

A prisão processual de flagrante é novidade no “pacote anticrime”



Ruchester Marreiros
delegado da Polícia Civil do RJ

A Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, denominada de “pacote

anticrime”, que entrará em vigor apenas no dia 23 de janeiro de 2020 trouxe dentre as diversas modificações no sistema de justiça criminal e da legislação penal, algumas que dizem respeito às regras sobre medidas cautelares, e dentre elas, uma nova modalidade de cautelar pessoal privativa de liberdade: a prisão processual de flagrante.

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 perdido sua natureza cautelar e passado a flertar com uma natureza pré-cautelar, que em termos práticos, obrigaria 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 decidia concordar com um ato do Delegado sem a devida fundamentação. Essa prática provocou uma reação doutrinária e legislativa para desqualificar a natureza da detenção em flagrante, raciocínio que entendemos equivocados, porque o que estava errado era a não fundamentação judicial e não o instituto flagrantial, que é previsto na Constituição.

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.

Muitas alterações em diversos dispositivos do pacote, nos permite chegar a afirmação da natureza cautelar da prisão em flagrante, cujo termo mais adequado deveria ser detenção em flagrante, cuja ordem de detenção é determinada pelo Delegado de Polícia, restando a nota de culpa o documento de natureza mandamental e de conteúdo *materialmente judicial* [1].

Insta salientar que não é somente a medida cautelar prisional que está no feixe dos poderes



constitucionais do Delegado de Polícia. Há também há a liberdade provisória, reconhecida pela doutrina[2] e jurisprudência[3] e, mais recentemente, pelo legislador, através do artigo 12-C na Lei 11.340/06, incluído pela Lei 13.827/19, que trata de medida cautelar de afastamento do lar, domicílio ou local de convivência da mulher vítima de violência doméstica.

Neste diapasão, reza o futuro artigo 282, §2º que as “*medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.*” A nova redação exclui a decretação de ofício de medidas cautelares pelo juiz no processo e reafirma sua impossibilidade na investigação criminal.

A redação da Lei 12.403/11 já era clara ao afirmar que o juiz não poderia decretar medida cautelar de ofício no curso da investigação criminal, contudo, o STJ[4] ao se pronunciar sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva entendeu que o juiz poderia decretar a prisão preventiva sem que houvesse manifestação do Delegado ou do Promotor, ao fundamento literal do exposto no artigo 310 do CPP que determinava ao magistrado, como uma das providências do recebimento do auto de prisão em flagrante, a sua conversão em preventiva, sem necessidade de provocação de nenhum sujeito processual.

Contudo, ao observar a nova redação do artigo 310 do CPP, as providências, que se mantêm as mesmas em seus incisos, serão decididas no contexto da audiência judicial de custódia[5], obrigatória em qualquer hipótese de prisão em flagrante, com a presença da acusação e da defesa, restando cristalina a impossibilidade do juiz decretá-las de ofício.

Esta impossibilidade decorre da redação combinada dos artigos 3º-B, II, que faz explícita remissão ao artigo 310, e do artigo 3ª-C, §1º, todos do CPP, que definem uma competência funcional do juiz das garantias de atuar na audiência de custódia, por se tratar de evidente fase investigativa, na qual está vinculado até do recebimento da denúncia ou queixa, e não de fase jurisdicional propriamente dita.

Ainda nesse jaez, é importante lembrar que o inquérito policial pode ser iniciado com o *auto de prisão em flagrante*, porém não se confunde com a investigação criminal em si, que é um conjunto de atos composto pelo próprio *auto de prisão em flagrante* e demais diligências necessárias à materialização da existência da infração penal e dos indícios de autoria, como a junta de laudos periciais, exame de corpo de delito, alcoolemia, registro de imagens de câmeras de segurança, apreensões e perícias no instrumento do crime, exame de balística, requisição de dados cadastrais e um elenco infindável de possibilidades decorrentes de uma detenção em flagrante.

Como se vê, o legislador sempre determinou o encaminhamento do auto de prisão em flagrante, desde antes da Lei 12.403/11, contudo, após a vigência desta, houve a alteração do artigo 310 do CPP, prevendo a possibilidade de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva logo após o recebimento do respectivo auto de prisão em flagrante, e com isso, a possibilidade de oferecimento da denúncia, o que, evidentemente, exigiria por parte do juiz todo o conteúdo da investigação criminal, gerando dúvidas se persistiria no ordenamento jurídico o prazo de 10 dias para remessa do inquérito com indiciado preso.

