

Flagrante e espontânea apresentação do acusado

José Damião Pinheiro Machado Cogan¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Segundo Pontes de Miranda, sempre “fomos, mesmo nos tempos pré-imperiais, essencialmente zelosos de liberdade”.²

Após a partida de D. João VI para Portugal, foi expedido o Decreto de 23 de maio de 1821, referendado pelo Conde dos Arcos, que assim se manifestava:

Vendo que nem a Constituição da Monarquia Portuguesa nem as disposições expressas da Ordenação do Reino, nem mesmo a Lei da Reforma da Justiça de 1582, com todos os outros Alvarás, cartas régias e decretos de meus Augustos Avós, tem podido afirmar de um modo inalterável, como é de direito natural a segurança das pessoas: E constando-me, que alguns Governadores, Juizes Criminaes e Magistrados, violando o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbitrio e antes de culpa formada, pretextando denúncias em segredo, suspeitas veementes ou outros motivos horrosos à humanidade, para impunemente conservar em masmorras, vergados com os pesos de ferros, homens que se congregavam por os bens que lhes oferecera a instituição das Sociedades Civis, o primeiro dos quais é sem dúvida a segurança individual.

E sendo do meu primeiro dever e desempenho de minha palavra o promover o mais austero respeito à lei e antecipar quanto ser possa os benefícios de uma Constituição liberal:

Hei por bem excitar pela maneira mais eficaz e rigorosa a observância da sobremencionada legislação, ampliando-a e ordenando, como por este Decreto ordeno:

1º Que desde sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal de território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinquente. [...]

[...] 4º Que, em caso nenhum, possa alguém ser lançado em segredo ou masmorra estreita, escura ou infecta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para as adoecer, e flagelar, ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões e outros quais ferros inventados para martirizar homens ainda não julgados a sofrer qualquer pena afitiva por sentença final; entendendo-se, todavia, que os juizes e magistrados criminaes

¹ Mestre em Processo Penal pela USP. Professor Decano de Processo Penal da Academia de Polícia Militar do Barro Branco.

² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. p. 129.

poderão conservar por algum tempo em casos gravísimos incomuni-cáveis os delinquentes, contanto que seja em casas arejadas e cômodas, e nunca manietados ou sofrendo qualquer espécie de tormento. 5º Determino, finalmente, que a contravenção legalmente provada, das disposições do presente decreto, seja irremissivelmente punida com perdimento do emprego e inabilidade perpétua para qualquer outro em que haja exercício de jurisdição.³

Segundo Pontes de Miranda, essa foi a nossa “Magna Carta”, que chegou com muito atraso após a Magna Carta inglesa de 1215, obtida pelos nobres do Rei João Sem Terra, na qual alguns direitos fundamentais de liberdade foram resguardados, assim como o direito à inviolabilidade da casa e o instituto do *Habeas Corpus* para apreciação judicial da legalidade de constrangimento ilegal referente ao direito de ir, vir, permanecer e ficar, colocando limites ao poder absolutista até então vigente.

Após a proclamação de nossa independência, a Lei de 30 de agosto de 1828 “declara os casos em que se pode proceder à prisão por crimes, sem culpa formada”, estabelecendo:

Artigo 1º – Só poderão ser presos por crime sem culpa formada:

1 – Os que forem achados em flagrante delicto, entendendo-se presos em flagrante delicto, não só os que se apprehenderem commettendo o delicto, mas também os que se prenderem em fugida, indo em seu seguimento os Officiaes de Justiça, ou quaesquer cidadãos, que presenciasssem o fato, conduzindo-os directamente à presença do Juiz.

Artigo 2º – Nos casos acima mencionados, exceptuando somente o de flagrante delicto, não serão presos os indiciados sem ordem por escrito do Juiz competente, a qual lhe será intimada no acto da prisão, dando-se-lhes por cópia.

Ensina Tostes Malta:

Flagrante vem do latim – fia grans – (ardente, queimante). Fia grare tem a mesma raiz do verbo grego phlegô, ou seja, a do sânscrito – Brang (queimar).

Assim, flagrante delicto significa o delicto ainda queimante, o momento mesmo da perpetração – a plena posse da evidência absoluta, o facto que acaba de commeter-se, que acaba de ser provado, que foi visto e ouvido e, em presença do qual, seria absurdo ou impossível negal-o (Nogent-Saint-Laurents).⁴

³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. p. 123-125.

