Decisão de flagrante pelo delegado de polícia tem natureza cautelar

Após a edição da Lei 12.403/11 e a previsão no artigo 310, II do CPP de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, parte da doutrina passou a entender que essa modalidade de detenção teria transmudado sua natureza cautelar e passado a vestir o véu de natureza pré-cautelar, que, em termos práticos, obriga o juiz a fundamentar a análise da formalidade e juridicidade do auto de prisão em flagrante, e como não o realizava, em notória prática autoritária, pois mantinha alguém detido sem a devida fundamentação, provocando uma reação legislativa, que culminou com a atual redação.

Em outras palavras, ao alterar a nomenclatura em "converter a prisão em flagrante em preventiva" impeliu o Judiciário à obrigatoriedade da motivação face o *nomen iuris prisão preventiva*, alterando a redação do artigo 315 do CPP apenas utilizando a expressão "decisão", substituindo a nomenclatura anterior que se referia a "despacho", deixando mais claro o óbvio.

Não obstante, a mesma doutrina que atribui essa nova natureza jurídica de pré-cautelar à prisão em flagrante entende que a natureza jurídica da liberdade provisória se trate de uma contracautela, seja ela concedida pelo delegado ou juiz.

Não nos parece coerente tal assertiva. Ora, se a liberdade provisória é reconhecidamente uma contracautela, isso significa, então, que a *detenção* em flagrante decidida pelo delegado de polícia possui natureza cautelar. Ou então, em nome da lógica, a liberdade provisória deveria ser denominada de uma medida *contrapré-cautela*.

Não enxergamos amparo teórico ôntico-ontológico na teoria geral das cautelares para essa conclusão, salvo se o intérprete transportar, de forma inadequada categorias do processo civil para o processo penal, confusão que é muito comum e prática corriqueira nos manuais de processo penal.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A doutrina, sabedora deste equívoco epistemológico, no escólio de Aury Lopes Jr.[1] apresenta o ponto de tensão desta distinção:

“São a ausência da liberdade e a relação de poder instituída (em contraste com a liberdade e a igualdade) os elementos fundantes de uma diferença insuperável entre processo civil e o penal”.

Neste jaez, é forçoso concluir que estes elementos indicadores (ausência de liberdade e relação de poder) se distinguem do processo civil, porém são ponto em comum na investigação criminal, porquanto também se tratar de matéria afeta ao processo penal, ainda que procedimental, consoante ficou decidido na ADI 2.886, que declarou inconstitucional o artigo 35, IV da LC 106/03, Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por vício formal, por extrapolar a competência suplementar dos estados ao tratar de matéria geral sobre procedimento em matéria processual penal, qual seja, o trâmite do inquérito policial, já definido no artigo 10, parágrafo 1º do CPP, não podendo o estado legislar sobre o tema.

Isso significa dizer que não resta outra inferência senão admitir que a investigação criminal possui o que denominamos de *zonas de interseção processual*, consequentemente, medidas de caráter cautelar, principalmente quando o instituto é o da *liberdade*, notadamente, por força constitucional, conforme artigo 5º, LXVI, ao delinear que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

O constituinte não distinguiu a natureza da liberdade provisória quando concedida pelo delegado ou pelo juiz, e não realizou diferenças entre a liberdade conferida em sede procedimental policial ou em sede jurisdicional, portanto, não seria coerente se tentar desqualificar a liberdade como contracautela no auto de prisão em flagrante como se sua natureza fosse outra quando concedida pelo juiz com a comunicação deste mesmo caderno flagrancial. Liberdade é liberdade, plena ou precária.

Destacamos, no em torno da reserva de jurisdição, que a garantia constitucional da liberdade não depende só e exclusivamente do juiz, porquanto o inciso LXVI ficou claro em asseverar que será a “lei” quem irá definir o cabimento da liberdade, e a lei, portanto, previu a liberdade provisória com ou sem fiança pelo delegado de polícia e pelo juiz (artigo 322, do CPP), o que nos permite concluir que essa garantia não está sob a reserva absoluta da jurisdição.

Notadamente, o instituto da liberdade provisória assume a posição político-criminal, principalmente após a Lei 12.403/11, de regulamentação como medida cautelar pelo delegado de polícia, porém de forma restrita, criando verdadeira proibição *ex lege* de liberdade provisória pelo delegado a algumas espécies de delitos, e de forma indevida, haja vista a ausência de reserva absoluta da jurisdição para o instituto da liberdade, seja ela plena ou provisória.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Por uma questão de coerência, se a doutrina é uniforme em entender que a liberdade provisória é uma espécie de medida cautelar, na qualidade de contracautela[2] não há outra conclusão lógica senão a de admitir que o delegado de polícia, ao conceder liberdade provisória, seja mediante fiança ou não, emite uma decisão de natureza cautelar, por decorrência da natureza precária da sua própria decisão de detenção, após a apresentação da pessoa capturada ou conduzida coercitivamente, em aparente estado de flagrante, avaliação jurídica esta que está a cargo somente do delegado de polícia, que a toda evidência emite juízo de valor em sua avaliação técnico jurídica.

