V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

ANDRÉ LEONARDO COPETTI SANTOS

SANTIAGO GARDERES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: André Leonardo Copetti Santos, Santiago Garderes – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-241-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

A associação entre sistemas penais e democracia tem sido um dos objetivos mais duramente perseguidos por juristas, cientistas políticos, sociólogos e filósofos ao longo da ocorrência da modernidade, especialmente porque no espaço simbólico da democracia pretende-se fazer repousar uma espécie de redenção legitimatória das máquinas repressivas modernas. Tal tarefa não se apresenta como algo fácil, pois, parafraseando LaFree, quando se refere à relação entre criminologia e democracia (2003), é possível afirmar, paralelamente, que sistemas penais e democracia podem, a princípio, parecer ser estranhos companheiros de cama.

Arranjos organizacionais civilizatoriamente aceitáveis, dentro de padrões humanisticamente razoáveis, onde a violência do crime e a violência institucionalizada sejam objeto de constante redução, senão até mesmo de eliminação, considerando a criminalidade em constante crescimento e as possíveis respostas do Estado a esse fenômeno, representam um dilema não só para as jovens democracias latino-americanas e de países em desenvolvimento, mas também para democracias ditas consolidadas como a norte-americana. Falhas no sistema de repressão penal estatal supostamente encorajam a realização de ilegalidades e o surgimento de milícias justiceiras; reações excessivas por parte do Estado podem dar a impressão de um retorno a práticas policiais autoritárias e não humanistas. Ambas situações não se constituem como exceções em nosso cotidiano.

O que parece saltar a um primeiro olhar é que as relações entre sistemas penais e democracia não são tão óbvias, e menos evidentes ainda quando se trata de analisarmos essa relação em países como o Brasil, onde, nos últimos trinta anos, taxas indicadoras de criminalidade, por um lado, e de encarceramento, por outro, subiram em ritmos assustadoramente proporcionais, inobstante a retomada de um processo de democratização, cujo principal marco foi a promulgação de uma Constituição que caracterizou a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito.

Há, aqui, indícios de um paradoxo singularizado, em uma face, por um processo de redemocratização e, ao mesmo tempo, em outra, por um aumento exponencial da criminalidade e do encarceramento em massa. Dois exemplos contemporâneos ilustram bem a magnitude desse desconchavo. Nos Estados Unidos, considerado o mais amplo sistema

democrático do mundo e o lugar por excelência das liberdades, no final do ano de 2014, havia um número em torno de 2.217.947 encarcerados em seu sistema penal, perfazendo uma média de 693 presos por 100.000 habitantes (ICPR, 2014); no Brasil, uma incipiente democracia num país em desenvolvimento, o número de homicídios chega a uma cifra ao redor de 60.000 ao ano, enquanto a população carcerária, crescendo assustadoramente nos últimos 20 anos, chegou à casa de 607.7312 presos, numa média de 299,7 presos por 100.00 habitantes (INFOPEN, 2014, p. 15-16). Ao número absoluto de encarcerados, é importante agregar o percentual de crescimento da população carcerária brasileira, a qual chega a uma cifra proporcional de 575% no período compreendido entre 1990 e 2014. Em 1990 tínhamos ao redor de 90.000 presos, enquanto no ano de 2014 ultrapassamos 600.000 encarcerados. Se agregarmos a essa estatística também os indivíduos que têm sua liberdade restringida mediante prisão domiciliar, a situação é ainda mais grave, pois o total da população mantida sob o controle do sistema penal sobe para 711.463 pessoas (CNJ, 2014, p. 4), o que perfaz uma relação de 348,75 indivíduos controlados pelo sistema penal para cada grupo de 100.000 habitantes, considerando-se o total da população brasileira ao redor de 204.000.000 de pessoas.

Tentar modificar esse quadro social e político, onde criminalidade e encarceramento somente aumentam seus números tem se constituído num dos grandes desafios que pesquisadores não só do Brasil e do Uruguai, mas de todo o mundo têm se colocado como primordial em suas tarefas investigativas cotidianas. O CONPEDI não tem se omitido dessa tarefa de buscar um direito penal e um processo penal cada vez mais humanistas e democráticos. Muito pelo contrário. Ao criar os Grupos de Trabalho nos seus já vinte e cinco Encontros Nacionais e cinco Encontros Internacionais, nos quais sempre estão incluídos GTs de Direito Penal e Constituição, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito tem contribuído enormemente para a divulgação e trocas de pesquisas entre os acadêmicos que se ocupam de refletir acerca das atividades repressivas e persecutórias do Estado. Nesse V Encontro Internacional, realizado em Montevidéo, UR, no qual estiveram presente mais de mil participantes, não foi diferente.

