

Rafael Francisco Marcondes de Moraes

PRISÃO em FLAGRANTE DELITO CONSTITUCIONAL

5^a

Edição

revista
atualizada
ampliada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO

O vocábulo princípio é conceituado como uma “proposição elementar e fundamental que serve a uma ordem de conhecimentos”¹.

No universo jurídico, José Afonso da Silva assim define os princípios, invocando Gomes Canotilho e Vital Moreira²:

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

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

A despeito dos diversos e relevantes princípios jurídicos consagrados na Constituição Federal, para o desenvolvimento do objeto desta pesquisa serão enfatizados aqueles que apresentam direta e maior relação com a fase

-
1. HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001, p. 2299.
 2. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92.

extrajudicial da persecução penal, informando os procedimentos adotados na prisão em flagrante delito e no correlato inquérito policial.

5.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

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

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

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

Ao consagrar a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro, a Carta Magna institui que a existência do Estado deve ser dirigida e se justifica para a proteção das pessoas, de modo que o Poder Público deve ser estruturado em torno de seus cidadãos³, buscando proporcionar a todos uma vida com qualidade e garantias contra interferências abusivas ou descabidas, inclusive e principalmente dos próprios órgãos e agentes estatais.

A dignidade humana, como cláusula geral, com conteúdo em permanente evolução, qualifica e compõe todos os direitos fundamentais, com destaque para a vida e para a integridade física e psíquica, assim como para a honra, para a imagem, para a intimidade, para a privacidade e para a consciência de todos os indivíduos⁴.

Assim, não há segurança pública e tampouco justiça criminal com violação institucional de direitos fundamentais, os quais dependem da satisfatória consecução daquelas para o seu livre gozo. Segurança pública e a dignidade humana não se excluem, complementam-se⁵.

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

4. PALAZZOLO, Massimo. *Persecução penal e dignidade da pessoa humana*. Editora Quartier Latin: São Paulo, 2007, p. 69; MAGNO, Thiago Padovez. Da valorização dos direitos humanos pela polícia judiciária e a desmistificação do estigma dos dependentes de drogas. *Revista Arquivos da Polícia Civil – vol. 56*. Academia de Polícia: São Paulo, p. 82-105.

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

No tocante à prisão em flagrante delito e aos atos de polícia judiciária como um todo, a Autoridade Policial e seus agentes devem guiar suas ações zelando para que os envolvidos nos procedimentos e nas diligências sejam tratados como sujeitos de direitos e não mero objeto da atividade estatal⁶, postura esta que concebe o profissionalismo almejado e traduzido no exercício funcional legalista e impessoal.

O Delegado de Polícia, como autoridade pública e representante do Estado, desempenha função essencial na coibição de condutas que extrapolem os limites legais, tutelando a dignidade e a integridade física e moral de todo cidadão, máxime daquele custodiado em flagrante delito⁷, com desvelo ao emprego legítimo da força e a suas implicações como as lesões e mortes decorrentes de intervenção policial e o uso de algemas, comentados nos tópicos seguintes.

5.1.1 Emprego de força

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

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

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

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

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

Assim, havendo oposição violenta ou ameaçadora contra os agentes da lei, estes estão autorizados a reagir com força, o que também se extrai da própria

6 BARBOSA, André Luis Jardini. *O excesso policial e o excesso de polícia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 130-131.

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

noção de legítima defesa, descriminante definida no artigo 25 do Código Penal e entendida como a utilização moderada dos meios necessários para repelir uma injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiro.

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

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

Tratando-se de estado flagrancial delitivo, se houver resistência violenta ou ameaçadora do indivíduo submetido à intervenção estatal, a hostilidade criminosa deve se desdobrar numa reação proporcional por parte dos policiais, que pode resultar em lesões ou morte do delinquente agressor e, em tais casos, tanto o estrito cumprimento do dever legal quanto a legítima defesa devem ser analisados e, se as circunstâncias acenarem nesse sentido, reconhecidos provisoriamente pelo Delegado de Polícia⁸.

