

## A captura, a detenção e a prisão possuem conceitos e funções distintas



**Ruchester Marreiros**  
delegado da Polícia Civil do RJ

Em uma análise dialógica entre a Constituição Federal e os sistemas de

proteção aos direitos humanos, tomando como método a análise das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sistema do qual o Brasil faz parte, podemos concluir que a doutrina vem classificando as etapas da prisão em flagrante com vistas às análises das doutrinas clássicas, pautadas em um modelo político ultrapassado, segundo o qual a pessoa era tratada como objeto da prova, portanto, não havia necessidade de se desenvolver o tema. O tempo mudou desde a década de 1940.

Em uma visão contemporânea, e com a devida deferência aos respeitáveis autores de outrora, urge refletimos com profundidade multidisciplinar, o que nos força a concluir por uma classificação distinta à clássica, com algumas nuances em suas variações.

### Captura

Discordamos da denominação do momento de interrupção da prática da infração penal com a expressão comumente utilizada de “prisão-captura”, mas somente de captura, haja vista que o termo *prisão* possui sentido próprio, como veremos, restando inaplicável as duas expressões em um mesmo contexto fático-jurídico.

A captura ocorre tanto na modalidade conhecida como flagrante facultativo ou flagrante obrigatório, considerada como uma ação de interrupção da prática da infração penal na hipótese do artigo 302, I, quanto na captura/retenção (não detenção) do suspeito nas demais tipicidades flagranciais do artigo 302, II, III e IV.

Para nós, a distinção entre flagrante facultativo e obrigatório prevista no artigo 301 do CPP é somente sobre a qualidade da pessoa que a efetua. A distinção está na qualidade de agente garantidor no flagrante obrigatório, face ao dever de agir do agente de segurança que esteja em serviço.

Acaso a pessoa esteja em qualquer outra circunstância, a ação está no âmbito da ética, pois a Constituição Federal não estabelece em seu artigo 5º restrições às liberdades públicas por normas mandamentais e não há regra exigindo sobreaviso de 24 horas de agente público de segurança no capítulo respectivo ou na parte dos servidores públicos, restando inconstitucional qualquer norma que

submeta alguém que ocupe cargo como agente garantidor, que o seja em tempo integral, sendo necessário adequar o regime jurídico do poder de polícia da segurança pública ao Estado Democrático.

Da captura decorrerá como consequência a condução do suspeito ao delegado de polícia, sendo vedado qualquer norma que o substitua por um magistrado, haja vista adotarmos o sistema acusatório, e não o de juizado de instrução, que prevê o juiz investigador, variação de um sistema inquisitorial.

Há precedente na Suprema Corte de declaração de inconstitucionalidade de norma que previa um juiz de instrução, que estava disposto no artigo 3º da revogada Lei 9.034/95, antiga lei do crime organizado, declarado inconstitucional na ADI 1.570, porque conferia poder de investigação criminal ao magistrado, portanto a audiência de custódia não poderá prever ato de investigação, ainda que sirva de anteparo para a análise da liberdade, por ser função incompatível com o sistema, restando forçoso concluir que, sendo o caso, caberá à norma prever na fase flagrantial regra mais clara sobre o poder de liberdade do delegado de polícia, consequência da democraticidade do sistema processual penal.

### Condução

Para a doutrina clássica, trata-se de uma etapa da detenção em flagrante. Esse entendimento tradicional inclui a *condução* como uma segunda etapa da detenção em flagrante, após a já mencionada “prisão-captura”, com a qual não concordamos, contudo, por uma questão de ilustração, a colocamos neste tópico para esclarecer o porquê ousamos discordar.

Quem captura uma pessoa que não seja em razão de circunstância flagrantial, seja adulto, criança ou adolescente, comete crime de abuso de autoridade, previsto na Lei 8.069/90, ou de sequestro, razão pela qual a condução é efeito imanente da captura.

Em outras palavras, a condução é efeito, e não o ato em si. É a inteligência dos artigos 299, 684 e 763, todos do CPP. Ademais, a condução é ato de deslocamento coercitivo não somente para capturados pela prática da infração penal em flagrante, como também do ofendido, consoante o artigo 201 do CPP, que assevera que “o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade”.

Para ilustrarmos a ideia, seria o mesmo que dividir a ordem de prisão (*rectius*, detenção) em *mandado de prisão e condução (ao cárcere)*. Ainda que a pessoa não seja conduzida ao cárcere, por já se encontrar presa, por exemplo, a ordem de prisão existe e o mandado de prisão não desaparece por isso nem se torna inválido. Ou seja, o mandado de prisão é uma ordem, e não uma condução. A condução é um efeito, que pode ser necessário ocorrer ou não.

O cumprimento da ordem de pessoa livre tem como corolário lógico a sua respectiva efetividade, qual seja, a sua condução para o cárcere. Alguém que cumpre uma ordem de prisão e não conduz ao encarceramento também comete crime, porquanto desobedece o mandamento.