Após o procedimento de lavratura do *auto de prisão em flagrante*, restando presentes os indícios de autoria e prova do crime por crime cuja pena máxima seja superior a 4 anos, a norma processual penal, equivocadamente, institui uma forma de vedação *ex lege* de liberdade provisória pelo delegado de polícia, obrigando-o a emitir uma ordem de detenção com a emissão da nota de culpa.

Criou a lei uma figura grotesca de detenção automática, vedando, em tese, a análise da cautelaridade, retirando o caráter processual que deve ter a prisão cautelar, não obstante manter seu caráter provisório, contudo de flagrante efeito antecipatório da pena. Verdadeira *tutela penal antecipada*
, por sua vez, eivada de inconstitucionalidade.

O encarceramento do detido é um efeito da ordem de detenção e consequente emissão da nota de culpa, verdadeira fundamentação da ordem de detenção. Seja esta ordem emanada de autoridade administrativa ou judiciária, o rótulo não altera o conteúdo e a finalidade, porquanto autorizado pela Constituição, a questão gira sob a legitimidade do poder-dever do Estado-investigação, instituído pelo Poder Constituinte originário, portanto, do sistema democrático.

Não é por outro motivo que o legislador reconheceu em nosso ordenamento que o delegado de polícia realiza *análise jurídica do fato e suas circunstâncias*, conforme conteúdo do disposto no artigo 2º, *caput* e parágrafo 1º da Lei 12.830/13, cujo sentido é atribuir ao cargo função de hermeneuta das circunstâncias fáticas com profícuo propósito de engendrar contornos jurídicos aos atos do Estado-investigador, atos de poder de polícia, revestidos de autoexecutoriedade e atos jurídicos revestidos de hermenêutica constitucional e convencional[3].

Não à toa o governador do estado do Rio de Janeiro, consolidando o conteúdo da análise técnico-jurídica previsto na Lei 12.830/13 por meio do Decreto 46.601, de 18 de março de 2019, publicado em 19 de março de 2019, esclareceu que é poder-dever do delegado de polícia dar efetividade às garantias fundamentais e de direitos humanos em sede de investigação criminal, *ipis literis*:

“Art. 4º – À Polícia Civil incumbe, com exclusividade, as funções de polícia judiciária, exceto as relacionadas às infrações penais militares, cabendo-lhe garantir:
a) a **proteção à dignidade humana**;
b) o **respeito e a proteção dos direitos humanos**;
c) a promoção dos direitos e garantias fundamentais;
d) a preservação da ordem e segurança públicas, a incolumidade das pessoas e o patrimônio; e,
e) o **respeito e obediência ao ordenamento jurídico**”.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A doutrina de direitos humanos vem evoluindo e reconhece a possibilidade de controle de convencionalidade de leis pelo delegado de polícia, conforme os estudos do professor Valério Mazzuoli[4], precursor do tema controle de convencionalidade no Brasil:

"Certo, portanto, é que tanto a Polícia Federal quanto a Polícia Civil têm o dever de aplicar as garantias previstas nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil no exercício de suas funções, da mesma forma que também devem destinar aos cidadãos (investigados, detidos etc.) todas as garantias estabelecidas pela Constituição Federal. Assim, não há dúvida ter a Polícia Judiciária papel importante a desempenhar na defesa dos direitos humanos, à luz tanto da Constituição Federal quanto dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil. (…)

Poderá o Delegado de Polícia, assim, detectar a inconvencionalidade de norma interna que inviabilize, v. g., a efetivação de uma garantia amparada pelo sistema internacional de proteção de direitos humanos".

O decreto espanca de vez o discurso de sendo comum e de tradição fulcrada na mentalidade do século XIX de que a aplicação da lei seja cega e antissistêmica ao dispor explicitamente que cabe ao delegado de polícia, frise-se, presta obediência ao ordenamento jurídico, isto é, o Direito como sistema, incluindo todas as fontes da norma, cuja interpretação acarreta, por fim, um resultado de hermenêutica jurídica, considerando os efeitos concretos das jurisprudências dos tribunais superiores, princípios constitucionais, tratados e convenções internacionais de direitos humanos, que por sua vez são declaradamente normas supralegais, quando não aprovadas na forma do artigo 5º, parágrafo 3º da CF/88.

Realizada essas premissas, destacamos como característica do auto de prisão em flagrante a exclusividade do exercício da função jurídica e exclusiva de Estado pelo delegado, tendo em vista que o ordenamento jurídico atribui a esse cargo o único com essa função.