Quando a ação policial não provocar sequelas como óbitos ou ferimentos graves, e a Autoridade Policial entender caracterizado isolado o delito de resistência do citado artigo 329, do Código Penal, sem a prática de outros crimes em concurso, por consubstanciar infração de menor potencial ofensivo, visto que a pena máxima não suplanta dois anos, afigura-se possível a lavratura de termo circunstanciado. Assumindo o autor compromisso de comparecimento ao Juizado Especial Criminal competente, para este o procedimento investigatório será encaminhado, em homenagem aos artigos 98, inciso I, da Constituição Federal, e artigos 61 e 69, da Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995⁹.

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

-
8. Os juízos de tipicidade e ilicitude realizados pelo Delegado de Polícia são objeto do ponto 6.11 desta pesquisa, com atenção ao reconhecimento de descriminantes, instituto com relevante impacto na rotina da atividade de polícia judiciária.
 9. O tópico 6.12 desta obra aborda com maiores detalhes a relação entre prisão em flagrante delito e as infrações de menor potencial ofensivo, incluindo o termo circunstanciado.

Salienta-se que a Lei Federal nº 13.060, de 22 de dezembro de 2014, dispõe que as instituições policiais devem priorizar a utilização de instrumentos de menor potencial ofensivo e menor potencial letal, com a intenção de preservar vidas e minimizar danos à integridade das pessoas, obedecendo os princípios da legalidade, da necessidade, da razoabilidade e da proporcionalidade para o uso racional da força, que priorizam a integridade física e psíquica do cidadão¹⁰.

Tais princípios encontram-se elencados na Portaria Interministerial nº 4.226, de 31 de dezembro de 2010, legislação infralegal que cuida do tema, com as seguintes definições¹¹: **a) legalidade**: os policiais somente poderão utilizar a força para a consecução de um objetivo nos limites estabelecidos pela lei; **b) necessidade**: determinado nível de força só pode ser utilizado quando níveis menores não se mostrarem suficientes para a obtenção dos objetivos legais pretendidos; **c) razoabilidade**: o emprego da força pelos policiais deve ser moderado a ponto de ser reduzido dentro dos limites do aceitável; **d) proporcionalidade**: o nível da força deve ser compatível com a intensidade e a gravidade da ameaça do transgressor.

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

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

Neste ponto situa-se o denominado “uso diferenciado da força”, conceituado como sendo a “seleção apropriada do nível de uso da força em resposta a uma ameaça real ou potencial visando limitar o recurso a meios que possam causar ferimentos ou mortes”¹², escalonado de modo crescente, com início na

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

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

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

presença policial, seguida da verbalização, de controles de contato, do controle físico, do emprego de táticas defensivas menos letais até o efetivo uso de força letal, à altura e em conformidade com a agressão injusta enfrentada pelos agentes da lei¹³.

Como se nota, admite-se o emprego de força por agentes estatais, desde que devidamente respaldado em lei. O que não se tolera é a agressão desmedida, despótica ou sádica, que inclusive pode ensejar responsabilização por delitos como o de violência arbitrária, do artigo 322, do Código Penal, reprimido com detenção, de seis meses a três anos, além da pena correspondente à violência, como no concurso com crimes de lesão corporal (CP, art. 129) ou de homicídio (CP, art. 121), ou com infrações penais relacionadas à tortura (Lei nº 9.455/1997) ou ao abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019).

5.1.2 Morte decorrente de intervenção policial

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

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

Havendo perigo à vida ou à integridade física do policial ou de terceira pessoa, o uso de arma de fogo estará legitimado, como ocorre, por exemplo, nos casos de roubo com emprego de armas de fogo e de disparo em direção à guarnição policial¹⁴.

A estatística revela um trágico quadro da realidade brasileira, com uma marca funesta de mais de cinquenta e sete mil mortes violentas por ano, permeada por altos índices de vitimização policial, com média de quase um

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

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

policial morto diariamente e também de letalidade policial, com média diária de dezessete mortes decorrentes de intervenções estatais¹⁵.

