

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO PROCESSUAL

**A PRISÃO EM FLAGRANTE NO MODELO
CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E A ATUAÇÃO DOS
SUJEITOS PROCESSUAIS**

VINÍCIUS DINIZ MONTEIRO DE BARROS

BELO HORIZONTE

2011

VINÍCIUS DINIZ MONTEIRO DE BARROS

**A PRISÃO EM FLAGRANTE NO MODELO
CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E A ATUAÇÃO DOS
SUJEITOS PROCESSUAIS**

Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais para defesa pública diante de banca examinadora, como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito Processual, sob a orientação da Professora Doutora Flaviane de Magalhães Barros.

BELO HORIZONTE

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

B277p Barros, Vinícius Diniz Monteiro de
A prisão em flagrante no modelo constitucional de processo e a atuação dos sujeitos processuais. / Vinícius Diniz Monteiro de Barros. Belo Horizonte, 2011. 168f.

Orientadora: Flaviane de Magalhães Barros
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Prisão. 2. Flagrante delito. 3. Estado de Direito. 4. Brasil. I. Barros, Flaviane de Magalhães. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 343.1(81)

VINÍCIUS DINIZ MONTEIRO DE BARROS

**A PRISÃO EM FLAGRANTE NO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E
A ATUAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS**

Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais, como requisito à obtenção
do grau de Mestre em Direito Processual.

Professora Doutora Flaviane de Magalhães Barros
(Orientadora)

Professor Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques

Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa

Professor Doutor Fernando Horta Tavares

BELO HORIZONTE

2011

AGRADECIMENTOS

Agradeço empenhadamente aos meus Professores!

À Professora Orientadora Doutora Flaviane de Magalhães Barros, pelas lições de direito e de vida;

Aos Professores Doutores Leonardo Augusto Marinho Marques e Alexandre Morais da Rosa, pela co-construção do trabalho em banca;

Aos Professores Doutores do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da PUC Minas, Rosemiro Pereira Leal, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, Fernando Horta Tavares, Vicente Maciel Júnior, Fernando Armando Ribeiro, pelos ensinamentos marcantes;

Ao Professor Doutor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, pelos passos iniciais e fundamentais na realização do Mestrado;

Ao Professor Antonio Augusto Junho Anastasia, pelo incentivo amigo à continuidade dos estudos e à vida acadêmica;

Aos Professores-Colegas de Mestrado, que se fizeram amigos, como Carlos, Roberto, Carolina, Aline e Marcelo Peixoto;

Aos Professores-Familiares, na pessoa do querido irmão Marcelo, pelo exemplo;

À Primeira e Permanente Professora, Mãe;

À inseparável Professora na Convivência, na Caminhada e no Crescimento, Ana!

Reconhecimento especial:

À Escola Superior da Defensoria Pública da União – ESDPU, pela concessão de bolsa parcial de estudos, a indiciar, contra o senso comum, que, quando se é aprovado em concurso público, aumenta a necessidade de estudo e aprimoramento.

Aos Colegas Defensores Públicos Federais, permitindo-me cumprimentá-los a todos nas pessoas dos amigos Paula, Leonardo, Wesley, Larissa, Sabrina e Francisco, em agradecimento pelas discussões do dia a dia.

“Creio que será interessante ver o que escreveu sobre a metamorfose de povoados em cidades um homem que viveu longo tempo entre os brasileiros e se achava a serviço do governo. ‘Estava na moda, nos últimos anos’, escreveu Eschwege, ‘e levar a cidade os povoados mais insignificantes, Mas raramente era o bem comum que se consultava quando eram feitas as mudanças. Se traziam proveito para um pequeno número de indivíduos, a grande maioria dos habitantes tinha de se conformar com elas. Quando um povoado é elevado a cidade ele passa a ter sua justiça própria, o que acarreta a nomeação de vários funcionários cuja manutenção vai onerar os bolsos dos cidadãos. A paz do lugar logo é perturbada pela chegada de um batalhão de funcionários subalternos, que têm o dom inato de provocar querelas, sem as quais parece que não sabem viver... Os homens mais felizes e mais tranquilos que há no Brasil são os que vivem em lugares distantes de um fórum. Quando surge alguma disputa entre eles a questão é resolvida amigavelmente, ou então faz-se justiça pelas próprias mãos... matando-se o desafeto. É a barbárie, não há dúvida, mas não é muito pior, certamente, do que o modo pelo qual a justiça oficial é feita, pois a parcialidade inerente aos juízes traz quase sempre como resultado que nunca seja o mais fraco e o pobre que esteja com a razão. Os processos arruinam as famílias, e uma vez formado um projeto de vingança não há de ser o temor da justiça que irá impedir a sua execução... Um velho de oitenta anos, que amava a Deus e a seus semelhantes, contou-me que tinha mudado de domicílio várias vezes, escolhendo sempre lugares onde não havia chegado ainda nenhuma autoridade judiciária, civil ou eclesiástica, não que tivesse cometido qualquer crime, mas porque temia que lhe imputassem algum’ (*Brasilien die Neue Welt*, II, 49)” (SAINT-HILAIRE, 1975, p. 37-38)

LISTA DE ABREVIATURAS

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil brasileiro

CPP – Código de Processo Penal brasileiro

CPPP – Código de Processo Penal Português

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

HC – Habeas Corpus

LEC – Ley de Enjuiciamiento Criminal

LEP – Lei brasileira de Execuções Penais

PLS – Projeto de Lei do Senado

REsp – Recurso Especial

Rext – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

A dissertação a seguir demonstra que a escola mineira de direito processual estabeleceu as bases científicas para a revisitação dos institutos jurídicos no Estado Democrático de Direito. Demarca que, na linha de pesquisa da PUC Minas, o pleito de legitimidade do direito democrático se tornou o centro epistemológico em torno do qual se faz necessária a reconstrução dos institutos jurídicos. No curso do trabalho, reafirma-se a perceptível codependência entre processo e constitucionalismo, fundante do modelo constitucional de processo, um complexo uníssono de princípios garantidores da construção do direito pelos cidadãos. Sublinha-se que esse modelo rege todos os procedimentos jurídicos em viés democrático. Dentre eles, o presente trabalho se debruça especificamente sobre a prisão em flagrante, para investigar sua classificação constitucionalmente adequada nos patamares processuais técnico, científico, teórico e crítico. Ao longo do texto, colhem-se de alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros parâmetros procedimentais da prisão em flagrante que veiculam a participação dos cidadãos na construção do provimento de que serão destinatários. Apontam-se os vazios discursivos nas normas autoritárias do Código de Processo Penal brasileiro vigente e no projeto de Novo Código, de número 156/2009 PLS, a propósito da prisão em flagrante. Apresentam-se os erros pragmáticos oriundos dos problemas teóricos identificados. Analisa-se, por fim, a posição constitucionalmente adequada dos sujeitos processuais no procedimento de prisão em flagrante, sempre com vistas à efetivação dos pleitos de legitimidade e cidadania no direito.

Palavras-chave: modelo constitucional de processo; prisão em flagrante; sujeitos processuais; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The following essay demonstrates that the Process Law School from Minas Gerais set the scientific basis to reviewing the juridical institutes in Democratic Law State. It states that, according to the researches in PUC Minas, a plea of legitimacy in democratic law became the epistemological core around which it is necessary to review the juridical institutes. Through the essay, the connection between Constitution and Process is reaffirmed, founding the so-called *constitutional model of process*, a net of juridical principles which provides the citizens the opportunity to create law. It is assumed that this *model* rules every juridical procedure in democratic manners. Among the variety of juridical institutes, this work is dedicated specifically to the flagrant arrest and its technical, scientific, theoretical and critical appropriateness to the constitutional process. Along the text, some elements of foreign law systems concerning flagrant arrest are examined, offering legal backgrounds that emphasize the participation of the citizens in creating the decision applicable for themselves. Authoritarian points of the Brazilian Code of Criminal Procedures are indicated, as well as not explored debate aspects of the Law Project for the new Brazilian Code of Criminal Procedure (Projeto 156/2009 PLS), all of them about the flagrant arrest. Pragmatic errors due to the identified theoretical problems are shown. At last, the constitutional appropriateness of the duty (function or action) of each process subject in flagrant arrest is investigated, always regarding the plea of legitimacy and citizenship in law.

Keywords: constitutional model of process; flagrant arrest; process subjects; Democratic State of Law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. A PRISÃO EM FLAGRANTE NO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO – UMA PROPOSTA SOBRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CERCEAMENTO MOMENTÂNEO DE LIBERDADE	13
2.1. Primeiro contato com o tema.....	13
2.2. Participação do cidadão na construção do direito democrático – uma noção de cidadania.....	14
2.3. A recíproca dependência entre processo e constitucionalismo para a legitimidade decisória no marco do Estado Democrático de Direito	16
2.4. A discussão entre procedimentalistas e substancialistas – reflexos na prisão em flagrante	19
2.5. Esclarecendo desde logo: o processo constitucional não é meio, modo, forma nem instrumento de funções estatais com finalidades pré-prontas e não debatidas.....	26
2.6. Processo constitucional no Estado Democrático de Direito e a perda de sentido da dicotomia instrumentalista direito e garantia.....	30
2.7. Processo constitucional no Estado Democrático de Direito e a perda de sentido da classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões.....	34
2.8. Sobre a estrutura do modelo constitucional de processo.....	37
2.9. Processo constitucional e o procedimento de prisão em flagrante – aportes iniciais	39
3. PRISÃO EM FLAGRANTE: A PRÁTICA BRASILEIRA, ALGUMAS CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO COMPARADO E A REGÊNCIA DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO.....	43
3.1. Da prisão em flagrante à brasileira	43
3.2. Algumas contribuições do direito comparado ao delineamento democrático da prisão em flagrante	49
3.3. Prisão em flagrante no modelo constitucional de processo.....	56
3.3.1. <i>Enquadramento jurídico</i>	56
3.3.2. <i>A importância do princípio do contraditório na compreensão da cautelaridade própria da prisão em flagrante</i>	58
3.3.3. <i>Visibilidade e imediatidade: a criteriologia cautelar da prisão em flagrante contra inquietoriedade e solipsismo</i>	61

3.3.4. <i>Prisão em flagrante como procedimento sujeito ao modelo constitucional de processo na tipologia penal: o estatuto constitucional da liberdade-regra e da prisão-exceção</i>	68
4. RELENDO A NORMATIVIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE NO CPP DE 1941 – O QUE RESTA DEPOIS DA CRFB	76
4.1. A proposta do CPP de 1941: após 70 anos, mais do mesmo	76
4.2. A inconstitucionalidade do elastecimento legal das hipóteses de flagrância delitiva....	81
4.3. Demais peculiaridades legais da prisão em flagrante no quadro dos procedimentos penais cautelares	87
5. A PRISÃO EM FLAGRANTE NO PROJETO DE NOVO CPP – (156/2009): AINDA EM BUSCA DE ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	92
5.1. Disposições preliminares sobre a prisão provisória	93
5.2. Entre cópias fiéis e mudanças discretas.....	97
5.3. Sobre flagrantes esperado, preparado, forjado e diferido. O desate de conflitos de verossimilhanças a favor do estado de inocência	99
5.4. O óbvio sobre a vedação de incomunicabilidade do preso.....	105
6. UMA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA DE ATUAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS NA PRISÃO EM FLAGRANTE.....	115
6.1. O acesso dos cidadãos ao direito como pano de fundo do papel democrático dos sujeitos processuais no procedimento de prisão em flagrante.....	115
6.2. O Conduzido: cidadania não-retórica no procedimento de prisão em flagrante	117
6.3. A Vítima e a retomada de um lugar adequado.....	119
6.4. O Juiz: noções para um terceiro imparcial	125
6.5. O Ministério Público e a <i>ampla argumentação</i> conveniente.....	132
6.6. O Delegado de Polícia: observância ao <i>modelo constitucional</i> contra inquisição	140
6.7. O Advogado e o acesso ao direito mediante linguagem técnica.....	143
6.8. A Defensoria Pública: uma realidade ainda a se construir.....	145
6.9. Para um processo penal de partes	151
CONSIDERAÇÕES FINAIS	153
REFERÊNCIAS	157

1. INTRODUÇÃO

Em boa parte, o desafio da área acadêmica assemelha-se ao fenômeno constitucional, tal como compreendido na atualidade: é um permanente projetar-se. Entender essa contingência seja talvez o primeiro passo tanto para assumir um trabalho de pós-graduação *stricto sensu*, quanto para encarar a perspectiva do direito democrático e, especialmente, a importância do processo no Estado Democrático de Direito, conforme a linha de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Por evidente, há discordâncias teóricas entre as centenas de trabalhos científicos produzidos do Programa da PUC Minas em mais de quinze anos de pesquisa. Tal constatação não impede – antes sugere – o reconhecimento de que se consolidaram bases epistemológicas seguras, a ponto de oferecer ao Brasil os elementos férteis de uma verdadeira escola mineira de direito processual.

Lançadas as bases, uma série de institutos jurídico-processuais ainda reclama revisitações, para amoldar-se ao cenário teórico criado pela pesquisa mineira em direito processual. Com a tentativa de contribuir com essa jornada de revisitações, o presente trabalho dedica-se ao instituto da prisão em flagrante, que tem previsão no artigo 5.º, LXI, da CRFB e nos artigos 301 e seguintes do CPP.

Independentemente de conhecimento específico sobre as linhas epistemológicas da escola mineira de direito processual, de pronto se deduz que falar em prisão, em qualquer modalidade, é enfrentar a exceção da liberdade individual ambulatoria, a mais facilmente perceptível faceta do direito à liberdade. Sem problemas conclui-se pela íntima conexão do tema com os direitos fundamentais. Porém, em Minas Gerais se aprende que, sem processo, não se pode cogitar de direitos fundamentais, o de liberdade entre eles. Processo é, assim, direito fundamental constitutivo dos demais direitos.

Sem precisar adentrar o campo de direitos materiais abstratos, legados pelo curso da história ou cogitados em tese, o leitor perceberá a importância da fala jurídica qualificada e do debate entre os destinatários das decisões jurídicas na construção dos conteúdos do direito. Antes de se perguntar se na presente dissertação encontra “doutrina garantista” ou “doutrina da lei e da ordem”, o leitor notará a preocupação com os pleitos de legitimidade e cidadania, tão peculiares do Estado Democrático de Direito, que encontram no processo (debate permanente) o seu espaço de desenvolvimento.

No âmbito penal, então, a conformação processual democrática da dissertação se torna

especialmente atrativa, na medida em que se escancara a própria ausência de processo na prisão em flagrante tal como majoritariamente estudada e praticada no Brasil. Têm-na o CPP de 1941 e o projeto (de novo CPP) 156/2009 PLS como medida e momento privilegiado para construir, desde logo, a hipótese da condenação. O apontamento dos problemas ligados a essa noção e a reconstrução da prisão em flagrante como procedimento regido pelo *modelo constitucional de processo* perpassam, neste trabalho, cinco capítulos de desenvolvimento e um de considerações finais, estruturados da seguinte maneira.

No capítulo 2, abordam-se os contornos iniciais da prisão em flagrante sob o modelo constitucional de processo. Para tanto, revisitam-se noções imprescindíveis à compreensão do vetor epistemológico que o trabalho segue. Destacam-se, nesse meio, as recíprocas implicações entre cidadania, participação dos cidadãos na construção dos conteúdos da normatividade e direito democrático. Repercute-se a posição institucional do processo no direito democrático, como importante instituto veiculador da participação dos cidadãos na democracia, ao lado de outros. Sublinha-se a codependência entre processo e constitucionalismo na perspectiva do direito democrático. Tangencia-se o tema do Estado de Direito Democrático como superação dos modelos de Estado que o antecederam historicamente (o Liberal e o Social de Direito) (HABERMAS, 1995). No bojo do fenômeno constitucionalista, ganha espaço o embate teórico entre substancialistas e procedimentalistas (STRECK, 2007), esclarecendo-se o distanciamento entre o processo constitucional como direito fundamental constitutivo dos demais e as teorias clássicas do processo como relação jurídica, legatárias de Von Bülow. Em seguida, a crítica à dicotomia “direito e garantia” e à classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões serve como exemplo desse distanciamento. Ao longo do texto, buscou-se pontuar as interfaces das noções revisitadas com o tema principal da dissertação – a prisão em flagrante. As primeiras linhas específicas sobre o *modelo constitucional de processo* (BARROS, 2009) e sua regência sobre o instituto da prisão em flagrante encerram este primeiro capítulo de desenvolvimento, destinado, como dito, a situar o leitor em termos epistemológicos.