Não olvidamos em sistematizar, neste contexto, a estrita legalidade inserida no artigo 37 da CF, segundo ao qual a administração pública age somente quando autorizada por lei. Neste aspecto, a Lei 12.830/13 pode ser entendida como a *ponte de diamante* por ser uma norma que contém o núcleo duro irrenunciável ao direito de liberdade face a exclusividade da análise jurídica da captura/condução coercitiva do imputado pelo delegado, restando inconvencional qualquer norma que crie obstáculos ao exercício desta função pelo delegado de polícia, devendo ser aplicada, também, pelo delegado a fonte que maior garantia possa ser efetivada em nome do princípio *pro homine*[5].

Neste condão, defendemos a total possibilidade de se afastar norma que crie obstáculo à efetivação de direito de liberdade, como é o caso do artigo 322 do CPP, que limita irracionalmente a análise do direito de liberdade do suspeito capturado em sede policial apenas para os crimes cuja pena máxima não ultrapasse 4 anos, criando distinção arbitrária, despida de fundamentação lógica e razoável.

Os tratados e precedentes da Corte IDH reconhecessem expressamente a legitimidade de órgãos não jurisdicionais cuja a lei defina o poder de deter e soltar, como função jurídica e "materialmente judicial"[6].

Por deter e soltar, no ordenamento jurídico brasileiro cabe somente ao delegado e ao juiz.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A prisão por qualquer do povo e agentes da autoridade, previsto no artigo 301 do CPP, não é uma decisão de detenção, mas captura do suspeito.

Capturado, ele é apresentado ao delegado e depois ao juiz, únicos legitimados a realizar análise jurídico de subsunção da norma penal e processual penal.

Na captura de aparente estado flagrancial, o capturado é entregue na delegacia sob a responsabilidade do delegado, que irá presidir o auto de prisão em flagrante, entregando recibo do preso ao condutor, que depois de ouvido é dispensado, não tendo nenhuma ingerência sobre as diligências subsequentes e a consequente subsunção do fato à norma pelo delegado, conforme o artigo 304, *caput*, primeira parte, do CPP.

Após um conjunto de inúmeras diligências imanentes à função investigativa exclusiva de polícia judiciária, o delegado irá decidir pela conversão da captura em detenção, mediante decisão fundamentada, com emissão de nota de culpa de eficácia mandamental, cuja fase posterior é o encaminhamento do detido ao cárcere, conforme artigo 304, parágrafo 1º c/c 306, parágrafo 2º, do CPP, bem como decidir pela liberdade provisória com ou sem fiança (322 e 325, CPP), conceder liberdade plena equivalente ao livrar-se solto (304, parágrafo 1º do CPP), previsto no artigo 69, parágrafo único da Lei 9.099/95, artigo 48, parágrafo 2º da Lei 11.343/06 e artigo 301 da Lei 9.503/97.

Com esses exemplos, como dizer que a detenção e a liberdade provisória seriam institutos afetos à reserva absoluta da jurisdição e que o delegado não exerça, ainda que de forma atípica, função materialmente judicial?

O argumento da necessária judicialização não é uma premissa válida para se reconhecer em um ato jurídico sua natureza cautelar. Pretender fundir a judicialização com o conceito de cautelaridade é justificar que o homem somente saciou sua sede graças ao copo d'água, passando a considerar que o copo seja parte da água e somente ambos, fundidos, sejam a justificativa válida para a solução da sede. A água pode matar a sede dissociada do copo, levada ao corpo por outro mecanismo, que não necessariamente por meio de um copo, apesar de ser o mais comum, porém não é a única forma existente.

A água está para a cautelaridade da liberdade como direito fundamental como o copo está para a judicialização. A água pode ser garantida por outros meios, como a decisão do delegado, portanto a cautelaridade deve ser identificada por outras características inerentes a sua razão de existir, como o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, independentemente da forma do Estado (juiz/investigação), ampliando-se assim o seu controle, diante da necessidade da fundamentação, garantia de democraticidade, bem como ampliando a função preservadora da garantia fundamental da liberdade do cidadão, a depender sempre do caso concreto.

É garantia do cidadão a análise da cautelaridade pelo delegado.

---

[1] LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Vol.1 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 30.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[2] TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 10ª Ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 920.
[3] MAZZUOLI, valeiro de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro Revista Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009 , p.113 a 137.
[4] MAZZUOLI, Valério. Curso de Direitos Humanos. 4ªed. São Paulo: GEN/Método, 2017, p. 464/469.
[5] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional Da Convencionalidade Das Leis. São Paulo, 3ªed. revista, atualizada e ampliada, Revista dos Tribunais, 2013, p.146.
[6] Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 142 , disponível: , acesso em 08 de agosto de 2014.

Meta Fields

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.