Importante sublinhar que, quando criminosos resistem à interferência policial empregando ameaça ou violência no momento de suas abordagens ou capturas, a legislação prescreve que o evento deve ser formalizado em um auto, no qual serão consignadas as circunstâncias e as justificativas da atuação dos agentes estatais e a dinâmica em que os fatos ocorreram, casos em que o parâmetro preliminar para a apuração do evento será o conjunto das versões ofertadas pelos policiais, por testemunhas e pessoas envolvidas no incidente.

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

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

No decorrer da praxe forense e policial, aludido documento acabou intitulado “auto de resistência” ou “auto de resistência seguida de morte”, sobretudo quando ocorria a morte do suposto transgressor da lei em decorrência do revide pelos agentes de segurança pública¹⁶.

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

Por tal motivo, o “auto de resistência” era tido como uma das formas de instauração de ofício do inquérito policial, servindo o documento como peça exordial do procedimento investigatório criminal, em moldes similares ao do auto de prisão em flagrante delito¹⁷.

15. MACHADO, Leonardo Marcondes. Letalidade e vitimização policial. In: MACHADO, Leonardo Marcondes; et al. *Polícia judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 217-220; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública 2019*. São Paulo: ano 13, 2019, p. 8. As estatísticas de 2018 indicam 57.358 mortes violentas no Brasil, das quais 343 seriam policiais e 6.220 decorrentes de intervenção policial.

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

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

Com a lavratura do “auto de resistência”, deveriam ser reduzidas a termo as oitivas de todos os policiais, das testemunhas e de pessoas envolvidas na ocorrência presentes, determinando-se a apreensão e requisição de exame pericial das armas de fogo utilizadas na ação e submissão dos possíveis atiradores a exame residuográfico¹⁸. Também costumavam ser requisitados exames periciais para o local do evento, com a promoção das demais providências de polícia judiciária para a regular apuração dos fatos e toda a documentação instruía o respectivo inquérito policial, que confirmaria ou infirmaria os relatos noticiados e a dinâmica dos fatos¹⁹.

Entretanto, após lamentáveis episódios de abusos e fraudes para encobrir homicídios perpetrados por maus policiais, os “autos de resistência” passaram ser alvo de severas críticas da imprensa, de estudiosos das ciências sociais e também de organismos internacionais militantes na defesa dos direitos humanos²⁰.

O “auto de resistência” passou a simbolizar, em determinados casos, uma distorção na comunicação para a elaboração do documento por conta de notícias desvirtuadas que ocultavam situações de emprego arbitrário e excessivo de força letal e assassinatos cometidos por desonrados agentes das corporações de segurança pública²¹.

Como desdobramento dessa conjuntura foi editada a Resolução nº 8, de 20 de dezembro de 2012, do Conselho de Direitos de Defesa da Pessoa Humana, à época da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, que passou a recomendar que as Autoridades Policiais não mais adotassem na formalização de boletins de ocorrência, inquéritos policiais e notícias de fatos criminosos as expressões “auto de resistência” e “resistência seguida de morte”²². Na mesma linha, também houve a publicação da Resolução

-
18. O exame residuográfico objetiva revelar a presença de micropartículas de chumbo ou outras substâncias nas mãos das pessoas que fizeram ou são suspeitas de ter feito uso de arma de fogo.
 19. ROVÉGNO, André. *O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 91.
 20. A morte da Juíza de Direito carioca Patricia Acioli ilustra esse panorama. A magistrada foi assassinada por atuar rigorosamente em casos de um grupo de extermínio composto por policiais militares, na verdade criminosos covardes, envolvidos em ocorrências de “resistências seguidas de morte” simuladas e que forjavam “autos de resistência” objetivando deturpar e mascarar homicídios de desafetos nas atividades criminosas perpetradas pelo bando de “pseudopoliciais” (criminosos travestidos formalmente de policiais), de acordo com notícias veiculadas na imprensa, como no sítio eletrônico do Universo Online – UOL, disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/01/29/em-sete-anos-patricia-acioli-denunciou-mais-de-cem-policiais-por-fraude-em-autos-de-resistencia.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2020.
 21. SOUZA, Taiguara Libano Soares. *Constituição, segurança pública e estado de exceção permanente: a biopolítica dos autos de resistência*. 2010. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010, p.156.
 22. No Estado de São Paulo, a Secretaria de Segurança editou a Resolução nº 5, de 7 de janeiro de 2013, determinando a substituição das designações “auto de resistência” e “resistência seguida de morte”

