

Standard informativo da prisão em flagrante



Segundo lição corrente na doutrina brasileira, incumbe ao delegado de

polícia realizar a primeira análise sobre a proposição fática para a lavratura (ou não) do auto de prisão em flagranteⁱ e, por consequência, à privação (ou não) da liberdade do conduzido.ⁱⁱ

Isso porque nem toda “captura”ⁱⁱⁱ provisória de alguém como suposto autor de um ilícito criminal em flagrante, na perspectiva individual do condutor daquele ato, seja um órgão estatal, seja um ente particular, implica obrigatoriamente lavratura do respectivo auto de prisão pela autoridade responsável. Pelo contrário, em um Estado de Direito, compete ao delegado de polícia examinar, de forma absolutamente rigorosa, se cumpridos todos os requisitos legais exigidos para a regular configuração da hipótese flagrancial no caso concreto,^{iv} independentemente do desejo de vingança de quem quer que seja, ainda que da maioria^v.

Frise-se, portanto, que a prisão em flagrante de qualquer pessoa não pode ser determinada pela autoridade policial como uma espécie de “encarceramento automático” por mera adesão subjetiva quanto à notícia-crime apresentada pelo condutor.^{vi} Indispensável, também neste momento da persecução criminal, um nível de suficiência informativa e valoração racional^{vii} da proposição fática compatível com a gravidade da decisão em jogo.

A questão, em síntese, diz respeito ao *standard* probatório^{viii} ou informativo necessário à lavratura do auto de prisão em flagrante. Trata-se, por conseguinte, de uma (re)leitura do procedimento flagrancial a partir do tipo de raciocínio probatório que se deve exigir da autoridade policial para a devida justificação^{ix} desse ato estatal de privação da liberdade de alguém.



Nesse sentido, o Código de Processo Penal, em seu artigo 304, § 1º, limita-se a estabelecer que, “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”.

De fato, o critério normativo previsto pelo código de 1941 é bastante criticável. No fundo, gira em torno da polêmica “fundada suspeita”, utilizada desde as abordagens policiais e buscas pessoais (art. 244 do CPP)^x até a prisão em flagrante. Um significante absolutamente vago, impreciso e indeterminado, que constitui o fundamento jurídico desse “campo de primazia da discricionariedade policial”, em que os dados empíricos apontam para um significado concreto nos “processos de construção da suspeição” “em torno das noções de raça, gênero, geração e condição socioeconômico-territorial dos indivíduos”.^{xii}

Em que pese antigo julgado do STF no sentido de que “a ‘fundada suspeita’, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos”, sob pena de “referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder”,^{xii} a maioria das agências penais brasileiras continua operando no plano da mera discricionariedade ou pura subjetividade. Nesse viés, aliás, cite-se acórdão do TJSP que reconhece a legalidade de prisão em flagrante a partir de busca pessoal orientada pela “fundada suspeita”, assim entendida como mero “elemento subjetivo” caracterizado pela “desconfiança intuitiva da autoridade policial”.^{xiii}

É justamente na tentativa de reduzir o elevado grau de seletividade e irracionalidade nos processos de criminalização oriundos desse dispositivo^{xiv}, seja no momento específico das abordagens policiais e buscas pessoais, seja na etapa de lavratura do auto de prisão em flagrante, que podem ser úteis os *standards* informativos e probatórios no campo do processo penal.^{xv}

No que toca, de modo específico, ao procedimento da prisão em flagrante, necessário conferir uma interpretação constitucional ao art. 304, § 1º, do CPP, de modo que o nível informativo exigido para a privação da liberdade do conduzido não fique circunscrito a um mero juízo de possibilidade delitiva na visão particular do delegado de polícia.

Pelo contrário, uma articulação democrática possível entre epistemologia investigativa criminal e garantias processuais penais, sempre calcada na presunção de inocência, requer da autoridade policial um grau superior de convencimento racional baseado nos elementos informativos e probatórios reunidos para a justificação da prisão em flagrante de alguém.^{xvi}

Nessa linha, a justa causa, que deveria ser aferida pela autoridade policial no procedimento do flagrante, ^{xvii} remeteria necessariamente a um juízo de probabilidade fundada, e não mera suspeita individual,^{xviii} quanto à proposição fática exigível para esse tipo de decisão prisional. O que, ao invés de um simples jogo de palavras, precisaria ser levado a sério como instrumento para limitar arbitrariedades e fomentar o controle das inferências probatórias (ou informativas)^{xix} realizadas pela autoridade policial na fase pré-processual.

Em que pese a enorme dificuldade, inclusive metodológica^{xx}, na construção de *standards* probatórios (ou informativos) racionais e operativos, esse é um desafio que deve ser enfrentado pela dogmática processual penal brasileira nos projetos de reforma da justiça criminal. Particularmente, por uma teoria crítica, que busque não apenas denunciar abusos, mas criar caminhos possíveis à redução do

autoritarismo crescente nas diversas instâncias do sistema penal.

