico-constitucionalmente credenciada em qualquer autêntico regime democrático e pluralista, então tal deve ter como consequência inafastável a de que toda a norma incriminatória na base da qual não seja susceptível de se divisar um bem jurídico-penal claramente definido é nula, por materialmente inconstitucional, e como tal deve ser declarada pelos

¹¹⁵ Ver, sobre o tema, o Título 1 do Capítulo I.

tribunais constitucionais ou pelos tribunais ordinários aos quais compita aferir da constitucionalidade das leis ordinárias¹¹⁶.

E, tal como afirmado por BRICOLA:

il quesito concernente la possibilità o meno che la norma penale crei interessi deve risolversi in senso negativo. Essa, infatti, non crea mai interessi; può solo ritagliarli e specificare senza snaturarli i valori già previsti dalla Costituzione¹¹⁷.

Assim, à custa da simples leitura do preceito secundário¹¹⁸ de uma norma penal incriminadora, na qual se comina pena privativa de liberdade, deriva a imediata constatação de que o preceito primário da norma deve-se apoiar na proteção de um direito fundamental ou de um bem coletivo constitucional. Se assim não for, a restrição que se operará sobre o direito fundamental à liberdade de locomoção será, pois, constitucionalmente inválida.

Por conseguinte, não se pode concordar com DOLCINI e MARINUCI ao afirmarem que a “*Constituição não impõe um limite geral ao legislador ordinário na escolha discricionária dos bens a proteger penalmente; o legislador não está vinculado nesta escolha ao âmbito dos bens constitucionalmente relevantes*”¹¹⁹. Ao contrário, temos que não pode um direito fundamental ser restringido pelo legislador ao arrepio de guarida normativa constitucional. É evidente que toda a Constituição apresenta uma íntima conexão com a historicidade do momento em que é promulgada, muitas vezes sofrendo severas limitações literais em seu corpo, do que decorre, muitas vezes, a impossibilidade de providência de direitos e de bens que, justamente porque surgirão no devir histórico, ainda não apresentam status constitucional. Para casos que tais, se não houver a possibilidade de uma atualização constitucional por intermédio da interpretação¹²⁰, resta ainda possível transitar-se pela via da promoção de uma alteração formal do texto constitucional, tal como se dá com a Constituição Brasileira em seu artigo 60. Assim, antes de se restringir

um direito fundamental sem base constitucional, cabe sejam promovidas as devidas alterações constitucionais, adequando-se as necessidades sociais de proteção penal às exigências constitucionais.

Todavia, não basta que uma norma penal incriminadora sustente-se na proteção de um direito fundamental ou de um bem coletivo constitucional para que seja tida como válida. Além disso, a restrição exercida pela norma penal incriminadora sobre o direito fundamental à liberdade de locomoção deverá ser proporcional, vale dizer, adequada, necessária e proporcional em sentido estrito¹²¹ na proteção a que visa conferir ao direito fundamental ou bem coletivo constitucional que lhe dá sustentação.

Dado o grau de restrição que potencialmente gera ao direito fundamental à liberdade de locomoção, que é basilar para o livre e adequado desenvolvimento da pessoa humana¹²², o direito fundamental/bem coletivo

¹²¹ As restrições operadas sobre direitos fundamentais, para que, validamente, sejam tidas como válidas, devem ter a aptidão de passarem pelo preceito da proporcionalidade, que se compõe dos subpreceitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como visto no Título 3 do Capítulo anterior.

¹²² A liberdade de locomoção guarda uma relação de precisão com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF). É condição basilar para o desenvolvimento do ser humano, de sua própria identidade, constituindo-se sua restrição a exceção, a favor da qual se devem trazer consideráveis razões de peso. A restrição à liberdade ambulatoria reduz, exponencialmente, a possibilidade da experiência, que é o elemento constituinte do ser nas mais diversas dimensões da atuação humana. A possibilidade de transcendência às circunstâncias, que faz do homem muito mais do que mero objeto biológico, tem no corpo o veículo da compreensão do mundo e da atuação no mundo. Podando-se a liberdade de locomoção, retira-se a chance do desenvolvimento. A prisão constitui-se na restrição máxima ao princípio constitucional da liberdade de locomoção; retira-se, do sujeito, quase que de forma completa, a opção ir/permanecer. É levada a efeito pelo Estado por obra de uma delimitação espacial severa dentro da qual o corpo poderá ambular. Tem como objeto a assunção, quase que completa, da opção ir/permanecer pelo Estado. Este ordena sobre o corpo. Emite ordens de permanecer em determinado local; emite ordens de ir a determinados locais.

A história da liberdade de locomoção é a história de suas restrições. Sem se descuidar da advertência de BERLIN no sentido de que “as concepções de liberdade derivam de visões do que constitui um eu, uma pessoa, um homem” (BERLIN, Isaiah, *Estudos sobre a Humanidade – Uma antologia de Ensaios*, tradução de Rosaura Eichenberg, São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 239), reconhecidas segundo as possibilidades de cada tempo, pode-se dizer que a história da liberdade de locomoção tem-se movido na direção da superação das restrições arbitrárias, excessivas, desproporcionais, almejando, como meio para o desenvolvimento da pessoa humana, a consolidação da liberdade como a regra que apenas pode ser afastada em circunstâncias excepcionais justificáveis (ver, nesse sentido, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *História e Prática do Habeas-Corpus*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1951). A alternativa ir/permanecer é basilar para o ser humano e para o seu desenvolvimento. Ao longo da história, mesmo que reconhecidas as contradições de cada época, sucedem-se normas que visam a protegê-la em face de restrições indevidas, como se observa, exemplificativamente, das seguintes cartas de direitos: seções 1 e 10 da Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776; artigos 4º e 7º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789; artigo 2º da Convenção sobre a Escravidão, de 25 de setembro de 1926; artigo 4º da Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho sobre Trabalho Forçado ou Obrigatório, de 28 de junho de 1930; artigos 1º, 8º, 25 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948; artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 9º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948; artigos 4º, 5º da Convenção sobre a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 04.11.1950; artigo 6º da Convenção sobre Asilo Diplomático, X Conferência Interamericana, de 1954; artigo 6º da Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravidão, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravidão, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 66, de 1965 e promulgada pelo Decreto nº 58.563/66; artigo 2º da Declaração dos Direitos da Criança, texto proclamado pela Assembléia Geral da ONU, em 21.11.1959; artigo 2º do Protocolo nº 4º da Convenção sobre a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 16.09.1965; artigo 5º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 21.12.1965; artigos 8º, 9º, 10º, 11, 12, 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 23.3.1976

¹¹⁶ DIAS, Jorge Figueiredo, *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 77.

¹¹⁷ BRICOLA, Franco, *Teoria Generale del Reato*, in “Novissimo Digesto Italiano”, XIX, Torinese, 1977, p. 17.

¹¹⁸ Nesta dissertação, o preceito primário de uma norma penal incriminadora corresponde ao tipo abstrato da norma; o preceito secundário, à consequência jurídica. Assim, na norma penal incriminadora disposta no artigo 121, caput, do CP, “Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”, o preceito primário é “matar alguém” e o preceito secundário é a cominação de restrição ao direito fundamental à liberdade de locomoção de “6 (seis) a 20 (vinte) anos”.

¹¹⁹ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio, *Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos*, in “Revista Portuguesa de Ciências Criminais”, n. 4, 1994, p. 169-170.

¹²⁰ Ver, nesse sentido, ao tratar da mutação constitucional, HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 45-47, notas de margem 36-40.

constitucional a que a norma penal incriminadora visa proteger deve carecer da resposta penal como sua ultima ratio de proteção, apenas se justificando a restrição na estrita medida do que for imprescindível para a proteção almejada.

Em outras palavras, será da necessária passagem pelo preceito da proporcionalidade, que cuidará da restrição ao direito fundamental à liberdade de locomoção operada em favor da proteção de outro direito fundamental ou bem coletivo constitucional, que decorrerá um juízo acerca da validade constitucional da norma penal incriminadora.

Aliás, é dessa passagem pelo preceito da proporcionalidade que derivam, em realidade, as notas características de *fragmentariedad* e de *subsidiariedad*¹²³ do direito penal, o qual somente se legitima quando se constituir na *ultima ratio* da ordenação social, constituindo-se, nas palavras de AGUADO CORREA, no “último medio al que debe acudir el Estado para proporcionar protección a un determinado bien jurídico”¹²⁴.

Já a proteção propriamente concedida pela norma penal incriminadora aos direitos fundamentais e aos bens coletivos constitucionais dá-se por intermédio de uma imbricada relação *prevenção-repressão* derivada do caráter sancionatório do direito penal: a prevenção, especialmente de cunho geral, arrima-se na potencialidade da imposição de uma sanção (repressão); da repressão, por sua vez, que é a resposta a uma violação a um direito fundamental ou a um bem coletivo constitucional protegido pela norma

e promulgado pelo Decreto nº 592, de 1992; artigos 5º, 6º, 7º, 8º da Convenção Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 27, de 1992, e promulgada pelo Decreto nº 678, de 1992.

¹²³ Consoante expõe AGUADO CORREA, em alentado livro sobre o preceito da proporcionalidade e o direito penal: “Cuando expusimos el principio de idoneidad, afirmábamos que el Derecho penal tan solo es idóneo para la protección de bienes jurídicos capaces de protección penal; del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos hemos extraído la consecuencia de que tan sólo los bienes jurídicos constitucionalmente legítimos y socialmente relevantes son merecedores de protección penal; del principio de intervención mínima y más concretamente del principio de fragmentariedad se extrae la consecuencia de que los bienes jurídicos tan sólo merecen protección penal frente a aquellos ataques que revistan cierta gravedad; del principio de subsidiariedad se deriva que tan sólo están necesitados de protección penal aquellos bienes jurídicos merecedores de la misma, que no pueden ser tutelados por otros medios menos lesivos. Es por ello por lo que podemos afirmar que en el plano político-criminal los conceptos de merecimiento y necesidad de pena, tal y como vienen siendo concebidos por la mayoría de la doctrina, se asumen como fórmula concentrada de principios jurídicos constitucionalmente consagrados – que delimitan el horizonte de la criminalización – y más concretamente de alguno de los subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de idoneidad y el principio de necesidad. Así, el concepto de merecimiento de pena expresa el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos y el principio de fragmentariedad, en tanto que el concepto de necesidad de pena no es sino una expresión de los principios de idoneidad y de subsidiariedad” (AGUADO CORREA, Teresa, *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 218-220). Com abordagem distinta do tema, ver, ainda, LUISI, Luiz, *Os princípios Constitucionais Penais*, 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003; DOTTI, René Ariel, *Principios fundamentales del Derecho Penal Brasileño*, tradução de Rodrigo Sánchez Rios, in *Cahiers de Defense Sociale*, Mélanges en l’honneur de Louk Hulsman, Milão: Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, 2003, p. 314-326.

¹²⁴ *El principio de proporcionalidad...*, p. 231.

penal incriminadora, decorrem efeitos preventivos, especiais e gerais. Consoante anota ROXIN acerca disso:

Si se parte de que el Derecho penal debe garantizar una convivencia pacífica y libre en la sociedad, algo que no puede cuestionarse con seriedad, las teorías de la pena determinan el camino con el que puede conseguirse esa meta: mediante la influencia en el delincuente individual (prevención especial) o sobre todos los miembros de la comunidad (prevención general), y mejor aún, mediante ambos a la vez. De ello resulta una teoría preventiva de la pena que conjuga la medida en la que pueden conseguirse ambas posibilidades de influencia, que a menudo divergen en sus resultados, de tal forma que según los parámetros de un Estado social de Derecho resulta de igual forma beneficiosa, o al menos aceptable, para la sociedad, la eventual víctima y el autor¹²⁵.

1.2. A PRISÃO EM FLAGRANTE E A PROTEÇÃO IMEDIATA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE BENS COLETIVOS CONSTITUCIONAIS

A prisão em flagrante perfaz uma antecipação excepcional de um dos efeitos da norma penal incriminadora, qual seja, a restrição à liberdade de locomoção¹²⁶, consubstanciando-se em um instrumento constitucional dirigido à imediata defesa de direitos fundamentais e bens coletivos constitucionais, cuja proteção é veiculada em uma norma penal incriminadora, que estariam sendo violados ou que acabaram de ser violados.

Ao tempo em que antecipa um dos efeitos próprios da proteção penal, qual seja, a restrição à liberdade de locomoção, a prisão em flagrante irradia, especialmente, os efeitos da imbricada relação *prevenção-repressão* acima referida, fazendo-a presente, atual e concreta: é projetada, no meio social, como resposta contra aqueles que cometerem um ilícito penal sujeito à prisão em flagrante e que, em tais circunstâncias, forem, por qualquer pessoa, capturados, uma possível e imediata segregação (*prevenção geral*). Outrossim, se, concretamente, alguém for capturado em tais circunstâncias, sofrerá restrição imediata à sua liberdade de locomoção (*repressão*), dessa potencialidade retroalimentando-se a *prevenção geral*¹²⁷.

¹²⁵ ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal*, Valência: Tirant lo Blanch, 2000, p. 59.

¹²⁶ Não se antecipa qualquer condenação. Antecipam-se, exclusivamente, para a realização da defesa constitucional, os efeitos executivos da segregação no plano social.

¹²⁷ Toda a definição tem de levar em consideração, como parâmetro, aspectos essenciais do objeto a ser definido. Não se pode alicerçar uma definição sobre elementos acidentais, cuja ocorrência, em que pese possível, não seja constante, invariável. Na presente dissertação, consoante será exposto no Título 2 a seguir, demonstrar-se que não é elemento essencial da *prisão em flagrante* qualquer *pré-cautelaridade* ou

Nesse contexto, a prisão em flagrante faz atual, pela antecipação da segregação, no plano social, exatamente, a defesa a que visa a norma penal incriminadora, sendo da matriz daquela. E, porque desse meio se utiliza, dele encarna, parcialmente, suas limitações protetivas¹²⁸. Dessa maneira, se já se houver consumado o delito, a proteção que a prisão em flagrante realizará sobre o direito fundamental/bem coletivo constitucional dar-se-á de modo prospectivo, orbitando, acentuadamente, na finalidade de prevenção geral e especial. Contudo, a prisão em flagrante pode ir além disso, a depender das condições fáticas experimentadas: traz consigo, também, a possibilidade de impedir a própria violação ao direito fundamental/bem coletivo constitucional protegido pela norma penal incriminadora, concedendo, pela restrição da liberdade de locomoção, meio hábil a impedir a própria consumação do delito¹²⁹.

Assim, do instrumento de que faz uso, qual seja, a excepcional antecipação de um dos efeitos do direito penal no plano social, a prisão em flagrante atua de forma a, especialmente, reforçar, de forma atual, concreta, imediata, a proteção aos direitos fundamentais e bens coletivos constitucionais protegidos pelas normas penais incriminadoras, promovendo comportamentos que não as violem. Não se fica a esperar e a observar alguém cometendo um ilícito penal: pode-se, desde que presentes os requisitos a tanto autorizadores, promover a imediata prisão em flagrante, para tanto restringindo a liberdade de locomoção daquele que estaria a violar, ou que acabara de violar, o direito ou bem constitucional protegido pela norma penal.

Dessa maneira, a prisão em flagrante desempenha a necessária função de atualização das funções preventivas das normas penais incriminadoras. Não fosse a prisão em flagrante, perder-se-ia um poderoso instrumento constitucional de defesa contra comportamentos atuais ofensivos a direitos fundamentais/bem coletivos constitucionais. Mais do que qualquer função

cautelardade, motivo do qual decorre a impossibilidade de sustentação de uma definição da *prisão em flagrante* que tenha quaisquer desses elementos como constitutivos.

¹²⁸ A proteção que a norma penal concede ao direito fundamental/bem coletivo constitucional é de caráter essencialmente prospectivo. A norma incriminadora pressupõe, evidentemente, sua violação para incidência, vale dizer, pressupõe, no mais das vezes, que se tenha dado a violação ao *direito fundamental/bem coletivo constitucional* protegido. Se se der um homicídio, a proteção do direito fundamental à vida apenas desempenhará função *preventiva*: pela imposição de sanção, busca-se *proteger* o direito fundamental à vida de vindouras violações. Em verdade, a norma penal incriminadora apenas incide quando não se pôde conter a lesão por outros meios, não desempenhando função *reparadora* do *direito fundamental* afetado. A norma penal incriminadora, embora inspire e justifique diversas políticas públicas *preventivas* de delitos, tem a estrita hipótese de incidir quando do acontecimento do fato, não lhe sendo possível atribuir uma função de *proteção* do específico *direito fundamental* que já foi violado. A norma incriminadora existe, por excelência, anteriormente ao fato delitivo. Sua legitimidade constitucional, portanto, encontra-se na proteção em abstrato a que visa conferir; sua incidência, assim, traz consigo o reconhecimento da falência da função preventiva que almejava desempenhar.

¹²⁹ Justapondo-se, portanto, a outras formas de proteção *atual* concedidas, tais como a legítima defesa (artigo 25 do CP).

probatória¹³⁰, realiza um estratégico mister de impedir, pela atualização que traz a toda e qualquer norma incriminadora, comportamentos que as violem: traz, excepcionalmente, a proteção da norma penal, do distante momento do cumprimento da pena, para o momento atual da violação¹³¹.

Com efeito, não é a evidência da prática de um crime que justifica a prisão em flagrante, mas, sim, a atualidade de seu cometimento, que é revelador de uma violação atual à Constituição naquilo que ela possui de maior relevância normativa.

Como as normas incriminadoras representam a *ultima ratio* na proteção de direitos fundamentais e de bens coletivos constitucionais, a *prisão em flagrante* tem nela o reflexo dessa *ultima ratio*, que se realiza como um *esforço social defensivo* que se justifica em face da *atualidade* da violação ou da ameaça de violação de tais direitos e bens categorizados como constitucionais. Da ultrapassagem atual da última fronteira que representam as normas penais incriminadoras, em face da permissão constitucional, autoriza-se a atual e imediata resposta social defensiva na qual se consubstancia a prisão em flagrante. De fato, a atualidade da violação ao direito fundamental ou ao bem coletivo constitucional, que se reflete em um comportamento que se amolda, em tese, a uma norma penal incriminadora, é elemento essencial da prisão em flagrante e justificador da imediata defesa que se promove¹³².

Para tanto se alcançar, a prisão em flagrante vem a se constituir em um ímpar instrumento coletivo de defesa constitucional: verificada a possível prática de um crime sujeito à imposição de prisão em flagrante, presentes as circunstâncias legais a tanto justificadoras, exsurge, *prima facie*, uma autorização geral de defesa concedida para a realização da imediata restrição à liberdade de locomoção daqueles que estejam a violar a norma penal, consoante traduz, aliás, como regra geral, o artigo 301 do CPP, ao disciplinar que “*qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes*

¹³⁰ Como, aliás, será demonstrada que não é essencial às prisões em flagrante – ver Título 2 a seguir.

¹³¹ Acerca dos quadrantes temporais de sua incidência, bem como acerca de sua autodesconstituição necessária, ver Títulos 4 e 5 a seguir.

¹³² Tanto se observa a finalidade defensiva imediata na prisão em flagrante que esta se insere, tal como ocorre com a prestação de socorro e de ajuda em caso de desastre, entre as restritas hipóteses de ingresso na casa de alguém sem ordem judicial: a urgência sentida na necessidade de proteção dos direitos fundamentais/bens coletivos constitucionais consubstancia, exatamente, o cerne da cláusula de exceção que a Constituição encerra no tópico (artigo 5º, inciso XI, segunda parte). Outrossim, colhe-se, na legislação infraconstitucional, como excepcional possibilidade de restrição à liberdade de locomoção, no período que vai de 05 (cinco) dias antes até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, a prisão em flagrante como mecanismo urgente de proteção de direitos fundamentais e bens coletivos constitucionais (artigo 236 do Código Eleitoral): se alguém, investigado de ter praticado um homicídio, tiver contra si decretada uma prisão preventiva, não pode, no referido período, ser preso; contudo, se alguém cometer um homicídio, presentes as condições legais a tanto autorizadoras, poderá ter sua liberdade de locomoção restringida por intermédio de uma prisão em flagrante.

deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito"¹³³. Com efeito, a prisão em flagrante constitui-se em exceção à reserva de jurisdição constitucionalmente delimitada no inciso LXI do artigo 5º, primeira parte, da CF¹³⁴, disso decorrendo ampla legitimação *ativa* para sua realização com vistas ao cumprimento de sua função de proteção atual de direitos fundamentais/bens coletivos constitucionais. Se assim não fosse, a vítima de qualquer crime não poderia constranger a liberdade de locomoção do ofensor. Aliás, a prisão em flagrante autoriza seja restringida a liberdade de locomoção mesmo naquelas hipóteses em que não se façam presentes nenhum dos elementos ínsitos às prisões cautelares¹³⁵, legitimando-se *de per si* na proteção constitucional a que visa realizar, dela (da proteção) extraindo sua validade em cada caso concreto¹³⁶.

2 A prisão em flagrante e a não-submissão à cautelaridade ínsita às demais modalidades de prisão provisória

A prisão em flagrante não se submete ao regime constitucional das demais prisões provisórias, que apresentam, necessariamente, índole cautelar. Em verdade, a prisão em flagrante, para o cumprimento de suas

¹³³ O ordenamento jurídico, contudo, traz algumas exceções à regra geral de autorização ampla para a imposição de prisões em flagrante, tal como se observa nas hipóteses de prática de crimes afiançáveis por senadores e deputados federais (artigo 53, parágrafo 2º, da Constituição), por magistrados (artigo 33, II, da Lei Complementar nº 35/79), por membros do Ministério Público (artigo 40, III, da Lei 8.624/93, e artigo 18, II, "d", da Lei Complementar 75/93), por advogados no exercício da profissão (artigo 7º, parágrafo 3º, da Lei 8.906/94).

¹³⁴ Tal como será apreciado no Título 2.4 a seguir.

¹³⁵ Tal como será apreciado nos Títulos 2.1, 2.2 e 2.3 a seguir.

¹³⁶ Embora busque conferir-lhe uma índole pré-cautelar ou cautelar, parte da doutrina acaba por reconhecer, na prática, na *prisão em flagrante*, funções que não seriam, propriamente, processuais. Assim, BARROS assevera que "é certo que não se pode negar dentre as funções da prisão em flagrante essa de exprimir maior segurança jurídica, denotando uma tutela jurídica naquele momento propício em que o direito está em luta para garantir um interesse da vida social, sendo por isso mesmo um meio de tutela dotado de coação imediata" (BARROS, Romeu Pires de Campos, *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 123), afirmando, mais a frente, que "a prisão em flagrante delito é a pronta e eficaz tutela jurídica do Estado, exercitando este seu poder de supremacia, mediante uma verdadeira autodefesa, situação esta que se admite também ao próprio ofendido e a qualquer do povo..." (*Processo Penal Cautelar*, p. 125); TORNAGHI, por seu turno, tem, como seus efeitos: "1 – a exemplaridade: serve de advertência aos maus; 2 – a satisfação: restitui a tranquilidade aos bons; 3 – o prestígio: restaura a confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade" (TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1978, p. 260); KARAN também tem, dentre outras funções da *prisão em flagrante*, a de "restabelecer a paz social teoricamente abalada naquele momento da violação da lei penal (KARAN, Maria Lúcia, *Prisão e liberdade processuais*, in "Revista Brasileira de Ciências Criminais", n. 2, p. 85); TOURINHO FILHO, por sua vez, afirma que: "A prisão em flagrante, além de ser, então, uma natural e necessária defesa da coletividade, ante a visível e palpável perturbação da ordem jurídica, é, ainda, uma demonstração da força que emana da soberania do Estado para assegurar o império da lei" (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 22ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, 3 v, p. 429); MIRABETTE, ainda, expõe que: "... a possibilidade de se prender alguém em flagrante delito é um sistema de auto-defesa da sociedade, derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem jurídica (MIRABETTE, Julio Fabbrini, *Processo Penal*, 8ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1997, p. 371).

finalidades antes referidas, insere-se em regime constitucional próprio, sobre o qual não incide o regime específico das prisões cautelares.

2.1. A LIBERDADE PROVISÓRIA COMO LIMITE DE TODA PRISÃO CAUTELAR E A PRISÃO EM FLAGRANTE

Toda a prisão cautelar submete-se, constitucionalmente, ao requisito negativo contido no inciso LXVI do artigo 5º da CF:

LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Na prisão em flagrante não se realiza, antes de levar alguém à prisão, nenhum juízo acerca da possibilidade de imposição/concessão¹³⁷ de liberdade provisória. O referido inciso LXVI, que perfaz um dos pilares constitucionais sobre que se assentam as prisões cautelares, não é aplicável à prisão em flagrante: se fosse, constituiria severa violação ao disposto em tal norma levar-se alguém à prisão, nesses casos, quando cabível a liberdade provisória¹³⁸.

Com efeito, ao contrário da estrita necessidade de observância à norma disposta no inciso LXVI do artigo 5º da CF, a que se deve dar nas prisões cautelares, a prisão em flagrante disso prescinde, decorrendo de atuação administrativa vinculada, sendo levada a cabo mesmo naquelas prisões às quais a lei admitiria a liberdade provisória.

Por exemplo, se se exigisse a observância ao disposto no inciso LXVI do artigo 5º da CF na prisão em flagrante, nos casos em que haveria, como certa, a automática concessão de liberdade provisória pela própria autoridade policial após a constituição da prisão-administrativa¹³⁹, tal como se dá quando o segregado livra-se solto (artigo 321 do CPP), deparar-nos-íamos com uma absoluta contradição. Haveria uma segregação de que, abstratamente, desde já se saberia, seria desconstituída após a lavratura do auto de prisão em flagrante exatamente em função de ser cabível a concessão/imposição de liberdade provisória ao preso.

¹³⁷ Utiliza-se o binômio concessão/imposição da liberdade provisória porque, a depender do referencial, está-se diante de um direito ou de uma restrição. A liberdade provisória, referentemente à prisão, acarreta menores restrições à liberdade de locomoção: sempre que for possível, é direito do preso não ser mantido na prisão quando a liberdade provisória for cabível. Todavia, a liberdade provisória, referentemente à liberdade de locomoção em seu estado de normalidade constitucional, constitui-se na imposição de uma medida cautelar, restringindo-a potencialmente. Ver, com mais detalhes, Título 5.2.1 e ss. deste Capítulo.

¹³⁸ Se incidisse nas hipóteses de prisão em flagrante, antes da realização de qualquer prisão em flagrante dever-se-ia analisar se seria, em tese, cabível a concessão/imposição de liberdade provisória de antemão à pessoa que seria presa, tal como ocorre com qualquer decreto de prisão preventiva.

¹³⁹ Sobre o conceito de prisão-administrativa, ver Título 5.1.4.

Aliás, nem mesma é feita qualquer apreciação, nem qualquer questionamento, com relação ao caso concreto, antes da realização da prisão em flagrante, ou durante sua formalização, acerca da possibilidade de concessão/imposição de liberdade provisória ao preso, que, independentemente disso, tem sua liberdade de locomoção restringida, sendo levado à prisão e assim mantido.

Em verdade, a polícia, caso se encontre em face de uma situação que comporte a prisão em flagrante de alguém, nesse sentido procederá, mesmo que presentes os requisitos suficientes para a concessão/imposição da liberdade provisória. Por isso que determinada prisão em flagrante, mesmo que se venha a reconhecer como sendo desnecessária a segregação cautelar do indiciado, concedendo-se/impondo-se a liberdade provisória, nem por isso deixa de ser válida. Seu fundamento constitucional, seus requisitos de validade e sua finalidade divergem dos das prisões cautelares.

2.2. A INSTRUMENTALIDADE DAS PRISÕES CAUTELARES E A PRISÃO EM FLAGRANTE

Nos seguintes termos BARROS caracteriza a instrumentalidade das medidas cautelares:

... é pela instrumentalidade que ressalta a mais importante característica da medida cautelar que não tem um fim em si mesma, mas sim em relação a uma outra providência cuja finalidade é a composição definitiva da lide. O que se procura é evitar que a demora da prolação da sentença definitiva, possa causar prejuízo. A instrumentalidade reside em suma em ser a medida cautelar destinada a tutela do processo e não do direito que se pretende tutelar, através desse mesmo processo principal¹⁴⁰.

Em linha bastante próxima, SANGUINÉ, por seu turno, apreciando as prisões cautelares no direito espanhol, assevera serem-lhes ínsitas a *instrumentalidade*, assim expondo:

la prisión provisional no constituye un fin en sí mismo, pues su adopción depende de la concurrencia de una posible imputación; su finalidad no es otra que asegurar un proceso penal en curso, es decir, garantizar la persona del imputado en la tramitación del proceso y en el eficaz desarrollo de la ejecución...¹⁴¹.

A prisão cautelar constitui-se em instrumento destinado a proteger o desenvolvimento do processo e eventual futura aplicação do preceito

secundário da norma penal incriminadora, almejando, ao final, garantir a eventual execução de uma sentença penal condenatória¹⁴². Trata-se de medida assecurativa que prospectiva, na proteção atual que realiza, seja possível a aplicação, em sentido amplo¹⁴³, do direito penal, não podendo ser aplicada com qualquer finalidade sancionatória¹⁴⁴.

A prisão em flagrante, contudo, não apresenta, como seu elemento constitutivo, a instrumentalidade típica das prisões cautelares, não sendo realizada para o fim de proteger o desenvolvimento de um vindouro processo e/ou para o fim de assegurar eventual futura restrição à liberdade de locomoção que venha a se fundar em um título executivo¹⁴⁵. Com efeito, não há nenhuma necessidade de que reste demonstrada, concretamente, para a sua realização, qualquer risco a que se encontre submetido eventual vindouro processo penal hábil a justificar a restrição à liberdade de locomoção, não havendo, tampouco, qualquer necessidade concreta de demonstração de que eventual futura aplicação de sanção penal esteja a depender, sobremaneira, da realização da medida para sua garantia. Aliás, jamais houve, no direito brasileiro, como condição de validade de uma prisão em flagrante, qualquer exigência nesse sentido, não passando, portanto, de uma ficção atribuir-lhe qualquer função instrumental.

Diga-se, também, que a prisão em flagrante não apresenta, nem mesmo, qualquer instrumentalidade com qualquer restrição à liberdade de locomoção que se venha a tomar a título de prisão cautelar, não

¹⁴² Esclareça-se que a *prisão cautelar* funda-se em uma apreciação sobre específicos fatos a partir dos quais deverá restar plenamente justificado o seu emprego, vinculando-se à perspectiva de um resultado útil à persecução penal. Por conseguinte, para o seu decreto, toda a *prisão cautelar* tem como bases de apreciação tanto uma situação fática específica da qual ressurja a inequívoca demonstração de sério risco a que resta exposta à persecução penal, quanto uma apreciação sobre as próprias condições de aplicação da sanção, do que decorre, tendo em vista as constantes alterações que sobre tais bases podem-se operar, a provisoriedade de toda a prisão cautelar, que é *rebus sic standibus* por excelência, jamais se constituindo, nesse contexto, em um fim em si mesmo.

¹⁴³ Destaca-se o emprego do termo "*sentido amplo*" com a finalidade de que não se resuma, nem se confunda, a possibilidade de decreto de *prisões cautelares* à hipótese de fuga do imputado, que é uma dentre os possíveis indicadores fáticos autorizadores da prisão preventiva (artigo 312, *caput*, terceira parte, do CPP). Em verdade, as prisões cautelares são decretadas em face de uma plêiade de fatos a partir dos quais se possa demonstrar, respeitada a legalidade, a proporcionalidade da restrição à liberdade de locomoção com o fito de permitir, ao final, à própria aplicação do direito penal, atentando-se, nisso, à perspectiva do concreto resultado a ser obtido pela persecução penal.

¹⁴⁴ Dado o caráter instrumental da prisão cautelar, esta não deve ser mais gravosa que a própria pena a ser imposta e executada em caso de condenação. Nessa linha, o artigo 112 do CPP Alemão estabelece que uma detenção não pode ser mantida se for "disproportionate to the significance of the case or to the penalty or measure of reform and prevention likely to be imposed" (tradução livre: "desproporcional à significação do caso ou à penalidade ou medida de repressão e prevenção provável de ser imposta"). Com efeito, não teria sentido restringir-se a liberdade de locomoção mais gravosamente durante o processo quando, desde já, em um juízo de prognose tomado a partir do caso concreto e das experiências gerais e da prática habitual da jurisprudência, sabe-se que não será executada, após a condenação, nenhuma pena privativa de liberdade. Decretar-se uma prisão cautelar, em tal contexto, é desconsiderar sua função instrumental, concedendo-lhe uma feição sancionatória indevida, já que ultrapassa, em gravidade, à própria pena a ser concretamente executada.

¹⁴⁵ Com mais detalhes, trazendo vários exemplos, no Título seguinte voltarei ao tema.

¹⁴⁰ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 45.

¹⁴¹ SANGUINÉ, Odone. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 96.

pressupondo a ocorrência de qualquer evento subsequente que venha a substituir-lhe com a finalidade de que seja mantida a restrição à liberdade de locomoção. Destaque-se, assim, a ausência de qualquer instrumentalidade entre a prisão em flagrante e eventual medida cautelar restritiva à liberdade de locomoção que venha a se fazer necessária. Se a prisão em flagrante tivesse qualquer natureza pré-cautelar¹⁴⁶, todos os crimes que se apenam com detenção (com relação aos quais seria impossível a decretação de uma prisão preventiva, a teor do disposto no artigo 313, I, do CPP) e que não se encontram no rol daqueles passíveis de prisão temporária (artigo 1º da Lei 7.960/89¹⁴⁷), vale dizer, todos os crimes com relação aos quais jamais seria possível a emissão de um decreto de prisão cautelar na fase pré-processual, não autorizariam, por conseguinte, qualquer segregação em flagrante¹⁴⁸.

Impingir-lhe uma função pré-cautelar presumida, ademais, é medida que, em nossa Constituição, não encontra sustentação. Um direito fundamental não pode ser restringido com a finalidade de que assim seja mantido até que se decida acerca de se deve, ou não, ser restringido. Seria uma contradição em termos: prender-se-ia, de imediato, alguém para que, somente após, fosse decidido se se devia ter prendido este alguém, invertendo-se, assim, os elementos da equação. A se aceitar a possibilidade de uma medida pré-cautelar como hábil a justificar a restrição à liberdade de locomoção, conduzir-se-ia a uma insustentável situação: sem que se soubesse se seria possível a própria restrição, esta seria levada a efeito de antemão, ficando na dependência de um juízo futuro a ser realizado acerca das próprias condições de sua possibilidade.

Ademais, se a prisão em flagrante tivesse natureza pré-cautelar, apenas realizar-se-iam segregações que se ativessem às hipóteses que se mostrassem, a partir da análise de fatos concretos, altamente indicativas de que, na reserva de jurisdição, viriam a ser mantidas. Isto é, restringir-se-ia a prisão em flagrante àquelas hipóteses em que houvesse elementos concretos demonstradores de cautelaridade, o que não ocorre no direito brasileiro.

¹⁴⁶ Como parte da doutrina entende possuir; ver, nesse sentido, BARROS, *O processo cautelar...*, p. 139.

¹⁴⁷ Acerca da inconstitucionalidade formal da Lei 7.960/89, destacando-se, de toda forma, sob o seu aspecto material, a imprescindibilidade de se conceder uma interpretação restritiva às hipóteses de prisão temporária de modo a concebê-las como cautelares, ver SANGUINÉ, Odone, *Prisão Provisória e Princípios Constitucionais*, Fascículos de Ciências Criminais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, n. 2, p. 109-112, 1992.

¹⁴⁸ Não se tem como, no direito brasileiro, portanto, ter a prisão em flagrante com um instrumento do instrumento, tal como asseverado por CALAMANDREI (citado por LOPES JÚNIOR, Aury, *Crimes Hediondos e a prisão em flagrante como medida pré-cautelar*, in "Garantias Constitucionais e Processo Penal", Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002), vale dizer, como uma medida destinada a, tão-somente, colocar o detido à disposição do juiz para que este adote ou não uma medida cautelar. Se assim fosse, no direito brasileiro, aliás, jamais se poderiam aceitar as hipóteses de prisão em flagrante quando o preso livra-se-ia solto, pena de se ingressar em contradição com o disposto no artigo 321 do CPP: prender-se-ia sem nenhuma instrumentalidade possível. Aliás, se fosse o instrumento do instrumento, sempre dever-se-ia verificar, antes da segregação, as condições de possibilidade de um decreto cautelar de segregação na reserva de jurisdição, o que inócorre.

Com efeito, a prisão em flagrante não detém, no direito brasileiro, nenhuma índole "pré-cautelar", não pressupondo (antes, na realidade, dispensando) qualquer possibilidade de manutenção da restrição à liberdade de locomoção a título cautelar *a posteriori*, encontrando-se disposta, constitucionalmente, para a defesa imediata e urgente do direito fundamental/bem coletivo constitucional protegido pela norma penal incriminadora.

2.3. A IMPRESCINDIBILIDADE COMO CRITÉRIO DE TODA PRISÃO CAUTELAR E A PRISÃO EM FLAGRANTE

Toda prisão cautelar exige reste demonstrada, concretamente, a imprescindibilidade de seu decreto com vistas à urgente proteção do bem coletivo constitucional *persecução penal*¹⁴⁹, imprescindibilidade esta que deve se arrimar em base empírica demonstrável¹⁵⁰. Tal como consigna SANGUINÉ,

¹⁴⁹ A persecução penal constitui-se em um bem coletivo constitucional (ver, sobre o conceito de bem coletivo constitucional, Título 2.2 do Capítulo I), de caráter coletivo e não-distributivo, veiculado por intermédio de um princípio derivado do sistema constitucional e que é concretizado, de forma minuciosa, especialmente, nas normas de processo penal. A persecução penal corresponde à atividade que é desenvolvida pelo Estado com vistas a que seja aplicado o direito penal no caso concreto. No direito brasileiro, o princípio da persecução penal tem a potencialidade de restringir a liberdade de locomoção em casos em que esta seja medida imprescindível para a garantia do desenvolvimento do processo e de eventual execução de uma sentença penal condenatória. Assim, por exemplo, a prisão preventiva decretada para, nos casos de fuga do imputado, assegurar a aplicação do direito penal (artigo 312, última hipótese, do CPP), é exemplo de restrição à liberdade de locomoção decorrente do princípio constitucional da persecução penal, que, nesses casos, justifica a tomada da medida em face da imprescindibilidade de garantir o desenvolvimento do processo e a eventual execução de sentença condenatória. Outro exemplo de restrição à liberdade de locomoção havida em favor da proteção da persecução penal opera-se naqueles casos em que há severa obstrução à instrução penal gerada pelo imputado, que se dá, por exemplo, quando este ameaça testemunhas (artigo 312, terceira parte, do CPP), tendo a prisão por finalidade garantir o desenvolvimento do processo nesses casos. Em verdade, quando a restrição à liberdade de locomoção opera-se em meio a uma relação de precedência condicionada que tem como princípio preponderante a persecução penal, a prisão consequente deterá, necessariamente, natureza cautelar, uma vez que a persecução penal apenas cuida da aplicação do direito penal no caso concreto, vale dizer, das condições fáticas e jurídicas imprescindíveis para o desenvolvimento do processo e para a eventual execução de uma sentença condenatória. Nesse contexto, toda restrição gerada pelo princípio da persecução penal a direitos fundamentais deve passar pelo preceito da proporcionalidade. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional, na BVerfGE 51, 324, reconheceu, como bem coletivo, a persecução penal; comentando o caso, ALEXI assevera que: "en su fallo sobre incapacidad procesal, el Tribunal Constitucional Federal, consideró la cuestión de la admisibilidad de la realización de la audiencia oral cuando el acusado, a causa de la tensión que acarrea un proceso tal, corre el peligro de un ataque cerebral o de un infarto. El Tribunal constató una colisión entre el bien colectivo de una aplicación efectiva del Código Penal, por una parte, y el derecho individual a la vida y la integridad física, por otra; la colisión fue solucionada a través de una ponderación" (Concepto y validez del derecho, p. 204).

¹⁵⁰ Em realidade, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental à liberdade de locomoção em face do bem coletivo constitucional persecução penal, precedência *prima facie* esta que "no excluye el desplazamiento de derechos individuales por parte de bienes colectivos" (ALEXI, *El concepto...*, p. 207-208), antes exigindo razões de peso que justifiquem a restrição à luz do preceito da proporcionalidade; assim sendo, nas prisões cautelares, "la duda respecto de la aplicación de una medida de coerción debe operar en favor del imputado. Ninguna vacilación por el estado de inocencia y resultando operativos los caracteres de excepcionalidad, necesidad, subsidiariedad y provisionalidad de la prisión preventiva, la duda sobre si aparece o no como indicada tal medida cautelar se debe resolver a favor de su no aplicación" (SOLIMINE, Marcelo A. *Tratado sobre las causas de Excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 25).

la institución de la prisión provisional, a pesar de todo, debe ser mantenida y su fundamento constitucional se apoya en el principio de la necesidad¹⁵¹ de los Poderes Públicos de adoptar las medidas indispensables, adecuadas y suficientes en el caso concreto, para asegurar la persecución penal eficaz en el ámbito del proceso penal, por supuesto dentro de los rigurosos límites indicados por los derechos fundamentales¹⁵².

Na prisão em flagrante, por não se tratar de medida cautelar, não se exige nem se verifica, para sua validade, nenhuma demonstração concreta, ou mesmo abstrata, de qualquer imprescindibilidade de proteção da persecução penal.

Imaginemos que “A” e “B”, com idênticas características pessoais, acabam de cometer (nos termos do artigo 302, II, do CPP¹⁵³), em situação de concurso de agentes, de forma também idêntica, um crime; por razões acidentais, “A” e “B”, ao deixarem o local do crime, separam-se, sendo que, por isso, a autoridade policial logra prender em flagrante tão-somente “A”; “B” retorna para casa e, após um dia, fora das hipóteses do artigo 302 do CPP, é localizado pela autoridade policial. “A”, assim, está sujeito à prisão em flagrante; “B”, contudo, porque não mais sujeito à prisão em flagrante, apenas poderia ter sua liberdade de locomoção restringida nos termos da *reserva de jurisdição* prevista no inciso LXI do artigo 5º da CF. Nesse contexto, a se aceitar que, na prisão em flagrante de “A”, encontrar-se-ia ínsita qualquer imprescindibilidade de proteção da persecução penal com vistas à eventual futura aplicação da norma penal incriminadora, por identidade de fundamento, pena de contradição, seria imprescindível a realização da prisão de “B”¹⁵⁴. Acontece, contudo, que não se tem como se estabelecer, do

¹⁵¹ Especificando o conteúdo do critério de imprescindibilidade, segue SANGUINÉ asseverando que este se compõe de um binômio que assim sintetiza: “1) el componente fáctico, representado por una situación de hecho que pone en peligro el fin esencial de la comunidad; 2) el componente jurídico se concretiza en el principio de justificación teleológica, que delinea y limita el primer elemento, y consiste en la exigencia de fines constitucionalmente legitimadores de la prisión preventiva, y que en este caso es el deber estatal específico de perseguir eficazmente el delito en el ámbito del proceso penal”. Sem prejuízo, segue o autor afirmando que: “No obstante, y para evitar abusos, cabe exigir la incidencia del principio de proporcionalidad, ya que la eficacia en la persecución del delito no puede imponerse a costa de los derechos y libertades fundamentales” (*Prisión Provisional y derechos...*, p. 72).

¹⁵² *Prisión Provisional y derechos...*, p. 54.

¹⁵³ Art. 302. 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.

¹⁵⁴ Não passava despercebida de BARROS essa contradição, ao ironicamente expor: “se o agente é colhido em flagrante na prática de determinado crime, fica sujeito à prisão durante todo o curso da instrução da causa. No entanto, se esse mesmo crime é praticado, com as mesmas circunstâncias delitivas, e não é ele surpreendido em flagrância, a medida cautelar somente poderá ser imposta se ocorrerem as condições

simples fato de um possível cometimento delitivo, qualquer presunção de que a instrução penal ou de que a futura aplicação da lei penal esteja inexoravelmente comprometida a tal ponto de justificar uma prisão cautelar¹⁵⁵. Fosse assim, todos aqueles que são investigados, sobre si pairando indícios de prática delitiva, imediatamente deveriam ser recolhidos a estabelecimentos prisionais.

Não se diga, ademais, que a imprescindibilidade da proteção da persecução penal, na prisão em flagrante, residiria na imprescindibilidade de imediata colheita de prova: a um, porque os depoimentos do condutor e das testemunhas (artigo 304, primeira parte, do CPP), bem como a colheita das demais provas, não dependem da segregação do indiciado; a dois, porque o interrogatório do indiciado não depende de sua prisão, sendo-lhe facultado, ademais, o direito fundamental a permanecer em silêncio (inciso LXIII do artigo 5º da CF). Se se justificasse uma presumida imprescindibilidade de proteção da persecução penal, na prisão em flagrante, na imprescindibilidade de imediata colheita de prova, todos os inquéritos policiais que não tivessem como força motriz uma prisão em flagrante exigiriam fosse decretada a segregação provisória dos investigados para a oitiva de testemunhas e para a realização dos interrogatórios¹⁵⁶.

Na prisão em flagrante, não se verifica, tampouco, para justificar uma imprescindibilidade intrínseca de proteção da persecução penal, qualquer traço a que lhe possa atribuir uma finalidade indispensável acautelatória da prova da materialidade e da autoria, que seria certificada em face de uma tida certeza visual¹⁵⁷ da prática de um ilícito penal. Sobre isso, primeiro, cabe dizer que, na prisão em flagrante, não existe, necessariamente, qualquer manifestação evidência probatória. Por exemplo, pode-se dar uma prisão em flagrante quando nenhuma pessoa tenha visto a prática delitiva (tal como se dá quando, após um homicídio, imediatamente após a prática delitiva, o suposto autor do fato, em conformidade com o disposto no artigo 302, IV, do CPP, é “encontrado pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”), enquanto que pode não haver

descritas no art. 313 do Cód. de Proc. Penal! Dir-se-á que a lei encara com benignidade, à maneira de certos povos da antiguidade clássica, a habilidade na prática do ilícito penal!!!” (*Processo penal cautelar*, p. 140).

¹⁵⁵ Com efeito, do simples fato de uma prisão em flagrante não decorre nenhuma possibilidade, por exemplo, de se exarar qualquer juízo acerca de eventual fuga que se pode vir a acontecer. Em realidade, o juízo acerca de eventual fuga é distinto daquele que conclui pela existência de um fato ilícito, carecendo da apreciação de fatos específicos.

¹⁵⁶ Dessa maneira, não se tem como concordar com BARROS ao ter, como um dos fundamentos da prisão em flagrante, exatamente, a finalidade de servir como instrumento para garantir seja realizado o interrogatório do indiciado (*Processo penal cautelar*, p. 123).

¹⁵⁷ Já em 1964 Luciano CASEIRO criticava tal expressão, que se encontra absolutamente em voga até hoje: “... o flagrante não é certeza do crime. É, ao contrário, um momento cronológico do fato, que afinal poderá ser considerado ‘não-crime’. A certeza visual é tão-só a constatação do fato, ou melhor, a apreciação provisória da ilicitude por intermédio da visão” (citado por BRANCO, Tales Castelo, “Da prisão em flagrante”, São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p. 183).

prisão em flagrante quando dez pessoas tenham visto a suposta prática delitiva, apenas não se logrando realizar a segregação porque distante das excepcionais coordenadas de tempo em que se pode efetivar. Certeza visual tiveram as dez pessoas que viram o cometimento do fato, e não a pessoa que, sem ter visto a prática delitiva, promoveu a prisão. Em realidade, cabe destacar que a presteza na colheita dos elementos de prova (a tida providência acautelatória da materialidade e da autoria) é medida ínsita à toda atividade persecutória estatal, e não à prisão em flagrante: sempre que a autoridade policial tiver conhecimento da prática delitiva, independentemente de ser, ou não, possível a restrição à liberdade de locomoção com base na prisão em flagrante, deve ser operosa e eficiente na imediata colheita de todos os elementos probatórios hábeis à prova da prática delitiva, agindo em conformidade com o artigo 6º do CPP¹⁵⁸.

