PRIMEIROS DELINEAMENTOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE NO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO*

EARLY DELIMITATIONS OF THE FLAGRANT ARREST IN THE CONSTITUTIONAL MODEL OF PROCESS

Vinícius Diniz Monteiro de Barros

RESUMO

O atual estágio hermenêutico da ciência processual não dispensa uma aproximação profunda com o constitucionalismo. Por isso, é possível identificar um modelo constitucional de processo, cujos princípios norteiam qualquer procedimento normativo. O instituto cautelar da prisão em flagrante, nestas circunstâncias, merece releitura renovada a partir dos princípios conformadores do modelo constitucional de processo, sobretudo o contraditório. Estudos de direito comparado fornecem elementos importantes para o aperfeiçoamento do sistema processual penal, especialmente no que concerne à participação dos afetados na construção da decisão judicial, aumentando sua legitimidade democrática. Uma análise da Ley de Enjuiciamiento Criminal (lei espanhola de procedimentos penais) traz contribuições nesta perspectiva. A recente reforma procedimental do Código de Processo Penal brasileiro, que exige a comunicação da Defensoria Pública em determinados casos de prisão em flagrante, permite aos necessitados exercer o contraditório, mas precisa vir acompanhada de uma nova concepção de prisão em flagrante, que se justifica apenas em face de critérios de imediatidade e visibilidade de situação delitativa, e nunca como oportunidade para produção de provas.

PALAVRAS-CHAVES: PRISÃO EM FLAGRANTE; MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO; PROCESSO PENAL; DIREITO COMPARADO.

ABSTRACT

The current hermeneutic stage of process science does not relieve a deep approach to constitutionalism. Therefore, it's possible to identify a constitutional model of process, whose principles guide any normative procedure. The institute of flagrant arrest, in these circumstances, deserves a renewed reading based upon the conforming principles of the constitutional model of process, particularly the contradictory. Comparative law studies provide important elements to the development of criminal procedure system, especially regarding the participation of affected people in construction of the judicial

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

decision, increasing its democratic legitimacy. An analysis of the Ley de Enjuiciamiento Criminal (spanish law of criminal procedures) includes contributions to this perspective. The recent procedural change in the brazilian Código de Processo Penal, wich demands communication to the Public Defense Attorney in certain cases of flagrant arrest, allows the handicaped people to exercise the contradictory, but it must be accompanied by a new conception of flagrant arrest, wich is justified only in immediacy and visibility criteria on the criminal situation, and never as an opportunity to produce evidence.

KEYWORDS: FLAGRANT ARREST; CONSTITUTIONAL MODEL OF PROCESS; CRIMINAL PROCEDURE; COMPARATIVE LAW

Introdução

A tarefa de abordar cientificamente institutos jurídico-processuais vem sofrendo significativas mudanças. Antes, quem se propunha a fazê-lo costumava recorrer, logo nas primeiras linhas do trabalho, a conceitos consagrados por uma doutrina imemorial. Seguiam-se, de modo quase inexorável, as citações de artigos de um Código, lidos cautelosamente pelo intérprete, para conferir racionalidade ao sistema jurídico, centrado nas regras infraconstitucionais.

Ainda que nele se identifiquem diversos pontos passíveis de crítica, semelhante método não perdeu, de todo, a valia. Ele não se tornou simplesmente descartável. Entretanto, é forçoso reconhecer que, a partir da promulgação da Constituição de 1988 no Brasil, não há mais espaço para ensaios jurídicos que desconsiderem a primazia das normas constitucionais em relação a qualquer sistema jurídico codificado, cuja função, desde então, é regulamentar, e não esgotar, os institutos afins. A análise constitucional dos temas jurídicos prefere, por assim dizer, todas as demais possíveis.

Atente-se para a circunstância de que regulamentar constitui encargo normativo subordinado, formal e materialmente, às prescrições dispostas nos escalões superiores do ordenamento. Como no topo da hierarquia normativa se situa a Constituição, ela é que fornece os vetores de toda hermenêutica jurídica na contemporaneidade.

O advento do constitucionalismo, comum nas ordens jurídicas ocidentais do século XX, encontra na noção de democracia o complemento epistemológico para a conformação do Estado na atualidade. Segundo Barros, destaca-se a contribuição dos estudos de Habermas para a identificação do chamado paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, na exata medida em que o sujeito de direito se reconhece, ao mesmo tempo, como autor e destinatário da norma jurídica. (BARROS, 2009, p. 13)

Os estudos de direito processual não ficam à margem do constitucionalismo democrático. Ao contrário, o avanço epistemológico da pesquisa jurídica aponta, com

índices crescentes de lucidez científica, para a interdependência entre Constituição, Democracia e Processo. Os legitimados ao Processo, como espaço de discursividade procedimentalizado, têm a prerrogativa de promover a construção democrática da realidade constitucional posta no Texto de 1988 como projeto, influenciando a elaboração justificada de cada ato estatal. Isso significa, em suma, exercício de cidadania por meio do Processo:

