

PRISÃO EM FLAGRANTE FEITA PELO POVO

Por Severino Coelho Viana

Ei, pega ladrão!
Ei, pega bandido!
Ei, pega assassínio!
Corra! Chame a polícia!

Nos momentos vexatórios da vida cotidiana, estas frases ditas pelo cidadão comum são equivocadas do ponto de vista jurídico, porque não utiliza o seu poder político, conjugado com a encarnação da cidadania, em cujo edifício rutila a placa da democracia participativa.

Os princípios adotados pela Constituição cidadã, de 05 de outubro de 1988, elevou a **cidadania** como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.ⁱ Não se concebe mais o conceito de cidadania apenas pelo seu exercício político do cidadão, através do voto, pois esta definição tornou-se obsoleta, antiquada e ultrapassada; mas sim, o exercício da cidadania com dignidade humana, que o cidadão seja reconhecido como sujeito de direitos subjetivos nos vários setores da sociedade, como sejam, educacional, cultural, social, econômico, moral e espiritual.

Os princípios constitucionais fundamentais, pelo visto, emanam de natureza variada. Não sendo fácil, pois, fixar-lhes um conceito preciso em um enunciado sintético. Segundo Canotilho: “**constituem-se dos princípios definidores da forma de Estado, dos princípios definidores da estrutura do Estado, dos princípios estruturantes do regime político e dos princípios caracterizadores da forma de governo e da organização política em geral**”.ⁱⁱ

No título dos direitos e garantias fundamentais está inserido o capítulo correspondente aos direitos e deveres individuais e coletivos, estampados no enunciado de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade...ⁱⁱⁱ Assim, preceitua de forma cristalina que o **jus libertatis** é a regra geral; e , as formas de prisão cautelar são a exceção. No âmbito do mesmo capítulo estabelece que ninguém será preso **senão em flagrante delito** ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.^{iv}

O Estado Democrático de Direito pressupõe a existência do regime democrático, com a outorga da legitimidade feita pela sua fonte originária, sendo que, o povo, como a fonte inesgotável do poder, exerce a soberania popular, na condição de uma emanção própria da democracia participativa, atuando eficazmente conforme os ditames constitucionais e as leis infra-constitucionais, exigindo e operando as garantias para o pleno exercício de sua cidadania, que redundará na segurança e na paz da coletividade.

O nosso tema vem alertar e esclarecer os mecanismos que a lei dispõe para o exercício desta cidadania e, o povo, talvez, vivendo no seu estado de acomodação, ou por falta de conhecimento do sistema normativo, ou por omissão como elemento participativo, ou desinteresse na vida coletiva, fica no “no deixa a vida me levar”, ou, então, “deixa como estar, para saber como é que fica”

A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrando o princípio da inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade processual.

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continuam sendo, pacificamente, reconhecidas pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar. Desta forma, permanecem válidas as prisões: em flagrante delito, temporárias, preventiva, por pronúncia e por sentença penal condenatória sem trânsito em julgado.

Por isso, a nossa Constituição no seu artigo 5º, inciso LXI, preceitua que **ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.**

No mesmo título dos direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, inciso XI: **a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial,**

A regra geral de que qualquer pessoa possa ser presa e autuada em flagrante sofre algumas exceções. Não podem ser sujeitos passivos do flagrante: os menores de 18 anos, que são inimputáveis (art. 106 e 207 do Estatuto da Criança e do Adolescente); os diplomatas estrangeiros, em decorrência de tratados e convenções internacionais (art. 1º, I); o Presidente da República (art. 86, § 3º, da CF). podem ser autuados em flagrante delito **apenas nos crimes inafiançáveis** os membros do Congresso Nacional (art. 53, § 1º, da CF), os deputados estaduais (art. 27, § 1º, c/c o art. 53, §1º, da CF); os magistrados (art. 33, II da LOMN) e os membros do Ministério Público (art. 40, III, da LONMP)

E o caso da prisão em flagrante delito posta à disposição do cidadão, porém quase não se tem conhecimento do seu uso, nem a exatidão de sua eficiência, pela própria imobilidade da sociedade.