Ademais, não se podem ter, como intrínsecas à prisão em flagrante, com vistas a justificar eventual imprescindibilidade de proteção da persecução penal a ponto de, conseqüentemente, justificar a restrição à liberdade de locomoção, a imediata identificação da pessoa presa e a certificação de seu endereço. Se assim fosse, se a pessoa a ser presa em flagrante desde já demonstrasse, inequivocamente, sua identificação e o local em que mora, não poderia vir a ser submetida a tal tipo de segregação. Se assim fosse, se alguém fosse surpreendido cometendo um fato sujeito à imposição de prisão em flagrante em sua residência, portando seus documentos, não poderia ter sua liberdade de locomoção restringida¹⁵⁹. E pior: todo o investigado que não demonstrasse sua identificação e seu endereço deveria vir a ser, também, preso¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Assim, "a colheita imediata da prova e autoria ainda 'fresca' na memória das testemunhas e do condutor", tal como exposto por GONÇALVES, Daniela Cristina Rios (*Prisão em flagrante*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 18), é medida que deve ser tomada, na maior medida possível, pela Polícia, independentemente de se estar diante de uma prisão em flagrante, de modo que não lhe é diferencial e hábil a caracterizar-lhe em suas especificidades.

¹⁵⁹ O que seria incompatível, aliás, com a autorização constitucional disposta no inciso XI do artigo 5º da CF, que, exatamente em face da urgência sentida na necessidade de proteção dos direitos fundamentais/bens coletivos constitucionais, excepciona da reserva de jurisdição o ingresso no domicílio para o fim de realização da prisão em flagrante.

¹⁶⁰ Também se encontra, na doutrina, a tese de que a prisão em flagrante serviria, eventualmente, também para "proteger o preso contra a exasperação do povo", tal como se observa em TORNAGHI (*Instituições de Processo Penal*, p. 260). Não se precisa prender alguém para que se lhe proteja contra a "exasperação do povo", bastando que os órgãos de segurança pública cumpram suas funções constitucionalmente previstas (artigo 144 da CF). Não tem sentido restringir-se a liberdade de locomoção de alguém com o fito de protegê-lo; se assim se operasse, inverter-se-ia o funcionamento dos institutos de controle social. Se se encontrar em situação de risco, cabe ao Estado proteger não só o investigado/imputado/réu que fora flagrado cometendo um ilícito penal, mas também toda e qualquer pessoa. Distante de qualquer medida constritiva de liberdade, cabe ao Estado lançar mão dos instrumentos adequados para proteger o investigado/imputado/réu, cumprindo suas funções policiais preventivas de modo a enfrentar a situação de risco, restringindo a "exasperação do povo" aos padrões de licitude. Não há nenhuma sustentação jurídica para se ter, como fundamento da prisão em flagrante, essa suposta cautelaridade. Se houvesse, seria medida de Estado, para preservação das pessoas, a decretação da prisão dessas mesmas pessoas, o que seria, aliás, além de distante de qualquer fundamentação racional, inadmissível em um Estado de Direito Democrático.

Não se diga, tampouco, que, na prisão em flagrante, fazer-se-ia presente uma necessária *garantia da ordem pública*¹⁶¹. É evidente que todo o

¹⁶¹ No direito brasileiro, com base no artigo 312, primeira parte, do CPP, também a ordem pública, bem coletivo constitucional previsto no artigo 144, *caput*, da CF, vem sendo tida como princípio capaz de restringir a liberdade de locomoção a título de prisão cautelar. Contudo, ao restringir-se a liberdade de locomoção com base na proteção da ordem pública, excede-se a natureza cautelar em que busca se justificar a própria restrição, que assume a feição de medida destinada à prevenção geral. Com efeito, ao contrário da proteção da persecução penal, que justifica a restrição à liberdade de locomoção como medida indispensável para garantir o desenvolvimento do processo e de eventual execução de uma sentença penal condenatória, a restrição à liberdade de locomoção com a finalidade de proteção da ordem pública cumpre função extra-processual, destinando-se à imposição de uma prisão de caráter preventivo geral e especial. Assim, a garantia da ordem pública permite a realização de prisões que não tenham por desiderato acautelar o próprio processo em que são decretadas, servindo, em verdade, como meio prevenir o cometimento de supostos novos delitos (HC 82.684, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Correia; HC 82.149, 1ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie), para a proteção da tranquilidade do meio social (HC 84.680, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Brito; HC 84.498, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa), devendo-se consignar, de toda forma, ao contrário do que acontecia em passado recente, certa contenção de seu emprego, tendo diversos precedentes do STF negado-lhe aplicação naqueles casos em que a restrição se sustentava com base na exclusiva gravidade do fato (HC 76.730, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso; HC 79.392, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), com base na invocação do clamor público (HC 71.289, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão; HC 78.425, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira; HC 79.781, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), ou com base na proteção da credibilidade de um dos Poderes da República (HC 84.662, 1ª Turma, Rel. Min. Eros Grau). Tais hipóteses de restrição à liberdade de locomoção a suposto título cautelar são severamente criticadas pela doutrina. Expondo o pensamento de Winfried HASSEMER, MUNÓZ CONDE afirma que "la prisión preventiva en ningún caso puede perseguir metas preventivas, generales o especiales, propias de la pena que pueda imponerse en su día. El restablecimiento del Orden jurídico violado, o de la confianza y la seguridad ciudadana; la prevención de futuros delitos o de la reincidencia; la eliminación de la alarma social; la ejemplaridad o la intimidación general, etc., son fines mas o menos discutibles, pero que en todo caso sólo pueden perseguirse con la pena que se imponga un su día (si se impone), no con la prisión provisional. En pocas palabras: la prisión provisional nunca puede ser una 'pena a cuenta', y mucho menos 'una pena anticipada'" (MUNÓZ CONDE, Francisco, *Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional*, in "Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997, p. 225-226). Nessa esteira, analisando o direito espanhol, SANGUINÉ assevera que: "La LECr, a través de circunstancias tales como la 'gravedad de la pena', la 'alarma social' y la 'frecuencia con la que se cometan hechos análogos', ha introducido, respectivamente, la *función de prevención general* para apaciguar y frenar la agresividad, inseguridad y frustración colectivas, que garantice la *seguridad y el orden sociales* y la *función de prevención especial* de manera que en la realidad práctica la prisión provisional llega a transformarse en una pena anticipada o en una medida de seguridad oculta o encubierta (aunque con una naturaleza aparente de medida cautelar) en detrimento de la libertad personal, convirtiéndose dicha *seguridad en un derecho supraconstitucional con unas exigencias que desbordan los límites constitucionales*. Además, la función de ejemplaridad y de evitar la reiteración delictiva, también se orientan en orden a calmar la intranquilidad ciudadana, de modo que *atende a la función de prevención general o especial*. Funciones estas, todas, *propias de la pena y que se apoyan en la idea de seguridad o en la cláusula del orden público*, pero en un sentido antagónico con el modelo del Estado social y democrático de Derecho" (SANGUINÉ, Odone, *Prisión Provisional y Derechos...*, p. 107-108). Também ROXIN apenas admite seja uma prisão cautelar decretada com a finalidade de assegurar a presença do imputado, para garantir uma adequada averiguação dos fatos, para assegurar a execução da pena, negando-lhe a possibilidade de servir para qualquer outra finalidade (ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 257); nas palavras de MUNÓZ CONDE: "Para ROXIN, la prisión provisional no tiene otras finalidades, negando expresamente que pueda servir para prevenir la alarma social o el peligro de repetición del delito. En estos casos, dice ROXIN, se introducen elementos extraños a la naturaleza puramente cautelar de la prisión provisional, cuestionables tanto desde el punto de vista jurídicoconstitucional, como desde el punto de vista políticocriminal, porque sólo la finalidad de asegurar la averiguación del delito y el aseguramiento de la ejecución de la pena (y, en consecuencia, de la persona del inculcado), puede justificar la adopción de esta medida (*Cuestiones teóricas...*, p. 224). Nesse mesmo sentido, MUNÓZ CONDE afirma, concordando com a doutrina de HASSEMER e ROXIN, que: "La decidida opción a favor de su carácter puramente cautelar, en la que no pueden tener cabida la alarma social, ni la frecuencia de comisión del delito en la jurisdicción del juez que acuerda la medida, ni mucho menos finalidades de ejemplaridad o prevención del delito, es la única forma de hacerla compatible con los derechos fundamentales... En el fondo de la prisión provisional late la eterna tensión dialéctica que domina todo proceso penal entre la eficacia en la lucha contra la criminalidad y el respecto a los derechos fundamentales, pues, como dice HASSEMER, 'con el instrumento de la prisión provisional se va a intervenir lo mas temprana y contundentemente posible en una crisis que no tiene nada que ver con el proceso penal, sino con la criminalidad y con la reacción popular a la criminalidad'" (*Cuestiones teóricas...*, p. 229-230).

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

Em realidade, nesse enunciado, encontram-se expostas tanto a reserva de jurisdição¹⁶⁴ na matéria atinente à decretação de prisões quanto suas exceções, que, ao lado das prisões em casos de transgressão disciplinar ou crime propriamente militar, em regime de normalidade constitucional¹⁶⁵, insere-se a prisão em flagrante.

crime pressupõe um abalo à ordem pública; contudo, as prisões tidas como cautelares que têm como base a garantia da ordem pública (artigo 311 e ss. do CPP) não se fundam no mero cometimento de um ilícito penal: fundam-se em uma necessária, adequada e proporcional em sentido estrito promoção, em prejuízo da liberdade de locomoção, do bem coletivo constitucional ordem pública (previsto, por exemplo, no artigo 144 da CF), que estaria se ressentindo, em face da conduta levada a efeito, de um diferenciado, especial e excepcional abalo de cuja consequência restaria exposta severamente à xequa a própria segurança pública (que também se encontra prevista no artigo 144 da CF). Se se presumisse, em toda prisão em flagrante, tecnicamente, um intrínseco abalo à ordem pública, todas as pessoas que estariam sendo investigadas, desde que havendo os mesmos elementos de prova de um auto de prisão em flagrante no inquérito em curso, deveriam ser segregadas provisoriamente. E mais: só seria considerada lícita a prisão em flagrante que se houvesse transmutado em prisão preventiva decretada com a finalidade de garantir a ordem pública¹⁶².

Em suma, não é ínsita à prisão em flagrante a imprescindibilidade de proteção da persecução penal ou da ordem pública. Podem, até, em alguns casos, se encontrarem, em uma prisão em flagrante, presentes elementos que justifiquem um decreto de prisão cautelar, que, enfatize-se, não são essenciais para o reconhecimento da validade daquela. Em realidade, eventual prisão cautelar que seja necessária deverá ser decretada *a posteriori* mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (artigo 5º, inciso LXI, da CF).

2.4. A RESERVA DE JURISDIÇÃO COMO SEDE PARA O DECRETO DE TODAS AS PRISÕES CAUTELARES E A PRISÃO EM FLAGRANTE

A Constituição de 1988, mantendo a prisão em flagrante como exceção às hipóteses de restrição à liberdade de locomoção, veio a disciplinar, como regra para que seja restringida a liberdade de locomoção, que esta se dê com base em ordem emanada por autoridade judiciária competente¹⁶³. Eis o enunciado normativo constante no artigo 5º, inciso LXI, da CF:

¹⁶² Toda a prisão em flagrante é accidental: todo o fato delitivo, em princípio, um dia, porque foi objeto de atos de execução, sujeitou-se à prisão em flagrante, que depende do acaso de alguém ser preso por força de uma atividade segregatória desencadeada em determinados quadrantes temporais, tal como será apreciado no Título 4 a seguir. A prisão em flagrante não tem, assim, o condão de atribuir *de per se* qualquer predicado do qual decorra a conclusão de que houve um abalo à ordem pública a ponto de justificar uma prisão preventiva.

¹⁶³ É da tradição constitucional brasileira o estabelecimento, em situações de normalidade constitucional, da *prisão em flagrante* como exceção às hipóteses de restrição à liberdade de locomoção. A Constituição de 1988, mantendo essa tradição, inovou, contudo, ao submeter, à reserva de jurisdição, a competência para a emissão de ordens de prisão, uma vez que, nas Constituições pretéritas, os textos apenas exigiam que as

ordens fossem emitidas por autoridades competentes, no que se inseriam, também, as administrativas. Basta, para tanto concluir, uma mera observação acerca do que dispunham as Constituições pretéritas acerca do tema:

- artigo 179, inciso X, da Constituição de 1824,

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

- artigo 72, parágrafo 13, da Constituição de 1891,

§ 13 - À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.

- artigo 113, inciso XXI, da Constituição de 1934,

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

- artigo 122, inciso XI, da Constituição de 1937,

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

- artigo 141, parágrafos 20 e 22, da Constituição de 1946,

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

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

- artigo 150, parágrafo 12, da Constituição de 1967 (cuja redação foi nos mesmos termos mantida, então no artigo 153, parágrafo 12, pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969),

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

¹⁶⁴ Utiliza-se a expressão reserva de jurisdição para aquelas hipóteses em que a Constituição reduz a competência para a apreciação de determinadas matérias ao Poder Judiciário.

¹⁶⁵ Nas hipóteses de estado de defesa ou de estado de sítio (Título V, Capítulo I, da Constituição), a liberdade de locomoção pode sofrer restrições outras que aquelas previstas no artigo 5º, LXI, tais como aquelas previstas no artigo 136, parágrafo 3º, inciso I, e no artigo 139, inciso I.

Com efeito, a prisão em flagrante constitui-se verdadeira cláusula de exceção: a regra é o que juízo acerca das restrições à liberdade de locomoção submeta-se à reserva de jurisdição¹⁶⁶, no qual se insere a competência para deliberar sobre todas as espécies de prisão cautelar.

Também nesse particular afloram as sensíveis diferenças havidas entre a prisão em flagrante e as prisões cautelares, que se submetem a regimentos constitucionais distintos.

É elemento de validade de toda prisão cautelar, realizada no âmbito da reserva de jurisdição, que aquela se dê mediante ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Outrossim, pressupõe tanto a presença dos requisitos de cautelaridade concretamente demonstrados quanto a ausência dos requisitos suficientes à concessão/imposição de liberdade provisória, devendo todos tais elementos restarem devidamente expostos por intermédio da devida fundamentação.

Disso decorre a ausência de paralelismo entre o juízo levado a efeito pela autoridade administrativa para a realização da prisão em flagrante (que independe, no caso concreto, da demonstração de requisitos cautelares, nada deliberando acerca da possibilidade da restrição à luz da liberdade provisória)¹⁶⁷ e o juízo levado a efeito pela autoridade judicial (que, ao contrário, se submete, diretamente, à presença de todos tais elementos).

¹⁶⁶ Em outros ordenamentos jurídicos nacionais, além da prisão em flagrante, há diversas hipóteses em que, fora da reserva de jurisdição, alguém pode ser preso. Por exemplo, na Espanha, nos artigos 490 e 492 do CPP Espanhol, observa-se que:

Artículo 490. Cualquier persona puede detener:

1. Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo.
2. Al delincuente in fraganti.
3. Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena.
4. Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.
5. Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior.
6. Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.
7. Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.

Outrossim, na Argentina, além da detenção tomada com base na prisão em flagrante, que vem definida no artigo 285 do Código Procesal Penal da la Nación, podem, distante da reserva de jurisdição, realizarem-se as detenções referidas no artigo 284, quais sejam: “1. Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo. 2. Al que fugare, estando legalmente detenido. 3. Excepcionalmente a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención”.

Na Alemanha, por seu turno, além da prisão em flagrante, sem ordem judicial podem-se dar as hipóteses de detenção referidas por Claus ROXIN: “la detención oficial para asegurar la identificación, a través de la fiscalía y de la policía, § 127, I, 2, en relación con los §§ 163b y c; la detención oficial para asegurar la prisión preventiva, § 127, II; la detención para asegurar la realización del procedimiento acelerado, § 127b” (ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 278).

¹⁶⁷ Vale dizer, em face de seu excepcional caráter defensivo, se se *derem os seus pressupostos*, do mero cometimento de um suposto ilícito penal decorrerá, com efeito, a realização da prisão em flagrante.

Daí por que as polícias realizam considerável número de segregações (embora extremamente diminuto em face das cifras negras da criminalidade¹⁶⁸) com base em prisões em flagrante. Daí por que, também, as autoridades judiciais concedem/impõem, a grande parte dessas pessoas que são segregadas com base em prisões em flagrante, liberdade provisória, ou, mesmo, restabelecem a liberdade de locomoção a seu estado de normalidade constitucional: a prisão em flagrante constitui-se em uma exceção constitucional, que autoriza, como meio de defesa, a segregação de todos aqueles que, presentes os pressupostos normativos e respeitados determinados quadrantes temporais¹⁶⁹, realizem ou tenham realizado, em tese, um ilícito penal; as prisões cautelares, ao contrário, apenas podem ser impostas pela autoridade judiciária se se encontrarem presentes os requisitos cautelares próprios e se não se encontrarem presentes os requisitos suficientes à concessão/imposição da liberdade provisória.

Se é verdade que a prisão em flagrante apresenta, para o cumprimento de sua função constitucional um excepcional caráter antecipatório da restrição à liberdade de locomoção, quando da segregação tomar conhecimento a autoridade judicial aquela jamais poderá ser mantida com qualquer finalidade antecipatória, mas, sim, com exclusiva finalidade cautelar, pena de ferimento ao disposto no inciso LVII do artigo 5º da CF:

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Dessa norma decorre que as prisões de natureza provisória, decretadas no âmbito da reserva de jurisdição, não podem apresentar caráter satisfativo, vedando-se à exigência do cumprimento de penas privativas de liberdade *antecipadamente* (vale dizer, aquela que não se ampara em prévio título executivo). Com efeito, o inciso LVII do artigo 5º da CF vem a agregar sustentação ao princípio constitucional da liberdade de locomoção, atuando no sentido de impedir, *definitivamente*, a imposição de restrições à liberdade de locomoção que constituam prisões cautelares, decretadas no âmbito da reserva de jurisdição, de natureza sancionatória¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Emprega-se a expressão “cifra negra” da criminalidade, que é de uso corrente na criminologia, tal como utilizada por Jorge Figueiredo DIAS e Manuel da Costa ANDRADE no livro “Criminologia, O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena”, 2ª reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997; à página 133, referem tais autores que: “A expressão cifras negras é utilizada neste contexto no seu sentido técnico, isto é, como a diferença (quantitativa) entre o volume da criminalidade num certo nível e o volume a um nível diferente, dum ponto de vista do processo formal de reacção e controlo. Neste sentido, tanto se pode falar de cifras negras a propósito da diferença entre criminalidade real e a criminalidade conhecida pela polícia, como entre esta última e a que vem a ser transmitida à acusação”.

¹⁶⁹ No Título 4, à frente, serão apreciados os quadrantes temporais dentro dos quais se pode realizar a *prisão em flagrante*.

¹⁷⁰ Voltarei a esse tema, com abordagem aprofundada, no Título 5.2.4 e ss.

Com efeito, na reserva de jurisdição, deixando-se as *excepcionalidades* que matizam a prisão em flagrante, que se observam, especialmente, na função constitucional a que visa alcançar¹⁷¹ e na desnecessidade de demonstração concreta de cautelaridade, passa-se ao estado constitucional de normalidade do princípio da liberdade de locomoção: apenas manter-se-á a segregação se estiverem presentes, agora, os requisitos próprios das demais prisões provisórias, havendo de se demonstrar, concretamente, a imprescindibilidade da tomada da medida.

3 Liberdade de locomoção e o preceito da proporcionalidade na prisão em flagrante

Na prisão em flagrante, há uma autorização constitucional em prol da restrição da liberdade de locomoção em favor do princípio protegido pela norma penal incriminadora, de modo a conceder-se a defesa imediata e atual a direitos fundamentais e bens coletivos constitucionais, que estariam sendo, ou acabaram de ser, objeto de violação.

Dessa colisão com o princípio protegido pela norma penal incriminadora, deve se destacar, portanto, a opção constitucional *prima facie* em favor da restrição da liberdade de locomoção na prisão em flagrante. Em outras palavras, há uma decisão constitucional que aponta *prima facie* para a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da restrição à liberdade de locomoção em face da finalidade defensiva de direitos fundamentais e de bens coletivos constitucionais.

Por conseguinte, na prisão em flagrante, o princípio da liberdade de locomoção jamais passará pelo preceito da proporcionalidade tal como se sucede nos casos das prisões cautelares, decretadas, todas, no âmbito da reserva de jurisdição. Se passasse, apenas as restrições à liberdade de locomoção realizadas com base em prisões em flagrante que fossem mantidas pela autoridade judicial poderiam ser consideradas válidas, o que não ocorre no direito brasileiro: a validade da prisão em flagrante independe de um correlato decreto de prisão cautelar no âmbito da reserva de jurisdição.

O preceito da proporcionalidade, em verdade, não realiza, no que tange à restrição à liberdade de locomoção fundada na prisão em flagrante, uma cognição horizontal plena sobre a restrição havida, mas, tão-somente,

¹⁷¹ Tal como expostas no Título 1 deste Capítulo.

parcial¹⁷², restando a proteção à liberdade de locomoção a depender, no mais das vezes, das garantias instituídas por regras e por princípios de diferentes ordens¹⁷³.

Em face da excepcionalidade constitucional da prisão em flagrante, o preceito da proporcionalidade desempenha uma função de controle complementar da restrição à liberdade de locomoção: ali onde não se encontrarem regras e princípios que concedam garantias¹⁷⁴ à liberdade de locomoção, o preceito da proporcionalidade passa a atuar de forma complementar, cabendo-lhe evitar o excesso, o arbítrio.

Em realidade, na prisão em flagrante, não havendo emissão de juízo de cautelaridade, o preceito da proporcionalidade, no que tange ao princípio da liberdade de locomoção, vem a cuidar da apreciação da viabilidade, em abstrato, da própria antecipação (operada com a finalidade de fazer incidentes os efeitos penais contidos na relação prevenção-repressão do direito penal¹⁷⁵), do meio empregado e da forma como se está a levar adiante a restrição¹⁷⁶.

3.1. ADEQUAÇÃO

No que tange à adequação da restrição à liberdade de locomoção com base na prisão em flagrante, deve-se verificar se, abstratamente, é viável a antecipação da restrição à liberdade de locomoção. Em outras palavras, é necessária uma apreciação sobre as possibilidades abstratas de eventual aplicação de sanção penal; do contrário, se não for possível a antecipação, não caberá a prisão em flagrante: se não há, abstratamente, restrição à liberdade de locomoção possível de se antecipar, não haverá, à evidência, qualquer possibilidade de antecipação disso.

¹⁷² Diferenciam-se a cognição horizontal plena da cognição horizontal parcial tendo-se como referencial a matéria que pode ser conhecida pelo juiz. Na cognição horizontal plena, não há limitação material sobre os temas sobre os quais o juiz pode manifestar-se; na cognição horizontal parcial, há essa limitação, restringindo-se o campo de atuação judicial. Ver, acerca do tema, WATANABE, Kazuo, *Da cognição no processo civil*, São Paulo: Ed. RT, 1987, p. 85 e ss.

¹⁷³ As regras e princípios constitucionais que, na prisão em flagrante, desempenham a função de *garantia* da liberdade de locomoção, serão apreciados nos Capítulos III, IV e V.

¹⁷⁴ Sobre o conceito de garantia, ver Título 2.3 do Capítulo I.

¹⁷⁵ Tal como expostos no Título 1 deste Capítulo.

¹⁷⁶ Nas *prisões cautelares*, ao contrário, há cognição horizontal plena na apreciação do preceito da proporcionalidade. Acerca da aplicação do preceito da proporcionalidade nas prisões cautelares, por todos ver GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *El principio de proporcionalidad en el proceso penal*, Madrid: Editorial Colex, 1990.

Tal se observa, por exemplo, nos casos em que se estiver em face de crimes sujeitos à ação penal pública condicionada e à ação penal privada¹⁷⁷: a prisão em flagrante apenas será imposta mediante prévia manifestação/representação do ofendido ou mediante requisição¹⁷⁸; logo, sem estas, será inidônea a restrição: sem a possibilidade de uma possível reprimenda penal, que estará, sempre, a depender de ato de vontade do ofendido ou de requisição, não haverá como se realizar a antecipação em que se funda a prisão em flagrante.

Outrossim, em face de seu caráter antecipatório defensivo, a prisão em flagrante condiciona-se à possível incidência da norma penal incriminadora. Esta não incidirá, por exemplo, se o fato for penalmente insignificante, quer por sua atipicidade material¹⁷⁹ (não atingimento ao direito fundamental ou ao bem coletivo constitucional), quer pela desproporcionalidade do emprego do direito penal em face da significação social do fato. Também não incidirá se se deparar em face da inconstitucionalidade do próprio tipo (que se pode dar por diversas razões, dentre as quais, aplicando-se o preceito da proporcionalidade, por ofensa ao próprio princípio da liberdade de locomoção: ou não fora adequada a tipificação, ou não fora necessária a tipificação, ou não fora proporcional em sentido estrito a tipificação)¹⁸⁰.

Em realidade, nos exemplos citados no parágrafo acima, podem-se abrir novas janelas por via das quais se vem a estabelecer distintas aplicações do preceito da proporcionalidade, discutindo-se, em cada hipótese, a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da própria possibilidade de resposta penal ao caso concreto. Se não for proporcional em sentido lato a resposta penal, de aí decorre a inadequação da prisão em flagrante, já que ausente a possível incidência da norma penal incriminadora.

¹⁷⁷ Acerca dos conceitos de ação penal pública condicionada e a ação penal privada, ver BOSCHI, José Antonio Paganella, *Ação Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1997, Capítulo IX.

¹⁷⁸ Acerca das condições de procedibilidade, ver BOSCHI, *Ação Penal*, Capítulo VII.

¹⁷⁹ Tal como bem assinala FELDENS: "... conceitos jurídico-penais como tipicidade material (ou ilicitude) material guardam, como fundamento último de sua construção teórica, a exigência de proporcionalidade na imposição de uma sanção a uma conduta que, a despeito de subsumir-se formalmente à descrição da norma penal incriminadora, não está a merecer, em face da insignificância da lesão dela derivada no caso concreto, a consequência jurídica (sanção) prevista para a hipótese de sua realização, porque desproporcional à hipótese. É o próprio ROXIN a afirmar que o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio constitucional básico, tem a aptidão de invalidar a punição de uma infração insignificante, por vulneração da proibição do excesso." (FELDENS, Luciano, *A Constituição Penal – a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005, p. 191).

¹⁸⁰ Acerca da aplicação do preceito da proporcionalidade no direito penal, por todos ver AGUADO CORREA, Teresa, *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid: Edersa, 1999.

3.2. NECESSIDADE

Na restrição à liberdade de locomoção fundada na prisão em flagrante, não se deve ultrapassar o estritamente necessário à consecução do fim almejado.

Da restrição autorizada à liberdade de locomoção pela prisão em flagrante podem decorrer efeitos secundários prejudiciais desnecessários. Deve-se observar, na forma como se opera a restrição à liberdade de locomoção, se o meio para tanto empregado é o menos lesivo na restrição à liberdade de locomoção. Se o meio escolhido para a restrição à liberdade de locomoção é desnecessariamente lesivo, deve ser afastado. Se o meio é tido como ilícito, o fim alcançado, qual seja, a segregação, padecerá dessa mesma ilicitude.

Na excepcional restrição consubstanciada na prisão em flagrante, conforme vem sendo exposto, há, como contrapartida disso, a estrita necessidade de que a forma como se vai levar a efeito a segregação não gere restrições excessivas. Trata-se de prisão especialmente exposta a abusos, já que não se encontra no âmbito da reserva de jurisdição, podendo ser realizada por qualquer um. Há, nesse especial ambiente, um dever redobrado de comedimento na realização da segregação, apenas se tolerando o emprego da força, física ou simbólica, que seja estritamente necessária para a sua realização.

Em muitas passagens do ordenamento jurídico, tal como ocorre com os princípios que veiculam as garantias da integridade física e moral do preso¹⁸¹, há regras e princípios que impedem o emprego de determinados meios, porque excessivos, para a restrição à liberdade de locomoção.

O subpreceito da necessidade, no que tange à restrição à liberdade de locomoção na prisão em flagrante, funciona como uma cláusula aberta de resguardo, devendo ser empregado sempre que não houver norma específica a incidir, cumprindo, então, a função de apreciar, dentro do contexto fático experimentado, os meios possíveis para a realização da segregação de modo a afastar aqueles que sejam para tanto desnecessários.

3.3. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Na esfera judicial, não há espaço para a realização de um juízo acerca da proporcionalidade em sentido estrito da prisão em flagrante, para o específico fim antecipatório defensivo referido; tal juízo positivo encontra-se

¹⁸¹ Acerca das garantias da integridade física e moral do preso, ver Título 1 do Capítulo V.

ínsito na decisão constitucional que autoriza excepcionalmente tal tipo de segregação.

Não há, contudo, uma determinação constitucional no sentido de que, sempre que se esteja, em tese, diante de uma hipótese que seria de prisão em flagrante, deva-se impor a imediata restrição à liberdade de locomoção. A autorização constitucional, em realidade, abre as portas ao legislador ordinário para que transite no terreno excepcional da restrição à liberdade de locomoção com base na prisão em flagrante. Contudo, a autorização constitucional excepcional em favor da restrição não fecha as portas ao legislador ordinário para que este exclua hipóteses que, em tese, poderiam estar sujeitas à prisão em flagrante: outorga-lhe a competência de sobre o assunto deliberar, cabendo ao legislador definir quais as específicas hipóteses em que seja devida a imposição da medida¹⁸².

¹⁸² Na Alemanha, por exemplo, restringe-se o campo de incidência da prisão em flagrante para as hipóteses em que há risco de fuga ou em que não se pode verificar, imediatamente, a identidade do suspeito, bem como para assegurar o desenvolvimento do procedimento acelerado.

Com efeito, lê-se, na Seção 127, (1), do CPP Alemão, que:

If a person is caught in the act or is being pursued, any person shall be authorized to arrest him provisionally, even without judicial order, if there is reason to suspect flight or if his identity cannot be immediately established. The establishment of the identity of a person by the public prosecution office or by officials in the police force shall be determined by Section 163b subsection (1).

Tradução livre: "Se alguém for flagrado no ato ou está sendo perseguido, qualquer pessoa será autorizada a prendê-la provisoriamente, até mesmo sem ordem judicial, se houver razão para suspeitar da fuga ou se a identidade dessa pessoa não puder ser imediatamente estabelecida. O estabelecimento da identidade da pessoa pelo Ministério Público ou pela Polícia será determinada pela Seção 163b, subseção (1)."

Todavia, tal como leciona ROXIN, "el derecho a la detención en flagrante para asegurar la identificación lo tienen únicamente las personas privadas" (*Derecho Procesal...*, p. 278), uma vez que, também distante da reserva de jurisdição, podem determinadas autoridades, mesmo que não se esteja diante de uma hipótese de prisão, prender alguém para o mero fim de identificá-la, vale dizer, "sospechosos y no sospechosos pueden ser detenidos con fines de identificaciones" (*Derecho Procesal...*, p. 284). Nesse sentido, disciplina a Seção 163b, (1), que:

(1) If somebody is suspected of an offense the public prosecution office and the officials in the police force may take the measures which are necessary to establish his identity; Section 163a subsection 4, first sentence, shall apply mutatis mutandis. The suspect may be kept in custody if the identity cannot be established in any other way or only with considerable difficulty. Under the prerequisites of the second sentence, it shall be admissible to search the suspect and the objects found on him as well as to carry out measures for identification purposes.

Tradução livre: "(1) Se alguém é suspeito de uma ofensa, o Ministério Público e a Polícia podem tomar as medidas que sejam necessárias ao estabelecimento da identidade; Seção 163a, subseção 4, primeira frase, aplicar-se-á mutatis mutandis. O suspeito pode ser mantido em custódia se sua identidade não puder ser estabelecida de qualquer outra forma ou somente com considerável dificuldade. Com base nos pré-requisitos da segunda frase, será admissível ouvir o suspeito e examinar os objetos achados com ele, bem como levar a diante medidas destinadas à sua identificação."

Acerca da possibilidade de incidência dessa norma, ROXIN defende que "la identidad del autor es determinable cuando lleva consigo y exhibe documentos de identidad oficiales (sobre todo aquellos con descripción de la persona y fotografía). Por ello, con arreglo al principio de proporcionalidad, en lugar de la

Assim como ao legislador cabe definir a tipificação de determinadas condutas, incumbe-lhe decidir se para tanto urge o emprego da imediata defesa na qual se consubstancia a prisão em flagrante para a proteção dos direitos fundamentais e bens coletivos constitucionais veiculados na norma penal incriminadora.

A possibilidade do controle judicial da proporcionalidade em sentido estrito da prisão em flagrante, em realidade, apenas pode-se realizar de maneira mediata e distante. Há possibilidade do controle da proporcionalidade em sentido estrito do preceito primário e do preceito secundário da norma penal incriminadora. Entretanto, se o juízo, naquele momento, der-se em favor da constitucionalidade da tipificação, reconhecendo-se, por conseguinte, a existência de direito fundamental/bem coletivo constitucional digno da proteção penal (logo, apto a promover a potencial restrição à liberdade de locomoção), a prisão em flagrante repercute ser medida proporcional em sentido estrito para a realização da imediata defesa que lhe é intrínseca. Se há direito fundamental/bem coletivo constitucional que se encontra, validamente, tipificado, restringindo, potencialmente, de maneira proporcional em sentido estrito, a liberdade de locomoção, resta justificada a prisão em flagrante, que terá o condão de atualizar a imediata restrição com vistas à proteção almejada.

Se, no entanto, não se reconhecer a proporcionalidade em sentido estrito da potencial restrição à liberdade de locomoção contida na norma penal incriminadora, a invalidade de aí decorrente impedirá a imposição da

detención también está permitida, como medio menos grave, la incautación de un documento...; empero, el documento de identidad debe ser devuelto después de la identificación" (*Derecho Procesal...*, p. 278).

Ademais, existe a possibilidade de prisão em flagrante, também distante da reserva de jurisdição, exclusivamente a ser realizada por determinadas autoridades, para o fim de possibilitar a imediata instauração do procedimento acelerado (Seções 417 a 420), tal como dispõe a Seção 127b, (1):

(1) The public prosecution office and officials in the police force shall also be authorized to arrest provisionally a person caught in the act or being pursued:

1. if it is probable that an immediate decision will be taken in accelerated proceedings and
2. if, on the basis of certain facts, it is to be feared that the person arrested will fail to appear at the main hearing.

Tradução livre: "(1) O Ministério Público e a Polícia também serão autorizados a prender provisoriamente uma pessoa flagrada no ato ou sendo perseguida:

1. se é provável que uma imediata decisão será tomada no procedimento acelerado e
2. se, com base em certos fatos, há receio de que a pessoa presa não aparecerá na audiência principal".

Acerca dessa norma, ROXIN afirma que "el § 127b, I, contiene un derecho a detener que, al igual que el motivo de detención, pretende servir al aseguramiento de la realización del procedimiento acelerado. De acuerdo con ello, la fiscalía y los funcionarios de la policía pueden detener provisionalmente a una persona vehementemente sospechosa de haber participado en el hecho cuando: - es probable una decisión inmediata en el procedimiento acelerado, y - a causa de determinados hechos es de temer que el detenido no se someterá al juicio oral" (*Derecho Procesal...*, p. 519).

prisão em flagrante, não em face de eventual desproporcionalidade em sentido estrito de que essa se ressentiria reflexamente, mas, sim, em face da inadequação da segregação para o fim eleito, uma vez que impossível seria a antecipação realizada pela prisão em flagrante. Dessa maneira, da desproporcionalidade em sentido estrito da restrição almejada pela norma penal incriminadora decorre a inadequação da prisão em flagrante para casos que tais.

4 Dos quadrantes de tempo: das estritas coordenadas em que se pode realizar a prisão em flagrante

4.1. DA PRISÃO EM FLAGRANTE NO TEMPO

A sensibilidade da atualidade da violação, autorizadora da prisão em flagrante, engloba o momento que vai da realização do ilícito penal até momentos imediatamente posteriores à consumação do ilícito.

No período que começa com a execução do delito e que passa pela consumação do delito, encontram-se, também, na autorização para o desencadeamento de atos tendentes à prisão em flagrante, aqueles momentos imediatamente posteriores à prática do delito a partir dos quais se permita, pelas circunstâncias fáticas evidenciadas, uma recomposição e uma retratação da situação na qual teria ocorrido a violação à norma incriminadora.

Entre o fato tido como ilícito e o fato da atuação em prol da segregação (a atividade segregatória), que se dão no espaço, sobrepõe-se uma relação com o tempo: exige-se que a atuação em prol da segregação tenha se dado até determinado momento posterior ao fato ilícito, sublinhando-se, como constitutivas desse momento, sua *imediata e intensa proximidade temporal* com o momento em que se deu o fato ilícito (doravante denominado momento T).

Em verdade, a prisão em flagrante, que é o resultado de uma atividade segregatória¹⁸³, tem como parâmetro fático a deflagração da resposta defensiva que se deve dar até T.

É pressuposto da vida em sociedade a submissão a restrições legítimas de direitos fundamentais, cabendo ao sujeito passivo, na prisão em flagrante,

submeter-se imediatamente à restrição à sua liberdade de locomoção se a tanto exigido pela atividade segregatória. Por isso, justifica-se a prisão para além de T se não houver a submissão daquele que seria preso ao comando de prisão. Todavia, nesses casos, é imprescindível que a deflagração da atividade segregatória se opere até o momento T; em realidade, se se está a promover a defesa até o momento T, eventual perseguição que segue se encontra em meio ao esforço defensivo que é nota característica da prisão em flagrante, não importando o tempo que se leve para o vencimento dos obstáculos. Se não houver solução de continuidade, a restrição propriamente dita (que, frise-se, deveria ter-se dado imediatamente após a atuação estatal não fosse a resistência operada), legitima-se para além de T. É como que restassem fotografados, cristalizados os momentos em que se deram o fato ilícito e o momento T, quando, então, se desencadeou o esforço defensivo no qual se visa à realização da prisão em flagrante, não se constituindo o momento em que se deu a restrição propriamente dita essencial para a validade da prisão, mas, sim, meramente accidental. Enfatize-se que a resposta defensiva, enfim, a atividade segregatória que almeja realizar a segregação, para legitimar a eventual transcendência no tempo da atuação para além de T, uma vez havendo resistência à segregação, deve-se desencadear e suceder de forma constante e duradoura: se houver solução de continuidade, ingressa-se no terreno da reserva de jurisdição, não mais sendo possível a prisão em flagrante.

Se fossem definidas as situações fáticas e temporais caracterizadoras da atualidade da prisão em flagrante, ter-se-ia que: a) se alguém fosse preso até T, do ponto de vista temporal seria lícita a restrição à liberdade de locomoção com base na prisão em flagrante; b) para além de T, essa licitude dependeria de ter-se deflagrado, dentro dos estritos momentos de proximidade temporal com o fato tido como ilícito (até T), a resposta constitucional defensiva, à qual não pode sofrer solução de continuidade, não se tendo dado a prisão até T em virtude, somente, da fuga ou da resistência empreendida pelo agente.

Nesse contexto, a prisão em flagrante pode-se dar entre o momento do fato ilícito e T, e, excepcionalmente, após T se, até T, enviam-se esforços, que permaneceram no tempo, sem solução de continuidade, em prol da segregação de alguém, que somente não haviam logrado êxito devido à fuga ou à resistência empregada pelo suposto autor do fato.

O momento T, como se vê, é o parâmetro no qual se assenta a definição do momento-limite para a deflagração da resposta estatal que visa à promoção da prisão em flagrante. Logo, não há propriamente um momento-limite para a realização da prisão: há um momento-limite para a deflagração da atividade que visa a impor a prisão em flagrante.

¹⁸³ Nesta dissertação, tem-se como atividade segregatória àquela que é desempenhada por qualquer um com vistas à realização de uma *prisão em flagrante*. Acerca da ampla legitimidade ativa para a realização das *prisões em flagrante*, ver Título 5.1.1 a seguir.

Didaticamente, a prisão em flagrante pode-se dar:

- 1) no momento em que se estão a promover os atos de execução do delito, tendo, assim, a atividade segregatória sido desencadeada antes do momento-limite T;
- 2) no momento em que se dá a consumação do delito, desde que isso se dê imediatamente após a promoção dos atos de execução do delito, tendo, assim, a atividade segregatória sido desencadeada também antes de T;
- 3) até momento imediatamente posterior, com intensa proximidade temporal, aos momentos “1” e “2”, tendo a atividade segregatória, assim, sido desencadeada até T;
- 4) no momento em que se obtenha êxito na realização da prisão cuja atividade segregatória tenha sido desencadeada quando dos momentos “1”, “2” e “3” supra, desde que a atividade segregatória e a respectiva perseguição não tenham sofrido nenhuma solução de continuidade.

Portanto, não se há confundir o momento em que se deu o fato ilícito, o momento da atuação com vistas à realização da prisão e o momento em que se deu a prisão: é o momento em que se dá a atuação com vistas à segregação que perfaz o parâmetro para a averiguação da possibilidade, no tempo, da realização de uma prisão em flagrante válida.

Por exemplo, digamos que “A” cometa um crime de homicídio. De antemão, não se tem como definir um momento-limite para a realização da prisão em flagrante. Tanto que “A” pode fugir, sendo, após longa perseguição, preso, disso não decorrendo *de per se* nenhuma invalidade da prisão em flagrante. Na realidade, o fato que define a legitimidade da prisão em flagrante de “A” não é, exatamente, o fato da prisão propriamente dita, mas, sim, o fato do desencadeamento da atividade que buscava a realização da prisão em momento imediatamente após o cometimento do fato tido como ilícito, com intensa proximidade temporal dele (o momento T).

Como se vê, o momento em que se deflagra a atividade segregatória exige um cotejo com o momento T: a atividade segregatória pode-se desencadear antes, no momento, ou depois, de T, sendo que, neste último caso, sempre será inválida a prisão decorrente.

4.2. DA CLASSIFICAÇÃO SUGERIDA DAS HIPÓTESES DE PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante pressupõe haja algum testemunho que dê conta do cometimento do fato tido como ilícito, nem que seja somente daquele que realizou a segregação, testemunho este que deverá restar formalizado em um auto a ser confeccionado. Assim, necessita de *prova* pessoal para sua realização. Essa prova *pessoal* pode ser *direta* ou *indireta*: no primeiro caso, teve-se contato direto com o fato tido como delitivo; no segundo, não se teve esse contato, mas, tão-somente, um contato com fato diverso a partir do qual se pode presumir a existência do fato tido como delitivo¹⁸⁴. À evidência que, se a prisão em flagrante se der no instante em que se está em meio a atos de execução do delito, ou no exato momento de sua consumação, a segregação que se der nesses momentos pressuporá prova testemunhal direta, mesma que parcial (apenas parte do fato fora presenciado). Já quando se der após a consumação do delito e antes de T, a prisão pode fundar-se tanto em prova pessoal direta quanto prova pessoal indireta.

Nos incisos do artigo 302 do CPP, há sobrecamadas de elementos normativos de diversas ordens, uns relacionados à prova do fato delitivo, outros relacionados aos quadrantes temporais em que se permite a realização da prisão. Disciplina o artigo 302 do CPP que:

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.

Deve se tomar todo o cuidado na interpretação desse artigo, distinguindo-se o momento do fato ilícito, o momento-limite T, o momento em que se desencadeia a atividade segregatória e a forma como será provada a prática do fato ilícito, adotando-se uma classificação que leve tudo isso em consideração.

Inicialmente, cabe dizer que se o agente é preso logo depois, ou logo após, a prática do delito, ele acaba de cometê-lo. Trata-se de uma discussão difícil¹⁸⁵, para não dizer inconcludente, tentar diferenciar os termos “logo

¹⁸⁴ Com mais detalhes, acerca dos conceitos de prova pessoal direta e prova pessoal indireta, ver MALATESTA, Nicola Framarino Dei, *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1960, v. I, p. 155 e ss.

¹⁸⁵ Acerca dos diferentes posicionamentos interpretativos, ver BRANCO, Tales Castelo Branco, *Da prisão em flagrante*, São Paulo: Ed. Saraiva, 5ª ed., 2001, p. 53; GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1945, 3 v., p. 101; SZNICK, Valdir, *Liberdade, prisão cautelar e temporária*, 2ª

depois", "logo após", "acaba de cometê-la", contidos os incisos II, III e IV do artigo 302 do CPP.

Consoante exposto no tópico anterior, o momento em que se dá a atuação com vistas à segregação é que perfaz o parâmetro para a averiguação da possibilidade, no tempo, da realização de uma prisão em flagrante válida, adotando-se, nesta dissertação, um momento unívoco: o momento T. Dessa forma, todos tais termos referem-se a um único momento, pena de se ampliar indevidamente a excepcional forma de segregação à liberdade de locomoção na qual se constitui a prisão em flagrante. Se esse "*logo depois*" ou "*logo após*" não se refere a um estado de *intensa proximidade temporal*, tal qual dá conta a expressão "*acaba de cometer o ilícito*", estar-se-á a ingressar na seara própria da reserva de jurisdição. Em realidade, tratando-se, a prisão em flagrante, de severa restrição à liberdade de locomoção, caracterizada por excepcionalidades que lhe extremam das demais prisões provisórias (não-sujeição à presença concreta dos requisitos cautelares e não-sujeição à reserva de jurisdição), deve-se adotar uma interpretação restritiva e unívoca desses momentos referidos. E veja-se: não se exige que a captura se dê com essa intensa proximidade temporal; exige-se que ecloda a atividade que visa a promover a captura com essa intensa proximidade temporal.

É verdade que a definição, no caso concreto, do marco T é especialmente problemática. Essa proximidade imediata com o fato ilícito não é caracterizada em um plano temporal absoluto (que pudesse se definir aprioristicamente em segundos, minutos, horas). Essa proximidade imediata é caracterizada, em verdade, pela sucessão de fatos que se derem após o fato ilícito: se determinado fato, posteriormente ao fato ilícito, for dele imediatamente conseqüente, mantendo com ele imediata vinculação, está-se diante de um fato que, no plano temporal, encontra-se no período compreendido até T, restando, portanto, autorizado o desencadeamento da resposta defensiva. Só que tão-somente isso não é suficiente: é preciso que a atividade segregatória se dê ciente do fato ilícito e de sua proximidade temporal. Se "A" observa "B" munido de instrumentos que o façam presumir ter praticado um ilícito penal, isso, contudo, *de per si*, não autoriza a segregação de "B": apenas se "A" conseguir conectar tais elementos de prova ao cometimento de um específico fato delitivo, do qual deve ter ciência aproximada de seu momento de ocorrência, é que poderá realizar a prisão. Do contrário, estar-se-á diante de uma prisão para averiguação, hipótese de restrição à liberdade que não encontra respaldo constitucional

ou legal: acha-se que alguém cometeu qualquer fato ilícito, e não um fato ilícito específico.

Como visto, a prisão em flagrante tem um momento que é limite (T) para o desencadeamento da atividade segregatória, que deve guardar intensa proximidade temporal com o fato tido como ilícito e que é *igual* para todas as hipóteses de flagrante contidas no artigo 302 do CPP, *não importando se há, ou não, testemunhas diretas do cometimento do fato*.

Se "A" vê "B" acabando de cometer um ilícito penal, ou se vê "B", imediatamente após o fato ilícito, com elementos de prova que o façam presumir ser o autor de um ilícito penal específico, prende-o, não importa como vai se dar a prova do fato ilícito, importando, somente, se a atividade segregatória desencadeou-se em momento próprio.