A qualidade das pesquisas apresentadas no GT de Direito Penal e Constituição I foram de excelente qualidade, especialmente se considerarmos a atualidade das investigações apresentadas. Assim sendo, temos que destacar que as leituras das investigações apresentadas serão de grande valia para os que trabalham por um Direito Penal cada vez mais adequado aos standarts de ordenamentos jurídicos cada vez mais democráticos de Direito. São elas:

1) A Lei 11.340/2006 e as imunidades penais nos delitos patrimoniais, de Marcela Siqueira Miguens;

2) A prisão em flagrante e a transgressão do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, de Silvia Elena Barreto Saborita e Renata Soares Bonavides;

3) Execução provisória da pena: uma análise crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus nº 126.292/SP, de George Maia Santos;

4) O estado de necessidade desculpante na criminalidade econômica sob a perspectiva da teoria das emoções, de Carlos Luiz de Lima e Naves;

5) O exercício da medicina: uma reflexão à luz do direito penal, de Maria Auxiliadora De Almeida Minahim e Lucas Gabriel Santos Costa.

Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos - PPGD/URI, Santo Ângelo, RS

Prof. Dr. Santiago Garderes - UDELAR, Montevideo, UR

A PRISÃO EM FLAGRANTE E A TRANSGRESSÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

FLAGRANT PRISON AS A VIOLATION OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY

Silvia Elena Barreto Saborita
Renata Soares Bonavides

Resumo

Há casos inúmeros que a lei processual penal obriga o encarceramento provisório de indivíduos que não oferecem perigo algum à sociedade, pela simples e única razão de terem sido autuados em flagrante delito. Aqui se questionará a discricionariedade da autoridade policial ao decidir sobre a necessidade de determinar a segregação provisória da liberdade de quem foi preso em flagrante. Com isso se evitarão prisões desnecessárias e o rompimento do círculo vicioso que retroalimenta a criminalidade. O método científico empregado é o hipotético-dedutivo. O objetivo do estudo é exploratório e explicativo. O procedimento técnico é a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Prisão flagrante, Dignidade da pessoa humana, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

There are numerous cases that the criminal procedural law requires a provisional imprisonment of individuals who offer no danger to society, which only reason that they have been imprisonment is due to a flagrant delicto. There are a question about the discretionary power of the authority to determine the temporary segregation of freedom who was caught red-handed . They will avoid unnecessary arrests and break the vicious circle that feeds back to crime. The method employed on this research is the scientific method hypothetical-deductive. The aim is exploratory and explanatory. The technical procedure is the bibliographical and jurisprudential research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Flagrant prision, Principle of the dignity of human being, Human rights

INTRODUÇÃO

Aqui se investigarão as consequências jurídicas decorrentes de infrações e violações ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana a determinados tipos de prisões em flagrante. Neste trabalho se destacarão inconstitucionalidades de algumas normas processuais que regulamentam este instituto processual penal, notadamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O tema central da pesquisa é a análise da inconstitucionalidade de algumas normas processuais que regulamentam o instituto processual penal da prisão em flagrante, notadamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Há casos inúmeros que a lei processual penal obriga o encarceramento provisório de indivíduos que não oferecem perigo algum à sociedade, pela simples e única razão de terem sido autuados em flagrante delito.

O objetivo central da pesquisa que se fará é verificar, ao lado do seu objeto central, traçar os aspectos mais relevantes em face da discricionariedade da autoridade policial ao decidir sobre a necessidade ou não de determinar a segregação provisória da liberdade de quem foi preso em flagrante. A justificativa é se evitar, a qualquer custo, prisões desnecessárias, bem como romper o círculo vicioso que retroalimenta a criminalidade. A importância é o esvaziamento das prisões em geral, bem como atender o principio da dignidade da pessoa humana, tão fundamental no ordenamento jurídico pátrio.

O método científico empregado é o hipotético-dedutivo e o fenomenológico. O objetivo do estudo é exploratório e explicativo. O procedimento técnico é a pesquisa bibliográfica, documental e estudo de caso.

? 5.6.5 A introdução apresenta a justificativa e a importância da pesquisa?

1 – Direitos transindividuais e dignidade da pessoa humana

Os interesses transindividuais são os que ultrapassam o limite da esfera de direitos e obrigações dos indivíduos. Segundo Hugo Nigro Mazzilli (2016, p.48) são interesses que

excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público.

Os direitos difusos são ainda indivisíveis, não havendo como cindi-los, tendo como titulares pessoas indeterminadas. Segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2009, p.5) os direitos difusos são "uma espécie de comunhão, tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade".