(...) Não há, de modo algum, que isentar os operadores jurídicos de sua responsabilidade na realização do projeto constitucional-democrático entre nós. (...) Não podemos nos iludir. A Constituição da República é desafiada a cada decisão que se tome neste País, pois cada decisão pode ser uma reafirmação do projeto que ela vem trazer, ou representar a continuidade de práticas sociais incompatíveis com tal projeto constitucional democrático. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 542-543)

Visto que o Estado Democrático de Direito não é um ponto de chegada, mas um infundável devir, um permanente caminhar, sua efetivação não é possível sem a contribuição do Processo, como linguagem que viabiliza a reconstrução dos fatos a que se pretendem atribuir efeitos (consequências) jurídicos. Além disso, parece óbvio que a aplicação de qualquer modelo (sistema) normativo não decorre imediatamente de previsões textuais abstratas. Em relação às prescrições constitucionais e aos direitos fundamentais não há diferença, sendo imprescindível que entre o texto e a realização jurídica medie um Processo com a finalidade de aplicação das normas^[1].

Com tais considerações, pode-se apresentar a proposta deste ensaio, que se debruça sobre o instituto da *prisão em flagrante* no seio do *modelo constitucional de processo*. Entende-se que, por afetar direito fundamental à liberdade, a prisão não pode ficar à margem do exercício da cidadania por meio do Processo. Em outras palavras, quando o tema é “prisão”, cuja realização a Constituição restringe às hipóteses de flagrante delito e (mediante) ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5.º, LXI), sempre há espaço discursivo-procedimental para o questionamento de seus fundamentos e pressupostos.

A seguir, o presente trabalho incursiona nas noções de contraditório, um dos elementos no modelo constitucional de processo a ser estudado (BARROS, 2009), e colhe do direito comparado (TARUFFO, 2001) contribuição para a conformação do procedimento da prisão em flagrante adequado ao *modelo constitucional de processo*. Como consectário da *perfectibilidade* deste mesmo modelo (ANDOLINA E VIGNERA, 1990), identifica-se avanço na nova redação do art. 306, 1.º, do CPP, dada pela lei n. 11.449/2007.

1. SOBRE UM MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

Visualizando as normas constitucionais em harmonia de enunciados principiológicos e voltadas à proteção dos direitos fundamentais, Barros, na perspectiva constitucional de

processo (ANDOLINA E VIGNERA, 1990), sistematiza uma base coerente e uníssona, a que designa de *modelo constitucional do processo*. Nesse raciocínio, que já representa uma apropriação, para o processo penal da idéia de Andolina e Vignera para o processo civil italiano, a autora inclui a percepção de Fazzalari, de processo como procedimento em contraditório, para qualificar o fenômeno processual constitucionalizado como garantia, e não mais relação jurídica nos termos bülowianos, em que se apóia a escola paulista ou instrumentalista. (BARROS, 2009, p. 13-15)

A inclusão da contribuição teórica de Fazzalari no cognominado modelo constitucional de processo não é fortuita. Baracho ensina que conferir linhagem constitucional ao processo contribui para a proteção e concretização dos direitos fundamentais (BARACHO, 2008, p. 14-15). Recorrendo a Andolina e Vignera, Baracho esclarece, todavia, que, originalmente, a idéia de um modelo constitucional de processo, nos termos da Constituição italiana, consistiu no deslocamento dos princípios gerais do processo civil para o texto constitucional. Por conseguinte, a centralidade da figura do juiz, como responsável isolado pelo exercício da jurisdição, não foi alvo de maiores indagações ou questionamentos; ao contrário, recebeu reforço a partir dessa simples transposição normativa:

O modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional. **No paradigma constitucional do procedimento jurisdicional, assume papel de relevo o juiz.**

[...]

No desenvolvimento dos pressupostos do processo constitucional coloca-se a idoneidade do juiz. Esse modelo constitucional de juiz assenta-se na preparação técnico-profissional do magistrado, como condição necessária a assegurar a probabilidade objetiva e correta do juiz. (BARACHO, 2008, p. 15-16)

Percebe-se, porém, que a atribuição excessiva de poderes à figura do juiz, presumindo-o dotado de “imaginosa liberdade na construção do procedimento, [...] em critérios e ideologias de uma judicatura presunçosamente justa e salvadora” (LEAL, 2009, p. 39), não representa, por si só, incremento democrático das instituições, isto é, não promove qualquer ganho de participação na construção dos provimentos estatais para indivíduos que se reconheçam, a um só tempo, autores e destinatários das normas jurídicas. Nesse sentido, Habermas denuncia que as perspectivas liberal e republicana de sociedade deliberativa têm dependência do Estado, respectivamente como guardião de uma sociedade de mercado e institucionalização autoconsciente de uma comunidade ética (HABERMAS, 1995, p. 115). Então, recorrer ao mítico “Estado-juiz” é incorrer nessa dependência do Estado, seja como liberal, seja como republicano.

