

Formalização do Flagrante Delito



A segunda etapa da prisão em flagrante é a formalização dos atos praticados para a restrição da liberdade do agente (“captura”), que está regulamentado no art. 304 do CPP com a seguinte redação:

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

- 1º. Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.
- 2º. A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

- 3º. Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste.

O artigo determina que, uma vez apresentado aquele que foi detido, a autoridade competente ouvirá seu condutor, colhendo, desde logo, a assinatura deste e lhe entregando a cópia do termo e recibo de entrega do preso.

Em seguida, as testemunhas serão ouvidas e o detido interrogado sobre o fato motivador da prisão em flagrante, colhendo, após cada oitiva, as respectivas assinaturas, para, ao final, a autoridade policial lavrar o competente auto de prisão em flagrante.

Obviamente, no caso de aquele preso em flagrante delito ter o direito de ser liberto mediante pagamento de fiança, deverá a autoridade policial lavrar o termo de fiança, sendo categoricamente um ato que depende da avaliação discricionária da autoridade policial quanto ao seu arbitramento, uma vez que, conforme já dito, trata-se de verdadeiro direito do indiciado se valer da fiança.

O respectivo auto de prisão em flagrante, portanto, deverá ser lavrado pela autoridade policial, sendo competente aquela do local da prisão e não a da localidade do cometimento do crime (conforme previsão e comentários do art. 290 do CPP)[\[1\]](#).

Diz ainda o comentado artigo que, a falta de testemunhas não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade, tudo para validar a conduta da autoridade administrativa.

No que se refere às infrações de menor potencial ofensivo, lavrar-se-á o denominado Termo Circunstanciado, no qual, de forma resumida, a autoridade policial colherá o relato dos envolvidos e testemunhas e encaminhará imediatamente para o Juizado Especial Criminal ou, em caso de impossibilidade, colherá termo de compromisso dos envolvidos que devem se comprometer a comparecer à sede do juizado quando intimados, sendo certo que em caso de

não comparecimento, não poderá a autoridade policial proceder a prisão preventiva do acusado conforme preceitua a lei 9099/95.

Vejamos agora o passo a passo que desaguará na lavratura do auto:

1. I) A autoridade, antes de lavrar o auto, deve comunicar à família do preso ou pessoa por ele indicada[2] a ocorrência da prisão (art. 5º, LXIII, 2ª parte, CF)[3]. A providência é imperativa e sua falta implica nulidade absoluta do auto de prisão em flagrante, só sendo afastada essa sanção quando o preso dispensa indicar familiar ou pessoa de sua confiança quando instado a tanto. Além da comunicação incontinenti à família ou à pessoa indicada pelo preso, a prisão deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente e ao Ministério Público (art. 306, caput CPP) mediante apresentação do preso à autoridade judicial para realização da audiência de custódia no prazo de 24h (para as comarcas que estão realizando)[4].
2. II) Oitiva do condutor: aquele que levou o preso até a presença da autoridade será ouvido, sendo suas declarações reduzidas a termo, colhida a assinatura, e a ele será entregue cópia do termo e recibo de entrega do preso. Este recibo tem feição nitidamente acautelatória, assegurando a fácil comprovação de que o preso foi entregue a autoridade, eximindo o condutor, a partir dali, de qualquer responsabilidade.

III) Oitiva das testemunhas: na sequência, serão ouvidas as testemunhas que tenham algum conhecimento do ocorrido, e que acompanham o condutor. Suas declarações serão reduzidas a termo, e colhidas, as respectivas assinaturas. Como a lei fala no plural, é pacífico o entendimento que precisam ser ao menos duas as testemunhas, chamadas de numerárias. Não há proibição de que policiais sirvam como testemunhas para a lavratura do auto de flagrante. Advirta-se também que nesta fase não há contradita. Se eventualmente só existir uma testemunha do ocorrido, nada impede que o condutor funcione como a segunda, caso tenha conhecimento das circunstâncias do fato. Já se não existirem

testemunhas, ainda assim não haverá impedimento para realização do auto de prisão em flagrante. Neste caso, serão utilizadas duas pessoas que tenham testemunhado a apresentação do preso à autoridade. Estas testemunhas, chamadas de instrumentais ou indiretas, nada conhecem do delito, sendo utilizadas como uma maneira de integralizar a formalidade do ato, pela ausência de testemunhas do fato.