Desse exemplo, observa-se que, no que se refere ao disposto no inciso IV do artigo 302 do CPP (que disciplina que se considera em flagrante aquele "*é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que lhe façam presumir ser ele autor da infração*") e no que se refere ao disposto no inciso II do artigo 302 do CPP (que considera em flagrante quem "*acaba*" de cometer a infração penal), diferenciam-se, na essência, ambas normas não no que concerne ao momento em que se desencadeia a atividade segregatória ou ao momento em que se dá a captura, mas, sim, no que concerne à prova: no inciso II, está-se diante de hipótese em que há *prova pessoal direta*; no inciso IV, está-se diante de hipótese em que há *prova pessoal indireta*. Com efeito, pode-se ter a visualização por parte de terceiros (*rectius*: prova testemunhal) de ter o agente realizado atos de execução de um ilícito penal (prova pessoal direta), dando-se a prisão, contudo, em momento temporal imediatamente posterior à consumação do ilícito, hipótese em que se estaria diante da incidência do disposto no artigo 302, II, do CPP. Ou, ainda, haver *prova pessoal indireta* (ter sido o agente encontrado com instrumentos, armas, objetos ou papéis, tal como prevê o artigo 302, IV, do CPP) a partir da qual decorra *severa presunção* de ter o agente promovido a execução de um ilícito penal, também se realizando a *prisão* imediatamente após a consumação do ilícito. Em realidade, em ambas hipóteses, a deflagração dos atos tendentes à *prisão* somente pode se dar até o momento T. Não se pode extravasar T, diferenciando-se, tão-somente, no exemplo, a forma como será realizada a prova do ilícito: se mediante prova testemunhal direta (artigo 302, II, do CPP); se mediante prova testemunhal indireta da qual decorrerá uma presunção (artigo 302, IV, do CPP).

Voltando ao exemplo anterior ("A" vê "B" acabando de cometer um ilícito penal, ou vê "B", *imediatamente após o fato ilícito*, com elementos de prova que o façam *presumir* ser o autor de um ilícito penal específico), caso

ed, São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1995, p. 366; NORONHA, E. Magalhães, *Curso de direito processual penal*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1972, p. 160; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 22ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, 3 v., p. 439-440; GONÇALVES, Daniela, *Prisão em Flagrante*, p. 37-40; MIRABETE, *Processo Penal*, p. 442.

“B” fuja do local e “A”, imediatamente, comunique a polícia, que parte para a *captura* de “B”, terá eclodido a deflagração da atividade segregatória, em ambas hipóteses (*prova testemunhal direta e indireta*), em momento válido para fins de flagrante. Enquanto se der a perseguição policial, sem solução de continuidade, válida será eventual prisão que se dê. Se não se der a perseguição policial, ou se esta for interrompida por qualquer razão, “B” somente poderá ser preso por ordem emanada na reserva de jurisdição.

Disso tudo se vê a importância de se ter como critério classificador central para as hipóteses de flagrante o momento em que se dá o desencadeamento da atividade segregatória, e não o da captura. Tendo isso em conta, sugiro a seguinte classificação:

1) *prisão em flagrante em sentido estrito*, quando a atividade segregatória logra êxito no período que vai da execução até a consumação do ilícito penal (artigo 302, I, do CPP), na qual há prova pessoal direta, antes de T;

2) *prisão em flagrante em sentido lato*, que se subdivide em duas espécies:

2.1) *prisão em flagrante pós-fato sem perseguição*, quando a atividade segregatória desencadeia-se imediatamente após o fato ilícito, logrando êxito antes ou no momento T; tal hipótese, por seu turno, se subdivide em:

2.1.1) *prisão com base em prova testemunhal direta* (artigo 302, inciso II, do CPP);

2.1.2) *prisão com base em prova testemunhal indireta* (artigo 302, inciso IV, do CPP);

2.2) *prisão em flagrante pós-fato com perseguição*, quando a atividade segregatória iniciou-se antes ou em T, apenas logrando êxito após T devido ao fato de o agente não se ter submetido à atividade segregatória, empregando fuga. Nessa hipótese, é pressuposto de sua validade que a atividade segregatória não tenha, após T, sofrido nenhuma solução de continuidade, podendo-se dar com ou sem prova testemunhal direta (artigo 302, III, do CPP)¹⁸⁶.

¹⁸⁶ As hipóteses chamadas de prorrogação de flagrante, derivadas de ações controladas a serem realizadas pelo Estado, tal como previstas no artigo 2º, II, da Lei 9.034/94, e no artigo 53, II, da Lei 11.343/06, não tratam, propriamente, de possibilidades de prorrogação do momento dentro do qual se pode realizar a deflagração da atividade segregatória: concedem, em verdade, autorização para as autoridades policiais e seus agentes deixarem de realizar, imediatamente, o flagrante, perfazendo, assim, cláusulas de exceção à regra geral contida no artigo 301 do CPP. Nessas hipóteses, apenas será lícita a segregação se a atividade segregatória estatal desencadear-se antes ou no momento T. Se não se desencadear com a proximidade

Prisão em flagrante delito não se refere, nesse contexto, necessariamente, a uma verificação visual de terceiros da prática de um ilícito penal; objetivamente, tem-se, a prisão em flagrante, como uma resposta constitucional autorizada que se deve desencadear com intensa e imediata proximidade temporal com o suposto ilícito cometido. Como vai se dar a prova desse ilícito, seja mediante prova pessoal direta seja mediante prova pessoal indireta, ou como se vai dar a prova do momento em que se desencadeou a atividade segregatória em face do momento em que se deu o ilícito, são questões a serem enfrentada caso a caso.

5 A prisão em flagrante enquanto uma restrição que tende para o seu fim: as fases administrativa e judicial da prisão em flagrante

5.1. DA FASE ADMINISTRATIVA DA PRISÃO EM FLAGRANTE: DA PRISÃO-CAPTURA AO ENVIO DA PRISÃO-ADMINISTRATIVA À AUTORIDADE JUDICIAL

5.1.1. DA PRISÃO-CAPTURA EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante, enquanto restrição à liberdade de locomoção, opera-se com base em dois títulos distintos: 1) a prisão decorrente da própria restrição à liberdade de locomoção, que se dá pela captura (a prisão-captura); 2) e a prisão decorrente do juízo administrativo que conclui pela presença dos requisitos autorizadores da prisão em flagrante, que se dá após a lavratura do auto (a prisão-administrativa).

A prisão-captura constitui-se na concreta restrição, no plano fático, da liberdade de locomoção, sendo decorrente de uma atividade segregatória, desencadeada em determinados quadrantes temporais, que teve, como elemento motriz, a possível prática de um ilícito penal sujeito à imposição de uma prisão em flagrante. Trata-se de atuação que se dá no plano social, repercutindo em uma efetiva restrição à liberdade de locomoção de alguém, que fica à mercê de ordens de ir e de permanecer levadas a efeito por aquele que exerce poder de fato.

temporal exigida, eventual segregação que se faça necessária haverá de se submeter à eventual decretação no âmbito da reserva de jurisdição.

Além de constituir dever atribuído às autoridades policiais e a seus agentes, a realização da prisão-captura configura faculdade atribuída a todas as demais pessoas (qualquer do povo, nos termos do artigo 301 do CPP)¹⁸⁷. Essa ampla possibilidade subjetiva de realização da prisão-captura justifica-se em face da finalidade a que visa alcançar a prisão em flagrante: consubstanciar meio de proteção imediato e urgente de direitos e de bens categorizados como constitucionais cuja proteção, como ultima ratio, foi conferida a normas penais incriminadoras. Nesse contexto, a prisão em flagrante vem a corresponder a uma forma ímpar de proteção da Constituição, instituindo um mecanismo, um procedimento que visa a assegurar a proteção imediata de direitos fundamentais e de bens coletivos constitucionais; trata-se de proteção *sui generis* porque, além de ser medida cuja legitimação ativa para desencadeamento é ampla (tal como ocorre com o *habeas corpus*), constitui, em si mesma, uma restrição à liberdade de locomoção, à qual, para ser levada a efeito, deve atender, por sua vez, a diversas garantias que vêm a conceder complementação protetiva a esse direito fundamental. Assim, da autorização geral para realização da prisão-captura decorre um instrumento coletivo de defesa de direitos fundamentais e de bens jurídicos constitucionais, que, *de per se*, inibe comportamentos a eles atentatórios, estimulando e possibilitando uma eficaz defesa não-institucionalizada, porque de ampla legitimação ativa, da Constituição.

A faculdade atribuída a todos de promoverem a prisão-captura consubstancia uma delegação de poderes públicos, dando-se no espaço público, sujeitando-se aos deveres próprios do direito constitucional, do direito administrativo, sendo de restrita amplitude: feita a restrição à liberdade de locomoção, segue-se o dever de imediata apresentação do preso à autoridade com poderes para deliberar sobre o encarceramento em flagrante, quando, então, poderá institucionalizar-se a restrição.

¹⁸⁷ Nesse sentido, também o CPP Espanhol, em seu artigo 490, assevera que “cualquier persona puede detener... al delincuente in fraganti”, sendo que, em conformidade com o artigo 491, “el particular que detuviere a otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior”. Por sua vez, o dever de as autoridades policiais e de seus agentes promover a prisão em flagrante vem estampado no artigo 492. Na Alemanha, também “qualquer do povo” detém legitimidade para realizar a *prisão-captura*, tal como expresso no artigo 127, I, do CPP Alemão: “If a person is caught in the act or is being pursued, any person shall be authorized to arrest him provisionally, even without judicial order, if there is reason to suspect flight or if his identity cannot be immediately established”. (tradução livre: “Se alguém for flagrado no ato ou está sendo perseguido, qualquer pessoa será autorizada a prendê-la provisoriamente, até mesmo sem ordem judicial, se houver razão para suspeitar da fuga ou se a identidade dessa pessoa não puder ser imediatamente estabelecida”). Na Argentina, também é cabível seja a *prisão em flagrante* realizada por particulares, que devem “entregar inmediatamente el detenido a la autoridad judicial o policial” (artigo 287 do CPP Argentino).

Por conseguinte, assim como quando agem os órgãos que se encontram adstritos à realização de prisões-capturas (tais como alguns órgãos policiais), a atuação dos particulares, ao promoverem prisões-capturas, submetem-se a idênticos deveres, tais como o dever de respeito à garantia contra a auto-incriminação – artigo 5º LXIII, da CF), o dever de respeito à garantia da integridade física e moral do preso (artigo 5º, inciso XLIX, da CF)¹⁸⁸.

5.1.2. DA REALIZAÇÃO DA PRISÃO-CAPTURA À APRESENTAÇÃO DO PRESO À AUTORIDADE POLICIAL

Uma vez sob custódia determinada pessoa (porque presa em flagrante), o responsável por isso deverá, sem solução de continuidade, tomar todas as providências necessárias para encaminhá-la, imediatamente¹⁸⁹, à autoridade com atribuições para a lavratura do auto de prisão em flagrante.

Realizada a prisão-captura, agindo de forma delegada, vincula-se o responsável pela restrição ao devido encaminhamento do preso; incidindo o regime administrativo, se a prisão-captura, caso se verifique pelos atos que se seguiram, realizou-se ou passou a ser mantida com finalidade diversa da autorizada, deixando de se realizar a apresentação imediata do preso, dar-se-á, no caso concreto, verdadeiro desvio de finalidade¹⁹⁰, disso decorrendo a nulidade da segregação realizada, sem prejuízo de eventuais sanções a serem aplicadas ao responsável pela prisão-captura. Eventual demora na apresentação do preso deverá restar plenamente justificada. Com efeito, o responsável pela segregação não pode ficar com o preso a sua exclusiva mercê, pena de transfigurar a prisão-captura em ato ilícito passível, a depender do caso concreto, inclusive, de punição penal.

¹⁸⁸ Acerca da função que desempenham tais normas na *prisão em flagrante*, dediquei o Título 2 do Capítulo IV e o Título 1 do Capítulo V.

¹⁸⁹ Assim, não cabe ao responsável pela *prisão-captura*, ao tempo em que mantém a segregação, passar a promover atos investigatórios, sendo-lhe exigível, em verdade, que imediatamente proceda à apresentação do preso. Como já decidiu a Câmara dos Lordes na Inglaterra, em *John Lewis & Co. Ltd. v Tims*, em precedente citado por GARCIA MORILLO, “los particulares que arrestan deben estar persuadidos de la culpabilidad del acusado... No pueden reforzar su convicción o la fuerza de la acusación buscando pruebas adicionales y reteniendo, mientras tanto, al acusado, o llevándole a algún lugar donde pudieran encontrar mayores pruebas” (GARCIA MORILLO, Joaquín. *El derecho a la libertad personal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 139).

¹⁹⁰ Comentando o artigo 17.2 da Constituição Espanhola, que disciplina que “a detención preventiva no podrá durar mas del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”, DIEZ-PICAZO afirma que “el art. 17.2 CE impone condiciones sustantivas a la detención preventiva tanto respecto de su finalidad, como de su duración. En cuanto a su finalidad, la detención preventiva sólo es lícita como medio para hacer ‘averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos’... Queda excluida, en cambio, la utilización de la detención a cualesquiera otros fines, más o menos confesables (venganza policial, imposición de sanciones de facto, presiones sobre terceros, etc.)” (DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid: Civitas, 2003, p. 236).

Outrossim, não se tendo agido com o devido zelo com vistas a promover a imediata apresentação do preso (como, v.g., por decorrência de negligência), em face de o responsável pela prisão agir, em todos os casos, como delegado de atividade pública, estar-se-á, também, diante de nulidade da prisão-captura. A incúria refletida no retardo injustificado da apresentação do preso à autoridade induz na invalidade da prisão-captura: o sacrifício da liberdade de alguém não se coaduna com um agir negligente do responsável pela prisão-captura; a negligência, nesses casos, porque interrompe o agir vinculado do responsável pela prisão-captura, torna nula a segregação.

5.1.3. DA APRESENTAÇÃO DO PRESO À AUTORIDADE COM ATRIBUIÇÕES PARA A LAVRATURA DO AUTO

O primeiro fiscal da prisão é a própria autoridade policial. Eventuais ilicitudes que tenham se operado antes da apresentação do preso, é dever da autoridade reprimi-las, restabelecendo, se for o caso, em vista delas, a liberdade de locomoção.

Realizada a primeira fiscalização sobre a restrição havida com base na prisão-captura, caso seja tida como válida¹⁹¹, ao ver da autoridade, a segregação havida, cabe-lhe seguir um dos seguintes rumos:

- 1) caso se esteja diante de infração de menor potencial ofensivo¹⁹², após lavrado o

¹⁹¹ Disciplina o artigo 301 da Lei 9.503/97, o CTB, que: "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 àquele." Assim, caso se esteja diante de acidente de trânsito, tendo o imputado prestado pronto e integral socorro à vítima, não há possibilidade da imposição da *prisão-captura*, que, caso venha a ser realizada, deverá ser considerada inválida pela autoridade policial, a quem caberá restabelecer, imediatamente, a liberdade de locomoção. Trata-se, a benesse constante no artigo 301 da Lei 9.503/97, de norma que exclui a incidência da *prisão em flagrante* a partir do momento exato em que o imputado passa a prestar pronto e integral socorro à vítima, apresentando, pois, nítida natureza promocional, destinando-se a estimular comportamentos que implementem a máxima reparação possível ao direito fundamental à integridade física recém atingido pela conduta do imputado.

Ademais, não se imporá prisão em flagrante nos casos previstos no artigo 28 da Lei 11.343/06 ("Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo"), até porque não prevista nenhuma pena privativa de liberdade; com efeito, disciplina o artigo 48, parágrafo 2º, dessa Lei, que: "Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários".

¹⁹² De acordo com o disposto no artigo 61 da Lei 9.099/95, com a redação que lhe foi dada pelo artigo 2º da Lei 11.313/2006: "Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa". De todo modo, mesmo antes da vigência da Lei 11.313/2006, o parágrafo único do artigo 2º da Lei 10.259/01 (com a redação que então possuía), além dos Juizados Especiais Federais, também já vinha sendo aplicável aos Juizados Especiais Estaduais, tal como, reiteradamente, decidia o Superior Tribunal de Justiça (v.g., HC 32.263/RO, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJU de 11.04.2005, p. 389; REsp 657.330, 5ª

termo circunstanciado, o restabelecimento da liberdade de locomoção na hipótese de ser aplicado o procedimento previsto no artigo 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95;

- 2) caso não se esteja diante da hipótese supra, a manutenção provisória da prisão-captura, lavrando-se o auto de prisão em flagrante.

Embora autorizada abstratamente a prisão em flagrante nos crimes de menor potencial ofensivo (tal como previstos no artigo 61 da Lei 9.099/95, com redação que lhe foi dada pelo artigo 2º da Lei 11.313/2006), o legislador decidiu no sentido de que a prisão em flagrante deverá deixar de ser imposta se o "*autor do fato ... for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer*" (artigo 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95). Nesse caso, há prisão-captura, conduzindo-se o preso à presença da autoridade policial, que terá pela frente duas vias procedimentais após lavrado o termo circunstanciado: caso seja encaminhado o autor do fato ao juizado, ou for por ele assumido o compromisso de lá comparecer, não haverá a lavratura de auto de prisão em flagrante, não se constituindo, por conseguinte, a prisão-administrativa¹⁹³, restabelecendo-se de imediato a liberdade de locomoção; caso o autor do fato não seja encaminhado para o juizado e não se comprometa a lá comparecer, lavra-se o auto, constituindo-se, se for o caso, a prisão-administrativa. Caso a autoridade policial decida pela lavratura do auto, passa o preso a figurar, agora, na posição de investigado em face da persecução penal, e a autoridade policial passa a figurar, a partir de então, na de responsável pela restrição à liberdade de locomoção.

5.1.4. DA PRISÃO-ADMINISTRATIVA

Para dar início a lavratura do auto de prisão em flagrante, tem de estarem disponíveis à autoridade policial, da mesma forma que quando instaura um inquérito policial, elementos que indiquem a presumida prática, por parte do preso, de um ilícito penal; tal presumida prática decorre da procedência dos elementos que lhe forem comunicados (artigo 5º, parágrafo

Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 11.04.2005, p. 367). O referido parágrafo único assim definia as infrações de menor potencial ofensivo: "Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa".

¹⁹³ Tratarei do tema atinente à *prisão-administrativa* no Título que segue.

3º, do CPP)¹⁹⁴ ou da própria ciência que tenha de tal prática (artigo 6º do CPP)¹⁹⁵. Trata-se de um juízo administrativo preliminar que pode restar, ao final da colheita dos elementos de informação, afastado, situação em que, se não houver fundada suspeita da prática de um ilícito submetido à prisão em flagrante, como será exposto logo abaixo, deverá a autoridade policial deixar de transmutar a prisão-captura em prisão-administrativa, restabelecendo, imediatamente, a liberdade de locomoção do conduzido¹⁹⁶.

O auto de prisão em flagrante é uma das peças que podem ser constituintes de um inquérito policial (artigo 10 do CPP), dando-lhe força motriz ou, mesmo, dele vindo a fazer parte ao longo do seu desenvolvimento. Apresenta, por ser uma das peças do inquérito policial, a sua mesma natureza administrativa. O auto de prisão em flagrante compõe-se, essencialmente, de testemunhos e do interrogatório do preso (denominado conduzido), devendo seguir a sistemática estabelecida no artigo 304 do CPP. Aquele que fora o responsável pela prisão-captura deverá ser ouvido, por regra, na condição de condutor do preso. Além do testemunho do condutor, deverão ser ouvidas, se possível, testemunhas outras que possam esclarecer o fato tido como ilícito penal que teria sido praticado pelo preso e/ou as circunstâncias em que se dera a prisão-captura. Se não for possível a colheita de elementos de informação a partir de testemunhos outros que aquele do condutor, incide a regra estabelecida no parágrafo 2º do artigo 304 do CPP¹⁹⁷, devendo, então, assinar o *auto* pelo menos “duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade”.

O auto tem, contudo, a específica consequência de transmutar uma prisão-captura em prisão-administrativa, base imprescindível para o reconhecimento de uma prisão em flagrante. De meros testemunhos e do interrogatório de alguém não decorre o poder de determinar o recolhimento desse alguém à prisão. Há, com efeito, a prévia necessidade do estabelecimento de um específico encadeamento de atos de instrução

¹⁹⁴ Disciplina o parágrafo 3º do artigo 5º do CPP que: “Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.”

¹⁹⁵ O artigo 6º do CPP disciplina diversas diligências que devem ser tomadas pela autoridade policial quando “tiver conhecimento da prática da infração policial”.

¹⁹⁶ Resta vedada, pois, a realização de prisões para averiguação: uma prisão-captura apenas pode ser mantida, após a apresentação do preso, com vistas à imediata lavratura do auto de prisão em flagrante, uma vez existentes suficientes elementos de informação hábeis a justificá-la; se não os houver, caberá à autoridade policial, imediatamente, restabelecer a liberdade de locomoção do preso: a prisão para averiguação, que não se constitui hipótese de prisão em flagrante, não detém tipicidade nem constitucionalidade a lhe amparar, pelo que consubstancia grave constrangimento ilegal.

¹⁹⁷ Disciplina o parágrafo 2º do artigo 304 do CPP que: “A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelos menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade”.

concentrados e concertados para o atingimento de uma finalidade constitucional, todos conectados entre si pela constituição de um auto.

O auto de prisão em flagrante consubstancia um registro, uma retratação, mediante a colheita de elementos de informação, da possível prática de um ilícito penal em flagrante, que culmina na realização de um juízo administrativo, previsto na primeira parte do parágrafo 1º do artigo 304 do CPP¹⁹⁸, a partir do qual poderá determinar-se seja o conduzido recolhido à prisão. É do juízo administrativo realizado pela autoridade policial, ao final da colheita dos elementos de informação, presente a fundada suspeita contra o conduzido, tal como exigida pela primeira parte do parágrafo 1º do artigo 304 do CPP, que surge, tecnicamente, a prisão-administrativa, na qual se reconhece a licitude da prisão-captura operada, que resta consolidada. Se não houver, ao final da lavratura do auto, a fundada suspeita contra o conduzido, ou tiver a autoridade verificado a ocorrência de ilicitude hábil a nulificar a prisão-captura, cabe-lhe, prontamente, restabelecer a liberdade de locomoção¹⁹⁹.

5.1.5. DA NECESSIDADE DE CÉLERE CONSTITUIÇÃO DA PRISÃO-ADMINISTRATIVA

A formalização do auto de prisão em flagrante deve-se dar imediatamente após a apresentação do preso à autoridade com atribuições para a sua lavratura. Consoante exposto no *caput* do artigo 304 do CPP²⁰⁰, uma vez apresentado o preso à autoridade competente, segue-se a lavratura do auto, colhendo-se os testemunhos e o interrogatório do conduzido. Não há solução de continuidade entre a apresentação do preso e a lavratura do auto de prisão em flagrante.

Há imprescindibilidade de que a prisão-captura submeta-se, o quanto antes, ao juízo administrativo previsto na primeira parte do parágrafo 1º do artigo 304 do CPP, transmutando-se, se for o caso, para a prisão-administrativa, que deve, imediatamente, ser comunicada à autoridade

¹⁹⁸ Disciplina a primeira parte do parágrafo 1º do artigo 304 do CPP que: “Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão...”

¹⁹⁹ Mesmo nas hipóteses em que a autoridade policial concederia liberdade provisória (especialmente nos casos do artigo 321 do CPP), é pressuposto da concessão dela (da liberdade provisória) que se encontre fundada suspeita contra o conduzido; do contrário, deverá, como exposto, a autoridade policial, simplesmente, colocar, imediatamente, sem qualquer vinculação, o conduzido em liberdade. Tanto é pressuposto, mesmo nos casos do artigo 321 do CPP, que se dê, primeiro, a constituição da prisão-administrativa, que, se o preso, sem justificativas, não promovesse o pagamento da fiança, seria recolhido à prisão.

²⁰⁰ Disciplina o *caput* do artigo 304 do CPP, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.113/2005, que: “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”.

judiciária (artigo 5º, inciso LXII, da CF). A imediata lavratura do auto e a imediata constituição da prisão-administrativa constituem elementos de proteção da esfera jurídica do preso, uma vez que:

1) o preso é submetido, de imediato, ao procedimento previsto em lei, evitando-se, ou minorando-se, eventuais exposições a meios de pressão ou de coação ilícitos;

2) ao ingressar, de imediato, no procedimento previsto em lei, antecipa-se o juízo administrativo a que faz referência a primeira parte do parágrafo 1º do artigo 304 do CPP (do qual pode decorrer a soltura do preso), antecipando-se, ainda, por conseguinte, o envio, à autoridade judiciária competente, da prisão-administrativa realizada, que, de ofício, poderá relaxar a prisão, conceder/impor-lhe liberdade provisória, ou, ainda, restabelecer a liberdade de locomoção a seu estado de normalidade constitucional²⁰¹.

Em outras palavras, a imediata lavratura do auto, além de representar o imediato cumprimento dos comandos legais incidentes, tem a potencialidade de diminuir o tempo de segregação e de propiciar o imediato funcionamento dos mecanismos de controle incidentes sobre a prisão, otimizando, ao final, as garantias fundamentais do preso.

A prisão-captura, sobre a qual não incidiu o juízo administrativo, é essencialmente precária, carecendo de imediata formalização, que apenas encontra com a lavratura do auto. Sem a imediata lavratura do auto de prisão em flagrante, a prisão-captura fica disforme, sem sentido, incontrolável.

Toda a prisão deve ser imediatamente formalizada. Se a Administração não consegue, ou não quer, realizar os atos legais que são de sua incumbência adequada e imediatamente, não há como se projetarem as consequências indevidas desse comportamento de forma a gerar uma indevida restrição à liberdade de locomoção de alguém.

Assim, se a prisão-captura passou a ser mantida com finalidade diversa da autorizada²⁰², deixando-se de se lavrar o devido auto de prisão

em flagrante, estar-se-á diante de desvio de finalidade, passando a ser nula a segregação realizada, sem prejuízo de eventuais sanções a serem aplicadas aos então responsáveis pela manutenção indevida da prisão-captura.

Da mesma forma, a incúria, refletida no retardo injustificado da lavratura do auto, conduz à invalidade da prisão-captura; o sacrifício da liberdade de alguém não se coaduna com um agir negligente do Estado: a formalização da prisão-captura por intermédio do competente auto constitui-se na prestação de um serviço público cuja urgência é sua marca característica; não há possibilidade de, uma vez restringida a liberdade de alguém, deixar-se de, imediatamente, seguir-se o curso legal previsto no artigo 304 do CPP. É injustificável a manutenção da prisão de alguém, sem as formalizações exigidas, em virtude do funcionamento inadequado do serviço público. Uma prisão que se mantém por exclusiva inação estatal é uma prisão ilegal.

Nesse contexto, eventuais diligências que se fizerem, ao juízo da autoridade policial, necessárias, não podem sobrestar a lavratura do auto. Não pode a autoridade policial manter a prisão-captura sem a sua necessária formalização, sem o atendimento do procedimento previsto em lei, retardando, assim, o estabelecimento dos mecanismos de controle sobre a prisão. Se houver necessidade de eventual manutenção da segregação para além da prisão-administrativa, deverá a autoridade policial deduzir pedido de prisão cautelar em face da autoridade judicial, apontando os fundamentos de seu requerimento, e não utilizar a prisão-captura para esse desiderato²⁰³.

atuação é aquele em que se examina, com minúcias, se questões referentes a características pessoais não importantes para o âmbito público são, ou não, tidas como relevantes para o agir, atual ou futuro, do agente público. E, para tanto, o princípio da impessoalidade obra, para alcançar tal desiderato, tanto pelo prisma da norma que vincula o agente público (da qual se exige que respeite e que imponha o dever de idêntica consideração) quanto pelo prisma do agente público que interpreta a norma e que age, ou que agir, em face de uma determinada relação intersubjetiva. No âmbito público, em que impera a igualdade, esta é a regra, havendo-se de se desconsiderar, nas pessoas, *prima facie*, as diferenciações típicas da esfera privada e da esfera social; por isso, a impessoalidade que marca a esfera pública reflete uma compreensão que respeita e que exige, por parte da Administração, um dever de idêntica consideração. Porque visa a evitar que, na esfera pública, desrespeite-se o princípio de igualdade, o princípio da impessoalidade tem como norte impedir que aspectos diferenciados e variados, não englobados e não justificados no e para o âmbito público, ingressem neste; para tanto atingir, impõe, aos agentes públicos, como deveres instrumentais, dentre outros, a imparcialidade e a objetividade, meios firmes a partir dos quais se pode obstar que considerações ou que critérios injustificados venham a gerar ofensas à norma basilar da igualdade.

²⁰³ No direito espanhol, diferentemente do brasileiro, a Constituição, em seu artigo 17, 2, autoriza que alguém seja preso, sem ordem judicial (não necessariamente por decorrência de prisão em flagrante), pelo tempo necessário para "la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial". Acerca disso, MORENO CATENA e CORTÉS DOMÍNGUEZ expõem que "... cuando se trata de una imputación policial, o en los casos de detención en flagrante delito o en intento de cometerlo, la Policía Judicial tiene atribuidas funciones de investigación preliminar, en un plazo muy breve, que deben cumplir. En efecto, el art. 17.2 CE establece como fines de la detención la 'realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos', de modo que antes de poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la Policía habrá de realizar las diligencias que sean posibles en ese corto espacio de tiempo, para proporcionar a la autoridad judicial el mayor número de elementos posibles en orden a la

²⁰¹ Com mais detalhes, voltarei ao tema no Título 5.2.1 e ss.

²⁰² Não há espaço para qualquer agir parcial e pessoal da autoridade policial em face do preso. O princípio constitucional da impessoalidade (artigo 37, *caput*, da CF), por sua vez, constitui-se em uma das diversas concretizações por que passa o princípio constitucional da igualdade (artigo 5º, *caput*, da CF). Apresenta, como terreno próprio de incidência, a esfera pública, balizando a atuação do Estado. Mais especificamente, lida com a relação que se estabelece a partir da concreta conduta que deva ser levada a efeito por agentes públicos, que, em face de uma relação de imputação, agem apresentando o Estado no desenvolvimento das atividades deste. Tem, como âmbito de regulação, pois, os contatos que se estabelecessem entre pessoas na esfera pública, ocupando-se com os deveres de imparcialidade e de isenção que adstringem os agentes públicos a abstrair considerações de índole pessoal (atinentes aos sujeitos componentes da relação de direito administrativo) que não sejam relevantes para e na esfera pública. Com efeito, seu campo próprio de

5.1.6. DO ENVIO DA PRISÃO-ADMINISTRATIVA À APRECIÇÃO JUDICIAL

Uma vez lavrado o auto, apenas manter-se-á a segregação, como visto, se houver fundada suspeita contra o conduzido, transmudando-se a prisão-captura em prisão-administrativa, o que se dá por força de juízo a ser realizado pela autoridade policial (artigo 304, parágrafo 1º, do CPP).

Ao invés da soltura do preso, justamente porque presente a fundada suspeita, pressuposta a licitude da segregação, surge a prisão-administrativa, quando, como regra, consoante é expresso o parágrafo 1º do artigo 304 do CPP, “a autoridade mandará recolhê-lo [o preso] à prisão”²⁰⁴. Tecnicamente, aperfeiçoa-se a prisão em flagrante somente na gênese da prisão-administrativa, cujo pressuposto é o juízo administrativo definitivo referido. A prisão-administrativa é o ápice da prisão em flagrante, quando então se bem observam todas as excepcionalidades de que se reveste.

Perfectibilizada a prisão-administrativa, decorre, agora, o dever de envio da prisão-administrativa à autoridade judicial, encerrando-se o poder decisório da autoridade policial sobre a segregação em flagrante havida, incidindo, então, o disposto no artigo 5º, inciso LXII, primeira parte, da CF (nos termos em que regulado pela primeira parte do parágrafo primeiro do artigo 306 do CPP)²⁰⁵:

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente ...

A partir desse momento, começa a *distensão* sobre o princípio constitucional da liberdade de locomoção, uma vez que a prisão-administrativa realizada deverá ser enviada para o juiz competente para as apreciações a que fazem referência os incisos LXV e LXVI do artigo 5º da CF:

LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Para o juiz, o sistema normativo da prisão em flagrante apenas é observado em uma visão *retrospectiva*: verifica se, na realização da restrição à

liberdade de locomoção, atenderam-se às normas constitucionais e legais autorizadoras da restrição. Por via do *envio*, assim, possibilita-se, primeiro, a apreciação do juiz sobre a constitucionalidade/legalidade da prisão-captura e da correlata prisão-administrativa, cabendo-lhe homologá-la, ou relaxá-la (inciso LXV do artigo 5º da CF).

Mas não só isso.

É característica da restrição à liberdade de locomoção com base na prisão em flagrante sua curtíssima duração. Em face do disposto no inciso LXVI do artigo 5º da CF, é vedada a manutenção de alguém preso quando for devida a liberdade provisória, o que somente não ocorrerá se for caso de prisão cautelar. Por conseguinte, a restrição com base na prisão em flagrante apresenta estreito momento de incidência, começando o seu encerramento necessário quando o juiz, vencido o teste do inciso LXV do artigo 5º da CF, passa a fazer a análise constante no inciso LXVI do artigo 5º da CF.

É fundamental que se tenham em consideração as *excepcionalidades* de que se reveste a prisão em flagrante, quais sejam: 1) apresenta cunho essencialmente defensivo de direitos fundamentais e bens coletivos constitucionais, 2) dando-se em estritas coordenadas de tempo, 3) não se encontrando adstrita à presença concreta de requisitos cautelares, 4) nem se encontrando, igualmente, no âmbito da reserva de jurisdição.

Dessas *excepcionalidades* decorre a *fragilidade* de sua base de sustentação; sua manutenção se encerra, precisamente, quando da ultrapassagem da fase *homologatória*, passando-se, então, a apreciar a restrição à luz do inciso LXVI do artigo 5º da CF. A liberdade de locomoção, quando dessa ultrapassagem, retorna ao seu sistema ordinário de restrições: ao contrário da restrição à liberdade de locomoção operada pela *prisão em flagrante*, que se dá de forma *automática e excepcional* uma vez presentes seus pressupostos normativos, o conhecimento judicial que segue à homologação, tendo como referência o inciso LXVI do artigo 5º da CF, inverte tal *excepcionalidade*, tendo, como *excepcional*, agora, a *manutenção* da segregação²⁰⁶.

Assim, feita a apreciação *retrospectiva*, se não for caso de *relaxamento da prisão*, passa-se a uma análise *perspectiva* da restrição à liberdade de locomoção: analisa-se, no caso concreto, se o sistema normativo das prisões cautelares autoriza seja *mantida* a restrição, o que se dará, somente, se forem verificadas a presença dos requisitos autorizadores das prisões cautelares e a ausência dos requisitos suficientes à concessão da liberdade.

averiguación del delito y al descubrimiento del responsable” (MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, Valencia: Tirant lo Branch, 2004, p. 274).

²⁰⁴ Excepcionalmente, nos casos de o conduzido livrar-se solto e de prestação de fiança à própria autoridade policial, não se dá o envio da prisão-administrativa para a apreciação judicial; nessas hipóteses, portanto, dá-se o imediato encerramento da prisão-administrativa diante da possível liberdade provisória concedida, sendo aplicável o disposto nos artigos 321 e 322 do CPP.

²⁰⁵ Acerca desse tema, tratando das relações mantidas entre o artigo 5º, LXII, primeira parte, da CF, e o *caput* e a primeira parte do parágrafo 1º do artigo 306 do CPP, com a redação que lhes deu a Lei 11.449/2007, ocupar-me-ei com mais aprofundamento no Título III do Capítulo IV.

²⁰⁶ Assim, caso a autoridade policial entenda que deva ser mantida a restrição à liberdade de locomoção, deverá, ao comunicar a *prisão em flagrante* à autoridade judicial, formular pedido de prisão cautelar, expondo os específicos fatos que demonstrem a imprescindibilidade da tomada da medida.

No envio da prisão-administrativa à cognição judicial dá-se a passagem da *fase administrativa* à *fase judicial* da prisão em flagrante, deixando-se para trás um sistema normativo autorizador da restrição à liberdade de locomoção para se ingressar em outro sistema normativo, que, ao contrário daquele da prisão em flagrante, tem a restrição à liberdade de locomoção como algo excepcional, que jamais pode ter cunho antecipatório (apenas cautelar) e que somente pode ser levada a cabo mediante ordem emanada de autoridade judiciária competente.

5.2. DA FASE JUDICIAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE: DA HOMOLOGAÇÃO AO ENCERRAMENTO DA PRISÃO-ADMINISTRATIVA

5.2.1. DA VERIFICAÇÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE/LEGALIDADE DA PRISÃO-CAPTURA E DA PRISÃO-ADMINISTRATIVA: DA HOMOLOGAÇÃO

Como visto, recebida a prisão em flagrante, passa o juiz a realizar, primeiramente, uma verificação sobre a constitucionalidade/legalidade da prisão-administrativa ocorrida, juízo que leva a efeito em atendimento ao enunciado normativo contido no inciso LXV do artigo 5º da CF (*a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*). Trata-se de uma análise *retrospectiva* da *licitude* da *prisão em flagrante* ocorrida. Se reconhecer nela o atendimento das normas incidentes, *homologará* a prisão-administrativa; se não, *a relaxará*²⁰⁷.

A litude de uma prisão-administrativa está a depender, em linha direta, da litude tanto da prisão-captura quanto da de uma série de atos vinculados que passam a ser exigidos a partir de dados momentos. O juízo de verificação da constitucionalidade/legalidade da restrição à liberdade de locomoção consubstanciada na prisão em flagrante, tal como exigido pelo inciso XLV do artigo 5º da CF, dá-se, pois, tendo diversas normas que lhe servem de parâmetro, dentre as quais se encontram tanto normas constitucionais quanto normas infraconstitucionais. Com efeito, ao lado do princípio constitucional da liberdade de locomoção, que, à evidência, sempre estará restringido, outras normas constitucionais, regras e princípios, também incidirão nas hipóteses de prisão em flagrante, moldando, com mais

especificidades, os contornos da litude da restrição à liberdade de locomoção nesses casos²⁰⁸.

O juízo dentro do qual se insere, como possível resultado, a homologação, perfaz etapa constituinte do procedimento compressivo da prisão em flagrante, sendo obrigatória a homologação judicial como condição de sua validade. Tal juízo deve-se dar imediatamente após o recebimento daquela, sem solução de continuidade. Se é dever da autoridade policial o imediato envio da prisão à cognição judicial, tal se dá em função de que é imediata a necessidade de manifestação judicial acerca da restrição operada.

Caso não se reconheça válida a prisão em flagrante levada a efeito, do relaxamento dela decorrerá uma anormal forma de encerramento da segregação em flagrante. Na hipótese, tendo em vista que constitui pressuposto, para a imposição da liberdade provisória, a litude da segregação em flagrante havida²⁰⁹, não mais possível será a aplicação daquela medida, reduzindo-se, por decorrência da ilicitude reconhecida, sobremaneira a possibilidade de restrição ao princípio da liberdade de locomoção, que apenas poderá fundar-se em alguma das espécies de prisão cautelar, uma vez demonstradas as imprescindibilidades fática e jurídica da segregação.

Já o juízo positivo a que faz referência o inciso LXV do artigo 5º da CF (vale dizer, no sentido de que a prisão operada deu-se de forma constitucional/legal) é premissa necessária para que se passe ao regular encerramento da prisão em flagrante.

Toda prisão em flagrante corre em direção à reserva de jurisdição. Reconhecida a constitucionalidade/legalidade, deixam-se para trás todas as excepcionalidades que marcam a prisão em flagrante, passando-se à nova etapa, na qual se deve apreciar se se faz necessária a *manutenção da segregação*, o que somente ocorrerá se, além de se encontrarem presentes os requisitos necessários à decretação das *prisões cautelares*, se encontrarem ausentes os requisitos suficientes à concessão da liberdade provisória. Se se encontrarem presentes os requisitos para a concessão da *liberdade provisória*, deverá esta medida ser imposta. Se não se encontrarem presentes os requisitos necessários à decretação de uma *prisão cautelar*, nem houver adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito na

²⁰⁷ Comentando acerca do disposto no artigo 153, parágrafo 12, da Constituição de 69, PONTES DE MIRANDA asseverava que: "A Constituição disse, clarissimamente, que a prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal. O juiz pode reputar que a comunicação está perfeitamente instruída, ou que não o está. No primeiro caso, decidirá se legal, ou se ilegal, a prisão, ou detenção. No segundo, terá de, sendo-lhe, ou não, pedida, ou a outrem, a quem caiba competência, ordem de habeas corpus, relaxá-la, porque a comunicação omissão, defeituosa, não instruída, ou deficientemente instruída, é infração do texto constitucional" (*Comentários*..., p. 225).

²⁰⁸ Nos Capítulos III, IV e V, serão apreciados diversos regras e princípios que realizam a função de complementação protetiva do princípio da liberdade de locomoção na prisão em flagrante.

²⁰⁹ Caso não seja lícita a *prisão em flagrante*, esta deve ser, simplesmente, relaxada.

imposição de *liberdade provisória*, deve-se restabelecer a liberdade de locomoção a seu estado constitucional de normalidade²¹⁰.

A imediata apreciação da constitucionalidade e da legalidade, portanto, se se dá, por um lado, de forma *retrospectiva*, de outro, porque justamente tem em mira as excepcionalidades de que se reveste a prisão em flagrante, prepara o terreno para a análise acerca do tema atinente à manutenção da segregação, quando, então, atender-se-á ao disposto no inciso LXVI do artigo 5º da CF. Em outras palavras, tem-se urgência não só na verificação da constitucionalidade/legalidade da prisão em flagrante operada, mas também na ultrapassagem do sistema normativo excepcional da prisão em flagrante rumo ao sistema normativo de normalidade das restrições à liberdade de locomoção, às quais apenas poderão ser realizadas a título de *prisão cautelar* e de *liberdade provisória*. Ruma-se, com urgência, da *exceção* ao estado de normalidade; ruma-se da prisão em flagrante, que se funda em um sistema excepcional, para o sistema normativo ordinário das restrições à liberdade de locomoção.

5.2.2. FATOS E PRISÃO-ADMINISTRATIVA: DO ÂMBITO COGNITIVO JUDICIAL

A prisão em flagrante constitui-se em uma restrição à liberdade de locomoção que se refere a determinados fatos que estão sendo ou que serão objeto de investigação.

O que se envia a conhecimento judicial é, tão-somente, a matéria concernente à restrição à liberdade de locomoção, com relação à qual haverá necessária deliberação judicial. Ou seja, imediatamente o juiz conhece da restrição à liberdade de locomoção; mediatamente, no que for imprescindível, dos fatos que lhe ampararam para o exclusivo fim de dar suporte à apreciação que realizará sobre a constitucionalidade/legalidade da prisão e, em um segundo momento, sobre a manutenção, ou não, da prisão.

O juiz não exara manifestação definitiva sobre se determinados fatos podem ser tidos como ilícitos criminais (sobre eles haverá de deliberar em momento diverso, quando, por exemplo, da rejeição da denúncia e da prolação de sentença absolutória ou condenatória); exara manifestação, tão-somente, sobre a restrição à liberdade de locomoção baseada em uma prisão em flagrante, mais especificamente, sobre a prisão-administrativa.

Disso decorre que não há nenhuma necessária relação de identidade entre a homologação, ou não, de uma prisão em flagrante e o

reconhecimento, ou não, da definitiva incidência de uma norma penal incriminadora. Em que pese seja pressuposto para a homologação a suposta incidência de uma norma incriminadora, da homologação não provém nenhum juízo definitivo sobre tal matéria. Da mesma forma, a não-homologação (o relaxamento da prisão) não impede o prosseguimento da investigação, a não ser na hipótese em que, além de reconhecer a inconstitucionalidade/ilegalidade da prisão, o juiz determinar o trancamento do inquérito policial, para o que expedindo uma ordem de habeas corpus de ofício.

Assim, homologa-se, tão-somente, a prisão-administrativa, que perfaz o reconhecimento administrativo da licitude de uma restrição à liberdade de locomoção fundada em uma prisão em flagrante, e não os fatos sobre que se assenta (com relação aos quais, em momento oportuno, haverá deliberação judicial). Da mesma forma, não se homologa a colheita dos elementos de informação retratados no auto de prisão em flagrante para quaisquer fins probatórios: em face do sistema acusatório, por direta derivação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da CF), tecnicamente, para fundar um juízo condenatório, todos os elementos de informação colhidos deverão passar pelo crivo do devido processo, refazendo-se, então, toda a colheita da prova testemunhal em juízo. Em realidade, os testemunhos e os interrogatórios constantes em um auto de prisão em flagrante têm a mesmíssima natureza de todo e qualquer testemunho e interrogatório colhido em qualquer inquérito policial, sendo irrelevante, para qualificá-los, como meio “especial” de prova, eventual restrição à liberdade de locomoção a que esteja sendo submetido o investigado.

Em suma, restringe-se o envio e conseqüente deliberação judicial à matéria concernente à prisão. Eventual homologação da prisão em flagrante é resultado de um juízo que se limita, em estreita via de apreciação, à própria restrição operada, jamais trazendo como conseqüência o reconhecimento de uma prática delitiva²¹¹.

²¹¹ Diga-se, também, que não se tem como afirmar, *a priori*, que do relaxamento da *prisão em flagrante* decorrerá qualquer invalidade dos elementos de informação coligidos no auto de prisão em flagrante. Se não houver nenhuma ilicitude incidente sobre os meios de colheita dos elementos de informação, não haverá de aí emanar qualquer juízo de desvalia sobre eles. Por exemplo, se o relaxamento operou-se em função do descumprimento de norma que nada tenha a ver com a forma como se dá a colheita dos elementos de informação, tal como ocorre nas hipóteses em que há violação à regra constitucional que determina imediata comunicação da *prisão à autoridade judiciária competente*, não haverá de aí decorrer *prima facie* eventual consideração de ilicitude sobre a prova coligida. O conhecimento judicial cinge-se à restrição à liberdade de locomoção, sendo absolutamente acidental qualquer manifestação judicial acerca da validade dos elementos de informação colhidos no auto de prisão em flagrante: assim como não fica o juiz a apreciar, quando em tramitação, a validade dos elementos de informação colhidos em qualquer inquérito, não fica o juiz, também, a examinar isso em um auto de prisão em flagrante, cujos depoimentos nele constantes detêm a mesmíssima natureza de qualquer depoimento colhido em qualquer outra fase de um inquérito policial. Em sentido contrário, ver BRANCO, *Da prisão em flagrante...*, p. 194-195.

²¹⁰ Nos títulos 5.2.3 e 5.2.4 que seguem, com mais detalhes será abordado o tema.

5.2.3. DO ENCERRAMENTO DA PRISÃO-ADMINISTRATIVA: DA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL ACERCA DA MANUTENÇÃO DA RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

Caso tenha sido considerada lícita a prisão-administrativa realizada, uma vez homologada a prisão em flagrante, chega-se à fase em que se dará, necessariamente, o encerramento do prisão em flagrante, voltando-se ao estado de normalidade das restrições à liberdade de locomoção, incidindo, então, o disposto no inciso LXVI do artigo 5º da CF, sobre o qual o juiz deverá manifestar-se de ofício:

LXVI – ninguém será levado à prisão ou **nela mantido**, quando a lei admitir a liberdade provisória²¹², com ou sem fiança ²¹³ (destaque!).

²¹² Trata-se, o inciso LXVI do artigo 5º da CF, de uma regra que guarda intrínseca relação com o princípio constitucional da liberdade de locomoção (inciso XV do artigo 5º da CF), delineando seus contornos jurídicos; dela surgem as seguintes posições jurídicas definitivas, chamadas, abaixo, como “1” e “2”. A posição “1” pode ser assim enunciada:

“A” tem frente ao Estado o direito a não ser levado à prisão quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

A posição “1” tem como objeto uma ação negativa do Estado, tratando-se de um direito de defesa que visa a impedir que o Estado restrinja, mediante a imposição de prisão, a liberdade de locomoção. A posição “1”, com efeito, impede que o Estado decrete prisões, na forma da reserva de jurisdição contida no inciso LXI do artigo 5º da CF, quando se encontrarem presentes os requisitos autorizadores da concessão da liberdade provisória.