Há interesses difusos cuja abrangência é de tal modo significativa que chega a coincidir com o que se considera interesse coletivo. Nesse sentido, pode-se citar a segurança pública como nítido exemplo de interesse difuso que coincide com o interesse público. Ele é transindividual ou metaindividual, sua natureza é indivisível e seus titulares são indeterminados, conectados por circunstância fática determinada.

Em ação civil pública impetrada pelo Ministério Público do Recife (), este veio a aduzir que "A segurança pública, é um Direito Difuso, inerente à toda Coletividade, pois, transindividual e indivisível [...] cujo exercício depende da atividade ou ação de órgãos dotados de "competências" próprias, os quais prestam serviço público, de segurança pública."

Neste sentido, as competências constitucionais outorgaram aos diversos entes federativos no sentido de que cada qual cumpra determinado mister. A segurança pública pode estar difundida em diversos níveis de segurança. A que aqui se enfoca está conectada à segurança pública que impeça ou minimize a crescente onda criminal que grassa em toda parte do território. Neste sentido, seu cumprimento é certamente a viabilidade de se estabelecer um bom nível de vida para toda a coletividade.

Ainda que haja este entendimento, a interpretação e aplicação de algumas normas processuais pelos agentes responsáveis pela sua interpretação, sobretudo os magistrados, contribuem com o aumento da insegurança pública. Isto pelo fato de certas regras jurídicas gerarem restrições desnecessárias a indivíduos, forçando-os a conviverem no depauperado sistema carcerário brasileiro.

2 – A Constituição Federal brasileira e a dignidade da pessoa humana

Entre os direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição Federal, que compõem o piso vital mínimo da vida digna e necessários a uma vida com qualidade, destaca-se o direito à segurança, por ser este realmente fundamental à existência e desenvolvimento humano. Revela-se como necessidade social básica, identificando-se com a ideia de proteção, notadamente, proteção do ser humano. Trata-se, em realidade, do conjunto de ações estatais a partir das quais é possível resguardar a pessoa humana da intranquilidade gerada pelas infrações penais.

Esta preocupação envolve tanto o conjunto de políticas públicas destinadas a não ocorrência de infrações penais, como também a atuação estatal voltada à apuração e punição dos responsáveis por aquelas. Entretanto, todas elas devem se amoldar ao que estabelece o texto constitucional e leis vigentes

A preocupação em se estabelecer na sociedade clima em que reina a tranquilidade e a paz social, livre de instabilidade gerada pelas infrações penais, justifica-se por conta da necessidade em se assegurar o desenvolvimento da pessoa humana, decorrência do principio que leva o mesmo nome. Nas palavras de GILMAR MENDES et al (2011, p. 162) não é exato sempre afirmar em universalidade quanto ao polo passivo das relações jurídicas que envolvem os direitos fundamentais. Há casos em que se discute se determinado direito tem apenas o poder público é o único obrigado em assegurar. Tem direitos que, pela natureza, apenas podem ter por obrigado o Estado.

A real dimensão da relevância da segurança pública para o bem-estar do ser humano evidencia-se nas ocasiões em que ataques criminosos são perpetrados por organizações criminosas ou outros agentes, impedindo que seus habitantes exerçam regularmente suas atividades. Nesses casos, como a força é controlada pelo poder público, como atividade típica do Estado, sem possibilidade de delegação, não há como negar sua exclusiva responsabilidade nessa seara.

Na ânsia de buscar soluções imediatas para a criminalidade, a população é levada a crer de forma equivocada que a adoção de medidas mais duras, penas mais severas, entre outros agravamentos impostos aos que praticam condutas antissociais seriam medidas próprias a serem tomadas para combater esse estado de desordem e viabilizar a paz social.

A defesa social passa a ser entendida como a proteção absoluta da sociedade contra o crime, na medida em que ela é obtida por meio de repressão vigorosa das infrações cometidas, por meio de atos coercitivos e também outras possibilidades legalmente previstas para essa finalidade. Este enfoque conduz, aliás, naturalmente a crer que a segurança coletiva é indispensável para o desfrute da liberdade individual e os demais direitos decorrentes. Considera-se que todas as medidas necessárias à proteção da sociedade são justificáveis para que os indivíduos possam livremente circular com segurança e incolumidade.

A segurança coletiva, influenciada pelos princípios fundamentais que constituem o Estado Democrático de Direito, não pode manter a noção de proteção exclusiva da sociedade, pois tem por finalidade tanto proteger a sociedade como também o delinquente, assegurando-lhe tratamento adequado às suas peculiaridades individuais, visando sua reinserção na coletividade. A nova defesa social deve necessariamente promover ações de ressocialização, através da humanização do direito processual penal.

