

Prisão em flagrante: uma comunicação ou duas?

Marco Aurélio Dutra Aydos
Procurador da República.

1. Introdução do tema.

Em estudo mais abrangente, compreendemos o anteprojeto garantista de reforma do Código de Processo Penal como proposta de *realpolitik* que busca não resolver problemas reais de processo, mas estabelecer um código de disciplina da magistratura (publicado no *blog* marcoaydos.wordpress.com, dias 15/16 de novembro/2010). Nesta comunicação, discuto a adoção pela reforma da pior dentre duas interpretações possíveis para a norma constitucional do art. 5º, XII, que previu como direito e garantia constitucional que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

2. Interpretação superficial da norma do art. 5º, xii, da constituição.

Logo após a vigência da Constituição de 1988, o comando foi interpretado de modo superficial, como se vê, por exemplo, no *habeas corpus* 90.02.24854- 7-RJ/TRF2, em que se lê que “a ação da autoridade é concomitante: ao efetuar a prisão no momento mesmo do ‘apoderamento da pessoa física’, deve ela comunicar o fato ao Juiz. Não há dubiedade nem dificuldade alguma para que seja cumprida a garantia consagrada na Constituição”. Esse entendimento parece sedutor, pois aparentemente daria máxima eficácia ao mandamento constitucional. O juiz das garantias em tese estaria lá onde é necessário, desde o início, para coibir abusos. Mas exame mais detido da norma constitucional e das realidades de fato envolvidas no instituto da prisão em flagrante conduz à conclusão de que essa interpretação não apenas não é correta, como também não é socialmente desejável, porque torna a norma constitucional uma formalidade frívola e causa tumulto, em desfavor do “sentimento de Constituição” – para usar expressão da teoria constitucional de Ayres Britto – que deve acompanhar a normalização dos direitos e garantias constitucionais.

Para fundamentar melhor interpretação dessa norma, adotam-se da hermenêutica tradicional os critérios de interpretação gramatical e lógica, compreendendo nesse termo juízos de natureza e finalidade da norma, coadjuvados pela interpretação histórica da nova redação do art. 306 do CPP.

3. Interpretação gramatical.

Segundo o precedente citado, “imediatamente” significa “concomitante”. Mas se formos ao dicionário, encontraremos o primeiro problema. Imediato não é ao mesmo tempo, é depois de algo. Uma segunda mácula apontada pela interpretação gramatical é o aparente esquecimento de um dos termos da norma: deve-se comunicar não só a prisão, mas o “lugar” onde se encontra o preso. O lugar onde o preso se encontra “preso”, não o lugar onde foi “apoderado fisicamente” ou recebeu voz de prisão. Essa interpretação não passa no primeiro teste, elementar, de hermenêutica.

4. Interpretação lógica.

A Constituição estabelece como garantia do cidadão (civil) só poder ser preso em duas hipóteses: ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial competente ou em flagrante delito. E a Constituição disciplina em caráter abstrato direitos do preso e garantias de legalidade da prisão em flagrante. Mas não disciplina concretamente tempo, modo e atores concretos que serão destinatários de seus comandos na execução de direitos e garantias, o que é normalmente disciplinado em lei ordinária. Como a Constituição não se impõe no tempo sobre vácuo legislativo, a primeira questão a definir é se o instituto da prisão em flagrante, estruturado na lei ordinária, foi recepcionado pela Constituição; em caso positivo, se foi recepcionado integral ou parcialmente. Penso que a recepção foi integral. Até hoje não vi ninguém alegar o contrário, e o que não é discutido, em Direito, é admitido por consenso.

Em seu desenho legal, a prisão em flagrante é conduta comandada ao policial e facultada a qualquer cidadão. A interpretação registrada no precedente invocado diz: “A ação da autoridade é concomitante: ao efetuar a prisão no momento mesmo do ‘apoderamento da pessoa física’, deve ela comunicar o fato ao Juiz”. Essa interpretação é também reprovada pelo exame lógico de confronto com o instituto da prisão em flagrante, porque esqueceu que não é apenas autoridade quem prende em flagrante. Aqui se compreende por que esqueceu o termo “lugar” na norma constitucional. Não é dever prescrito pela Constituição informar ao juiz, por meio informal como telefone, fax ou simples ofício, o local onde alguém recebeu voz de prisão em flagrante, porque nessa comunicação o comunicante não saberia dizer, ainda, o lugar de recolhimento do preso. Até agora, não é possível ler na Constituição que exista o dever de fazer duas comunicações de prisão ao juiz competente. Para prosseguir, podemos formular três perguntas, que relacionam entre si as expressões empregadas na norma:

1. A quem compete comunicar a prisão?
2. Em que momento alguém está tecnicamente “preso em flagrante”?
3. Quanto tempo é “imediatamente”?