O capítulo 3 inaugura a abordagem propriamente dita da prisão em flagrante, realizada ao longo de três capítulos. No capítulo 3, apresenta-se, de modo breve, como a prisão em flagrante no Brasil é trabalhada em termos pragmáticos, descortinando as matrizes teóricas que subsidiam essa *praxis*. Ainda não se explicitam, nessa parte, nem todas as críticas nem todas as propostas de interpretação constitucionalmente adequada do instituto. As críticas e propostas encontram-se distribuídas pelos capítulos 3, 4 e 5, vindo à tona com o desenvolvimento e a sucessão dos tópicos. Segue uma análise comparatística (TARUFFO,

2001) entre os procedimentos de prisão em flagrante na Espanha, em Portugal, na Argentina e no Brasil. Após, aprofunda-se o estudo do *modelo constitucional de processo* nele enquadrando a prisão em flagrante. Sublinham-se as especificidades da cautelaridade da prisão em flagrante, quando confrontada com a prisão preventiva, e salienta-se a importância do *contraditório* nessa diferenciação, para evitar inquisitorialidade e solipsismo (decisionismo) mediante um pretense e pouco esclarecido aproveitamento da prisão em flagrante para produção de prova. Reforça-se a conformação constitucional própria do *microsistema* de processo penal e como ele influencia o procedimento de prisão em flagrante.

No capítulo 4, propõe-se a releitura constitucionalmente adequada dos aspectos normativos da prisão em flagrante no CPP de 1941. O exame começa pelo texto da Exposição de Motivos, atravessando artigo por artigo (que diga respeito à prisão em flagrante) do corpo do Código. Apontamentos críticos se fazem necessários e pertinentes: desde o discurso de efetividade repressora da Exposição de Motivos, passando pelo problema do elastecimento normativo das hipóteses de flagrante até as minúcias procedimentais do instituto, como a importância da remessa de cópia dos autos do flagrante à Defensoria Pública, quando o conduzido não indica Advogado a patrocinar-lhe os interesses.

No capítulo 5, semelhante análise pontual e crítica se dirige à tratativa da prisão em flagrante no Projeto 156/2009 PLS. Lamentam-se as repetições da lei vigente, que não são poucas, e, na releitura constitucionalmente adequada, identificam-se, em caráter antecipado, equívocos de entendimento que a leitura apressada da nova lei possa ensejar. Cogitam-se, como não poderia deixar de ser, algumas sugestões hermenêuticas.

Finalmente, o capítulo 6, sobre a atuação dos sujeitos processuais no procedimento de prisão em flagrante, decorre da íntima conexão existente entre uma perspectiva democrática (processual-constitucional) do instituto e o modo como esses atores dele participam – até mesmo “se” dele participam. Afinal, além dos problemas técnico-jurídicos da prisão em flagrante na normatização do CPP de 1941 e do Projeto 156/2009 PLS, apontados nos capítulos 4 e 5, é também importante enfrentar e buscar esclarecer o papel dos atores que constroem o provimento final desse procedimento. Logo, desenvolve-se no capítulo 6 a participação do Conduzido, da Vítima, do Juiz, do Delegado de Polícia, do Advogado, dos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública no procedimento de prisão em flagrante.

O trabalho se encerra com uma coletânea de considerações finais, para sumarizar as principais propostas da dissertação, facilitar as críticas dos leitores e estimular a continuidade do debate.

2. A PRISÃO EM FLAGRANTE NO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO – UMA PROPOSTA SOBRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CERCEAMENTO MOMENTÂNEO DE LIBERDADE

2.1. Primeiro contato com o tema

A proposta de cotejar prisão em flagrante e legitimidade democrática possui diversas justificativas. Dentre elas está a constatação de que, atualmente, o estudo científico de qualquer instituto jurídico supõe um categórico enquadramento constitucional. De modo específico, os institutos de processo, tais como a prisão em flagrante, retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição, situação resultante da consolidação do constitucionalismo como fenômeno jurídico no Ocidente.

O fenômeno do constitucionalismo no Ocidente ganhou visibilidade na segunda metade do século XVIII, tanto com a reunião dos líderes das colônias na América do Norte, visando à independência em relação à metrópole inglesa, quanto com a tomada revolucionária do poder pela plebe na França da mesma época, condenando à morte por guilhotina a maior parcela dos integrantes das nobrezas laica e clerical (PREUSS, 2006, p. 11). Esses acontecimentos, aliados à profusão de teorias revolucionárias do conhecimento humano (Iluminismo), guiaram-se pela aspiração de colocação do homem e sua dignidade no centro das preocupações do Estado.

Desde então, elementos teóricos provenientes das diferentes experiências dos povos têm-se agregado ao esforço inicial de construção do Estado de Direito. Os dois textos comumente apontados como marcos da noção de Estado Liberal de Direito – a Constituição norte-americana de 1776 e a Constituição francesa de 1791 – e os outros dois a que se atribui identificação com o Estado Social de Direito – Constituição mexicana de 1917 e Constituição de Weimar de 1919 – se incluem nesse permanente devir histórico (HABERMAS, 1997; OLIVEIRA, 2009b, p. 368) contributivo para a noção que hoje se tem de Estado Democrático de Direito.

Com essa perspectiva, evita-se interpretar, de forma simplória, um texto como responsável pela mudança súbita de concepções sobre o Estado. Os importantes textos constitucionais acima citados não representam cismas na história da humanidade, mas retratos

parciais de uma evolução constante do pensamento humano¹, em face da qual se reinterpretem os saberes teóricos acumulados até então.

O fortalecimento do constitucionalismo, já nas ordens jurídicas ocidentais do século XX, encontra na noção de democracia o complemento epistemológico para a conformação hodierna do Estado. Nem liberal, nem social, trata-se, na contemporaneidade, do Estado Democrático de Direito. Segundo Barros (2009, p. 13) e Marcelo Cattoni de Oliveira (2004b, p. 180)², é importante a contribuição dos estudos de Habermas (1997) para a identificação do Estado Democrático de Direito como um conjunto de princípios jurídicos fundamentais cuja observância garante ao cidadão reconhecer-se, ao mesmo tempo, como autor e destinatário da norma jurídica. Esse reconhecimento é que permite a compatibilização de legalidade com legitimidade no exercício do poder jurídico-político estatal.

Com efeito, aquela noção de Estado de Direito, que, a título incipiente, objetivava a limitação do poder político do monarca, hoje ganha contornos de avançado refinamento, de sorte que a legitimidade do exercício do poder jurídico-político não tem como se dissociar da participação do cidadão (DIAS, 2004a, p. 159)³. A participação cidadã, como pedra angular do Estado Democrático de Direito, informa todos os institutos jurídicos, aí incluída a prisão em flagrante.

2.2. Participação do cidadão na construção do direito democrático – uma noção de cidadania

Ao se falar de povo, cidadão ou sujeito de direito, no marco do constitucionalismo democrático, decerto não se cuida do povo icônico, sacralizado ou mitificado, de cujo sentido se abusa nos regimes autocráticos para justificar violência e barbárie (MÜLLER, 2009, p. 55). Tem-se em mira o povo como conjunto de cidadãos, isto é, legitimados a construir as decisões

1 O raciocínio ora esposado visa a sugerir cautela no uso do vocábulo “paradigma”, cunhado pelo físico Thomas Kuhn e carregado de polissemia, que pode gerar confusão, em vez de esclarecimento, na linha do que ensina Dias (2004b, p. 99-102). A propósito, confere Silva Filho (2004, p. 29-30), que menciona o fato de o termo “paradigma” ter sido usado vinte e uma acepções diferentes por Kuhn na obra “Estrutura das Revoluções Científicas”.

2 *Verbis*: “Regulamentações que podem pretender legitimidade são justamente as que podem contar com a concordância de possivelmente todos os afetados enquanto participantes em discursos racionais [...]”.

3 “A idéia fundamental de Democracia, como dito, está relacionada à fonte de legitimação do poder, que é o povo, dele emanando o exercício do poder pelo Estado, uno e indivisível, motivo pelo qual, somente assim, pode ser considerado poder de direito.”

estatais de que serão destinatários (LEAL, 2009, p. 111).

A concepção de cidadania pertinente ao presente trabalho tem contornos paradigmáticos compatíveis com o Estado Democrático de Direito e não se limita aos aspectos de representação política no exercício do sufrágio (direitos de votar e ser votado), “insuficiente para exprimir, com fidelidade, a vontade popular e a realização dos interesses do povo, na multiplicidade de suas manifestações” (BENEVIDES, 2000, p. 13). Por evidente, não é possível abdicar da faceta representativa da democracia, mas impõe-se o reconhecimento dos vazios de legitimidade que os mecanismos eletivos deixam à *complementariedade* (BENEVIDES, 2000, p. 14-15) de outros institutos jurídicos, que viabilizam e fomentam a *participação* dos cidadãos nas decisões jurídicas em qualquer das funções estatais: administrativa, legislativa ou judiciária.

Também não se pode olvidar a participação jurídico-política dos cidadãos por meio de movimentos sociais dinâmicos, enraizados ou, mesmo, espontâneos. Representação eletiva e movimentos sociais são formas de participação popular, mas não encerram todas as potencialidades democráticas da contemporaneidade. O Estado Democrático de Direito contempla a releitura desses fenômenos, mas inaugura um novo cenário científico-epistemológico. O próximo passo nesse esforço de aperfeiçoamento da relação entre direito e democracia consiste no incremento da participação popular com a criação de “canais institucionais” (BENEVIDES, 2000, p. 17). A institucionalização de canais de participação democrática dos cidadãos supõe o reconhecimento da capacidade do Direito em criar e recriar espaços públicos para a prática da cidadania, estreitando a dependência, de resto inegável, entre democracia e soberania popular. (BENEVIDES, 2000, p. 18-19)

A participação popular, assim entendida, supera a velha polêmica sobre o “verdadeiro” significado de *cidadania ativa* na filosofia política, desde o século XVIII – assim como a dicotomia Estado e sociedade civil, vigente até hoje entre liberais e antiliberais. Esta *cidadania ativa* supõe a participação popular como possibilidade de *criação, transformação e controle sobre o poder, ou os poderes*. (...) O que importa, essencialmente, é que se possam garantir ao povo a informação e a consolidação institucional de canais abertos de participação popular como uma “escola de cidadania”, como “educação política” do povo (...). (BENEVIDES, 2000, p. 20-21)

O **processo** é, assim, instituto jurídico constitucionalizado (LEAL, 2009, p. 69 e 96) que, incluindo uma série de princípios com férteis desdobramentos (BARROS, 2009, p. 16-22), a serem pormenorizados no decorrer deste trabalho, assujeita o exercício da atividade estatal (legislativa, administrativa ou jurisdicional) para garantir participação dos cidadãos (povo) na construção direta (entenda-se, sem intermediários, representantes eleitos ou

concurados) da norma jurídica e no controle do exercício do poder. Sem **processo**, pois, padece de inefetividade o parágrafo único do artigo 1.º da CRFB, ao prescrever que “todo poder emana do povo, que o exerce (...) diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 2009, p. 21).

2.3. A recíproca dependência entre processo e constitucionalismo para a legitimidade decisória no marco do Estado Democrático de Direito

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. No Brasil, os legitimados ao processo, como garantia constitutiva dos direitos fundamentais (BARROS, 2006, p. 14), têm a prerrogativa de promover a construção democrática da realidade constitucional posta como projeto no Texto de 1988, influenciando a elaboração justificada de cada ato estatal. Isso significa, em suma, exercício de cidadania por meio do processo (BARACHO, 1999, p. 121)⁴.

Sobretudo, o **processo** responde à crítica de falta de legitimidade no exercício do poder, fundada na diferenciação entre o representante e o representado, o eleito e o eleitor, ao ofertar a possibilidade de participação popular direta naquilo em que o exercício da cidadania não se mostra suscetível de delegação. Em consequência, todo **legitimado** ao processo tem nos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos os mecanismos por meio dos quais pode contribuir com a implementação da democracia efetiva na produção de cada ato (decisão) estatal. O cidadão torna-se, assim, corresponsável pela concretização democrática dos direitos fundamentais. Quanto àqueles que exercem profissionalmente o Direito, tal responsabilidade é ainda mais evidente:

[...] 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. (OLIVEIRA, Marcelo, 2004a, p. 542-543)

4 “As garantias individuais, coletivas e processuais tornam possível o exercício da cidadania plena, através do Processo Constitucional. As garantias individuais e sociais são consagrações que possibilitam o exercício da pluralidade dos direitos.”

Visto que o Estado Democrático de Direito não é um ponto de chegada, mas um infundável dever (OLIVEIRA, 2007), 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. Neste estudo, intenta-se demonstrar particularmente que, em relação à prisão em flagrante, procedimento de ordem penal, submetido ao **processo**, não há diferença. Para tanto e antes de tudo, é preciso libertar a democracia do cativeiro de sentidos pré-prontos, em um extremo, ou da ausência de sentido, em outro, para que ela se reconstrua de acordo com os referenciais espaciais e temporais da contemporaneidade.

Podemos assim dizer que, ao libertar o conceito de democracia, iremos perceber que a democracia não é um lugar onde se chega, a democracia é sempre um caminho. É ainda necessário construir um novo papel a ser desempenhado pela Constituição, pelo Direito, não como ordem reacionária, conservadora, que reage às mudanças fora dos limites constitucionais, mas como mecanismo transformador, [...] entendendo-se não só a democracia como processo, mas a Constituição como asseguradora desses processos de transformação. (MAGALHÃES, 2006, p. 171-172)

A autoconstituição do direito legítimo faz-se por uma mediação linguística⁵, que oportunize aos afetados “iguais possibilidades jurídicas de participação nesse processo de institucionalização de normas jurídicas” (CHAMON JR., 2007, p. XXXII e XXXIII). Trata-se do apontamento de parâmetros comunicativos elementares para a produção da legitimidade, que não se compatibiliza com a qualificação superficial do Legislativo como representante eletivo do cidadão, ou do Judiciário como corretor privilegiado das inconsistências da lei. Nesse raciocínio, a revisitação da noção de soberania popular encontra nos parâmetros comunicativos do processo, assim entendido como direito fundamental constitutivo dos demais direitos no espaço-tempo do procedimento, o apoio institucional que conduz à democracia constitucional-procedimental e afasta as formas modernas de solipsismo⁶.

A propósito, Habermas (1995, p. 115) denuncia que as perspectivas liberal e

5 Sobre a importância da linguagem na filosofia, desde a Grécia antiga até os tempos atuais, em que é encarada como condição de possibilidade do conhecimento, ver OLIVEIRA (2001). Sobre a interação língua-práxis, com incursões nas noções de linguística, semiótica e semântica, muito esclarecedora a leitura de BLIKSTEIN (1999), especialmente, para a dimensão constitutiva da linguagem (processual) em relação à práxis, capítulos XI e XII da obra.

6 “Por tudo o que se tem visto (...), parece que a resposta se encaminha para uma explicação de cariz paradigmático, isto é, de que ainda não superamos o esquema sujeito-objeto (em suas duas variações). (...) Exatamente por não superarmos esse paradigma é que colocamos nossas 'fichas' no sujeito solipsista que atravessa, incolumemente, a nossa modernidade ainda não esgotada. Talvez por isso esse sujeito tenha o nome de *Selbstsüchtiger*, cuja tradução seria 'egoísta'.” (STRECK, 2009, p. XXVI).

republicana de sociedade deliberativa têm dependência do Estado, respectivamente como guardião de uma sociedade de mercado e institucionalização autoconsciente de uma comunidade ética. Alinhavam-se, dessa forma, com a limitação ilegítima dos cidadãos por imposições externas de um Estado deles separado (cisão dicotômica Estado-sociedade ou, melhor, Estado-cidadãos), ou Estado sem processo.

No marco do Estado Democrático de Direito, a proposta procedimentalista discursiva de Habermas (1995, p. 117) recusa tanto o Estado republicanista como um sujeito global teleologicamente orientado, quanto o Estado mecanicista com inspiração nas leis de mercado. Por meio da intersubjetividade discursiva, os cidadãos, segundo essa leitura procedimentalista, em vez de delegar o exercício da democracia a um corpo técnico ou político de indivíduos concursados ou eleitos, no emaranhar-se da burocracia do Estado cindido da sociedade, assumem papel ativo na construção permanente da racionalidade procedimental estatal. A assunção cidadã da elaboração de procedimentos é capaz de influenciar todos os institutos jurídicos e, por essa premissa, atinge o âmbito da prisão em flagrante.