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

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

Para tanto, a investigação policial há de ser séria e imparcial, para reprimir eventuais práticas delituosas por agentes estatais que simulem ações supostamente legítimas, ocultando homicídios por eles praticados²³.

Neste ponto, a atual Lei contra o Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), reforça a repressão penal a tais comportamentos espúrios por agentes do Estado, ao criminalizar, em seus artigos 23 e 24, tanto a inovação artificiosa de lugar, coisa ou pessoa, quanto o constrangimento de funcionário de hospital a admitir para tratamento pessoa cujo óbito já tenha ocorrido²⁴.

Notam-se dois aspectos fundamentais na apuração preliminar de uma morte decorrente de intervenção policial: a suposta presunção relativa de

pelas expressões “morte decorrente de intervenção policial” ou “lesão corporal decorrente de intervenção policial”, no caso de óbito ou ferimento do suposto criminoso, respectivamente. A matéria hoje é cuidada também pela Resolução nº 40, de 24 de março de 2015, que teve atualização redacional pela Resolução nº 41, de 30 de março de 2015, ambas da Secretaria da Segurança Pública paulista, que disciplinam o protocolo a ser adotado nas hipóteses de morte decorrente de intervenção policial estando ou não o agente em serviço, bem como de homicídio consumado de policiais civis, militares, peritos criminais, agentes penitenciários, guardas municipais e agentes da Fundação CASA, no exercício da função ou em decorrência dela. A seu turno, a Portaria nº 21, de 10 de junho de 2015, da Delegacia Geral da Polícia Civil de São Paulo regulamenta a aludida Resolução secretarial e dispõe que, tratando-se de fato ocorrido na capital paulista, com autoria desconhecida e cuja vítima tenha falecido no próprio local, o Delegado de Polícia acionará o Grupo Especial de Atendimento a Locais de Crime (GEACRIM) do Departamento Estadual de Homicídios e de Proteção à Pessoa (DHPP). Nos casos similares ocorridos na Grande São Paulo ou no interior do Estado, o Delegado de Polícia da unidade de base territorial acionará o Setor de Homicídios (SH) da Delegacia Seccional, no caso do DEMACRO (Departamento de Polícia Judiciária da Macro São Paulo), ou a Delegacia de Polícia de Investigações Gerais (DIG), na hipótese dos DEINTERs (Departamentos de Polícia Judiciária de São Paulo Interior).

23. São exemplos a utilização de subterfúgios como a fraude no cenário do evento com indevida remoção de corpos, ou a simulação de posse ilegal de armas de fogo ou de drogas a pretexto de justificar o assassinato de um criminoso fabricado.
24. LESSA, Marcelo de Lima; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; GIUDICE, Benedito Ignácio. *Lei contra o Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019): diretrizes de atuação de Polícia Judiciária*. São Paulo: Academia de Polícia, 2022, p. 108-110.

legitimidade da conduta dos agentes públicos e o reconhecimento de discriminantes pelo Delegado de Polícia.

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

Ainda que se pretenda partir de uma pretensa presunção de legitimidade do ato estatal, ou seja, quanto à suposição de que a notícia narrada pelo policial que apresenta a ocorrência seja verdadeira e lícita, extraída de uma interpretação de que consubstancia um ato administrativo em um sentido amplo, trata-se de premissa relativa²⁵. Qualquer meio de prova é aceito para que seja rechaçada e aponte o que realmente aconteceu, caso um mau policial tenha comunicado uma versão distorcida e falaciosa. Na realidade, não há fé pública quanto ao teor dos depoimentos prestados por agentes estatais, os quais devem ser valorados sem posição de protagonismo ou superioridade em relação aos demais elementos probatórios existentes²⁶.