A posição “2”, por sua vez, pode ser assim enunciada:

“A” tem frente ao Estado o direito a não ser mantido na prisão quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

A posição “2” tem como objeto, primeiramente, uma ação negativa do Estado, tratando-se de um direito de defesa que visa a impedir que o Estado mantenha a segregação, determinando, como contra-face, a realização de uma ação normativa (a concessão da liberdade provisória) sempre que tanto for constitucional ou legalmente exigível.

Portanto, cabe ao juiz, de ofício, manifestar-se sobre a manutenção da segregação provisória ou sobre a concessão da liberdade; do contrário, a prisão tornar-se-á, em face da omissão na apreciação da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da restrição, além de ofensiva ao princípio constitucional da liberdade de locomoção e à posição “2” supra (inciso LXVI do artigo 5º da CF), ofensiva ao inciso LXI do artigo 5º da CF, uma vez que faltará, no ponto, decisão judicial fundamentada por escrito que determine que o preso seja assim mantido.

²¹³ Aliás, o instituto da fiança, em nível infraconstitucional, impescinde de imediata reforma, uma vez que, atualmente, nos termos em que regulado no CPP, encontra-se restringindo indevidamente o princípio constitucional da liberdade de locomoção. Vejamos.

Consoante se observa do disposto no artigo 323, inciso I, do CPP, será concedida fiança, apenas, nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a 02 (dois) anos, desde que, conforme disposto no artigo 324, IV, do CPP ausentes motivos autorizadores da decretação da prisão preventiva. Caso o crime punido com reclusão tenha a pena mínima cominada superior a 02 (dois) anos, não será concedida fiança, aplicando-se, então, o disposto no artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo, vale dizer, será concedida a liberdade provisória, desde que ausentes motivos autorizadores da decretação da prisão preventiva, mediante simples compromisso de comparecimento do indiciado a todos os atos do processo.

Nesse contexto, o instituto da fiança, da forma como se encontra regulado pelo CPP, não se encontra recepcionado pela Constituição, uma vez que acaba por gerar restrição desproporcional à liberdade de locomoção. Veja-se um exemplo aclarador da situação jurídica objeto de apreciação: “A” comete um crime de homicídio simples (cujo apenamento varia de 06 anos a 20 anos), sendo, por isso, preso em flagrante; no sistema do CPP, a concessão da liberdade provisória, para “A”, em face da pena mínima cominada, não se sujeitaria à prestação de fiança; “B” comete um crime de descaminho (cujo apenamento varia de 01 ano a 04 anos), sendo, por isso, preso em flagrante; no sistema do CPP, a concessão da liberdade provisória, para “B”,

Nessa fase, residirá o juízo acerca da possibilidade da concessão/imposição da liberdade provisória ao preso, deixando-se para trás as excepcionalidades que cercam a prisão em flagrante, que finda: a manutenção da prisão, agora, estará a depender do atendimento de sistema normativo distinto, que tem a restrição à liberdade de locomoção, agora, como algo excepcional.

Trata-se, com efeito, de fase que consubstancia um *divisor de águas* para a liberdade de locomoção. Antes dessa fase, a restrição é realizada e mantida sobre as bases excepcionais da prisão em flagrante; após essa fase, a restrição máxima somente poderá ser mantida sobre as bases das prisões cautelares.

Prisão cautelar e liberdade. Dois estados que são antagônicos, estando um a demarcar o campo de incidência do outro: a liberdade é a regra; a prisão, a exceção. Demarca-se o campo da prisão cautelar; fora de aí, todo o resto é liberdade de locomoção. Com destaque distinto, pois, *ninguém será mantido na prisão, a não ser nos casos de prisão cautelar*, que se encontra submetida a três condições básicas cumulativas:

1. encontrar-se diante de um caso em que a *prisão cautelar* seja autorizada;
2. não se encontrar diante de um caso em que seja devida a *liberdade provisória*;
3. o atendimento ao preceito da proporcionalidade.

A prisão consubstancia estado máximo de restrição da liberdade de locomoção. Na descompressão máxima da restrição, situa-se a liberdade em seu estado de normalidade constitucional. Entre a liberdade em seu estado de normalidade constitucional e a prisão, contudo, situa-se a liberdade provisória.

Com efeito, a prisão constitui a última e extrema medida a ser adotada; como estágio intermediário de restrição à liberdade de locomoção,

em face da pena mínima cominada, sujeitar-se-ia à prestação de fiança. Assim, para “A”, a concessão da liberdade provisória geraria muito menos restrições ao princípio constitucional da liberdade de locomoção: teria, “A”, apenas, de comparecer, para que não fosse revogada a benesse, perante o Juízo sempre que para tanto intimado; para “B”, a concessão da liberdade provisória geraria muito mais restrições ao princípio constitucional da liberdade: além de ter de comparecer perante o Juízo, também teria de comparecer perante a autoridade policial sempre que intimado; teria, “B”, de promover, ainda, a prestação de fiança (sujeitando-se, ainda, à possível perda do valor) antes de ser solto. Nesse contexto, observa-se que o princípio constitucional da liberdade de “B” sofre maiores restrições, mesmo tendo cometido crime bem menos grave do que “A”. Esta situação bem demonstra a desproporcionalidade da restrição à liberdade de locomoção de “B”. Tal tratamento desproporcional não se justifica sob nenhuma ótica. Não há nenhuma razão para restringir-se a liberdade de locomoção com mais exigências para aqueles que cometeram crimes menos graves do que para aqueles que cometeram crimes mais graves. Justificativa haveria se o tratamento fosse outro: mais restrições para aqueles que cometeram crimes mais graves.

encontra-se a liberdade provisória, que deve ser adotada de forma a harmonizar a liberdade de locomoção e a proteção da persecução penal²¹⁴ e da ordem pública²¹⁵ enquanto bens coletivos constitucionais. Todavia, se não houver adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito na proteção da persecução penal e da ordem pública, a recomposição da liberdade de locomoção a seu estado de normalidade é medida que se impõe. Consoante expõem MORENO CATENA e CORTÉS DOMÍNGUEZ:

... la libertad provisional supone una intromisión en la esfera de la libertad del individuo mucho menos radical que la prisión, que le priva enteramente de ella, y se adopta para asegurar la comparecencia del imputado en el procedimiento, el normal desarrollo de la investigación y el cumplimiento de la pena que eventualmente se imponga²¹⁶.

A liberdade provisória consiste em uma série de sujeições a que resta submetida a pessoa que dela se beneficia, cujo descumprimento pode acarretar nova prisão. A liberdade de locomoção, na liberdade provisória, encontra-se *pressionada* pelo atendimento a determinados deveres, *potencialmente* sujeita a restrições específicas que não se encontram presentes em seu estado de normalidade. Nas palavras de MORENO CATENA e CORTÉS DOMÍNGUEZ:

El imputado, con la resolución de libertad provisional, encuentra limitado su derecho a la libertad y queda sometido al proceso penal. Sin embargo, tanto las diferentes formas como la intensidad que puede adoptar esta restricción son muy diferentes, de donde cabe decir que se trata de una medida cautelar proteica, o de diferentes medidas, de entre las que el juez deberá elegir la más adecuada a las circunstancias concretas del caso, y conjugar el principio de proporcionalidad...²¹⁷

Nesse contexto, a liberdade provisória constitui-se, também, ao lado da prisão cautelar, uma das formas de restrição, mesmo que potencial, à liberdade de locomoção, apresentando, também, nítida feição cautelar²¹⁸.

²¹⁴ Ver nota 149.

²¹⁵ Ver nota 161.

²¹⁶ *Derecho Procesal Penal*, p. 299.

²¹⁷ *Derecho Procesal Penal*, p. 298.

²¹⁸ Nas palavras de SANGUINÉ: "La libertad provisional consiste en una limitación de la libertad ambulatoria del imputado, sin que ello comporte una privación, y se adopta por el juez encargado de la investigación, mediante la imposición al mismo de obligaciones específicas, entre las que destacan esencialmente su obligación de comparecer ante la autoridad judicial determinados días del mes... y la de prestar la fianza carcelaria aseguradora del cumplimiento de sus obligaciones. Por tanto, no se trata de un beneficio o derecho del imputado, sino que tiene la naturaleza jurídica de medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, y debe ser la regla general para garantizar la disponibilidad del imputado en relación con un proceso penal y su normal desarrollo así como la ejecución de la posible sentencia que, en su día, se dicte, encontrando acomodo en el principio de la proporcionalidad como criterio rector para que el juez resuelva acerca de su aplicación. Dicha medida constituye la alternativa de la prisión provisional a lo largo de todo el proceso para evitar la ausencia del imputado, de tal modo que en su regulación sigue las notas características: instrumentalidad, provisionalidad y variabilidad y jurisdiccionalidad de la prisión provisional.

A liberdade provisória perfaz uma medida menos incisiva de restrição sobre a liberdade de locomoção, visando à não-imposição da prisão cautelar²¹⁹, graduando a restrição às especificidades do caso concreto²²⁰. É,

Por tanto, esta medida alternativa viene determinada por la falta de los presupuestos necesarios para la prisión provisional...". (*Derechos fundamentales y...*, p. 660). Segue o autor afirmando que "desde un punto de vista funcional, la prisión y libertad provisionales tienen idéntico fin cautelar" (*Derechos fundamentales y...*, p. 661), expondo que "el periculum in mora es de menor intensidad que el de la prisión provisional y habrá de ser examinado por el juez a fin de considerar si está asegurada y en qué grado la comparecencia del imputado en el procedimiento, el normal desarrollo de la investigación, y el cumplimiento de la pena que eventualmente se imponga" (*Derechos fundamentales...*, p. 662).

²¹⁹ Como bem adverte GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, "desde antiguo se ha llamado la atención sobre la problemática que encierra el ingreso en prisión de quien todavía no ha sido condenado y se ha puesto de manifiesto, asimismo, el criterio de excepcionalidad con que debe ser adoptada medida tan lesiva. Actualmente la necesidad de evitar la prisión provisional se hace más patente aún debido a los intentos realizados por la doctrina penal en la búsqueda de alternativas a las penas de prisión, especialmente de las de corta duración, debido a su pernicioso efecto criminógeno. Sería absurdo sustituir la prisión como pena y mantenerla como medida cautelar. Como opina Fairen, 'de nada sirve el principio de proporcionalidad de la pena, se ha sido precedida ésta de medidas cautelares desproporcionadas. No es discutible que hoy en día la tendencia unidireccional que presenta el derecho comparado en la línea de la sustitución de la prisión provisional por medidas menos gravosas que, por una parte, satisfagan suficientemente y con menor daño para los particulares las exigencias cautelares de aquella institución..." (*Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, p. 204).

²²⁰ Inclusive no Projeto de Lei nº 4.208, de 2001, de iniciativa do Poder Executivo, que visa a promover alterações no CPP com vistas a adequá-lo ao texto constitucional, a liberdade provisória vem tratada, especificamente, como medida cautelar em sentido amplo, disciplinado o artigo 321 do projeto que "inexistindo os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz poderá conceder liberdade provisória, impondo as medidas cautelares previstas no artigo 319 e observados critérios do art. 282." Por sua vez, consoante dispõe o artigo 282, incisos I e II, do projeto, dever-se-á atender, para a decretação de qualquer medida cautelar, à "necessidade para aplicação da Lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos em lei, para evitar a prática de novas infrações", bem como à "adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado". Dentre as medidas cautelares, que podem ser empregadas para o fim de concessão de liberdade provisória, disciplinam os artigos 319 e 320 do projeto que:

Art. 319. As medidas cautelares diversas da prisão serão as seguintes

I — comparecimento periódico em Juízo, quando necessário para informar e justificar atividades;

II — proibição de acesso ou frequência a determinados lugares em qualquer crime, 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 do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução;

V — recolhimento domiciliar no período noturno nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a dois anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI — suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais;

VII — internação provisória do acusado em crimes praticadas com violência ou grave ameaça quando os peritos concluírem ser imputável ou semi-imputável (art. 26 e parágrafo único do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII — fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial.

Parágrafo único. A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI, deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

assim, a liberdade provisória também uma das espécies de proteção cautelar da persecução penal e da ordem pública, sendo preferencial à prisão²²¹, somente podendo ser adotada quando se fizer adequada, necessária e proporcional em sentido estrito a medida²²².

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 vinte e quatro horas.

²²¹ Dissertando acerca da liberdade provisória, BARROS defende, com efeito, que “ela ocorre para evitar a prisão provisória ou a substituindo, afastando os efeitos prejudiciais dessa medida, melhor preservando o *status libertatis* do indiciado ou acusado, mas assegurando, por outra forma, o processo de conhecimento condenatório a que está preordenada... A natureza das normas processuais que admitem a liberdade provisória caracterizam a situação jurídica do indiciado ou réu, consistente numa obrigação assumida com o processo, seja para substituir o *status coercitivo*, seja para evitá-lo” (*Processo penal...*, p. 286-287).

²²² Na Alemanha, medidas menos incisivas, inspiradas no preceito da proporcionalidade, são tomadas com vistas a que se evite à manutenção de uma prisão. Por exemplo, a Seção 116 estabelece que:

(1) The judge shall suspend execution of a warrant of arrest which had been issued only for risk of flight if less incisive measures sufficiently substantiate the expectation that the purpose of remand detention can be achieved thereby. In particular, the following measures may be considered:

1. an instruction to report at certain times to the office of the judge, the prosecuting authority, or to a specific office to be designated by them;
2. an instruction not to leave his place of residence, or wherever he happens to be, or a certain area, without permission of the judge or the prosecuting authority;
3. an instruction not to leave his private premises except under the supervision of a designated person;
4. the furnishing of an adequate security by the accused or another person.

(2) The judge may also suspend execution of a warrant of arrest which is justified for risk of tampering with evidence, if less incisive measures sufficiently substantiate the expectation that they will considerably reduce the risk of tampering with evidence. In particular, an instruction not to have contact with co-accused, witnesses, or experts may be considered.

(3) The judge may suspend execution of a warrant of arrest issued in accordance with Section 112a provided there is sufficient substantiation of the expectation that the accused will comply with certain instructions and that the purpose of detention will be achieved thereby.

(4) In the cases of subsections (1) to (3), the judge shall order execution of the warrant of arrest if:

1. the accused grossly violates the duties and restrictions imposed upon him;
2. the accused makes preparations for flight, remains absent without sufficient excuse upon proper summons to appear, or shows in any other manner that the trust reposed in him was not justified; or
3. new circumstances make the arrest necessary.

Tradução livre:

“(1) O juiz suspenderá a execução de um mandado de prisão que fora expedido com base somente no risco de fuga se a aplicação de medidas menos incisivas forem suficientes ao alcance do propósito a que se destinava a detenção. Em particular, as seguintes medidas podem ser consideradas:

1. a determinação de comparecimento, em determinados momentos, perante o juiz, o promotor de justiça, ou determinada autoridade a ser designada por aqueles;
2. a determinação de não deixar o local de residência, ou onde quer que se encontre, ou determinada área, sem permissão do juiz ou do promotor de justiça;
3. a determinação de não deixar o local em que se encontra acomodado, exceto se isso se der sob a supervisão de uma pessoa designada;
4. o fornecimento de uma adequada caução por parte do acusado ou de outra pessoa.

Por conseguinte, o juízo a que faz referência o inciso XLVI do artigo 5º da CF não determina que ninguém será mantido na prisão quando for caso de se restaurar a liberdade de locomoção a seu estado de normalidade constitucional. É claro que, quando não houver qualquer necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, jamais alguém poderá preso. Em realidade, não há necessidade de estipulação normativa nesse sentido: não há necessidade de se determinar que, quando não houver causas justificativas de qualquer restrição, deva um direito fundamental retornar a seu estado de normalidade constitucional; há necessidade, isso sim, de norma que, ao invés, autorize seja qualquer direito fundamental restringido. O inciso XLVI do artigo 5º da CF refere-se, assim, às hipóteses em que, substituindo-se a prisão, porque excessiva, a liberdade de locomoção passa a sofrer as restrições da proteção cautelar realizada pela liberdade provisória. Há gradação constitucional: apenas se for imprescindível a restrição máxima à liberdade de locomoção, não havendo, por consequência, possibilidade de menor intervenção sobre a liberdade de locomoção pelo emprego da liberdade provisória, é que a prisão deverá ser mantida.

5.2.4. LIBERDADE PROVISÓRIA E VEDAÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS

A reserva legal prevista no inciso LXVI do artigo 5º da CF (... *quando a lei admitir a liberdade provisória...*) exige, em seu tipo abstrato, que o legislador respeite às demais normas constitucionais incidentes, das quais merecem especial destaque a *regra da presunção de inocência* (inciso LVII do

(2) O juiz pode também suspender a execução de um mandado de prisão expedido com base no risco de alteração indevida da prova, se a aplicação de medidas menos incisivas forem suficientes à redução do risco dessa alteração indevida. Mais especificamente, uma determinação de não ter contato com o co-acusado, testemunhas, ou peritos pode ser considerada.

(3) O juiz pode suspender a execução de um mandado de prisão passado em conformidade com a Seção 112a desde que haja fundada confiança que o acusado irá cumprir com certas determinações e que o propósito a que se destinava a detenção será, por consequência, alcançado.

(4) Nos casos das subseções (1) a (3), o juiz poderá determinar a execução do mandado de prisão se:

1. o acusado grosseiramente infringir os deveres e as restrições a ele impostas;
2. o acusado fizer preparações para a fuga, manter-se ausente de forma injustificada em prejuízo às determinações de comparecimento, ou demonstrar, de qualquer forma, que a confiança nele depositada não se justificava; ou
3. novas circunstâncias fizerem com que a prisão seja necessária.”

artigo 5º da CF), o *princípio constitucional da liberdade de locomoção* (inciso XV do artigo 5º da CF) e a *regra da reserva de jurisdição para o decreto de prisões* (inciso LXI do artigo 5º da CF), não se encontrando nela (na reserva legal) o poder de impor prisões processuais automáticas e *a priori*, despidas de qualquer consideração em torno do preceito da proporcionalidade, não se concedendo, portanto, um poder normativo *em branco*.

As prisões de natureza cautelar não devem apresentar caráter satisfativo em face da regra da presunção de inocência, que se encontra no enunciado normativo constante no inciso LVII do artigo 5º da CF:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Desse enunciado pode-se derivar a seguinte regra:

A tem frente ao Estado o direito a não ser considerado culpado por determinado crime/contravenção antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Tal posição perfaz um direito de defesa em face do Estado, evitando que este elimine a condição jurídica de não-culpado. Desse impedimento, por sua vez, decorrem impedimentos outros, tal como aquele atinente à vedação de qualquer exigência, a título de prisão cautelar, do cumprimento de uma pena privativa de liberdade antecipada.

Em realidade, o tipo abstrato da regra da presunção de inocência acaba gerando, na proteção ao princípio da liberdade de locomoção, a impossibilidade da imposição de prisões processuais automáticas aprioristicamente: apenas se justificada, argumentativamente, como necessária, adequada e proporcional em sentido estrito, a restrição à liberdade de locomoção pode ser operada a título cautelar²²³, constituindo-se, o seu contrário, em imposição indevida de pena, situação esta violadora da condição jurídica de não-condenado²²⁴.

As prisões cautelares versam, essencialmente, sobre a colisão dos princípios constitucionais da liberdade de locomoção²²⁵, da persecução

penal²²⁶ e da ordem pública²²⁷. Os fatos que dão sustentação à apreciação de tal colisão *não* dizem respeito, exatamente, aqueles fatos tidos como criminosos (a necessária proteção da persecução penal e da ordem pública não reside no mero fato do cometimento de um ilícito penal). Com base, exclusivamente, *nos fatos tidos como ilícitos*, o princípio da liberdade de locomoção poderá ser restringido, visando à proteção de outros direitos fundamentais ou bens coletivos constitucionais, na hipótese de prisão em flagrante, tal com demonstrado ao longo desta dissertação, e na hipótese da execução de sentença penal condenatória transitada em julgado.

De fato, as prisões cautelares, em que pese impescindam da constatação de uma suposta prática delitiva, porque têm como fim a proteção da persecução penal e da ordem pública, exigem sejam demonstrados fatos específicos (tais como aqueles previstos pelo legislador no artigo 312 do CPP) que justifiquem, como única medida hábil, a restrição ao princípio da liberdade de locomoção para o fim de proteção desses específicos bens coletivos constitucionais. Sem a presença de tais fatos específicos, demonstradores da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da restrição ao princípio da liberdade de locomoção em favor da persecução penal e da ordem pública, deve-se ter como inconstitucional qualquer norma infraconstitucional que conduza, direta ou indiretamente, a liberdade de locomoção a um sistema de restrição automático. Imposta a restrição à liberdade de locomoção exclusivamente com base no crime supostamente cometido, ausente qualquer parâmetro fático a demonstrar a imprescindibilidade da proteção da persecução penal e da ordem pública, eventual prisão que, em tal ambiente, se der ou se mantiver, acabará por constituir-se na imposição de pena, violando-se, pois, tanto a regra da presunção de inocência quanto o princípio da liberdade de locomoção.

Nesse sentido, observa-se o campo próprio sobre que irá operar o legislador com base na autorização contida na reserva legal contida no inciso LXVI do artigo 5º da CF: cabe exclusivamente ao legislador elencar os fatos que, sentidos no caso concreto, autorizam restrições à liberdade de locomoção de alguém, tanto a título de *prisão cautelar* quanto a título de *liberdade provisória*, fatos estes que, em face da regra da presunção de inocência e em face do princípio da liberdade de locomoção, não podem ser, exclusivamente, aqueles tidos como criminosos²²⁸, mas, sim, fatos específicos que ponham seriamente em risco à persecução penal e à ordem pública²²⁹.

²²³ Com efeito, todo decreto de prisão cautelar deve ser, em face do caso concreto, imprescindível, havendo de sua instrumentalidade restar demonstrada. Ver, a esse respeito, Títulos 2.2 e 2.3.

²²⁴ Acerca do tema, SANGUINÉ assevera que "... a proibição de liberdade provisória de modo automático (*a priori*), culmina por assimilar as figuras do imputado ao culpado, em frontal contraste com o princípio da presunção de inocência, que proíbe dar execução provisória às sentenças de condenação (que aqui não há) não definitivas. O inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição garante que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. Esse direito individual é violado quando o dispositivo legal impede a liberdade provisória na medida em que isso importa numa antecipada qualificação de culpabilidade" (SANGUINÉ, Odone, *Inconstitucionalidade da Proibição da Liberdade Provisória (Inciso II, do art. 2º, da Lei nº 8.072, de 25.07.90*, in Fascículos de Ciências Penais, v. 3, n. 4, Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1990, p. 21).

²²⁵ Ver nota 122.

²²⁶ Ver nota 149.

²²⁷ Ver nota 161.

²²⁸ Como expõe HECK, apreciando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, "a intervenção na liberdade só deve ser admitida se, e na medida em que, por um lado, há dúvidas justificadas quanto à

Ademais, a reserva de jurisdição prevista no inciso LXI do artigo 5º da CF ressalva, excepcionando-se disso a prisão em flagrante, ao Poder Judiciário, com exclusividade, decretar, mediante ordem escrita e fundamentada, a prisão cautelar de alguém²³⁰. Vale dizer, a medida limitativa da liberdade pressupõe, constitucionalmente, um juízo a partir da perspectiva do caso concreto, respeitado o preceito da proporcionalidade, não se encontrando o legislador autorizado a privar o Poder Judiciário de margem de apreciação nessa matéria, estabelecendo casos de prisões processuais automáticas. Nessa linha, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO expõe que:

serían inconstitucionales las normas que prescribieran obligatoriamente restricciones de libertad con el presupuesto de condiciones determinantes que no dejaran al Juez suficientes márgenes de apreciación, ya que privarían a éste de la posibilidad de controlar la proporcionalidad de las medidas en el caso concreto y, además, porque la aptitud de la norma para alcanzar un fin determinado depende de las posibilidades que se concedan al Juez para graduar la gravedad de la injerencia, así como de adoptar medidas más benignas, cuestiones que no pueden ser nunca enjuiciadas 'ex ante', y tampoco 'ex post' muy frecuentemente²³¹.

Assim sendo, o estabelecimento de prisões automáticas pelo legislador, nesse contexto, acaba por também invadir esfera de competência constitucional exclusiva do Poder Judiciário²³².

inocência do suspeito em razão de grande suspeita, amparada em pontos de apoio concretos, e, por outro, se o legítimo direito da sociedade ao esclarecimento completo do fato e à rápida sanção contra o autor não puder ser garantido de outra forma que não a prisão provisória do suspeito. A persecução de outros fins por meio da prisão preventiva está, em qualquer caso, excluída. A prisão preventiva não deve, particularmente, à maneira de uma pena, antecipar a proteção de um bem jurídico a que o Direito Penal material deve servir" (HECK, Luís Afonso, *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*, p. 179).

²²⁹ A reserva legal referida no inciso LXVI do artigo 5º da CF, visto por outro prisma, vem a consubstanciar, também, mais uma proteção que a Constituição concede ao princípio da liberdade de locomoção: autoriza, exclusivamente, ao legislador desenvolver normativamente o instituto da liberdade provisória, que é de índole cautelar, disciplinando os fatos a partir dos quais, respeitado o preceito da proporcionalidade, a liberdade de locomoção pode, provisoriamente, ser restringida. Disso também decorre que a reserva de jurisdição prevista no inciso LXI do artigo 5º da CF encontra-se, por sua vez, estritamente limitada, não podendo o juiz, para restringir a liberdade de locomoção, pautar-se fora das balizas legais; com efeito, o juiz, tanto no que tange às hipóteses em que a prisão se faz necessária (logo, a liberdade provisória encontra-se vedada), quanto no que tange às exigências para a concessão da liberdade, vincula-se estritamente à lei em sentido formal (artigo 62, parágrafo 1º, inciso II, da CF).

²³⁰ Acerca disso, ver Título 2.4.

²³¹ *Proporcionalidade y Derechos...*, p. 278.

²³² Como bem expõe OLIVEIRA: "Seja como for, a vedação da liberdade provisória, agravada com a inversão da regra geral constitucional que impõe a exigência de fundamentação de toda restrição de direitos (pela citada lei [a Lei 8.072/90]), o juiz teria que *fundamentar* a liberdade, e não a prisão), parece-nos negavelmente inconstitucional. Inconstitucional, porque a *manutenção obrigatória* da prisão (em flagrante) dispensa *fundamentação*, e, o que é pior, dispensa a *fundamentação judicial*. Ora, segundo o nosso texto constitucional, ninguém será mantido preso senão por *ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente*, nos termos do art. 5º, LXI. Inconstitucional, também, porque parte do pressuposto da *existência do crime* e de sua *autoria*, no que se revela incompatível com o princípio da presunção de inocência, e porque parte ainda do pressuposto de que, *em tais situações*, a prisão seria sempre necessária" (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 442-443).

Em face disso, conclui-se, nesta dissertação, que são inconstitucionais todas as regras que, com base *exclusivamente* no fato tido como delitivo, vedam à concessão de liberdade provisória (artigo 2º, inciso II, segunda parte, da Lei 8.072/90; artigo 21 da Lei 10.826/03).

No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (v.g., HC 83.468, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) ainda aponta pela constitucionalidade das normas infraconstitucionais que vedam, automaticamente, a liberdade provisória, salientando que se a Constituição, em determinados crimes (artigo 5º, inciso XLIII, da CF), não permitiu o emprego da fiança, tampouco seria admissível, nesses casos, a concessão de liberdade provisória sem fiança. Além dos argumentos expostos nesta dissertação, que almejam demonstrar a inconstitucionalidade de qualquer vedação automática à concessão de liberdade provisória, cabe dizer, ainda, que o fato de determinados crimes serem tidos como inafiançáveis não traz como conclusão a impossibilidade de concessão/imposição da liberdade provisória. Em realidade, o próprio inciso LXI do artigo 5º da CF expõe que a liberdade provisória pode ser concedida com ou, enfatize-se, sem fiança; assim, a própria Constituição autoriza seja concedida a liberdade provisória sem a imposição de fiança, do que decorre de que da vedação constitucional à concessão de fiança (artigo 5º, inciso XLIII, da CF) resulta, tão-somente, a impossibilidade do emprego dessa específica medida cautelar nos crimes tidos como inafiançáveis. Aliás, o direito brasileiro, no artigo 310, parágrafo único, do CPP, expõe hipóteses em que, mesmo não sendo cabível fiança, ainda assim é possível a concessão/imposição de liberdade provisória.

De toda forma, alterando, aparentemente, sua jurisprudência, tendo como inconstitucional à vedação automática da liberdade provisória pelo legislador, o Superior Tribunal de Justiça, em sentido próximo do exposto nesta dissertação, passou, recentemente, a entender ser necessária, para a manutenção de uma segregação, a demonstração da presença de elementos indicativos de sua imprescindibilidade. Transcreve-se, exemplificativamente, a seguinte ementa referente a recente julgamento levado a efeito pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no HC 63.423/GO, Rel. Paulo Medina, DJU de 16.10.2006, p. 434:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE EM CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS. INCONSTITUCIONALIDADE. OBRIGATORIEDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. MOTIVOS CONCRETOS. IMPRESCINDIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

- A manutenção da prisão cautelar - decorrente de indeferimento de liberdade provisória - deve, necessariamente, ser calcada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da

República, o magistrado deve apontar os elementos concretos, mostrando-se ilegítimo fundamentar a medida extrema tão-só com base em imperativo legal.

- Não foi dado ao legislador ordinário legitimidade constitucional para vedar, de forma absoluta, a liberdade provisória quando em apuração crime hediondo e assemelhado. Inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei 8.072/90.

- Ainda que o delito apurado em processo criminal seja catalogado como hediondo ou equiparado, o magistrado está obrigado a fundamentar a decisão que denega a liberdade provisória a partir dos motivos que autorizam a prisão preventiva, dada a natureza cautelar da prisão em flagrante.

- Ordem CONCEDIDA para que o paciente responda ao processo em liberdade.

Ainda nessa linha, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no HC 58.496/BA, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 23.10.2006, p. 333, também assim se manifestou:

CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIA SUBSUMIDA NO TIPO PENAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA A RESPALDAR A CUSTÓDIA. DELITO HEDIONDO. INEXISTÊNCIA DE ÔBICE AO DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA. INTRANQUILIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA. EXCESSO DE PRAZO. ARGUMENTO PREJUDICADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. Exige-se concreta motivação para o indeferimento do benefício da liberdade provisória, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante.

II. O juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente, assim como a inquietude do meio social e a necessidade de preservação da credibilidade da Justiça, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto.

III. Aspectos que devem permanecer alheios à avaliação dos pressupostos da prisão preventiva.

IV. As afirmações a respeito da gravidade do delito trazem aspectos já subsumidos no próprio tipo penal. Precedentes do STF e do STJ.

V. O fato de se tratar de crime hediondo não basta, por si só, para impedir a liberdade provisória do réu. Precedentes.

VI. Deve ser concedida a liberdade provisória aos pacientes, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiverem presos, mediante condições a serem estabelecidas pelo Julgador de 1º grau, sem prejuízo de

que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

VII. Diante do reconhecimento da ilegalidade da prisão provisória dos acusados, resta prejudicado o argumento de ocorrência de excesso de prazo na formação da culpa.

VIII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

Capítulo III

Das normas paramétricas para a verificação da constitucionalidade/legalidade da prisão em flagrante

Embora das *excepcionalidades* da prisão em flagrante decorra um regime rígido e quase automático de restrição ao princípio constitucional da liberdade de locomoção, por determinação constitucional surge, de forma contraposta, um regime rígido de controle sobre a restrição operada, que é realizado, em boa parte, por regras constitucionais e, também, por princípios constitucionais outros, de cujas aplicações dá conta o preceito da proporcionalidade.

Com efeito, ao lado do princípio da liberdade de locomoção (que é, por excelência, restringido em favor do princípio que dá sustentação à norma penal incriminadora – um direito fundamental ou bem coletivo constitucional), diversos princípios outros e regras constitucionais vêm a com ele *colaborar*, impondo limites à restrição ao princípio constitucional da liberdade de locomoção em curso: não se confundindo com o direito à liberdade de locomoção, *garantem* que a restrição se dê de certo modo, imbricando-se de tal modo que do respeito deles deriva a legitimidade da restrição à liberdade de locomoção.

Na presente dissertação, deu-se a eleição em favor da análise de algumas regras e de alguns princípios tidos como paramétricos para a verificação da constitucionalidade/legalidade²³³ da prisão-captura²³⁴ e da prisão-administrativa²³⁵ ocorridas. Serão, assim, apreciadas as normas dispostas nos incisos XLIX, LXII, LXII e LXIV do artigo 5º da CF, bem como as normas dispostas no sistema normativo contido no parágrafo 1º, incisos I, II e III, e no parágrafo 4º do artigo 144 da CF:

²³³ Acerca do juízo de verificação da constitucionalidade/legalidade da *prisão-captura* e da *prisão-administrativa*, ver Títulos 5.2.1 e 5.2.2 do Capítulo II.

²³⁴ Acerca da *prisão-captura*, ver Título 5.1.1 do Capítulo II.

²³⁵ Acerca da *prisão-administrativa*, ver Título 5.1.4 do Capítulo II.

Artigo 5º...	Artigo 144...
XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.	§ 1º. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:
Artigo 5º...	I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;
Artigo 5º...	II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;
Artigo 5º...	IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.
	§ 4º. Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Desses enunciados normativos decorrem diversas regras e princípios:

Regra “1”	Regra “2”
Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este informar-lhe seus direitos.	Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este informar-lhe a garantia de permanecer calado.

Regra “3”	Regra “4”
Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este comunicar imediatamente sua prisão e o local em que se encontre ao juiz competente.	Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este comunicar imediatamente sua prisão e o local em que se encontre à sua família ou à pessoa que indique.
Regra “5”	Regra “6”
Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este informar-lhe a identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.	Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de ser assistido por advogado.
Regra “7”	Princípio “1”
Se A for preso por decorrência de crime sujeito à competência da Justiça Federal ou das Justiças Estaduais, A tem o direito em face do Estado de ter sua prisão-captura formalizada pelo órgão para tanto com atribuições concedidas pela Constituição.	Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este assegurar-lhe, na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, sua integridade física.
Princípio “2”	Princípio “3”
Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este assegurar-lhe, na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, sua integridade moral.	Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este assegurar-lhe, na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, a assistência da família.

Tais regras e princípios mantêm uma relação de *complementação protetiva* com o princípio constitucional da liberdade de locomoção: estabelecem posições jurídicas de necessário atendimento, dando forma a restrição de modo a afastar, ou a diminuir, a possibilidade do excesso. Assim como as regras exigirão comportamentos específicos para que seja considerada válida a restrição, os princípios exigirão, na maior medida

possível, em face das condições fáticas e jurídicas experimentadas, sejam eleitos comportamentos que cumpram aquilo a que visam otimizar²³⁶.

Em verdade, tais regras e princípios constitucionais consubstanciam garantias individuais constitucionais²³⁷: encontram-se dispostas de modo a proteger o direito fundamental, limitando a limitação imposta pelo Estado à liberdade de locomoção na prisão em flagrante, concedendo direitos subjetivos ao preso.

Não pressupõem um ambiente de ilicitude para suas incidências. Todavia, marcam, em si, a licitude da restrição operada sobre o princípio constitucional da liberdade de locomoção, estabelecendo, ainda, meios para o controle e para a contenção da restrição. Assim, não estabelecem meios judiciais específicos a serem empregados contra o Estado para defender a liberdade de locomoção em casos de ilicitude na restrição (em favor do que a Constituição instituiu, por excelência, o *habeas corpus* – artigo 5º, inciso LXVIII, da CF²³⁸). De forma ímpar, trata-se de garantias que foram desenhadas para, nas hipóteses de prisão, semear formas de proteção da liberdade restringida, constituindo procedimentos a cujo atendimento se vincula o Estado e instituindo mecanismos de controle da atividade estatal, estabelecendo um circuito protetivo do direito fundamental à liberdade de locomoção: ao mesmo tempo em que direcionam a forma como a restrição poderá ser operada e possibilitam um múltiplo controle da atividade estatal, expõe a segregação de modo a permitir o emprego, ainda, de outras garantias, tais como de meios judiciais.

²³⁶ Acerca das distinções entre regras e princípios, ver Título 1 do Capítulo I.

²³⁷ Acerca da conceituação empregada de *garantia individual constitucional*, ver Título 2.3 do Capítulo I.

²³⁸ Acerca do *habeas corpus*, por todos ver PONTES DE MIRANDA, *História e Prática do Habeas-Corpus*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1951.

Capítulo IV

As garantias constitucionais instituídas por regras na prisão em flagrante

1 Da garantia do preso de ser informado de seus direitos

Releia-se a regra “1”:

Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este informá-lo seus direitos.

Os direitos conferidos aos presos, embora catalogáveis, são numerosos, de variada gama, sendo disciplinados por normas constitucionais e infraconstitucionais. Contudo, ao disciplinar o dever estatal de *informação*, a regra “1” não tem como objeto dessa informação todos os direitos.

Em verdade, os direitos a que cumpre o Estado respeitar independentemente de qualquer atuação/manifestação/opção do preso dispensam *prévia* informação estatal. Não há necessidade de que o Estado informe ao preso que este tem, quando da realização da restrição à liberdade de locomoção, o direito em face do Estado de este respeitar à sua integridade física e moral. Com relação a tal espectro de direitos, é prescindível qualquer comportamento do preso para o exercício deles, cabendo ao Estado dar cumprimento a tais direitos independentemente de qualquer atuação/manifestação/opção do preso.

Com efeito, a regra “1” tem como objeto de informação, tão-somente, aqueles direitos que estão a depender, para o seu exercício, de uma atuação/manifestação/opção do preso. O oferecimento das opções, porque cabe ao preso a promoção da escolha, é dever fundamental estatal. Assim, a Constituição, com a regra “1”, exige mais do que o respeito a tais direitos: exige que o preso, para o exercício deles, tenha *prévia* ciência da opção que lhe é assegurada.

Dos direitos veiculados nos incisos XLIX, LXII, LXIII, LXIV do artigo 5º da CF, e nos parágrafos 1º, incisos I, II e IV, e 4º, do artigo 144 da CF, que cumprem a função de conceder complementação protetiva ao direito fundamental liberdade de locomoção (razão por que são tidos como garantias²³⁹), é preciso delimitar, assim, quais dentre eles devem ser informados pelo Estado ao preso. Para fins classificatórios, os direitos elencados nas normas acima expostas podem ser divididos em dois blocos tendo como referencial o disposto na regra “1”: em um primeiro bloco, estarão postos juntos os direitos que devem ser informados pelo Estado ao preso; em um segundo bloco, os que não se encontram submetidos ao dever de prévia informação.

São direitos que exigem a prévia informação estatal contida na regra “1”, que perfazem o bloco “1”:

- a) o direito de permanecer em silêncio (estabelecido na regra “2”), que é espécie do direito contra a auto-incriminação;
- b) o direito do preso à comunicação de sua prisão e do local de sua custódia à sua família ou à pessoa por ele indicada (estabelecido na regra “4”);
- c) o direito à assistência de advogado (estabelecido na regra “6”);
- d) o direito à assistência da família (estabelecido no princípio “3”);

Por sua vez, não exigindo a prévia informação estatal contida na regra “1”, são direitos que não se encontram no âmbito das opções do preso, sendo, independentemente de manifestação daquele, de imperioso cumprimento por parte do Estado, que perfazem o bloco “2”:

- a) o direito à comunicação da prisão e do local em que se encontra custodiado à autoridade judiciária (estabelecido na regra “3”);
- b) o direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou pelo interrogatório judicial (estabelecido na regra “5”);
- c) o direito à formalização da prisão por órgão para tanto com atribuições concedidas pela Constituição (estabelecido na regra “7”);
- d) o direito ao respeito à integridade física (estabelecido no princípio “1”);
- e) o direito ao respeito à integridade moral (estabelecido no princípio “2”);

²³⁹ Acerca da conceituação de *garantia* empregada nesta dissertação, ver Título 2.3 do Capítulo I.

2 Da garantia do preso de ser informado do direito a permanecer em silêncio

Releia-se a regra “2”:

Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este informá-lo o direito de permanecer calado²⁴⁰.

Na regra “2” não resta estabelecido, propriamente, nem o direito a permanecer em silêncio, nem o direito contra a auto-incriminação. O direito contra a auto-incriminação perfaz, em verdade, uma das concretizações do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF)²⁴¹. O direito a permanecer em silêncio, por sua vez, constitui-se em uma das *espécies* do *gênero* do direito contra a auto-incriminação²⁴². Na regra “2” resta estabelecido, na realidade, como direito fundamental, o direito do preso a ser informado do seu direito a permanecer em silêncio.

Constitui dever estatal considerar aquele que é investigado como um sujeito de direitos, e não como um meio, como um objeto para a obtenção de elementos de informação contra si. O desrespeito ao direito contra a auto-incriminação repercute na desconsideração do imputado como sujeito de direitos, que passa a ser tido como simples objeto da pretensão punitiva estatal; representa, ademais, um superdimensionamento da atividade estatal

²⁴⁰ Também nessa linha, a Constituição Espanhola, no artigo 17, 3, primeira parte, estabelece que “toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar”.

²⁴¹ Tanto que a todo aquele que figure como *investigado*, sob qualquer título na esfera penal, é concedido o direito contra a auto-incriminação. Mas não só. De forma bastante ampla, assegura-se a incidência desse direito em todas as hipóteses em que, em face dos questionamentos, possa decorrer a auto-incriminação, tendo o Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, reconhecido-o em favor, até mesmo, de testemunhas (v.g., HC 79.589/DF, Pleno, Rel. Min. Otávio Gallotti, julgado em 5.4.2000; HC 79.812, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 08.11.2000). Também nessa linha é a experiência alemã, tal como dá conta ROXIN: “Según el Derecho alemán, un testigo puede negarse a contestar a una pregunta si la respuesta lo pone en peligro de ser perseguido por la Justicia debido a un determinado hecho delictivo (parágrafo 55 del Código Procesal Penal). Aquí también se amplía al testigo, probablemente culpable, la protección general frente a la obligación de auto-incriminación, antes de que se inicie contra él un proceso penal. Sin embargo, de aquí se deriva el siguiente problema: cuando se inicie un proceso contra el testigo, puede emplearse la negativa a proporcionar información en el primer proceso en contra suya una vez que se ha convertido en inculcado? Las autoridades encargadas del proceso podrían, por ejemplo, argumentar que, de la negativa a ofrecer información, se deduce que el testigo tendría miedo de las consecuencias penales que una contestación verídica a la pregunta podría tener para él; esto constituiría un importante indicio de la existencia de una efectiva conducta delictiva. El Tribunal Supremo Federal trató por primera vez el problema en mayo de 1992 (BGHSt 38, 302) y decidió que, de la anterior negativa a dar información, no puede deducirse ninguna consecuencia perjudicial para el procesado. Esta es la solución correcta. Ya que la protección frente a la auto-incriminación, a cuyo servicio está el derecho a negarse a contestar, se invertiría si, precisamente, la negativa a dar información pudiera ser utilizada como una carga, con lo que nunca llegaría a ejercerse un derecho tan peligroso y el precepto legal carecería de significado” (ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal*, Valência: Tirant lo Blanch, 2000, p. 135-136).

²⁴² Acerca do direito contra a auto-incriminação, ver, também, QUEIRO, Maria Elizabeth, “O direito de não produzir prova contra si mesmo”, São Paulo: Ed. Saraiva, 2003; GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *Direito à prova no processo penal*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

sobre o indivíduo, que sofre um menoscabo em sua liberdade moral em favor de uma hipertrofia do estamento punitivo estatal, que, não bastasse a fragilidade do imputado, tem-no como um objeto para mera extração de elementos de prova que contra ele serão utilizados, justamente, pelo Estado.

É certo que aquele contra quem se dirige a imputação pode vir a colaborar, no exercício de livre vontade (despida de quaisquer vícios de consentimento), com a persecução penal. Trata-se, contudo, de uma decisão, de uma opção, cabendo, exclusivamente, ao imputado resolver se manifestar-se-á acerca do fato tido como criminoso, não lhe podendo ser empregados quaisquer meios que visem a influenciá-lo na tomada dessa decisão, tais como a coação física, psicológica, a dissimulação, a fraude, a indução em erro²⁴³ ²⁴⁴. Em verdade, a opção pelo silêncio, como opção por um estado de defesa lícito²⁴⁵, impede, inclusive, a continuidade dos questionamentos²⁴⁶. Se questionamentos se seguirem após a opção pelo

²⁴³ Nesse contexto, são vedadas perguntas equívocas, tendenciosas, obscuras, que não permitam ao interrogando a exata compreensão do que lhe é questionado. Da mesma forma, é vedada a realização de interrogatórios longos, sem intervalos, que conduzam o interrogando à exaustão, diminuindo-lhe a capacidade cognitiva.

²⁴⁴ Segundo expõe ROXIN: “[...] en el derecho penal alemán, se garantiza la protección frente a una auto-incriminación involuntaria y subrepticia, de tal forma que el parágrafo 136 a) del Código Procesal Penal prohíbe todos los métodos de interrogatorio que restrinjan la libre actuación voluntaria del procesado y sanciona la violación de esta prohibición con la imposibilidad de usar en el proceso la declaración así conseguida. La Ley expresamente menciona entre los métodos prohibidos los malos tratos, el agotamiento, los ataques corporales, el suministro de drogas, la tortura, la promesa de sentencias ilegales y la alteración de la memoria o de la capacidad de comprensión. Es importante destacar que la jurisprudencia ha hecho extensiva la idea original del parágrafo 136 a) del Código Procesal Penal más allá de su tenor literal. De esta forma, el conocido detector de mentiras está prohibido en el Derecho Procesal alemán (BGHSt 5, 332). Por medio de este aparato, se muestra el funcionamiento inconsciente del cuerpo, como la respiración o la presión arterial, de donde se deducen ciertas conclusiones con relevancia probatoria; porque con ello el imputado resulta forzado, contra su voluntad, a suministrar pruebas contra sí mismo. Pero si el imputado solicita libremente ser sometido al detector de mentiras, no existe un ataque al principio *nemo – tenetur*; no obstante, el Tribunal Supremo Federal alemán considera al detector de mentiras como un medio de prueba totalmente inadecuado por los muchos errores que se derivan de su uso (resolución de diciembre de 1998, BGHSt 44, 308)” (*La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal*, p. 132-133).

²⁴⁵ No direito espanhol, o Tribunal Constitucional, na STC 161/1997, compreendendo que o direito contra a auto-incriminação consubstanciava uma garantia do direito fundamental à defesa, consignou que: “Por una parte, el silencio constituye una posible estrategia defensiva del imputado o de quien pueda serlo, o puede garantizar la futura elección de dicha estrategia. [...] mientras que en el viejo proceso penal inquisitivo regido por el sistema de prueba tasada, el imputado era considerado como objeto del proceso penal, buscándose con su declaración, incluso mediante el empleo del tormento, la confesión de los cargos que se le imputaban, en el proceso penal acusatorio el imputado ya no es objeto del proceso penal, sino sujeto del mismo, esto es, parte procesal y de tal modo que (su) declaración, a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa. En cuanto tal, ha de reconocérsele (al imputado) la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones. Así pues, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable [...] son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo coacción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable” (precedente citado por CORDÓN MORENO, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*, 2ª ed., Navarra: Aranzadi, 2002, p. 170-171).

²⁴⁶ O CPP, em sua redação original, determinava, em seu artigo 191, que seriam consignadas “as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo”. A Lei 10.792/03, readequando à

silêncio, passam, então, a assumir a feição típica de mero instrumento de coação e de aflição, uma vez que passam a ser tidos, pela desconsideração da opção constitucional realizada, como meio ilícito para retirar o preso de seu estado de defesa com vistas a que dele possam ser colhidos elementos de informação. Dessa maneira, a produção de prova contra si próprio encontra-se na estrita margem de liberdade do imputado, não se lhe podendo exigir quaisquer colaborações ativas²⁴⁷, cabendo-lhe, única e exclusivamente, optar entre fazer e não-fazer prova contra si²⁴⁸.