A proposta procedimentalista discursiva de Habermas, que recusa o Estado republicanista como um sujeito global teleologicamente orientado, de um lado, e o Estado mecanicista e regulatório de poderes e interesses individuais com inspiração nas leis de mercado (HABERMAS, 1995, p. 117), de outro, preenche a aporia do modelo constitucional de processo desenvolvida, a título incipiente, na Itália (ANDOLINA e

VIGNERA, ANO). De fato, por meio da intersubjetividade discursiva, os cidadãos, em vez de delegar o exercício permanente da democracia a um corpo técnico ou político de indivíduos concursados ou eleitos, assumem papel ativo na construção permanente da racionalidade procedimental estatal.

Entre os vários esforços científicos específicos sobre o processo, Fazzalari é quem oferece a teoria que possibilita o exercício dessa participação ativa do destinatário da norma na autoria do provimento estatal (decisão judicial). Trata-se do processo como procedimento em contraditório. (FAZZALARI, 2006, p. 111-128) Pode-se afirmar que, lidas e interpretadas assim conjunta e complementarmente, as lições de Habermas e Fazzalari embasam a adoção do *modelo constitucional de processo* no Estado Democrático de Direito (LEAL, 2002, p. 114-115).

As implicações da adoção dessa postura científica são significativas. Em primeiro lugar, o processo deixa de ser mero meio, modo, instrumento da jurisdição, entendida como atividade do Estado-juiz, para manipular e justificar seu pretense saber decisório, como se fosse um filtro vivo e permanente das ações e aspirações sociais (DINAMARCO, 2005, p. 130-135 e 149). Em segundo lugar, as partes legitimadas ao processo assumem a responsabilidade de construir, em contraditório, de forma compartilhada, o provimento judicial de que serão alvo. Finalmente, enxerga-se o instituto do processo como garantia de participação popular não apenas vinculado ao cenário da jurisdição, mas também nas demais funções estatais, em especial a legislação e a administração, donde se falar em processos legislativo (DEL NEGRI, 2008) e administrativo.

A noção de *modelo constitucional de processo* deixa transparecer a existência de uma rede fundamental de princípios a informar todas essas modalidades (penal, civil, administrativo, trabalhista, tributário, legislativo). Todavia, ao se especializar nos diferentes segmentos da matéria jurídica, o modelo constitucional adquire diversas *tipologias*, possíveis em razão das características de *expansividade*, *variabilidade* e *perfectibilidade* do modelo em relação aos microssistemas em que se especifica (BARROS, 2009, p. 14).

Vale destacar que a *perfectibilidade* permite ao modelo constitucional de processo abertura para encampar novos institutos e desenvolver, cada vez mais, os direitos fundamentais de cidadania. Neste ensaio, propõem-se encampar no modelo as contribuições do direito comparado no delineamento do instituto da prisão em flagrante.

Também com a idéia de *modelo constitucional de processo* expansível (às demais normas do sistema), variável (para adaptar-se às matérias jurídicas que concretiza) e perfectível (sujeito a incrementos para desenvolver os direitos fundamentais de cidadania), fica sem sentido a divisão, comum na doutrina especializada, entre um processo constitucional e outro infraconstitucional. Todo processo deve adequar-se juridicamente ao modelo constitucionalizado, cuja coerência decorre dos princípios, garantias e institutos que o integram (LEAL, 2009, p. 38). Com tais considerações, Barros, para quem o modelo constitucional de processo reúne os princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação da decisão e do terceiro imparcial, admoesta que a tipologia do processo penal constitucional não pode olvidar, por exemplo, o princípio do estado de inocência, nem as garantias e liberdades dos sujeitos. (BARROS, 2009, p. 16-22)

2. CONTRADITÓRIO COMO ELEMENTO DISTINTIVO DO PROCESSO

A classificação taxionômica do processo como procedimento em contraditório é tributária de Fazzalari, Professor Emérito da Universidade de Roma *La Sapienza*. Fundamentalmente, a proposta de Fazzalari representa efetivo avanço democrático no trato do instituto jurídico do processo, por permitir que os destinatários do ato estatal participem da feitura do ato final da estrutura do procedimento (o provimento), cujos efeitos terão de suportar.

[...] O “processo” é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. (FAZZALARI, 2006, p. 118-119)

Do excerto transcrito se infere a relevância que Fazzalari atribui à possibilidade de as partes, afetadas futuras pelo provimento, influenciarem na tomada de decisão. No entanto, mesmo a progressista idéia de Fazzalari, que supera a definição do processo como relação jurídica, de Von Bülow (FAZZALARI, 2006, p. 120-121), ainda hoje sustentáculo das lições dos instrumentalistas (DINAMARCO, 2005), concede certa proeminência decisória à figura do juiz, como autor do ato final do procedimento (FAZZALARI, 2006, p. 94).

Por isso, o desenvolvimento da teoria do *modelo constitucional de processo* conduziu ao aprofundamento dos ensinamentos de Fazzalari. Hoje, entende-se que o contraditório é o espaço procedimentalizado que garante, em simétrica paridade, a participação dos afetados na construção do provimento, noção que supera em muito o binômio necessidade de informação e possibilidade de reação (BARROS, 2009, p. 17-18).