Um dos principais pilares da dignidade, nas palavras de CORRÊA DE ANDRADE (2008) é a liberdade. Essa liberdade, em sua concepção mais ampla, viabiliza o pleno exercício humano de seus correspondentes direitos existenciais. Não se trata da liberdade interior, para realizar escolhas, elaborar planos ou mesmo projetos de vida. Liberdade exige responsabilidade social, porque sem ela constitui simples capricho.

A plenitude do exercício da liberdade pressupõe a existência de condições materiais mínimas capazes de assegurar seu exercício. O conceito de dignidade, por ser complexo, torna dificultosa a determinação do seu conteúdo. Contudo, não se pode afirmar que o conceito de dignidade é algo que não pode ser definido abstratamente, mas apenas em concreto, à luz de um determinado ordenamento jurídico. Correta está a posição do autor ao afirmar que o princípio da dignidade independe, para a produção de efeitos jurídicos, de inclusão expressa em texto normativo (Idem).

Nesse sentido, a atuação do Estado na preservação da segurança pública, seja por meio de ações positivadas de maneira discricionária ou vinculada, pelo poder de polícia ou mesmo por meio do processo penal, é visto como condição eficiente para a manutenção da paz social e da convivência harmoniosa dos indivíduos em sociedade. Destarte, todos os entes federativos

podem produzir situações em que a incolumidade pública seja assegurada. Isso pode inclusive advir de políticas públicas, atos normativos e leis a serem observados como fórmulas seguras para essa manutenção.

3 – Medidas prisionais impostas pelo Estado.

A dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional, possui eficácia normativa estabelecida no próprio texto constitucional (art. 5º, Parágrafos 1º e 2º). Ainda que possua esta eficácia normativa não há jurisprudência abundante nessa matéria, sobretudo pelo fato dos operadores do Direito nacional terem restrições quanto à aplicação de princípios, como é o caso em análise.

Como orientação da Cúpula Suprema, o poder de polícia, a ser empregado apenas nas hipóteses em que a autoridade que o aplique seja competência e dentro dos limites fixados em lei, não poderia ser confundido com segurança pública, conforme orienta decisão do próprio STF (Recurso Extraordinário 658.570). A segurança pública viabiliza a adoção de medidas que acarretam encarceramento.

Não obstante se tenha um quadro em que a segurança pública seja fundamental, o encarceramento em alguns casos produz efeitos manifestamente contrários. Isso porque a superlotação do sistema carcerário gera efeitos opostos ao que se imagina. Não reeduca o condenado. Ao revés. Traz-lhe novas oportunidades para despertar ainda mais sua propensão criminal.

Nesse sentido, como afronta aos direitos fundamentais, o encarceramento de condenados por crimes determinados tem efeitos contrários ao que se suporia, isso porque acaba por possibilitar e incentivar a articulação e organização dos que lá são inseridos.

A demanda social de segurança não pode justificar a submissão dos cidadãos ao controle absoluto do Estado, pois o desejo de punição atua somente no campo simbólico, não se traduzindo em efetiva diminuição da criminalidade.

Importante o que infere o juiz Erivaldo Ribeiro dos Santos, responsável pela coordenação dos mutirões carcerários do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Em entrevista concedida ao

periódico “O Estado de São Paulo”, em 15 de agosto de 2009, destacou, com grande propriedade, quais são as principais injustiças ocorridas em nosso sistema processual penal. Pela importância do tema transcreve-se parte dela, destacando abaixo a resposta a duas questões: a) onde o sistema falha? b) é possível identificar os culpados?

> “A polícia prende, lavra o auto de prisão em flagrante e remete para o juiz, para o promotor, para a defensoria e comunica à família. O juiz ao receber o auto e, verificando que a prisão é ilegal, relaxa imediatamente o flagrante. Mas **o juiz adquire o hábito de manter a prisão**. Aí ele espera a denúncia do Ministério Público. Depois que a recebe, instrui o processo e leva a julgamento para condenar ou absolver. O que verificamos? A prisão é mantida pelo juiz e o processo fica dormitando na secretaria ou no cartório. São casos emblemáticos. Muitos inquéritos não são concluídos, demoram anos sem conclusão, sendo que a lei diz que isso deve ser feito em dez dias. O Ministério Público passa anos para oferecer a denúncia. Quando a denúncia é recebida, há falhas do juiz, que não instrui o processo e a pessoa continua presa. Depois, são anos esperando o julgamento. E a pessoa continua presa. Não dá para atribuir culpa a um órgão apenas do sistema. Nenhum é solitariamente responsável. É uma falha sistêmica. É lugar comum hoje o discurso de que rico não vai preso ou se é preso é rapidamente liberado. Por que isso? A lei é diferente? Não, ela é igual para todos. Mas nós temos um sistema de defesa que funciona para quem tem dinheiro para pagar. Os advogados criminalistas e especializados na área não deixam essas falhas acontecerem. As defensorias públicas, às vezes, não têm estrutura para o primeiro embate no processo, que é o pedido de relaxamento da prisão. Diante de uma situação como essa, o réu está indefeso.”