O direito fundamental de ser informado do direito a permanecer em silêncio, veiculado na regra “2”, porque se refere a uma das espécies do gênero direito contra a auto-incriminação, pode, dentro de um contexto comunicativo diverso, vir a transmutar-se, vindo a constituir-se em um direito de ser informado do direito a não-realização de determinados sinais (escritos, manuais), ou em um direito de ser informado do direito a não-realização de determinados comportamentos. A Constituição, em verdade, faz referência expressa ao direito de ser informado do direito a permanecer em silêncio, na regra “2”, em função de que, na maior parte das vezes, a auto-incriminação pode surgir de perguntas orais formuladas, que são de mais larga aplicação no meio social. Se se deixar, contudo, o campo próprio de sentido da advertência ao direito a permanecer em silêncio, a advertência do direito a permanecer em silêncio deve-se adequar ao contexto fático evidenciado, informando-se, nas condições então experimentadas, o preso

ordem constitucional a parte atinente ao interrogatório, revogou tal norma. Criticando a redação antiga do artigo 191 do CPP, QUEIRO assseverava que “a consignação das perguntas, com relação às quais o acusado exerceu o direito de calar, permite extrair elementos para valoração do silêncio do acusado... aliás, outra não pode ser a razão para que se venha a consignar as perguntas não respondidas. Dessa forma, para que do silêncio do acusado não se extraia nenhuma consequência prejudicial, protegendo amplamente o *nemo tenetur se detegere*, não deve haver consignação das perguntas não respondidas pelo acusado. Com maior razão ainda restará violado o direito ao silêncio, se o acusado for compelido a fornecer as razões pelas quais deixou de responder uma pergunta. Deve-se observar, primeiramente, o exercício de um direito não precisa ser justificado por seu titular. Por outro lado, esvazia-se por completo o direito ao silêncio do acusado se tiver ele de declinar as razões para calar. É que, ao fornecer referidas razões, o acusado terá declinado do direito ao silêncio, passando a responder à pergunta indiretamente” (*O direito de não produzir prova contra si mesmo*, p. 216).

²⁴⁷ Na expressão de Ernest BENDA (*Dignidad humana y derechos de la personalidad*, in “Manual de Derecho Constitucional”, Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública e Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996, p. 127), “... en la esfera del Derecho Penal y del Derecho Procesal penal, el art. 1.1 GG protege al inculcado por una acción punible de ser reducido a la condición de mero objeto de la pretensión estatal de castigo... Quien se sienta afectado en sus derechos por una decisión, tiene derecho a expresarse a fin de influir en el proceso y en sus resultados. Uno de los derechos del inculcado consiste precisamente en poder defenderse mediante participación activa en el proceso, a no ser forzado a hablar contra su voluntad”.

²⁴⁸ Na Espanha, comentando o disposto no artigo 520 da LECrim, MORENO CATENA e CORTÉS DOMÍNGUEZ asseveram que: “En desarrollo de la norma constitucional, la LECrim enumera, en primer lugar, el derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez (art. 520.2.b). Así pues, queda en manos del detenido prestar declaración si quiere, negarse a declarar, responder a todos los que le pregunten o solamente a algunos, contestar a todo o solamente a una parte del interrogatorio, de modo que se reconozca una plena libertad al detenido para ‘administrar’ sus declaraciones. Esta libertad incluye también solicitar que se le tome declaración en cualquier momento” (*Derecho procesal penal*, p. 278).

desse direito²⁴⁹. Assim sendo, a regra “2” poderia vir a ser enunciada da seguinte forma, a partir do direito contra a auto-incriminação, de que é gênero o direito a permanecer em silêncio:

Regra 2.1

Se A for preso, A tem o direito em face de Estado de este informá-lo o direito a não ser compelido a fazer prova contra si.

Assim, além de assegurar o direito contra a auto-incriminação, por decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição, com a regra “2.1”, vai além. Exige, também, que, concretamente, para o exercício da opção assegurada fazer/não fazer prova contra si, que dela tenha conhecimento o preso. Do dever de informação dessa opção é que dá conta a regra “2.1”, que se deve realizar de forma inequívoca: como estabelecimento de uma relação comunicativa, além de o Estado ter o dever de expressar a comunicação constitucional referida de forma a ser compreendido, também é imprescindível que àquele em favor de quem é realizada a informação tenha-a compreendido²⁵⁰.

2.1. DO MOMENTO DA INCIDÊNCIA DO DEVER DE INFORMAÇÃO ACERCA DO DIREITO A PERMANECER EM SILÊNCIO

As relações comunicativas estabelecidas com o preso, no que tange aos fatos tidos como ilícitos, devem-se inaugurar com a informação a ser-lhe passada de que tem o direito a permanecer em silêncio²⁵¹.

²⁴⁹ O deficiente auditivo também tem o direito a não ser compelido a se comunicar por intermédio de sinais acerca do *fato tido como criminoso*, devendo disso ser advertido. Da mesma forma, ninguém pode ser compelido a realizar qualquer comportamento que importe na produção de prova contra si, tal como se dá com a chamada “reconstituição de crime” prevista no artigo 7º do CPP (“Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública”), também disso devendo ser advertido.

²⁵⁰ Assim, na linha do que estabelece o artigo 193 do CPP, o estrangeiro que não falar a língua nacional deverá ser informado desse direito por intermédio de intérprete, máxime por que se trata de medida prejudicial à realização do próprio interrogatório. Na Espanha, a LECrim é expressa, no artigo 520, 2, “e”, ao conceder ao preso o “Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano”. Acerca do direito à informação, MORENO CATENA e CORTÉS DOMÍNGUEZ expõem que “... la información ha de transmitirse de *modo comprensible*, exigencia constitucional que no autoriza el empleo de expresiones o de fórmulas técnicas, que no le permitan al sujeto tomar conciencia del contenido de lo que debe saber” (*Derecho procesal penal*, p. 276).

²⁵¹ Nessa linha, a decisão da Suprema Corte Norte-Americana, tomada em 13 de junho de 1966, no caso *Miranda vs. Arizona*, constitui verdadeiro divisor de águas no direito norte-americano, firmando significativamente a imprescindibilidade da informação acerca do direito a permanecer em silêncio. Nessa oportunidade, o Chief Justice Warren manifestou o entendimento da Corte nos seguintes termos:

“...the prosecution may not use statements, whether exculpatory or inculpatory, stemming from custodial interrogation of the defendant unless it demonstrates the use of procedural safeguards effective to secure the privilege against self-incrimination. By custodial interrogation, we mean questioning initiated by law enforcement officers after a person has

been taken into custody.... As for the procedural safeguards to be employed . . . the following measures are required. Prior to any questioning, the person must be warned that he has a right to remain silent, that any statement he does make may be used as evidence against him, and that he has a right to the presence of an attorney, either retained or appointed. The defendant may waive effectuation of these rights, provided the waiver is made voluntarily, knowingly and intelligently. If, however, he indicates in any manner and at any stage of the process that he wishes to consult with an attorney before speaking there can be no questioning. Likewise, if the individual is alone and indicates in any manner that he does not wish to be interrogated, the police may not question him.

The mere fact that he may have answered some questions or volunteered some statements on his own does not deprive him of the right to refrain from answering any further inquiries until he has consulted with an attorney and thereafter consents to be questioned....

The Fifth Amendment privilege is so fundamental to our system of constitutional rule and the expedient of giving an adequate warning as to the availability of the privilege so simple, we will not pause to inquire in individual cases whether the defendant was aware of his rights without a warning being given....

The warning of the right to remain silent must be accompanied by the explanation that anything said can and will be used against the individual in court. This warning is needed in order to make him aware not only of the privilege, but also of the consequences of forgoing it. . . [T]his warning may serve to make the individual more acutely aware that he is faced with a phase of the adversary system - that he is not in the presence of persons acting solely in his interest....

The principles announced today deal with the protection which must be given to the privilege against self-incrimination when the individual is first subjected to police interrogation while in custody at the station or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way. It is at this point that our adversary system of criminal proceedings commences, distinguishing itself at the outset from the inquisitorial system recognized in some countries. Under the system of warnings we delineate today or under any other system which may be devised and found effective, the safeguards to be erected about the privilege must come into play at this point....

Miranda v. Arizona

. . . [W]e hold that when an individual is taken into custody or otherwise deprived of his freedom by the authorities in any significant way and is subjected to questioning, the privilege against self-incrimination is jeopardized....”

Tradução livre: “... a persecução penal não pode utilizar declarações, sejam exculpatórias ou inculpatórias, decorrentes de interrogatório sob custódia do acusado, salvo se demonstrar o emprego de efetivas garantias procedimentais hábeis a proteger o direito contra a auto-incriminação. Por interrogatório sob custódia, referimo-nos a questionamentos que sejam iniciados por agentes públicos encarregados de fazer cumprir a lei depois de que uma pessoa foi levada presa... Para que as garantias procedimentais sejam tidas como empregadas... as seguintes medidas são necessárias. Antes de qualquer questionamento, o acusado deve ser advertido de que tem o direito a permanecer em silêncio, que qualquer declaração que venha a realizar pode vir a ser utilizada como prova contra ele e que tem o direito à assistência de um advogado, constituído ou nomeado. O acusado pode renunciar à aplicação desses direitos, desde que a renúncia seja feita de forma voluntária, consciente e com inteligência. Se, entretanto, ele demonstrar, de qualquer maneira ou em qualquer momento do procedimento, que ele deseja consultar um advogado antes de falar, não pode ser levado a efeito o questionamento. Da mesma forma, se o acusado está sozinho e demonstra de qualquer maneira que não deseja ser interrogado, a polícia não lhe pode questionar.

O simples fato de que o acusado possa ter respondido algumas perguntas ou realizado voluntariamente algumas declarações não lhe tolhe o direito de deixar de responder a ulteriores perguntas, até que consulte um advogado, sem prejuízo de que, depois disso, venha a consentir em ser questionado...

O direito previsto na 5ª Emenda é tão fundamental para o nosso sistema, em que há supremacia constitucional, e o expediente de dar a adequada advertência de modo a tornar eficaz o direito tão simples, que nós não pararemos para averiguar, em casos individuais, se o acusado estava ciente de seus direitos naquelas hipóteses em a advertência não seja dada.

As comunicações travadas entre Estado e preso estabelecem-se em momentos típicos previstos no CPP, revestindo-se de solenidades e de formalidades. Tais momentos típicos são, essencialmente, os seguintes: 1) interrogatório policial (artigo 6º, inciso V, do CPP); 2) acareação policial (artigo 6º, inciso VI, do CPP); 3) interrogatório judicial (artigo 185 e ss. do CPP); 4) acareação judicial (artigos 229 e 230 do CPP). Em todos tais momentos, incide o dever de comunicação acerca do direito a permanecer em silêncio, que deve restar de forma categórica certificada²⁵².

As relações comunicativas Estado-presos, tendo como objeto os fatos tidos como criminosos, não se podem levar a efeito fora dos momentos típicos, em *entrevistas informais*²⁵³ de quaisquer espécies: *primeiro*, porque haveria o descumprimento das formas previstas legalmente para o estabelecimento da relação de comunicação, do qual decorre, por conseguinte, a desconsideração dos diversos mecanismos de controle incidentes²⁵⁴; *segundo*, porque, em princípio, não haveria a assistência de

A advertência do direito a permanecer em silêncio deve ser acompanhada da explicação de que qualquer coisa que seja dita pode e será utilizada contra o acusado em juízo. Esta advertência é necessária de modo a torná-lo ciente não apenas de seu direito, mas também das consequências de deixá-lo de lado... Esta advertência pode servir para tornar o acusado mais rapidamente ciente de que ele está lidando com uma fase de um sistema acusatório – ele não está na presença de pessoas que estejam agindo somente em seu interesse...

Os princípios anunciados hoje tratam da proteção que deve ser dada ao direito contra a auto-incriminação quando uma pessoa é, primeiramente, submetida a interrogatório policial durante a prisão na delegacia ou de outra forma privado de sua liberdade de ação de qualquer modo significativo. É neste ponto que nosso sistema criminal de procedimentos acusatórios começa, distinguindo-se, desde o início, do sistema inquisitorial reconhecido em alguns países. Sob o sistema de advertência que delineamos hoje ou sob qualquer outro sistema que possa ser vislumbrado e tido como efetivo, as garantias a serem erigidas em favor do direito devem vir à tona a partir desse momento...

Miranda v. Arizona

... Nós decidimos que, quando alguém é levado preso ou de qualquer forma privado de sua liberdade pelas autoridades de qualquer maneira significativa e é submetido a questionamentos, o direito contra a auto-incriminação é posto em perigo..."

Recentemente, em *Dickerson vs. United States*, a Suprema Corte reafirmou a aplicação de *Miranda vs. Arizona*, afastando a Seção 3501 do *Crime Bill* de 1968, na qual se autorizava, em alguns casos, a utilização de confissões voluntárias sem que tivessem sido realizadas as *Miranda warnings* (advertências).

²⁵² Nos casos em que há dúvidas acerca de se o Estado, efetivamente, informou ao preso seu direito a permanecer em silêncio, ROXIN expõe que: "Resulta delicado que pueda afectarse la prohibición de valorar la declaración cuando hay dudas respecto al hecho de si se ha llegado a instruir al procesado. Aquí, no es directamente aplicable el principio *in dubio pro reo*, porque la duda no se refiere a la culpabilidad del procesado, sino a la existencia de una grave infracción procesal. Pero cuando lo dudoso es si los principios de la dignidad humana y del 'fair trial' se han cumplido, no resulta menos grave que la duda sobre la culpabilidad del procesado. A este respecto, abogo en estos casos por la aplicación analógica del principio *in dubio pro reo*. De esta forma, se evita la posibilidad al procesado de anular una confesión voluntariamente realizada, afirmando éste, posteriormente, que no habría sido instruido abiertamente de sus derechos, pues, si el funcionario público levanta un acta sobre la instrucción de los derechos del procesado y su interrogatorio, y ésta se firma, resulta clara la situación probatoria" (ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal*, Valência: Tirant lo Blanch, 2000, p. 128-129).

²⁵³ "Entrevistas informais" é um termo bastante empregado, em juízo, por policiais ao exporem que determinadas informações obtidas junto ao indiciado não se deram nos momentos previstos no CPP.

²⁵⁴ O estabelecimento das relações comunicativas nos momentos típicos perfaz, com efeito, elemento central da validade da prova então colhida, já que somente nesses momentos pode ser garantido, formal e

advogado, tida como constitucionalmente vinculante na prisão em flagrante, consoante mais à frente será exposto²⁵⁵; *terceiro*, porque haveria uma desconsideração da fragilidade²⁵⁶ a que se encontra submetido o preso, da qual decorre a exigência de que, para que do preso se obtenham provas auto-incriminatórias, respeite-se estritamente o regular procedimento previsto em lei²⁵⁷.

Em realidade, a se aceitar o emprego de entrevistas informais, abrir-se-ão portas para a realização de interrogatórios extra-oficiais, realizados no intuito de obtenção de provas e/ou de elementos a partir dos quais provas outras poderão ser produzidas²⁵⁸. O Estado não pode esconder o seu atuar na penumbra da ignorância ou da fragilidade do preso, valendo-se do susto, da pressão psicológica, da surpresa, da coação para a obtenção de provas

materialmente, o direito contra a auto-incriminação. Com efeito, para garantir um concreto respeito ao direito contra a auto-incriminação, apenas se os questionamentos se derem em meio ao procedimento previsto em lei encontrar-se-ão meios de controlar a atividade estatal.

²⁵⁵ Destaque-se, no ponto, a destacada função que a garantia da assistência de advogado desempenha em tais momentos: além de assegurar a necessária vigilância sobre as atividades estatais, trazendo consigo a potencialidade de evitar o emprego de instrumentos de coação contra o preso, permite-lhe o prévio e adequado aconselhamento jurídico cabível. Acerca do tema voltarei no Título "6" deste Capítulo.

²⁵⁶ A prisão constitui-se na restrição máxima ao princípio constitucional da liberdade de locomoção; retira-se, do sujeito, quase que de forma completa, a opção ir/permanecer. É levada a efeito pelo Estado por obra de uma delimitação espacial severa dentro da qual o corpo poderá ambular. Tem como objeto a assunção, quase que completa, da opção ir/permanecer pelo Estado. Dessa assunção de poder sobre o corpo decorre a fragilização do preso, que passa a se encontrar, praticamente, à estrita disposição do Estado. Por tal ótica, se não se restringirem as relações de comunicação com o preso, acerca dos fatos tidos como ilícitos, aos momentos legalmente para tanto previstos, restará o preso exposto, a todo e qualquer momento, à realização desses "interrogatórios extraoficiais", não havendo, por decorrência, nenhuma garantia de que serão seguidas as formalidades legais instituídas (aliás, a realização de um "interrogatório", nesse ambiente, perfaz a demonstração inequívoca da ausência de interesse estatal no cumprimento dos ditames legais incidentes). Ademais, o estabelecimento das comunicações em seus momentos legalmente previstos também permite sejam contrabalançadas as debilidades cognitiva e técnica padecidas por determinados presos, assegurando-se igualdade material no âmbito persecutório: se um magistrado ou membro do Ministério Público, uma vez presos, têm a exata dimensão das consequências de eventual auto-incriminação, encontrando-se em melhor posição de defesa, muito possivelmente um mendigo não tenha essa compreensão.

²⁵⁷ Devem-se diferenciar, contudo, as "entrevistas informais", que pressupõem um investigado, das meras perguntas de orientação feitas por policiais na cena do crime, realizadas quando não há, ainda, nenhuma imputação a quem quer que seja. No que tange às meras perguntas de orientação, não incide, ainda, o direito a ser informado o direito a permanecer em silêncio, uma vez que, ainda, não há investigado em favor de quem possa incidir o direito fundamental contra a auto-incriminação. Nas palavras de ROXIN: "Tampoco las preguntas que se realizan sobre los detalles del hecho y que realiza el policía a quien se ha llamado al lugar del suceso, sin que exista aún ningún imputado, constituyen interrogatorio, ni requieren una instrucción previa de derechos. Si alguien, frente a estas preguntas de orientación, realiza declaraciones inculpatórias, podrán éstas ser utilizadas en un proceso. La obligación de instruir respecto a los derechos del imputado, con el consiguiente efecto de no poder ser usada procesalmente la declaración realizada sin una previa instrucción, nace cuando alguien pasa de ser considerado testigo a imputado. Esto sucedería ya en el caso en que se preguntara a alguien sobre el que recae ya una concreta sospecha. No es preciso, por tanto, una incriminación formal o una designación concreta como 'imputado'" (*La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal*, p. 144-145).

²⁵⁸ Observa-se, embora se acredite seja uma prática policial pouco usual, que alguns desses "interrogatórios extra-oficiais", especialmente aqueles que são levados a efeito mediante tortura, não são empregados com o fim de serem, de qualquer modo, referidos em juízo. Trata-se, no mais das vezes, de uma "estratégia" que, ciente da ilicitude originária, que é deliberadamente descartada posteriormente, serve-se da colheita junto ao indiciado de elementos de informação a partir do quais será realizada a colheita de elementos outros de prova que, daí sim, serão empregados em juízo.

"devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura". 44. São requisitos do interrogatório policial, da ausência dos quais pode decorrer a nulidade do ato e a conseqüente desconsideração dos elementos informativos nele colhidos, se invocados pela acusação: é o que Ada Grinover - na senda de Nuvolone - chama "prova ilegítima" - a tomada com inobservância de imperativos ou vedações processuais, para distingui-la da prova ilícita. 45. O interrogatório é a única forma legal de tomada, no inquérito policial, de declarações do indiciado: nele, não há espaço para acolher como declarações do indiciado - e menos ainda para validar eventual confissão nelas contida -, o registro, gravado ou não, de "conversa informal" dele com policiais. 46. A Constituição, no entanto, aditou outra exigência essencial à valoração no processo de declarações do indiciado ou do réu, ao erigir, como garantia fundamental do acusado: "Art. 5º (...) LXIII. o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado..." 47. Elevando aí o nemo tenetur se detegere à alçada de garantia fundamental - além da inconstitucionalidade superveniente, consensualmente admitida, da parte final do art. 186 C.Pr.Pen-, a Constituição - na linha da construção da jurisprudência americana, a partir dos famosos casos Escobedo vs Illinois (378 U.S. 478 (1964) e Miranda vs Arizona (384 U.S. 436 (1969) -, impõe ao inquiridor, na polícia ou em juízo, o dever de advertência ao interrogado de seu privilégio contra a auto-incriminação. 48. A falta da advertência - e, como é óbvio, da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o acusado, ainda quando observadas as formalidades procedimentais do interrogatório (destaquei).

Não se resume, no entanto, a incidência da regra "2.1" aos momentos típicos, nos quais há questionamentos estatais: o dever de informação acerca da direito de permanecer em silêncio atinge o Estado desde o momento da realização da prisão-captura. A regra "2.1" estabelece, também, uma exigência de *fair play*; não se há esconder, pela omissão, a informação devida: mesmo que não haja questionamentos, cabe ao Estado informar ao preso seu direito, sua opção em permanecer, ou não, em silêncio. Há expressa exigência constitucional de informação: não pode o Estado deliberadamente restar silente, deixando de promover a informação constitucional devida, para ficar a observar o preso, esperando eventual manifestação auto-incriminatória. Até pode o preso vir a, por vontade sua, se manifestar acerca do fato criminoso: antes disso, contudo, deve o Estado dar-lhe ciência acerca de seu direito a não se incriminar.

2.2. DAS CONSEQUÊNCIAS DO DESATENDIMENTO DA NORMA

O direito contra a auto-incriminação, que tem, como estado defensivo possível, o direito a permanecer em silêncio, não resume seu campo de

auto-incriminatórias: somente no âmbito do procedimento estabelecido em lei podem ser tidos como lícitos os questionamentos estatais.

Nesse contexto, se um agente público, tal como um policial, realizar questionamentos ao preso fora dos momentos típicos previstos legalmente, os elementos de informação de aí decorrentes não poderão ser utilizados contra o preso. Assim, jamais as respostas a esses questionamentos poderão vir travestidas, para o inquérito/processo, valendo-se da forma típica de um testemunho prestado pelo agente público. Seria absurdo reconhecer a ilicitude da entrevista informal (da qual decorre a ilicitude da prova colhida) e, ao mesmo tempo, autorizar que tais dados colhidos ilicitamente ingressem no inquérito/processo por intermédio de "testemunho" a ser prestado pelo perpetrador da ilicitude. Eventual testemunho que seja realizado nesse contexto apenas servirá para um único fim: demonstrar a ilicitude da entrevista informal realizada. Acerca da ilicitude dos elementos de informação colhidos a partir de uma entrevista informal, em precedente bastante elucidativo, no qual, ainda, se sublinhou a imprescindibilidade do atendimento ao dever de informação do direito a permanecer em silêncio, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no HC 80.449-9/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14.12.2001, decidiu que:

(...)

III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais.

3. Ilcitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" subreptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio.

4. O privilégio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. (...)

No voto do relator, colhe-se que:

43. Regulando o inquérito, dispõe o C. Pr. Pen. que, entre outras diligências de investigação, deve a autoridade que o dirija "ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII deste Livro" - é dizer, das regras que disciplinam o interrogatório do acusado pelo Juiz (arts. 185 ss) -

incidência às hipóteses em que se dá a segregação de alguém. Pelo contrário, o direito contra a auto-incriminação, gênero do direito a permanecer em silêncio, aplica-se em favor de todos, independentemente de que se esteja, ou não, com a liberdade de locomoção restringida, consubstanciando um dos consectários do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, observa-se que tal direito, embora tido, expressamente, na Constituição, como sendo de necessária informação (a regra “2.1”) e observância em casos de prisões, mantém uma relação de pertinência *indireta* com a restrição à liberdade de locomoção, que lhe é accidental para incidência.

Em realidade, o direito a ser informado do direito a permanecer em silêncio não perfaz elemento de validade formal da prisão: é elemento central de validade da possível auto-incriminação havida.

Com efeito, sem o respeito ao dever de comunicação constitucional referido, os elementos de informação que de aí advierem não apresentarão nenhuma relevância probatória contra o preso: se os questionamentos (que se devem dar nos momentos para tanto previstos no ordenamento jurídico) não forem precedidos da advertência do direito a permanecer em silêncio, eventuais respostas concedidas pelo preso são contra ele imprestáveis para quaisquer fins probatórios²⁵⁹.

Por conseguinte, os elementos de informação obtidos com violação a essa garantia redundam na imprestabilidade da utilização deles para a lavratura do auto de prisão em flagrante. Se a prisão-captura deu-se, exclusivamente, com base em informações colhidas do próprio preso, ao arrepio da prévia comunicação constitucional, a prisão-administrativa que de aí decorrer será nula. Se não se deu exclusivamente com base nas informações colhidas do preso em tais condições de ilicitude, a prisão-administrativa estará a depender da suficiência de elementos válidos de informação para sua realização²⁶⁰.

²⁵⁹ Disso decorre, por sua vez, o “deterrent effect” do direito americano, que, nas palavras de GARCIA MORILLO, funda-se na compreensão de que “sólo la amenaza de que las pruebas ilícitamente obtenidas serían excluidas constituiría ‘una disuasión racional’ susceptible de estimular la legalidad del comportamiento de la policía o el que la policía fuese efectivamente entrenada en el respecto de los *standards* de protección de los derechos fundamentales” (*El derecho a la libertad personal*, p. 243). GARCIA MORILLO afirma, ainda, que o “deterrent effect”: “... aleja de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la tentación de desconocer o postergar, en aras de una supuesta mayor eficacia, el necesario respeto a los derechos fundamentales. En efecto, es poco dudoso que esta tentación, siempre presente en todos los tiempos y en todas las partes, será menor, y hasta cabe esperar que desaparezca, si los agentes de tales fuerzas llegan no ya a conocer, sino a interiorizar, que la vulneración de los derechos fundamentales del sospechoso o del detenido llevará aparejada, muy posiblemente, la anulación de la prueba y su consiguiente absolución, por más culpable que en realidad sea. La absolución, en estos casos, de quienes sean culpables es el – muy rentable – precio a pagar no ya por la protección de los derechos de todos, y especialmente de los de quienes sean inocentes, sino también por la certeza de que quienes han de proteger nuestra seguridad no se verán tentados de desconocer o vulnerar nuestros derechos” (*El derecho a la libertad personal*, p. 132).

²⁶⁰ Outrossim, cabe dizer que todos os elementos de informação que derivarem de tal violação também serão

3 Da garantia da comunicação imediata da prisão à autoridade judiciária competente

Releia-se a regra “3”:

imprestáveis para servirem como prova contra o preso. No direito norte-americano, a teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree) encontra-se sendo aplicada há décadas (v. g. *Wong Sun vs. United States* – 371 US 471, 487 – de 1962). Funda-se na contaminação por derivação de todas as provas que provenham, por uma linha de causalidade, de uma prova ilícitamente obtida, constituindo-se em uma das teorias que compõem a exclusionary rule, que, conforme referido no caso *Arizona vs. Evans* (514 US 1 (1995)), “was historically designed as a means of deterring police misconduct”²⁶⁰ (tradução livre: “foi historicamente desenvolvida como um meio para deter ações policiais ilícitas”). Com efeito, consoante se observa em *United States vs. Calandra* (441 US 338), “the exclusionary rule, under which evidence obtained in violation of the Fourth Amendment or the fruits of such evidence cannot be used in a criminal proceeding against the victim of the illegal search and seizure, is a judicially created remedy designed to safeguard Fourth Amendment rights generally through its deterrent effect on future unlawful police conduct” (tradução livre: “a regra de exclusão (de provas), a partir da qual uma prova obtida com violação à Quarta Emenda ou os frutos derivados de tal prova não podem ser utilizados em um procedimento criminal contra a vítima de ilegal busca e apreensão, é um remédio judicial criado com a finalidade de salvaguardar os direitos previstos na Quarta Emenda, especialmente através de seu efeito dissuasório sobre futuras condutas policiais ilícitas”). Apresenta, como exceções à aplicação, aquelas hipóteses em que o nexo de causalidade entre a prova ilícita e as demais (estas licitamente obtidas) ou é excluído ou é amainado com extremo rigor. Tais hipóteses de exceção consubstanciam a *independent source* (v. g. *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* – 251 US 385,392) e a *inevitable discovery* (v. g. *Nardone vs. United States*, 308, US 338,341). A *independent source*, como o próprio nome traz (fonte independente), afasta, absolutamente, a relação de causalidade entre a prova ilícita e a prova sobre a qual se aprecia a licitude, negando que esta derive daquela. A *inevitable discovery* (descoberta inevitável), por sua vez, tem que, utilizando-se as palavras do Justice Brennan no caso *Wong Sun vs. United States*, “the connection between the lawless conduct of police and the discovery for the challenged evidence has ‘become so attenuated as to dissipate the taint’” (tradução livre: “a conexão entre a conduta ilícita da polícia e a descoberta da prova desafiada tornou-se tão atenuada ao ponto de dissipar a mácula”).

A referida teoria encontra franca aplicação no Supremo Tribunal Federal, conforme dão conta, exemplificativamente, os seguintes precedentes: HC 72.588/PB, Pleno, Rel. Maurício Correia, DJ de 04.08.2000; HC 74.116/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 14.03.1997, p. 6903.

Com efeito, no direito brasileiro, no direito à vedação à utilização de provas ilícitas (artigo 5º, inciso LVI, da CF) encontra-se, também, a vedação à utilização das provas derivadas da prova ilícita, inicialmente, colhida.

O direito fundamental previsto no inciso LVI do artigo 5º da CF, além de vir a proteger a esfera jurídica daquele contra quem a prova é produzida, visa a, também, forçar a persecução penal a que, para a obtenção de provas, aja, *sempre*, dentro da licitude; a não se aceitar, como presente no conteúdo do inciso LVI do artigo 5º da CF, a vedação à utilização da prova derivada da prova ilícita, estar-se-ia a esvaziar completamente o alcance normativo do próprio direito fundamental, isso porque, ao final, permitir-se-ia à persecução penal que viesse a burlar a vedação prevista no inciso LVI do artigo 5º da CF utilizando-se, de maneira reflexa, justamente da prova ilícita a que estava impedida de obter, já que dela (da prova ilícita) é que decorreriam as provas em que se fundaria para requerer a condenação de alguém.

Ademais, devido à causalidade decorrente entre a prova ilícita e as demais, mesmo que se desconsiderasse a prova ilícita em si mesma, continuaria ela a ter relevância no processo, já que seus frutos, as demais provas, que são reflexos dela, serviriam como base para um decreto condenatório.

Em verdade, na história relevante a partir da qual teriam surgido as demais provas, jamais se conseguiria apagar a gênese espúria de todas elas, que seriam fruto de uma violação frontal ao direito fundamental previsto no inciso LVI do artigo 5º da CF. Por conseguinte, a não se aceitar, no conteúdo do inciso LVI do artigo 5º da CF, a vedação à utilização das provas decorrentes da prova ilícita, estar-se-ia, em última análise, a admitir que, de uma violação a direito fundamental levada a efeito por parte da persecução penal, poderiam surgir, justamente em detrimento daquele que teve violado o direito fundamental, provas que contra si viriam a ser utilizadas em procedimentos criminais.

Para a persecução penal, o meio por esta empregado para agir assume especiais contornos. Não pode a persecução penal violar o tantas vezes referido direito fundamental, desconsiderando a esfera jurídica do investigado, que deixa de ser tido como um fim em si mesmo e que passa a ser tido como mero objeto (uma vez que não se leva em conta a incidência de um direito fundamental seu), para, após, vir à tona clamar pela aplicação da lei penal, valendo-se, então, de provas cuja colheita só se fez possível a partir da violação de um direito fundamental. Para a persecução penal, o fim não justifica os meios.

Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este comunicar imediatamente sua prisão e o local em que se encontre ao juiz competente.

Essa norma, no âmbito infraconstitucional, é desdobrada em dois comandos distintos, que incidem, por seu turno, em momentos diversos, nos termos do artigo 306, *caput* e parágrafo 1º, primeira parte, do CPP, com a redação conferida pela Lei 11.449/2007:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.

§ 1º. Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Ocorre, pois, em um primeiro momento, o dever de comunicação imediata da mera realização da prisão-captura²⁶¹ à autoridade judicial (dever previsto no *caput* do artigo 306 do CPP), que se opera quando a autoridade policial decide pela lavratura do auto de prisão em flagrante²⁶²; em um segundo momento, ocorre o dever de comunicação e de envio da prisão-administrativa²⁶³ (que se realiza após a constituição do auto de prisão em flagrante) à autoridade judicial (dever previsto na primeira parte do parágrafo 1º do artigo 306 do CPP), medida esta que se deve dar, no máximo, 24 horas após a efetuação da prisão-captura.

Assim, duas regras podem ser enunciadas do disciplinamento feito em nível infraconstitucional:

Regra 3.1

Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este comunicar imediatamente a prisão-captura e o local em que se encontre ao juiz competente.

Regra 3.2

Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este comunicar ao juiz competente, imediatamente, a prisão-administrativa, no prazo máximo de 24 horas, contado da prisão-captura, comunicação esta que deverá vir acompanhada do auto de prisão em flagrante e da informação do local em que se encontre.

A comunicação imediata da prisão-captura (*caput* do artigo 306 do CPP) traz publicidade e controle à restrição à liberdade de locomoção em curso. Mesmo que a autoridade judicial não tenha, ainda, meios para analisar, a fundo, a licitude da prisão-captura levada a efeito, o mero fato de ela já ter sido comunicada do procedimento de formalização da restrição (a lavratura do auto de prisão em flagrante) atualiza a responsabilidade da autoridade policial no cumprimento de seus deveres administrativos, que, ademais, deverá ser eficiente para respeitar o prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão-captura, para enviar, para conhecimento judicial, a prisão-administrativa (parágrafo 1º, primeira parte, do artigo 306 do CPP).

O envio da prisão-administrativa à cognição judicial, que perfaz o objeto da segunda comunicação exigida, por seu turno, consubstancia um automático procedimento:

1) de verificação sobre a *licitude* da prisão (oportunizando a incidência do disposto no inciso LXV do artigo 5º da CF - *a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*)

2) de verificação sobre a presença das condições fáticas e jurídicas autorizadas da manutenção da segregação (oportunizando a incidência do disposto no inciso LXVI do artigo 5º da CF - *ninguém será mantido na prisão, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*).

O envio da prisão-administrativa à autoridade judicial competente remete a prisão-administrativa à fase judicial²⁶⁴. Retornando-se à reserva de jurisdição, ao juiz incumbe realizar uma análise retrospectiva da constitucionalidade/legalidade da restrição à liberdade de locomoção havida com base na prisão em flagrante. Se reconhecer a licitude da segregação, ao homologar a prisão em flagrante, deixará imediatamente para trás esse sistema excepcional de restrição à liberdade de locomoção, ingressando no sistema normativo das prisões cautelares; estas, tidas como excepcionais, somente poderão ser decretadas: se se estiver diante de um caso em que a prisão cautelar seja autorizada; se não se estiver diante de um caso em que seja devida a liberdade provisória²⁶⁵.

Assim, toda a prisão em flagrante submete-se a uma compulsória e imediata verificação judicial de sua constitucionalidade/legalidade, que se constitui em direito fundamental do preso. Em verdade, a sistemática submissão à autoridade judicial da prisão em flagrante, em última análise,

²⁶¹ Acerca do conceito de prisão-captura, ver Título 5.1.1 do Capítulo II.

²⁶² Acerca do tema, ver Título 5.1.3 do Capítulo II.

²⁶³ Acerca do tema, ver Título 5.1.6 do Capítulo II.

²⁶⁴ Tal como visto no título 5.1.6 do Capítulo II.

²⁶⁵ Acerca do tema, ver Títulos 5.2.3 e 5.2.4 do Capítulo II.

incorpora o estabelecimento de um procedimento de *habeas corpus* obrigatório²⁶⁶. O circuito prisão/apresentação do preso às autoridades judiciárias, no caso da prisão flagrante, tornou-se um dever estatal, havendo um compulsório controle judiciário *a posteriori* nesses casos.

Em que pese, no direito brasileiro, o envio da prisão-administrativa supra a necessidade da apresentação física do preso²⁶⁷, uma vez que dela se prescinde para a imediata deliberação judicial acerca da restrição à liberdade

²⁶⁶ Com efeito, é preciso relembra que o *habeas corpus*, em sua conformação prevista na Lei de 1679, era medida que tinha por desiderato, exatamente, o estabelecimento de um procedimento que impunha, pela apresentação em juízo do preso, expostas as "verdadeiras causas da detenção ou da prisão", uma definição célere sobre a legalidade de determinada prisão, *in verbis*:

"Considerando que tem havido, por parte dos xerifes, carcereiros e outros funcionários, encarregados de custodiar os súditos de Sua Majestade quando acusados de crimes efetivos ou supostos, grande demora em responder aos mandados judiciais (*writs*) de *habeas corpus* a eles mandados, contrariamente a seus deveres e às leis conhecidas do país, em razão do que vários súditos de Sua Majestade ficam detidos em cárcere por longo tempo, quando podiam obter fiança, o que lhes cria grandes ônus ou vexames,

...

(1) Toda vez que alguma pessoa ou pessoas apresentarem um *habeas corpus* a algum xerife ou xerifes, carcereiro, ministro ou quaisquer outras pessoas, em favor de alguém mantido em sua custódia, e dito *writ* for notificado a tais funcionários, ou deixado na prisão com algum funcionário subordinado, estes funcionários devem, dentro de três dias do recebimento da notificação ..., após o pagamento ou oferta das custas correspondentes ao transporte de dito prisioneiro, ... conduzir, ou fazer com que seja conduzido o paciente em pessoa perante o Lorde Chanceler, ou, interinamente, perante o Lorde Guardião do grande sinete da Inglaterra, ou os juizes ou barões do tribunal que deve expedir dito mandado, ou perante a pessoa ou as pessoas às quais dito mandado deve ser devolvido, de acordo com o seu teor, devendo, igualmente, certificar as verdadeiras causas da detenção ou prisão ..."

(tradução de COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 87-88).

Acerca da história do *habeas corpus*, ver PONTES DE MIRANDA, *História e Prática do Habeas-Corpus*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1951.

²⁶⁷ Na Alemanha, dá-se a apresentação física do preso. O artigo 104, 2, da Lei Fundamental determina que "la policía no podrá por su propia autoridad (aus Machtvollkommenheit) mantener detenido a nadie mas allá de la expiración del día siguiente al de la detención", apresentando, então, o preso ao juiz. A Seção 128 do CPP Alemão, nesse sentido, estabelece que:

Section 128. [Appearance Before the Judge]

(1) The arrested person shall, without delay, be brought before the judge of the Local Court in whose district he was arrested at the latest on the day after his arrest, unless he has been released. The judge shall examine the person brought before him in accordance with Section 115 subsection (3).

(2) If the judge does not consider the arrest justified, or if he considers that the reasons therefore no longer apply, he shall order release. Otherwise he shall issue a warrant of arrest or a committal order upon application by the public prosecution office or, if the public prosecutor cannot be reached, ex officio. Section 115 subsection (4) shall apply *mutatis mutandis*.

Tradução livre: "Seção 128. [Apresentação ao juiz]

(1) A pessoa presa será, sem atraso, trazida à presença do juiz da corte local à qual pertença o distrito no qual a pessoa foi presa, no máximo, no dia seguinte à prisão, salvo se o acusado já foi liberado. O juiz ouvirá a pessoa trazida à sua presença em conformidade com a Seção 115, subseção (3).

(2) Se o juiz não considerar a prisão justificada, ou considerar que as razões que autorizaram a prisão não mais se encontram presentes, deve ordenar a liberação. Caso contrário, ele expedirá um mandado de prisão ou será expedida pelo Ministério Público uma medida de segurança ou, se o promotor não for contactado, de ofício pelo juiz".

de locomoção, pode-se dar hipótese em que a própria apresentação física do preso seja determinada pela autoridade judiciária com vistas à obtenção de melhores esclarecimentos acerca de dados relevantes para a apreciação da constitucionalidade/legalidade da segregação operada. Para que tanto seja possível, aliás, a Constituição é expressa ao determinar que ao juiz deve ser informado o local em que o preso se encontra²⁶⁸.

3.1. DO MOMENTO DA INCIDÊNCIA DO DEVER DE COMUNICAÇÃO DA PRISÃO À AUTORIDADE JUDICIÁRIA COMPETENTE.

Como visto, infraconstitucionalmente, tal como previsto pelo artigo 306, *caput* e primeira parte do parágrafo 1º, do CPP, com a redação que recebeu da Lei 11.449/2007, o dever de comunicação da prisão à autoridade judiciária competente desdobra-se, em realidade, no dever da realização de duas comunicações, que se dão em momentos distintos e com finalidades distintas, a saber: a primeira, a comunicação da prisão-captura; a segunda, a da prisão-administrativa.

No momento exato em que a autoridade policial decide pela lavratura do auto de prisão em flagrante, mantendo, pois, a prisão-captura, incide o dever de imediata comunicação dessa prisão-captura à autoridade judicial (*caput* do artigo 306 do CPP). Nessa comunicação, a autoridade judicial deverá ser informada dos dados disponíveis identificativos do preso e do local em que ele se encontra, assim como do fundamento provisório da prisão-captura (o possível fato ilícito cometido) e do momento temporal em que se efetuou a prisão-captura, informação esta última que permitirá, exatamente, o controle, por parte da autoridade judiciária, do prazo máximo de 24 horas para o envio da prisão-administrativa.

Já o envio da prisão-administrativa, objeto da segunda comunicação exigida, que se deve dar até o máximo de 24 horas contadas da efetuação da prisão-captura, visa, por sua vez, ao estabelecimento, primeiramente, de uma análise retrospectiva judicial de toda a atividade administrativa segregatória; assim, a comunicação final à autoridade judicial está a depender da constituição da prisão-administrativa, quando, então, se encontrará estabilizada a restrição à liberdade de locomoção.

²⁶⁸ Sem prejuízo disso, pode acontecer hipótese em que o preso requeira contato direto com a autoridade judiciária com vistas à *autodefesa* de seu *direito à liberdade de locomoção*, o que encontra abrigo no disposto no artigo 7º, item 5, primeira parte, do Pacto de San José da Costa Rica, que foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 27, de 1992, e que foi promulgado pelo Decreto nº 678, também de 1992:

5) Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade pela lei autorizada a exercer funções judiciais...

Nessa hipótese, o exercício da autodefesa da liberdade de locomoção constitui-se em *faculdade* atribuída ao preso, que não pode ser desconsiderada em face do disposto na norma acima transcrita.

promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora.

Como leciona PONTES DE MIRANDA, a comunicação imediata da prisão tinha nítida natureza substitutiva da nota de culpa. Com efeito, era-lhe bem superior na proteção da liberdade de locomoção, uma vez que independeria de qualquer ação do preso nesse sentido, não se vinculando a nenhum prazo²⁷¹.

A Constituição outorgada de 1937, contudo, nada dizia sobre o dever de comunicação imediata da prisão, nem sobre a nota de culpa. Sob a égide dessa Constituição, a Polaca, veio a lume o CPP, que, no seu artigo 306, que manteve sua redação até 15 de janeiro de 2007 (até a publicação da Lei 11.449/2007), voltou a disciplinar, todavia, que,

dentro de 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será dada ao preso nota de culpa assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

Da mesma forma, o artigo 307 do CPP passou a exigir a remessa imediata do auto de prisão em flagrante à autoridade judicial competente:

Art. 307. 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 auto²⁷².

Assim sendo, tanto a realização da comunicação imediata à autoridade judicial quanto o fornecimento da nota de culpa passaram a consubstanciar somente exigências infraconstitucionais, sendo reguladas, de toda maneira, distintamente pelo CPP.

Retomando a linha democrática, a Constituição de 1946 seguiu os passos, no tópico, da de 1934, exigindo a realização da comunicação imediata da prisão à autoridade judicial competente; lê-se em seu artigo 141, parágrafo 22, que:

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

Não bastasse isso, voltou, ainda, a consignar a nota de culpa como um dos meios para o exercício do direito de defesa. Assim, ao lado do

Dessa maneira, com a comunicação da prisão-administrativa, uma vez devidamente constituída a restrição, é que seguem para o conhecimento judicial todos os documentos que formalizaram a segregação (tais como o auto de prisão em flagrante, consoante expressa exigência legal), apontando-se as razões e os elementos de informação que ensejaram a prisão de alguém, indicando-se, ainda, o local em que o preso se encontre custodiado.

Não há solução de continuidade entre a constituição da prisão-administrativa e o envio dela ao conhecimento da autoridade judicial²⁶⁹, havendo, aliás, expressa exigência constitucional de que essa comunicação se dê imediatamente. O que existe é um prazo máximo, estabelecido em nível infraconstitucional, de que o período para a realização dessa comunicação não supere o interstício de 24 horas, contadas da efetuação da prisão-captura (parágrafo 1º, primeira parte, do artigo 306 do CPP).

A Lei 11.449/2007, ao estabelecer o dever da realização de duas distintas comunicações à autoridade judicial, acabou por espantar dúvidas que vinham de um já longo debate travado no direito brasileiro: se o prazo estabelecido para a apresentação da nota de culpa ao preso, que é de 24 (vinte e quatro) horas, seria o mesmo para a comunicação imediata da prisão em flagrante à autoridade judicial²⁷⁰.

A nota de culpa insere-se, na tradição constitucional brasileira, como um dos meios assegurados para o exercício do direito de defesa do preso; na Constituição de 1891, dizia o artigo 72, parágrafo 16, que:

Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas.

A comunicação da prisão em flagrante ingressa, por seu turno, no constitucionalismo brasileiro por intermédio da Constituição de 1934, inaugurando o estabelecimento de uma forma automática e imediata de verificação da licitude da prisão ocorrida, independentemente de qualquer ação que viesse a ser tomada pelo preso para a defesa da liberdade de locomoção; disciplinava o artigo 113, 21, 2ª parte, daquela Constituição que:

A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e

²⁶⁹ E, tal como exposto nos Títulos 5.1.3 e 5.1.5, não há, tampouco, solução de continuidade entre a *prisão-captura* e a *apresentação* do preso à autoridade policial, nem entre esta e a lavratura do auto de prisão em flagrante.

²⁷⁰ BRANCO, acerca das bases dessa interpretação, para posteriormente dela discordar, narra que "a maioria dos julgados e dos doutrinadores, em função do prazo estabelecido para entrega da nota de culpa (vinte e quatro horas), fixa, nesse limite, o lapso de tempo dentro do qual a prisão em flagrante deva ser comunicada ao juiz competente" (*Da prisão em flagrante*, p. 130).

²⁷¹ *Comentários...*, p. 220.

²⁷² Acerca do alcance desse artigo, ver Título 7.3 à frente.

estabelecimento do procedimento automático de verificação da legalidade da prisão, a nota de culpa veio a reforçar a proteção da liberdade de locomoção:

§ 25 - É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.

A Constituição de 1967, em seu artigo 150, parágrafo 12, (cuja redação foi nos mesmos termos mantida, então, no artigo 153, parágrafo 12, pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969), também caminhou pela senda da necessária comunicação imediata, silenciando, entretanto, com relação à nota de culpa:

§ 12 - A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal.

A Constituição de 1988 manteve a determinação de que a prisão fosse imediatamente comunicada à autoridade judicial, silenciando acerca da nota de culpa, que se encontra regulada, mesmo em face da nova redação trazida pela Lei 11.449/2007, no CPP, tal como se encontrava nos idos de 1941.

Assim, se, com relação à nota de culpa, tem-se, tal como previsto nas Constituições de 1891 e de 1946, que o prazo para a sua passagem ao preso pode ser de até 24 horas, todas as Constituições a partir de 1934, à exceção da de 1937, exigiram, como visto, que a prisão fosse comunicada imediatamente à autoridade judiciária.

Nesse contexto, devia se divisar a nota de culpa da comunicação da prisão em flagrante. A nota de culpa foi e deve ser tida como um dos meios assegurados para o exercício do direito de defesa do preso. Documenta a tomada de conhecimento do preso acerca de dados relevantes da prisão, permitindo-lhe que lance mão dos instrumentos que entenda cabíveis para a defesa de sua liberdade de locomoção. Já a comunicação da prisão em flagrante, por sua vez, consubstancia elemento desencadeador tanto de um procedimento de controle e de publicidade da prisão-captura quanto de um procedimento automático de verificação da constitucionalidade/legalidade da restrição à liberdade de locomoção, após o qual, na reserva de jurisdição, decidir-se-á acerca da manutenção da prisão a teor do disposto no inciso LXVI do artigo 5º da CF²⁷³.