Os tribunais europeus, a partir de disposições legais dos Códigos de Processo francês, italiano e alemão, constroem a noção de contraditório com duas características principiológicas: a influência e a não-surpresa. A influência significa a prerrogativa de a parte ver consideradas (a favor ou contrariamente) na decisão os argumentos que desenvolveu a propósito do caso reconstruído no processo.

Já a não-surpresa impede que a decisão contenha justificativas para cuja elaboração a parte não concorreu (BARROS, 2009, p. 18-19). Nesse ponto, NUNES explica que o contraditório, “verdadeira garantia da não-surpresa, (...) impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso” (NUNES, 2004, p. 84), evitando que argumentos alheios à dialética defensiva das partes integrem a fundamentação da decisão. A consequência para o descumprimento dos parâmetros fixados pelo contraditório no processo é a invalidade do provimento daí oriundo.

Valendo-se da riqueza do estudo de direito comparado, NUNES ressalta que, na Europa, espria-se grande preocupação com as chamadas “decisões de surpresa” (*Überraschungentscheidungen*), a ponto de a reforma do Código de Processo Civil austríaco, em 2002, alterando a redação do § 182^a, proibi-las expressamente. Na Itália, ainda segundo NUNES, essas decisões são conhecidas como *di terza via*, porque derivam de escolha isolada, não raro arbitrária, do juiz, sem remissão ao que debatido pelas partes (NUNES, 2004, p. 83). Os ordenamentos europeus, em geral, evoluem para imputar invalidade a decisões deste jaez.

Duas evidências teóricas sucedem a noção de contraditório nesses termos. A primeira delas é a perda definitiva de sentido dos brocardos latinos de interpretação jurídica que acolhem a sapiência inata do julgador para proferir decisões acertadas, nomeadamente o *jura novit curia* e o *da mihi factum dabo tibi jus*. Na democracia processual discursiva, o juiz não sabe nem cria o direito, apenas contribui com sua (re)construção, a cada caso que se lhe apresenta, junto às partes e sem ascendência hierárquica ou cognoscitiva sobre elas. Logo, às partes o processo democrático garante discutir amplamente todas as questões envolvidas no processo. Em segunda medida, no que concordam Barros (2009), Brêtas de Carvalho Dias (2004) e André Leal (2002), reconhece-se o enlace definitivo entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais, sem o qual estas carecem de legitimidade, ponto nodal de adequação ao Estado Democrático de Direito.

Na apropriação das lições de Fazzalari para o modelo constitucional de processo penal brasileiro, cumpre fazer mais algumas considerações. A Constituição do Brasil de 1988 estabelece o sistema acusatório de persecução criminal processualizada (art. 129, CRFB). O julgador não é contraditor (FAZZALARI, 2006, p. 122-123) e sua atividade contributiva para a construção do provimento, por expressa disposição constitucional, não pode suplementar a atividade do órgão acusador. Logo, cumpre fazer coro com os pesquisadores que alertam que o modelo constitucional de processo penal brasileiro veda a produção de prova pelo juiz (por todos, BARROS, 2009, p. 29-32), entendimento que não pode ser afastado em nome da busca por uma “verdade real” pré-existente à reconstrução processual. Este aspecto é de suma importância, inclusive, para a fixação da *ratio essendi* da prisão em flagrante no Estado Democrático de Direito, assunto para o próximo item.

Por fim, convém acentuar em que consiste o objeto do contraditório. Nesse aspecto, já se celebrou o ensinamento de Gonçalves, no sentido de que “o contraditório não é o ‘dizer’ e o ‘contradizer’ sobre matéria controvertida [...]” (GONÇALVES, 1992, p. 127). *Contrario sensu*, o mesmo trecho da obra que primeiro trouxe para o Brasil as contribuições de Fazzalari à ciência do processo atesta que as questões são o objeto do contraditório. Repete-se esse esclarecimento para que não se corra o risco de entregar à consciência isolada do julgador qualquer dos aspectos controvertidos sujeitos à reconstrução argumentativa, compartilhada e contraditorial no processo. Assim é que as próprias questões jurídicas precisam ser reconstruídas no processo mediante contraditório, e não descobertas pelo julgador.

“A constatação parece óbvia – para elaborar os próprios temas o processo deve elaborar a si mesmo” (FAZZALARI, 2006, p. 127). A fiscalidade democrática sobre os provimentos estatais, por todos os legitimados ao processo como discursividade procedimentalizada, também tem objeto os próprios marcos ou balizas do procedimento

previsto em lei. Em outras palavras, a principiologia do modelo constitucional de processo penal rege todos os procedimentos legalmente previstos, sejam eles investigatórios, de conhecimento, execução ou cautelares. Não há espaço, pois, para procedimentos penais dissonantes ou à margem do modelo constitucional.

3. A PRISÃO EM FLAGRANTE NO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

No ordenamento jurídico brasileiro, prisão em flagrante é espécie do gênero prisão provisória. As demais espécies de prisão provisória, com previsão legal abstrata no ordenamento brasileiro, e cuja abordagem pormenorizada exorbita a proposta deste ensaio, são a temporária (com regramento geral na Lei 7960/89) e a preventiva (arts. 311 e seguintes do CPP)[2].