Com efeito, a proposta habermasiana evita que os temas juridicamente relevantes, aí inclusa a prisão em flagrante, fiquem restritos às instâncias estatais e governativas, como se eles não fossem objeto de preocupação direta do cidadão ou pudessem conformar objeto de discussão apenas por uma assembléia de “especialistas esmeradamente adestrados na operacionalização do Estado burguês ou social do direito” (LEAL, 2002, p. 43). Ela permite reconhecer que restrições dessa estirpe tornam monológico o discurso do conhecimento e se mostram incompatíveis com a forma plural e autocrítica da razão discursiva, típica da democracia constitucional que lida, cada vez mais, com complexidades, intermitências e a interinidade como regra. Esclarece, a respeito, Carvalho Netto:

Devemos ter presente que vivemos em uma sociedade moderna, uma sociedade complexa, uma sociedade em permanente crise, pois, ao lidar, racionalmente, com os riscos da sua instabilidade, ela faz da própria mutabilidade o seu moto propulsor. A crise, para esse tipo de organização social, para essa móvel estrutura societária, é a normalidade. Ao contrário das sociedades antigas e medievais, rígidas e estáticas, a sociedade moderna é uma sociedade que se alimenta da sua própria transformação. E é somente assim que ela se reproduz. Em termos de futuro, a única certeza que dessa sociedade podemos ter é a sua sempre crescente complexidade. (CARVALHO NETTO, 2004, p. 281-282)

A compreensão democrática da prisão em flagrante ultrapassa a já consolidada no dia-a-dia da prática de especialistas por dever de ofício. Se se pretende trabalhar uma perspectiva constitucional-democrática de prisão em flagrante, não é hora, e talvez nunca seja, de “ir

embora para casa, vestir o pijama e ver televisão” (OLIVEIRA, Marcelo, 2004c, p. 147), a transmitir, com ares espetaculosos, a pragmática positivada das prisões em flagrante.

2.4. A discussão entre procedimentalistas e substancialistas – reflexos na prisão em flagrante

Duas concepções de constitucionalismo brasileiro travam um sadio embate no campo teórico-filosófico (Programa de Cooperação Acadêmica – PROCAD Unisinos-PUC Minas n. 250/2007). Seus adeptos são classificados por Streck (2007, p. 24-37) em *procedimentalistas* e *substancialistas*.

Streck ensina que a tese procedimentalista apresenta a preocupação com o perigo do ativismo e do solipsismo judiciais, que decorrem da excessiva politização do Judiciário, transformando-o em instância privilegiada de correção de rumos do ordenamento jurídico e concretização de direitos fundamentais. Diante do *deficit* de legitimidade de qualquer concepção material da Constituição, mesmo que abraçada por uma corte constitucional não integrante da estrutura judiciária, a Constituição mesma, nessa perspectiva, deve ser “procedimentalizada”, isto é, resumir-se à previsão apenas dos “procedimentos que estabeleçam os meios e as garantias para a adoção de decisões coletivas” (STRECK, 2007, p. 26).

Segundo Streck (2007, p. 27), Habermas não adere à perspectiva axiológizante e gradual do direito, tributária de Alexy. “Concorda e acolhe o construtivismo principiológico de Dworkin no sentido de que *as normas jurídicas possuem um conteúdo moral (...)*, reconhecendo, no entanto, (...) às normas jurídicas especificidades tais que impedem que o direito seja considerado como um caso especial da aplicação da moral”. O construtivismo principiológico fiel à lógica jurídico-deontica necessariamente binária contribui para o procedimentalismo jurídico, porém Habermas rechaça o absolutismo de uma hermenêutica solipsista de normas como valores, mediada pelo saber histórico-novelesco do “juiz Hercules” (Streck, 2007, p. 28).

Apesar de ministrar as explicações supra, Streck mesmo não se filia à escola procedimentalista do constitucionalismo brasileiro. Subscrevendo em parte o modelo substancialista, Streck entende que a Constituição não comporta apenas os meios de condução das deliberações jurídico-políticas pelos cidadãos, mas engloba também os fins. Por isso,

argumenta que ao Judiciário se impõe a assunção do papel de intérprete habilitado a evidenciar o valor permanente da cultura e da origem dos textos constitucionais, se necessário contra as maiorias parlamentares eventuais. Com isso, “o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passa a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que diz respeito à jurisdição constitucional” (STRECK, 2007, p. 26).

Segundo Streck (2007, p. 35), em países com implantação tardia de direitos fundamentais, como o Brasil, à Constituição não basta estabelecer a estrutura básica do Estado, os procedimentos governamentais e os princípios relevantes para a comunidade política. É preciso que, para ter papel transformador da realidade, o direito (destacadamente o constitucional) reconheça a obrigação assumida e “encarnada” na Constituição de construir um estado social e democrático de direito.

Entretanto, em tema de prisão em flagrante, encontram-se aporias na perspectiva *substancialista* da Constituição. Afinal de contas, é problemático especificar a substância constitucional que autoriza a privação da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por paradoxal que possa parecer, tanto teorias extremistas do movimento da lei e da ordem quanto o garantismo-abolicionismo penal buscam amparo em dispositivos constitucionais de alcance irredutível (artigo 60, § 4.º, da CRFB), para sustentar suas propostas científicas.

Extremos opostos dos doutrinadores brasileiros fundamentam, ao mesmo tempo, interpretações do direito e do processo penal, quanto à prisão em flagrante e suas consequências, “a partir do pressuposto [substancialista] de que a Constituição é a explicitação do contrato social (contrato social também deve ser entendido a partir do paradigma hermenêutico, e não como um ponto de partida congelado)” (STRECK, 2007, p. 33). Isto é, os intérpretes da Constituição, malgrado antagonismos radicais entre si, reconhecem, em comum, os “fins, que, exatamente, caracterizam o seu [da Constituição] aspecto compromissório e dirigente” (STRECK, 2007, p. 33), “a vontade geral explícita no direito positivo” (STRECK, 2007, p. 32).

É particularmente incômodo, em sede *substancialista*, o fato de o Supremo Tribunal Federal acolher as duas hipóteses: salvo melhor juízo, é o sinal dos tempos jurídicos, verdadeira aberração hermenêutica, já que, por mais pluralista que seja, a Constituição não pode comportar, como projeto finalístico para a sociedade brasileira, a prisão antes de formação de culpa (*ex lege* ou prisão processual obrigatória em razão do flagrante) e o estado de inocência (artigo 5.º, LVII e LXVI, da CRFB) simultaneamente. Como, então, condescender com esse apical guardião (*sic*) da Constituição, que acolhe, decidindo a

liberdade e a vida de dois cidadãos, parâmetros valorativos e “fins constitucionais” tão inconciliáveis em intervalo de tempo tão pateticamente exíguo?

HC N. 97.975-MG

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. 1. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. NOVO TÍTULO PRISIONAL. NÃO OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO DA PRESENTE AÇÃO. 2. PACIENTE QUE Á ÉPOCA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA AINDA ESTAVA PRESO EM FLAGRANTE POR COLABORAR COMO INFORMANTE COM GRUPO, ORGANIZAÇÃO OU ASSOCIAÇÃO DESTINADO À PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 33, *CAPUT*, E 34 DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA AOS PRESOS EM FLAGRANTE POR CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS. 3. PACIENTE QUE NÃO ESTAVA EM LIBERDADE AO TEMPO DA SENTENÇA PARA POSTULAR O BENEFÍCIO. PRECEDENTES.

1. A superveniência da sentença condenatória, apesar de constituir novo título da prisão, não prejudica a ação no caso de tráfico de drogas, uma vez que o réu somente poderá apelar em liberdade se estiver solto ao tempo da condenação. *Habeas corpus* conhecido.

2. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes.

O art. 2º, inc. II, da Lei 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.

Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis.

Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei 11.464/07, que, ao retirar a expressão ‘*e liberdade provisória*’ do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal, constituía redundância.

Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.

3. A Lei 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei 11.343/06, art. 44, *caput*), aplicável ao caso vertente.

4. Paciente preso em razão do flagrante por colaborar como informante com grupo, organização ou associação destinado à prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 34 da lei 11.343/06. Não há falar, na espécie vertente, em direito de recorrer em liberdade, uma vez que, em razão da impossibilidade de concessão de liberdade provisória, o Paciente não está solto à época da prolação da sentença. Precedente.

5. Ordem denegada. (grifos acrescidos) (BRASIL, STF, HC 97.975-MG, Relatora: Min. Cármen Lúcia, 2010)

HC N. 96.577-DF

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

E M E N T A: “*HABEAS CORPUS*” – **PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO, NO CLAMOR PÚBLICO E NA DECRETAÇÃO DE REVELIA DO RÉU - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL – UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS** COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL

FEDERAL – SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA – PEDIDO DEFERIDO.

A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL.

- A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade.

A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu.

- A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes.

A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU.

- A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.

A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.

A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE.

- A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes.

O CLAMOR PÚBLICO NÃO BASTA PARA JUSTIFICAR A DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR.

- O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade.

- O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. Precedentes.

PRISÃO CAUTELAR E DECRETAÇÃO DE REVELIA DO ACUSADO.

- A mera decretação de revelia do acusado não basta, só por si, para justificar a decretação ou a manutenção da medida excepcional de privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu.

AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE.

- Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva.

O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

- A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da

ordem.

Mesmo que se trate de pessoa acusada **da suposta prática** de crime hediondo, **e até que sobrevenha** sentença penal condenatória **irrecorrível, não se revela possível** - por efeito **de insuperável** vedação constitucional (**CF**, art. 5º, LVII) - **presumir-lhe a culpabilidade.**

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, **sem que exista,** a esse respeito, decisão judicial condenatória **transitada em julgado.**

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, **consagra,** além de outras relevantes conseqüências, **uma regra de tratamento que impede** o Poder Público de agir e de se comportar, **em relação** ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado **ou** ao réu, **como se estes** já houvessem sido condenados, **definitivamente,** por sentença do Poder Judiciário. **Precedentes.** (grifos no original) (BRASIL, STF, HC 96.577-DF, Relator: Min. Celso de Mello, 2009)

As duas decisões acima transcritas constam da seção “Clipping do DJ”, do boletim informativo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal n. 579. Elas tratam do cabimento do instituto da liberdade provisória em procedimentos iniciados por prisão em flagrante, em face do regime jurídico das prisões antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (artigo 5.º, LIV, LV, LVII, LXI, LXV e LXVI, da CRFB). Na primeira decisão, o STF homologou a ressurreição da prisão cautelar obrigatória, equivalente ao cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Para tanto, encontrou lastro na prisão em flagrante como “título jurídico” bastante para subsidiar a execução precoce de pena. Relendo a parte final do inciso LXVI do artigo 5.º da CRFB, o STF fez letra morta do inciso LVII do mesmo artigo, isto é, assentiu com a mera e pura antecipação de cumprimento de pena, veiculada por previsão legal abstrata e inconstitucionalmente generalizante (artigo 2.º, II, da Lei 8072/90, com redação dada pela Lei 11464/07) (OLIVEIRA, Eugênio, 2001, p. 321-322).

Já na segunda decisão, o STF reconheceu que a ordem constitucional brasileira afirmou a liberdade e estabeleceu a inocência como efetiva situação jurídica de todo investigado, indiciado ou acusado (OLIVEIRA, Eugênio, 2001, p. 301). Decidiu, em interpretação diametralmente oposta à anterior, que a Constituição do Brasil é explícita ao qualificar a liberdade como regra e seu cerceamento, exceção, não obstante a existência de atividade estatal persecutória em curso contra o cidadão. Concluiu que, por mais que tenha havido, na espécie, prisão em flagrante, descabe manter o cidadão no cárcere sem a presença concreta e minuciosamente demonstrada nos autos dos requisitos cautelares dos artigos 312 e seguintes do CPP.

Não é raro esse paradoxo haurido de exemplos de decisões jurídicas do STF, com colegiado composto pelos mesmos ministros. Decisões impossíveis entre si em linha de argumentação ou fundamentação fazem parte do cotidiano do STF, dos tribunais e dos juízos

monocráticos Brasil afora. E não se trata de evolução autopoietica da jurisprudência...

A situação, embora emblemática, ilustra o *deficit* de legitimidade de um órgão, instituição ou entidade para oferecer “últimas palavras substanciais” sobre institutos jurídicos na democracia. É preciso reconhecer e resgatar, nesta quadra, a importância da interinidade e da incerteza do discurso processual, típicas do regime democrático em sociedades complexas. A incerteza e a insegurança do discurso processual de que se cuida não se prestam a justificar mudanças abruptas de concepções jurídicas solipsistas, cujo fundamento maior seja a visão-de-mundo do Relator de um caso no STF, ou do juiz da vez no interior de Minas Gerais. O problema maior é “depositar a confiança no STF, no Judiciário”, ou em coisa que os valha.

A rigor, na interinidade democrática, a comunidade jurídico-política não carece de um representante; de alguém que a tutele ou fale por ela; de instituição delegada que conduza, por ela, com exclusividade ou pioneirismo, os destinos da cidadania; de um guardião (a *aristocracia da toga*, de SCHMITT, 2007, p. 228), enfim, da pressuposta, simplificadora e não esclarecida ética comunitária. À democracia processual importam menos *quem* decide e sobre *o quê* se decide, do que *o como* se decide, isto é, mediante a comparticipação (NUNES, 2010) de todos os afetados pelo provimento, assujeitando, neste **processo**, o decisor.

Isso não significa que os temas e as instituições não sejam relevantes. O aspecto a se ressaltar na presente reconstrução é que a relevância maior das instituições e dos temas decorre do autocontingenciamento *substancialista* em face da participação popular. Para tanto, percebendo a complexidade das sociedades democráticas, instituições precisam tratar os temas sem privatizar visões pré-processualizadas de vida-bona, isto é, sem supor que os ocupantes de cargos ou funções públicas, só por estarem nesta condição, guardem ou detenham perspectivas desde sempre democráticas e comprometidas com a realização dos direitos fundamentais, sob pena de se converter a técnica em ideologia (HABERMAS, 2004). Cabe, por pertinente, rememorar o ensino de Marcelo Cattoni de Oliveira, quando critica, com veemência, a tentativa de apropriação da Constituição por qualquer órgão de poder constituído na República:

[...] O Supremo Tribunal Federal não pode, sob a desculpa de querer guardar a Constituição, privatizar, apropriar-se da Constituição. **Não se pode afastar a cidadania, nem do seu momento de criação, nem do seu processo de interpretação.** Somos todos intérpretes da Constituição. **Uma postura contrária a uma 'sociedade aberta de intérpretes da Constituição' não contribui (...) para a reafirmação, mais uma vez, de um projeto constitucional, que na verdade, não surgiu em 1988 e não se esgotou em 1988** [...] (OLIVEIRA, 2007, p. 67) (grifos acrescidos)

Na linha *substancialista*, em que o Judiciário “passa a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que diz respeito à jurisdição constitucional” (STRECK, 2007, p. 26), vê-se, nas decisões acima, que o Judiciário e, sobretudo, o STF, por si sós, não são mais capazes de gerar efetivação de direitos fundamentais do que o Executivo ou o Legislativo. Antes, essa excessiva valorização do STF quanto à construção de um cenário democrático de implementação de direitos fundamentais introduz mais um ator de grande porte ideológico nas discussões relevantes da comunidade jurídico-política (MAUS, 2000), não veiculando, necessariamente, abertura para que os cidadãos decidam sobre o destino que lhes é comum. Preferível, portanto, reconhecer a todo cidadão a qualidade de guardião dos direitos fundamentais, em prol de um projeto constitucional que não dependa, nem mais, nem menos, da atuação ética ou hermenêutica desta ou daquela instituição estatal⁷ (OLIVEIRA, 2009a, p. 47-52).

É necessária, para tanto, uma proposta bifronte de (des)confiança. De uma banda, confiar na capacidade de cada qual dos interessados nas decisões públicas de contribuir para a modelagem da sociedade em que vivem ou pretendem viver; de outra, desconfiar da entrega dos conteúdos decisórios do ordenamento jurídico a “assembléias de especialistas”, tais as de juízes, promotores, defensores, advogados, professores, políticos, enfim, quem quer que se arvore a condição de intérprete ou hermeneuta destacado da Constituição. Por isso, esta dissertação aborda, em capítulo próprio (6), a posição dos atores processuais no procedimento da prisão em flagrante, delimitando sua atuação não em sentido substitutivo ou delegatário dos cidadãos, mas, ao contrário, voltando-a para a abertura da influência popular.

Precisamente porque a democracia, como regime de uma comunidade jurídico-política de indivíduos livres e iguais, não comporta a figura do intérprete ou hermeneuta privilegiado do direito, torna-se imprescindível a tolerância em relação a erros e acertos detectados na prática de cidadãos e instituições, quanto mais em países com experiência constitucional-democrática tardia e altíssimos níveis de exclusão social, como o Brasil. Marcelo Cattoni de Oliveira aponta que o aprendizado da sociedade brasileira para o exercício da democracia está sujeito a tropeços, por vezes retrocessos. Reforça, entretanto, que isso não basta para o abandono do projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de cidadãos livres

7 Marcelo Cattoni de Oliveira critica a qualificação da função do Judiciário como “representação argumentativa”, em oposição à “representação democrática” exercida pelo Legislativo, nas palavras de Alexy, seguidas por Gilmar Mendes. Vale destacar a indagação do autor ao então Min. Presidente do STF, a quem dedicado o artigo: “se a Corte Constitucional seria, nessas condições, quem melhor poderia captar o sentido dos valores supostamente subjacentes à Constituição, *para quê processo legislativo, para quê política?* Bastaria, assim, uma atitude 'racional' por parte da jurisdição constitucional no sentido de uma suposta realização progressiva, ótima, desses valores...” (OLIVEIRA, 2009a, p. 51)

e iguais na procedimentalidade discursiva própria do direito democrático. De modo crítico, alerta que

a última moda do momento é **transferirmos o nosso destino e o nosso exercício da cidadania** para o Supremo Tribunal Federal, **sob a desculpa da incapacidade dos cidadãos brasileiros de exercerem a sua cidadania**. Nós já fizemos isso em relação ao Imperador, em relação à Presidência da República, em relação aos militares. Vamos, agora, transferir para o Supremo Tribunal Federal e para o Judiciário tal responsabilidade? (OLIVEIRA, 2007, p. 74)

O direito fundamental que veicula a participação dos afetados na construção das decisões e da normatividade jurídica é o **processo**. Não é demais repetir que o **processo** consiste na garantia informada pelos princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões por terceiro imparcial, conformadores de uma base uníssona e coerente (BARROS, 2009, p. 16-22), sem o qual o cidadão não atinge, sequer, a discussão sobre os conteúdos da normatividade, não é coautor do ordenamento jurídico. Como se percebe, a ausência de **processo** é antidemocrática e, mais uma vez, abre possibilidade para construções jurídicas decisionistas-solipsistas.

