

Opinião: Legalidade da prisão em flagrante e validade da prova

09/04/2021

O Código de Processo Penal elenca no artigo 302 os casos que se enquadram como prisão em flagrante delito [1]. Diante de uma dessas situações, *"qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito"* [2].



Com efeito, não custa lembrar, como versa Renato

Brasileiro, que a prisão em flagrante tem os seguintes objetivos: a) evitar a fuga do infrator; b) auxiliar na colheita de elementos informativos; c) impedir a consumação do delito ou seu exaurimento; e d) preservar a integridade física do preso, diante da comoção que alguns crimes provocam na população, evitando-se, assim, possível linchamento [3].

Configurada uma situação de flagrante delito, será realizada a condução coercitiva do autor do fato e lavrado o auto de prisão em flagrante, que será encaminhado, em até 24 horas, ao juiz competente para a análise do caso [4]. Ao receber o auto de prisão, o juiz deverá designar audiência de custódia para aferir a legalidade da prisão e, em caso positivo, verificar se é o caso de conversão em prisão preventiva, medida cautelar diversa da prisão ou concessão da liberdade provisória [5].

Caso se constate que a prisão em flagrante delito foi ilegal, as provas colhidas no momento da medida serão ilegais?

A análise de legalidade da prisão em flagrante não adentra no mérito da atividade delitiva, que será aferido durante a investigação e possível ação penal. Essa verificação de legalidade da medida, de caráter perfunctório, é apenas para analisar a subsunção do caso a uma das situações de flagrante elencadas no artigo 302 do Código de Processo Penal.

Fatos que se enquadram como crime e que resultem em uma prisão em flagrante delito passarão por uma análise inicial da legalidade do flagrante, com base na simples aferição de

adequação em uma das situações legalmente prevista, e por uma posterior aferição profunda, que adentra no mérito do fato propriamente dito, ao longo da persecução penal (investigativa e processual).

A verificação da (i)legalidade de uma prisão em flagrante diz respeito apenas ao enquadramento da situação em uma das hipóteses legais, a justificar o cerceamento da liberdade, sem qualquer tipo de imersão, portanto, acerca da justa causa em derredor do crime, que será analisada durante a persecução penal. A decisão de análise do flagrante é de caráter eminentemente formal, ou seja, de verificação de enquadramento normativo.

Nesse sentido, valiosos são os ensinamentos de Eugênio Pacelli:

"Uma vez relaxada a prisão, a consequência imediata será a soltura do preso, sem a imposição a ele de quaisquer restrições de direitos, uma vez que não se cuida de concessão de liberdade provisória, mas de anulação de ato praticado com violação à lei. A liberdade deverá ser plenamente restituída, tal como ocorre na revogação da preventiva, por ausência dos motivos que justificaram a sua decretação" [6].

Sobre a temática, assim já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. NULIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. CONSEQUENCIA DA ANULAÇÃO DA SENTENÇA. A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE TEM, COMO EFEITO, APENAS A RESTITUIÇÃO DA LIBERDADE DO ACUSADO, NÃO FERINDO A INTEGRIDADE DO INQUERITO POLICIAL. A SENTENÇA CONSIDERADA NULA, POR SUA VEZ, TORNA IMPRESTAVEIS SOMENTE OS ATOS PROCESSUAIS QUE SE LHE SEGUEM. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO QUANTO AO PRIMEIRO PEDIDO, E DENEGADO QUANTO AO SEGUNDO" [7] (Grifo do autor).

Esse posicionamento é totalmente compatível com a natureza da medida, visto que o ato (condução pela ocorrência de um flagrante delito) pode ser realizado por qualquer cidadão, não apenas pelas autoridades, que quase sempre não têm plena ciência das hipóteses normativas de flagrante delito.

Desse modo, eventuais elementos probatórios colhidos durante a medida (condução em razão do flagrante delito) serão totalmente legais, mesmo que a prisão em flagrante seja declarada ilegal em razão de não se adequar a uma das hipóteses legais. Os elementos de prova levantados na ocasião encontram-se, inclusive, entre os deveres da autoridade policial, especificados no artigo 6º do Código de Processo Penal [8], que, entre outras obrigações, determina que a autoridade policial deve *"colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias"*.

Em outro vértice, seria inconcebível a restituição de drogas apreendidas em poder de um flagranteado e/ou devolução de evidências digitais envolvendo crimes sexuais cometidos contra crianças e adolescentes, no caso do reconhecimento de eventual declaração de ilegalidade da prisão em flagrante, numa sistemática processual que deve equacionar a preservação dos direitos e garantias fundamentais dos criminosos e máxima proteção àqueles que estiveram na alça de mira de uma empreitada delitiva.

Assim sendo, não se pode confundir a análise perfunctória do "ato de prender", de caráter formal e restrito ao campo da subsunção/legalidade do ato, com a análise do crime propriamente dita, que engloba, entre outras coisas, as provas colhidas no momento da prisão, que se encontra no campo da obrigação funcional da autoridade policial.

[1] "Artigo 302 – Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração".

[2] Artigo 301 do Código de Processo Penal.

[3] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. Ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1048.

[4] "Artigo 306 – A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública

§2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas".

[5] "Artigo 310 – . Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I – relaxar a prisão ilegal; ou

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do [artigo 312 deste Código](#), e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança

§1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos [incisos I, II ou III do caput](#) do artigo 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos

processuais, sob pena de revogação.

§2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no **caput** deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva" (Grifos do autor).

[6] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 737.

[7] STJ, 6ª T., HC nº 1722/RJ, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, DJ 22/03/1993.

[8] "Artigo 6º - Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

- I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;
- II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;
- III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;
- IV - ouvir o ofendido;
- V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no [Capítulo III do Título VII - deste Livro](#), devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;
- VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;
- VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;
- VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;
- IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.
- X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa".

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-abr-09/opinio-legalidade-prisao-flagrante-validade-prova/>