⁴ MALTA, Tostes. *Flagrante delicto*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 23-24.

Ensina João Mendes Júnior:

A prática da prisão em flagrante delito, desde os primeiros séculos da monarquia portuguesa pode ser apreciada pelo modo de proceder dos quadrilheiros, desde o século XIV, época de sua criação. Essa prática está assim confirmada no Regimento de 12 de março de 1603, além do disposto na Ord. LI, tít. 73:

Serão os ditos quadrilheiros e homens de suas quadrilhas muito diligentes em acudir às voltas e arruídos e insultos com suas armas, e farão de maneira que prendam os culpados; e se logo arruído, ou outro qualquer delito, a que acudir, os não puderem prender, corram após eles apelidando: PREDAM FOÃO DA PARTE D'EL REI; a qual voz sairão todos os da quadrilha, e de quadrilha em quadrilha os seguirão até serem presos; e deixando os culpados de ser presos por sua negligência, serão obrigados a pagar às partes o dano, que receberam, e poderão haver do malfeitor, se fôra prêso.

Este costume era também os dos povos bárbaros que se estabeleceram nos países mais austrais. Quando um crime era cometido, qualquer podia prender o delinqüente; mas se não era preso no momento ou conseguia fugir, a autoridade dava o grito HARO! e o delinqüente era perseguido, a cor et a cri, como diziam os francos; hue and cry, como ainda dizem os ingleses, a gritos e a buzina, de cidade em cidade, de vila em vila, de centúria em centúria, até ser entregue ao juiz.⁵

A expressão HUE AND CRY virou expressão idiomática que significa CLAMOR POR JUSTIÇA.

Anota a exposição de motivos do Código de Processo Penal em vigor:

A prisão em flagrante e a prisão preventiva são definidas com mais latitude do que na legislação em vigor. O clamor público deixa de ser condição necessária para que se equipare ao estado de flagrância o caso em que o criminoso, após a prática do crime, está a fugir. Basta que, vindo de cometer o crime, o fugitivo seja perseguido “pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”: preso em tais circunstâncias, entende-se preso em flagrante delito.

Considera-se, igualmente, em estado de flagrância o indivíduo que, logo em seguida à perpetração do crime, é encontrado “com o instrumento, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser autor da infração”. O interesse da administração da Justiça não pode continuar a ser sacrificado, por obsoletos escrúpulos formalísticos, que redundam em assegurar, por prejuízo da futura ação penal, a afrontosa intangibilidade de criminosos surpreendidos na atualidade ainda palpitante do crime e em circunstâncias que evidenciam sua relação com este.

⁵ MENDES JÚNIOR, João. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. p. 299.

Assim, verifica-se que, para a ocorrência da prisão em flagrante delito, é pressuposto indispensável *que o autor do ilícito ‘seja surpreendido por terceiro’ na prática infracional ou, após sua prática, seja perseguido por esse ou pelo ofendido, ou, ainda seja surpreendido na posse de coisas que façam presumir ser o autor da infração.*

Questão que por vezes gera dúvida consiste na espontânea apresentação do autor do ilícito à autoridade, regra geral, à autoridade policial.

Nesses casos, ensina Basileu Garcia:

A apresentação espontânea do acusado, se não lhe confere a prerrogativa de excluir a custódia preventiva, também não lha acarreta.

Tomando conhecimento da apresentação, a autoridade (via de regra é a policial) consignará o fato em auto ou termo adequado e colherá as declarações do autor da infração penal, instaurando o inquérito, ou nele proseguindo, se já existir. A prisão preventiva, se sobrevier, dar-se-á independentemente do fato da apresentação. “Não existindo, como forma de prisão processual, a resultante de apresentar-se espontaneamente o acusado, este não deverá ser retido senão o tempo suficiente para ser ouvido”. Se a autoridade policial se convencer da conveniência ou cabimento da prisão preventiva, deverá representar nesse sentido, quanto antes, ao juiz competente.⁶

Anota Damásio Evangelista de Jesus quanto aos efeitos da apresentação espontânea: “Tem-se entendido que impede a prisão em flagrante, desde que se trate de infração penal até então ignorada” (Revista dos Tribunais, 491/253 e 482/296). Sobre o assunto, ensina Magalhães Noronha:

Apresentando-se o acusado, nem por isso a autoridade poderá prendê-lo: deverá mandar lavrar o AUTO DE APRESENTAÇÃO, ouvi-lo-á e representará ao Juiz quanto à necessidade de decretar a custódia preventiva, seja facultativa, seja compulsória. Inexiste prisão por apresentação.⁷

Cabe aqui observar que não existe mais hoje a prisão preventiva obrigatória, que se aplicava a crimes cuja pena máxima fosse igual ou superior a dez anos, medida que foi revogada no Código de Processo Penal, em 1969.