2.5. Esclarecendo desde logo: o processo constitucional não é meio, modo, forma nem instrumento de funções estatais com finalidades pré-prontas e não debatidas

Não há mais espaço para insistir na relação entre processo e jurisdição como algo instrumental, ou espelho da conexão meio-fim, que galgou os estertores da fama, em especial pela atividade acadêmica dos alunos paulistas de Liebman (por todos, DINAMARCO, 2005). Cumpre deixar bem claro e transparente que **processo**, na perspectiva do presente trabalho, não é instrumento de coisa alguma – jurisdição, legislação, administração, controle concentrado de constitucionalidade, ou coisa do gênero. Se alguma dúvida ainda subsiste sobre este ponto, abre-se possibilidade para críticas tais como a de Streck (2007, p. 35), que rechaça uma concepção processual de Constituição, ao argumento de que, além dos meios, ela traz também os fins. Streck (2007, p. 31) também recorre à lição de Tribe, para quem dizer que o processo é em si mesmo valioso é o mesmo que nele reconhecer uma inevitável substância constitucional.

Entretanto, definitivamente não é desse processo-meio que se trata no atual estágio de

estudos acadêmicos. Leal explica que a teoria da instrumentalidade do processo é legatária da escola inaugurada pelo barão Von Bülow. Segundo Leal, Von Bülow, integrante da aristocracia germânica, contribuiu, na célebre obra “A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais”, de 1868, para a criação de diversos embaraços teóricos à compatibilidade entre democracia e processo, ao propor a separação radical entre “relação jurídica processual” e “relação jurídica material”. E o fez, para Leal, incorrendo em duas aporias incontornáveis: uma, a adaptação a fórceps do conceito privatístico de “relação jurídica” para o processo; outra, a suposição de *jurisdição como atividade do juiz* regente do processo e capaz de manipulá-lo tecnicamente, a serviço da promessa onírica e paradisíaca de obtenção ou promoção de *justiça*. (LEAL, 2008, p. 27-29)

Embora muitos doutrinadores⁸ ainda enxerguem na obra do barão Von Bülow (2005, p. 5-12) o verdadeiro marco fundador da ciência do processo, a ensejar, desde então, a dicotomia Direito Processual e Direito Material, o que se não percebe no senso comum jurídico é que, com tal proposta, o barão não mirava perspectiva democrática alguma – nem de abertura do hermético discurso jurídico à participação de todos os afetados pela norma, nem de controle dos exercentes de função pública a qualquer título. O processo, em Von Bülow, “*não* fora concebido como meio de controle judicial, mas como técnica de atuação de juízes em relação ao reforço de convicções nacionais alemãs” (LEAL, 2008, p. 29). No mesmo sentido, Nunes (2010, p. 98-108) explica o fenômeno da socialização do processo, em Von Bülow e Klein, como resposta aos contornos duelísticos do processo liberal, monopolizado pelas partes, a ponto de culminar com a substituição do Estado de Leis (*Gesetzstaat*) pelo Estado de Juízes (*Richterstaat*). Nunes ainda pondera que nada de atual há nas propostas de apelo a uma formação humanística, plural e holística do juiz para o incremento do sistema jurídico, esclarecendo a inadequação de se trazer aos dias de hoje o pensamento da segunda metade do século XIX.

Àquela época, o pensamento que conduzia ao protagonismo judicial poderia ser mesmo defensável, uma vez que os juristas lutavam contra a aplicação liberal do direito (liberalismo jurídico) que impunha a prevalência dos interesses privados em detrimento dos sociais.

No entanto, a defesa pura e simples do protagonismo judicial como chave e solução de boa parte das mazelas do sistema, após a evolução da Ciência Jurídica ocorrida no último século, parece, na atualidade, no mínimo ingênua. (NUNES, 2010, p. 104)

Com essa *jurisdição* não interrogada, que “é poder desde sempre” e se confunde com a

⁸ Usam-se o vocábulo *doutrina* e seus derivados no preciso sentido menos qualificado, sob o ponto de vista científico e epistemológico, a que alude Marçal (2007, p. 31-58).

atividade solipsista do juiz (*judicação*⁹) no centro das preocupações do processo como relação jurídica (entre três atores, em que o juiz certamente está em posição apical), Leal denuncia que Wach, Chiovenda, Carnelutti, Liebman e seus alunos paulistas repetem a proposta, e as aporias, de Von Bülow no âmbito da ciência processual.¹⁰

Há, então, razões suficientes para que nada disso se aproveite na proposta de **processo constitucional** no marco do Estado Democrático de Direito. A **jurisdição**, na perspectiva do direito democrático, não é expressão ou faceta pura e simples do poder estatal, ditada com privatividade por uma “aristocracia da toga” (SCHMITT, 2007, p. 228), “mas o *resultado* da interpretação compartilhada do texto legal pelo procedimento regido pela principiologia do processo, (...) principiologia essa que se apresenta exatamente como viabilizadora da clarificação discursiva de conteúdos fático-normativos pelos destinatários da decisão”. (LEAL, 2008, p. 152)

E o **processo constitucional**, ou *modelo constitucional de processo*¹¹, na medida em que congrega uma miríade de princípios veiculadores da fala juridicamente qualificada para todos os destinatários do direito, aptos, portanto, à sua construção legislativa, administrativa ou jurisdicional, **não é meio, modo, forma de coisa alguma a ele exterior**. O **processo** é o próprio direito de participação dos cidadãos na construção dos conteúdos do direito (à vida, à liberdade, à igualdade, à saúde, à educação, à assistência jurídica integral e gratuita, ao estado de inocência, à higidez do ambiente, à livre iniciativa, ao não-confisco etc.). Esses princípios, “referentes lógico-jurídicos de invariabilidade perene, estabelecidos no texto legal, como limites originários da interpretação e aplicação do direito legalmente formulado” (LEAL, 2009, p. 273) é que fixam, pela linguagem, as balizas iniciais (mas nunca absolutas) da possibilidade de qualquer conhecimento jurídico. Com essa proposta, não se entrega à tradição, nem à história, a função de repositório de pré-compreensões de mundo, como se o ser humano estivesse “desde sempre em uma espécie de horizonte de sentidos” (STRECK, 2007, p. 77), ao mesmo tempo herdados e fundantes do mundo vivido de quem se encoraje a compreender hermeneuticamente.

9 Termo designativo da atividade do juiz na condição de servidor público, não coincidente, portanto, com *jurisdição*, como conjunto de conteúdos da lei construídos mediante processo. Tais cogitações são desenvolvidas, com pioneirismo, por Leal (2009, p. 69): “A expressão *processo jurisdicional* só pode ser inteiramente compreendida como instituição constitucionalizada que coloque as atividades de reconhecer direitos sob os comandos principiológicos do **processo**. (...) Não existe *processo jurisdicional* por inerência à atividade do juiz ou do decisor, devendo, entretanto, existir **jurisdição processualizada** em que a **judicação** há de ser exercida sob comando do **processo**.”

10 No âmbito do Direito Constitucional, Leal (2008, p. 30-32) alerta que, por opção metodológica, Dworkin e Alexy, mesmo sem referência a Von Bülow, também incorrem nesse *vazio*, isto é, pensar a *jurisdição* como atividade do juiz.

11 Na significativa e já famosa expressão de Andolina e Vignera (1990).

A presente proposta de abordagem processual da Constituição (ou constitucional do processo) também não separa o homem de sua história ou tradição, não as despreza, nem incorre na sedução metafísica (e liberal) do “homem abstrato”, descontextualizado. Apenas, repita-se, não confia a elas (tradição e história) a condição de espaço necessário e dado pela vida (mundo vivido, ser-aí), que funda e inaugura a possibilidade do conhecimento, nem a qualidade de provedoras inevitáveis dos conteúdos da linguagem (LEAL, 2005-B, p. 172-173)¹², que se tornam, nessas condições, insuscetíveis de interrogação teórico-discursiva, isto é, **processual**.

O **processo**, assim, por sua principiologia textualmente demarcada, mas não esgotada, na Constituição-linguagem, cumpre o papel de fundamento ou referencial do discurso jurídico, democrático e crítico, sobre os conteúdos do direito, sejam os herdados da tradição, sejam os reconhecidos como conquistas históricas, sejam, ainda, os apenas (sem sentido pejorativo) teorizados. Como ensina Coutinho (2009, p. 109), tudo isso é linguagem ou produto dela, num esforço permanente de *reconstrução/reconstituição* dos institutos jurídicos e do próprio homem na comunidade jurídico-política que integra:

Não se trata do crime – tenha-se bem presente – já existente (pelo menos aparentemente), mas da sua *reconstituição*, algo que se faz pela *linguagem*, como não se pode negar. Eis, então, a razão pela qual a linguagem é tão importante do espaço do Direito Processual Penal. Afinal, consumado o crime (teoricamente falando, obviamente), daí por diante tudo já é matéria processual e, assim, caminha-se nos labirintos da linguagem. Salvo as raríssimas exceções dadas pelos chamados *atos reais* (embora até eles sejam discutíveis enquanto tal), vistos na visão de Goldschmidt, tudo o mais é pura linguagem. Não é de estranhar, não obstante: a investigação preliminar é sempre linguagem; a denúncia é, no que mais interessa (a imputação), linguagem; a prova, mormente aquela quantitativamente mais significativa, a testemunhal, é pura linguagem; as razões e alegações das partes são pura linguagem; as decisões, máxime as sentenças, da mesma forma, são linguagem; e assim por diante. Está-se, portanto, no reino da linguagem. (COUTINHO, 2009, p. 109)

Pelo exposto, **processo** não pode jamais ser confundido com forma ou formalidade sem matéria, continente sem conteúdo (STRECK, 2007, p. 78), sob pena de gerar mesmo perplexidade quanto à proposta de um constitucionalismo processual. Essa perplexidade decorre do *paradoxo de Bülow*, em que o processo-técnica de jurisdição-atividade-do-juiz realmente não pode ofertar avanço democrático quanto ao controle das decisões do próprio

12 “[...] Heidegger vai conceber a consciência (transcendência do *ente* (homem-físico-*dasein*) como dimensão linguística e fenomenologicamente elaborada pelo homem, e não, como quis Husserl, carnalmente recebida e intuída pelo homem (...). Em Heidegger, o homem-físico (**ente carnal**) deixa de ser morada (continente impregnado) da consciência atemporal (*Lebenswelt* em Husserl) para, num refletir próprio (imane) ao ente humano (o que o diferiria do animal), ultrapassando-se a si mesmo (viragem) por via da linguagem construída no tempo espaço do ente (*dasein*), desvelar o seu **ser** (*esse*) [...]”.

juiz pelos cidadãos (LEAL, 2008, p. 69-128).

2.6. Processo constitucional no Estado Democrático de Direito e a perda de sentido da dicotomia instrumentalista direito e garantia

O entendimento do processo como referente linguístico-constitucional a partir do qual os cidadãos constroem os conteúdos da normatividade jurídica (BARROS, 2008-A, p. 131) confronta a vetusta dicotomia entre direitos e garantias fundamentais, estas instrumentalizadas em favor daqueles. Para entender-se o confronto, devem-se, antes, rememorar as idéias em torno da dicotomia *direito e garantia*.

Bonavides (2004, p. 526-527) afirma que a separação conceitual entre *direito* e *garantia* evita o obscurecimento da passagem progressiva e valorativa do Estado Liberal para o Estado Social. Assevera que as garantias inicialmente gravitavam em torno de dois pólos, a cuja proteção se dirigiam – o indivíduo e a liberdade –, mas, a partir do século XX, voltaram-se igualmente à proteção de um terceiro objeto – a instituição. Argumenta, com a evocação de Juan Carlos Rébora, que o fracasso ou a supressão de uma garantia não equivalem ao fracasso ou à supressão do direito que ela alberga. Após esclarecer o caráter acessório das garantias em relação aos direitos ou liberdades, que depois se adaptaram à idéias de constitucionalidade ou fundamentalidade constitucional (donde *direitos* e *garantias* constitucionais), Bonavides (2004, p. 528-529) tributa aos juristas liberais a introdução dessa dicotomia no direito público.

Não só pela inspiração confessadamente liberal, mas, sobretudo, por sua filiação ao caráter instrumentalista e acessório do processo frente a um suposto “direito material”, é que essa dicotomia – *direito e garantia* – não se enquadra na perspectiva do processo constitucional democrático. Com efeito, ao se colocar como liberal, a divisão conceitual entre *direitos* e *garantias* opera em paradigma superado pela Constituição do Brasil de 1988 (OLIVEIRA, 2007, p. 37-38), trabalhando, em suma, com Estado e sociedade como se fossem o todo e suas partes.

Nessa esteira, percebe-se que, embora de origem liberal, a dicotomia *direito-garantia* serve a dois paradigmas de Estado contrapostos no bojo de uma reconstrução histórica, a saber: o Estado Liberal e o Estado Social. No primeiro, entendem-se os direitos fundamentais como espaços de liberdade e ausência de regulação legal limitativa; por conseguinte, os cidadãos precisam de uma série de *acessórios* (garantias, processo como instrumento) para se

proteger, nos moldes do mercado, contra invasões indevidas do Estado em sua esfera de liberdades (direitos) fundamentais (naturais, dados). A Constituição e as *garantias* que traz em seu texto funcionam na qualidade de aparato normativo para a compatibilização de interesses nem sempre convergentes.

O processo democrático se dá, para o liberalismo, exclusivamente sob a forma de compromissos entre interesses divergentes, devendo a igualdade civil ser assegurada pelo direito geral e igualitário de votar, pela composição representativa dos corpos parlamentares, pelas normas decisórias etc., normas essas justificadas em termos de direitos liberais fundamentais (...). Assim, a Constituição, enquanto *mecanismo* ou *instrumento* de governo (“*instrument of government*”) tem uma função de compatibilização. O equilíbrio regulado entre poder político e interesses sociais diversos necessita de um canal constitucional. (OLIVEIRA, 2007, p. 32 e 35)

Já no segundo paradigma, o Social de Direito, cogita-se da possibilidade de um corpo soberano de cidadãos formar uma vontade geral, resultante desse todo constituído, e, nela, demandar prestações positivas e atuações cada vez mais invasivas do Estado na sociedade, visando à concretização de direitos fundamentais. Logo, as *garantias* servem aos cidadãos de instrumentos para tanto e continuam sendo manejadas primacialmente contra o Estado. Assim como na concepção liberal de Estado, na republicana este igualmente se separa da sociedade. A Constituição, nesse paradigma, é entendida como repositório de valores e arcabouço da identidade ética da comunidade política autônoma.

Um governo republicano nunca estaria somente incumbido de exercer um mandato amplamente aberto, como no modelo liberal, mas também obrigado programaticamente a cumprir certas políticas, permanecendo ligado à comunidade política que se autogoverna. (...) Assim, a Constituição é compreendida como a consubstanciação da identidade ética e da auto-organização de uma sociedade política. Sua realização se dá, portanto, através do exercício conjunto da autonomia pública dos membros dessa sociedade política. (OLIVEIRA, 2007, p. 35)

Entretanto, a oposição entre Estado e sociedade “não é correta, nem necessária” (OLIVEIRA, Marcelo, 2006, p. 110) e, bem por isso, a relação interna entre democracia e constitucionalismo, em uma visão procedimentalista do direito, decreta a insubsistência da *dicotomia direito-garantia*. Para que os cidadãos se reconheçam como livres e iguais, o Direito deixa de ocupar o lugar de instrumento, voltado ora para manutenção de liberdades negativas (liberalismo), ora para a efetivação de prestações materiais assumidas em compromissos históricos ou herdados da tradição (republicanismo comunitarista). A parametrização normativo-constitucional das condutas dos cidadãos na construção das decisões jurídico-políticas deixa de ser encarada como obstáculo ao exercício da democracia,

para passar à condição de *medium* ou *locus* de sua efetiva realização.