Fala-se em provisoriedade da prisão por decorrência do princípio do estado de inocência (art. 5.º, LVII, da CRFB). Já que todos os cidadãos são inocentes em relação a imputações criminais até que transite em julgado contra si sentença penal condenatória, apenas duas hipóteses autorizam a privação da liberdade antes da decisão judicial definitiva (art. 5.º, LXI, da CRFB): estado de flagrante delito e ordem escrita e motivada de autoridade judiciária competente[3].

Essas duas razões de decidir têm função cautelar. A rigor, nenhuma delas excepciona a necessidade de esgotamento prévio do procedimento processualizado para imposição de **pena**. Isto é, como a **prisão cautelar não é pena** e a pena só pode ser aplicada após a desconstituição do estado de inocência (art. 5.º, LVII, da CRFB), a prisão cautelar não configura exceção a esse estado. A prisão cautelar é instituto que autoriza privação de liberdade do cidadão não apenado, mediante procedimento regido, igual e necessariamente, pelo modelo constitucional de processo. Em suma, com a decretação da prisão provisória, fica claro que não se está a aplicar pena, mas a cumprir, por meio da privação de liberdade, função acauteladora do procedimento penal principal.

Diante da garantia constitucional da inafastabilidade do controle dos atos estatais pelo Judiciário (art. 5.º, XXXV, CRFB) e do direito ao Processo (art. 5.º, LIII, LIV e LV, CRFB), que guia e baliza os pronunciamentos judiciais, tampouco a prisão em flagrante dispensa a manifestação de autoridade judiciária competente. Ocorre que a manifestação judicial, nesse caso, é postecipada ao ato material de constrição da liberdade, por razões imperativas da própria situação de flagrância delitiva, a seguir pormenorizadas.

Nunes explica que o contraditório tem dois modos de exercício: preventivo ou *ex ante* e sucessivo ou *ex post*. O primeiro modo é o do genuíno contraditório, que permite o procedimento formativo da decisão; o segundo, excepcional, manifesta-se para a eficácia e o controle da decisão depois de proferida (NUNES, 2004, p. 80). A situação fática da prisão em flagrante, portanto, leva a que se exerça, em relação a ela, o contraditório no modo *ex post*.

De qualquer forma, é importante ter seguro que, mesmo nos casos de flagrante delito, o juízo competente deve ser imediatamente informado para que, após o exercício do contraditório pelos legitimados, homologue, ou não, o cerceamento de liberdade do cidadão.^[4] Isso porque a especificação do *modelo constitucional de processo na tipologia do processo penal* suplica, no delineamento do instituto da prisão, a consideração hermenêutica de todos os princípios constitucionais que estruturam o modelo (contraditório, terceiro imparcial, ampla argumentação, motivação das decisões judiciais, estado de inocência, entre outros). Em especial, impõe-se que a ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente esteja presente em qualquer ato de privação de liberdade da pessoa, quer seja condenatório ou impositivo de pena, ao fim do procedimento, quer seja cautelar, no seu interregno. A fundamentação da decisão, por óbvio, só pode conter argumentos submetidos ao contraditório, no caso, postecipado, sob pena de violar a não-surpresa e a influência contraditórias.

Em tema de prisão, o contraditório legitimador da decisão que a decreta, se provisória, ou homologa, quando decorrente de flagrante, tem notável importância, porque a ordem constitucional brasileira afirmou liberdade e estabeleceu a inocência como efetiva situação jurídica de todo investigado, indiciado ou acusado (OLIVEIRA, 2001, p. 301; OLIVEIRA, 2006, p. 414-415). Em outras palavras, a Constituição do Brasil é explícita ao qualificar juridicamente a liberdade como regra e seu cerceamento, exceção, não obstante a existência de atividade estatal persecutória em curso contra o cidadão (art. 5.º, LIV, LXI e LXV da CRFB).

Disso resulta, como já ressaltado alhures, que a privação da liberdade de qualquer pessoa antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória deve contar com fundamentação de qualidade cautelar (arts. 312 e seguintes do CPP). Logo, não se admite a mera e pura antecipação de cumprimento de pena, ainda que ordenada por autoridade judiciária competente ou veiculada por previsão legal abstrata e inconstitucionalmente generalizante (OLIVEIRA, 2001, p. 321-322).

4. CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO COMPARADO AO DELINEAMENTO DEMOCRÁTICO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Oliveira ensina serem duas as “missões” ou funções da prisão em flagrante no ordenamento jurídico democrático. Uma, impedir que a conduta delituosa gere todos os seus efeitos. Outra, servir de oportunidade ímpar para a colheita de provas e a conseqüente reconstrução processual dos fatos de maneira fiel. Para o autor, ambas as funções devem realizar-se na máxima medida possível e, uma vez cumpridas, esgota-se a razão jurídica autorizadora do cerceamento momentâneo de liberdade individual ambulatória. (OLIVEIRA, 2006, p. 430-431)

Nesse ponto, cumpre discordar da lição de Oliveira. Não há “missões” nem “funções” *a priori* na prisão em flagrante, instituto que só se justifica, no bojo da democracia constitucional, por critérios de *visibilidade* e *imediatez* de condutas supostamente criminosas, cujos efeitos devem ser obstados. Colher provas (outra “missão” da prisão em flagrante, conforme OLIVEIRA) é atividade processual que, como tal, não se pode

realizar sem o suporte do contraditório, da ampla argumentação, do terceiro imparcial e da motivação das decisões judiciais, para dizer o mínimo.