Vale lembrar que se não for caso de imediata prisão preventiva por ausência dos requisitos legais e se encontrarem presentes os requisitos previstos no artigo 1º, incisos I, II e III da Lei 7.960/89, que criou a prisão temporária, poderá ser esta medida determinada até colher-se elementos suficientes para o decreto de prisão preventiva.

Anote-se que o artigo 317 do Código de Processo Penal que mencionava “a apresentação do acusado à autoridade não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei a autoriza” foi suprimido do texto legal pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.

⁶ GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. São Paulo: Forense, 1945. v. III, p. 192-193.

⁷ JESUS, Damásio de. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1964. p. 227.

Não passou a existir, portanto, no atual texto do Código de Processo Penal, menção expressa à apresentação espontânea do acusado, mas tal medida continua a existir na doutrina e jurisprudência, mesmo porque o texto legal não isentava de eventual prisão preventiva a mera apresentação espontânea de autor de crime.

Caso tal ocorresse, estar-se-ia deixando uma porta aberta para a impunidade, posto que autores de crimes graves apresentar-se-iam voluntariamente à autoridade policial, ministerial ou judiciária como forma de elidir sua prisão preventiva.

É certo que descabe nessas hipóteses a lavratura de auto de prisão em flagrante mas, como já dito, o autor do delito pode ser preso por outro título, qual seja, prisão preventiva ou prisão temporária.

No mesmo sentido, antigo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo dizia que a principal finalidade da prisão em flagrante é a de evitar a fuga do criminoso. Ora, se este se apresenta, espontaneamente, à autoridade policial, óbvio é que não há lugar para flagrante. Dispõe explicitamente o artigo 317 do Código de Processo Penal que “o indiciado em tais condições, só estará sujeito a prisão preventiva decretada pelo juiz se for o caso” (Revista dos Tribunais 274/106). (Código de Processo Penal anotado, Saraiva, 1918, p. 169).

Assim se tem manifestado a jurisprudência:

Apresentação espontânea do acusado – Notícia de crime levada à polícia pelo próprio autor – Ordem de habeas corpus concedida (Bol. de Jurisprudência da Biblioteca do TJSP, v. 2/44).

Não há como falar-se em flagrante delito quando o agente, depois de haver cometido um crime, apresenta-se espontaneamente à polícia, confessando a prática do mesmo. (Revista dos Tribunais, v. 415, p. 54).

A principal finalidade de prisão em flagrante é a de evitar a fuga do criminoso. Ora, se este se apresenta, espontaneamente, à autoridade policial, óbvio é que não há lugar para flagrante. (Revista dos Tribunais, v. 274, p. 105).

Habeas corpus. Processual penal. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e efetividade da aplicação da lei penal. Ausência de elementos concretos. Constrangimento ilegal. 1. A prisão preventiva não se sustenta quando decretada para garantia da ordem pública fundada no clamor social e na repercussão do crime. Também não a justifica, por conveniência da instrução criminal, a presunção judicial de constrangimento a testemunhas. 2. Fuga e posterior apresentação espontânea. Comportamento expressivo de que a aplicação da lei penal não está ameaçada. Ordem concedida. (STF, HC 91741, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 03/06/2008, DJe-167 DIVULG 04-09-2008 PUBLIC 05-09-2008 EMENT VOL-02331-01 PP-00148)

Prisão em flagrante. Não tem cabimento prender em flagrante o agente que, horas depois do delito, entrega-se a polícia, que o não persegue, e confessa o crime. Ressalvada a hipótese de decretação da custódia preventiva, se presentes os seus pressupostos, concede-se a ordem de habeas corpus, para invalidar o flagrante. (STF, RHC 61442, Relator: Min. FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, julgado em 29/11/1983, DJ 10-02-1984 PP-11016 EMENT VOL-01323-02 PP-00224 RTJ VOL-00108-03 PP-01065).