Nesse raciocínio, devem-se ter por certas duas premissas. Primeira, o exercício da democracia depende de contornos jurídico-constitucionais, que operam na função de *medium* da participação dos cidadãos. Segunda, o regime constitucional democrático não é um ponto estanque de partida ou chegada (Nota 17). Com elas, faz-se nítida, mais uma vez, a codependência entre Constituição e Democracia, em um projeto permanente e aberto, inacabado e sempre sujeito a mutações, que se propõe a tematizar e conviver com a complexidade da sociedade a cuja regência **legítima** se destina.

O projeto de construção (constituição) dos conteúdos da normatividade social depende do **modelo constitucional de processo** na busca pela legitimidade, que é, por sua vez, infinita, porquanto a legitimidade mesma, na complexidade democrática, não possui (e não pode possuir) fundamento último (ou primeiro) na história, na tradição ou em outro repositório não debatido (processualizado) de compromissos ou direitos materiais. É congênita à legitimidade democrática a impossibilidade de atingir grau absoluto ou definitivo, segundo ensina Marcelo Cattoni de Oliveira:

Na modernidade, o poder constituinte legítimo só se expressa através do *medium* do Direito moderno.

Enfim, trata-se de um *projetar-se* que, por ser moderno, é sempre carente de legitimidade, de uma legitimidade que é sempre vivida como *falta*, como *ausência*, na impossibilidade de um fundamento último, absoluto, na tradição, e que se lança, pois, a um futuro aberto. Esse *projecto* remete a própria questão da legitimidade à idéia de *construção da legitimidade*, por meio da realização no tempo da relação interna entre as noções de autogoverno e de iguais direitos individuais de liberdade, concretizadores de uma noção complexa de autonomia. Assim, as exigências que se colocam a este processo constituinte, ao invés de barreiras a ele, são, na verdade, uma forma de explicitação da própria noção complexa de autonomia que lhe é subjacente. (OLIVEIRA, 2007, p. 70-71)

No plano do **modelo constitucional de processo**, não cabe mais distinguir direito de garantia por um viés instrumental, como se, por exemplo, o instituto-procedimento do *habeas corpus* consubstanciasse *garantia* de um *direito material de liberdade* já existente e consolidado na história ou tradição brasileiras. Em termos simples e diretos, não existe um direito material de liberdade, pronto, acabado e integrado, em abstrato, ao patrimônio jurídico dos cidadãos, ao qual o procedimento de *habeas corpus* serve de proteção, mediante a técnica de subsunção. O direito de liberdade do cidadão só se constrói no procedimento de *habeas corpus*, sob a regência do **modelo constitucional de processo**. Nesses termos, fica mais claro que o **processo** constitui o direito de liberdade diante do caso reconstruído no curso do procedimento.

O momento comporta a lembrança da lição do constitucionalista Canotilho, para quem “as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *carácter instrumental* de proteção dos direitos” (CANOTILHO, 2000, p. 396). Esse caráter instrumental é que, diante das contribuições teóricas ofertadas por processualistas, sobretudo Fazzalari, não pode subsistir, muito menos ter-se como a principal característica das assim chamadas *garantias*. Em vez de instrumentos de concretização de direitos fundamentais não debatidos, as *garantias* são elementos do **modelo constitucional de processo** que, além de especificar os procedimentos em atos e fases distintos, variam, se expandem e aperfeiçoam (ANDOLINA e VIGNERA, 1990), para consolidar, elas mesmas, posições jurídicas dos sujeitos no curso do procedimento normativo (FAZZALARI, 2006, p. 115-120)¹³.

Ao projeto processual de Constituição importa veicular a participação popular na construção dos conteúdos da norma, abrindo-se a todos os destinatários do direito a prerrogativa de colaborar na sua interpretação e aplicação – ou, dentro do perfil da filosofia hermenêutica (STRECK, 2010, p. 59 e 60)¹⁴, que não separa essas duas etapas, na sua compreensão¹⁵. Portanto, qualquer instituto jurídico veiculador da democracia participativa, pela qual os cidadãos definem o direito a que se submetem, pode receber a classificação de *garantia* ou *direito*.

Com esses esclarecimentos, concebe-se o **processo**, em modelo principiológico coerente, como **direito constitucional e, ao mesmo tempo, expressão da liberdade democrática fundamental de participação dos cidadãos na construção legítima dos direitos**. O **Estado Democrático de Direito** suplica tal abordagem do **processo**, a ponto de tornar compreensível o caráter pleonástico da sua própria expressão, na linha do que leciona

13 À *tipologia penal do modelo constitucional de processo* se retorna no próximo capítulo, mas, para elucidar as posições das partes no curso do procedimento, que decorrem das *garantias*, cabe a transcrição da lição de Barros (2009, p. 16): “Assim, somando todas as garantias relacionadas à liberdade do cidadão nos casos de prisão (como, por exemplo, o artigo 5.º, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVIII, da CR/88) ao princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade (art. 5.º, LXII, CR/88), pode-se perceber que há especificidades para o processo penal, em razão do próprio direito fundamental que se pretende amparar: o direito de liberdade. Liberdade do indivíduo vista aqui não só no contexto de liberdade de ir, vir ou permanecer, mas no sentido da sua intimidade e privacidade, verificadas nas diversas cláusulas de inviolabilidade (artigo 5.º, X, XI, XII, CR/88) ou na liberdade de convicção ou crença e na proibição de qualquer discriminação (artigo 5.º, XLI, CR/88)”

14 “Com o giro ontológico operado por Heidegger se dá – de uma forma inédita em toda tradição filosófica – uma *reconciliação* entre prática e teoria e, ao mesmo tempo, ocorre um deslocamento do solipsismo subjetivista para *um contexto intersubjetivo de fundamentação*. Heidegger cria um novo conceito que descreve um ambiente no interior do qual conhecimento prático e conhecimento teórico se relacionam a partir de uma circularidade: *o círculo hermenêutico (hermeneutische Zirkel)*. (...) Há uma fundamentalidade na obra de Heidegger com respeito ao modo como se trabalha com a hermenêutica, que não pode ser afastada por outras razões (p. ex., políticas)”

15 “Tudo isso é importante para que não se operem equívocos acerca da hermenêutica filosófica. Aplicação (*applicatio*) é a síntese hermenêutica da compreensão; a aplicação de que fala Gadamer não é uma fase posterior da interpretação ou compreensão [...]” (STRECK, 2007, p. 69)

Marcelo Cattoni de Oliveira. Não se pode falar em Estado de Direito sem Democracia, nem em Democracia sem Estado de Direito.

Em contraposição a uma visão comunitarista da política, a Teoria Discursiva da Democracia sustenta que o êxito da política deliberativa depende da institucionalização jurídico constitucional dos procedimentos e das condições de comunicação correspondentes, e considera os princípios jurídicos do Estado Constitucional como resposta consistente à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas comunicativas de uma formação democrática da vontade e da opinião políticas. **Em outras palavras, não há democracia sem constitucionalismo.** (grifos acrescentados) (OLIVEIRA, 2007, p. 41)

Não cabe falar em garantias processuais de direitos fundamentais, se o processo é indissociável do Estado Democrático de Direito. Eis a razão porque, ao se levar a sério o estudo do procedimento da prisão em flagrante com pretensões democráticas, as bases jurídicas de legitimidade do instituto têm de integrar a Constituição. E assim continuará a se desenvolver esta abordagem dissertativa.

2.7. Processo constitucional no Estado Democrático de Direito e a perda de sentido da classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões

Bonavides atribui caráter profético ao lema da Revolução Francesa de 1789. Para o autor, liberdade, igualdade e fraternidade sumulam a sequência histórica de gradativa institucionalização dos direitos fundamentais, “em três gerações sucessivas, que (...) traduzem um processo cumulativo e qualitativo”, rumo à “universalidade material e concreta”. (BONAVIDES, 2004, p. 562-563)

Às duas primeiras gerações de direitos no estudo de Bonavides correspondem duas perspectivas de abordagem funcional na teoria de Canotilho. Os direitos de primeira geração, tributários do ideal francês de *liberdade*, têm pertinência individual, traduzem faculdades ou atributos da pessoa e, marcados pela subjetividade, conformam a resistência ou oponibilidade do seu titular ao Estado (BONAVIDES, 2004, p. 563-564). Há nítida conexão entre a primeira geração de direitos fundamentais e o *status negativus* que gravita em torno do entendimento sobre *liberdade*, como esfera de privatividade do cidadão protegida contra a intervenção do Estado (CANOTILHO, 2000, p. 394).

Já a segunda geração de direitos agarra-se ao mote da *igualdade* e representa resposta

das aspirações marxistas e weimerianas à abstração dos direitos de primeira geração. Por autorizarem a exigência de prestações materiais do Estado (BONAVIDES, 2004, p. 564), correlacionam-se ao *status positivus* que, nas cogitações acerca de uma Constituição dirigente, condiciona a individualidade plena. Recebem a designação moderna de direitos econômicos, sociais e culturais (CANOTILHO, 2000, p. 395-396). Sobre eles, sua efetividade e aplicabilidade labutam os adeptos da teoria substancialista de Constituição¹⁶, como se carregassem o rol de compromissos assumidos pelo movimento constituinte ao reconhecer, em países de desenvolvimento tardio e com altos índices de exclusão social, uma dívida herdada da história e da tradição.

A terceira geração de direitos diz respeito ao tema da *fraternidade* francesa, a englobar direitos de comunicação, à higidez ambiental, à paz e ao desenvolvimento. Destinam-se à proteção da humanidade (BONAVIDES, 2004, p. 569-570) e abrem caminho para uma quarta geração de direitos, que “compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos” (BONAVIDES, 2004, p. 572). Também a propósito da propriedade vocabular de “geração” ou “dimensão” de direitos, a chamada quarta etapa instiga Bonavides a preferir este àquele termo, como que a prolongar a profecia revolucionária de 1789, ponto de partida simbólico de um “trem da história” axiologicamente pré-ordenado. A proposta teórica estaria, então, em seguir a Humanidade nesse “caminhar a todo vapor”:

O vocábulo “dimensão” substitui com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos da gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário (...).

Os direitos da quarta geração não somente culminam a *objetividade* dos direitos das duas (*sic*) gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a *subjetividade* dos direitos individuais (...) de primeira geração.

Daqui se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos de segunda, terceira e quarta gerações não se interpretam, *concretizam-se*. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação. (BONAVIDES, 2004, p. 572)

Quanto ao tópico, a Bonavides faz coro Sampaio, que também identifica as três gerações de direitos fundamentais com cada qual dos vocábulos de ordem da Revolução Francesa e aponta para uma quarta geração de direitos fundamentais, a congregar, ainda com delimitações rarefeitas: compromissos intergeracionais em relação à vida e ao ambiente saudáveis; parâmetros aos avanços científicos, sobretudo no campo da bioengenharia; direitos

16 Por todos, Streck (2005, p. 80): “De minha parte, penso que a tese da manutenção do dirigismo constitucional está indissociavelmente ligado às teses substancialistas. Dito de outro modo, o procedimentalismo sustentado por autores como Habermas (...) é incompatível com a tese da Constituição dirigente-compromissária (ou o que dela resta)”.

à verdade sobre o que produzido e realizado no passado; proteção especial às mulheres em fase conclusiva de emancipação ou aos vulneráveis de modo geral; encarecimento da autorrealização; e alargamento das fronteiras democráticas com destaque ao direito à comunicação – tudo isso sob a titularidade de povos, nações, etnias, enfim, a humanidade (SAMPAIO, 2004-A, p. 298-302). Sampaio (2004-A, p. 302 e seguintes) vai além e noticia teorias sobre uma quinta geração de direitos fundamentais, correlatas à inclusão do cidadão em certa perspectiva sentimental-ontológico-cosmogônica, arrolando, a seguir, críticas e contracríticas seriadas que têm por premissa a classificação dos direitos fundamentais em gerações.

Para efeito do presente trabalho, contudo, a mais relevante dessas críticas parece a que recai sobre a própria compartimentalização estanque dos direitos em aspectos geracionais ou dimensionais, e não a que a toma como premissa. Isto é, o problema não consta de eventual tensão entre direitos de liberdade negativa (primeira geração) e direitos de igualdade prestacional (segunda geração), ou entre a proteção do ambiente para as futuras gerações (terceira e quarta gerações) e o direito de autodesenvolvimento sentimental à custa de essencialidades ou futilidades produzidas pelo capitalismo (quinta geração). O problema está na própria classificação dos direitos fundamentais em dimensões ou gerações, que conduz a essas aporias e a outras ainda maiores.

Mesmo que se concorde com Sampaio, no sentido de que dela se consegue extrair algum proveito histórico (SAMPAIO, 2004-A, p. 308-310), a classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões não subsiste a uma crítica de fundo jurídico-paradigmático amparada na noção, aqui adotada, de **modelo constitucional de processo**.

Se houvesse ganho epistemológico (de esclarecimento) ou hermenêutico (de compreensão) na hierarquização ou divisão dos direitos fundamentais em dimensões ou gerações (ou outra linha divisória presa à sucessão ou releitura dos interesses do povo num contexto histórico estanque), o **processo** é que, de acordo com os aportes teóricos alhures desenvolvidos, se colocaria como direito de primeiríssima geração (dimensão), porque, na condição de *medium* linguístico permanentemente aberto à participação dos cidadãos na construção do ordenamento, é, desde sempre (1215, 1789, 1919, 1945, 1988, 2010...), **direito constituinte de todas os outros no ambiente democrático**.

Parece epistemológica e hermenêuticamente desprovida de sentido a hierarquização de direitos no bojo de uma democracia jurídica. Sob o prisma epistemológico, não se podem absolutizar o discurso e os pontos-de-partida (do conhecimento) em que se apóia o regime. Ao contrário, cabe sempre expor à crítica (POPPER, 1999, p. 238 e 241) processual os conteúdos

dos direitos fundamentais, revisitando-os e reconstruindo-os. Sob o ponto de vista hermenêutico, a fundamentalidade dos direitos constitucionais não se acha em tese, em abstrato, no plano unicamente normativo. A fundamentalidade dos direitos também precisa ser compreendida no contexto de “um processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico, (...) que atualiza, de geração em geração, o sentido performativo do ato de fundação da sociedade política [...]” (OLIVEIRA, 2007, p. 43-44).

2.8. Sobre a estrutura do 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.

Relembrando, a proposta procedimentalista discursiva de Habermas rejeita tanto o Estado republicanista – um sujeito global e teleologicamente orientado – quanto o Estado liberal – mecanicista e regulatório de poderes e interesses individuais com inspiração nas leis de mercado (HABERMAS, 1995, p. 117). Por isso, preenche a aporia do modelo constitucional de processo desenvolvida, a título incipiente, na Itália (ANDOLINA e VIGNERA, 1990). 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 pretenso 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 participada, 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 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 microsistemas em que se especifica (BARROS, 2009, p. 14). E, como se verá adiante neste trabalho, com auxílio de uma abordagem de direito comparado, é a *perfectibilidade* que permite ao modelo constitucional de processo abertura para encampar novos institutos e desenvolver, cada vez mais, os direitos fundamentais de cidadania¹⁷.

Também com a idéia de *modelo constitucional de processo* expansível (às demais normas do sistema), variável (para adaptar-se aos conteúdos jurídicos 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)

2.9. Processo constitucional e o procedimento de prisão em flagrante – aportes iniciais

17 “Cidadania, num contexto pós-nacional e pós-nacionalista, refere-se, agora, à titularidade de direitos fundamentais de participação política, jurídico-constitucionalmente delineados, garantidores de uma autonomia jurídica pública” (OLIVEIRA, 2007, p. 3-4).

No ordenamento jurídico brasileiro, prisão em flagrante é espécie do gênero prisão provisória. Fala-se em provisoriedade da prisão por decorrência do princípio do estado de inocência (artigo 5.º, LVII, da CRFB). Se 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 (artigo 5.º, LXI, da CRFB): estado de flagrante delito e ordem escrita e motivada de autoridade judiciária competente¹⁸. Ambas se sustentam em elementos de cautelaridade.

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*¹⁹. É dizer, 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 (artigo 5.º, XXXV, CRFB) e do direito ao Processo (artigo 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 repercutir no exercício de contraditório e ampla defesa. Tal situação delinea contornos específicos ao procedimento da prisão em flagrante. Evidentemente, esses contornos são dados pela Constituição.

Entretanto, após as explicações supra acerca de um modelo constitucional de processo no marco do Estado Democrático de Direito, não basta constatar, até com certa obviedade, que os limites da prisão em flagrante constam da Constituição. Tal constatação, por si só, não confere legitimidade ao instituto da prisão em flagrante. É preciso aferir em que medida o **processo** contribui para a construção desse instituto em termos **democráticos**, tendo em vista que o próprio Estado, a Constituição e o Processo podem ser interpretados ou compreendidos em diferentes paradigmas, que, por sua vez, trazem os parâmetros, nem sempre coerentes, da almejada legitimidade.