Quanto ao segundo aspecto, oportuno consignar que a avaliação e o reconhecimento de excludentes, mais que mera faculdade, representam um dever do Delegado de Polícia como autoridade estatal, assunto que será melhor comentado em ponto específico neste estudo²⁷.

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

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

26. VECCHIA, Felipe Dalla. O testemunho de agentes de segurança pública como prova na investigação criminal e a (in)existência de fé pública. In: IBRAHIM, Francini Imene Dias; LEITÃO JR., Joaquim; CARVALHO, Tristão Antonio Borborema (Org.). *Prova e polícia judiciária*. Leme-SP: Mizuno, 2022, p.179-196.

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

PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO NO DIREITO COMPARADO

Objetivando estabelecer parâmetros comparativos para o aprimoramento da legislação processual penal brasileira, serão expostos breves comentários acerca da prisão em flagrante delito em Portugal, na Espanha e na Itália, países da Europa Continental que, a despeito das diferenças hoje verificadas, historicamente influenciaram na construção do arcabouço jurídico nacional e da América Latina de um modo geral.

Portugal, como país colonizador, além da cultura, do idioma e de tantas outras heranças observadas na sociedade brasileira, consoante destacado no capítulo sobre a evolução histórica da prisão em flagrante deste trabalho, foi marcante no início e no desenvolvimento do Direito no Brasil, e atualmente conta com modelo de apuração criminal materializada em inquérito em tese dirigido por agente do Ministério Público, mas com execução dos atos investigativos e autonomia orgânica, técnica e tática das instituições de polícia judiciária¹.

Já a Espanha apresenta a investigação penal dirigida pelo denominado “Juiz de Instrução” (juiz-instrutor ou juiz-investigador), autoridade responsável pela condução da apuração das infrações penais e que exerce, além do controle de medidas cautelares próprio da reserva de jurisdição, as funções de presidência dos atos investigatórios, no Brasil desempenhadas pelo Delegado de Polícia².

1. Em Portugal a polícia judiciária é um corpo superior de polícia criminal auxiliar da administração da Justiça Criminal e organicamente vinculado ao Ministério da Justiça. A direção do inquérito pelo órgão ministerial português é exercida por meio de um “poder de orientação”, cujos comandos concretizam-se mediante diretivas e os destinatários (agentes da polícia judiciária) promovem a conformidade técnica e tática quanto aos meios, às formas e à oportunidade de sua execução. ALMEIDA, João de. Direção do inquérito e relação entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária. *Revista Semestral de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses*, Lisboa, fev. 2011, p. 50-53.
2. PERAZZONI, Franco. Delegado de Polícia: um breve histórico e análise do papel que desempenha atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Org.). *Inquérito policial: doutrina e prática*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015, p. 24-25.

A Itália, por sua vez, adotou o modelo de investigação pelo órgão acusador (promotor-investigador), com orientações legislativas recentes de abertura para a investigação direta pela defesa (investigação defensiva), objetivando equilibrar a apuração criminal direcionada a atender interesses e teses da acusação³.

Convém acentuar que toda nação desenvolve sua sistemática jurídica e respectivo formato processual penal de acordo com suas origens, tradições e particularidades e, a depender do ponto de vista e do critério adotado, apresenta qualidades e defeitos, cingindo-se o presente estudo ao tratamento da prisão em flagrante delito⁴.

8.1 PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO NO DIREITO PORTUGUÊS

A Constituição da República Portuguesa, datada de 2 de abril de 1976, com a redação atual promovida pela VII revisão constitucional de 2005, trata sobre o direito à liberdade e à segurança em seu artigo 27º, que prevê que a privação da liberdade pode decorrer de condenação judicial a pena de prisão ou aplicação judicial de medida de segurança, excepcionando no caso de “**detenção em flagrante delito**” e em outras circunstâncias como na prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso com pena superior a três anos e de detenção de suspeitos para identificação⁵.