Não é constitucionalmente adequado entregar ao solipsismo da autoridade policial, ministerial ou judicial a atividade produtora de evidências sobre materialidade e autoria do fato a ser reconstruído no processo, porque isso significa tolher os direitos fundamentais de participação do investigado ou acusado na elaboração do provimento estatal cujos efeitos terá de suportar. O uso da prisão em flagrante como meio de produção de provas convalidáveis em juízo acentua o caráter autoritário do processo penal e não se compatibiliza com o *modelo constitucional de processo* ora em exame. Como sugere o subtítulo em desenvolvimento, essa constatação tem o abono dos estudos do direito comparado, em especial nas reflexões comparatísticas de Taruffo.

Ao analisar os aspectos fundamentais do processo civil nos sistemas de *Common Law* e *Civil Law*, Taruffo percebe a desvalia dessa dicotomia para esclarecer as especificidades dos ordenamentos processuais na atualidade (TARUFFO, 2001, p. 45). Propõe, por isso, outra organização comparatística dos sistemas processuais civis, que *cum grano salis* pode ser apropriada também para a caracterização dos sistemas de processo penal. Os sistemas processuais da atualidade seriam, na visão de Taruffo, os estruturais (ou descritivos), os funcionais (ou instrumentalistas) e os supranacionais. Os últimos visam à solução de controvérsias internacionais e à harmonização de ordenamentos processuais entre países com interseções culturais e geográficas. Tem maior importância, contudo, para o presente ensaio o confronto entre os sistemas processuais estruturais e os sistemas processuais funcionais.

Ensina Taruffo que os sistemas processuais estruturais apresentam as seguintes características (TARUFFO, 2001, p. 46-47): a) atuação das garantias fundamentais previstas nas Constituições e nos tratados, especialmente o contraditório e a imparcialidade do juiz; b) “desformalização” e simplificação da estrutura do procedimento; c) atribuição da função de gerente do procedimento ao juiz; d) adoção de esquema procedimental bifásico: d.1) fase de preparação e eventual resolução antecipada da causa e d.2) fase de produção de prova e decisão. Por outro lado, os sistemas processuais funcionais primam por: a) efetividade da tutela processual para proteção eficaz do direito (aspecto teleológico); b) rapidez na resolução de controvérsias; c) adequação específica do procedimento à finalidade da tutela jurisdicional das situações jurídicas.

A partir das lições comparatísticas de Taruffo, percebe-se que o processo penal brasileiro, cujos marcos fundamentais se encontram na Constituição, se amolda ao sistema estrutural, pois prioriza as garantias fundamentais, sobretudo a do contraditório e a da imparcialidade judicial, integrantes do *modelo constitucional de processo* (BARROS, 2009). A quadra histórica em que se vive não permite ignorar nem menosprezar as garantias processuais trazidas pela Constituição de 1988, a bem de uma mítica justiça célere, que se obtém por intermédio do saber decisório autoritário e pretoriano do juiz. De modo objetivo, nunca é demais repetir que o “Processo é **instrumentador** da legitimidade da conduta do juiz e não mais um instrumento servil da Jurisdição” (LEAL, 2009, p. 30).

Por isso, em termos práticos, extrair da prisão em flagrante oportunidade de produção probatória é incluir o sistema processual brasileiro na perspectiva funcionalista

(instrumentalista), priorizando uma tutela jurisdicional eficaz e rápida, mesmo que à custa de direitos fundamentais. A abertura de possibilidade de produção probatória no momento da prisão em flagrante é um ato de fé cega na idoneidade pressuposta de agentes estatais encarregados de combater a criminalidade, que afronta o processo e todas as garantias constitucionais que o conformam. Sem temor de engano, a apologia a uma jurisdição sem processo marca o regresso do direito à mera autoridade (não do monarca, ou do legislador, mas do juiz).

Um exemplo de sistema estrutural (TARUFFO, 2001) de procedimento penal compatível com um *modelo constitucional de processo* (BARROS, 2009) parece dar, em se tratando de prisão, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (o Código de Processo Penal espanhol). Segundo o regramento da Espanha, os envolvidos participam ativamente de todas as fases da investigação e persecução penais[5]. Mesmo na fase investigatória, compete a um juiz de instrução presidir a formação do sumário acusatório[6]. Nessas circunstâncias, logo após ser preso, ao investigado se garante ampla possibilidade de discussão dos motivos ensejadores da prisão.