O salto de compreensão da prisão em flagrante, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, é importantíssimo e engloba duas reviravoltas elementares: uma conceitual; outra, institucional ou participativa. Pelo lado conceitual, a prisão em flagrante no direito

18 As hipóteses de transgressão militar e crime propriamente militar também autorizam prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, mas não se incluem no objeto deste trabalho.

19 O próximo capítulo dedica-se com mais vagar ao delineamento do *modelo constitucional de processo*.

democrático supõe o abandono da fórmula desprocessualizada (sem *contraditório* e *ampla argumentação*) de execução e manutenção da prisão em flagrante, que a transforma em porta de entrada para a formação antecipada de culpa, já na fase investigativa preliminar, e oportunidade de “coleta de provas” mediante atuação solipsista de servidores públicos (OLIVEIRA, Eugênio, 2006, p. 430-431). Em sede constitucional-democrática, o instituto do flagrante se justifica apenas por critérios de *visibilidade* e *imediatez* de condutas supostamente criminosas, cujos efeitos devem ser obstados. Em capítulo oportuno, com retorno ao tema, será possível apontar as vedações constitucionais à tratativa do flagrante como algo mais do que isso.

Já no âmbito institucional ou participativo, a revisitação democrática da prisão em flagrante implica não mais entendê-la como “assunto da polícia”, ou, pior, “da Justiça”, mas de toda a coletividade. Vale lembrar que mesmo o autoritário CPP de 1941 (artigo 302) já prescreve que qualquer cidadão pode externar ordem de prisão, conduzindo o autor de aparente delito à presença do servidor público policial. Em sede de democracia constitucional, do cidadão, como coautor da normatividade jurídica, espera-se não uma faculdade subsidiária ao pioneirismo do Estado e seus servidores, mas uma atitude de participação e envolvimento permanentes também na construção das hipóteses de manejo da prisão em flagrante. Isto é, o mínimo que se espera de um cidadão que presencia, em concreto e no cotidiano, atitude aparentemente delitiva é o acionamento das instituições policiais pertinentes, para a deflagração do procedimento de prisão em flagrante e de investigações policiais. Se possível, deve o cidadão acompanhar a sequência dos trabalhos policiais e de eventual ação penal, intervindo na construção dos provimentos jurídicos. Afinal, o impedimento ou a minoração dos efeitos da criminalidade interessam aos cidadãos em geral, sobretudo aos que se fizeram próximos dos fatos postos sob investigação ou persecução penais.

A postura ordinária de encarar o tema da prisão em flagrante como assunto exclusivo ou prioritário dos órgãos oficiais é o mesmo que recorrer ao mítico “Estado-juiz”, ao “Estado-acusador”, ao “Estado policial”, ou coisa que os valha, incorrendo na antidemocrática dependência do Estado, seja como liberal, seja como republicano (cf. nota 20). Nesse sentido, embora colocando de lado a complexidade da organização social no século XXI, reafirma-se, após as explanações dos itens anteriores, que as concepções de Estado Liberal e Estado Social de Direito condenam à falta de esclarecimento uma série de indagações em torno da legitimidade do exercício do poder de prisão.

Para que se fique apenas com um exemplo, a consideração da prisão em flagrante como momento oportuno para “produção de provas” (ver item 3.3.3, *infra*), mediante

atividade solipsista dos ocupantes de cargos da polícia ou, pior, do Judiciário, encerra, a rigor, mero ato de fé na idoneidade e na capacidade de atuação desses servidores públicos quando instados a reconstruir uma inalcançável “verdade dos fatos”, sem participação das partes afetadas pelas decisões jurídicas desde então formalizadas. Vê-se, alfim, que a democracia constitucional não ampara – ao contrário, repele – a ficção de que o aparato estatal, com seus servidores, encontra-se, desde sempre, “destinado e vocacionado para a proteção de direitos fundamentais” (OLIVEIRA, Eugênio, 2004, p. 49). A proteção dos direitos fundamentais é tarefa pertinente a todo cidadão e perfaz-se nas balizas institucionais do **modelo constitucional de processo**.

3. PRISÃO EM FLAGRANTE: A PRÁTICA BRASILEIRA, ALGUMAS CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO COMPARADO E A REGÊNCIA DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

3.1. Da prisão em flagrante à brasileira

De se lamentar que, na prática, a procedimentalidade da prisão em flagrante no Brasil não siga o *modelo constitucional de processo*. A tradição inquisitória impregnada no CPP de 1941, com inspiração no *Codice Rocco* (COUTINHO, 2009-A, p. 110), consolidou a prática da prisão em flagrante no Brasil como método ótimo de formação antecipada de culpa não só no pretérito perfeito que antecede a chamada “fase processual”²⁰, iniciada com a denúncia, mas no pretérito mais que perfeito que se identifica antes da fase preliminar investigativa (o inquérito). Tudo se faz, às claras, mediante desconsideração do *modelo constitucional de processo*. Essa desconsideração indicia, em geral, falta de estudo do direito com perspectiva democrática, mas, em não raras hipóteses, mostra-se também oportunista, ideológica, corporativista.

No último caso, trata-se de ideologia (EAGLETON, 2007, p. 204-205 e 214-215²¹), que ignora a diferença entre política criminal – conjunto de políticas públicas de prevenção à criminalidade mediante discussão de níveis de emprego, distribuição de renda, moradia salubre, escolarização, saúde e outros – e política penal-carcerária (ROSA e SILVEIRA FILHO, 2008, p. 19), para coerentemente acoplar-se, como chave à fechadura, à proposta neoliberal de mão invisível do mercado (a destra) para os consumidores-proprietários e a mão forte (a sinistra) do Estado para os marginalizados:

20 Apesar da comum oposição conceitual entre fase investigativa ou preliminar, de um lado, e a “processual”, de outro, cabe reforçar que, no marco do Estado Democrático de Direito, o *modelo constitucional de processo* rege todos os procedimentos estatais (jurisdicionais, administrativos, legislativos). Sem a observância do *modelo*, o provimento oriundo do procedimento carece de legitimidade (capítulo 1). Portanto, os procedimentos investigatórios também precisam observar o *modelo constitucional de processo*, sob pena de invalidade jurídica.

21 De extrema valia para a compreensão do termo ideologia tem-se o escólio de Habermas (1968, p. 140-141), fundando na relação entre *interesse e conhecimento* que motivam as ações humanas no plano coletivo, isto é, na convivência diária: “A partir das experiências do dia a dia, sabemos que as ideias servem muitas vezes bastante bem para mascarar com pretextos legitimadores os motivos reais das nossas ações. O que a este nível se chama racionalização, chamamos-lhe, no plano da ação coletiva, ideologia. Em ambos os casos, o conteúdo manifesto de enunciados é falseado pela irreflectida vinculação a interesses por parte de uma consciência só na aparência autônoma. É com razão, pois, que a disciplina do pensamento educado visa à eliminação de tais interesses.”

O modelo neoliberal expõe sua faceta numa equação que implica: a) *a supressão do Estado econômico*; b) *o enfraquecimento do Estado social*; c) *o fortalecimento e glorificação do Estado penal (...)*

Em outros termos, ao Estado social mínimo deve corresponder um Estado penal máximo, que dê respostas às desordens provocadas pela desregulamentação econômica, pela pulverização do trabalho assalariado e alarmante aumento da pobreza (ROSA e SILVEIRA FILHO, 2008, p. 26-27)

Subsiste, no Brasil, a opção política por um sistema penal de idéia unificadora inquisitorial, com elementos agregados de sistema acusatório (COUTINHO, 2009-A, p. 108). Como resultado, concede-se proeminência normativa ao CPP em detrimento da CRFB, que instituiu o vetor acusatório. Nesse sistema misto, sustenta-se a prática inconstitucional de buscar a “verdade real” nos procedimentos penais. Vive-se, ainda, a Idade Média:

No sistema inquisitório, o dogma da verdade real teve como ponto de sustentação a necessidade de se ter confirmada a versão pré-concebida, de que o Acusado era realmente culpado.

Lembre-se de que, na Idade Média, (...) a concentração de poderes nas mãos do Juiz era essencial para se garantir a eficácia do procedimento e preservar o *status quo* (...).

Como o procedimento se encerrava quase sempre com a confissão do acusado, a versão acabava sendo confirmada, fazendo prevalecer a tese de que o procedimento inquisitório realmente alcançava a certeza em sua investigação. (MARQUES, 2006, p. 256)

Repete-se o aspecto medieval na prática da prisão em flagrante que não se submete ao *modelo constitucional de processo*: o destaque de uma versão, a ser reforçada na e pela burocracia estatal (WEBER, 2004) administrativo-investigativa de cariz e matiz inquisitórios e, ao final, confirmada nas instâncias judiciárias. E a inquisição, como visto, é a faceta processual penal do pensamento superado da filosofia da consciência²², do decisionismo, do solipsismo (STRECK, 2010, p. 45-46).

No mesmo raciocínio, a realização de qualquer prisão (em flagrante, preventiva, definitiva) sem processo, ou seja, de modo inquisitório, compatibiliza-se, no plano teórico,

22 Entende-se por “filosofia da consciência” a forma de organização do conhecimento humano (método), característica da Modernidade, que se baseia na obtenção de certeza a partir de uma relação sujeito-objeto, com resgate da epistemologia clássica (grega). Segundo esse método (ou essa epistemologia), o sujeito coloca-se diante do objeto e, por uma razão imanente (inata, metafísica), que distingue o homem dos demais seres viventes, desvela, descobre ou revela a essência do objeto, atingindo ou produzindo conhecimento a respeito dele (objeto). A expressão “filosofia da consciência” remonta sobretudo ao pensamento de Descartes e Kant, tendo em Husserl a radicalização da subjetividade reveladora de verdades, a partir das noções de intuição e *epoché*. Ao pretender rompimento com a forma tradicional de articulação da filosofia da consciência, Husserl aprofundou o problema da subjetividade não-argumentativa, não-linguística e não-proposicional, inaugurando um “*positivismo transcendental* (...), em última análise, legitimado pela intuição (...) como fonte última do conhecimento humano” (OLIVEIRA, 2001, p. 41-42). Por isso, Husserl é colocado, em algumas leituras (por todas, LEAL, 2005-B, p. 170), como pensador radical da filosofia da consciência, contrariamente a uma perspectiva linguística-argumentativa-proposicional de construção do conhecimento (epistemologia contemporânea), acolhida no presente trabalho.

com o hermetismo (COUTINHO, 2010, p. 130-132) da filosofia da consciência. A partir de sua posição cronologicamente inicial e tradicionalmente convincente, a prisão em flagrante recrudescer no curso do procedimento investigativo preliminar a versão hipotética e inquisitorial do fato. Rompendo a fronteira tênue da denúncia, mediante um solipsismo policial que embasa o solipsismo ministerial²³, a mesma hipótese (não raro, com alguns requintes de doutrina oitocentista) invade o procedimento judicial contraditório, para sustentar, enfim, a condenação, contanto que haja “outros elementos de prova” (vide, por exemplo, HC STF 104669/2010²⁴; RHC STF 99057/2009; REsp 1111788/2010; HC STJ 115255/2010) a corroborar os solipsismos acumulados. Para tanto, o artigo 155 do CPP literalmente mantém, contra o *modelo constitucional de processo*, a dissimulada condenação a partir de elementos do inquérito que corroboram a hipótese da acusação.

Manteve-se, assim, a autorização legal para que os juízes e tribunais sigam utilizando a versão *dissimulada*, que anda muito em voga, de “**condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito**”. Na verdade, essa fórmula jurídica deve ser lida da seguinte forma: não existe prova no processo para sustentar a condenação, de modo que vou me socorrer do que está no inquérito.

Isso é violar a garantia da própria jurisdição e do contraditório. (LOPES JR., 2008, p. 286).

A prisão em flagrante sem democracia, na fórmula apontada por Lopes Jr., funciona (no Brasil) da seguinte maneira: o executor da constrição da liberdade alheia, por uma linguagem totêmica que não dispensa o castigo (ROSA, 2006, p. 7), formula e repassa a hipótese identificada na aparência delitiva por ele presenciada ao Delegado de Polícia. Este, já

23 Por essa pragmática enviesada do sistema processual penal brasileiro, conformadora de uma cadeia de atos em que mudam os atores, mas não muda a lógica inquisitorial, LOPES JR. entende que se superficializou (ideologizou) a discussão sobre a possibilidade de o Ministério Público realizar investigações. Na perspicácia de LOPES JR., “mudem os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa” (LOPES JR. 2008, p. 316): “Aqui reside nossa inconformidade: muito mais importante do que decidir quem vai fazer a inquisição (MP ou Polícia), está em definir como será a inquisição, sempre mantendo o juiz – obviamente – bem longe de qualquer iniciativa investigatória”.

24 EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO FUNDADA EM OUTROS ELEMENTOS OBTIDOS NA FASE JUDICIAL. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVER-SE O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA ELEITA. O WRIT NÃO PODE SER UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I – **Os elementos colhidos no inquérito policial podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementados por outros indícios e provas obtidos na instrução judicial. Precedentes.** II - A análise da suficiência ou não dos elementos de prova para a condenação é questão que exige revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, providência incabível na via do habeas corpus. III – O habeas corpus, em que pese configurar remédio constitucional de largo espectro, não pode ser empregado como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. IV – Ordem denegada. (HC 104669, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 26/10/2010, DJe-221 DIVULG 17-11-2010 PUBLIC 18-11-2010 EMENT VOL-02433-01 PP-00079) (grifos acrescidos)

influenciado pela hipótese e comungando daquela linguagem que, no contexto de uma história mítica, “erige a civilização e seu mal estar” (ROSA, 2006, p. 7-8), investiga e requalifica a hipótese (ato de indiciamento), repassando-a ao membro do Ministério Público. O *Parquet*, então, confere à hipótese inicial a forma de acusação, a partir do somatório daquelas escrituradas nos autos do inquérito policial, encaminhando-a ao Judiciário (ato de denúncia).

Até este ponto, todos os servidores públicos estão acobertados pelo pálio do cargo. Seus atos, por conseguinte, gozam de presunção de legitimidade, validade e veracidade (MELLO, 2005, p. 341-391), por uma doutrina administrativista de evidente comprometimento republicano-comunitarista (HABERMAS, 1995). Ignora-se o corretíssimo alerta de Lopes Jr. (2008, p. 278-279) quanto à serventia restrita e exclusiva da investigação preliminar ao plano endoprocedimental. A ignorância ou a desconsideração do alerta de Lopes Jr. inaugura o problema do primado da hipótese produzida nos corredores da burocracia estatal sobre os fatos (CORDERO *apud* COUTINHO, 2009-A, p. 111), a impedir a própria reconstrução processual dos fatos.

Nota-se, no curso dos procedimentos, o mero fortalecimento formal da versão oficial (estatal), produto da soma de versões solipsistas de ocupantes de órgãos públicos, como guias certos da decisão judicial. Soçobra o processo como garantia constitutiva de direitos e direito à fala juridicamente qualificada extensível aos cidadãos, dentre eles o preso, a vítima, eventuais testemunhas do caso e quem mais tenha interesse na construção da decisão jurídica, porque terá de suportar dela os efeitos.

O juiz, ao cabo, recebe a hipótese acusatória do MP, envolto este na aura de “representante-da-sociedade-parte-imparcial”, e maneja o procedimento com ampla liberdade probatória (artigo 156 do CPP, com inconstitucionalidade agravada pela redação da Lei 11.690/2008²⁵). A prisão em flagrante, cuja releitura democrática encerra o propósito da presente dissertação, representa, na estrutura inquisitorial de um sistema penal, uma espécie de “pedra filosofal” da condenação. Ela demarca, antes mesmo do início das investigações (fase preliminar), a hipótese condenatória, para cuja comprovação pode conduzir, sem ou apesar do processo, todos os agentes estatais que atuarem no(s) procedimento(s) sequenciados. Em síntese, a prisão em flagrante oferta o núcleo persecutório-punitivo daquilo que se mantém “sob o manto do segredo” nas investigações preliminares (LOPES JR., 2008,

25 “Assim, a reforma persiste com a manutenção da base inquisitorial, confrontando-se com a proposta constitucional de um sistema acusatório. Ademais, a possibilidade de o juiz determinar provas de ofício atinge a garantia da imparcialidade. (...) A grande questão é que antes o juiz somente poderia determinar provas de ofício no processo, agora com a mudança ele também pode determinar provas antecipadas de ofício, ou seja, na fase preliminar investigatória” (BARROS, 2009, p. 31).

p. 280).