Antes dessa lei a prisão em flagrante passava pelo crivo homologatório judicial, como ocorre hoje,



porém sem a expedição de uma outra ordem de detenção até que o inquérito policial com investigado preso fosse remetido ao Judiciário no prazo máximo de 10 dias, tendo o agente ministerial o dever de oferecer denúncia no prazo de 5 dias, sob pena de relaxamento da prisão. Recordamos que sempre houve análise judicial da prisão em flagrante, portanto, a judicialização se operava, contudo, sem a nomenclatura de prisão preventiva. Ademais, os fundamentos para a manutenção da prisão em flagrante eram os mesmos da prisão preventiva, sem as medidas cautelares diversas da prisão.

Atualmente, o judiciário ao converter a prisão em flagrante em preventiva, fundamenta da mesma forma que antes, alterando apenas o rótulo. A alteração, como dito alhures, foi uma forma política de provocar uma melhor prestação jurisdicional nas decisões interlocutórias, banalizadas com fundamentações deficientes que muitas vezes reproduziam o texto legal.

Nesse aspecto, o novo artigo 315, §2º do CPP adotou sistemática idêntica ao do artigo 489, §1º do Novo CPC, haja vista que exige do juiz criminal obediência irrestrita ao princípio das fundamentações das decisões, alteração que se já existisse antes da Lei 12.402/11, o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante, teria que fundamentar da forma que hoje fundamentaria, numa hipótese tipicamente de reserva relativa de jurisdição[6].

Ainda neste condão, o legislador trouxe um dispositivo que nos parece inovador, alterando os contornos de uma medida cautelar pessoal, após a redação do artigo 3º-B, §2º, que destacamos:

“Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.”

O tema é intrincado porque se consolidou o dogma, com certa parcela de razão, de que havendo indícios de autoria e prova do crime não haveria sentido não ter denúncia, posto que os elementos para esta também seriam os indícios de autoria e prova do crime. Esse é o entendimento que tem prevalecido doutrinária e jurisprudencialmente.

A redação do texto ao dispor sobre prorrogação do prazo do inquérito de investigado preso por até 15 dias, confirma a existência do prazo de 10 dias iniciais, do artigo 10 do CPP. Somente se pode prorrogar o que se iniciou anteriormente.

O artigo 282 do CPP autoriza que sejam decretadas medidas alternativas à prisão processual na fase investigativa, cuja razão se dá face ao *periculum libertatis* do investigado, como por exemplo, se aproximar da testemunha. Essa sistemática é possível face a necessidade de se lançar mão de cautelares pessoais para restrição da liberdade, caso contrário medidas cautelares pessoais para garantir a eficácia da investigação criminal se resolveriam no radicalismo da prisão temporária, o que também é uma previsão ineficiente porquanto possui um rol de delitos desatualizados e escassos que não atendem à sistemática das medidas cautelares pessoais na fase investigativa.

Exemplifiquemos: qual medida se adotaria quando o investigado é suspeito, sem indícios suficientes de autoria para denúncia, mas ameaça de morte a vítima, não tendo funcionado a medida de proibição de



contato? Há *periculum libertatis*, no caso concreto, há prova do crime de furto qualificado e, não obstante, não haja elementos robustos de indícios de autoria, como por exemplo confronto de digitais do suspeito com as colhidas no interior da residência e além disso uma gravação de uma imagem que parece com o suspeito, mas não é tão nítida. Como se decretar uma preventiva sem indícios robustos de autoria? Nosso sistema é extremamente falho nesse aspecto.

Suponhamos que nesse caso tenha ocorrido uma prisão em flagrante na modalidade de flagrante presumido? Caso já vivenciado por nós na prática em que a pessoa que ameaçava a vítima era relacionado a outro autor do crime, ambos com qualificação desconhecida até então, que depois se descobriu que possuíam fisionomias muito semelhantes. É de extrema relevância em um caso como esse, a existência de um mecanismo capaz de proteger a vida da vítima, tutelado pelo processo penal, na qual, em muitos casos, a providência deve ser a privação da liberdade do suspeito.

A captura do suspeito foi feita com a apreensão do telefone celular, em que existia uma ligação efetuada para a vítima, mas a imagem captada pela câmera de segurança coincidia muito pouco com o mesmo, restando poucos indícios de autoria. A prova do crime, ainda, era somente a declaração da vítima, sem o reconhecimento, por ter sido um delito de furto qualificado, cuja imagem captada por câmeras não ajudou.

Essa vítima já tinha sido furtada outras vezes e por essa razão colocou câmeras de segurança no interior da residência, onde se captou algumas imagens dos autores do furto. Portanto já haviam outras investigações em trâmite, mas sem autoria definida. No último furto a imagem foi capturada e uma pessoa parecida foi encontrada nas cercanias aproximadamente 3 horas depois por uma equipe da polícia militar que sabia estar havendo muitos furtos na região e teve contato com as imagens divulgadas em redes sociais.