-
3. Por outro lado, se a investigação é presidida por instituição de polícia judiciária, em razão do seu dever de imparcialidade, a investigação defensiva não seria imprescindível. PERAZZONI, Franco. Delegado de Polícia: um breve histórico e análise do papel que desempenha atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Org.). *Inquérito policial: doutrina e prática*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015, p. 27-28; MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 46.
 4. Com isso, cada Estado soberano possui suas próprias “jabuticabas”, vale dizer, suas peculiaridades sob os aspectos legais, de maneira que não há como simplesmente importar institutos alienígenas e enxertá-los na estrutura jurídica interna ignorando o contexto em que foram concebidos em seus países de origem.
 5. Constituição Portuguesa, artigo 27º: “1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.
 2. **Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.**
 3. **Exceptua-se** deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes:
 - a) **Detenção em flagrante delito;**
 - b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos;
 - c) Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;
 - d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;

Há ainda expressa menção de que toda pessoa privada da liberdade seja informada imediatamente e de modo compreensível das razões de sua prisão ou detenção e dos seus direitos, assim como do dever de indenização do Estado por privação contrária aos comandos constitucionais e legais⁶.

O Decreto-lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987, de Portugal veicula o Código de Processo Penal português e cuida do flagrante delito em seu artigo 256⁷, que arrola hipóteses de flagrância delitiva equivalentes às do ordenamento brasileiro. Quanto ao crime permanente, considera-se em flagrância delitiva enquanto persistirem sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e o agente está nele a participar, utilizando estrutura redacional um pouco distinta da lei brasileira.

A legislação portuguesa prevê que a captura em estado flagrancial pode ser executada por agentes estatais (Autoridade Judiciária ou “entidades policiais”) e, subsidiariamente, por particulares, estabelecendo ainda que, nos crimes de ação penal privada (“acusação particular”), haverá apenas a identificação do infrator, mas não a “detenção em flagrante delito”⁸.

-
- e) Sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;
 - f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente;
 - g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários;
 - h) Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente.
4. Toda a pessoa privada da liberdade deve ser informada imediatamente e de forma compreensível das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos.
5. A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer” (grifamos).
6. Constituição Portuguesa, artigo 27º, itens 4 e 5.
7. CPP de Portugal, art. 256: “1 – É flagrante delito todo o crime que se **está cometendo** ou se **acabou de cometer**.
2 – Reputa-se também flagrante delito o caso em que o agente for, **logo após o crime, perseguido por qualquer pessoa ou encontrado com objectos ou sinais que mostrem claramente que acabou de o cometer ou nele participar**.
3 – Em caso de **crime permanente**, o estado de flagrante delito só persiste enquanto se mantiverem sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e o agente está nele a participar” (grifamos).
8. CPP de Portugal, artigo 255.º: “**Detenção em flagrante delito**
1 – Em caso de flagrante delito, por crime punível com pena de prisão:
a) Qualquer autoridade judiciária ou entidade policial procede à detenção;
b) **Qualquer pessoa pode proceder à detenção, se uma das entidades referidas na alínea anterior não estiver presente nem puder ser chamada em tempo útil.**

O diploma português designa “suspeito” a “toda pessoa relativamente à qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar”⁹, prevendo o *status* denominado de “arguido” no artigo 58º do CPP de Portugal¹⁰, que ostenta similitudes com o “indiciado” do sistema brasileiro¹¹. Uma vez constituído como “arguido”, mediante comunicação feita por Autoridade Judiciária ou órgão de “policia criminal”¹², o sujeito passa a exercer com maior propriedade os direitos de defesa, em especial a autodefesa e a defesa técnica¹³, sendo assegurada a apre-

2 – No caso previsto na alínea b) do número anterior, a pessoa que tiver procedido à detenção entrega imediatamente o detido a uma das entidades referidas na alínea a), a qual redige auto sumário da entrega e procede de acordo com o estabelecido no artigo 259.º.