Isso, embora não seja por nada complicado, tem sido difícil – muito difícil – fazer entender a alguns que primam pela leitura óbvia da vida como linearidade, como se fossem imagens de um espelho e, assim, seguem insistindo, *contra a Constituição*, em manter o *Sistema Inquisitório* que se retira, antes de tudo, do CPP, em permanente conflito com o modelo constitucional que reclama um *devido processo* e, assim, incompatível *com aquele no qual o juiz é o senhor do processo, o senhor das provas* e, sobretudo – como sempre se passou no *Sistema Inquisitório* – *pode decidir antes* (naturalmente raciocinando, por primário e em geral, bem intencionado) *e depois sair à cata da prova que justifique a decisão antes tomada*. (...) Nunca se terá um *democracia processual* desse modo, (...) mesmo se se pensar tão só nos grandes magistrados. Um sistema desse porte, onde se controlam as premissas, não só não é alheio ao *solipsismo* como o incentiva. E o pior é que a Constituição da República não se faz viva. (COUTINHO, 2009-A, p. 109)

Embora no excerto supra e em outros textos²⁶ Coutinho, com amparo em Cordero, se refira aos quadros mentais paranóicos que o primado da hipótese sobre os fatos gera a propósito da atividade do juiz, é preciso reconhecer sua extensão também aos servidores públicos policiais e membros do Ministério Público. As hipóteses prevalentes sobre os fatos passam do investigador ao acusador e deste ao julgador, menosprezando-se *ampla argumentação* e *contraditório* exercidos pela defesa. Afinal, antes de o delegado decidir por indiciar e o promotor decidir por denunciar, precisam submeter-se ao *modelo constitucional de processo*, considerando o que articulado pela defesa.

Ora, a decisão de indiciar (incumbência da Polícia) e a decisão de denunciar (pertinente ao Ministério Público) não podem simplesmente desconsiderar tudo quanto argumentativamente produzido pela defesa nos procedimentos de investigação preliminar, deixando ao Judiciário a tarefa de vislumbrar e corrigir eventuais “injustiças”. Essa prevalência das hipóteses sobre os fatos, na atuação dos diversos partícipes do processo penal, se harmoniza com a prisão em flagrante conceituada como medida, não procedimento, e praticada, em inspiração inquisitória, ao largo do *modelo constitucional de processo*, para facilitar “coleta de provas” (OLIVEIRA, Eugênio, 2006, p. 430-431).

Assim é que Eugênio Pacelli de Oliveira afirma serem duas as “missões” ou funções da prisão em flagrante no ordenamento jurídico brasileiro. Uma, impedir que a conduta delituosa gere todos os seus efeitos. Outra, servir de oportunidade ímpar para a colheita de

26 “*Mutatis mutandis*, foi a tal modo de proceder que **Cordero**, com genialidade só sua, chamou de *il primado dell'ipotesi sui fatti* (o primado das hipóteses sobre os fatos), algo normal, diga-se *em passant*, mas que produz, segundo o próprio **Cordero**, *quadri mentali paranoidi* (quadros mentais paranóicos). Não se trata, por evidente, para ele (juiz), da produção da paranóia, uma psicose, como se sabe; embora até possa produzir. Trata-se, então, de regra, de *quadros mentais*, isto é, *hipóteses similares àquelas da paranóia*. E assim o é porque, em tal doença psíquica, dentre outras coisas, *o agente (doente) toma o imaginário como se fosse real; e pior, possível!*” (COUTINHO, 2010, p. 135)

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 ambulatoria. (OLIVEIRA, Eugênio, 2006, p. 430-431).

Nesse ponto, cumpre discordar da lição de Eugênio Pacelli de Oliveira. A prisão em flagrante traduz 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 Eugênio Pacelli de 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. Em outras palavras, “colher provas” não é uma inerência (“missão” *a priori*) do procedimento de prisão em flagrante, entregue ao solipsismo dos servidores públicos que dele participam. Cabe, portanto, uma correção de rumos.

Prova, como instituto jurídico de processo democrático, não é um signo da vida nua que carrega significado evidente por si mesmo (LEAL, 2009, p. 199). A noção trivial de prova como algo apto a convencer e sensibilizar alguém (juiz, advogado, delegado de polícia) apenas guarda compatibilidade com “[...] uma época em que se pretende tapar os defeitos de um Estado agônico pela presteza retórica de um Judiciário do bem-estar social e garantidor exclusivo da segurança coletiva” (LEAL, 2009, p. 200).

Leal delinea o instituto jurídico da prova a partir da correlação contudística de três princípios: *indiciariedade*, *ideação* e *formalização*. Esses três princípios correspondem às noções de *elemento* (no espaço), *meio* (no tempo do pensar) e *instrumento* (formal) de prova. Para que a prova, como juízo lógico-jurídico, alcance validade, os três percursos principiológicos de sua construção devem submeter-se ao *devido processo* ou *modelo constitucional de processo* (LEAL, 2009, p. 200-201). Em sinopse, no marco da teoria democrática da prova, a coleta de elementos (espaço-elemento), o desenvolvimento intelectual do meio (tempo-meio) e a formalização do instrumento (forma-instrumento) de prova (LEAL, 2009, p. 203), *na tipologia penal do modelo constitucional de processo* (BARROS, 2009, p. 14-16), precisa desencadear-se mediante *ampla argumentação contraditorial* para a realização participada da *fundamentação da decisão pelo terceiro imparcial*, considerando, ainda, o estado de inocência, o sistema acusatório e os demais princípios constitucionais específicos da *tipologia*.

Decerto, suscita menos incômodo o trato técnico-ideológico da prova como repositório de evidências suscetíveis à “percepção sensitiva” e solipsista dos ocupantes de cargos

públicos, sobretudo, quanto à prisão em flagrante, do delegado de polícia, do promotor de justiça e do juiz, na normatização do CPP (artigos 301 e seguintes). A reboque dessa facilitação vem sempre o argumento de que o Estado não tem condições materiais de prover tamanho debate processual, a cada fase do procedimento. O problema de semelhante argumentação, porém, é que ela acolhe a rendição definitiva do projeto constitucional de formação de uma comunidade jurídico-política de cidadãos titulares de direitos fundamentais, diante da ausência renitente da administração governativa em efetivá-los.

O comando da prova, quando se faz pela índole onisciente, sensibilidade e suposto poder do juiz para dizer o que é ou não é conveniente, cabível ou oportuno, a pretexto de um Judiciário 'célere', é retrocesso histórico e científico em que a técnica do julgamento se coloca a serviços da conjunturas estatais, com estrangulamento de direitos fundamentais. Ora, se o Estado é deficiente, o que se tem a fazer é consertá-lo ou substituí-lo por outro e não compactuar-se com ele para negar cidadania, cujo suporte é o **Devido Processo Legal Constitucional**. (LEAL, 2009, p. 205-206)

Os esclarecimentos técnico-processuais sobre o instituto jurídico da prova levam à mesma conclusão: 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, da vítima e dos cidadãos em geral na elaboração do provimento estatal cujos efeitos terão de suportar. O uso da prisão em flagrante como meio de produção solipsista de provas convalidáveis em juízo acentua o caráter autoritário do processo penal e não se compatibiliza com o *modelo constitucional de processo*. Essa constatação, além de contar com a dedicação de pesquisadores brasileiros de escol (por todos, LOPES JR., 2008, p. 279-281), tem o abono de alguns estudos do direito comparado, na linha das reflexões comparatísticas de Taruffo.

3.2. Algumas contribuições do direito comparado ao delineamento democrático da prisão em flagrante

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 são, 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 pragmáticos, extrair da prisão em flagrante oportunidade de produção probatória solipsista significa, apropriando-se das lições de Taruffo, 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 por atividade isolada dos sujeitos processuais 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 e, no flagrante, também do delegado de polícia).

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 em flagrante, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (o Código de Processo Penal espanhol). De fato, na Espanha não há inquérito policial e a fase preliminar conta com o *juízo de instrução* (LOPES JR., 2006, p. 244). No entanto, não é o formato da fase preliminar (inquérito policial, juízo de instrução ou investigação pelo MP) que assegura compatibilidade democrática do instituto da prisão em flagrante²⁷, ou sua inclusão nos sistemas estruturais de Taruffo (2001), e sim a observância das garantias fundamentais processuais (TARUFFO, 2001, p. 46).

Segundo o regramento da Espanha, os envolvidos participam ativamente de todas as fases da investigação e persecução penais²⁸. Mesmo na fase investigatória, compete a um juiz de instrução presidir a formação do sumário acusatório²⁹. 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 preliminar de investigação, 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 ordinária de procedimentos penais na Espanha. Nesse sentido, importa notar que o executor de medida constritiva de liberdade tem o prazo de vinte e quatro horas para entregar o detido ao juízo de instrução mais próximo, ou liberá-lo, sob pena de responsabilização pessoal.³⁰ Desde então, aplica-se a regra de

27 “Em uma macro-análise, [na Espanha] a fase pré-processual é claramente inquisitória, enquanto que a fase processual aproxima-se mais das características do sistema acusatório.” (LOPES JR., 2006, p. 243)

28 LEC [...] Artículo 302.

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

29 LEC [...] 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 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. [...]

30 LEC [...] 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

intervenção das partes em todas as diligências do procedimento.

Em Portugal, as entidades policial e judicial e, na sua ausência, subsidiariamente, os cidadãos podem efetuar a detenção de quem se encontra em flagrante delito, tratando-se de ação penal pública. Quando efetuada a detenção por cidadão, o detido deve ser apresentado a uma daquelas entidades. Em crimes de ação penal pública condicionada, só se mantém a detenção se, ato contínuo, o titular do direito exercer a representação. Já nos crimes de ação penal privada, não tem lugar o procedimento de flagrante, restringindo-se a atuação policial à identificação do aparente agente de delito³¹. As hipóteses de flagrante delito coincidem com as brasileiras, cuja abordagem consta do próximo capítulo. São as situações de estar cometendo o crime, ter acabado de cometê-lo e ser perseguido ou encontrado com objetos indiciários de participação em conduta delitiva.³²

De acordo com o ordenamento processual penal português, após a detenção em flagrante (ou fora dele), o conduzido necessariamente será apresentado ao juízo competente no prazo máximo de quarenta e oito horas. Nessa oportunidade, ou se submeterá a procedimento e julgamento sumários; ou participará de um primeiro interrogatório; ou, ainda, sofrerá aplicação ou execução de medida de coação.³³ Além disso, o Ministério Público deve

excedido de veinticuatro horas. [...]

31 CPPP [...] Artigo 255.º Detenção em flagrante delito

1 - Em caso de flagrante delito, por crime punível com pena de prisão:

a) Qualquer autoridade judiciária ou entidade policial procede à detenção;

b) Qualquer pessoa pode proceder à detenção, se uma das entidades referidas na alínea anterior não estiver presente nem puder ser chamada em tempo útil.

2 - No caso previsto na alínea b) do número anterior, a pessoa que tiver procedido à detenção entrega imediatamente o detido a uma das entidades referidas na alínea a), a qual redige auto sumário da entrega e procede de acordo com o estabelecido no artigo 259.º

3 - Tratando-se de crime cujo procedimento dependa de queixa, a detenção só se mantém quando, em acto a ela seguido, o titular do direito respectivo o exercer. Neste caso, a autoridade judiciária ou a entidade policial levantam ou mandam levantar auto em que a queixa fique registada.

4 - Tratando-se de crime cujo procedimento dependa de acusação particular, não há lugar a detenção em flagrante delito, mas apenas à identificação do infractor.

32 CPPP [...] Artigo 256.º Flagrante delito

1 - É flagrante delito todo o crime que se está cometendo ou se acabou de cometer.

2 - Reputa-se também flagrante delito o caso em que o agente for, logo após o crime, perseguido por qualquer pessoa ou encontrado com objectos ou sinais que mostrem claramente que acabou de o cometer ou nele participar.

3 - Em caso de crime permanente, o estado de flagrante delito só persiste enquanto se mantiverem sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e o agente está nele a participar. [...]

33 CPPP [...] Capítulo III Da Detenção

Artigo 254.º Finalidades

1 - A detenção a que se referem os artigos seguintes é efectuada:

a) Para, no prazo máximo de quarenta e oito horas, o detido ser apresentado a julgamento sob forma sumária ou ser presente ao juiz competente para primeiro interrogatório judicial ou para aplicação ou execução de uma medida de coacção; ou

b) Para assegurar a presença imediata ou, não sendo possível, no mais curto prazo, mas sem nunca exceder vinte e quatro horas, do detido perante a autoridade judiciária em acto processual.

2 - O arguido detido fora de flagrante delito para aplicação ou execução da medida de prisão preventiva é sempre

ser imediatamente comunicado de qualquer detenção em flagrante.³⁴ A comunicação ao Ministério Público³⁵ e, sobretudo, a apresentação do conduzido ao juízo abrem, como no procedimento espanhol, importante espaço procedimental para exercício de *contraditório* em curto prazo, exemplo a ser seguido no Brasil para evitar a manutenção dos efeitos deletérios de eventuais prisões irregulares. Quanto a esse ponto, o ordenamento português contempla artigo (o 261.º) com *nomen juris* sugestivo: “Libertação imediata do detido”. Segundo o dispositivo em pauta, cumpre a qualquer entidade (policial ou judicial) que tiver contato com o detido proceder à sua imediata libertação, se for manifesto erro quanto à pessoa ou quanto admissibilidade legal da medida, bem assim se a necessidade da constrição de liberdade não subsistir. Do fato o Ministério Público deve ser intimado, salvo se o juiz, mediante despacho, ordenar a libertação.³⁶ Trata-se de norma diferenciada do sistema português e aproveitável para a realidade brasileira, desde que se oportunizem ciência e participação da parte acusadora no provimento liberatório, e se guarde a especialidade portuguesa, em que o Ministério Público conduz os trabalhos de investigação, com auxílio dos órgãos policiais.³⁷

Na Argentina, as especificidades começam pelo tratamento nomenclatural do cidadão que sofre a constrição de liberdade: em vez de preso, fala-se do apreendido ou conduzido. Não se trata, porém, de mera mudança de nomes. A abordagem procedimental da prisão em flagrante indica uma diferenciação paradigmática e estrutural, que interroga a legitimidade da constrição de liberdade do cidadão diante da aparência de delito. Isso porque se sabe, com Riquert (2006, p. 15), que “as piores distorções em matéria de garantias e princípios que intervêm (no processo penal) decorrem de uma estruturação incorreta”. Assim, a regência de um *modelo constitucional de processo* (estrutural ou que dá primazia aos direitos

apresentado ao juiz, sendo correspondentemente aplicável o disposto no artigo 141.º [...]

34 CPPP [...] Artigo 259.º Dever de comunicação

Sempre que qualquer entidade policial proceder a uma detenção, comunica-a de imediato:

a) Ao juiz do qual dimanar o mandado de detenção, se esta tiver a finalidade referida na alínea b) do artigo 254.º;

b) Ao Ministério Público, nos casos restantes. [...]

35 Em Portugal, o Ministério Público integra o judiciário sob o ponto de vista orgânico e seus membros, que recebem a qualificação de magistrados, conduzem as investigações. Por essa circunstância pode-se falar que “a investigação preliminar portuguesa deve ser concebida como um **procedimento judicial pré-processual**, pois levada a cabo pelos magistrados do MP, que não possuem poder jurisdicional, mas sem dúvida desenvolvem uma atividade judicial, dirigida a possibilitar o exercício da jurisdição.” (LOPES JR., 2006, p. 278)

36 CPPP [...] Artigo 261.º Libertação imediata do detido

1 - Qualquer entidade que tiver ordenado a detenção ou a quem o detido for presente, nos termos do presente capítulo, procede à sua imediata libertação logo que se tornar manifesto que a detenção foi efectuada por erro sobre a pessoa ou fora dos casos em que era legalmente admissível ou que a medida se tornou desnecessária.

2 - Tratando-se de entidade que não seja autoridade judiciária, faz relatório sumário da ocorrência e transmite-o de imediato ao Ministério Público; se for autoridade judiciária, a libertação é precedida de despacho. [...]

37 CPPP [...] Artigo 263.º Direcção do inquérito

1 - A direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal.

2 - Para efeito do disposto no número anterior, os órgãos de polícia criminal actuam sob a directa orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional.

fundamentais, em Taruffo) sobre a prisão em flagrante promove alterações substanciais nesse instituto, algo já percebido mesmo em países cujos textos constitucionais nem são tão expressivos e pródigos quanto à principiologia do processo constitucional como o texto brasileiro. Este o caso da Argentina.

De início, na Argentina a prisão em flagrante só se aplica a conduzidos por suposto cometimento de delitos dolosos, cuja pena máxima não exceda 15 (quinze) anos de prisão ou reclusão. Configuradas a hipótese de flagrância e a apreensão do cidadão, o Ministério Público tem o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para solicitar ao juízo das garantias o reconhecimento do caso como tal e, se for o caso, a conversão da apreensão em detenção (RIQUERT, 2006, p. 15). Ocorrendo a conversão, o Ministério Público possui 20 (vinte) dias, prorrogáveis por igual período, para concluir as investigações. Se as partes, em acordo, não requerem do juízo das garantias a aplicação de qualquer dos institutos descarcerizadores (análogos aos institutos brasileiros da composição civil dos danos, da transação penal, da suspensão condicional do processo – artigos 74, 76 e 89 da Lei 9099/95), o Ministério Público dispõe de 5 (cinco) dias para oferecer a denúncia e, estando preso o conduzido, requerer a conversão do flagrante em prisão preventiva (RIQUERT, 2006, p. 15).