Os fatos demonstram, portanto, que a prisão não tem se mostrado como medida adequada à consecução de segurança pública, tendo em vista que no interior dos presídios ações criminosas são comandadas gerando ações que efetivamente causam maiores lesões ao corpo social. Observa-se que a justiça nem chega de forma igual aos que não possuem recursos para pagar seu próprio defensor. Ademais, demora a agir. Mantém preso réu que, no cárcere, recebe instruções que lhe trazem instruções ainda mais desfavoráveis ao seu caráter já combalido.

O Estado deve necessariamente atuar no sentido de promover a segurança pública da sociedade, adotando medidas que minimizem a crescente onda de criminalidade que impera nas cidades, cumprindo o desiderato constitucional que determina ao Poder Público que propicie uma sadia qualidade de vida a toda coletividade.

4 – Discricionariedade nas hipóteses de flagrante

O artigo 5º, inc. LXI que prevê expressamente que ninguém será preso a não ser 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

A Constituição prevê de forma excepcional as hipóteses em que a liberdade pode ser suprimida sem estar comprovada a sua culpa do agente: a) Por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária; b) Flagrante delito; c) Transgressão militar ou crime propriamente militar.

Afora essas hipótese também há possibilidade de prisão nos casos de transgressão militar ou crimes propriamente militares - espécies de prisão disciplinar. Estas não serão analisadas em neste estudo, em virtude de apresentarem características singulares que não se aplicam ao cidadão comum, sendo desnecessária a compreensão desses institutos. Destarte se analisa apenas as duas possibilidades previstas, que autorizam a supressão da liberdade individual.

A Constituição Federal autoriza a restrição da liberdade individual antes de uma sentença penal condenatória irrecorrível somente em razão de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Quis com isso conferir apenas ao Poder Judiciário a possibilidade de expedir ordens escritas que cerceiam este direito, por entender que a liberdade é um direito fundamental do homem, devendo haver regras rígidas impedindo que outras autoridades possam suprimir tão importante direito.

As razões de serem previstas tais regras decorrem da própria definição de liberdade. Sob o escólio de José Afonso da Silva (2005, p.232) tem se que "[...]a liberdade consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral. Daí se conclui que toda lei que limita a liberdade precisa ser normal, moral e legítima, no sentido de que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe."

Com o objetivo de que apenas diante de uma lei normal, legítima e moral possa alguém ter seu direito à liberdade suprimida, a Constituição conferiu ao órgão responsável de aplicar o direito e defender os direitos fundamentais do homem a competência para expedir ordens de prisão, não sendo mais possível que autoridades administrativas efetivem esses atos. Embora

as prisões administrativas tenham sido recepcionadas pela nossa Constituição, apenas o Poder Judiciário poderá expedi-las.

O Constituinte desejou conferir considerável proteção ao direito de liberdade individual. Atribuiu ao mencionado órgão responsável para aferir a legalidade ou ilegalidade de uma prisão, garantias constitucionais para que possa interpretar e aplicar o direito de forma justa e imparcial, livre de qualquer coação e ingerência política. Entretanto, não as conferiu aos membros do Executivo responsáveis por igual proteção.

Cumpre ainda sublinhar que este tratamento diferenciado causou problemas interpretativos, pois inviabilizou a intervenção funcional daquela outra autoridade responsável pela restrição da liberdade de alguém.[1]

Certamente esta é a razão pela qual tanto a doutrina quanto a jurisprudência não consideram o interregno de tempo transcorrido entre a data da segregação provisória de alguém, decorrente da prisão em flagrante, e a análise desta prisão pela autoridade judiciária como uma verdadeira prisão cautelar.

A principal forma de prisão prevista constitucionalmente pela qual alguém pode ter sua liberdade restringida é a hipótese de **flagrante delito**. Na verdade esta forma é a responsável pelo maior número de prisões perpetradas pelas autoridades brasileiras. Em contrapartida, as prisões decorrentes de ordem escrita da autoridade judiciária ocorrem em escala muito menor. Esta é a única hipótese constitucionalmente admitida que permite uma autoridade administrativa restringir a liberdade de alguém de forma legal.