1. IV) Oitiva da vítima quando possível: em que pese a lei ser omissa quanto à oitiva da vítima nesta fase, é de bom tom que seja ouvida, prestando sua contribuição para o esclarecimento do fato e para a caracterização do flagrante. Lembremos que nos crimes de ação penal privada e pública condicionada à representação, sem a autorização da vítima, não haverá a possibilidade da lavratura do auto de flagrante, sendo sua contribuição essencial.
2. V) Oitiva do conduzido: a lei (art. 304, CPP)⁵ fala em interrogatório do acusado, o que é uma evidente impropriedade, afinal ainda não existe imputação nem processo. O preso será ouvido, assegurando-se o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF). Exige-se a presença do advogado, contudo, não é imprescindível à lavratura do auto. Nada impede que o delegado autorize a realização de reperguntas. Se não o fizer, haverá ilegalidade, afinal superada está ideia de que nesta fase impera a inquisitorialidade. As declarações do conduzido serão reduzidas a termo, colhendo-se a respectiva assinatura.
3. VI) Condução e apresentação do preso, perante autoridade judicial para realização da Audiência de Custódia.

É possível que o interrogatório não seja realizado por circunstância alheias à vontade da autoridade competente, ou seja, caso de força maior, como por exemplo, a hospitalização do suspeito. Ao final, convencida a autoridade que a infração ocorreu que o conduzido concorreu para o fato e que se trata de hipótese legal de flagrante delito, determinará ao escrivão que lavre e encerre o auto de flagrante (A.P.F.).

A toda evidência, não assiste razão para a autoridade determinar a lavratura do auto se não houver lastro legal para tanto, devendo até mesmo apurar a responsabilidade do condutor, se houver alguma suspeita de situação forjada. Assim, é factível que a autoridade policial relaxe a prisão, liberando o conduzido e deixando de proceder à lavratura do auto.

A lavratura do auto é o termo final, ocorrida após a oitiva dos envolvidos. Não estando convencida a autoridade de que o fato apresentado autorizaria o flagrante, deixará de autuar o conduzido, isto é, não lavrará o auto, e fazer cessar a privação de liberdade que já existe desde a captura, e por isso, não mandará recolher o indivíduo ao cárcere.

Também não permanecerá preso o conduzido quando não houver impedimento ou vedação à concessão de fiança pela autoridade policial (que poderá arbitrá-la nos casos previstos em lei).

Quando a autoridade policial não tiver atribuição para concessão da fiança, ou quando recusá-la ou retardá-la, remeterá os autos ao órgão competente (art. 304, §1º, CPP)[\[5\]](#). Se requerida a fiança ao juiz, este decidirá em quarenta e oito horas, dispensando-se prévia oitiva do Ministério Público.

Como se trata de providência que favorece o imputado, ou seja, verdadeiro direito subjetivo, entende-se como possível a sua concessão de ofício pelo magistrado, mesmo na fase investigativa. Os termos de declaração do condutor e das testemunhas serão anexados ao auto, e este último será assinado pela autoridade e pelo preso.

Se o capturado não souber assinar, não quiser ou não puder, esta omissão será suprida pela assinatura da autoridade competente que deverá relatar o ocorrido.

Ainda no prazo de até 24 horas após a prisão em flagrante, conforme o § 2º, do artigo analisado “será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas”. Constitui a famigerada nota de culpa, cuja finalidade “é comunicar

ao preso o motivo da prisão, bem como a identidade de quem o prendeu” (art. 5º, LXIV, da CF), em um breve relato do fato criminoso que lhe é imputado.

Por fim, a apresentação espontânea do agente não pode ensejar prisão em flagrante, uma vez que, não estão presentes nenhum dos requisitos autorizadores da prisão, mesmo que tentem manipular essa assertiva, nada corrobora um ato prisional em flagrante daquele que se apresenta espontaneamente[6].

Algumas alterações foram trazidas pela lei 13.245/16. Nesse sentido a atuação do advogado foi ampliada e devidamente respeitada. A primeira observação que se faz sobre esta mudança é a possibilidade de, agora, o advogado ter acesso aos autos em qualquer instituição responsável por conduzir a investigação.

À época em que o Estatuto da Ordem foi elaborado as investigações criminais no Brasil eram quase que exclusivamente presididas pelas autoridades policiais. No entanto, com o decorrer do tempo, outros órgãos começaram a realizar, de forma mais intensa, investigações próprias, como ocorre nas investigações conduzidas pelo Ministério Público, nas Comissões Parlamentares de Inquérito, dentre outros. Então, o texto do inciso XIV, como era, ficou desatualizado[7].

A alteração, portanto, corroborou o direito de acesso aos autos da investigação em qualquer instituição, não só policial. Assim disposto:

Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n.º 8.906/94)	
<p>Antes da L. 13.245/16</p> <p>Art. 7º – São direitos do advogado: (...)</p> <p>XIV – examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;</p>	<p>Depois da L. 13.245/16</p> <p>Art. 7º – São direitos do advogado: (...)</p> <p>XIV – examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;</p>

Importante frisar que agora o advogado possui direito à participação nos procedimentos investigatórios de “qualquer natureza”, não se limitando apenas à seara criminal. Isso significa que o advogado possui a prerrogativa de analisar inquéritos policiais, procedimentos investigatórios criminais desenvolvidos no MP9, inquérito civil público, bem como apuratórios fiscais e administrativos (FERNANDEZ, 2016).