3 – Tratando-se de **crime cujo procedimento dependa de queixa**, a detenção só se mantém quando, em acto a ela seguido, o titular do direito respectivo o exercer. **Neste caso, a autoridade judiciária ou a entidade policial levantam ou mandam levantar auto em que a queixa fique registada.**

4 – Tratando-se de crime cujo procedimento dependa de **acusação particular, não há lugar a detenção em flagrante delito, mas apenas à identificação do infractor**” (grifamos).

9. CPP de Portugal, artigo 1º, alínea “e”.

10. CPP de Portugal, artigo 58º: “**Constituição de arguido**

1 – Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, é obrigatória a constituição de **arguido** logo que:

a) Correndo inquérito contra pessoa determinada em relação à qual haja **suspeita fundada** da prática de crime, esta **prestar declarações** perante qualquer **autoridade judiciária** ou órgão de **policia criminal**;

b) Tenha de ser aplicada a qualquer pessoa uma medida de coação ou de garantia patrimonial, ressalvado o disposto nos n.ºs 3 a 5 do artigo 192.º;

c) **Um suspeito for detido**, nos termos e para os efeitos previstos nos **artigos 254.º a 261.º**; ou

d) For levantado auto de notícia que dê uma pessoa como agente de um crime e aquele lhe for comunicado, salvo se a notícia for manifestamente infundada.

2 – A constituição de arguido opera-se através da comunicação, oral ou por escrito, feita ao visado por uma autoridade judiciária ou um órgão de policia criminal, de que a partir desse momento aquele deve considerar-se arguido num processo penal e da indicação e, se necessário, explicação dos direitos e deveres processuais referidos no artigo 61.º que por essa razão passam a caber-lhe.

3 – A constituição de arguido feita por órgão de policia criminal é comunicada à autoridade judiciária no prazo de 10 dias e por esta apreciada, em ordem à sua validação, no prazo de 10 dias.

4 – A constituição de arguido implica a entrega, sempre que possível no próprio acto, de documento de que constem a identificação do processo e do defensor, se este tiver sido nomeado, e os direitos e deveres processuais referidos no artigo 61.º

5 – A omissão ou violação das formalidades previstas nos números anteriores implica que as declarações prestadas pela pessoa visada não podem ser utilizadas como prova.

6 – A não validação da constituição de arguido pela autoridade judiciária não prejudica as provas anteriormente obtidas.

7 – Sem prejuízo da prossecução do processo, a constituição de arguido menor é comunicada, de imediato, aos titulares das responsabilidades parentais, ao seu representante legal ou à pessoa que tiver a guarda de facto”. (grifamos).

11. SAMPAIO FILHO, Walter Francisco. *Prisão em flagrante: a aplicação do devido processo legal*. São Paulo: Rideel, 2005, p. 43.

12. SILVA, Germano Marques. *Curso de processo penal*. Lisboa: Verbo, 2000, p. 286.

13. CPP de Portugal, artigo 61º.

sentação para audiência com o Magistrado, que na prisão em flagrante delito em Portugal deve ocorrer no prazo de 24 horas¹⁴.

8.2 PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO NO DIREITO ESPANHOL

A Constituição Espanhola, datada de 29 de dezembro de 1978, estabelece a liberdade como regra, restringível na forma da lei e, assim como na Carta Magna brasileira, também excepciona a inviolabilidade domiciliar em caso de flagrante delito. Há expressa disposição constitucional na Espanha de que o sujeito detido seja informado de modo imediato e compreensível de seus direitos, dentre os quais o de não ser obrigado a se manifestar¹⁵.

A legislação processual penal da Espanha (*Ley de Enjuiciamiento Criminal* – *LECrim*), de 14 de setembro de 1882, estabelece as garantias a serem preservadas aos presos, notadamente defesa, direito ao silêncio, de não produzir prova contra si e não confessar, de assistência advocatícia nos atos policiais e judiciais, direito à assistência familiar, aos estrangeiros o direito à comunicação ao respectivo Consulado e designação gratuita de intérprete se não falar castelhano e o direito de ser examinado por um médico legista¹⁶.

As hipóteses de flagrância delitiva no direito espanhol assemelham-se às do CPP brasileiro (próprio, impróprio e presumido) e estão descritas no artigo 795, item 1.^a da *LECrim*¹⁷.