Inobstante os argumentos aduzidos, grande parte dos magistrados nacionais ao aplicarem a legislação infraconstitucional, nos casos concretos, parecem ignorar a importância de se preservar o direito de liberdade do indivíduo contra prisões desnecessárias. Enquanto na modalidade de prisão decretada pela autoridade judiciária confere-se a este discricionariedade suficiente para fundamentar a ordem de prisão com vistas a tornar excepcional a segregação

[1] A autoridade policial é a principal autoridade com atribuições de lavrar o auto de prisão em flagrante, no entanto, não possui as garantias de inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade, fato que gera grande prejuízo à sociedade, pois a deixa à mercê de toda sorte de ingerência política e administrativa.

provisória de alguém. De outra forma, em relação à prisão em flagrante a realidade afigura-se muito distinta.

O ordenamento infraconstitucional impõe à autoridade policial a obrigatoriedade de se decretar a prisão em flagrante delito daquele que é surpreendido em uma das condições previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal, independentemente da necessidade ou não de se restringir sua liberdade. Não se confere a esta autoridade a mesma discricionariedade outorgada ao juiz.

Esta postura legislativa viola frontalmente um dos fundamentos da República brasileira: a dignidade da pessoa humana, estabelecida no art. 1º, III, da Constituição Federal, pois impõe a alguém presumidamente inocente a restrição de liberdade de forma desnecessária. Logo, diante desse quadro injusto, impõe-se uma nova interpretação das normas processais com o objetivo de adequá-las aos princípios constitucionais.

A liberdade individual constitui atributo inerente à personalidade do cidadão, sem a qual não há falar-se em dignidade da pessoa humana. Um Estado autodenominado democrático tem por obrigação criar autolimitações suficientes para que a liberdade individual não seja colocada em risco em razão de detenções efetivadas de modo arbitrário por autoridades públicas. Sendo assim, a melhor proposta em defesa da harmonização da dignidade da pessoa humana e as diversas situações de prisões em flagrante. O princípio democrático insculpido no art. 1º, III, impõe a criação de mais um obstáculo à fúria punitiva do Estado. Deve-se, de maneira diversa, viabilizar discricionariedade para "soltar" e não para "prender" os indivíduos. O que se tem atualmente é um quadro de detenções arbitrárias que se opõem ao que a Constituição expressamente indica como princípio fundamental.

A presente situação revela mais uma vez a pressão das classes populares que, sem recursos suficientes para lhes defender, muitas vezes são injustamente encarcerados. Walter Nunes da Silva Junior (2008, p. 405), expõe que "[...]se a prisão não cura, antes corrompe, o processo deve ser instrumento de pesquisa quanto à melhor maneira de resolver o problema social que está posto a deslinde, seja para evitar a aplicação da pena restritiva de liberdade, seja para descriminalizar ou despenalizar a conduta."

Como exposto, em virtude do disposto no artigo 310 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal, compete apenas ao juiz da causa examinar se presentes as excludentes da antijuridicidade, bem como se presentes ou não os pressupostos cautelares da prisão, isto é, se ela é necessária ou não. A autoridade policial não pode legalmente examinar esses elementos, pois essa atribuição lhe é vedada pelas atuais normas processuais penais. Entretanto, impõe-se a revisão dessa reduzida discricionariedade cujo principal intuito seria a adequação do flagrante com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Não há como interpretar nua e friamente a lei prevista no ordenamento processual penal, sem uma análise de pressupostos elementares de adequação da prisão do indivíduo. Essa norma, desprovida de análise prévia, violenta o bom senso, pois obriga a autoridade policial a praticar injustiças em face dos direitos da pessoa humana, levando seres humanos ao cárcere de forma totalmente desnecessária.

Com o objetivo de atenuar a condenável obrigatoriedade imposta à autoridade policial de lavrar o auto de prisão em flagrante e com isso proteger o cidadão de detenções arbitrárias, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, aceitam que a autoridade policial decida acerca da presença ou não da "fundada suspeita" contra o indiciado. Poderá "relaxar" a prisão em flagrante quando não resultar das respostas dadas pelo condutor, pelas testemunhas e pelo próprio conduzido, fundada suspeita contra este, atribuindo-lhe certa discricionariedade. Esse grau de discricionariedade propalada pela doutrina neste caso, reside no subjetivismo que há na análise da fundada suspeita, pois cabe à autoridade policial sopesar internamente as oitivas colhidas, formando seu íntimo convencimento sobre os fatos. Cabe valorar de forma totalmente subjetiva se as provas apresentadas são críveis ou não.

Desta forma, atribui-se à autoridade policial uma função típica de juiz nestes casos concretos, conforme preceitua Tales Castelo Branco (2001, p.82) afirmando que se exige certa função judicativa da autoridade que presidir o auto de prisão em flagrante, pois a "noção do que seja fundada suspeita implica uma objetiva apreciação dos acontecimentos que lhe foram narrados, competindo à autoridade que preside o ato a valoração das provas nesse primeiro momento".