²⁷³ Nesse sentido, ver Títulos 5.1.6, 5.2.1 e 5.2.3 do Capítulo II.

Dessa maneira, cumpriam e cumprem funções distintas, sendo reguladas de formas distintas, não havendo como desfigurar o direito fundamental à comunicação imediata da prisão de modo a tratá-lo como o direito ao recebimento da nota de culpa, empregando a regulação deste para restringir o alcance daquele. Não havia, com efeito, como transformar o termo “*imediatamente*”, tal como previsto constitucional e legalmente, em “*dentro de 24 horas*”; comunicar-se imediatamente a prisão à autoridade judicial difere solarmente de comunicar-se dentro de 24 horas a prisão: o dever de comunicação imediata da prisão não autorizava qualquer espera, ao contrário do prazo de 24 horas da nota de culpa²⁷⁴. Nessa linha, PONTES DE MIRANDA, apreciando o artigo 153, parágrafo 12, da Constituição de 1967, já sob a égide da emenda nº 1 de 1969, acerca das origens do dever de comunicação imediata, expôs que:

'Imediatamente', que se lê no texto, é mais do que logo; logo era o que estava no Anteprojeto da Constituição de 1934 e tirou-se logo, para se pôr imediatamente, que não admite apreciação subjetiva do que deva decorrer após a prisão ou detenção. A autoridade prende, ou detém, mas imediatamente comunica. Não passou a concessão do prazo de vinte e quatro horas, que se propusera, para que se comunicasse o juiz a prisão ou detenção; o que venceu foi a comunicação imediata. Assim, terminada a lavratura do auto de flagrante, deve a autoridade comunicar, ato contínuo, a prisão ao juiz competente...²⁷⁵.

A Lei 11.449/2007, de toda maneira, veio a acabar com essa discussão, regulamentando o direito fundamental à comunicação da prisão de modo a atender ao comando constitucional de *imediatidade* de acordo com dois marcos temporais distintos: o da prisão-captura e o da prisão-administrativa.

Para a prisão-captura, desenvolveu-se o disciplinamento previsto no *caput* do artigo 306 do CPP: definida a licitude da prisão-captura pela autoridade policial (que formalizará, a seguir, a restrição por intermédio da lavratura do auto de prisão em flagrante), surge o dever de imediata comunicação dessa restrição à autoridade judicial. É evidente que, se a autoridade policial verificar, por razões as mais diversas, que não é válida a

²⁷⁴ Assim, tal como enfatizado por MELLO, “a praxe, ilegitimamente, consagrou o prazo de vinte e quatro horas. Essa dilação temporal, além de abusiva, é evidentemente inconstitucional” (MELLO, Celso, *Constituição Federal Anotada*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 446). Também nesse sentido, BRANCO anota que “... a Constituição não estabelece nenhum prazo de vinte e quatro horas. Disso resulta que a comunicação deverá ser feita imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, e, sendo admissível que possa ser lavrado dentro do prazo de vinte e quatro horas, consente-se, também, que, nesse prazo, se efetive a comunicação da prisão. Em outras palavras: o que a Lei Maior não tolera é que alguém seja enviado ao cárcere sem a imediata comunicação do fato ao juiz competente. Assim, se alguém for preso em flagrante e remetido à prisão, não é cabível aguardar mais tempo para enviar a comunicação, nem que ainda falem muitas horas para o preenchimento das vinte e quatro horas, dentro das quais deve ser entregue a Nota de Culpa” (*Da prisão em flagrante*, p. 130).

²⁷⁵ *Comentários...*, p. 225.

prisão-captura que lhe é apresentada, restabelecerá, imediatamente, a liberdade de locomoção do preso, sendo dispensada a comunicação prevista no *caput* do artigo 306 do CPP, uma vez que prejudicada. Destaque-se, assim, que a *imediatidade* da comunicação, prevista no *caput* do artigo 306 do CPP, tem como parâmetro a prisão-captura, sendo-lhe temporalmente extremamente próxima.

Já para a prisão-administrativa, a comunicação dela, que se dá juntamente com o envio de todos os seus documentos consubstanciadores, tem, como momento do surgimento do dever, o da sua constituição definitiva, que se dá após a lavratura do auto de prisão em flagrante, quando a autoridade policial realiza o juízo administrativo previsto na primeira parte do parágrafo 1º do artigo 304 do CPP (“resultando das respostas fundada suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão...”). Só que o parágrafo 1º, primeira parte, do artigo 306 do CPP, inserido pela Lei 11.449/2007, vem a exigir mais: esta segunda comunicação, que depende da constituição da prisão-administrativa, não poderá ultrapassar o prazo de 24 horas contados da realização da prisão-captura. Vale dizer: essa segunda comunicação deve ser feita imediatamente após a constituição da prisão-administrativa e antes de vencido o prazo de 24 horas, que é contado do momento da realização da prisão-captura.

Assim, não mais subsiste qualquer possibilidade de se argumentar no sentido de que poderia ser realizada a comunicação da prisão em flagrante no prazo de até 24 horas da sua lavratura. Não. A mera realização da prisão-captura e a sua manutenção pela autoridade policial já consubstanciam elementos aptos a desencadear o dever de comunicação (artigo 306, *caput*, do CPP), que ressurgir, sobre outro fundamento e para outra finalidade, com a constituição da prisão-administrativa (artigo 306, parágrafo 1º, primeira parte, do CPP).

3.2. DAS CONSEQUÊNCIAS DO DESATENDIMENTO DA NORMA

Trata-se, como visto, o dever de imediata comunicação da prisão, de dois comandos distintos, operando em momentos diversos, com base em fundamentos diferenciados e com objetivos diferentes.

O desrespeito ao dever de comunicação da prisão-captura (*caput* do artigo 306 do CPP) impede que se dê a devida publicidade e o devido controle sobre restrição à liberdade de locomoção em andamento (v.g., como o controle a ser efetuado pelo juízo do prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão-captura, para que a autoridade policial envie, para

conhecimento judicial, a prisão-administrativa – parágrafo 1º, primeira parte, do artigo 306 do CPP).

Ao invés de se fazer seguir a informação da prisão-captura à autoridade judicial, fato que atualizaria a responsabilidade da autoridade policial no cumprimento de seus deveres administrativos, a omissão dessa primeira comunicação acaba por isolar o preso, alargando, indevidamente, o espaço da atuação administrativa, que deixa de se submeter imediatamente à supervisão do Poder Judiciário. Essa omissão, que fere, diretamente, o direito fundamental à imediata comunicação da prisão à autoridade judicial (com especial destaque à sua conformação infraconstitucional – o *caput* do artigo 306 do CPP), torna ilícita a restrição à liberdade de locomoção, gerando grave constrangimento ilegal.

Da mesma forma, o desrespeito à segunda comunicação devida (primeira parte do parágrafo 1º do artigo 306 do CPP) acarreta, e até com mais rigor, a nulidade da prisão em flagrante, desde o momento em que, devendo ocorrer, deixa de ser realizada.

Se a prisão em flagrante realiza uma restrição excepcional máxima sobre a liberdade de locomoção, justamente por isso sofre em seu procedimento compressão máxima, correndo em direção ao seu necessário e imediato encerramento. Corre-se, na prisão em flagrante, sempre, em direção ao sistema normativo ordinário das restrições à liberdade de locomoção, que tem início quando da ultrapassagem do juízo homologatório²⁷⁶.

O envio da prisão-administrativa à autoridade judicial, que se dá por intermédio da comunicação constitucional exigida na regra “3.2”, é elemento central de validade da prisão em flagrante.

Se não se der a comunicação, a prisão em flagrante deve ser reputada nula. Toda a prisão em flagrante corre em direção à fase judicial, na qual encontrará seu irremediável fim. Sua fragilidade, de que dão conta suas excepcionalidades, impõe-lhe, como visto, curtíssima duração²⁷⁷, não se sustentando a restrição *de per si*: no âmbito da reserva de jurisdição, apenas poderá ser mantida a restrição à liberdade de locomoção uma vez demonstrada, concretamente, cautelaridade hábil a justificar a medida.

A não-comunicação da prisão-administrativa, que deveria vir acompanhada dos documentos que lhe embasam, impede o estabelecimento

²⁷⁶ Nesse sentido, ver título 5.2 do Capítulo II.

²⁷⁷ Ver Título 5.2.1 do Capítulo II.

de fase constitutiva da prisão em flagrante (a fase judicial), consubstanciando, portanto, grave constrangimento ilegal.

Outrossim, deve ser reputada nula a prisão-administrativa que não é comunicada imediatamente à autoridade judicial, vale dizer, que não é comunicada imediatamente após a sua constituição²⁷⁸, comunicação esta que, de toda forma, deve ser levada a cabo antes do vencimento do prazo de 24 horas previsto na primeira parte do parágrafo 1º do artigo 306 do CPP, que é contado, não da própria constituição da prisão-administrativa, mas da realização da prisão-captura.

Não podem as autoridades policiais barrar o curso normal da prisão em flagrante rumo a seu fim²⁷⁹. Ao deixar-se de enveredar para o âmbito da reserva de jurisdição, dilata-se, de forma constitucionalmente vedada, o tempo de exposição às excepcionalidades da prisão em flagrante, que prescinde, como visto, da cautelaridade inerente a todas as demais prisões provisórias²⁸⁰. Ademais, evade-se ao imediato funcionamento dos mecanismos de controle incidentes, que são intrínsecos à fase judicial da prisão em flagrante²⁸¹.

A ausência de submissão imediata ao procedimento constitucionalmente exigido importa em acréscimo indevido de intensidade restritiva sobre a liberdade de locomoção: a prisão, a partir do momento em que deixa de ser comunicada, perde sua base de validade, mantendo-se em um limbo juridicamente sem sustentação.

A incúria refletida no retardamento da imediata comunicação da prisão à autoridade judiciária conduz à direta ofensa à regra “3.2”: o sacrifício da liberdade de alguém, máxime em se tratando de prisão em flagrante, que se funda em excepcionalidades que culminam em restrições de elevado grau sobre a liberdade de locomoção, não admite a negligência estatal. O Estado não pode interromper seu agir vinculado por determinação constitucional, pena de constranger ilegalmente a liberdade de locomoção do preso.

²⁷⁸ Há precedente antigo do STF, de 1973, que, posteriormente, veio a servir de *leading case* para a doutrina, no qual se decidiu que: “comunicar a prisão ao juiz competente é formalidade que a Constituição impõe para abrir ensejo ao controle judicial de sua legalidade (artigo 153, par. 12). Se o juiz recebeu a comunicação fora do tempo (imediatamente, diz a regra citada), não se pode concluir que por tal demora seja ilegal a prisão” (HC 51.425, 2ª Turma, Rel. Min. Antônio Neder). Também há precedentes do STJ que, mesmo reconhecendo a infringência do direito fundamental à comunicação imediata da prisão, afirmam que tal desrespeito gera, tão-somente, um ilícito administrativo e/ou penal (RHC 6355/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer; RHC 6210/GO, 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro). Todavia, consoante se demonstra no corpo do texto, discorda-se integralmente desses posicionamentos.

²⁷⁹ Aliás, se a autoridade policial deixar de comunicar, imediatamente, a prisão em flagrante, poderá incorrer no crime previsto no artigo 4º, “c”, da Lei 4.898/65 (Art. 4º. *Constitui também abuso de autoridade: ... c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa*).

²⁸⁰ Acerca do tema, ver Título 2 do Capítulo II.

²⁸¹ Acerca do tema, ver Título 5.2.1 do Capítulo II.

Por fim, cabe ainda enfatizar que as comunicações a que fazem referências as regras “3.1” e “3.2” apenas podem ser validamente estabelecidas se tiverem como destino a autoridade judicial competente. Com efeito, apenas a autoridade judiciária competente poderá verificar a constitucionalidade/legalidade da segregação havida, cabendo-lhe, com exclusividade, também, tal como determina, aliás, o disposto no inciso LXI do artigo 5º da CF, decretar eventual segregação cautelar que se faça imprescindível.

Tais regras, aliás, são expressas ao exigir que a comunicação da prisão em flagrante se dê em face do “juiz competente”. Deve-se interpretar, entretanto, a exigência constitucional como referente às hipóteses de *competência absoluta*.

De fato, em casos de *incompetência relativa*, havendo, portanto, a possibilidade de *prorrogação da competência*, é como se o juiz se encontrasse, quando do recebimento da comunicação da prisão em flagrante, ainda competente sob condição resolutória da oportuna exceção a ser aforada (artigo 108 do CPP²⁸²). Assim, nos casos de incompetência relativa, no momento de cognição da prisão em flagrante, a autoridade judicial encontra-se amparada por precária competência. Todavia, se houver o reconhecimento dessa incompetência relativa pelo próprio juiz, o que é possível nos termos do artigo 109 do CPP²⁸³, este deverá promover a remessa da prisão em flagrante para o juiz que entenda para tanto competente. No entanto, se o reconhecimento dessa incompetência relativa der-se *a posteriori*, quando já encerrada a prisão em flagrante, a reapreciação da constitucionalidade/legalidade da prisão em flagrante encontrar-se-á superada: não haveria como se refazer, em outro juízo, o juízo homologatório, já que não haveria mais prisão-administrativa a examinar. Em outras palavras, não haveria como, mesmo que reconhecida a nulidade da prisão-administrativa, desconstituí-la, uma vez que esta não mais existiria: não haveria como desconstituir uma restrição à liberdade de locomoção que não mais subsistiria sob tal título²⁸⁴. Contudo, eventual

²⁸² Disciplina o artigo 108 do CPP:

A exceção de incompetência do juízo poderá ser oposta, verbalmente ou por escrito, no prazo de defesa.

§ 1º. Se, ouvido o Ministério Público, for aceita a declinatória, o feito será remetido ao juízo competente, onde, ratificados os atos anteriores, o processo prosseguirá.

§ 2º. Recusada a incompetência, o juiz continuará no feito, fazendo tomar por termo a declinatória, se formulada verbalmente.

²⁸³ Disciplina o artigo 109 do CPP:

Se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior.

²⁸⁴ Tal como exposto no Título 5.2 do Capítulo II, uma vez ultrapassado o juízo homologatório, ingressa-se no sistema normativo das prisões cautelares, encontrando-se, portanto, nessa fase, indevida a manutenção de qualquer restrição à liberdade de locomoção com base em uma prisão em flagrante. Assim, somente pode-se

decreto de prisão cautelar que tenha ocorrido após o encerramento da prisão-administrativa, por constituir ato decisório, deverá ser reputado como nulo (artigo 567 do CPP²⁸⁵).

4 Da garantia da comunicação imediata da prisão à família ou à pessoa indicada pelo preso

Releia-se a regra “4”:

Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este comunicar imediatamente sua prisão e o local em que se encontre à sua família ou à pessoa que indique.

A comunicação da prisão à família ou à pessoa indicada pelo preso é medida que está a depender *prima facie* do interesse do preso, cabendo-lhe a opção. Feita a opção pela comunicação, caberá ao preso, ainda, colaborar com vistas ao cumprimento da norma, indicando dados suficientes à identificação e à localização da pessoa que receberá a comunicação.

Ao Estado, tal como exigido pela regra “1”²⁸⁶, incumbe, primeiramente, informar o preso acerca de sua opção comunicar/não comunicar, podendo-se, então, enunciar a regra “1.4”:

Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este informar-lhe a garantia contida na regra “4”.

Uma vez feita a opção pela comunicação e passados dados suficientes para o êxito da empreitada, vincula-se o Estado à sua promoção, sendo de sua responsabilidade a certificação de todos os atos tomados com vistas ao cumprimento do dever fundamental²⁸⁷.

deparar, uma vez realizado o juízo homologatório, se houver, ainda, restrição à liberdade de locomoção, em face de uma prisão cautelar.

²⁸⁵ Disciplina o artigo 567 do CPP:

A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.

²⁸⁶ Ver Título 1 deste Capítulo.

²⁸⁷ Na Alemanha, o artigo 104 da Lei Fundamental disciplina que “de toda resolución judicial sobre privación de libertad o continuación de la misma se deberá dar cuenta sin demora a un familiar del detenido o a una persona de la confianza de este”, tendo, a Seção 114b, do CPP Alemão, disposto que “a relative of the arrested person or a person trusted by him shall be notified without delay of the arrest and of every further decision concerning the continuation of detention. The judge shall be competent to make the order”. Tradução livre: “um parente do preso ou uma pessoa de sua confiança será notificada sem demora da prisão e de toda decisão subsequente concernente à continuação da detenção. O juiz deverá ser competente para a decisão”.

Também nesse sentido, na Espanha, o artigo 520, 2b, da LECrim estabelece a garantia do preso “a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento”. Contudo, há a possibilidade de que seja decretada, mediante ordem judicial, a incomunicabilidade do preso, hipótese em que não será realizada a comunicação referida (artigo 527b). Acerca do direito à comunicação à família ou à pessoa indicada pelo preso, MORENO CATENA e CORTÉS DOMÍNGUEZ expõem que: “... el derecho a que se ponga en conocimiento del familiar, o de la persona que el

A regra “4”, ao lado de garantir a certificação de terceiros acerca da prisão realizada, alcançando, pela publicidade que confere, também, o estabelecimento de mais um elemento de controle sobre a atividade estatal, constitui-se em um instrumento destinado a garantir a devida assistência ao preso²⁸⁸.

Com efeito, a regra “4” encontra-se em relação de estrita vinculação com o princípio “3” (o direito fundamental à assistência da família), a ser oportunamente apreciado²⁸⁹. Visa a garantir-lhe aplicação, havendo a Constituição a eleito como condição para sua prestação. Por intermédio da regra “4” e do princípio “3”, estabelece-se uma relação de meio-fim. A regra está posta com vistas a servir de meio para o cumprimento do princípio: para que reste assegurada a assistência da família, esta deve ser comunicada da prisão e do local em que se encontra o preso.

No que se refere ao destinatário da comunicação, há o estabelecimento de uma relação de *alternatividade* na regra “4”: a comunicação pode ser feita à família do preso, a quem a Constituição presume condições de assegurar-lhe assistência (o princípio “3”); se tal não for possível, ou, materialmente, eficaz para prestação da assistência cabível, então abre-se a via alternativa de o preso indicar pessoa para receber a comunicação. Assim, podem ser enunciadas as seguintes regras:

Regra “4.1”

Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de que este comunique sua prisão e o local em que se encontre imediatamente à sua família.

Regra “4.2”

Alternativamente à regra “4.1”, A tem o direito em face do Estado de que este comunique sua prisão e o local em que se encontre imediatamente à pessoa que indique.

Cabe destacar que, à diferença da comunicação à autoridade judicial, que se dá em meio a um circuito de relações instituídas entre Administração

detenido desee, el hecho mismo de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento (art. 520.2.d), de modo que este derecho no se agota ni consiste en una simple comunicación inicial, sino que deberá hacerse saber a la familia los traslados a que el detenido sea sometido, con el fin de que en todo momento pueda saber el lugar en que se encuentra. Si se trata de extranjeros la comunicación de la detención y de cualquier medida cautelar adoptada contra ellos se hará al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la Embajada o Consulado del extranjero (art. 58.4 LO 4/2000)” (*Derecho procesal penal*, p. 277).

²⁸⁸ Em sentido próximo, comentando o artigo 28, 3, da Constituição Portuguesa, que disciplina que “a decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação da liberdade deve ser logo comunicada a parente ou pessoa da confiança do detido, por este indicados”, CANOTILHO e MOREIRA anotam que: “a razão de ser da comunicação da prisão preventiva a parente ou pessoa da confiança do detido está ligada fundamentalmente a dois objetivos: primeiro, certificar familiares e amigos acerca do paradeiro do detido; depois, permitir que este obtenha deles a assistência e o apoio de que necessite” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1993, p. 190).

²⁸⁹ A assistência da família será apreciada no Título 2 do Capítulo V.

e Poder Judiciário (a autoridade judicial a quem será realizada a comunicação da prisão, devido à incidência de regras de competências, é de prévio conhecimento da autoridade policial, havendo, entre ambos, o estabelecimento de relações institucionais), a comunicação à família do preso está a depender, para o seu êxito, de uma multiplicidade de fatores. Mesmo se pressupondo que tenha o preso colaborado ao indicar todos os dados identificadores e localizadores de membros de sua família, a comunicação pode ser de difícil realização para o Estado, tal como acontece quando a pessoa a ser contatada se encontra em local que, além de de difícil acesso, não esteja conectado a meios de comunicação correntes. Pode acontecer, ainda, de a comunicação não conseguir estabelecer-se imediatamente. Por isso, quando se se depara em face de impossibilidades técnicas, alternativamente à comunicação à família, abre-se a via da comunicação a terceiro indicado pelo preso.

Mas não só. Também se ingressa na via alternativa, comunicando-se a terceiro não-pertencente à família a prisão e o local da custódia, quando a família do preso não tenha condições de prestar a assistência constitucionalmente assegurada (princípio “3”). Isso pode acontecer por diversas razões: o preso não mantém relações com sua família, nela não confiando; o fato tido como criminoso pode ter sido perpetrado em face de membro de sua família; sua família, ao ver do preso, é incapaz de prestar-lhe imediata e adequada assistência. Nesses casos, em que a via alternativa estabelece-se não em função de qualquer impossibilidade técnica sentida no cumprimento da regra “4.1”, mas, sim, em função da busca de meios alternativos de prestação de assistência, a decisão pela realização da comunicação alternativa decorrerá, na maior parte das vezes, do relato do preso, que é quem possui, *prima facie*, condições de concluir acerca de se sua família tem aptidão para prestar-lhe a assistência constitucionalmente assegurada.

Assim sendo, além de ser assegurada ao preso a alternativa entre comunicar e não comunicar a prisão sofrida²⁹⁰, é-lhe dada a alternativa entre comunicá-la à sua família e comunicá-la à pessoa que designe, alternativa esta que decorre, essencialmente, da necessidade da busca de meios outros que lhe garantam a devida assistência: se a comunicação à família não for possível ou não tiver a aptidão de servir como meio para a incidência do princípio “3”, justifica-se a opção pela via alternativa, cabendo ao preso indicar específico destinatário da comunicação²⁹¹.

²⁹⁰ Há a possibilidade de que não seja possível informar o preso acerca da opção entre comunicar e não comunicar a prisão à sua família; tal se dá, por exemplo, quando o preso não tenha condições de promover essa escolha em virtude de se encontrar inconsciente. Nessas hipóteses, em face da impossibilidade do estabelecimento de eventual comunicação com o preso, caberá ao Estado, com base nos dados disponíveis, agir com vistas a dar cumprimento à regra “4”, restando superada a fase de informação e de consulta do preso. Nesses casos, por se tratar de norma de direito fundamental que visa a proteger a liberdade de locomoção, quando o preso não puder exercer a opção, cabe ao Estado mesmo assim promover a comunicação com vistas à máxima proteção, ainda mais necessária em face do incremento da fragilidade do preso verificada em face da incapacidade comunicativa.

²⁹¹ No caso da prisão em flagrante de estrangeiros não residentes no país, independentemente de se ter, ou não, condições de realizar a comunicação da prisão à família do preso ou à pessoa por este indicada, deve-se proceder à comunicação da prisão ao Consulado correspondente à nacionalidade do preso. Nessa senda, verifica-se, no “Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer forma de

Em todos os casos, de toda forma, a vinculatividade da realização da comunicação, porque disposta como garantia, encontra-se em estrita relação de pertinência com a proteção da liberdade de locomoção restringida. Assim, caso o preso empregue o referido direito para finalidade diversa, deixando o seu âmbito próprio constitucional para o fim de impedir o adequado desenvolvimento da atividade persecutória, em face do desvio de finalidade constatado, pode-se, validamente, deixar-se de realizar a referida comunicação, devendo o Estado expor, de maneira estrita, as razões em que se apóia para tanto concluir, recaindo-lhe, de toda maneira, pesado ônus probatório²⁹².

4.1. DO MOMENTO DA INCIDÊNCIA DO DEVER DE COMUNICAÇÃO DA PRISÃO À FAMÍLIA OU À PESSOA INDICADA PELO PRESO

Na fase administrativa, essencialmente três juízos acerca da restrição à liberdade de locomoção são tomados. O primeiro se dá quando da realização da prisão-captura, que é de incumbência de qualquer pessoa²⁹³. O segundo se dá quando da apresentação do preso à autoridade com poderes para a lavratura do auto de prisão em flagrante, quando se decidirá pela lavratura do auto ou pelo restabelecimento da liberdade²⁹⁴. O terceiro se dá após a lavratura do auto de prisão em flagrante, quando será constituída a prisão-administrativa, ou, ainda, restabelecida a liberdade²⁹⁵.

Detenção ou Prisão”, documento aprovado pela 76ª Sessão Plenária das Nações Unidas, de 09 de dezembro de 1988, em seu princípio de número 16, que:

PRINCÍPIO 16

....

2. No caso de um estrangeiro, este será igualmente informado sem demora do seu direito de comunicar, por meios adequados, com um posto consular ou a missão diplomática do Estado de que seja nacional ou que por outro motivo esteja habilitada a receber tal comunicação, à luz do direito internacional, ou com o representante da organização internacional competente, no caso de um refugiado ou de uma pessoa que, por qualquer motivo, se encontre sob a proteção de uma organização intergovernamental.

²⁹² O CPP Alemão, em seu artigo 116b, 2, veda a aplicação da referida garantia quando a comunicação a ser realizada puser em risco a investigação em curso: “ Moreover, the arrested person himself shall be given an opportunity to notify a relative or a person trusted by him of the arrest, provided the purpose of the investigation is not endangered thereby”. Tradução livre: “Além disso, à pessoa presa será dada uma oportunidade de informar um parente ou pessoa de sua confiança acerca da prisão, desde que o propósito da investigação não seja posto em risco por conta disso”.

²⁹³ Acerca do tema, ver Título 5.1.1 do Capítulo II.

²⁹⁴ Acerca do tema, ver Título 5.1.3 do Capítulo II.

²⁹⁵ Acerca do tema, ver Título 5.1.4 do Capítulo II.

O dever de comunicação contido na regra “4” se dá imediatamente após a decisão pela lavratura do auto de prisão em flagrante²⁹⁶.

Da captura até a apresentação do preso à autoridade com poderes para a lavratura do auto, que, como visto, deve-se dar de forma urgente²⁹⁷, a restrição à liberdade de locomoção está a depender da imediata formalização por parte da autoridade para tanto com poderes. Feita a apresentação, a autoridade policial realiza a primeira fiscalização sobre a restrição havida com base na prisão-captura, tornando-se, então, pela decisão pela lavratura, responsável pela segregação.

A definição estatal pela manutenção da segregação, após a apresentação do preso, constitui o primeiro momento de estabilização da restrição à liberdade de locomoção. Essa definição estatal, levada a efeito por ato de autoridade, é que torna devida a informação de que dá conta a regra “1.4” e, caso feita a opção pela comunicação, o cumprimento do disposto na regra “4”: trata-se do momento em que o Estado, por quem para tanto com poderes²⁹⁸, assume e tem o preso como adequadamente segregado em face dos elementos de informação até então verificados²⁹⁹.

4.2. DAS CONSEQUÊNCIAS DO DESATENDIMENTO DA NORMA

A regra “4”, para seu cumprimento, está diretamente relacionada ao cumprimento da regra “1.4”: o preso deve ser informado de seu direito de opção entre comunicar, ou não, sua prisão à sua família, ou à pessoa que indique. Feita a opção pela comunicação, vincula-se o Estado à sua realização.

A regra “1.4”, a regra “4.1” e o princípio “3” conformam um sistema normativo imbricado: a regra “1.4” (o dever de informação) tem por finalidade permitir ao preso que este opte entre comunicar, ou não, a prisão nos termos da regra “4” com vistas a que, ao final, se possibilite o cumprimento do princípio “3” (a assistência da família).

Nesse contexto, tanto a regra “1.4” quanto a regra “4.1” são postas com vistas a que seja possibilitada ao preso a assistência da família, tal como assegurada pelo princípio “3”. Assim, se a finalidade constitucional for

²⁹⁶ No mesmo momento, aliás, como visto, em que surge o dever de comunicação da prisão-captura à autoridade judicial (ver Título 3 deste Capítulo), nos termos do *caput* do artigo 306 do CPP, com a redação que lhe conferiu a Lei 11.449/2007: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada”.

²⁹⁷ Acerca do tema, ver Título 5.1.2 do Capítulo II.

²⁹⁸ Ver, a esse respeito, a garantia analisada no Título 7 a seguir.

²⁹⁹ Se a *prisão-captura* for realizada pela autoridade com poderes para a lavratura do auto, tem-se como subsumido nesse ato, à evidência, a *apresentação* (não haveria a *própria* captura se a autoridade com poderes não reconhecesse o cabimento do flagrante e de sua correlata formalização). Nessa hipótese, imediatamente, assim que tiver condições materiais, e sempre antes da lavratura do auto de prisão em flagrante, à autoridade caberá dar cumprimento ao disposto na regra “1.4” e na regra “4”.

alcançada, inexistirá, por conseguinte, da eventual ausência de cumprimento das regras “1.4” e “4.1”, em um primeiro momento, prejuízo jurídico sensível a invalidar a restrição à liberdade de locomoção. Nesses casos, a regra “4.1” apresenta, como cláusula de exceção, justamente o cumprimento do princípio “3”. Assim, pode-se formular a regra “4.3”:

Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de que este comunique sua prisão e o local em que se encontre imediatamente à sua família, salvo se já está sendo atendido o princípio “3”.

Dos elementos componentes da regra “4.3”, merece destaque a nota da contemporaneidade da assistência da família com o momento em que seria devida a comunicação. Apenas se deixa de fazer a comunicação, com base na cláusula de exceção contida na regra “4.3”, porque aquela não é mais útil, uma vez que já fora atendida a finalidade da norma³⁰⁰. Se quando da apresentação do preso, contudo, não estiver delineada a inequívoca assistência familiar, é dever do Estado promover, se assim optar o preso, a imediata comunicação.

Ademais, o fato da comunicação, seja em cumprimento à regra “4.1”, seja em cumprimento à regra “4.2”, torna sem relevância, pela perda de objeto, o dever de informação contido na regra “1.4”. Incluindo-se uma cláusula de exceção, a regra “1.4” pode assim ser reformulada:

Se A for preso, A tem em face do Estado o direito de ser informado de seu direito de que sua prisão e de que o local em que se encontre sejam comunicados imediatamente à sua família ou à pessoa que indique, salvo se foi cumprida ou a regra 4.1 ou a regra 4.2.

Destaque-se, também, que a comunicação deve-se dar em estreitos momentos temporais. Após a apresentação do preso, imediatamente promove-se a comunicação contida na regra “4.1”, ou a contida na regra “4.2”, que somente alcançará seu desiderato se a mensagem chegar ao receptor/destinatário.

Não há como se garantir, entretanto, peremptoriamente, que haverá êxito nessa comunicação. Deve-se divisar, assim, o *descumprimento* da regra da *impossibilidade* de se cumpri-la nos estritos momentos temporais devidos: o descumprimento das regras “4.1” e “4.2” dá-se quando o Estado, podendo, deixa de realizar a comunicação imediatamente; a impossibilidade, quando o Estado não tem condições de cumprir a regra imediatamente por motivos exaustivamente justificados. Não há como, em tese, imediatamente,

³⁰⁰ Assim sendo, se a família, mesmo não tendo sido comunicada pelo Estado acerca da *prisão*, tiver-se dirigido ao local em que o *preso* se encontra custodiado, prestando-lhe a devida assistência, não haverá sentido em exigir-se seja informado o preso de seu direito a comunicar, ou não, sua prisão à sua família, não havendo sentido a realização da comunicação. Na hipótese, é inequívoco que a família tomou ciência da *prisão* efetuada e do local em que se encontra detido o *preso*, de modo que restou, inclusive, possível o cumprimento do princípio “3”.

comunicar-se uma prisão em flagrante a uma família que mora em meio a uma floresta, em local de difícil acesso e sem conexão com meios de comunicação correntes. É pressuposto de toda a regra, para o seu atendimento, a possibilidade material de seu cumprimento, sua exequibilidade. Não há como se estabelecer uma ordem de impossível cumprimento. Pena de invalidade, toda a regra traz consigo, como cláusula de exceção, o reconhecimento de que o comportamento prescrito deve ser realizável no caso concreto.

De toda forma, perfaz pesado ônus estatal a demonstração da impossibilidade de cumprimento das regras “4.1” e “4.2”, ou da incidência da regra “4.3”, pena de invalidade da restrição à liberdade de locomoção.

5 Da garantia da identificação dos responsáveis pela prisão ou pelo interrogatório policial do preso

Poder³⁰¹ e responsabilidade imbricam-se no Estado de Direito³⁰². O exercício da potestade pública encontra-se submetido ao cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais incidentes. Apenas enquanto

³⁰¹ “Poder”, nesse texto, é compreendido na linha do que expõe LOWENSTEIN: “El poder político, como todo poder, puede ser conocido, observado, explicado y valorado solo en lo que concierne a sus manifestaciones y resultados. Sabemos, o creemos saber, lo que el poder hace, pero no podemos definir su substancia y su esencia”.... Assim, em sua obra, é importante ter-se presente que: “el poder está empleado como un concepto estrictamente neutral, funcional y libre de cualquier valoración. El poder hace exclusivamente a una situación de hecho que en sí, éticamente, no es ni buena ni mala. (LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*. 2ª ed., Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 26).

³⁰² Aponta HESSE, na experiência alemã, que: “O significado da ordem estatal-jurídica não se esgota, como a compreensão tradicional o aceita, no asseguramento de princípios do direito e na mera restrição do poder estatal em favor da liberdade do particular [...]”. O estado de direito social fundamenta e consolida unidade política materialmente por sua *legitimidade*: quando a ordem da coletividade, depois de uma época de injustiça e de desvinculação dos poderes políticos, é determinada pela vinculação desses poderes ao direito e pela proteção do direito, pelo reconhecimento dos direitos do homem e dos princípios jurídicos fundamentais, pelo exercício das tarefas estatal-sociais, então desenvolve ela, nisso, efeito legitimador; na concórdia, que assenta sobre aprovação livre, sobre essas bases nasce, em uma parte essencial, o consenso fundamental, que mantém junto a coletividade por cima de todas as tensões no final, e forma-se unidade política. O estado de direito social fundamenta unidade política funcionalmente, ao ele produzir, por *criação e coordenação de funções e competências* [...]. O estado de direito consolida unidade política, ao ele deixar nascer, ao lado da dinâmica do processo político, ordens relativamente firmes, duradouras, persistentes [...]. Nesse efeito estabilizador, o estado de direito é, ao mesmo tempo, *forma de produção de continuidade*. Enquanto a democracia torna independente a ordem política da vinculação a determinadas pessoas, o estado de direito efetua a independência da construção estatal da mudança dos grupos condutores políticos e da direção geral política; ele afiança sobre toda mudança continuidade relativa e converte-se, com isso, em condição prévia daquela mudança [...]. O estado de direito é, na estrutura da Lei Fundamental, *forma de racionalização da vida estatal*. A fundamentação e coordenação das competências e a regulação do exercício dessas competências devem possibilitar cumprir as tarefas estatais conveniente e efetivamente; elas servem, ao mesmo tempo, à tarefa de tornar calculável a atuação estatal para aqueles que devem orientar-se por ela, de criar clareza jurídica e certeza jurídica. Pelas ordens do estado de direito são proporcionadas à vida estatal moldagem, inteligibilidade, visibilidade e clareza, que são bases da participação mais consciente, mais responsável e mais ativa nos assuntos públicos e, com isso, condição fundamental do processo vital político livre na democracia. O estado de direito é, na estrutura constitucional da Lei Fundamental, finalmente, *forma de limitação do poder estatal* [...]. Ele afiança liberdade em uma *ordem total liberal* que, por um lado, organiza vinculativamente e em uma forma coordena mutuamente os âmbitos da atividade estatal, exclui, no possível, o abuso do poder, por outro, assenta sobre um *status* liberal particular juridicamente garantido, organizado e protegido (*Elementos*, p. 159-161, números de margem 186-191).

se encontrar nos estreitos limites normativos, a ação estatal pode ser tida como lícita: a Administração, bem como seus delegados, apenas podem realizar o que for autorizado pelo ordenamento jurídico; fora daí, por falta de sustentação jurídica, ingressa-se na seara do ilícito³⁰³.

Na prisão em flagrante, relacionam-se diversos mecanismos de controle da restrição em curso: um que lhe é próprio e que cuida diretamente da atual restrição à liberdade de locomoção, operando-se de forma automática, tal como demonstrado no Título 5 do Capítulo II, que lhe dá as matizes de um procedimento compressivo; outro, que perfaz a contrapartida à autorização geral concedida para a segregação, qual seja, o *habeas corpus* (a todos *prima facie* é possível a impetração de *habeas corpus* em favor de qualquer um – artigo 654, *caput*, do CPP³⁰⁴); e ainda outros que cuidam da repressão e da reparação de eventuais abusos cometidos, apontando para responsabilizações pessoais.

A prisão em flagrante, que escapa à reserva de jurisdição e que se funda em um sistema normativo excepcional, expõe de maneira exponencial a liberdade de locomoção ao abuso, que tende a diminuir na medida em que se passa pelos mecanismos de controle que lhe são próprios. A partir da apresentação do preso³⁰⁵ passa-se, necessariamente, a agir-se em meio a um circuito institucional, operando-se a primeira fiscalização administrativa sobre a constitucionalidade/legalidade da prisão-captura ocorrida. Lavrado o auto, na constituição da prisão-administrativa³⁰⁶, opera-se nova apreciação sobre a constitucionalidade/legalidade da segregação, enviando-se a prisão à autoridade judicial competente, a quem caberá, se for o caso, sua homologação³⁰⁷.

Contudo, é especialmente problemática a fase que vai da prisão-captura à apresentação do preso, quando ainda não tomou corpo o primeiro mecanismo de controle institucional da segregação. Concede-se *prima facie* a todos, em face do caráter defensivo da prisão em flagrante, ampla autorização para realização da prisão-captura. Nesse ambiente, a liberdade de toda e qualquer pessoa pode, a qualquer momento, vir a ser restringida com base na prisão em flagrante, independentemente da presença dos

³⁰³ Nas palavras de BANDEIRA DE MELLO: “O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Onde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados, segundo suas disposições” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2004 p. 95)

³⁰⁴ Disciplina o *caput* do artigo 654 que: “O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”.

³⁰⁵ Acerca do tema, ver Título 5.1.3 do Capítulo II.

³⁰⁶ Acerca do tema, ver Título 5.1.4 do Capítulo II.

³⁰⁷ Acerca do tema, ver Título 5.2.1 do Capítulo II.

elementos demonstradores da cautelaridade da medida, consoante já exposto³⁰⁸. E, da prisão-captura à apresentação do preso, não se está, em boa parte das vezes, em meio a um circuito institucional (a não ser quando realizada a prisão pela autoridade investida de poderes para a constituição da prisão-administrativa), não havendo qualquer deliberação administrativa acerca da constitucionalidade/legalidade da restrição.

A redução da exposição ao abuso, nessa fase, dá-se não só pela imediata aplicação dos mecanismos próprios de controle da juridicidade da prisão em flagrante, que se dão a partir da apresentação do preso, mas também pela aplicação de sistemas normativos diversos que trazem a possibilidade de responsabilizar criminal, civil e/ou administrativamente o agente responsável pelo abuso, reprimindo-se a conduta ilícita e reparando-se o dano sofrido. Aliás, a mera possibilidade da incidência de tais sistemas normativos diversos, que têm como foco a responsabilização pessoal, agrega senso de responsabilidade na conduta individual do agente que conduz a segregação, que, porque munido da compreensão da possível responsabilização *a posteriori*, tende a reconduzir o seu agir às balizas normativas incidentes.

Da mesma forma, o interrogatório policial, porque momento em que se dão os questionamentos acerca do fato tido como criminoso, constituindo-se a principal janela comunicativa aberta entre o Estado e o preso³⁰⁹, apresenta singular tensão, dele podendo decorrer diversos elementos a partir dos quais será possível a verticalização e, muitas vezes, o próprio êxito da investigação. Também a possibilidade expressa de responsabilização pessoal do agente responsável pelo interrogatório desempenha relevante papel no sentido de evitar que se empreguem meios de coação ilícitos na realização desse ato, pressionando o atuar do agente de modo a que sempre reconduza a relação comunicativa aos padrões da licitude. Em realidade, o emprego de quaisquer meios ilícitos de coação no interrogatório aponta para a insuficiência e parcialidade do atuar administrativo³¹⁰, mais precisamente do atuar da autoridade policial, a quem caberia, na realidade, ser o primeiro fiscal da licitude da segregação e fiador de sua manutenção.

Sem prejuízo da imediata impetração de *habeas corpus* e do eventual controle *a posteriori* que será realizado pela autoridade judicial dentro do *iter* da prisão em flagrante, com vistas a permitir uma reconstrução dos atos que culminaram no abuso, prevenindo abusos e permitindo responsabilizações pessoais, a regra “5” estabelece o direito fundamental do preso à

identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

Releia-se a regra “5”:

Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este informá-lo a identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

Da regra “5”, duas outras podem ser enunciadas:

Regra “5.1”

Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este informá-lo a identificação dos responsáveis por sua prisão.

Regra “5.2”

Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este informá-lo a identificação dos responsáveis por seu interrogatório policial.

Ao contrário do sugerido pela conjunção “ou” contida na regra “5”, *não há alternatividade* no cumprimento dos comandos veiculados nas regras “5.1” e “5.2”. Tais regras apontam, pela exposição individual, para assunção de responsabilidades em momentos bem distintos por parte tanto do responsável pela prisão-captura quanto do responsável pelo interrogatório policial do preso, de modo a se conceder o mais amplo acesso a dados acerca do responsável por eventual ilicitude, alcançando, com isso, por via reflexa, a almejada proteção da liberdade de locomoção restringida.

A conjunção “ou”, que conecta as regras “5.1” e “5.2”, em verdade, visa a permitir a adaptação da regra “5” a todas as modalidades de prisões, visando a permitir que ambas regras incidam autonomamente, a depender do contexto fático e jurídico sentido. Com efeito, pode não haver um responsável pela prisão e haver um responsável pelo interrogatório policial, ou, ainda, haver um responsável pela prisão e não haver interrogatório policial. Por exemplo, pode acontecer de o preso, contra quem tenha sido decretada uma prisão preventiva, apresentar-se à polícia; nessa conjuntura, não há um responsável, propriamente, pela segregação, que se dá por ato do próprio preso, seguindo-se, todavia, o dever de cumprimento da regra “5.2” quando se der o interrogatório. Pode acontecer, também, de o preso ter contra si decretada uma prisão preventiva no curso do processo; nesse caso, não haverá interrogatório policial, mas tem o preso o direito à identificação de quem lhe promoveu a prisão, vale dizer, de quem foi o responsável pelo cumprimento do mandado de prisão.

³⁰⁸ Acerca do tema, ver Título 2 do Capítulo II.

³⁰⁹ Acerca do tema, ver o Título 2.1 deste Capítulo.

³¹⁰ Acerca da parcialidade do atuar administrativo, ver nota 202.

Portanto, na prisão em flagrante, na qual há tanto prisão-captura quanto interrogatório policial, é dever estatal o cumprimento do disposto nas regras “5.1” e “5.2”.

5.1. DO MOMENTO DA INCIDÊNCIA DO DEVER DE IDENTIFICAÇÃO DO RESPONSÁVEL PELA PRISÃO OU PELO INTERROGATÓRIO POLICIAL DO PRESO

As regras “5.1” e “5.2” têm como precípua função permitir, pela identificação, a responsabilização individual por eventual ilicitude havida na segregação ou no interrogatório policial. Embora apontem para uma possível responsabilização futura, exigem uma atual identificação com vistas a que ninguém se oculte na realização da segregação e do interrogatório que põe em curso, tendo, dessa forma, também nítida função preventiva de abusos, já que faz antevista uma responsabilidade pessoal e específica pelo ato.

O cumprimento da regra “5.1” deve-se dar até o momento do interrogatório policial.

A lavratura do auto de prisão em flagrante dá forma à prisão-captura³¹¹, havendo de nele conter o testemunho de todas as condições fáticas que autorizaram a prisão. No auto, faz-se a organização de dados obtidos a partir de narrações do condutor e das testemunhas, formalizando-se e definindo-se suas abrangências, as quais vincularão, a ela reduzindo na maior parte das vezes, o campo cognitivo da prisão em flagrante. Em face do dever de fidelidade dos testemunhos contidos no auto com a realidade sensível, após a colheita delas decorrerá, necessariamente, a certificação do responsável pela segregação. Assim, no mais das vezes, o cumprimento da regra “5.1” dar-se-á no momento do interrogatório, uma vez que, após os depoimentos do condutor e das testemunhas, encontrando-se, pois, estabilizada a colheita da prova testemunhal, é que decorrerá, formalmente, o exato conhecimento acerca de quem foi o responsável pela prisão-captura. Isso não significa que não se possa saber antes desse momento quem fora o responsável pela prisão-captura: é certo, contudo, que tal conhecimento deverá restar formalizado no auto, sendo sua formalização prejudicial ao adequado desenvolvimento do interrogatório policial, agregando segurança aos contornos fáticos da prisão em flagrante.

Já o cumprimento da regra “5.2” dar-se-á no interrogatório policial. Nesse momento, é dever daquele que conduzirá o interrogatório identificar-se por decorrência direta da incidência da regra “5.2”. A responsabilidade da

autoridade encontra-se sempre no ato presente. Na exposição pessoal, de forma identificada, agrega-se senso de responsabilidade na conduta individual do agente responsável pelo interrogatório, que, uma vez ciente da possível responsabilização *a posteriori*, tende a reconduzir o seu agir às normas incidentes.

5.2. DAS CONSEQUÊNCIAS DO DESATENDIMENTO DA NORMA

No regime do CPP, o responsável pela prisão-captura é *prima facie* ouvido no auto de prisão em flagrante na condição de condutor. Nesses casos, restará formalmente consignado quem fora o responsável pela prisão-captura, disso restando ciente o preso pelo simples acesso ao auto de prisão em flagrante.

Há hipóteses, contudo, em que o condutor e o responsável pela prisão-captura possam ser pessoas distintas³¹². A prisão-captura, no plano fático, pressupõe o exercício de poder sobre o corpo do preso, que tem sua liberdade de locomoção cerceada. Nem sempre o preso se submete, voluntariamente, à vontade de terceiro, ocorrendo casos em que há a necessidade do emprego da força. Pode, pois, dissociar-se o responsável pela prisão-captura do responsável pela condução do preso à autoridade policial. Por exemplo, alguém promove a imediata segregação, sendo acudido por terceiro que, porque tem condições físicas, consolida tal situação fática, conduzindo o preso à autoridade policial, ou, ainda, clama pela pronta intervenção policial, que, por intermédio de agente seu, conduz o preso à autoridade policial. Nesses casos, o condutor e o responsável pela prisão-captura são pessoas diversas: o condutor é aquele que está exercendo o poder de restrição sobre a liberdade de locomoção do preso e o apresenta à autoridade policial; o responsável pela prisão-captura, aquele que, primeiramente, segregou o preso, que, no exemplo, deverá ser ouvido como testemunha.

O que importa é que, uma vez consignado o responsável pela prisão-captura no auto (mesmo que não tenha havido, no interrogatório, expressa referência, por parte da autoridade policial, acerca do nome de quem fora o responsável pela prisão³¹³), seja possibilitado ao preso acesso a esse

³¹² Nesse sentido, destaca TORNAGHI: “A obrigação legal de levar o preso à presença da autoridade fez com que fosse conhecido como *condutor* o sujeito que o acompanha, em geral o mesmo que lhe dá voz de prisão, mas não necessariamente” (*Instituições de Processo Penal*, p. 294). “É possível [...] que um sujeito seja preso por alguém que não deva sair do local e o entregue a outro [...] para que o conduza à presença da autoridade” (*Instituições de Processo Penal*, p. 296).