A superação desse vácuo legislativo, que não é exclusividade nacional,^{xxi} no sentido de prever regras com diferentes graus de suficiência probatória (ou informativa) para cada tipo de decisão tomada ao longo da persecução penal,^{xxii} demanda, no entanto, uma epistemologia garantista^{xxiii} exigente, fundada na presunção de inocência,^{xxiv} como estratégia político-criminal de redução de danos (ou melhor: de dores).^{xxv}

Assim, no caso específico do procedimento flagrancial, a superação do espaço de indeterminação normativa e arbitrariedade concreta decorrente do sistema de “fundada suspeita”, figura como importante mecanismo para a diminuição de injustiças criminais, especialmente a prisão indevida de pessoas inocentes.

Muito embora não seja possível abolir por completo a seletividade estrutural dos processos de criminalização, o estabelecimento de um *standard* objetivo e elevado para a comprovação da proposição fática atinente à prisão em flagrante, compatível com os gravosos efeitos (ou consequências) dessa tomada de decisão pela autoridade policial, serviria à mitigação dos abusos penais com maior tutela das garantias individuais.

ⁱ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 57.

ⁱⁱ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 164.

ⁱⁱⁱ “A captura representa o momento de detenção precária, realizada por um órgão público ou ente particular, daquela pessoa surpreendida em ‘flagrante delito’ (...) Após realizada a prisão-captura, o detido deve ser imediatamente apresentado ao delegado de polícia com atribuição funcional no local da detenção (art. 304, *caput*, do CPP)” (MACHADO, Leonardo Marcondes. *Manual de Inquérito Policial*. 01 ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020, p. 81).

^{iv} Segundo Tales Castelo Branco, “a apresentação do indivíduo à autoridade competente não implica, obrigatoriamente, *lavratura de auto de prisão em flagrante*. Compete à autoridade, examinando o caso exercer verdadeiro ato de julgamento sobre as suas circunstâncias objetivas e subjetivas, para ver se, realmente, o auto deve ser lavrado. A autoridade poderá considerar que não se trata de episódio revestido das características próprias do flagrante, de acordo com a rígida conceituação legal, ou que inexistente fundada suspeita de que o conduzido seja o autor do crime” (BRANCO, Tales Castelo. *Da Prisão em Flagrante*. 04 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 125).

v Nesse viés, sempre oportuna a lembrança de Ferrajoli: “No puede castigarse a un ciudadano sólo porque ello responda a la voluntad o al interés de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o convalidar un error cometido en perjuicio de un ciudadano” (FERRAJOLI, Luigi. *Epistemología Jurídica y Garantismo*. 01 ed. México: Fontamara, 2004, p. 233-234).

vi MACHADO, Leonardo Marcondes. *Manual de Inquérito Policial...*, p. 228.

vii FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

viii Segundo Laudan, um *standard* de prova “– en cualquier ámbito fuera del derecho en que se reclamen las pruebas (incluyendo las ciencias naturales, los ensayos clínicos en la medicina, las matemáticas, los estudios epidemiológicos, etcétera)– tiene la intención de indicar al investigador o aquel que se está cuestionando cuándo está autorizado a considerar algo como probado, esto es, cuándo la relación entre la prueba o las premisas justifica la aceptación de la conclusión como probada para los propósitos pretendidos” (LAUDAN, Larry. Por qué un Estándar de Prueba Subjetivo y Ambiguo no es un Estándar. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, p. 95-113, 2005, p. 104).

ix Com razão, afirmam Berclaz e Morais da Rosa que “a prática teima em mostrar que, de modo geral, não se examina com a técnica e rigor necessário a validade da prisão”, o que se percebe, dentre outras coisas, pela ausência de fundamentação devida no auto de prisão em flagrante (BERCLAZ, Márcio Soares; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Prisões em Flagrante não Motivadas devem ser Anuladas*. São Paulo: Consultor Jurídico, 04 jun. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-04/prisoos-flagrante-fundamentacao-anuladas>>. Acesso em: 26.07.2020. De fato, esse é um problema elementar que, muito embora possa encontrar, em certos casos, explicações culturais e/ou estruturais, típicas de um modelo de hipercriminalização em sociedades periféricas do capitalismo global, deveria ser objeto de maior controle democrático, inclusive quanto ao relaxamento da prisão.

x Art. 244 do CPP. “A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar” / Art. 240, § 2º, do CPP. “Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior”.

xi FREITAS, Felipe da Silva. *Racismo e Polícia: uma discussão sobre mandato policial*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020, p. 159.

xii STF – Primeira Turma – HC 81.305/GO – Rel. Min. Ilmar Galvão – j. em 13.11.2001 – DJ de 22.02.2002, p. 35.

xiii TJSP – Quinta Câmara Criminal – Apelação Criminal 0101898-47.2016.8.26.0050 – Rel. Des. Damião Cogan – j. em -05.02.2019 – DJE de 08.02.2019.