Para responder, convém antes atentar para o fato de que o inciso LXII do art. 5º conjuga duas normas, o que orienta alguns rumos da interpretação teleológica (finalidade). Comunicar é dar notícia de algo a alguém. Nessa norma, tanto o algo (prisão, o que é prisão em flagrante, quando alguém está tecnicamente preso em flagrante?) como um alguém (que juiz é competente?) são problemáticos. A tese adotada no precedente de 1990 do TRF2, segundo a qual “não há dubiedade nem dificuldade alguma para que seja cumprida a garantia consagrada na Constituição”, não corresponde à realidade sociológica. Mas mesmo em face de alguma dificuldade, também não é sociologicamente correto que a Constituição tenha sido socialmente ignorada por mais de 20 anos e só agora uma interpretação correta poria ordem ao caos. Para os dois destinatários da comunicação (família do preso e juiz competente), é até possível que o termo “imediatamente” tenha conotações distintas.

A mesma norma dispõe sobre um “direito” e uma “garantia”. A comunicação à família é um direito do preso. A comunicação ao juiz competente é garantia de controle de legalidade da prisão.

5. A comunicação de prisão como direito e como garantia.

Para assegurar o direito, a comunicação à família deve ser feita imediatamente à prisão, mas não imediatamente à apreensão física. Porque a família do preso deve receber a notícia de dois fatos – o segundo é o lugar onde está recolhido. Por natureza, a expressão imediatamente aqui significa um tempo que é mais imediato que a comunicação ao juiz. Se meu filho for preso, eu vou querer deslocar-me imediatamente, seja que hora for do dia ou da noite, de onde estiver, para o local onde ele está. Do juiz competente não se espera que se desloque à delegacia para verificar pessoalmente se, depois de receber voz de prisão, a pessoa conduzida deverá, ou não, ser presa em flagrante. A finalidade da comunicação ao juiz é de natureza distinta, porque o juiz fará “controle” de legalidade. Controle de legalidade do que já se realizou. A comunicação ao juiz competente também será “imediate”, mas não se faz nem naquele primeiro momento de apreensão física do preso, nem no mesmo momento em que se deve dar a comunicação à família.

6. Apreensão física do suspeito de flagrante delito e prisão em flagrante.

Prender alguém em flagrante é dever do policial e faculdade do cidadão. Seria absurdo que a lei concedesse a qualquer do povo direito que não tem condições de exercer. Discernir quem será o destinatário correto da comunicação, para o fim de controle de legalidade da prisão não é, por natureza, ônus ou tarefa do cidadão que exercita a faculdade de prender alguém em flagrante. Para resolver contradição aparente entre o direito de exercer algo e a falta de capacidade para fazê-lo, a solução é 1) conceber que a lei presumiu de todo cidadão razoável conhecimento da lei penal, porque o crime tipificado em lei deve corresponder a um consenso social de que o fato é uma transgressão penal; 2) mas não se deve imaginar que a lei defira ao cidadão direitos que não pode exercer, e parece razoável que nem a Constituição nem a lei exigirão do cidadão comum conhecimento e acompanhamento da interpretação dos tribunais acerca de regras técnicas de competência; 3) logo, a lei confere, ou deve conferir, a alguém tecnicamente habilitado o dever constitucional de comunicar a prisão ao juiz competente, porque é uma questão técnica e porque a lei já confere a alguém qualificado resolver outras questões técnicas envolvendo a tipicidade do fato e a situação de flagrância. Tanto o policial quanto o cidadão comum, assim, podem conduzir alguém – legalmente – em situação suspeita de flagrante delito, e essa situação ser verificada de pronto, pela autoridade que recebe o preso, como “infundada”. Por isso, quem deve fazer a comunicação da prisão ao juiz competente não é nem o particular, nem o policial militar, nem o policial rodoviário, nem o auditor fiscal, mesmo que todos possam realizar a apreensão física de alguém em condição suspeita de flagrante delito. Compete a funcionário qualificado decidir se, no caso, “se imporá” prisão em flagrante. É normal que alguém possa ser conduzido, de boa fé, e o fato não ser criminoso ou já não haver situação de flagrância. Essa deliberação não tem nada que ver com a opção do delegado de polícia de investigar o fato em inquérito e liberar o conduzido, se, após o seu interrogatório, resultar “infundada a suspeita”, situação que a doutrina chama (talvez impropriamente, pois só o juiz pode

“relaxar” o flagrante se a prisão tiver sido ilegal) de “relaxamento do flagrante pela autoridade policial” (NUCCI, 2008, p. 605). Por confundir as duas situações, o comentarista encontra má-formulação no § 1º do art. 304, por não ser “crível que a autoridade policial comece, formalmente, a lavratura do auto de prisão em flagrante, sem certificar-se, antes, pela narrativa oral do condutor, das testemunhas presentes e até mesmo do preso, de que houve, realmente, flagrante de um fato típico” (Id. ibid. p. 605).