Assim, sendo a prisão em flagrante disciplinada pelo inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal, que assegura que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de *autoridade judiciária competente*”, salvo nos casos de “transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, diversamente das Constituições anteriores de 1934, 1937, 1946, 1967 e Emenda no 01 de 1969, determinou que somente a *autoridade judiciária competente* poderia decretar prisão em despacho fundamentado. Nas anteriores Constituições mencionadas, a lei falava que seria por despacho da *autoridade competente*, quando então se tinha prisão administrativa prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal, em que o Ministro da Justiça poderia decretar prisão de estrangeiro em situação irregular, de estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional, e o Ministro da Fazenda poderia decretar a prisão dos remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com dinheiro a seu cargo, para compeli-los a cumprir sua obrigação.

A partir da Constituição de 1988, derogado o artigo 319 da prisão administrativa, passou a ser *monopólio do Poder Judiciário* o decreto de prisão, só cabendo ao Juiz sua decretação.

Excepcionalmente, o citado inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal reconheceu a legitimidade da prisão em flagrante, que pelo nosso Código de Processo, em regra, tem o ato de constrição de liberdade lavrado por autoridade administrativa (Delegado de Polícia).

Pela urgência houve manutenção dessa prática, sendo a comunicação imediatamente feita ao Juiz e ao Ministério Público, enviando-se cópia à Defensoria Pública quando o indiciado não indicar defensor, informando-se ainda à família do preso ou pessoa por ele indicada, nas modificações trazidas pela Lei 12.403/2011, nos artigos 306 e seu parágrafo 1º, do Código de Processo Penal.

A comunicação feita ao Ministério Público e à Defensoria tem a finalidade de instruí-los com os elementos constantes nos autos para que requeiram eventual relaxamento da prisão se ilegal, concessão de liberdade provisória, imposição das medidas cautelares, criadas pela lei citada no artigo 319 do Código de Processo Penal, ou o Ministério Público pleiteie o decreto de prisão preventiva, matéria esta que deverá de imediato ser decidida pelo juiz ao tomar conhecimento da comunicação da prisão feita pela autoridade administrativa para referendá-la ou não, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal modificado por citada lei. É certo que o Ministério Público deve manifestar-se antes da decisão judicial, seguindo os princípios processuais vigentes.

Tendo-se em conta o anterior artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que determinava que somente seria mantida a prisão decorrente de flagrante caso se encontrassem presentes os requisitos que autorizassem a prisão preventiva (garantia de ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou asseguramento da aplicação da lei penal), foi ele modificado passando a constituir depois da Lei 12.403/2011, o artigo 321 do Código de Processo Penal, com a seguinte redação:

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

Nota-se que a prisão preventiva, hoje, ao lado de todos os benefícios legais a facilitar a permanência em liberdade do acusado, tornou-se algo a ser decretado com grande parcimônia, o mesmo ocorrendo com a prisão temporária.

A prisão passou a ser exceção, sendo a regra a liberdade.

Incabível, portanto, que em se apresentando o autor do delito perante autoridade, seja o mesmo preso em razão de flagrância, posto que não estará fugindo à sua responsabilidade penal, mas, sim, colaborando com a justiça. Ademais, não estarão presentes os requisitos do artigo 302 com relação ao flagrante delito, que traz ínsita a ideia de o agente ser surpreendido por terceiros.

A prisão decorrente do flagrante não se constitui em sanção efetiva a ser imposta ao acionado, eis que esta somente ocorrerá em decorrência de sentença judicial. Constitui ela mera certeza da evidência infracional e só é mantida quando se encontrarem presentes os requisitos da prisão preventiva.

Anota Hélio Tornaghi que a prisão em flagrante tem tríplice efeito:

[...] I) a exemplaridade: serve de advertência aos maus;

II) a satisfação restitui a tranquilidade aos bons;

III) o prestígio: restaura a confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade.⁸

Assim, apresentando-se o autor do delito à autoridade, inexistentes se encontram os motivos retroenumerados. Tal fato não constituirá fraude à Justiça, posto que restará ao juízo a viabilidade de decretação da prisão preventiva ou temporária para a manutenção da custódia.

Ensina João Mendes Júnior:

As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixadas ao critério das partes ou à discricção dos juizes, a justiça marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfianças e surpresas.⁹ (op. cit., p. 13).

Não é possível, portanto, ante espontânea apresentação à autoridade, que o autor de delito seja preso em flagrante, podendo tão só, *a posteriori*, ser decretada sua custódia preventiva ou temporária.

⁸ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 260.

⁹ MENDES JÚNIOR, João, op. cit., p. 13.