A nossa lei adjetiva, ou seja, o nosso Código de Processo Penal identifica dois momentos que a prisão em flagrante delito, como uma faculdade

garantidora da vida em sociedade, quando qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito^v. Sentimos, no primeiro momento, a distinção que o comando legal apresenta: a prisão em flagrante posta à disposição do cidadão é uma faculdade, utiliza-se assim quiser, enquanto que aquela destinada a autoridade policial reveste-se de obrigatoriedade, como uma força coercitiva do Estado caracterizada no Estado Democrático de Direito, uma vez que por mais que se queria alcançar a liberdade em sua plenitude, ela sempre será limitada, já que não pode ser livre como o ar e nem transgressora como o vento. Como assim distinguida na Declaração de 1789: **“a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem”**. A liberdade de locomoção constitui o cerne da liberdade da pessoa física no sistema jurídico, abolida que foi a escravidão. Portanto, a liberdade de locomoção no tempo de paz contém o direito de ir e vir (viajar e migrar) e de ficar e permanecer, sem necessidade de autorização. Significa que podem todos locomover-se livremente nas ruas, nas praças, nos lugares públicos, sem temor de serem privados de sua liberdade de locomoção. A outra situação dar-se-á **quando por recaptura do réu evadido** e não depende de prévia ordem judicial, poderá ser efetuada por qualquer pessoa^{vi}. A recaptura do preso evadido no nosso sistema legal vem decorrente de prisão em flagrante delito, prisão preventiva, prisão temporária, prisão por força da sentença de pronúncia ou prisão por condenação penal transitada em julgado, ou, ainda, a prisão civil decretada em casos de devedor de alimentos e depositário infiel, situações estas previstas na Constituição Federal.

A palavra flagrante é derivada do latim: **flagrans, flagratis, (do verbo flagrare)**, queimar, significa ardente, que está em chamas, que arde, que está crepitando. Daí a expressão flagrante delito, para significar o delito, no instante mesmo da sua perpetração, o delito que está sendo cometido, que ainda está ardendo... “o delito surpreendido em plena crepitação”

Como muito bem leciona o mestre, Fernando da Costa Tourinho: **“temos para nós que a prisão em flagrante se justifica como salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria. Se, na flagrância, há manifesta evidência probatória quanto ao fato típico e sua autoria, justifica-se a detenção daquele que é surpreendido cometendo a infração penal, a fim de que a autoridade competente, com presteza, possa constatar a realidade fática, colhendo, sem tardança, prova da infração, seja a parte objecti, seja a parte subjecti”**.^{vii}

A prisão em flagrante delito se delinea nas palavras abalizadas do grande penalista, Júlio Fabbrini Mirabete: **“é um ato administrativo, como deixa antever o artigo 301, do CPP, uma medida cautelar de natureza processual que dispensa ordem escrita e é prevista expressamente pela Constituição Federal (art. 5º, LXI). A norma constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 5º, LVII, da CF) evidentemente não coíbe essa medida acautelatória. Cabe a prisão em flagrante delito não só em relação à prática de crime, em sentido estrito, como de contravenção, aplicando-se também a esta os preceitos do Código de Processo Penal que se referem à prisão em flagrante delito quando da prática de infração penal”**^{viii}

Assim, a possibilidade de se prender alguém em flagrante delito é um sistema de autodefesa da sociedade, derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem pública, tendo também o sentido de salutar providência acautelatória da prova da materialidade e da respectiva autoria.

É necessário fazer uma ligeira distinção: quando se tratar de qualquer do povo, a lei concede apenas uma faculdade de efetuar a prisão, isto é, a faculdade de colaborar com o Estado. Não se exige nenhum dever, é tanto que a lei diz: “qualquer do povo poderá”, exprimindo um **facultas agendi**, cujo uso não acarretará a menor sanção.

Se o sujeito ativo for a autoridade policial ou um de seus agentes, aí sim a lei impõe um dever jurídico. Daí a expressão contida no texto legal: “ e as autoridades policiais e seus agentes deverão”, expressando, de maneira bastante clara, o dever jurídico que têm eles de prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

O não cumprimento desse dever, dependendo do caso concreto, poderá sujeitar a autoridade omissa às sanções de natureza administrativa e, às vezes, às sanções de natureza penal, pois poderá configurar-se o crime de prevaricação

Por todas essas razões, a lei obriga que as autoridades policiais, ou seus agentes, prendam quem se encontre em flagrante delito e permite que o faça o particular, excepcionalmente exercendo, transitoriamente, uma função pública.

O nosso Código de Processo Penal considera as situações de quem se encontra em flagrante delito: **quem está cometendo a infração penal, quem acaba de cometê-la, quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; quem é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papeis que façam presumir ser ele autor da infração**^x.

Segundo a doutrina de Fernando Capez existem três espécies de flagrante delito: a) flagrante próprio; b) flagrante impróprio; e c) flagrante presumido^x.

O **flagrante próprio** (também chamado de propriamente dito, real ou verdadeiro): é aquele em que o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la (art. 302, I e II, do CPP). Nesta última hipótese, devemos interpretar a expressão “**acaba de cometê-la**” de forma restritiva, no sentido de absoluta imediatidade, ou seja, o agente deve ser encontrado imediatamente após o cometimento da infração penal (sem qualquer intervalo de tempo).