7. Em caso de suspeita infundada...

Aqui é oportuno um parêntesis. Que caso excepcional autoriza o delegado a não formalizar um flagrante e deixar o conduzido livrar-se solto para ser investigado em inquérito? Evidentemente não é boa a inovação do anteprojeto garantista, que permite à autoridade policial deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante se convencida de situação excludente de ilicitude (por ex., legítima defesa), como disposto em seu § 6º do art. 540. A fórmula “resultando fundada a suspeita” não deve ser tão má, tanto que foi repetida no anteprojeto. Parece-me que Nucci (2008, p. 605) andou bem em dizer que a hipótese se restringe a dúvida séria quanto à autoria. Só que a dúvida deve ser muito forte e aparecer no curso da formalização do auto, sem que a autoridade julgue a prova. Um exemplo pode esclarecer. Não conheço nenhum caso, preciso inventar: imagine-se que alguém foi preso em flagrante de furto logo após perseguição; imagine-se que, na perseguição, por alguns minutos, se tenha perdido o rastro do autor, para ser encontrado em seguida. Imagine-se que tenha sido conduzido e identificado pelas testemunhas do flagrante. Estaria tudo pronto para o auto de prisão... Imagine-se, porém, que o autor do furto tem um irmão gêmeo idêntico e que, ao ser interrogado, esse irmão diga que não foi ele que furtou, mas seu irmão, que se encontra em determinado lugar, à disposição de quem o quiser perseguir, e inclusive com a *res furtiva* em sua posse. Imagine-se que prove a situação de fato de existir seu irmão gêmeo com o RG de ambos, e que tenha sido identificado o homem errado. Parece-me que seria um caso do chamado impropriamente “relaxamento” pela autoridade policial. Mas o objetivo aqui é apenas distinguir condução em flagrante do suspeito e prisão em flagrante. Outra situação em que alguém pode ser apreendido coercitivamente e levado à presença de autoridade sem que exista prisão em flagrante ocorrerá se o flagrante disser respeito a crime de menor potencial ofensivo.

8. Condução em flagrante e prisão em flagrante – o caso dos crimes de pequeno potencial.

Logo que surgiu a Lei nº 9.099/1995, havia dúvida sobre a possibilidade de apreender “fisicamente” alguém em situação de flagrância de delito de menor potencial para condução coercitiva à presença da autoridade. A melhor inteligência, e razoabilidade, porém, do dispositivo, consolidou-se no sentido de que alguém nessa situação pode receber “voz de prisão” em situação de flagrância e ser “fisicamente apreendido” pela autoridade ou qualquer do povo e conduzido à presença de autoridade; após deliberação inicial sobre tipicidade de crime de menor potencial e flagrância, e resultando fundada aquela suspeita, só não se imporá prisão em flagrante se o autor do fato dirigir-se imediatamente ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer (art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995).

Pode ocorrer que alguém seja apreendido e conduzido em flagrante e conduzido à autoridade sem jamais ter sido preso, de modo que não haverá comunicação alguma, nem à família, nem ao juiz competente. Tampouco se poderá cogitar que aquela apreensão tenha sido inconstitucional, ilegal ou “em segredo”, à revelia do Judiciário. Sem indício de dolo do condutor, não haverá ilegalidade a controlar judicialmente.

Na interpretação do art. 5º, LXII, como “direito”, assim, responde-se às três perguntas formuladas acima que:

1) compete à autoridade policial fazer ou permitir que seja feita notícia à família de que alguém foi preso e do local onde se encontra;

2) a partir do instante em que, em deliberação inicial e informal da situação, o delegado de polícia entender que nesse caso “se imporá prisão em flagrante”;

3) imediatamente, isto é, em seguida a essa deliberação, assim como será razoável aguardar-se, caso se confirme que haverá assistência familiar e/ou de advogado constituído, pela efetiva assistência, sem descuidar do fato de que o tempo já está contando no relógio para que, após formalizado o flagrante, a comunicação de prisão seja encaminhada tempestivamente ao juiz competente.