Certamente não se quer aqui argumentar acerca da inconstitucionalidade da prisão em flagrante, porquanto é prevista no ordenamento constitucional. Entretanto, questiona-se as normas processuais regulamentadoras. Conforme disposto na atual redação do artigo 304 do Código de Processo Penal, se resultar das respostas do condutor, da testemunha e do acusado

fundada suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo.

Este permissivo legal decorre da correta interpretação jurídica conferida ao artigo 304 do Código de Processo Penal, que tem por objetivo proteger o cidadão de eventuais atuações arbitrárias praticadas pelos agentes estatais, possibilitando que seja custodiado pelo Estado somente quando houver "fundadas suspeitas" contra ele. Visa, portanto, proteger seu direito de liberdade.

Confirmando este entendimento Tales Castelo Branco (2001, p. 121) afirma que, embora a lei tenha concedido poderes à autoridade para valorar as provas quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, exige-se que a suspeita seja fundada. Esta previsão normativa, no entanto, não cumpre plenamente sua função protetora da liberdade individual, pois, concretamente, castra a discricionariedade da autoridade policial, pois há casos em que as provas trazidas não admitem grande elastério, pois são de tais formas cristalinas que admitem somente uma única valoração. Resultando fundada a suspeita, impõe-se a lavratura do auto de prisão em flagrante a todos surpreendidos nas condições previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal, independentemente da necessidade ou não da decretação desta prisão de natureza cautelar.

A discricionariedade conferida à autoridade policial pelo artigo em tela é fictícia, pois o que a norma garante é que contra quem não haja provas da prática de uma infração penal, não tenha seu direito de liberdade restringido por um agente estatal.

Nesse diapasão, o artigo 304 do Código de Processo Penal deveria ser modificado de forma a obedecer o prescrito no fundamento constitucional contido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Não deve a a autoridade policial sentir-se obrigada a "mandar recolher à prisão" todos aqueles contra quem pesem "fundadas suspeitas" da prática de um crime.

Considerações Finais

Um dos motivos em se admitir a prisão cautelar de determinado indivíduo é a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. Ocorre que, em número expressivo de casos concretos, é totalmente desnecessária a restrição da liberdade de alguém, cuja aplicação da lei penal ao final não redundará em sua inserção e manutenção no cárcere. Primeiro porque o cárcere lhe

trará marcas profundas, além disso, o local é de ampla disseminação de novas maneiras de se praticar crimes e contravenções, pelo simples envolvimento com outros presidiários.

Observa-se ainda que se um indivíduo não for preso em flagrante, dificilmente será levado ao cárcere, mesmo que condenado pela prática de um crime grave, pois os benefícios já citados impedem que, concretamente, o juiz determine a segregação de sua liberdade. Por que então ainda permitir que esta modalidade de prisão cautelar ocorra de forma totalmente desnecessária e autoritária? O que fazer se "a vontade da lei material" não tiver por objetivo encarcerar seu autor? Deve-se manter a obrigatoriedade de manter a discricionariedade da autoridade policial?

Certamente o que não se sugere é a extinção da modalidade de "prisão em flagrante" como medida coercitiva que limita a liberdade de quem acabou de cometer um crime, pois é medida indispensável em casos de gravidade. Deve-se, outrossim, limitá-la aos casos de reconhecida necessidade e que não possam estar gerando injustiças a indivíduos inocentes ou que ainda possam ser resgatados do ambiente criminoso.

O direito à liberdade é tratado como inviolável pela Constituição Federal. Entretanto, como permite-se limitações aos direitos individuais de maneira excepcional e como não há princípios absolutos na Constituição, aceita-se o encarceramento da pessoa humana como medida extrema e excepcional. Logo, não se pode admitir que este direito fundamental seja restringido sem uma mínima lógica, violando os fundamentos que sustentam o sistema jurídico nacional.

Com o objetivo de corrigir antigos posicionamentos, faz-se necessário que se imprima uma nova interpretação ao termo deverão "prender" contido no artigo 301 do Código de Processo Penal. A atual redação do artigo 301 deve ser modificada. O verbo "prender" deve ser substituído por "deter". A nova redação permitirá análise discricionária da autoridade que em muito contribuirá para cessar as interpretações equivocadas em torno das atribuições da autoridade policial, evitar injustiças e a superlotação de estabelecimentos prisionais. A margem de liberdade conferida à autoridade policial ao proferir seu ato administrativo acerca da presença ou não dos requisitos previstos no artigo 302 do Código de Processo Penal, deve ser estabelecida de forma a evitar injustiças.