Em suma: o mandamento, que é uma ordem de autoridade competente, e a condução da pessoa capturada são facetas da mesma moeda, como são a captura para a ordem e o cárcere como resultado da condução. São dimensões de um mesmo ato.

Outro exemplo, para ficar bem claro, é a pessoa que pratica um crime e resolve se entregar, pedindo para que alguém a leve até a delegacia ou telefone para a polícia, comunicando ela mesma a prática criminosa. Nessa circunstância, a pessoa será conduzida, porém não foi capturada, conseqüentemente, não terá se iniciado a detenção em flagrante, por desnaturar a situação flagrantial, razão pela qual

denomina-se de apresentação espontânea e desqualifica-se o instituto do “flagrante delito”.

A condução é o ato de deslocamento. Uma realização meramente mecânica de trasbordo da pessoa de um lugar a outro. Um efeito, e não a causa. Efeito do ato, não o ato. Efeito da captura. A captura, sim, é o ato que compõe a primeira etapa da formalização da lavratura da expressão “auto de prisão em flagrante”.

Assim, alguém que foi capturado, e não conduzido até o delegado de polícia nos crimes comuns, foi sequestrado, o que também desnatura o flagrante, tornando-se este ato uma figura criminosa, praticado, consequentemente, por um criminoso.

### Audiência de apresentação

Após a captura, o capturado é conduzido até o delegado natural<sup>[1]</sup> para que este realize avaliação do conceito analítico do crime e, posteriormente, se seria uma circunstância flagrancial.

Trata-se de um ato complexo por compreender um conjunto de atos dentre os quais o de oitiva do condutor e todas as pessoas relacionadas ao fato, como a(s) vítima(s), testemunha(s), diligências ao local do crime e demais locais necessários, podendo ocorrer ou não arrecadação e apreensão de objetos, requisições de documentos, imagens, vídeos, perícias etc., que corroborem para a prova do ilícito penal e a demonstração da situação flagrancial dos indícios de autoria.

Imperioso ressaltar que essa etapa é responsável pelo delineamento do *fumus commissi delicti*, consubstanciado na prova do ilícito penal *flagrancial* e nos indícios de autoria, como resultado de um processo de cognição sumária ou juízo de probabilidade, idêntico ao juízo de valor realizado para a avaliação de uma medida cautelar.

Chamamos a atenção de que nessa etapa ocorre a documentação ou registro da captura, também chamado de “flagrante delito”, e que se denomina de lavratura do auto de prisão em flagrante.

Nesse momento, poderá ocorrer três variáveis que não ensejarão o encarceramento, quais sejam: a) a existência da prova do ilícito penal, porém sem autoria provável; b) ou a presença desta, porém sem a certeza da existência do crime, como ocorreria em crimes que dependam de exames técnicos, como ocorre comumente em crimes ambientais e contra a ordem tributária; c) e a concessão de medida cautelar de liberdade provisória com fiança ou sem fiança, podendo ser vinculada ou desvinculada.

Nesta etapa há requisitos mínimos para a lavratura desta peça formal, previstos no artigo 304, parágrafo 2º, ao dispor que a “*falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso (rectius, capturado) à autoridade*” (destaque nosso).

Deduz-se dessa redação que basta o depoimento do condutor/capturador, que pode ser qualquer pessoa, agente de segurança ou não, não precisando ser a testemunha ou a vítima para a lavratura do “auto de prisão em flagrante”, o que não significa que haverá o encarceramento, como veremos adiante.

É imperioso destacar que a lavratura do auto de prisão em flagrante por si só não acarreta o encarceramento de forma automática, por força do artigo 304, parágrafo 1º, ao dispor que dependerá do resultado das respostas das oitivas para a comprovação da existência de indícios de autoria (“Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido”) e diligências (artigo 6º, do CPP), para “(…)

---

recolhê-lo à prisão (...)."

O artigo 304 deve ser interpretado em conjunto com o artigo 6º, ambos do CPP, por estarmos diante da lavratura do auto de prisão em flagrante, que também é uma das formas de instauração de uma investigação criminal.

### **Ordem de detenção — nota de culpa**

Outra observação reflexiva a que o leitor deve se ater é quanto à nomenclatura do termo “auto de prisão em flagrante”.

A expressão não é o resultado do ato de prender. É a formalização da captura. Ato de registrar e documentar (artigo 9º do CPP) todas as diligências realizadas, necessárias para se esgotar, ainda que sob uma cognição não exauriente, a avaliação do caso penal levado até o delegado.

Esse conjunto de diligências e oitivas, repetimos, é o que poderá resultar ou não na prova do crime e nos indícios de autoria, que permitirá se concluir ou não por uma ordem de detenção pelo delegado, necessariamente após a etapa do registro e documentação desse ato complexo (como dito em parágrafos anteriores).