Quanto ao direito do advogado de acompanhar o preso em flagrante delito e também em sede de investigação no interrogatório temos:

Estatuto da OAB (L. 8.906/94)
Art. 7º São direitos do advogado:

XXI – assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos;

b) vetado[8]

Durante muito tempo, houve divergência entre advogados e delegados de polícia sobre a possibilidade de participação da defesa técnica nos interrogatórios ou eventuais depoimentos. Alguns delegados (principalmente os mais antigos) não aceitavam a possibilidade do defensor do sujeito passivo participar ativamente dos atos investigativos supramencionados, sob o argumento de que não havia previsão legal para tal. (CAVALCANTE, 2016).

Com o novo inciso, passa a ser, indubitavelmente, direito de o advogado estar presente no interrogatório, ou em qualquer depoimento, podendo, inclusive, formular perguntas, apresentar razões (argumentar e defender posicionamento da defesa sobre algo que será decidido pela autoridade policial) e apresentar quesitos (formular perguntas a quem estiver sendo ouvido). (FERNANDEZ, 2016, p. 36).

Importante observar que, conforme doutrina amplamente majoritária, a mudança legal não tornou obrigatória a presença de advogado no interrogatório, mas deixou claro que o causídico não pode ser impedido, sob pena de nulidade absoluta, de participar do ato. Assim, caso o investigado não possua advogado constituído, a autoridade responsável por conduzir a investigação não estará obstada de interrogá-lo ou tomar depoimentos. (NICOLITT, 2016, p. 195).

Nota de rodapé:

[1] Art. 290. Se o réu, sendo perseguido, passar ao território de outro município ou comarca, o executor poderá efetuar-lhe a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade:

- 1º – Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando:
 1. a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;
 1. b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.
- 2º Quando as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade da pessoa do executor ou da legalidade do mandado que apresentar, poderão pôr em custódia o réu, até que fique esclarecida a dúvida.

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

[3] Art. 5 (...) LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

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

- 1º. Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em

flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

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

[5] Art. 304 (...) § 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

[6] “A apresentação voluntária do agente na Delegacia de Polícia, sem perseguição, não pode gerar a prisão em flagrante, embora a prática, muitas vezes, manipule as premissas. Isso porque há um mantra de que se a prisão acontece em até 24h de fato, persistiria o estado de flagrância, situação que não encontra respaldo legal.” (ROSA, 2016, p. 256).

[7] COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. ADVOGADO. DIREITO DE VER RESPEITADAS AS PRERROGATIVAS DE ORDEM PROFISSIONAL INSTITUÍDAS PELA LEI Nº 8.906/94. MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA. A Comissão Parlamentar de Inquérito, como qualquer outro órgão do Estado, não pode, sob pena de grave transgressão à Constituição e às leis da República, impedir, dificultar ou frustrar o exercício, pelo Advogado, das prerrogativas de ordem profissional que lhe foram outorgadas pela Lei nº 8.906/94. O desrespeito às prerrogativas – que asseguram, ao Advogado, o exercício livre e independente de sua atividade profissional – constitui inaceitável ofensa ao estatuto jurídico da Advocacia, pois representa, na perspectiva de nosso sistema normativo, um ato de inadmissível afronta ao próprio texto constitucional e ao regime das liberdades públicas nele consagrado. Medida liminar deferida.

[8] dizia: “requisitar diligências”

REFERÊNCIAS BÁSICAS

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe. Prisão e Medidas Cautelares: nova Reforma do Processo Penal – Lei nº 12.403/2011. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei 13.245/2016, que assegura a participação do advogado no interrogatório e nos depoimentos realizados na investigação criminal. Disponível em <http://www.dizerodireito.com.br/2016/01/comentarios-lei-132452016-que-assegura.html> em 13/01/2016.

CRUZ, Rogerio Schietti. Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERNANDEZ, João Pedro Campos Lorenzo. A lei 13.245/16 e a investigação preliminar no Estado de Direito. Monografia de conclusão de curso de Direito apresentada em 2016.2 na Universidade federal do rio de Janeiro.

GIACOMOLLI, Nereu José. Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere. São Paulo: Marcial Pons, 2013;

LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MELO, Raphael. Audiência de Custódia no Processo Penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MINAGÉ, Thiago M. Prisões e Medidas Cautelares à luz da Constituição. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016;

MINAGÉ, Thiago; BERTI, Marcio Guedes. A relação entre violação das prerrogativas no exercício da advocacia e o desrespeito aos direitos individuais. 2018. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/a-relacao-entre->

violacao-das-prerrogativas-no-exercicio-da-advocacia-e-o-desrespeito-aos-direitos- individuais>

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Da Prisão preventiva, das medidas cautelares e da liberdade provisória: comentários à Lei n.º 12.403/11. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

NICOLITT, André Luiz. Manual de processo penal. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto de Processo Penal conforme a teoria dos jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.