Da mesma maneira, durante a fase de investigação policial, a concretização de qualquer medida restritiva de direito ou privativa de liberdade do investigado passa, antes, pelo crivo do contraditório entre os legitimados ao processo. Como se vê, a primazia das garantias constitucionais e a configuração de um modelo processual estruturalista (TARUFFO, 2001) informam já a redação da lei processual ordinária na Espanha. Nesse sentido, é importante notar que o executor de medida constritiva de liberdade tem o prazo de vinte e quatro horas para entregar o detido ao juiz de instrução mais próximo, ou liberá-lo, sob pena de responsabilização pessoal.[7] Desde então, aplica-se a regra de intervenção das partes em todas as diligências do procedimento.

A partir do ato de constrição de liberdade fundado exclusivamente em critérios de *visibilidade* e *imediatez* da conduta aparentemente delitiva, a manutenção do preso em flagrante nas dependências do cárcere necessita de nova fundamentação judicial, a indicar motivos cautelares concretos que excepcionem a situação de inocência de qualquer cidadão. Pela conexão entre fundamentação das decisões judiciais e contraditório, aquilata-se a importância que a teoria do processo como procedimento em contraditório tem para a legitimação das decisões que (1) homologam ou (2) mantêm a prisão em flagrante. No primeiro caso, deve-se aferir, em contraditório, a adequação constitucional do ato material de prisão em flagrante enquanto tal, isto é, se ele visou apenas e tão-somente a impedir os efeitos da conduta com aparência de delito; no segundo, sempre de forma compartilhada em simétrica paridade, cabe estabelecer a necessidade de manutenção da prisão provisória a partir das razões cautelares previstas em lei (no Brasil, trata-se dos arts. 312 e seguintes do CPP).

Decerto, o procedimento de inquérito policial no CPP brasileiro ainda dista muito do sistema espanhol, quanto à procedimentalização de garantias constitucionais na fase investigatória da persecução penal. Entretanto, algumas mudanças já se fazem sentir. Eis o caso da nova redação do art. 306, 1.º, do CPP, dada pela lei n. 11.449/2007.

A *perfectibilidade* do modelo constitucional de processo, que influencia o devido processo legislativo na conformação de novos institutos jurídicos, permite enxergar na nova redação do art. 306, § 1.º, do CPP, dada pela lei n. 11.449/2007, um avanço procedimental quanto ao instituto da prisão em flagrante. Dispõe a norma em comento:

Art. 306 [...]

§ 1.º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Desde a prisão em flagrante, ato inaugural da investigação e da persecução penais, é indispensável, no processo democrático e constitucionalizado, propiciar defesa ampla e exercício de contraditório efetivo aos envolvidos, não obstante sua situação econômica. Por isso, ao mencionar a comunicação obrigatória da Defensoria Pública sobre as prisões em flagrante, caso o detido não indique advogado, a nova redação do CPP parece fortalecer os direitos constitucionais à defesa ampla, mediante argumentação técnica, e ao contraditório substancial do preso (art. 5.º, LV, da CRFB), atribuindo a tarefa de guarnecê-los, mesmo fora das hipóteses de hipossuficiência econômica, à Defensoria Pública.

Em outras palavras, diante da tendência reformista dos códigos de procedimentos civis e penais no Brasil, em regra criticadas (BARROS, 2009) por afrontar os direitos e garantias constitucionais do processo, a nova redação do art. 306, § 1.º, *in fine*, do CPP, soa como uma exceção com duas conseqüências acertadas. (1) Abre-se mais um canal participativo indispensável no espaço discursivo do procedimento, em benefício dos direitos fundamentais à ampla defesa, ao contraditório e à isonomia do preso, para construir a decisão que lhe afeta outro direito inalienável – a liberdade; (2) atribui-se à Defensoria Pública, a partir de um conceito amplo de “necessitados”, obtido mediante a releitura procedimental da CRFB (arts. 5.º LXXIV, e 134), o múnus de zelar por tais direitos, em favor dos necessitados a título econômico ou jurídico. Sobretudo, a mudança procedimental em comento deve ser acompanhada pela concepção democrática revisitada de prisão em flagrante, fundada apenas em critérios de *visibilidade* e *imediatez* e incompatível com pretensões estatais de produção probatória neste momento do procedimento, pois, do contrário, subsiste prejuízo incontornável ao princípio do contraditório na reconstrução processualizada do caso.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição do Brasil contém uma rede de princípios, direitos e garantias fundamentais coerentes entre si, que formam o *modelo constitucional de processo*, de acordo com o qual todo procedimento predecessor de ato estatal deve se configurar. Contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões judiciais, terceiro imparcial e estado de inocência são princípios fundamentais da tipologia de processo penal em que se especifica o *modelo constitucional de processo*.

Com a complementariedade de sentidos entre constitucionalismo, democracia e processo, não há lugar para aspirações de legitimidade democrática em

pronunciamentos judiciais quando os destinatários do provimento são privados da processualidade discursiva para construção da decisão, não podendo se reconhecer, simultaneamente, como seus autores. A jurisdição sem processo marca o regresso do direito à mera autoridade.