O **flagrante impróprio** (também chamado de irreal ou quase flagrante): ocorre quando o agente é perseguido, logo após cometer o ilícito, em situação que faça presumir ser o autor da infração (art. 302, III, do CPP). No caso do flagrante impróprio, a expressão “**logo após**” não tem o mesmo rigor do sentido precedente (“acaba de cometê-la”). Admite um intervalo de tempo maior entre a prática do delito, a apuração dos fatos e o início da perseguição. Assim, “logo após” compreende todo o espaço de tempo necessário para a polícia chegar ao local, colher as provas elucidativas

da ocorrência do delito e dar início à perseguição do autor. Não tem qualquer fundamento a regra popular de **vinte e quatro horas** o prazo entre a hora do crime e a prisão em flagrante, pois, no caso do flagrante impróprio, a perseguição pode levar até dias, desde que ininterrupta.

O **flagrante presumido** (ficto ou assimilado): o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos, papéis que façam presumir ser ele o autor da infração (art. 302, IV, do CPP). Não é necessário que haja perseguição, bastando que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito em situação suspeita. Essa espécie de flagrante usa a expressão “logo depois”, ao invés de “logo após” (somente empregada em flagrante impróprio). Embora ambas as expressões dos incisos III e IV tenham o mesmo significado, a doutrina tem entendido que o “logo depois”, do flagrante presumido comporta um lapso temporal maior do que o “logo após”, do flagrante impróprio.

O formalismo do direito é inquestionável, por qualquer falha na fase procedimental poderá detectar-se uma nulidade ou irregularidade, assim, por via de consequência, gera a liberdade do infrator. Portanto, efetuada a prisão pela autoridade policial ou seus agentes, o primeiro passo é **a lavratura do auto de prisão em flagrante**, termo inicial da instauração do inquérito policial, exigindo que, o preso, ou seja, na linguagem jurídica, o **conduzido**, seja apresentado à autoridade competente (delegado de polícia civil) do local mais próximo onde efetuou-se a prisão, pelo **condutor**, aquele que efetivou a prisão. Deverão estar presentes, no mínimo, duas testemunhas que presenciaram a infração. Se não houver testemunhas presenciais, exigem-se duas testemunhas que tenham presenciado a apresentação do preso à autoridade policial.

A nosso sentir, fundamentado no tema que nos propomos a dissertá-lo, por um motivo de praticidade e de uma lógica racional, entendemos que, a prisão em flagrante delito efetuada por qualquer pessoa do povo, no exercício pleno de sua cidadania, como corolário da democracia participativa e o recruta número um do bem coletivo, não se deve exigir o rigor do formalismo, até mesmo porque o cidadão comum, na sua maioria analfabeto ou semi-analfabeto, sem conhecimento das normais penais processuais, sem o alcance dos deslindes burocráticos, por não se enquadrar na situação de um operador do direito, às vezes, por um simples rigorismo processual termina deixando a sociedade viver o mal da insegurança. Basta, somente, que efetuada a prisão em prisão em flagrante, nas situações determinadas por lei, o cidadão (ou condutor) dá voz de prisão e, acompanhado de duas testemunhas, levar o preso (o conduzido) à presença da autoridade competente.

A democracia participativa requer presença e exige atividade; não basta o sonho de um mundo melhor, não se poetisa a concretude que está diante de suas mãos, e, sobretudo, pelo cumprimento inexorável da lei, valorize-se lutando pela árdua tarefa de construir um mundo de alegria, tranqüilidade e paz!

João Pessoa – Pb, 20 de setembro de 2005.

SEVERINO COELHO VIANA
E-mail – scoelho@globo.com.

Promotor de Justiça

VIANA, Severino Coelho. **Prisão em flagrante feita pelo povo**. Disponível em:
<http://www.pgj.pb.gov.br/site_ceaf/pecas/prisao_em_flagrante_feita_pelo_p.doc>.
Acesso em: 18/07/2006.

ⁱ C.F. – art. 1º, inc. II

ⁱⁱ CF. Direito Constitucional, pág. 8

ⁱⁱⁱ CF, art. 5º, caput,

^{iv} CF, art. 5º, inc. LXI,

^v Código de Processo Penal, art. 301

^{vi} Código de Processo Penal, art. 684

^{vii} Processo Penal, Fernando da Costa Tourinho, Vol. III, pág. 377

^{viii} Código de Processo Penal Interpretado – Atlas, pág. 383

^{ix} Código de Processo Penal – art. 302, incisos I, II, III e IV

^x Curso de Processo Penal, Saraiva – 2ª Ed. Pág. 215/216