xiv Segundo Michel Foucault, em entrevista conferida à *International Psychoanalytical Association* (IPA) no ano de 1977, pode-se entender por dispositivo “um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma, o dito e o não dito são os elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se pode tecer entre estes elementos” (FOUCAULT, Michel. *Sobre a História da Sexualidade*. In: _____. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2000, p. 244). Já para Agamben, dispositivo, em um sentido literal, indica “qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres vivos. Não somente, portanto, as prisões, os manicômios, o panóptico, as escolas, as confissões, as fábricas, as disciplinas, as medidas jurídicas etc, cuja conexão com o poder é em um certo sentido evidente, mas também a caneta, a escritura, a literatura, a filosofia, a agricultura, o cigarro, a navegação, os computadores, os telefones celulares e – porque não – a linguagem mesma, que é talvez o mais antigo dos dispositivos, em que há milhares e milhares de anos um primata – provavelmente sem dar-se conta das consequências que se seguiriam – teve a inconsciência de se deixar capturar” (AGAMBEN, Giorgio. O que é um dispositivo? *Outra Travessia*, Revista do Programa de Pós-graduação em Literatura da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, n. 05, p. 13, 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/Outra/article/view/12576/11743>>. Acesso em: 11 out. 2018).

xv Nessa linha, a tese sustentada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD em petição submetida à Corte Interamericana de Direitos Humanos requerendo sua admissão para atuar como “*amicus curiae*” no Caso 12.315 – Alberto Fernández Prieto & Carlos Alejandro Tumbeiro vs. Argentina. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/amicus-caso-alberto-fernandez1.pdf>>. Acesso em: 24.07.2020.

xvi “Los estándares de prueba especifican el grado o el nivel de prueba que debe satisfacerse en los diversos tipos de procesos (...) los estándares de prueba *no* deben entenderse como una mera cuestión psicológica de grado de convicción (...), sino como una cuestión principalmente epistemológica, el grado de creencia *avalado por las pruebas*, o la falta de ello” (HAACK, Susan. *El Probabilismo Jurídico: una disensión epistemológica*. In: VÁZQUEZ, Carmen (Org.). *Estándares de Prueba y Prueba Científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 69 e 72).

xvii MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em Flagrante Delito Constitucional*. São Paulo: Salvador: Juspodivm, 2018, p. 243.

xviii Em uma espécie de adaptação “livre” da tese proposta por Matida e Vieira sobre a função dos *standards* probatórios, pode-se dizer que os *standards* informativos, próprios à etapa de investigação preliminar, figuram, dentre outras coisas, como uma estratégia que busca compatibilizar a valoração autônoma (no sentido de não legalmente tarifada) dos elementos informativos e eventualmente probatórios com a necessidade de controlar a racionalidade das decisões proferidas pela autoridade investigante, normalmente representada pelo delegado de polícia (MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antônio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 156, p. 221-248,

2019, p. 227).

[xix](#) FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea. In: PAPAYANNIS, Diego M.; PEREIRA FREDES, Esteban (Org.). *Filosofía del Derecho Privado*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 402.

[xx](#) FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba..., p. 403-420.

[xxi](#) BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 240-241.

[xxii](#) Não seria racional o estabelecimento de *standard* probatório único ao sistema processual penal. Já que diferentes as fases e, por conseguinte, os tipos decisórios ao longo da persecução criminal, o mais lógico seria prever distintos níveis de suficiência informativa ou probatória a depender da espécie de decisão em questão, principalmente no que toca ao grau de afetação a direitos e garantias fundamentais. Assim, v.g., ocorreria entre os momentos fundamentais de construção e acertamento de um caso penal: instauração da investigação preliminar, admissibilidade da acusação e condenação criminal. Também no âmbito das medidas cautelares e pré-cautelares, tanto reais quanto pessoais, bem como nos procedimentos especiais (ex.: decisão de pronúncia no júri) haveria que se estabelecer *standards* probatórios (ou informativos) específicos. O que, apenas nessa breve menção preliminar, já serve para demonstrar a enorme complexidade do tema.

[xxiii](#) FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 04 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 36-37.

[xxiv](#) “(...) um *standard* probatório mais rigoroso para o processo penal é medida fundamental para a efetividade da garantia da presunção de inocência” (NARDELLI, Marcella Mascarenhas. Presunção de Inocência, *Standards* de Prova e Racionalidade das Decisões sobre os Fatos no Processo Penal. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza. (Org.). *Crise no Processo Penal Contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988*. 01 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 291).

[xxv](#) Isso significaria, em tese, ao menos sob o aspecto normativo, um padrão mais elevado para o cerceamento da liberdade de qualquer pessoa nessa fase da persecução penal, a partir de uma visão político-criminal diferenciada de reforço da proteção do estado de inocência. Em sentido contrário, a sustentar uma revisão dos “dispositivos processuais”, inclusive *standards* probatórios em matéria penal, que protegeriam “desproporcionalmente os imputados”, a posição de Aguilera García (AGUILERA GARCÍA, Edgar Ramon. *Derecho Fundamental a la Prueba y Estándares de Suficiencia Probatoria*. *Ius Comitalis*, v. 2, n. 3, p. 182-199, jun. 2019).