Os riscos de determinado indivíduo recolhido ao cárcere, mesmo que por poucas horas, são inúmeros em razão da atual realidade carcerária. A discricionariedade apontada não pode ser interpretada como arbítrio conferido à autoridade policial. Isto porque, como comum a todos os atos discricionários, deve haver ampla motivação, de forma a indicar de maneira inequívoca os pressupostos de fato e de direito que levaram à decisão.

A jurisprudência majoritária dos tribunais brasileiros entende que, uma vez efetivada a prisão em flagrante, somente se justificaria a permanência do indivíduo no cárcere se presentes quaisquer das circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva, conforme previsto no artigo 310, parágrafo único da lei adjetiva penal. Do contrário, essa prisão não passa de verdadeira antecipação de pena, que afronta a Constituição Federal. É uma clara demonstração de que a prisão provisória, seja ela qual for, deve apresentar o caráter de cautelaridade, e não de provisória execução da pena.

Infelizmente, os membros do Judiciário entendem que a análise dos pressupostos cautelares da prisão em flagrante deve ser feita apenas após o recolhimento ao cárcere do autor, em decorrência da lavratura do auto e sua respectiva comunicação e não antes. Esse fato impede que a autoridade policial emita um juízo de valor sobre o fato colocado sob sua apreciação jurídica. Defendem que o controle jurisdicional sobre a prisão em flagrante realizado *a posteriori* impede que seja violado o *status libertatis* de quem foi detido.

Atualmente, pela presente lei vigente, a autoridade policial está legitimada a decidir discricionariamente acerca de questões complexas e relativamente à presença ou não dos pressupostos que autorizam a lavratura da prisão em flagrante. Deve-se analisar se o indiciado foi detido “logo após” ou “logo em seguida” e questões relacionadas a sua perseguição, bem como outros dados apresentados no caso concreto. Essa atribuição legal tem por finalidade a capacidade de decidir se um indivíduo extremamente perigoso deve ser colocado em liberdade ou não, por não estarem presentes os requisitos citados, decisão esta que afeta diretamente a segurança coletiva. Entretanto, não é viabilizado legalmente a possibilidade de se analisar uma questão infinitamente mais simples: se a restrição da liberdade do indiciado é necessária ou não.

Em face dessas ponderações já se pode afirmar que não há análise suficiente para averiguação do fato de ser a prisão realmente necessária. Pelo sistema atual o indivíduo autor de uma

infração penal pode ter seu direito de liberdade restringido, de forma totalmente desnecessária e ilegal, em virtude de uma prisão em flagrante na qual não estavam presentes os pressupostos que autorizam a segregação provisória do acusado. É fundamental a análise desses pressupostos para que o indiciado possa ser recolhido ao cárcere. Diante desse quadro de injustiças considera-se a prisão preventiva verdadeira antecipação da pena, que afronta à Constituição Federal.

Desta forma não se considera prisão cautelar o período compreendido entre a restrição de liberdade imposta ao indiciado após a lavratura do auto de prisão em flagrante e a apreciação do respectivo auto pelo Poder Judiciário. A prisão em flagrante converte-se em prisão cautelar apenas após a apreciação do magistrado responsável pela análise. Antes desta apreciação, portanto, a violação da liberdade individual sem necessidade realizada pelo Estado é admitida pelo ordenamento jurídico. A prática atualmente adotada contradiz os fundamentos que sustentam o sistema legal. Diante dessa constatação, não há argumentação jurídica que sustente serem suficientes as normas jurídicas vigentes para obrigar a autoridade policial a autuar em flagrante delito e recolher ao cárcere, mesmo que por poucos dias. Isso porque é plenamente possível que, ao final do processo, sejam conferidas ao réu medidas alternativas previstas no ordenamento penal, e consequentemente, não necessita ser recolhido ao cárcere.

Nesse sentido, a prisão em flagrante deveria ter revisada sua forma de concessão. A atual prática afronta o princípio da dignidade da pessoa humana constitucionalmente estabelecido. O sistema atual também aponta que as autoridades judiciais pouco ou nada empregam o princípio como base em suas decisões. Portanto, é plenamente viável se estabelecer uma análise discricionária adequada que melhor estude se é imprescindível ou não recolher determinado elemento ao cárcere.

Referências

CASTELO BRANCO, Tales. **Da prisão em flagrante**. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORRÊA DE ANDRADE, André Gustavo. **O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua concretização judicial**. Disponível em < http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe>, acessado em 08.06.2016.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 10ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Erivaldo Ribeiro. O Estado de São Paulo. Caderno cidades/metrópole - C3, 15 de agosto de 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**.São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria constitucional do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.