Essa afirmativa se dá em razão do que se extrai do artigo 304, parágrafo 1º do CPP, que deixa muito claro a total separação entre o ato de lavratura do “auto de prisão em flagrante” e da ordem de detenção, com seu consequente encarceramento (condução ao cárcere):

“Art. 304, §1º – Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja”.

O delegado está condicionado a “mandar recolhê-lo à prisão” ao resultado das respostas (e diligências), que consubstanciará a “fundada suspeita”, que nada mais é do que os indícios suficientes de autoria e prova da infração penal, salvo hipótese de liberdade provisória desvinculada (livrar-se solto).

Assim não fosse, não haveria denúncia pelo Ministério Público, quando do encaminhamento dos autos do “auto de prisão em flagrante”, como frequentemente ocorre na praxi forense. A denúncia e eventual decretação da prisão preventiva pressupõem indícios de autoria e prova da infração penal.

O encarceramento do detido é efeito da ordem de “recolhimento à prisão”, consequência da prova do crime e dos indícios de autoria (fundada suspeita).

O artigo 304, parágrafo 1º, parte final, deve ser interpretado com o artigo 306, parágrafo 2º, pois se trata de normas que dizem respeito ao capturado, que teve contra ele uma ordem de detenção pelo delegado de polícia, rezando este dispositivo como uma garantia de que os motivos de seu encarceramento sejam lhe passado através da *nota de culpa*, funcionando como um ato motivado e de conteúdo mandamental.

O sistema penitenciário recebe a ordem de recolhimento ao cárcere, obviamente sem questionar a legalidade da detenção. Trata-se de uma ordem, restando somente ao Poder Judiciário o único competente para reanálise da decisão do delegado.

Como se percebe, são três as etapas do instituto do “flagrante delito”: a) captura; b) audiência de apresentação; e c) ordem de detenção.

O nosso Código de Processo Penal trata as expressões como preso, capturado, conduzido e detido de forma indiscriminada e sem nenhum critério técnico, dificultando sobremaneira a interpretação em conjunto com a Constituição, que, por sua vez, também utiliza indiscriminadamente as expressões detenção (artigo 136, parágrafo 3º, III e 139, II) e prisão (artigo 5º, LXI, LXIII e LXIV).

Essa ausência sistêmica, no Brasil, de proteção da pessoa conduzida/capturada, detida e presa contribui para uma interpretação destoante dos escopos trazidos nas decisões da Corte IDH e a máxima efetivação de direitos fundamentais de nossa Constituição, diante de um Código de Processo Penal que proporciona a concentração de poder de liberdade equivocadamente no Judiciário.

Essa hermenêutica internacionalizante da ONU, que buscar uniformizar uma sistemática jurídica universalizante sobre captura (conduzido), detenção e prisão e que integra o sistema de proteção dos direitos humanos da pessoa atingida em seu direito de liberdade, é nada mais, nada menos do que uma tipicidade processual internacional.

A análise esposada pode ser observada como reflexo do “Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, adotado pela Assembleia Geral pela resolução 43/173, de 9 de dezembro de 1988”<sup>[2]</sup>, que faz distinção entre captura, detenção e prisão, tratado ao longo de 39 princípios cujo preâmbulo da resolução começa ocupando-se do conceito de cada uma dessas expressões, que passamos a transcrever.

Para efeitos do conjunto de princípios: a) “captura” designa o ato de deter um indivíduo por suspeita da prática de infração ou por ato de uma autoridade; b) “pessoa detida” designa a pessoa privada de sua liberdade, exceto se o tiver sido em consequência de condenação pela prática de uma infração; c) “pessoa presa” designa a pessoa privada da sua liberdade consequência de condenação pela prática de uma infração; d) “detenção” designa a condição das pessoas detidas nos acima referidos; e) “prisão” designa a condição das pessoas presas nos termos acima referidos.

Como se percebe, não se coaduna mais a vigência de um Código de Processo Penal de 1941 sem uma releitura dialógica com duas normas superiores a ele, qual seja, a Constituição e as normas internacionais de direitos humanos, que, segundo o próprio STF, estão acima das leis, incluindo-se o CPP.

A etapa da audiência de apresentação não deixa de ser a primeira audiência de custódia, na qual não exclui a possibilidade de uma segunda audiência, a toda evidência, quando o delegado não concede a liberdade provisória.

<sup>[1]</sup> BARBOSA, Ruchester Marreiros Barbosa. *Princípio do Delegado Natural*. In HOFFMANN, Henrique et al Investigação Criminal pela Polícia Judiciária. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.

26.

[2] Disponível: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConjPrinProtPesSujQuaForDetPri.html>>. Acesso em: 13/5/2018.

**Date Created**

14/05/2019