³¹³ Inclusive pode-se dar hipótese em que o interrogatório nem mesmo seja levado a diante, tal como ocorre quando o preso toma decisão no sentido de manter-se silente. Acerca do tema, ver Título 2 deste Capítulo.

³¹¹ Acerca do tema, ver Título 5.1.4 do Capítulo II.

documento, uma vez asseguradas condições de compreensibilidade. Na hipótese, a identificação do responsável pela prisão, no auto, sedimenta, pela individualização, as condições para eventual responsabilização *a posteriori*.

A regra “5.1” determina ao Estado, ademais, a averiguação e a identificação do exato responsável pela prisão-captura, vinculando a atividade persecutória: deve o Estado identificar e ouvir, seja como condutor, seja como testemunha, o responsável pela prisão. Mais do que poder de investigar, é um direito fundamental do preso a identificação do responsável pela prisão.

Pode haver, contudo, hipóteses em que não seja possível identificar o responsável pela prisão-captura. Por exemplo, pode acontecer de três pessoas assistirem, em exatas circunstâncias, ao cometimento de um fato sujeito à imposição de prisão em flagrante. Uma dessas pessoas promove a segregação; logo após, esta pessoa deixa o preso com os outros dois, partindo do local do crime sem se ter identificado; os agentes policiais, ao chegarem para conduzir o preso à presença da autoridade policial, não logram, por conseguinte, identificar o responsável pela prisão-captura; de toda forma, as duas pessoas que viram o fato são ouvidas na condição de testemunhas. No exemplo dado, deve-se diferenciar, assim, a hipótese em que o Estado pode daquela em que o Estado não pode dar cumprimento imediato à regra “5.1”. Se restar demonstrado que o Estado não pôde dar cumprimento à regra devido a circunstâncias a ele não imputáveis, não havendo qualquer deficiência no desenvolvimento do serviço público, a impossibilidade fática do atendimento à regra “5.1” afasta a imposição de nulidade à restrição. Entretanto, se a regra deixa de ser cumprida devido à inabilidade e à inaptidão estatais, a ausência de identificação do responsável pela prisão torna-a nula. Nessa linha, a regra “5.1” traz consigo uma cláusula de exceção, que assim pode ser enunciada:

Regra “5.3”

Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este informá-lo a identificação dos responsáveis por sua prisão, salvo se não for possível para o Estado a imediata identificação do responsável pela prisão.

Apenas em casos extremos, em que não seja possível ao Estado, imediatamente, identificar o responsável pela prisão, é que incidirá a cláusula de exceção contida na regra “5.3”, a qual se submeterá à interpretação restritiva para incidência. Com efeito, perfaz pesado ônus estatal a demonstração de impossibilidade imediata de identificação do responsável pela prisão, cabendo ao Estado fazer consignar, de antemão, todas as circunstâncias fáticas que obstaram a realização de seu agir vinculado.

No que tange ao cumprimento da regra “5.2”, cabe dizer que, no regime do CPP, o interrogatório policial é momento típico de contato com o preso, no qual se lhe questiona acerca do fato tido como ilícito penal³¹⁴. Quando se der em tal específico momento, sempre o responsável pelo interrogatório do preso encontrar-se-á identificado, já que, consoante disposto no artigo 304, *caput*, do CPP, a autoridade com poderes para a lavratura do auto, que fará o interrogatório do preso, deverá assiná-lo³¹⁵. Nesse caso, pena de invalidade formal do próprio auto, a autoridade que o lavrou (e que, por conseguinte, interrogou o preso) deve restar plenamente identificada. Assim, quanto à identificação do responsável pelo interrogatório policial, isso se deve dar de forma automática³¹⁶.

6 Da garantia da assistência de advogado

Releia-se a regra “6”:

Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de ser assistido por advogado.

A regra “6”, que estabelece, em favor do preso, o direito fundamental à assistência de advogado, tem como foco o imediato estabelecimento da defesa técnica com vistas, especialmente, à proteção da liberdade de locomoção restringida, sem prejuízo da imediata proteção dos demais interesses defensivos, dentre os quais se encontra a proteção da garantia contra a auto-incriminação³¹⁷.

O direito constante na regra “6” é basilar para a defesa da liberdade de locomoção contra eventuais abusos que venham a ser cometidos. Mesmo que nada requeira, a mera presença de um advogado, no desenvolvimento de uma prisão em flagrante, inibe o cometimento de excessos que pudessem vir a ser perpetrados (se não, pelo menos diminui a possibilidade da ocorrência deles). Em realidade, talvez seja o direito mais eficaz que a Constituição conceda ao preso no desenrolar da prisão em flagrante: a

³¹⁴ Acerca do tema, ver Título 2.1 deste Capítulo.

³¹⁵ Disciplina o artigo 304 do CPP que: “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”.

³¹⁶ Tal como exposto no Título 2.1 deste Capítulo, devem ser reputados nulos todos os interrogatórios que sejam realizados fora dos momentos legalmente previstos, sob pena de os elementos de informação colhidos não poderem, validamente, serem empregados contra o preso. Independentemente disso, se quando lícitamente se procede ao interrogatório é devida a identificação de seu responsável, com redobrada razão deve ser identificado o responsável pelo interrogatório ilícito levado a efeito, sob pena, agora por força do disposto na regra 5.2, de dever ser reputada nula a própria segregação.

³¹⁷ Acerca do tema, ver Título 2 deste Capítulo.

assistência de advogado constitui-se na garantia que agrega proteção a todas as demais garantias, desenvolvendo ímpar função na fiscalização da atividade estatal e na proteção da liberdade de locomoção.

Tal como consignou o Tribunal Constitucional Espanhol na STC 196/87³¹⁸, a assistência de advogado tem por objetivo

asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respectados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del letrado, la finalidad de lo suscrito en el acta de declaración³¹⁹.

No direito à assistência de advogado, para que seja possível dar-lhe vazão, dois direitos outros vêm a se agregar: 1) o direito de acesso aos elementos de prova e aos procedimentos empregados pelo Estado para a segregação; 2) o direito de acesso do preso ao advogado.

Com efeito, do direito à assistência de advogado exsurge o direito de acesso aos elementos constitutivos do flagrante, de modo a poder permitir ao advogado que fiscalize a licitude da restrição à liberdade de locomoção havida e o cumprimento das demais garantias, não sendo lícita a arguição de sigilo para isso obstar³²⁰. Apenas haverá condições concretas de defesa da

³¹⁸ Precedente colhido no sítio www.tribunalconstitucional.es, acessado em 29.07.2005.

³¹⁹ A Constituição Espanhola estabelece, no artigo 17, 3, segunda parte, que “se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca”. Comentando este direito, MORENO CATENA e CORTÉS DOMÍNGUEZ afirmam que: “Especial consideración merece el derecho a la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales (art. 17.3 CE), que comprende el derecho a designar abogado y solicitar su presencia para que asista a las diligencias de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto el detenido (art. 520.2.c). La intervención del abogado, que es obligatoria e irrenunciable salvo que la detención fuera por delito contra la seguridad del tráfico (art. 520.5), consiste en solicitar que se informe al detenido sobre sus derechos; que se proceda al reconocimiento médico, y que se aclara o amplíe la diligencia en que hubiera intervenido, haciendo constar en el acta los extremos que considere convenientes; asimismo, consiste la asistencia letrada en mantener una entrevista con el detenido, pero la Ley la permite sólo al término de la diligencia (art. 520.6). Esta última limitación o bien es una exigencia inútil, o bien se trata de un mecanismo para impedir que el interrogatorio se realice con todo conocimiento de causa y haciendo uso el detenido de su libertad; en efecto, resulta inútil porque se cumpliría con la limitación negándose el detenido a declarar hasta que se entrevistase con su defensor y, una vez lo haga, podrá pedir prestar declaración; por otro lado, se trataría de una ardid contra el detenido si lo que se pretende es sorprenderlo en un momento inicial sin que pueda preparar su testimonio y su defensa con su abogado. Por estas razones debería permitirse que la entrevista con el defensor se realizara siempre antes de recibirle declaración al detenido” (*Derecho procesal penal*, p. 279).

³²⁰ Nessa linha, independentemente do prévio decreto de sigilo, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no HC 82.354-8, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24.09.2004, p. 42, reconheceu a prerrogativa de o advogado ter acesso aos autos do inquérito no qual o investigado prestaria declarações:

- I. Habeas corpus: cabimento: cerceamento de defesa no inquérito policial. (...)
- II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial.
1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos

liberdade de locomoção, de controle sobre a atividade estatal, se tiver o advogado acesso aos elementos probatórios e procedimentais que sustentam a prisão. A solução *kafkiniana*³²¹ não encontra amparo: não é admissível uma prisão sem que dela se saibam as razões; sem se saber os fatos que sustentam a restrição, é impossível articular-se qualquer defesa.

Também do direito fundamental exposto na regra “6” decorre o direito de acesso do preso ao advogado na prisão em flagrante. Se, em Juízo, é garantido pelo artigo 185, parágrafo 2º, do CPP, que “antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor”, com mais razão, em sede policial, a providência estampada na referida regra deve ser assegurada ao preso³²², pena de se frustrarem os fins por que esculpido o direito fundamental à assistência de advogado. Em realidade, em todos os atos de que participe o preso, e dos quais podem surgir elementos de reconstituição do fato tido como ilícito, tem este o direito de se entrevistar, prévia, pessoal e reservadamente, com o advogado³²³. Como reflexo desse direito fundamental, a Lei 8.906/94

fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio.

2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.

3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações.

4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório.

5. Habeas corpus deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição.

³²¹ No livro “O processo”, Franz Kafka expõe a desintegração da personalidade humana ante o Estado totalitário, em que o personagem principal, José K., fora preso e submetido a um julgamento sem saber os termos da acusação.

³²² Aliás, o próprio artigo 6º, inciso V, do CPP, estabelece que, ao ouvir o indiciado, deverá a autoridade policial observar, no que for aplicável, as disposições referentes ao interrogatório judicial do réu, do que decorreria, também por tal prisma, o dever de atendimento ao disposto no artigo 185, parágrafo 2º, do CPP, garantindo-se a prévia entrevista entre advogado e preso.

³²³ Também nessa linha, a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84) prevê, em seu artigo 41, IX, que: “Constituem direitos do preso: ... IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado”.

estabelece, aliás, como *direito do advogado*, indispensável ao desempenho de seu mister, em seu artigo 7º, inciso III, a prerrogativa de este

comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis.

Para que se dê vazão ao disposto na regra “6”, o preso pode-se utilizar de defensor constituído; caso não constitua um defensor, cabe ao Estado, então, para dar cumprimento à determinação estabelecida na regra “6”, nomear um ou utilizar um defensor público. Da regra “6”, assim, decorrem as seguintes regras alternativas:

Regra “6.1”

O preso tem o direito em face do Estado de ser assistido por advogado constituído.

Regra “6.2”

Caso não seja exercido o direito veiculado na regra “6.1”, o preso tem o direito em face do Estado de este nomear-lhe um advogado para que lhe assista ou conceder-lhe um defensor público.

Tais regras prescrevem, descritivamente, em sua própria estrutura, específicos comportamentos a serem adotados pelo Estado: 1) se se der a constituição de defensor, cabe ao Estado agir de forma a não-impedir o desempenho da atividade daquele, que se deve dar tal como autorizado pelo ordenamento jurídico³²⁴; 2) se não se der a constituição de defensor, cabe-lhe agir de forma positiva, nomeando advogado ou concedendo defensor público para que preste a assistência devida, sem prejuízo de agir, após, em conformidade com o disposto no item “1” supra.

E, em atendimento ao disposto na regra “1” (dever de informação), deve o Estado comunicar o preso exatamente acerca dessa opção³²⁵: a

³²⁴ Nos termos do artigo 133 da CF: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Interpretando a referida “inviolabilidade”, o Supremo Tribunal Federal tem-na como *relativa*, devendo haver nexo causal entre a atividade desenvolvida pelo advogado e a defesa exercida, que se deve pautar em conformidade com as normas incidentes. Ver, nesse sentido, dentre outros, HC 81.746, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves; RHC 82.033, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim.

³²⁵ No que tange ao dever constitucional de informar o preso acerca de seu direito à assistência de advogado, que se constitui, em face da defesa técnica que realiza, em pilar para o exercício do direito contra a auto-incriminação, destaque-se, mais uma vez, as palavras do Chief Justice Warren, no caso *Miranda v. Arizona*,

An individual held for interrogation must be clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation under the system for protecting the privilege we delineate today. . . . No amount of circumstantial evidence that the person may have been aware of this right will suffice to stand in its stead: Only through such a warning is there ascertainable assurance that the accused was aware of this right. If an individual indicates that he wishes the assistance of counsel before any interrogation occurs, the authorities cannot rationally ignore or deny his request on the basis that the

possibilidade de o preso constituir um advogado de sua preferência (contida na regra “6.1”) ou de ter para si nomeado um defensor pelo Estado, ou de ter para si concedido um defensor público (contida na regra “6.2”). Assim, a regra “1” (o dever de informação), no ponto, pode assim ser enunciada:

Regra “1.6”

O preso tem o direito em face do Estado de ser informado de sua opção entre ser assistido por defensor constituído e ser assistido por defensor nomeado pelo Estado ou por defensor público.

Outrossim, cabe dizer que a referida opção mantém-se sempre aberta ao *preso*, mesmo após a nomeação de um defensor ou a atuação de um defensor público: a qualquer tempo, poderá o *preso* vir a constituir defensor para patrocinar seus interesses, pelo que será, então, imediatamente revogada a nomeação levada a efeito.

6.1. DO MOMENTO DA INCIDÊNCIA DA GARANTIA À ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO

Da realização da prisão-captura seguem-se atos de mera condução do preso, que deve urgentemente ser apresentado à autoridade policial. Antes da apresentação do preso, a prisão-captura encontra-se disforme, caracterizando-se por marcada brevidade e precariedade, encontrando-se na dependência do juízo provisório a ser realizado pela autoridade policial no sentido de que seja realizada a lavratura do auto³²⁶.

O primeiro fiscal da restrição à liberdade de locomoção é a própria autoridade policial. Eventuais ilicitudes que se tenham operado antes da apresentação do preso, é dever da autoridade reprimi-las, restabelecendo, se

individual does not have or cannot afford a retained attorney... The privilege against self-incrimination secured by the Constitution applies to all individuals. The need for counsel in order to protect the privilege exists for the indigent as well as the affluent....

Tradução livre: “Alguém que seja detido para interrogatório deve ser claramente informado de que tem o direito a consultar um advogado ou de ter um advogado consigo durante o interrogatório, tal como no sistema de proteção do direito hoje delineado... Sem importância da circunstancial prova de que a pessoa possa estar ciente de seu direito, isso não será suficiente para substituí-lo: somente através de tal advertência haverá clara certeza de que o acusado estava ciente de seu direito. Se alguém indica que deseja a assistência de um advogado antes que o interrogatório aconteça, as autoridades não podem, racionalmente, ignorarem ou negarem esse pedido com base no fato de que a pessoa não tenha ou não possa pagar pelos serviços de um advogado... O direito contra a auto-incriminação assegurado pela Constituição aplica-se a todos. A necessidade de assistência de modo a proteger o direito existe tanto em favor do indigente quanto em favor do rico...”

³²⁶ Acerca do tema, ver Títulos 5.1.1 e 5.1.2 do Capítulo II.

for o caso, em face delas, a liberdade de locomoção. Se a autoridade policial entender que há elementos suficientes para lavratura do auto, passa o preso a figurar, agora, na posição de investigado, e a autoridade policial passa a figurar, a partir de então, na de responsável pela restrição à liberdade de locomoção. Eventual impetração de *habeas corpus* que se fizer terá a autoridade policial, justamente, como a autoridade apontada como coatora³²⁷.

Assim, da definição estatal pela lavratura do auto, que reputa como provisoriamente válida a prisão-captura, logo após a apresentação do preso, passa a incidir o direito à assistência de advogado. Da assunção, pela autoridade policial, da posição de responsável pela segregação decorre, como contrapartida, a necessária assistência de advogado, que irá funcionar como fiscal da atividade levada a efeito pelo Estado, zelando pelo cumprimento das demais garantias incidentes, promovendo, enfim, todas as medidas que se fizerem imprescindíveis à proteção da liberdade de locomoção que se encontra restringida, agora, por força de ato de autoridade.

Assim, apresentado o preso à autoridade com poderes para a lavratura do auto, havendo decisão nesse sentido, incide, na sequência, a regra “1.6”; se não se der a constituição de advogado, não estando o preso a fazer uso da regra “6.1”, cabe ao Estado dar cumprimento à regra “6.2”, providenciando defensor dativo para que preste a devida assistência ao preso.

6.2. DAS CONSEQUÊNCIAS DO DESATENDIMENTO DA NORMA

O direito fundamental à assistência de advogado perfaz garantia que tem por escopo a verificação do cumprimento das demais garantias em momento, inclusive, anterior a qualquer deliberação judicial: ali onde houver uma restrição indevida à liberdade de locomoção, abrevia-se caminho em direção à imediata proteção judicial³²⁸. Em outras palavras, o

³²⁷ Acerca do tema, ver Títulos 5.1.3 e 5.1.4 do Capítulo II.

³²⁸ Comentando o direito à tutela judicial na Espanha, SANGUINÉ expõe, seguindo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, que: “... puede definirse el derecho a la tutela judicial efectiva como el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a ejercer, en el seno del proceso, todas sus facultades para que los órganos jurisdiccionales estudien su pretensión y emitan una resolución motivada y conforme al ordenamiento jurídico vigente en un determinado Estado social y Democrático de Derecho. La naturaleza compleja del derecho a la tutela judicial suscita el problema de su naturaleza jurídica, en relación al cual hay que proclamar la sustantividad – y no solo una vía de protección instrumental de los derechos y libertades fundamentales –, que adquiere su significado autónomo con independencia del derecho material que se sustancia en el proceso correspondiente” (*Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, p. 85-86). Em verdade, a assistência de advogado ao preso também consubstancia garantia para o exercício do direito fundamental à proteção judicial, que, no direito brasileiro, encontra-se disposta no inciso XXXV do artigo 5º da

direito fundamental à assistência de advogado constitui-se em garantia que congrega proteção às demais garantias, disposta, assim como as outras, em linha de proteção última das condições fáticas e jurídicas em que se encontra sendo restringida a liberdade de locomoção.

As garantias constitucionais individuais postas em favor da proteção da liberdade de locomoção, para que atinjam suas potencialidades, estão a demandar conhecimento técnico de quem as opere. Sem este, resta reduzida, consideravelmente, a possibilidade de imediata defesa da liberdade de locomoção restringida.

Por mais que seja possível a impetração de *habeas corpus* por todos em favor de qualquer um³²⁹, para tanto é necessário que o impetrante, além de ter interesse pessoal em defender a liberdade de outrem, saiba: primeiro, que alguém se encontra com a sua liberdade restringida; segundo, a forma como a liberdade está sendo restringida. Assim, na prática, a possibilidade geral de impetração de *habeas corpus* nem de perto pode desempenhar qualquer função substitutiva do direito fundamental à assistência de advogado: este exige a designação de advogado para a específica proteção da restrição à liberdade de locomoção de alguém, almejando uma verificação concreta da forma como está em curso a segregação, possibilitando, caso constatada qualquer ilicitude, que, concretamente, se lance mão das demais garantias constitucionais disponíveis.

Dessa forma, trata-se de garantia que agrega ao *iter* da prisão em flagrante um fator externo de controle da correção dos rumos tomados na segregação, zelando, por conseguinte, pela celeridade do procedimento.

Em face da frágil situação em que se encontra o preso, submetido a estrito controle estatal, a assistência de advogado tem, também, como finalidade diminuir a disparidade de poderes entre o preso e o Estado: em favor do preso, em face de quem se encontra o Estado, com todo o conhecimento técnico, contrapõe-se, desempenhando função constitucional tida como essencial³³⁰, com o conhecimento técnico necessário, o advogado.

Não bastasse tudo isso, a assistência de advogado tem a condição de proteger, concretamente, pelo aconselhamento e compreensão técnica que

CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Por intermédio da assistência de advogado, a Constituição concede efetivo meio para que o preso possa, com a máxima celeridade, ter acesso ao Poder Judiciário com vistas a que este aprecie a licitude da restrição ao seu direito fundamental à liberdade de locomoção.

³²⁹ Tal como dispõe o artigo 623 do CPP ao disciplinar que: “O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”.

³³⁰ Tal como dispõe o artigo 133 da CF.

possibilita, o exercício da garantia contra a auto-incriminação³³¹, desempenhando relevante função na preparação da autodefesa que poderá ser exercida quando do interrogatório policial³³².

Por tudo isso, se não se der o cumprimento da regra “6.1”, não se permitindo que o defensor constituído assista ao preso, decorrerá a nulidade da restrição à liberdade de locomoção havida.

E, como visto, caso se ingresse na via alternativa, devido ao preso, por qualquer razão, não ter constituído defensor, cabe ao Estado dar cumprimento à regra “6.2”, nomeando-lhe um defensor dativo ou concedendo-lhe um defensor público. Da ausência de cumprimento da regra “6.2” também decorrerá a nulidade da segregação.

Não socorre, com vistas ao descumprimento da garantia contida na regra “6.2”, a alegação estatal de ausência de defensores em seus quadros para a prestação da assistência devida. Primeiro, porque a debilidade e a insuficiência do serviço público não autorizam o descumprimento de garantia fundamental, cabendo ao Estado adaptar a prestação do serviço com vistas a adequar-se às exigências constitucionais, e não o contrário: não cabe, ao custo da liberdade de locomoção, justificar sua omissão com base em sua inaptidão. Segundo, porque mesmo a debilidade e insuficiência do serviço desenvolvido pelas defensorias públicas podem ser supridas pela simples nomeação de defensor não pertencente a seus quadros, para tanto valendo-se, a autoridade pública, do disposto no artigo 34, inciso XII, da Lei 8.906/94, no qual resta atestado o dever de todo advogado prestar assistência judiciária quando nomeado em virtude de impossibilidade da

³³¹ Na Alemanha, segundo expõe ROXIN, dissertando acerca do direito contra a auto-incriminação e o artigo 136 do CPP Alemão, que concede o direito ao preso de, em qualquer momento, inclusive antes de seu interrogatório, consultar-se com advogado de sua eleição: “En una sentencia posterior de octubre de 1992 (BGHSt 38, 372), el Tribunal Supremo Federal amplía la protección frente a la auto-incriminación realizada por falta de experiencia, mediante el fortalecimiento del derecho a la defensa. A él se refiere también la disposición legal prevista en el párrafo 136 del Código Procesal Penal, donde se obliga a una segunda información: es decir, el imputado tiene derecho ‘en todo momento, incluso antes de su declaración, a consultar con un abogado de su elección’. En el caso concreto de la sentencia, esta información se le dio; pero, cuando el imputado pidió hablar con un abogado, el policía que lo interrogaba le indicó que ‘él debía saber por sí mismo se quería declarar o no, esta decisión no podía tomarla por él su abogado’. De esta forma, se le prohibió consultar con un abogado. El imputado declaró sin haber consultado con un abogado y confesó. El Tribunal Supremo Federal vio en este caso una violación del derecho a la defensa [...] y rechazó la valoración de la confesión como prueba. Luego, el Tribunal, - como ya hizo antes con el derecho a no declarar -, ubica también el derecho a la defensa entre los principios que fundamentan la posición del inculcado en el proceso [...]. Aunque la sentencia sólo se ocupa de manera explícita del impedimento a consultar con un abogado, puede deducirse de ella que también omitir instruir al imputado sobre este derecho lleva a impedir valor procesalmente la declaración que éste realice como consecuencia de esta omisión. Por tanto, también se impide este derecho a consultar con un abogado cuando no se instruye al inculcado respecto a esta posibilidad. También esta sentencia está en estrecha relación con el principio del *nemo – tenetur*, pues el derecho a la defensa, del que trata, sirve para diferentes intereses del imputado. Pero en cualquier caso, también tiene la finalidad de protegerlo de una auto-incriminación sobre la cual no haya reflexionado lo suficiente. Sólo quien tiene la posibilidad de ser aconsejado por su abogado en el momento de declarar puede responder de la mejor manera posible...” (ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal*, Valência: Tirant lo Blanch, 2000, p. 130-1132).

³³² Acerca do tema, ver Título 2 deste Capítulo.

defensoria pública, salvo se, para se isentar do múnus, trazer “justo motivo”, *in verbis*:

Artigo 34. Constitui infração disciplinar:

XII – recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública.

Bem se vê que o direito fundamental contido na regra “6.2” não equivale ao direito fundamental expresso no enunciado normativo disposto no inciso LXXIV do artigo 5º da CF, que, aos necessitados³³³, garante assistência jurídica:

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Em verdade, independentemente de qualquer insuficiência de recursos, há, nas hipóteses de prisão, expressa determinação constitucional no sentido da assistência de advogado enquanto garantia do preso. O direito estabelecido na regra “6.2” é absolutamente distinto daquele veiculado no inciso LXXIV do artigo 5º da CF. No caso da regra “6.2”, o direito fundamental à assistência de advogado não pressupõe, como visto, qualquer insuficiência de recursos, antes constituindo-se elemento central da validade da restrição à liberdade de locomoção em curso, desempenhando diversas funções essenciais de garantia da liberdade de locomoção e das demais garantias, consoante já exposto. Em realidade, pode-se, somente, estabelecer uma zona de intersecção entre o direito estabelecido na regra “6.2” e o estabelecido no inciso LXXIV do artigo 5º da CF, reforçando-se sobremaneira o dever estatal de nomeação de defensor aos presos necessitados³³⁴.

Diga-se, também, que, caso o preso não tenha constituído defensor e caso não tenha oficiado um defensor público durante a constituição da prisão-administrativa (tendo, portanto, sido nomeado um defensor dativo), ainda assim deverá a Defensoria Pública ser comunicada da prisão em flagrante em curso, consoante prevê a segunda parte do parágrafo 1º do artigo 306 do CPP, que foi inserida pela Lei 11.449/2007, de modo a que, se necessário, venha a agir com vistas a proteger a liberdade de locomoção restringida:

³³³ Em conformidade com a definição legal de necessitado, tal como estabelecida no parágrafo 2º da Lei 1.060/50, sempre que se estiver em face de pessoa que não apresente condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, ao Estado incumbe nomear um defensor público. Para tanto, é dever do Estado o desenvolvimento de órgãos para tanto voltados, tais como as defensorias públicas (artigo 134 da CF) da União, do Distrito Federal e dos Estados.

³³⁴ Visto por outro prisma, desse reforço da esfera daquele insuficiente de recursos, que por dois motivos distintos deve ser protegido em casos que tais pelo Estado, otimiza-se o princípio da igualdade em sua feição material.

Art. 306...

§ 1o Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ... o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

O preso tem o direito em face do Estado de ser informado de sua opção entre ser assistido por defensor constituído e ser assistido por defensor nomeado pelo Estado, salvo se foi cumprida a regra "6.1".

Ademais, o direito fundamental do preso à assistência de advogado não pressupõe se esteja em meio a um procedimento em que se desenvolva contraditório. Se assim fosse, reduzir-se-ia a aplicabilidade do direito fundamental do preso à assistência de advogado a partir do momento do processo criminal, o que não teria nenhum sentido, uma vez que, independentemente de se estar preso, em todo o processo criminal já é compulsória a assistência de advogado por decorrência dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório³³⁵. Assim, em realidade, essa interpretação acabaria por eliminar o próprio direito fundamental do preso à assistência de advogado, retirando-lhe toda sua aplicabilidade: antes do início da ação penal, restaria o preso sem nenhuma assistência jurídica quando dela mais precisa, do que decorreria que, jamais, nos casos de prisão em flagrante, receberia o preso a assistência de advogado constitucionalmente garantida.

Por fim, cabe dizer que a regra "1.6" apresenta caráter instrumental com relação ao direito à assistência de advogado tal como prevista na regra "6.1", concedendo ao preso a possibilidade de optar pela constituição de defensor. Se o preso constituir defensor, atendida estará a finalidade por que erigida a regra "1.6", não decorrendo nenhum prejuízo jurídico do seu não-atendimento. Nesses casos, a regra "1.6" apresenta, como cláusula de exceção, justamente o cumprimento da regra "6.1", podendo-se, dessa conjugação, enunciar-se a regra "1.6.1":

³³⁵ Com efeito, o direito do preso à assistência de advogado não se confunde com o direito à assistência de advogado no processo penal, que, tampouco dependendo de qualquer verificação de insuficiência financeira do beneficiado, decorre diretamente dos princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da CF); da falta de atendimento do direito à assistência de advogado no processo penal provém, por sua vez, a nulidade do próprio processo (nesse sentido, a Súmula 523, primeira parte, do Supremo Tribunal Federal, enuncia que: "no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta...").

Também assim, na Espanha, o específico direito do preso à assistência de advogado (artigo 17.3 da Constituição Espanhola – "... Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca") não se confunde com o direito à assistência de advogado contido no preceito referente à tutela judicial efetiva (artigo 24.2 da Constituição Espanhola – "... todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra si mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia"). Acerca disso, GARCIA MORILLO comenta que: "Se trata, por consiguiente, siempre según el TC, de un derecho autónomo, distinto a la asistencia letrada a que alude el art. 24.2 CE: éste ampara al acusado o imputado, y aquel al detenido" (*El derecho a la libertad personal*, p. 129).

Se não se der o cumprimento da regra "1.6", tendo-se operado, imediatamente, o cumprimento da regra "6.2", tendo, de toda forma, ocorrido a assistência de advogado no curso da segregação, a invalidade da restrição estará a depender de prejuízo que tenha sido sentido, que somente ocorrerá se se der um funcionamento deficiente da assistência prestada pelo defensor nomeado pelo Estado. Se não se der qualquer deficiência na prestação dessa assistência, não restará inválida, por consequência, a restrição à liberdade de locomoção por isso. Desse contexto pode-se enunciar a regra "1.6.2":

Da falta de cumprimento da regra "1.6", deve ser tida como nula a nomeação de defensor pelo Estado se de aí decorreu deficiência na prestação da assistência jurídica.

7 Da garantia da formalização da prisão por órgão com atribuições para tanto

7.1. DA FORMALIZAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE ENQUANTO ATIVIDADE DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

A polícia judiciária constitui-se em um conjunto de atividades desempenhadas por determinados órgãos públicos cujo objetivo primordial é a "apuração das infrações penais e da sua autoria" (artigo 4º do CPP³³⁶).

A lavratura do auto de prisão em flagrante, por sua vez, constitui-se em uma das atividades típicas de polícia judiciária, por via da qual se deflagra a apuração de um fato tido como ilícito. Além de servir como base para a formalização da restrição à liberdade, o auto de prisão em flagrante é instrumento de colheita de elementos de informação referentes ao fato tido como ilícito, dando desencadeamento ao inquérito policial³³⁷.

³³⁶ O artigo 4º estabelece que: "A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria". O CPP Espanhol, em seu artigo 282, por sua vez, define-a nos seguintes tais termos:

La Policía judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial.

³³⁷ Acerca do tema, ver Título 5.1.4. do Capítulo II.

Deve-se reconhecer, por conseguinte, que a lavratura do auto de prisão em flagrante, por guardar referência única e exclusiva com a esfera penal, somente podendo ser levada a efeito para exclusivos fins penais, constituindo-se em clássico ato de polícia judiciária, apenas pode ser realizada por autoridade com atribuições para tanto.

São estabelecidas, a partir da Constituição, com relação às infrações penais que são de competência da Justiça Federal e das Justiças Estaduais, normas de atribuição de funções de polícia judiciária a determinados órgãos. A repartição de tais atribuições estabelece-se a partir de dois critérios:

- 1) a partir da competência jurisdicional de determinada Justiça;
- 2) a partir da natureza do fato apurado.

7.1.1. ATRIBUIÇÃO EM FUNÇÃO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

No que concerne ao primeiro critério, há uma relação de *coordenação* entre a competência jurisdicional para processar e julgar infrações penais concedida à determinada Justiça e a atribuição concedida a determinado órgão para apurar essas mesmas infrações. Assim, os fatos que determinariam a competência jurisdicional de dada Justiça perfariam a referência a partir da qual seriam atribuídas, a dado órgão, as funções de polícia judiciária.

Disciplina o artigo 144, parágrafo 1º, inciso IV, da CF, que:

Artigo 144...

§ 1º. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

...

IV – exercer, **com exclusividade**, as funções de polícia judiciária da União. (destaquei)

Em face de tais enunciados normativos, a atribuição constitucional *prima facie* exclusiva para o desempenho das funções de polícia judiciária relacionadas à apuração de fatos tidos como ilícitos penais, cujo processamento e julgamento incumbam à Justiça Federal, como Justiça da União que é, foi concedida à Polícia Federal.

Destaque-se que a exclusividade conferida à Polícia Federal refere-se às funções de polícia judiciária, vale dizer, às atividades cujo objetivo intrínseco e único seja a apuração de infrações penais. Disso não decorre que outros órgãos, no campo próprio de suas atribuições, não possam apurar fatos que também tenham relevância penal, como, aliás, é expresso o parágrafo único do artigo 4º do CPP³³⁸. Em face do caráter fragmentário do direito penal³³⁹, o ilícito penal pressupõe a existência de um ilícito não-penal (civil, administrativo); assim, entre os ilícitos não-penais e os penais há zona de intersecção de ilicitude. Havendo órgãos encarregados de apurar tais ilícitos não-penais (a tanto designados por normas constitucionais e infraconstitucionais), é forçoso reconhecer que, no exercício de suas atribuições, tais órgãos possam vir a investigar um fato, sob a égide de normas não-penais, que também tenha relevância penal. Assim, nas hipóteses em que o fato a ser apurado seja, em tese, de competência da Justiça Federal (em conformidade com o disposto no artigo 144, parágrafo 1º, IV, da CF), apenas as investigações que não se encontrem no campo comum de investigação de outros órgãos é que são de exclusiva incumbência de apuração da Polícia Federal³⁴⁰. Enfatize-se, de toda forma, que, em todas tais hipóteses, quando se estiver em face de um crime cuja competência para processamento e para julgamento seja da Justiça Federal, as funções próprias de polícia judiciária (como a lavratura do auto de prisão em flagrante), que se dão unicamente em uma perspectiva penal, incumbem exclusivamente à Polícia Federal desenvolver.

Já no que tange às Polícias Civis, determina o artigo 144, parágrafo 4º, da CF, que:

§ 4º. Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares (destaquei).

O referido enunciado normativo exclui das atribuições das Polícias Civis o desempenho das funções de polícia judiciária da União, bem como o desempenho de quaisquer das funções de polícia judiciária atinentes à apuração de crimes militares. Assim, cabe à Polícia Civil, em situação de coordenação com a competência da Justiça Comum Estadual, promover as

³³⁸ Disciplina o parágrafo único do artigo 4º do CPP que: "A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função".

³³⁹ Acerca do caráter fragmentário do direito penal, ver nota 123.

³⁴⁰ Da fiscalização tributária (artigo 145, parágrafo 2º, da CF, artigos 194 e seguintes do CTN, artigo 6º da Lei Complementar 105/01), da fiscalização ambiental (artigo 225, parágrafo 3º, da CF, artigo 70 e parágrafos da Lei 9.605/98), por exemplo, podem decorrer apurações de ilícitos não-penais (tributários, ambientais) que, por sua vez, repercutam no possível reconhecimento da prática de ilícitos penais, resultando válidos, para subsidiar o oferecimento de denúncia, os elementos de informação que surgirem de tais investigações, máxime por que dispensável o inquérito policial para o oferecimento da denúncia.

funções de polícia judiciária referentes às infrações penais que não se encontrem na exclusiva seara de atribuições da Polícia Federal e às infrações penais que não se encontrem na seara de atribuições das autoridades militares federais e estaduais.

Nesse sentido, para o que interessa aos limites da presente dissertação, estabelecem-se as seguintes relações de coordenação:

- 1) as funções de polícia judiciária, relativamente aos crimes que ingressariam na competência da Justiça Federal, seriam de *exclusiva* atribuição da Polícia Federal (artigo 144, parágrafo 1º, inciso IV, da CF);
- 2) as funções de polícia judiciária, relativamente aos crimes que ingressariam na competência das Justiças Estaduais, seriam de atribuição das Polícias Cíveis (artigo 144, parágrafo 4º, da CF), ressalvando-se disso a apuração de crimes militares.

7.1.2. ATRIBUIÇÃO EM FUNÇÃO DA MATÉRIA

No que concerne ao segundo critério, deixando de lado a relação de *coordenação* acima referida, a apuração de determinados fatos tidos como ilícitos penais é atribuída a determinado órgão *sem exclusividade de atuação*, operando-se, então, *exceções* às relações de coordenação antes demonstradas.

Disciplinam os incisos I e II do parágrafo 1º do artigo 144 da CF:

§ 1º. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência.

Quando determinado fato tido como ilícito penal submeter-se, em um juízo prognóstico, à competência da Justiça Federal, incide o disposto no

artigo 144, parágrafo 1º, inciso IV, da CF, consoante antes exposto³⁴¹, cabendo, à Polícia Federal, com *exclusividade*, as atribuições de polícia judiciária.

O que vem disposto, por sua vez, nos incisos I e II supra, são as hipóteses de atribuição de funções de polícia judiciária concedidas à Polícia Federal quando o fato tido como delituoso não se encontrar, em tese, na competência da Justiça Federal, gerando hipóteses de exceção à relação de coordenação mantida entre a atribuição para o exercício das funções de polícia judiciária da Polícia Civil e a competência da Justiça Comum Estadual.

Em um primeiro momento, poder-se-ia considerar a concessão de *atribuições* à Polícia Federal para “*apurar infrações penais ... em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas*”, em face da correspondência que tais fatos encontrariam com o artigo 109, IV, da CF³⁴², como inócua ante a *exclusividade* conferida à Polícia Federal para a promoção das funções de polícia judiciária da União (artigo 144, parágrafo 1º, inciso IV, da CF); todavia, em face da exclusão, da competência da Justiça Federal, do processamento e do julgamento das contravenções penais, deve-se concluir que as *infrações penais*, a que faz referência o disposto no inciso I, segunda parte, parágrafo 1º, do artigo 144, da CF, dizem respeito, exatamente, às *contravenções penais* cometidas em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, cujos processamento e julgamento cabem, *prima facie*, às Justiças Estaduais.

Da mesma forma, a atribuição da Polícia Federal para apuração dos crimes contra a *ordem política e social*, expressos no inciso I, primeira parte, parágrafo 1º, do artigo 144 da CF, refere-se àqueles cuja competência para processá-los e julgá-los não seja da Justiça Federal. Nessa mesma linha, a atribuição da Polícia Federal para apuração de “*infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei*”³⁴³ (inciso I, última parte, parágrafo 1º, do artigo 144 da CF)

³⁴¹ Ver acerca do tema Título 7.1.1.

³⁴² Disciplina o artigo 109, IV, da CF, que: “Aos juizes federais compete processar e julgar: ... IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções penais e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral”.

³⁴³ Tais infrações encontram-se discriminadas na Lei 10.446/02, que estabelece que:

Art. 1º. Na forma do inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição, quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, em especial das Polícias Militares e Cíveis dos Estados, proceder à investigação, dentre outras, das seguintes infrações penais:

também concerne à investigação de fatos que, em tese, não seriam de competência da Justiça Federal.

No que tange à repressão ao “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, não bastasse a atribuição concedida à Polícia Federal para promover as funções de polícia judiciária da União referentemente ao tráfico internacional de drogas (a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento de tais fatos encontra-se prevista no artigo 109, V, da CF³⁴⁴), a Polícia Federal também detém, por decorrência da disposição contida no inciso II, primeira parte, parágrafo 1º, do artigo 144 da CF, atribuições de função de polícia judiciária nas hipóteses em que não haja internacionalidade no tráfico.

Com relação ao *contrabando* e ao *descaminho*, fatos cujo processamento e julgamento são, *prima facie*, de competência da Justiça Federal, o inciso II, segunda parte, parágrafo 1º, do artigo 144 da CF, vem a conceder à Polícia Federal atribuições de função de polícia judiciária mesmo quando a Justiça Federal não for competente para conhecer de tais fatos. As hipóteses em que

I – seqüestro, cárcere privado e extorsão mediante seqüestro (arts. 148 e 159 do Código Penal), se o agente foi impelido por motivação política ou quando praticado em razão da função pública exercida pela vítima;

II – formação de cartel (incisos I, a, II, III e VII do art. 4º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990); e

III – relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte; e

IV – furto, roubo ou receptação de cargas, inclusive bens e valores, transportadas em operação interestadual ou internacional, quando houver indícios da atuação de quadrilha ou bando em mais de um Estado da Federação.

Parágrafo único. Atendidos os pressupostos do caput, o Departamento de Polícia Federal procederá à apuração de outros casos, desde que tal providência seja autorizada ou determinada pelo Ministro de Estado da Justiça.

³⁴⁴ Dispõe o artigo 109, inciso V, da CF, que: “Aos juízes federais compete processar e julgar: ... V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”. Assim, o artigo 109, V, da CF, demanda, para sua incidência, a ocorrência de elementos de indole exclusivamente objetiva, quais sejam: 1) atos de execução no território nacional, devendo, por sua vez, o resultado ocorrer no estrangeiro; ou atos de execução no estrangeiro, ocorrendo o resultado em território nacional, sendo irrelevante a existência de cooperação entre agentes situados em territórios nacionais diversos; nessa linha, a 1ª Turma do STF, no HC 76.288-5, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 06.02.1998, p. 7, decidiu que:

JUSTIÇA FEDERAL: COMPETÊNCIA: TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES: CRITÉRIO.

Na linha de orientação firmada no CJ 4.067, da qual proveio a Súmula 522 e o vigente art. 109, V, CF, ao caráter internacional do tráfico de entorpecentes - a ditar a competência da Justiça Federal - não é necessário que à circunstância objetiva de estender-se o fato - na sua prática ou em função dos resultados reais ou pretendidos - a mais de um país, se some a cooperação de agentes situados em territórios nacionais diversos.

2) e, tratado ou convenção internacional, devidamente incorporado no direito nacional, no qual o Brasil tenha se comprometido a reprimir determinadas condutas criminosas. No que tange à repressão do tráfico de drogas, o Brasil é signatário da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas de Viena, que foi aprovada por via do Decreto Legislativo nº 162, de 14 de junho de 1991, sendo internalizada, por sua vez, por via do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991.

a Justiça Federal não detém competência para processar e julgar tais fatos encontram-se no texto constitucional, tal como se observa nos casos de competência originária dos Tribunais de Justiça para processar e julgar “os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”³⁴⁵.

Em todos tais casos, quando a Polícia Federal não age no desempenho das funções de polícia judiciária da Justiça Comum Federal (quando então sua atuação seria exclusiva), há *concorrência de atribuições* entre a Polícia Federal e o órgão encarregado de exercer as funções de polícia judiciária em face da Justiça Comum Estadual. Destacam-se, nesse contexto, exceções à relação de coordenação mantida entre a atribuição para o exercício das funções de polícia judiciária das Polícias Civis e a competência da Justiça Comum Estaduais.

Assim, há concorrência de atribuições de funções de polícia judiciária entre a Polícia Federal e a Polícia Civil:

- 1) na apuração de infrações penais contra a ordem política e social, quando for competente a Justiça Estadual;
- 2) na apuração de contravenções cometidas em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, quando for competente a Justiça Estadual;
- 3) na apuração de infrações penais cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional, nos termos da Lei 10.446/02, quando for competente a Justiça Estadual;
- 4) na apuração de infrações penais referentes ao tráfico de drogas não-internacional, quando for competente a Justiça Estadual;
- 5) na apuração do descaminho e do contrabando, quando for competente a Justiça Estadual.

³⁴⁵ Artigo 96, III, da CF.

7.2. DA GARANTIA DECORRENTE DO PARÁGRAFO 1º, INCISOS I, II E IV, E DO PARÁGRAFO 4º, DO ARTIGO 144 DA CONSTITUIÇÃO

Apenas o órgão que detenha atribuições de polícia judiciária poderá formalizar a prisão-captura, lavrando o auto de prisão em flagrante e constituindo a prisão-administrativa.

Não resta dúvida de que qualquer uma das polícias deve³⁴⁶, verificando o cometimento de crime sujeito à prisão em flagrante, promover a prisão-captura³⁴⁷. Acontece, contudo, que a lavratura do auto de prisão flagrante apenas pode ser feita por autoridade com atribuição para o exercício de funções de polícia judiciária, a quem deve ser encaminhado, imediatamente, o preso³⁴⁸.

A formalização da prisão em flagrante, ao lado de servir como meio para a colheita de elementos de informação, repercute em restrição do princípio da liberdade de locomoção³⁴⁹. Como instrumento excepcional de restrição à liberdade de locomoção, que foge ao âmbito da reserva de jurisdição, para a transmutação da prisão-captura em prisão-administrativa deve-se proceder de forma estritamente vinculada aos comandos constitucionais incidentes, dentre os quais se destaca, nos crimes sujeitos à competência da Justiça Federal e das Justiças Estaduais, a exigência de que a autoridade administrativa que irá formalizar a prisão-captura detenha atribuições constitucionais para tanto.

Com efeito, do sistema normativo contido no artigo 144, parágrafo 1º, incisos I, II e IV, e parágrafo 4º, da CF, no que tange aos crimes sujeitos à competência da Justiça Comum (Justiça Federal e Justiças Estaduais), decorre o direito subjetivo do preso de que a formalização da prisão em flagrante deverá ser levada a cabo pelos órgãos com atribuição constitucional para tanto, podendo-se, nesse contexto, formular a seguinte regra geral:

Regra "7"

Se A for preso por decorrência de crime sujeito à competência da Justiça Federal ou das Justiças Estaduais, A tem o direito em face do Estado de ter sua prisão-captura formalizada pelo órgão com atribuições para tanto concedidas pela Constituição.

³⁴⁶ Tal como dispõe o artigo 301, primeira parte, do CPP.

³⁴⁷ Acerca do tema, ver Título 5.1.1. do Capítulo II.

³⁴⁸ Acerca do tema, ver Títulos 5.1.2 e 5.1.3 do Capítulo II.

³⁴⁹ Acerca do tema, ver Título 5.1.4 do Capítulo II.

Mais especificamente, podem-se enunciar as seguintes regras:

Regra "7.1" <i>Se A for preso por decorrência de crime sujeito à competência da Justiça Federal, A tem o direito em face do Estado de ter sua prisão-captura formalizada pela Polícia Federal.</i>	Regra "7.2" <i>Se A for preso por decorrência de crime sujeito à competência da Justiça Estadual, A tem o direito em face do Estado de ter sua prisão-captura formalizada pela Polícia Civil, excetuados os casos de incidência da regra "7.3" ou de crimes militares.</i>
Regra "7.3" <i>Se A for preso por decorrência de crime sujeito à competência da Justiça Estadual, A tem o direito em face do Estado de ter sua prisão-captura formalizada ou pela Polícia Civil, ou pela Polícia Federal, se:</i> a) <i>se tratar de infrações penais contra a ordem política e social;</i> b) <i>se tratar de contravenção penal cometida em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas;</i> c) <i>se tratar de infração penal cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional, nos termos da Lei 10.446/02;</i> d) <i>se tratar de infração penal referente ao tráfico de drogas não-internacional;</i> e) <i>se tratar de descaminho e/ou de contrabando.</i>	

7.3. DAS CONSEQUÊNCIAS DO DESATENDIMENTO DA NORMA

Os agentes públicos apenas podem agir dentro das balizas normativas autorizadas; a realização de ato restritivo à liberdade levado a efeito por autoridade sem atribuições para tanto redundará em um comportamento dissociado das próprias normas de atribuição e das garantias de aí decorrentes.

Como toda atividade administrativa, a lavratura do auto de prisão em flagrante pressupõe que seja levada a efeito por autoridade com atribuições

para tanto. Se assim não se proceder, por violação ao direito subjetivo decorrente das normas constitucionais antes apreciadas, padecerão a lavratura do auto e todos os demais atos de invalidade. Por conseguinte, a restrição à liberdade de locomoção operada nesse ambiente deverá ser tida como nula.