Juntamente com o capturado e detido em flagrante, além do celular, que não era da vítima, mas havia uma ligação do seu telefone para o da vítima, por onde recebeu a ameaça de não procurar a polícia. Havia também uma passagem aérea para três dias depois com destino a Argentina e alguns endereços que poderiam ser checados como sendo locais que os mesmos teriam estado e se hospedado e a identificação estrangeira do investigado, que era chileno, mas falava bem o português. Juro que isso não é invenção.

Se formos analisar tecnicamente o fato, a prisão em flagrante ao ser comunicada dependeria, ainda de algumas diligências para robustecer os indícios de autoria para o oferecimento da denúncia, não sendo uma hipótese tipicamente que se daria para deduzir uma pretensão acusatória.

A prisão temporária também está descartada, visto que não há no rol das infrações penais cabíveis no artigo 1º, III da Lei 7.960/89, o delito de furto qualificado e coação no curso do processo para essa medida, A medida de não contato com a vítima seria inócua, tendo em vista a possibilidade concreta de viajar para outro país, além de não se saber o paradeiro certo, mas somente um suposto local de hospedagem, conseqüentemente, precário.

Em outras palavras, o ordenamento jurídico é totalmente despreparado para uma circunstância de se acautelar os fins processuais da investigação criminal. Existe com narrado, necessidade de se proteger



cautelamente a investigação tal qual ocorre na fase jurisdicional. Há risco de fuga e há comprometimento da coleta de evidências (ou provas no sentido lato).

A solução para essa lacuna veio no artigo 3º-B, §2º, que deixou explícita a possibilidade da prisão processual de flagrante, cuja novidade é reconhecer o prazo da investigação por 10 dias prorrogáveis por até 15 dias sob de acarretar o relaxamento da prisão pela não conclusão da investigação e não pelo não oferecimento da denúncia.

Assim sendo, após a vigência do pacote anticrime o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante: 1) não pode mais convertê-la em prisão preventiva de ofício; 2) não poderá decretar a preventiva abrindo prazo para o oferecimento da denúncia; 3) deverá observar na representação do Delegado há indicação da necessidade do prosseguimento da investigação criminal com fins processuais e desde já a possibilidade de postergação da situação prisional para assegurar a coleta de evidências.

Em outras palavras, o Delegado decreta a detenção em flagrante, remete os autos ao juiz das garantias com demonstração de que o flagrante processual deve ser mantido pelo prazo de 10 dias, diante da demonstração de que, não obstante haja indícios, para se estabelecer um maior grau de verossimilhança entre a prática delitiva e o investigado preso em flagrante de fins processuais para a conveniência da investigação criminal, postergando-se a prisão processual de flagrante, modalidade distinta da conversão desta em preventiva.

A judicialização se opera com a comunicação, representação do Delegado para esse fim e homologação judicial do flagrante processual que tem prazo fixo, sob pena de relaxamento da prisão. Houvesse indícios suficientes de autoria o legislador teria estipulado prazo de relaxamento por não oferecimento da denúncia e não para a conclusão da investigação.

O controle jurisdicional não exclui a natureza processual da prisão em flagrante. Corroborando nesse sentido, além do já exposto, a nova redação do artigo 283, do CPP que denomina a prisão decretada pelo juiz de processual, retirando a delimitação anterior da previsão de temporária e preventiva no curso da investigação criminal, fundindo qualquer prisão como de natureza processual, inclusive a do flagrante processual.

Ela não se confunde com a famigerada prisão para averiguação, que não passava pelo crivo do judiciário, nem com prisão imediata que decorre exclusivamente da existência de investigação criminal, conforme nova redação do artigo 313, §2º, além de impugnável por via de Habeas Corpus, conforme artigo 3º-B, XII do CPP de forma mais simplificada, sendo competente o juiz das garantias e não o Tribunal de Justiça, como ocorrem em muitos Estados.

[1 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: \[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf\]\(http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf\), acesso em 30/12/19.](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf)

[2 RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 27ª.ed, São Paulo: Atlas, 2019, p. 895 e NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 13ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de](#)



Janeiro: Forense, 2016, p. 568.

3 STJ , HC 22.083/SP, Rel.Min. Vicente Leal, DJU de 25.08.2003

4 RHC 71.360/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. em 28/06/2016, DJe 01/08/2016 e RHC 80.740/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., j. em 20/06/2017, DJe 28/06/2017.

5 BARBOSA, Ruchester Marreiros. Delegado pode ser primeiro filtro antes de audiências de custódia. Revista Consultor Jurídico, jan. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-12/academia-policia-delegado-primeiro-filtro-antes-audiencias-custodia>. Acesso em: 30/12/19.

6 BARBOSA, Ruchester Marreiros. Na detenção em flagrante, Delegado exerce função de magistratura. Revista Consultor Jurídico, dez. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-06/academia-policia-detencao-flagrante-delegado-exerce-funcao-magistratura>. Acesso em: 30/12/19.

Date Created

31/12/2019