9. A comunicação de prisão como garantia.

Firmada convicção, pelo delegado, de que a situação é de flagrante delito de crime que não é de menor potencial ofensivo, este comunicará ou mandará comunicar o fato à família, se o preso quiser (o direito é disponível). Aqui a prisão já é prisão, para que se assegure ao preso o direito do art. 5º, LXII, mas pode não ser prisão ainda, para que se exerça o dever funcional correspondente à garantia prevista nesse mesmo dispositivo. Pois ainda pode resultar infundada a suspeita contra o conduzido (situação disciplinada pelo art. 304, § 1º, do CPP), e não haverá auto de prisão em flagrante. A comunicação à família, assim, antecede, por natureza, a comunicação ao juízo competente. Porque o juiz competente exerce controle de legalidade da prisão, evidentemente depois que alguém habilitado, a quem a lei incumbir tal dever, diga que aquela é uma situação de prisão em flagrante e que se imporá prisão em flagrante. Nem a lei, nem a Constituição impuseram ao juiz o dever funcional de deslocar-se até a presença do preso (ao contrário do que ocorre, por natureza, com a família), assim como não cabe ao juiz funcionar como se fosse delegado. Por natureza, não seria conveniente que a comunicação da prisão em flagrante ao juiz competente fosse realizada de modo informal, por telefone, fax ou simples ofício. Mesmo que receba um comunicado desses, o “juiz competente”, diversamente do que ocorre com o pai do conduzido, provavelmente não se deslocará até a prisão para ver pessoalmente o preso. A comunicação informal parece forma de burlar a finalidade da garantia constitucional, pois, pela notícia de que alguém está preso em determinado lugar, não se possibilita ao juiz competente exercer controle de legalidade da prisão. Como a comunicação não se faz desde a apreensão física, nem desde o lugar da “voz de prisão”, não há lugar para a dupla comunicação. Haverá uma só, e tudo recomenda que seja feita com todos os elementos de convicção apurados, que possibilitem ao juiz compreender a situação de fato e relaxar o flagrante se concluir pela ilegalidade. Respondendo às três perguntas formuladas:

1. À autoridade policial responsável pela formalização do flagrante compete comunicar a prisão em flagrante ao juiz competente.

2. A pessoa recebida pela autoridade policial em situação de suspeita de flagrante delito estará presa em flagrante para os fins dessa garantia constitucional, depois que se ultrapassar aquele primeiro juízo de deliberação sobre impor-se ou não se impor prisão em flagrante, depois de ouvido o condutor e testemunhas e interrogado o conduzido; enfim, depois de formalizada a prisão em flagrante em auto de prisão.

3. A comunicação ao juiz competente será feita no prazo de tempo mais ligeiro possível. Quanto pode demorar esse tempo? Precisamos nos socorrer da interpretação histórica da lei ordinária.

10. Interpretação histórica do art. 306 do Código de Processo Penal em sua redação atual.

Quanto tempo pode durar a expressão “imediatamente”, para exercício da garantia de controle de legalidade da prisão? Contrariamente à inteligência do precedente invocado, a expressão é suficientemente aberta para causar a maior variedade de interpretações. Não sem razão, porque já vimos que a mesma palavra pode ter conotação diferente, quer busque amparar um direito, quer vise a assegurar uma garantia. O que mais havia na jurisprudência eram precedentes dizendo o que não era imediato. Essa quantidade de litígios, somada ao aspecto aberto do termo, já dizia por si que a norma constitucional poderia, para sua máxima eficácia, necessitar de disciplina da lei ordinária. Por conta dessa necessidade, foi emendado o art. 306 do CPP, para dispor:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.

§ 1º. Dentro em 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas.

A interpretação da norma processual vigente favorece o entendimento de que o caráter aberto da expressão “imediatamente” da Constituição precisava de disciplina que dissesse até quando essa comunicação ainda poderá ser considerada imediata. Do ponto de vista técnico, sabe-se que o parágrafo delimita, ou interpreta, o *caput*, ou de qualquer modo se refere a ele em relação de pertinência, e não constitui disciplina solta e autônoma, salvo se inicialmente ou no final dispusesse “sem prejuízo do disposto no *caput*”, para esclarecer que a comunicação do *caput* é outra, diferente. Que a lei ordinária não tenha regulado também a comunicação à família é compreensível, pois, para obediência a esse comando, não há maiores problemas interpretativos. Que na comunicação ao juiz competente existiam problemas interpretativos em relação ao “tempo” que se pode esperar para ainda agir imediatamente, é suficiente referir que a jurisprudência está cheia de discussões sobre o que não é “imediato”, Q.E.D.