Nessa linha, quando do julgamento do pedido de cautelar na ADI nº 1.489-7, na qual se apreciava resolução da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro que determinava, a autoridades policiais civis, a lavratura de auto de prisão em flagrante referentemente a crime cuja apuração cabia à Polícia Federal, em precedente bastante elucidativo, assim se manifestou o Relator, Min. Sepúlveda Pertence:

E aqui se desvela nítida a infração do art. 144, § 1º, I e IV, da Constituição da República, que entregam com exclusividade, à Polícia Federal, as funções de polícia judiciária da União, “apurar infrações penais contra a ordem política ou social ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União”.

...

Apegam-se as informações ao bordão de que os vícios do inquérito policial não afetam a ação penal subsequente para sustentar a inocuidade da incompetência da autoridade policial do Estado — que sequer ousa contestar — para a lavratura do flagrante, por crime federal: o sofisma é rombudo, o dislate é cabal.

A autuação em flagrante — mormente, a título de crime inafiançável —, antes de constituir simples procedimento de investigação policial, mera informatio delicti — é primacialmente fonte de coação pessoal direta, o recolhimento imediato do conduzido à prisão —, a cuja validade, até por imperativo constitucional, a competência da autoridade que o preside é pressuposto inarredável.

“Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”, como assegura o art. 5º, LXI da Constituição.

Desse modo, no âmbito civil, a prisão em flagrante é a única ressalva à exigência de prévia decisão da autoridade judiciária competente: se, na última hipótese, que é a normal, a legitimidade da prisão reclama a competência da autoridade judiciária que a houver determinado, raia pelo despautério a sustentação de que, à validade da prisão excepcionalmente admitida por ordem de autoridade administrativa, a falta de competência desta se devesse reputar irrelevante.

A prisão em flagrante, ao contrário do que ao leigo pudesse parecer, não é fato que se esgote na coação inicial, permitida até a qualquer do povo.

“Ocorrido o flagrante ou o quase-flagrante, a prisão do autor da infração é ato processual complexo” - anotou J. Frederico Marques (Elementos Dir. Proc. Penal, Forense, 1965, 111/69) — “cujo procedimento se desenrola através de uma série de atos, que vão da captura propriamente dita (ou ato de coação física de detenção corporal do infrator) até a entrega da nota de culpa”.

Entre esses atos extremos — recorda o mestre — situam-se vários outros, tais como a condução do preso à presença da autoridade, a lavratura do ato de flagrante e a entrega do preso ao estabelecimento em que deva permanecer em custódia.

No correr desse procedimento, cumpre enfatizar, há momentos de verdadeiras decisões sobre a prisão ou a liberdade do conduzido, que obviamente reclamam a competência da autoridade de que emanam: assim, de início, a classificação jurídica provisória do fato bruto que lhe é apresentado pelo condutor para saber se se procede ou não à lavratura do flagrante.

“A prisão em flagrante” — analisou outro jurista saudosos (Roberto Lira Filho – A Classificação das infrações penais pela autoridade policial nos Estudos (...) em homenagem a Nelson Hungria, Forense, 1962, p. 276, 294) — “determina, de imediato, a classificação da infração penal”. A fundada suspeita ‘referida no § 1º do art. 304 do Código de Processo Penal, obviamente está vinculada a u’a infração penal, que urge determinar. Sem isto, não será possível saber se é o caso de liberdade provisória, com ou sem fiança, nem de nota de culpa (arts. 304, § 1º, 306 e 309 do Código de Processo Penal) e a comunicação gera (...) o problema da competência jurisdicional, cujo accertamento pressupõe a classificação”.

Não vejo, assim, como negar a presença ostensiva dos pressupostos da medida cautelar, seja na evidência da inconstitucionalidade argüida, seja nos riscos à liberdade de locomoção e à garantia do devido processo legal que o ato normativo acarreta.

Evidência e riscos, aliás, que as informações sequer buscam dissimular, antes alardeiam, com audácia imprudente.

Refiro-me à passagem na qual se lê que, se ‘acaso questionada a regularidade do auto de prisão em flagrante, tal seria facilmente solucionada pela decretação da prisão temporária ou preventiva do indiciado, uma vez constatados, pela Autoridade Judiciária, os requisitos pertinentes’.

Claramente se impugna, assim, que se mantenha em vigor ato normativo que determina a autuação em flagrante ilegal, porque presidida por autoridade incompetente, a fim de que mantido o encarceramento indébito do conduzido, possa depois a autoridade judicial ‘regularizar’ a situação, decretando a prisão cautelar.

É patente — e correto, pois, o raciocínio da associação requerente — que a prisão provisória posterior não elide a criminalidade do abuso de poder consumada na autuação em flagrante e no

recolhimento ao cárcere de alguém por autoridade administrativa incompetente.

Ademais, a se aceitar que autoridades administrativas sem atribuições lavrem autos de prisão em flagrante, perder-se-ão os mecanismos de controle da atividade policial. É necessário que a sociedade e que os órgãos de controle (tal como o Ministério Público, a quem cabe o controle externo da atividade policial³⁵⁰), de antemão, saibam o que cada órgão de segurança pública pode e vai fazer, pena de se gerarem perigosos espaços de antijuridicidade.

Se nem mesmo um tributo (ou mesmo uma multa), no Brasil, pode ser lançado por autoridade sem atribuições, com muito mais razão não pode ser tida como válida a lavratura de um auto de prisão em flagrante por autoridade desvestida de atribuições para tanto. Não há como se aceitar a possibilidade de uma autoridade administrativa sem atribuições poder restringir um dos direitos fundamentais basilares do desenvolvimento da pessoa humana, constitutivo de sua dignidade, tal como é a liberdade de locomoção.

Por conseguinte, deve-se conceder interpretação ao disposto no artigo 307 do CPP em conformidade com os direitos subjetivos estabelecidos pelas regras “7.1”, “7.2” e “7.3”, tendo, de toda forma, como não-recepcionada sua parte final. Disciplina referido artigo que:

Art. 307. 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 (destaquei).

Deve-se interpretar, nesse contexto, o termo “autoridade” como relacionado à autoridade do órgão com atribuições para a formalização da prisão-captura, tal como estipuladas nas garantias expostas nas regras “7.1”, “7.2” e “7.3”. Nessa linha, autoridades judiciais, por exemplo, não possuindo *prima facie* funções de polícia judiciária, não se revestem de poderes para a formalização de prisões-captura, cabendo-lhes, como qualquer do “povo”, nos termos do artigo 301 do CPP, promover a prisão-captura, encaminhando, logo a seguir, o preso à autoridade com poderes para a lavratura

³⁵⁰ Disciplina o artigo 129, VII, da CF, que são funções institucionais do Ministério Público “exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior”. O artigo 3º, alínea “e”, da Lei Complementar 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, disciplina, exatamente, que, no exercício do controle externo, cabe-lhe zelar para que a atividade policial desenvolva-se em conformidade com as normas de atribuição dos “órgãos incumbidos da segurança pública”.

do auto de prisão em flagrante. Não é possível o emprego do muitas vezes inadequado argumento consistente na seguinte assertiva: “*quem pode o mais pode o menos*”. O juiz pode julgar, se competente for, em meio a uma relação processual válida, um fato tido como criminoso; não pode, contudo, em face do sistema constitucional, que se inclina pelo sistema acusatório³⁵¹, exercer funções de polícia judiciária, devendo manter sua atuação contida às normas de competência e de atribuição constitucionais. Se um juiz realizar uma prisão-captura assumirá, isso sim, a função de condutor; se não a realizar, mas o fato der-se na sua presença, a de testemunha. Nesse contexto, não foi recepcionada pela Constituição, em face do disposto nas regras “7.1”, “7.2” e “7.3”, a parte final do artigo 307 do CPP, uma vez que apenas os órgãos referidos em tais regras detêm atribuições para a formalização de prisões em flagrante.

³⁵¹ Diferenciando o sistema inquisitório do acusatório, ROXIN expõe que: “En el proceso inquisitivo el juez interviene por sí mismo: él detiene, interroga, investiga y condena. No hay acusador ni acusado, sino solamente el juez (el inquisidor) – que investiga y juzga – y el objeto de su actividad (el inquirido). En la historia, el reconocimiento del principio de oficialidad ha conducido, en un primer momento, a esta forma de procedimiento penal. Sin embargo, contra esta configuración del proceso existen serios inconvenientes: por una lado, en el proceso inquisitivo, el juez no es imparcial, sino que se siente preponderantemente un órgano de la persecución penal y, por otro lado, el inquirido está prácticamente indefenso; no puede defenderse de modo suficiente. La otra posibilidad consiste en conformar el proceso penal, aun manteniendo el principio de oficialidad, como *proceso acusatorio*, por tanto, unir las ventajas de la persecución penal estatal con las del proceso acusatorio, que consisten, precisamente, en que juez y acusador no son la misma persona. Esto sólo puede suceder si el Estado asume tanto la tarea del acusador como la del juez, separando esa función en dos autoridades estatales distintas – una autoridad de acusación y el tribunal” (*Derecho Procesal Penal*, p. 86).

Capítulo V

AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS INSTITUÍDAS POR PRINCÍPIOS NA PRISÃO EM FLAGRANTE

1 Das garantias da integridade física e moral

Por se assemelharem nas funções que desempenham na segregação em curso, apresentando a mesma estrutura normativa, os direitos fundamentais à integridade física e à integridade moral do *preso*, consubstanciadas nos princípios “1” e “2”, serão apreciados conjuntamente.

Releiam-se os princípios “1” e “2”:

Princípio “1”

Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este assegurar-lhe, na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, sua integridade física.

Princípio “2”

Se A for preso, A tem o direito em face do Estado de este assegurar-lhe, na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, sua integridade moral.

A prisão constitui-se na restrição máxima ao princípio constitucional da liberdade de locomoção; retira-se, do sujeito, quase que de forma completa, a opção ir/permanecer. É levada a efeito pelo Estado por obra de uma delimitação espacial severa dentro da qual o corpo poderá ambular. Tem como objeto a assunção, quase que completa, da opção ir/permanecer pelo Estado. Este ordena sobre o corpo. Emite ordens de permanecer em determinado local; emite ordens de ir a determinados locais. Essa assunção estatal de poder sobre o corpo tem, como necessária contrapartida, a assunção estatal de responsabilidade de proteção dele (o corpo). Em outras palavras, se o preso não mais tem liberdade ambulatoria, que passa a se submeter à deliberação do Estado, caberá a este protegê-lo em todos os momentos.

Os direitos fundamentais instituídos pelos princípios “1” e “2” incidem sobre os meios empregados para realização e para a manutenção da restrição à liberdade de locomoção, almejando contê-los de modo a que acarretem a mínima restrição possível à integridade física e moral do preso. Trata-se de princípios específicos de garantia da forma como se operará a restrição à liberdade de locomoção.

Assim, na proteção imediata do direito fundamental/bem coletivo constitucional³⁵² a que visa a prisão em flagrante, deve-se atuar de forma a restringir, na menor medida possível, os princípios da integridade física e moral do preso, devendo a atuação estatal, para ser considerada válida, portanto, passar pelo preceito da proporcionalidade.

Se a restrição à liberdade de locomoção gerar restrição inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito sobre tais princípios, indevida será, por consequência, a segregação havida, máxime havendo específica determinação constitucional no sentido de respeito à integridade física e moral como garantias sobre a forma como será realizada a prisão em flagrante.

1.1. ADEQUAÇÃO

Para a realização de uma prisão em flagrante, não é pressuposta a restrição à integridade física e/ou moral do preso, embora seja possível, daí por que a razão de os direitos fundamentais da integridade física e moral encontrarem-se veiculados por intermédio de princípios.

Assim, na prisão em flagrante, a restrição à integridade física ou moral do preso pode vir a constituir-se em um meio para a restrição à liberdade de locomoção: jamais, contudo, um fim em si mesmo ou um meio para outro fim que não a imediata defesa de um direito fundamental/bem coletivo constitucional protegido por uma norma penal incriminadora³⁵³.

A prisão em flagrante é especialmente problemática na extrema exposição a que submete a liberdade de locomoção. Em princípio, toda e qualquer pessoa, independentemente de o fato justificar um decreto de prisão no âmbito da reserva de jurisdição, pode vir a ser presa em flagrante³⁵⁴. Fatos que, se julgados, jamais culminariam, em caso de condenação, com o cumprimento de pena privativa de liberdade, na prisão em flagrante remetem seu suposto autor à prisão. Nesse contexto, deve-se

ter redobrado cuidado para que, dentro das possibilidades fáticas, só se exponha o preso a abalos físicos e morais idôneos para a consecução do fim autorizado.

Se houver emprego de meio do qual decorra abalo à integridade física ou moral do preso, este apenas pode se direcionar para a realização da prisão em flagrante, e não para qualquer outro fim, tal como a vindita, a desforra, a imposição de imediato castigo, a exposição ao ridículo, à zombaria, ao escárnio. Se o meio eleito para a imposição da restrição à liberdade de locomoção direcionar-se para fim diverso do que o constitucionalmente vinculado, viola-se a relação de adequação meio-fim³⁵⁵ exigida pelo preceito da proporcionalidade; na hipótese, o meio estaria a serviço de restrição outra, diga-se ilícita, que não a restrição à liberdade de locomoção que seria autorizada *prima facie*.

Dessa forma, se o móvel da restrição for a imposição de castigo, violando-se, para tanto, a integridade física do preso, disso decorrerá a invalidade da prisão em flagrante. Outrossim, se a restrição motivar-se, exclusivamente, no fim de atingir a honra do preso, expondo-o, por isso, sobremaneira ao escárnio, também disso decorrerá a invalidade da restrição. Todas as pessoas, agentes públicos, ou não, nos termos do artigo 301 do CPP, não podem dela fazer uso para, longe do fim autorizado, ofender a integridade física ou moral do preso. Os direitos fundamentais estabelecidos pelos princípios “1” e “2” não convivem, antes repudiam, seja desrespeitada a integridade física e moral do preso para fins diversos do da segregação.

Assim, para a restrição à liberdade de locomoção, é medida de rigor que se respeite, dentro das possibilidades fáticas sentidas, ao máximo, a integridade física e moral do preso. Como consequência, se esses direitos fundamentais vierem a ser restringidos, no curso de uma prisão em flagrante, para fim diverso do constitucionalmente previsto, sem prejuízo de eventuais responsabilizações pessoais que se devam promover, a restrição à liberdade de locomoção ocorrida nesse ambiente, há se concluir, deu-se de forma inválida.

Os princípios da integridade física e moral desempenham, nesse contexto, especial papel na contenção de excessos, apresentando, também, nítida função preventiva.

³⁵² Acerca do tema, ver Título I do Capítulo II.

³⁵³ Acerca do tema, ver Título 1 do Capítulo II.

³⁵⁴ Acerca do tema, ver Título 2 do Capítulo II.

³⁵⁵ Acerca do conceito de adequação, ver Título 3.1 do Capítulo I.

1.2. NECESSIDADE

Em um contexto fático experimentado, pode vir a ser necessário o emprego de força física para que se ultime a restrição à liberdade de locomoção do preso, de modo que poderá decorrer disso restrição à sua integridade física. De toda forma, o emprego da força, do qual pode decorrer ofensa à integridade física, deve-se dar apenas quando se constituir no único meio possível para a realização da restrição à liberdade de locomoção³⁵⁶.

Outrossim, são ínsitas à prisão em flagrante possíveis restrições à integridade moral do preso. Com efeito, as excepcionalidades da prisão em flagrante fazem com que se exponha sobremaneira à lesão, de maneira pulverizada e ampla, a integridade moral de todos, potencialmente ou de fato, máxime em face das sérias discriminações e preconceitos que derivam do fato de alguém ter sido sujeito à prisão: que seja por um minuto, a pessoa restará estigmatizada por ter sido presa, recaindo-lhe, independentemente da licitude da prisão, possivelmente, um severo juízo de reprovação social³⁵⁷. Dos diversos meios possíveis à realização da prisão em flagrante, devem restar afastados aqueles que sejam infamantes à honra, que gerem exposição sensacionalista, que sujeitem o preso a suplícios morais. A ação estatal ultrajante, da qual decorra a humilhação do preso, desnecessária por essência, acaba por macular a segregação havida. Deve-se, assim, ter moderação na escolha dos meios disponíveis, evitando-se todo o tipo de exposição pública desnecessária.

A prisão em flagrante não representa uma salvaguarda para o emprego da força, nem para a escolha de meios que atinjam especialmente a integridade moral do preso; ao contrário, os direitos fundamentais contidos nos princípios “1” e “2” exigem que se tomem medidas que, na maior medida possível, não façam uso de meios que gerem lesões desnecessárias à integridade física e moral do preso. Em verdade, sempre que se houver caminho diverso a se trilhar, ilícita será a segregação se se optar pela aplicação de violência atentatória à integridade física e/ou moral do preso.

Embora intuitivo, é preciso enfatizar que os direitos fundamentais que concedem complementação protetiva, por isso chamados de garantias³⁵⁸, à liberdade de locomoção não cessam de incidir no momento mesmo da prisão. Assim, posteriores coações físicas sobre o preso, que lhe atinjam a integridade física, que se derem no curso da segregação, tornam esta

ilícita³⁵⁹. Trata-se de casos em que se passou a empregar meio desnecessário para restrição à liberdade de locomoção. Assim, por exemplo, a tortura³⁶⁰ empregada na manutenção da restrição à liberdade de locomoção torna esta ilícita: o meio operado para a manutenção da restrição gerou desnecessária e indevida lesividade sobre o princípio da integridade física do preso.

Afastado o meio escolhido pelo subpreceito da necessidade, resta sem sustentação a segregação mantida. A opção pela desnecessária restrição de direitos fundamentais acaba por afastar a licitude da segregação, quer no momento de sua realização, quer no momento de sua manutenção.

1.3. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Para a realização da prisão em flagrante, podem-se dar hipóteses em que seja adequado e necessário o emprego de meio que possa abalar sensivelmente a integridade física e moral do preso.

Contudo, o subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito vai exigir que se aprecie, no caso concreto, se os sacrifícios dos princípios da integridade física e da integridade moral justificam-se em favor da proteção imediata do direito fundamental/bem coletivo constitucional a que visa conceder a prisão em flagrante. Em outras palavras, deve-se discutir até que ponto o meio empregado para a realização da prisão em flagrante autoriza a restrição da integridade física e moral do preso.

Trata-se, como vem sendo visto, a prisão em flagrante, de hipótese excepcional de restrição à liberdade de locomoção que prescinde da presença dos requisitos cautelares próprios das prisões decretadas no âmbito da reserva de jurisdição³⁶¹. Com efeito, a maioria das restrições válidas

³⁵⁹ Com vistas a prevenir tais coações, na Espanha, o artigo 520.2.f confere ao *preso* o “derecho a ser reconocido por el Médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la Institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas”; nas palavras de GARCIA MORILLO, este artigo “previene que el detenido tiene derecho a ser reconocido por un médico, preferentemente forense, lo que supone una obvia garantía ante todo posible maltrato, puesto que quedará constancia del estado de salud en que ingresó en la unidad policial, lo que permite la comparación con su estado físico al abandonar dichas dependencias” (*El derecho a la libertad personal*, p. 135-136).

³⁶⁰ Aliás, no processo inquisitivo da Idade Média, segundo dá conta IBÁÑEZ, prisão processual e tortura confundiam-se: “La prisión provisional fue, como bien se sabe, el modo norma de operar: ‘um prius necesario para la obtención de pruebas’, al decir de Grevi. Lo propio de un orden procesal fundado en la tortura como el instrumento primordial de adquisición de conocimiento... Una larga evolución histórica que es la del pensamiento ilustrado y la de la construcción de la propia categoría constitucional de la libertad llevó a la abolición formal de la tortura en la experiencia procesal y, así, a la disociación asimismo formal de la tortura y la prisión provisional. Ese paso hizo, sin duda mucho más tolerable, la existencia de la prisión provisional, ya como instrumento de un proceso penal formalmente sin tortura, pero no despejó todas las perplejidades acerca de la legitimidad del instituto... Y no podía hacerlo, si se considera que hay autores que, mucho antes, habían tenido problemas para distinguir entre tortura y cárcel” (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *El Juez y la prisión provisional*, in “Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales”, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997, p. 17).

³⁶¹ Acerca do tema, ver Títulos 2.1, 2.2 e 2.3 do Capítulo II.

³⁵⁶ Acerca do conceito de necessidade, ver Título 3.2 do Capítulo I.

³⁵⁷ Acerca da estigmatização decorrente da prisão, ver BARATTA, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2002, p. 183 e ss.

³⁵⁸ Acerca do conceito de *garantia* empregado nesta dissertação, ver Título 2.3 do Capítulo I.

fundadas em prisões em flagrante (na realidade forense, diria quase todas³⁶²) distendem-se após o encerramento desse tipo de prisão, quando então, restabelece-se a liberdade ou, em face do disposto no inciso LXVI do artigo 5º da CF, concede-se a liberdade provisória. No plano constitucional, a prisão em flagrante tem curtíssima duração, tendendo, sempre, a seu encerramento³⁶³.

Nesse contexto, em que pese sua finalidade protetiva, a prisão em flagrante não tem a capacidade de sustentar a restrição à liberdade de locomoção após a cognição judicial da segregação havida³⁶⁴. Não traz consigo, ademais, nenhuma presunção de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de eventual segregação que se faça, no âmbito da reserva de jurisdição, imprescindível, orientando-se por um regime excepcional de restrição. Em realidade, a prisão em flagrante é a mais frágil, no que tange à sua sustentação, das prisões no âmbito criminal.

Em contrapartida disso, a restrição à integridade física apenas pode operar-se com atenta moderação na prisão em flagrante, não se justificando intervenções que, para o máximo da eficiência, menosprezem a integridade física do preso³⁶⁵. Se apenas com a restrição máxima à integridade física do preso torna-se possível a realização da prisão em flagrante, disso pode decorrer a desproporcionalidade em sentido estrito da restrição, ofendendo-se, então, ao direito fundamental instituído pelo princípio “1”. Tal como não há sentido a cura de uma doença pela morte do hospedeiro, não tem sentido desferir-se tiros em uma pessoa em fuga, acertando-lhe as costas com vistas à promoção da prisão em flagrante³⁶⁶.

³⁶² Acerca do tema, ver Título 2.4 do Capítulo II.

³⁶³ Acerca do tema, ver Título 5.1.6 do Capítulo II.

³⁶⁴ Acerca do tema, ver Títulos 5.2.1, 5.2.2 e 5.2.3 do Capítulo II.

³⁶⁵ No direito processual alemão, ROXIN expõe, referentemente às “personas privadas” que podem realizar a “detención”, que: “Durante la detención está permitido el uso de violencia corporal razonable (pero su uso no está permitido una vez que la detención ya fue realizada, art. 104, I, 2, GG!), incluso cuando ella conduce a malos tratos corporales (p. ej., tomar a la persona fuertemente; dado el caso, esposarla); por el contrario, los daños a la salud no están amparados por el § 127 (pero, eventualmente, pueden estarlo por el § 32, StGB). El uso de armas de fuego está absolutamente prohibido a los particulares, aun en los casos más difíciles; empero, el § 32, StGB, también puede ser aplicado aquí. Si un coche de policía atropella a un motociclista con el fin de detenerlo, esto lesiona el principio de proporcionalidad” (*Derecho Procesal...*, p. 281).

³⁶⁶ Historiando acerca de como são tratadas as disposições regulamentares acerca do emprego da força na Alemanha, ROXIN expõe que: “a) Las disposiciones decisivas sobre coacción directa son, en gran parte, semejantes unas a otras. En general, se diferencia la violencia corporal simple, los medios para ayudar a fuerza corporal (p. ej. esposas) y el uso de armas, para cuya aplicación rige el principio de proporcionalidad en su doble expresión: siempre se debe emplear el medio de coacción más leve que sea suficiente, que nunca puede ser desproporcionado con respecto a su causa (p. ej., sería ilegal soltar un perro de policía contra un fugitivo acusado por un hurto de bagatela). b) Esto rige, ante todo, para el medio más violento, el uso de armas de fuego. En la mayoría de los estados federados, el uso de armas, para cuya aplicación está permitido en la primera detención, únicamente, cuando se trata de un crimen, cuando son inaplicables medios menos agresivos y cuando procedió un aviso (alto o disparo!). Pero incluso, en ese caso, sólo se puede tender a la neutralización (evitar la agresión o la fuga) del sospechoso, no al homicidio. Además, de la presunción de inocencia, del valor irremplazable de la vida humana y del principio de proporcionalidad, así como de la decisión valorativa fundamentadora del art. 102, GG, resulta que, ante peligro evidente de que suceda un

Todavía, a intensidade do meio empregado para a realização da prisão em flagrante, em casos excepcionais, pode atingir severa restrição sobre o princípio da integridade física. Isso se dá nos casos de legítima defesa, quando a restrição à integridade física não se dá, propriamente, com a finalidade precípua de restringir a liberdade de locomoção, tal como disposto no artigo 25 do CP: “entende-se legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Assim, alguém, que esteja sofrendo uma tentativa de homicídio, se, utilizando moderadamente os meios necessários de modo a repelir injusta agressão atual, lesionar gravemente o ofensor, se se encontrarem presentes os requisitos autorizadores da prisão em flagrante, poderá impô-la.

Não se há confundir, entretanto, a restrição da liberdade de locomoção com vistas à proteção do direito fundamental/bem coletivo constitucional com a legítima defesa do direito fundamental/bem coletivo constitucional. A legítima defesa não autoriza, *de per se*, a segregação de ninguém: a prisão em flagrante talvez poderá autorizar no caso concreto. Já a prisão em flagrante não autoriza uma restrição severa sobre a integridade física do preso: a legítima defesa talvez poderá autorizar no caso concreto. Trata-se, a prisão em flagrante e a legítima defesa, de meios distintos de proteção ao direito fundamental/bem jurídico que estaria sendo violado, regendo-se por sistemas jurídicos diversos, tanto que pode não mais ser autorizada a legítima defesa e, mesmo assim, ser autorizada a prisão em flagrante.

Também é possível que seja desproporcional em sentido estrito a restrição ao princípio da integridade moral, mesmo que o meio empregado para a restrição seja adequado e necessário. Para tanto, exige-se, em cada caso concreto, que se coteje a proteção antecipatória do direito fundamental/bem coletivo constitucional, realizada por intermédio da prisão em flagrante, e a integridade moral do preso: se a defesa do direito/bem realizada pela prisão em flagrante não justificar a restrição máxima sobre a integridade moral do preso, deve aquela ser afastada. Assim, se o único meio disponível para a realização da prisão for altamente vexatório, pressupondo-se adequado, apenas se justificará a prisão se o direito/bem que se pretende proteger tiver primazia de proteção, no caso concreto, em face do princípio da integridade moral do preso.

2 Da garantia da assistência da família

Releia-se o princípio “3”:

desenlace mortal, el uso de un arma de fuego de la persecución penal queda prohibido” (*Derecho Procesal...*, p. 282).

O preso tem o direito *prima facie* em face do Estado à assistência da família, na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Consoante já exposto³⁶⁷, o princípio “3” é o centro de um sistema formado pelas regras “1.4” e “4.1”: a regra “1.4” estabelece que o preso deve ser informado de seu direito de optar entre comunicar, ou não, sua prisão à sua família, ou à pessoa que indique. Feita a opção pela comunicação, vincula-se o Estado à sua realização, dando cumprimento, então, à regra “4.1”.

O princípio “3” estabelece um direito fundamental que, além de amainar o isolamento a que está submetido o preso em face da segregação, garante-lhe assistência material e psicológica e fortalece os mecanismos de controle e de fiscalização sobre a prisão em flagrante. Em realidade, o princípio “3” visa a estabelecer, pela assistência, uma atual e constante verificação, a ser realizada pela família ou por terceiros, acerca das condições de validade da restrição à liberdade de locomoção, potencializando, de forma múltipla, as possibilidades de controle da restrição estatal.

Consoante já exposto³⁶⁸, pode, *alternativamente* à regra “4.1”, incidir a regra “4.2”; isso se dá quando não há a possibilidade do estabelecimento de comunicação imediata com a família do preso, ou quando a família dele não tenha condições de prestar a assistência referida no princípio “3”. Ingressando-se na via alternativa, move-se a forma como será realizada a assistência: a regra “4.1” aponta para a assistência da família; a regra “4.2” aponta para a assistência de terceiro indicado pelo preso. Nesses casos, em face da imbricada relação mantida entre as normas derivadas da regra “4” e o princípio “3”, da alteração substancial do destinatário da comunicação, que deixa de ser a família do preso, decorre uma igualmente substancial alteração da forma como será realizada a assistência constitucionalmente assegurada, surgindo, então, o princípio “3.1”, que assim pode ser enunciado:

O preso tem o direito *prima facie* em face do Estado, *alternativamente* à família, à assistência de terceiro que indique, na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Com efeito, na impossibilidade de receber assistência de sua família, não pode ao preso restar tolhida a possibilidade de ser assistido por terceiro que indique. É da finalidade protetiva constitucional a possibilidade de terceiros, *alternativamente* à família, assistirem ao preso, tanto que a comunicação da prisão a eles consubstancia direito fundamental previsto na

³⁶⁷ Ver Título 4 do Capítulo IV.

³⁶⁸ Ver Título 4 do Capítulo IV.

regra “4.2”. Se não há a possibilidade de se obter a assistência da família, pelas mais diversas razões³⁶⁹, cabe ao Estado, mesmo assim, assegurar o cumprimento material da assistência constitucionalmente assegurada, garantindo que terceiros possam suprir a ausência da família, promovendo, da forma mais próxima, a presumida assistência que seria concedida ao preso por sua família.

2.1. ADEQUAÇÃO

Os contatos estabelecidos entre o preso e membros de sua família ou entre o preso e pessoa por ele indicada, de acordo com a garantia instituída nos princípios “3” e “3.1”, devem-se dar com a finalidade de garantir-lhe, dentro das possibilidades fáticas, a assistência mais geral possível, agregando-se, com isso, mais um mecanismo de fiscalização e de controle sobre a segregação que é levada a efeito.

Todavia, quando não existe, no caso concreto, o estabelecimento da relação meio-fim na realização dos princípios “3” e “3.1”, não se destinando os contatos com a família, ou com terceiro, à prestação da assistência constitucionalmente assegurada, legitima-se a atuação restritiva estatal sobre o direito objeto de apreciação. Por exemplo, pode-se dar hipótese em que os contatos mantidos pelo preso não tenham por finalidade garantir-lhe qualquer assistência, mesmo que invocada em seu sentido mais amplo, mas, sim, possibilitarem o cometimento de um homicídio. Nesse caso, o direito fundamental pode ser restringido, uma vez que não há adequação na sua realização, fora que se encontra de seu eixo meio-fim, sendo cabível a sua restrição em favor do bem coletivo constitucional segurança pública previsto artigo 144, caput, da CF (que é de caráter essencialmente instrumental, incidindo, no caso, com a finalidade de prevenção de um ilícito penal, vale dizer, com a específica função de proteção preventiva de um direito fundamental, no caso, a vida).

De toda forma, no caso dos princípios “3” e “3.1”, trata-se de direitos fundamentais que geram, no espaço público, espaço para a privacidade, sendo, portanto, particularmente sensíveis à atuação estatal que se estabeleça com a finalidade de verificação da adequação de seus empregos, vale dizer, acerca de se se encontram, ou não, sendo utilizados para os fins constitucionais por que erigidos. De toda forma, para que haja restrição estatal sobre tais direitos fundamentais, é ônus do Estado a demonstração, evidentemente em um ambiente de licitude, mediante prova suficiente e devidamente certificada, do fim outro, que não o protegido

³⁶⁹ Ver Título 4 do Capítulo IV.

constitucionalmente, que estaria sendo perseguido no caso concreto, havendo de, em caso de dúvidas, resolver-se em favor da otimização do direito fundamental.

2.2. NECESSIDADE

A assistência assegurada nos princípios “3” e “3.1” não tem a capacidade, efetivamente, de garantir que o preso venha a recebê-la. Simplesmente, pode acontecer de ninguém querer prestar-lhe qualquer assistência.

Em verdade, a assistência assegurada constitucionalmente determina ao Estado que deixe estabelecidas e abertas janelas comunicativas por intermédio das quais possa a família, ou terceiro, manter contatos de modo a prestar ao preso os amparos possíveis. Para tanto, deve o Estado autorizar e fazer possível o estabelecimento de contatos entre preso e familiares/terceiros de forma a gerar, dentro das possibilidades fáticas, a otimização do direito fundamental.

Em última análise, tendo o Estado o domínio sobre a liberdade ambulatoria do preso, é ele (Estado) quem seleciona, dentre o(s) meio(s) possível(is), aquele(s) que será(ão) eleito(s) para o estabelecimento dos contatos. O subpreceito da necessidade aponta para vedação do emprego de meios excessivamente lesivos no estabelecimento dos canais por via dos quais se dará a assistência, sujeitando-se, cada restrição operada pelo meio empregado, à imprescindível sustentação racional em dados de realidade: a lesividade do meio empregado deve ser, sempre, justificável.

Outrossim, na apreciação da lesividade do acesso permitido pelo Estado com vistas à otimização da assistência assegurada nos princípios “3” e “3.1”, podem-se reabrir novas e distintas aplicações do preceito da proporcionalidade, em uma complexa sobreposição de princípios. Com efeito, há casos em que, para o acesso ao preso, decorrem restrições a direitos fundamentais daquele que irá prestá-la, tal como ocorre, genericamente, com as revistas pessoais. Em todos tais casos, a restrição que se opere sobre direito fundamental daquele que vai prestar a assistência deve passar, por sua vez, pelo preceito da proporcionalidade, dependendo de conclusão que de aí provenha eventual consideração acerca da excessiva lesividade aplicada pelo Estado sobre o direito fundamental previsto nos princípios “3” e “3.1”.

2.3. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Para o subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito, a restrição máxima do direito fundamental instituído nos princípios “3” e “3.1” seria inconstitucional, uma vez que, reflexamente, constituiria hipótese de incomunicabilidade do preso, situação que é vedada, inclusive, na excepcionalidade do estado de defesa, tal como é expressa a norma contida no artigo 136, parágrafo 3º, inciso IV, da CF³⁷⁰.

Os princípios “3” e “3.1” concedem complementação protetiva ao princípio da liberdade de locomoção, estabelecendo marcos regulatórios da restrição. Nesse contexto, na apreciação dos significados e das consequências jurídicas dos direitos fundamentais previstos nos princípios “3” e “3.1”, deve-se otimizar, na restrição sofrida à liberdade de locomoção, a assistência constitucional assegurada. À máxima restrição à liberdade em curso, por decorrência do subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito, contrapõe-se o máximo alcance jurídico dos direitos fundamentais veiculados nos princípios “3” e “3.1”.

Os princípios “3” e “3.1” diferem-se na forma como se dão as suas incidências em face do Estado. Se um familiar do preso vier a prestar-lhe assistência, desde então essa atividade passa a ter a proteção do princípio “3”, cabendo ao Estado atender a incidência dessa norma, independentemente de prévia eleição do preso no sentido do específico familiar que irá assistir-lhe. Já o princípio “3.1” pressupõe que o preso indique a pessoa que irá assisti-lo, vinculando-se o Estado a seu cumprimento a partir do momento em que há essa indicação por parte do preso³⁷¹. Nesse contexto, o princípio “3”, em relação ao princípio “3.1”, tem a vantagem de gerar uma mais célere proteção à esfera do preso.

Assim, é basilar que o conceito de família, referida no princípio “3”, seja o mais amplo possível. Haveria uma redução desproporcional de seu sentido resumir-se o conceito de família apenas ao cônjuge ou companheiro e aos filhos do preso. Em face dos fins a que se propõe a norma (fiscalização e controle sobre a segregação, assistência material e psicológica), não se deve adotar um conceito estrito de família. Do ponto de vista do subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se considerar, para fins de família, com referência ao princípio “3”, em realidade, as pessoas constitutivas do núcleo afetivo do preso, tal como, aliás, presumidas no

³⁷⁰ Disciplina o artigo 136, parágrafo 3º, inciso IV, da CF, que: “§ 3º Na vigência do estado de defesa: ... IV – é vedada a incomunicabilidade do preso”.

³⁷¹ Indicação esta que se dá, ordinariamente, quando o preso opta pela aplicação da regra “4.2”. Acerca do tema, ver Título “4” do Capítulo IV.

artigo 206 do CPP, que lhes dá, justamente em face dos laços afetivos presumidos, o direito de recusarem-se a depor contra o preso:

Artigo 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Mas não só isso. Para os fins do disposto no princípio “3”, de forma a otimizá-lo, deve-se aplicar, a partir das considerações do artigo 206 do CPP, a analogia, também se considerando no conceito de família aquelas pessoas que, embora não constantes no artigo 206 do CPP, na vida privada do preso, fazem às vezes daquelas enunciadas na referida norma processual; assim, por exemplo, não apenas o pai, o avô, o irmão devem ser considerados como integrantes da família, para os fins do princípio “3”, mas também o pai, o avô, o irmão de criação³⁷², o que é de grande importância no caso das classes sociais populares no Brasil.

Essa interpretação, ademais, encontra arrimo no âmbito das ciências sociais. Com efeito, a realidade das famílias das classes populares está muito mais ancorada nas atividades domésticas do dia-a-dia e nas redes de ajuda do que em uma configuração de *família* enquanto unidade meramente composta de pais e de filhos. Consoante expõe FONSECA³⁷³:

... temos que primeiro saber como conceituar família. Recorremos à reflexão do antropólogo brasileiro Luis Fernando Duarte (1994) para iniciar o assunto. Segundo ele, o 'valor família' tem grande peso em todas as camadas da população brasileira. No entanto, significa coisas diferentes dependendo da categoria social. Enquanto, entre pessoas da elite, prevalece a família como linhagem (pessoas orgulhosas de seu patrimônio), que mantém entre elas um espírito corporativista, as camadas médias abraçam em espírito e em prática a família nuclear, identificada com a modernidade. Para os grupos populares o conceito de família está ancorado nas atividades domésticas do dia-a-dia e nas redes de ajuda.

³⁷² Nessa linha, também os membros das uniões homossexuais devem ser considerados como componentes de comunidades familiares. Consoante expõe RIOS, "... quando dois homens ou duas mulheres constroem laços afetivos e sexuais, íntimos e externos, duradouros e estáveis, comungando esforços e aspirações nos afazeres cotidianos, não há motivo para rechaçar a qualificação jurídica de família. Sem depender da sujeição aos tradicionais esquemas de casamento, união estável ou concubinato, tais relações apresentam todas as notas distintivas do fenômeno humano ora juridicizado pelo direito de família. Sua concretização, iniciada pela jurisprudência, reclama a adequada intervenção legislativa, criadora de um regime jurídico familiar. Diante dessas uniões, mais que repetir os esquemas tradicionais dos modelos institucionais de família, hoje em constante tensão com o idealismo ingênuo da 'família fusional' ou com o risco de individualismo exacerbado da 'família pós-moderna', abre-se ao legislador a possibilidade de atualizar o direito de família, apreendendo as complexas mudanças agora em curso no domínio das relações humanas em geral e, especialmente, nas relações familiares" (RIOS, Roger Raupp, *Dignidade da pessoa humana, homossexualidade e família*, in "A Reconstrução do Direito Privado, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 516-517).

³⁷³ FONSECA, Cláudia. L. W. Concepção de família e práticas de intervenção: uma contribuição antropológica. Revista Saúde e Sociedade, ESP-USP, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 50-59, 2005.

...

Devemos lembrar que não há receita para definir os membros relevantes de uma rede familiar. Essa pode ou não incluir consanguíneos (ascendentes, descendentes, colaterais etc.), parentes por casamento (sogros, cunhados, concunhados, padrastos, enteados etc.), padrinhos e compadres (não devemos esquecer que existem padrinhos em casa, de igreja, na família de santo, etc.) e simplesmente amigos que, depois de ter compartilhado uma experiência particularmente intensa, acabam se sentindo membro da família.

Procurando uma definição operacional de vida familiar que dê conta desse vasto leque de possibilidades, preferimos falar de dinâmicas e relações familiares, antes do que de um modelo ou unidade familiar. Assim, definimos o laço familiar como uma relação marcada pela identificação estreita e duradoura entre determinadas pessoas que reconhecem entre elas certos direitos e obrigações mútuos. Essa identificação pode ter origem em fatos alheios à vontade da pessoa (laços biológicos, territoriais), em alianças conscientes e desejadas (casamento, compadrio, adoção) ou em atividade realizada em comum (compartilhar o cuidado de uma criança ou de um ancião, por exemplo).

Em realidade, mantida uma relação de identificação estreita e duradoura mútua, seja por laços biológicos, seja por laços territoriais, seja por alianças conscientes e desejadas, seja por atividades realizadas em comum, as pessoas que sob tais condições estejam, no plano social, merecem o reconhecimento de viverem em *família*. A importância da conceituação de *família* de modo a maximamente se aproximar da forma como ela se opera no plano social é imprescindível para que se promova, de fato, a proteção do *preso* tal qual constitucionalmente exigida pelo princípio “3”.

CONCLUSÃO

A prisão em flagrante e as prisões cautelares apresentam sistemas normativos absolutamente distintos. De um lado, encontra-se o sistema normativo da prisão em flagrante, que é, constitucionalmente, excepcional na severa restrição à liberdade de locomoção que opera; de outro, o sistema normativo das prisões cautelares, que, constitucionalmente, assume como excepcional, em verdade, qualquer restrição à liberdade de locomoção que ocorra. Confundir-se prisão em flagrante e prisão cautelar conduz a inadmissível consequência de, ao invés de se seguirem as normas de um sistema normativo que tem a restrição à liberdade de locomoção como excepcional (o sistema normativo das prisões cautelares), cronificar, em um momento constitucionalmente inaceitável, uma restrição à liberdade com base em um sistema normativo rigidamente repressor dela (o sistema normativo da prisão em flagrante), que tem a segregação como regra.

Consoante exposto ao longo desta dissertação, a prisão em flagrante, em verdade, apresenta um regime constitucional próprio e excepcional de restrição à liberdade de locomoção, cumprindo-lhe a função de proteção urgente de direitos fundamentais e de bens coletivos constitucionais protegidos por intermédio de normas penais incriminadoras, que se pode desencadear em estritos momentos de proximidade temporal com o fato tido como ilícito. Sujeita-se a um procedimento compressivo, sendo autodes-constitutiva por excelência, do que decorre a impossibilidade da manutenção de qualquer restrição à liberdade de locomoção, em sede judicial, com base em uma prisão em flagrante.

Embora das excepcionalidades da prisão em flagrante decorra um regime rígido e quase automático de restrição ao princípio constitucional da liberdade de locomoção, por determinação constitucional surge, de forma contraposta, um regime rígido de controle sobre a restrição, marcadamente regulado por normas constitucionais, dentre as quais se destacam diversas garantias, que vinculam a atuação estatal sob pena de nulidade da restrição em curso.

Tais garantias, que são direitos subjetivos, encontram-se dispostas de maneira a conceder uma complementação protetiva ao direito fundamental à liberdade de locomoção, delimitando a licitude da restrição operada pela prisão em flagrante. De forma ímpar, as garantias analisadas nesta dissertação encontram-se constitucionalmente dispostas para, nas hipóteses de prisão em flagrante, semearem formas de proteção da liberdade

restringida, constituindo procedimentos a cujo atendimento se vincula o Estado e instituindo mecanismos de controle da atividade estatal, estabelecendo, ao final, um circuito protetivo do direito fundamental à liberdade de locomoção restringido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUADO CORREA, Teresa. *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid: Edersa, 1999.

ALEX, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*, tradução de Jorge M. Seña, 2ª ed., Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

_____. *Teoría de la Argumentación Jurídica – la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*, tradução de Ernesto Garzón Valdez, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os Atos Inconstitucionais*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Atlantida, sem data.

BARNES, Javier. “El Principio de Proporcionalidad. Estudio Preliminar”, in *Cuadernos de Derecho Público*, 5 (*El Principio de Proporcionalidad*), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal*, tradução de Juarez Girino dos Santos, 3ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2002.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BEILFUSS, Markus González, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona: Ed. Aranzadi, 2003.

BENDA, Ernest. “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, tradução de Antonio López Pina, p. 117-144, in *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública e Marcial Pons, Ediciones Jurídicas e Sociales, 1996.

BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a Humanidade – Uma antologia de Ensaios*, tradução de Rosaura Eichenberg, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1997.

BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante*, 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

BRICOLA, Franco. "Teoria Generale del Reato", in *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Torinese, 1977.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra: Ed. Coimbra, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

CORDÓN MORENO, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*, 2ª ed., Navarra: Aranzadi, 2002.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

_____; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, 2ª reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid: Civitas, 2003.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. "Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos", in *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, tradução de Jorge Figueiredo Dias, n. 4, 1994.

DOTTI, René Ariel. *Princípios fundamentais del Derecho Penal Brasileño*, tradução de Rodrigo Sánchez Rios, in *Cahiers de Defense Sociale, Mélanges en l'honneur de Louk Hulsman*, Milão: Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, 2003, p. 314-326.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*, 4ª reimpressão, tradução de Marta Guastavino, Barcelona: Editorial Ariel, 1999.

FASSBENDER, Bardo. "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", in *Cuadernos de Derecho Público*, 5 (*El Principio de Proporcionalidad*). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005.

FONSECA, Cláudia. L. W. Conceção de família e práticas de intervenção: uma contribuição antropológica. *Revista Saúde e Sociedade*, ESP-USP, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 50-59, 2005.

GALETA, Diana-Urania. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario*, in "Cuadernos de Derecho Público", 5 (*El Principio de Proporcionalidad*), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998.

GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1945, 3v.

GARCIA MORILLO, Joaquín. *El derecho a la libertad personal*, Valência: Tirant lo Blanch, 1995.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo – la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GERBER, Daniel. *Prisão em Flagrante – uma abordagem garantista*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

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

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *El principio de proporcionalidad en el proceso penal*, Madrid: Editorial Colex, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrine; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 8ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

HASSEMER Winfried; MUNÖZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología*, Valencia: Tirant lo Branch, 2001.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. “El Juez y la prisión provisional”, in *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997.

LUISI, Luiz. *Os princípios Constitucionais Penais*, 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

KARAN, Maria Lúcia. *Prisão e liberdade processuais*, in “Revista Brasileira de Ciências Criminais”, n.2, p. 83-93, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

KLUTH, Winfried. “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán”, in *Cuadernos de Derecho Público*, 5 (El Principio de Proporcionalidad), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998.

LOPES JÚNIOR, Aury. “Crimes Hediondos e a prisão em flagrante como medida pré-cautelar”, in *Garantias Constitucionais e Processo Penal*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª . ed., Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1960, Volume I.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal Anotada*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

MIRABETTE, Julio Fabbrini, *Processo Penal*, 8ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1997.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, T. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *História e Prática do Habeas-Corpus*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1951.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*, Valencia: Tirant lo Branch, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. “Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional”, in *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1972.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*, Coimbra: Separata do volume XXIX do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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

RIOS, Roger Raupp. “Dignidade da pessoa humana, homossexualidade e família”, in *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

_____. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal*, Valência: Tirant lo Blanch, 2000.

SANGUNÉ, Odone. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

_____. *Prisão Provisória e Princípios Constitucionais*, in “Fascículos de Ciências Criminais”, v. 5, n. 2, p. 96-124, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

_____. *Inconstitucionalidade da Proibição da Liberdade Provisória (Inciso II, do art. 2º, da Lei nº 8.072, de 25.07.90)*, in “Fascículos de Ciências Penais”, v. 3, n 4, p. 15-23, Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, tradução de Francisco Ayala, Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SOLIMINE, Marcelo A. *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

SZNICK, Valdir. *Liberdade, prisão cautelar e temporária*, 2ª ed, São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1995.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 22ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, 3 v.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, São Paulo: Ed. RT, 1987.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

ZANGHÌ, Claudio. “Détention provisoire et Droits de l’homme”, in *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997.