A prisão em flagrante é instituto jurídico de processo penal que visa a impedir a consecução dos efeitos de condutas com aparência de delito, por critérios de *visibilidade* e *imediatidade*. Ela não é momento especial para colheita ou produção de provas, porque essas atividades se sujeitam ao *modelo constitucional de processo* e a toda a principiologia que o conforma, não estando à mercê da clarividência de agentes públicos (delegado de polícia, membro do Ministério Público, juiz).

Os estudos de direito comparado na contemporaneidade atestam que o sistema processual brasileiro é estrutural, e não funcional (ou instrumentalista), sobretudo porque tem como núcleo a atuação das garantias fundamentais previstas na Constituição. O exemplo do Código de Processo Penal espanhol, que garante o contraditório mesmo no curso de investigações penais, abona a impossibilidade de conferir à prisão em flagrante funções outras, que não a mera necessidade fática de promover a cessação instantânea de conduta aparentemente ilícita. Sequer se cogita de prejuízo para a atividade persecutória estatal quando, nesta reconstrução, se veda a produção probatória unicamente pelo saber do agente estatal (policial, ministerial ou judicial). Isso porque não se pode conceber, diante do modelo constitucional de processo, procedimento de produção probatória à margem dos princípios do contraditório e da ampla argumentação, perante um terceiro imparcial, que decida motivadamente.

A nova redação do art. 306, § 1.º, *in fine*, do CPP refina o procedimento legal da prisão em flagrante, garantindo contraditório e ampla argumentação (defesa técnica) ao preso que, não indicando advogado, se encontra na condição de necessitado jurídico (art. 5.º, LXXIV, e 134 da CRFB).

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. 2.ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANDOLINA, Ítalo. VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: G. Giappichelli, 1990.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)Forma do Processo Penal – comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**. trad. e notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Argumentação jurídica e decisionismo: um ensaio de teoria da interpretação jurídica enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação**. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COHN, Gabriel (org.). **Max Weber: sociologia**. 7ª ed. São Paulo: Ática, 1999.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ESPAÑA. **Ley de Enjuiciamiento Criminal**. Disponível em <<http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.html>>. Acesso em 12/09/09.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. 8^a ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia**. In **Cadernos da Escola do Legislativo**. Vol. 3. Jan./Jun 1995. Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. **A Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo Civil e Sociedade Civil**. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf>>. *Virtuajus*, ano 4, nº 2, dezembro de 2005.

_____. **Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos**. 8ª. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. In Revista Síntese de Direito civil e processual civil. Vol. 29. Doutrina. P. 73-85. 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 6.ª ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **O Supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações**. In SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático – Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TARUFFO, Michele. **Aspetti Fondamentali del Processo Civile de Civil Law e di Common Law**. Revista da Universidade Federal do Paraná. Vol. 36 – 2001. Ano 33. Coleção Acadêmica de Direito. Vol. 34. Belo Horizonte: Síntese, p. 27-48.

[1] Baracho, de modo pioneiro no Brasil, leciona que “o processo constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma *metodologia de garantia dos direitos fundamentais*. Suas instituições estruturais [...] remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais” (grifos acrescidos). (BARACHO, 2008. p. 47). Vale conferir, também sobre a importância do processo na construção e na aplicação normativas, o pensamento de Giorgio Agamben, *verbis*: “[...] No caso do direito, é perfeitamente evidente [...] que a aplicação de uma norma não está de modo algum contida nela e nem pode ser dela deduzida, pois, de outro modo, não haveria necessidade de se criar o imponente edifício do direito processual. Como entre a linguagem e o mundo, também entre norma e sua aplicação não há nenhuma relação interna que permita fazer decorrer diretamente uma da outra.” (AGAMBEN, 2005, p. 62-63)

[2] Com o advento das Leis 11.689/2008, reelaborando o procedimento do tribunal do júri (especialmente a nova redação do art. 413, § 3.º, do CPP), e 11.719/2008, que revogou o art. 594 do CPP, descabe falar, hoje, mesmo em termos abstratos, de uma prisão decorrente de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível.

[3] Por tangenciar temas bastante específicos, as hipóteses de transgressão militar e crime propriamente militar, que também autorizam prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não serão objeto deste trabalho.

[4] Para tanto, há previsão legal até no autoritário CPP do Estado Novo (art. 306, *caput*, do CPP).

[5] [...] Artículo 302.

Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. [...]

[6] [...] Artículo 303.

La formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los Jueces de instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido o demarcación respectiva, y en su defecto a los demás de la misma ciudad o población

cuando en ella hubiere más de uno, y a prevención con ellos o por su delegación, a los Jueces municipales.

[...]

El nombramiento de Juez instructor únicamente podrá recaer en un Magistrado del mismo Tribunal, o en un funcionario del orden judicial en activo servicio de los existentes dentro del territorio de dicho Tribunal. Una vez designado, obrará con jurisdicción propia e independiente. [...]

[\[7\]](#) [...] Artículo 496.

El particular, Autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes arts, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma.

Si demorare la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código Penal , si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas. [...]