A origem da atual disposição do art. 306 também confirma essa interpretação. Como se verifica em leitura do anteprojeto e do parecer da Comissão de Constituição e Justiça, o novo texto, emendado ao CPP/1941, tinha por objetivo apenas somar às comunicações obrigatórias mais uma, à Defensoria Pública, caso o preso não tivesse defensor constituído. A emenda de redação que aproveitou a iniciativa para regular, também, tempo e modo de comunicação ao juiz competente partiu de proposta da Associação dos Juizes Federais (AJUFE). Não se dispõe das discussões internas da associação, mas é lícito imaginar que o pleito dos juizes federais buscava 1) uniformizar o entendimento variado da jurisprudência sobre o tempo hábil de comunicação que seria considerado imediatamente; 2) disciplinar “modo” próprio, formal, adequado à finalidade dessa comunicação; 3) interpretar legalmente a norma constitucional, no sentido de que um simples telefonema não pode ser considerado “comunicação” do flagrante para o juiz competente, mesmo que esse seja o modo habitual como se comunica o fato à família.

11. A voz da doutrina.

A interpretação acima deduzida é a que se encontra na doutrina contemporânea, à vista do novo art. 306 do CPP. Guilherme Nucci, que, no meu entendimento, não pode ser considerado comentador “autoritário”, reproduz sinteticamente o caminho que se desenvolveu acima, para chegar à mesma conclusão:

Valeu-se o legislador dos mesmos termos já adotados na Carta Magna. É preciso salientar que tal providência precisa ser efetiva e não meramente formal, vale dizer, a autoridade que lavrar o auto de prisão em flagrante deve, com eficiência e de imediato, comunicar aos familiares indicados pelo preso ou a pessoa de sua confiança, inclusive para, se for o caso, poder ser contratado advogado para acompanhar o ato de formalização da prisão. Lembremos que, quanto à comunicação ao magistrado competente, muito embora o texto constitucional, ora reproduzido no Código de Processo Penal, pareça indicar a comunicação imediata, ou seja, no exato momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, tal não se dá. Observe-se o disposto no § 1º deste artigo, fixando o prazo de 24 horas para que o auto de prisão chegue às mãos do juiz competente. (NUCCI, 2008, p. 607).

12. Conclusão.

Em sentido argumentativo, razões bem deduzidas são provas. O exame das provas permite concluir que não só não está escrito na lei, nem na Constituição, que devem existir duas comunicações da prisão em flagrante em prazo exíguo de horas de diferença uma da outra, como também que modo e tempo, disciplinados em lei ordinária, para que seja eficaz a garantia constitucional, foram regulados no § 1º do art. 306 do CPP em sua redação atual, desde a Lei nº 11.449/2007. A fixação de correta interpretação de critérios de legalidade de prisão em flagrante é matéria de ordem pública, do interesse de todos, inclusive dos conduzidos, mas especialmente de todos os servidores públicos que, cotidianamente, enfrentam, por dever funcional, situações em que devem agir na forma do art. 301 do Código de Processo Penal.

Se meu argumento estiver correto, parece tecnicamente mais fiel à Constituição o atual dispositivo do art. 301 do CPP/1941 do que a modificação pretendida pelo anteprojeto, que institucionaliza o equívoco interpretativo registrado naquele precedente de 1990 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao disciplinar que compete ao juiz das garantias (art. 15, I e II):

Art. 15. I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República; II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543 (relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em preventiva, arbitrar fiança ou conceder liberdade provisória sob compromisso).

O art. 533, por sua vez, limita-se a repetir o inciso LXII do art. 5º da Constituição, como se não competisse à lei ordinária discipliná-lo em concreto. E o art. 541 não deixa dúvidas de que deverá existir duplicidade de comunicados da prisão, em questão de horas, um desde algum lugar e por alguém indefinível (o condutor?), e outro pela autoridade em até 24 horas: “Observado o disposto no art. 533, dentro em 24 horas depois da prisão será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas”.

O estudo pontual de uma das ambições da reforma, mediante confronto com praxe processual de todo dia, permite concluir que o projeto garantista pode contribuir, contrariamente a suas melhores intenções, para a banalização dos direitos e das garantias constitucionais, ou até pior, para a criação de um sentimento que não será de apreço, mas de repulsa à Constituição, porque suas garantias, interpretadas superficialmente, transformam-se em formalidades insensatas. O que prova que bom senso e vontade de progredir na legislação, tentando resolver nossos problemas reais, serão melhor para qualquer reforma do que um “ismo”, que é sempre um pacote ideológico, quer venha embrulhado em papel de jornal, quer venha em folhas de ouro.