Por derradeiro, há divergência quanto ao prazo para apresentação do preso para o Juiz. Isso porque a *LECrim* da Espanha, em seu artigo 496, prevê lapso temporal de 24 horas, porém a *Constitución Española*, no artigo 17, item 2, estabelece limite de 72 horas. Sem embargo de posicionamentos doutrinários contrários, na jurisprudência das Cortes espanholas prevalece a aplicação do prazo constitucional de 72 horas¹⁸.

14. De acordo com entendimento do artigo 254º, item 1, alínea "b" do CPP português. CASTRO, Rui da Fonseca e. *Processo penal – inquérito. Tramitação. Formulários. Jurisprudência*. Lisboa: Quid Juris, 2014, p. 77.

15. Constituição Espanhola (*Constitución Española*), artigos 17 e 18.

16. *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, artigos 520 e seguintes.

17. *LECrim*, artigo 795, 1.^a: "Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él".

18. VADELL, Lorenzo Bujosa. Imputación y detención policial. Perspectiva española. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Temuco, ago-set. 2012, vol. 3, nº 2, p. 21-22.

8.3 PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO NO DIREITO ITALIANO

A Constituição da República Italiana (*Costituzione Della Repubblica Italiana*), de 22 de dezembro de 1947, malgrado não disponha expressamente sobre a prisão em flagrante delito, estipula que a inviolabilidade da liberdade pessoal só pode ser restringida por lei, como regra via decisão judicial ou, em casos excepcionais de necessidade e urgência, por Autoridade de Segurança Pública, que comunicará a Autoridade Judicial para que a privação seja ou não convalidada no prazo de 48 horas¹⁹.

A prisão em flagrante delito (*arresto in flagranza*) é cuidada no Título VI do Livro V, dos artigos 379 ao 391 do Código de Processo Penal Italiano (*Codice de Procedura Penale*), datado de 22 de setembro de 1988.

O estado de flagrância delitiva no direito italiano (*stato di flagranza*) não difere das situações previstas na lei brasileira²⁰, assim como as garantias a serem conferidas ao preso, com pequenas nuances pelas peculiaridades da presidência da investigação pela acusação, como a comunicação ao órgão ministerial para providenciar o seu interrogatório, e outras medidas afetas ao direito de defesa (assistência advocatícia, comunicação aos familiares e ciência dos motivos da prisão).

Há interessante disposição no processo penal italiano de não autorizar a prisão em flagrante delito por crime culposos, ao passo que impõe o “flagrante obrigatório” pelos oficiais e agentes da polícia judiciária (*polizia giudiziaria*) para a captura de suspeitos em determinadas situações, como em delitos de redução à condição de escravo, e para outras há faculdade dos policiais em promover a custódia flagrançial, segundo rol de delitos, como de peculato por erro de terceiro²¹.

19. *Costituzione Della Repubblica Italiana*, art. 13.

20. *Codice de Procedura Penale*, art. 382: “*Stato di flagranza* 1. *E’ in stato di flagranza chi viene colto nell’atto di commettere il reato ovvero chi, subito dopo il reato, e’ inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa o da altre persone ovvero e’ sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima.* 2. *Nel reato permanente lo stato di flagranza dura fino a quando non e’ cessata la permanenza*”.

21. *Codice de procedura penal*, arts. 380 e 381.

Há, também, vedação de prisão de sujeito que tenha agido em exercício regular de direito ou quando presente causa de não punibilidade²², que seria equivalente às discriminantes do direito brasileiro²³.

Registra-se ainda que o diploma processual italiano estabelece o intervalo de 48 horas para a convalidação da prisão em flagrante delito pelo Juiz de Direito²⁴, acompanhando o lapso temporal da Lei Maior da Itália.

22. *Codice de procedura penal*, art. 385.

23. SAMPAIO FILHO, Walter Francisco. *Prisão em flagrante: a aplicação do devido processo legal*. São Paulo: Rideel, 2005, p. 41.

24. *Codice de procedura penal*, art.390.