A legislação procedimental argentina abre espaço para o exercício efetivo de *contraditório e ampla argumentação*, ao disciplinar espaços normativos balizadores do ato de força em que consiste o cerceamento de liberdade do cidadão. Ao juízo das garantias a defesa pode requerer a realização de audiência em vinte e quatro, para controlar as condições e a regularidade da prisão (RIQUERT, 2006, p. 57-58). É a chamada “audiência de controle da detenção”, em prazo máximo de vinte e quatro horas, à qual comparecem todos os interessados, para possível identificação, por exemplo, de hipóteses excludentes de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade. Nela se decide, a pedido do Ministério Público, sobre a colocação do conduzido em liberdade ou a conversão do flagrante em preventiva (RIQUERT, 2006, p. 57).

Também nesta audiência se abre margem às medidas despenalizadoras e descarcerizadoras, considerando um Ministério Público (“Fiscal”) atento aos delitos de menor potencial ofensivo e de bagatela (RIQUERT, 2006, p. 59-60). Para efetivar essas medidas, uma segunda audiência pode ser designada pelo juízo das garantias, no prazo máximo de cinco dias. Ao final da segunda audiência, a conversão do flagrante vem a mostrar-se uma hipótese (entre seis) remota (RIQUERT, 2006, p. 62-63), quase excepcional. Ainda, frustradas as medidas despenalizadoras e descarcerizadoras, o Ministério Público pede e o juízo das garantias resolve sobre o prosseguimento do procedimento judicial atrelado ao flagrante, a

concluir-se, no máximo, em sessenta dias, com uma audiência que engloba instrução e julgamento (RIQUERT, 2006, p. 71-74). Ao Ministério Público, a qualquer tempo, cabe declarar que não se trata de hipótese de flagrância e o trâmite do procedimento passa a ser, desde então, comum, arcando o órgão acusatório com o ônus probatório dessa opção argumentativa (RIQUERT, 2006, p. 124).

Riquert (2006, p. 16) noticia que o procedimento de prisão em flagrante, nesses moldes, enfrentou diversos obstáculos na prática institucional argentina, que oscilavam desde o questionamento quanto às excessivas celeridade e simplificação do procedimento, quando confrontadas com as garantias constitucionais do apreendido ou preso, até as impossibilidades materiais de os órgãos e agentes públicos cumprirem os prazos legalmente estabelecidos. Apresentando resumo esquemático e uma série de dados sobre as vantagens do novo processo de flagrância na Argentina, Riquert (2006, p. 123-133) arremata que, nele, o imputado “vê o juiz, escuta as razões e os pedidos do acusador, controla a qualidade de sua defesa e pode ser ouvido” (2006, p. 128); enquanto a vítima “tem possibilidade de ver atendidos seus interesses de forma imediata, recebe uma informação de melhor qualidade e pode participar rapidamente na solução alternativa do conflito” (2006, p. 129).

Note-se, no procedimento argentino, o caráter imprescindível da participação do Ministério Público (“Fiscal”) para o andamento da persecução penal. Atente-se para a inadmissibilidade da manutenção de um cidadão no cárcere sem exercício de contraditório quanto à caracterização do flagrante (em até 48h) e a necessidade de sua conversão em prisão preventiva (em até 5 dias). Mesmo assim, a celeridade do procedimento ainda suscita críticas de autores locais quanto ao cumprimento das garantias do conduzido (RIQUERT, 2006, p. 17-18).

Decerto, o procedimento de inquérito policial no CPP brasileiro ainda dista muito do sistema espanhol e mesmo do português e do argentino, quanto ao cumprimento irrestrito de garantias constitucionais na fase investigatória da persecução penal. Para além da formatação da fase preliminar (inquérito policial no Brasil, júízo de instrução na Espanha e na Argentina, Ministério Público instrutor em Portugal), os procedimentos espanhol, português e argentino contêm, como visto, uma série de importantíssimos espaços de debate entre as partes, antes da prolação de decisões judiciais.

Apesar da posição tardia do Brasil no assunto, algumas mudanças já se fazem sentir. É o caso, por exemplo, da nova redação do artigo 306, § 1.º, do CPP, dada pela lei n. 11.449/2007, que determina a remessa de cópia dos autos de prisão em flagrante à Defensoria Pública, quando o conduzido não indicar Advogado. Também o projeto 156/2009 (PLS), com

o estabelecimento do juízo das garantias, embora mantendo o inquérito policial, representa uma tentativa de fazer valer, no Brasil, as garantias processuais constitucionais.

3.3. Prisão em flagrante no modelo constitucional de processo

3.3.1. Enquadramento jurídico

A prisão em flagrante, como instituto jurídico, consiste em procedimento escriturado de função cautelar. Essa simples assertiva classificatória implica duas tomadas de posição. A primeira delas diz respeito à conceituação da prisão em flagrante como procedimento, e não medida. Procedimento, segundo a lição de Fazzalari (2006, p. 117), é estrutura normativa de atos jurídicos em sequência que se encerra com o provimento. Vê-se que a prisão em flagrante, assim, não é a medida que decorre do procedimento, não é a constrição fática da liberdade do indivíduo. Esta constrição de liberdade, para lograr validade jurídica, ocorre mediante o provimento. Por vezes, é possível que o provimento em que se conclui o procedimento não provoque constrição de liberdade, chegando-se ao entendimento de que esta, na faticidade, foi injurídica. O provimento, ao fim do procedimento de prisão em flagrante, é judicial e tem caráter cautelar.

Quando se confunde o procedimento com o provimento, incorre-se em equívoco que impede a compreensão da perspectiva jurídico-democrática da prisão em flagrante. O *modelo constitucional de processo* não adentra as considerações da prisão em flagrante como mero ato de força, levado a efeito à margem de contraditório, ampla argumentação e fundamentação das decisões por um terceiro imparcial. Não há espaço para o *modelo constitucional de processo* na definição da prisão em flagrante como mero provimento (medida, ato-força) **sem** procedimento.

Sem procedimento preparatório e balizador (*iter*) das condutas humanas de acordo com a escritura legal (FAZZALARI, 2006, p. 117), para delinear o provimento, os executores da constrição de liberdade do cidadão – servidores públicos policiais, por dever, e “qualquer do povo”, por exercício de cidadania (artigo 301 do CPP) – passam a deter *poder* sem contornos jurídicos, na trilha de um estado de polícia, a que precisamente se opõe, desde a origem, a formatação racional do Estado de Direito (DIAS, 2004, p. 93-94). De tal sorte, não

se pode mais abordar a prisão em flagrante como *medida* ou provimento sem procedimento. Prisão em flagrante é o próprio procedimento jurídico limitador da função de constrição da liberdade do cidadão em determinadas situações com aparência de delito.

A segunda tomada de posição importa na análise da cautelaridade nos procedimentos penais. O caráter cautelar da prisão em flagrante destoa dos critérios cautelares das demais prisões provisórias. O ponto nuclear da diferença entre a prisão em flagrante e as demais modalidades de prisão cautelar é a abertura legal da primeira para que qualquer cidadão inicie o procedimento, mediante constrição da liberdade de outrem. Nisso, é mais democrática do que as demais espécies de prisão provisória, porque amplia o discurso jurídico a todo cidadão que presencie a situação de flagrância delitiva. *Contrario sensu*, a restrição do discurso jurídico à versão oficial, produzida na burocracia estatal, encobre a dependência republicana-comunitarista ou liberal-universalista (HABERMAS, 1995, p. 115) do cidadão em relação ao próprio Estado, algo incompatível com a democracia procedimentalista.

Em particular, a faticidade que autoriza a instauração do procedimento de prisão em flagrante, na abertura legal do artigo 301 do CPP, torna cada cidadão que presencia conduta aparentemente delitiva construtor direto do direito, ao intervir na situação para impedir as consequências daquilo que parece delito. No mesmo excerto, ao servidor público policial o texto legal impõe um dever: o de instaurar o procedimento de prisão em flagrante, cerceando a liberdade do agente da aparente faticidade delitiva. E é nesse impedimento dos efeitos deletérios de conduta aparentemente delitiva que reside a cautelaridade diferenciada do procedimento de prisão em flagrante, como a seguir se esmiúça.

Ainda quanto ao enquadramento institucional, a prisão em flagrante conforma procedimento de índole judicial. Seguindo à faticidade de aparência de delito, a atividade procedimental em questão tem caráter judicial porque importa definição sobre a liberdade do cidadão. Por outro lado, a prisão em flagrante dá ensejo ao início do inquérito policial, como atividade tipicamente administrativo-investigativa.

Quando a constrição de liberdade se faz pela ação do servidor público policial, esse caráter administrativo-investigativo imediatamente se expressa, por dever de ofício (artigo 301, segunda parte, CPP). Porém, se a constrição da liberdade não é feita por servidor público policial, e sim por cidadão não ocupante de cargo público, a condução do preso à presença do servidor público delegado de polícia (“autoridade”, nos termos arcaicos do artigo 304 do CPP) é que instaura a tarefa (dever) administrativo-investigativa por órgãos constituídos para esse fim (artigo 144 da CRFB).

Assim, a condução do preso em flagrante pelo cidadão não-servidor público policial

pode ser caracterizado como mais uma expressão do direito constitucional de petição (artigo 5.º, XXXIV e XXXV, da CRFB). Trata-se, em suma, de manifestação da garantia constitucional de petição do cidadão, expressa na prerrogativa de ver reconstruído o caso (penal) e apuradas eventuais responsabilidades pelos órgãos públicos pertinentes.

3.3.2. A importância do princípio do contraditório na compreensão da cautelaridade própria da prisão em flagrante

Na proposta de releitura constitucionalmente adequada da prisão em flagrante, não basta constatar-se sua procedimentalização, isto é, sua classificação como procedimento, em vez de medida, por um lado, nem a identificação desse procedimento como de caráter judicial, por outro. Para que se encare o instituto no marco do Estado Democrático de Direito, é preciso ainda que, como tal, o procedimento da prisão em flagrante seja regido, assim como qualquer outro, pela principiologia do *modelo constitucional de processo*, diante de expressa e expressiva previsão constitucional.

Afinal – e sempre vale repetir –, não restam dúvidas de que quaisquer procedimentos, sejam judiciais, administrativos ou legislativos, se submetem aos parâmetros do devido processo, que inclui contraditório e ampla argumentação (artigo 5., LIV e LV, da CRFB), fundamentação (motivação) das decisões (arts. 37, *caput*, e 93, IX e X, da CRFB) por um terceiro imparcial. Por terceiro imparcial entende-se aquele que, não tendo de suportar os efeitos da decisão (provimento), mantém-se equidistante dos legitimados (destinatários do provimento) por irrestrita observância dos outros três princípios conformadores do *modelo*, e não pelas opções de éticas ou “de vida boa” que subjetivamente faz (BARROS, 2009, p. 20-21). Como se verá adiante, o juiz nos procedimentos judiciais e o delegado de polícia nos procedimentos administrativo-investigativos devem obediência especial ao princípio do *terceiro imparcial*.

Não obstante, nesse complexo principiológico, recai sobre o contraditório o maior número de registros, estudos e apontamentos entre os princípios do *modelo constitucional de processo*. Não por acaso. 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. [...]

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar em conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados. (FAZZALARI, 2006, p. 118-120)

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 vetusto 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 (NUNES, 2004).

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, espraia-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, essas decisões são conhecidas como *di terza via*, porque derivam de escolha isolada, não raro arbitrária, do juiz, sem remissão ao que debatido entre as partes (NUNES, 2004, p. 83). Os ordenamentos europeus, em geral, evoluem para imputar invalidade a decisões jurídicas 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 apenas contribui com a (re)construção do direito, 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 (*ampla argumentação*) todas as questões envolvidas no processo.

Em segunda medida, no que concordam Barros (2009), Dias (2004) e André Leal (2002), reconhece-se o enlace definitivo entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais pelo terceiro imparcial³⁸ (equidistante dos contraditores por ausência de suportabilidade dos efeitos do *thema decidendum*), sem o qual as mesmas decisões carecem de legitimidade. E, sem temor de engano, a busca da legitimidade representa ponto nodal de adequação das decisões jurídicas em geral ao Estado Democrático de Direito, enquanto projeto constitucional permanente (artigo 1.º da CRFB) (CATTONI, 2004, p. 542-543).

Convém acentuar, ainda, em que consiste o objeto do contraditório. Nesse aspecto, já se celebrizou o ensinamento de Gonçalves, no sentido de que “o contraditório não é o ‘dizer’ e o ‘contradizer’ sobre matéria controvertida [...]” (GONÇALVES, 1992, p. 127). No não-dito, 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 servidor público (investigador-policial, acusador-denunciante ou julgador) qualquer dos aspectos controvertidos sujeitos à reconstrução argumentativa, participada e contraditorial no processo. Assim é que as próprias questões jurídicas precisam ser reconstruídas no processo

38 Para uma reunião de justificativas da doutrina tradicional sobre o princípio da fundamentação das decisões judiciais, cf. HARTMANN, 2010, p. 128-133.

mediante contraditório, e não descobertas pelo servidor público incumbido de formalizar a emissão do provimento administrativo ou judicial.

“A constatação parece óbvia – para elaborar os próprios temas o processo deve elaborar a si mesmo” (FAZZALARI, 2006, p. 127). A construção democrática dos provimentos estatais, por todos os legitimados ao processo como discursividade procedimentalizada, também tem por objeto os próprios marcos ou balizas do procedimento previsto em lei. Em outras palavras, a principiologia do *modelo constitucional de processo penal* permite interrogar a adequação constitucional dos procedimentos legalmente previstos – tanto os administrativo-investigatórios, quanto os judiciais de conhecimento, de execução ou cautelares. Não há espaço, pois, no direito brasileiro para procedimentos penais dissonantes ou à margem do *modelo constitucional de processo*, constatação que se aplica, com inteira procedência, à prisão em flagrante.

3.3.3. Visibilidade e imediatidade: a criteriologia cautelar da prisão em flagrante contra iniquistoriedade e solipsismo

Segundo Carnelutti (2000, p. 134), cautelar é o procedimento que, “*em lugar de ser autônomo, serve para garantir (constitui uma cautela para) o bom final de outro processo (definitivo)*”. Fazzalari (2006, p. 313) aborda especificamente os provimentos cautelares de ordem penal no CPP italiano, dividindo-os em *medidas coercitivas pessoais* e *medidas reais*. Fazzalari (2006, p. 314) indica que os provimentos pessoais são úteis nos planos instrutório e de mérito, para assegurar os efeitos de eventual condenação, evitar o cometimento de outros delitos e a fuga do imputado, bem como resguardar os efeitos de eventual condenação à prestação pecuniária.

A prisão cautelar, pois, é instituto jurídico (procedimento cujo provimento é *medida coercitiva pessoal*) que autoriza privação de liberdade do cidadão não apenado, sob a regência, igual e necessária, do *modelo constitucional de processo*. Então, com a execução da prisão em flagrante ou a decretação da prisão provisória, fica claro que, de acordo com a Constituição do Brasil – CRFB, não se está a aplicar pena, mas a cumprir, por meio da privação de liberdade, função acauteladora do procedimento penal principal.

Em tema de prisão em flagrante, o contraditório, como dito, condiciona a compreensão da própria cautelaridade do procedimento, que não é a mesma da prisão preventiva (arts. 312

e seguintes do CPP). De forma absolutamente sucinta e superficial, pode-se afirmar que a cautelaridade da prisão preventiva, no Brasil, se deixa entrever em quatro hipóteses legais, cerradas, que configuram situações merecedoras de cautela: a instrução criminal, a futura aplicação da lei penal, a ordem pública e a ordem econômica. Admite-se, pois, a prisão preventiva apenas se, além de outros requisitos legais (artigo 310, parágrafo único, 313 a 315 do CPP), ao menos uma dessas situações merecedoras de cautela se demonstra, em concreto, nos autos.

Já o caráter cautelar da prisão em flagrante decorre única e exclusivamente de critérios de *visibilidade e imediatidade* de conduta aparentemente delitiva (LOPES JR., 2006, p. 223-226). Neste ponto, o tema reclama breve análise sobre as funções de dois dos agentes processuais (delegado de polícia e juiz), para entender-se *como* ocorre (e *como* deve ocorrer, em perspectiva constitucionalmente adequada) a reconstrução do caso na fase preliminar investigatória.

Sabe-se, por revisitação da história do processo penal brasileiro, que a função de delegado de polícia, hoje coordenador da polícia judiciária, decorre do desprendimento orgânico daquele que antes era um juiz, ou servidor a ele hierarquicamente subordinado, em relação ao quadro judiciário. Com efeito, o Código Criminal do Império do Brasil, de 16 de dezembro de 1830, deixava às leis estaduais a tratativa do processo penal. E, classicamente, como noticia a própria Exposição de Motivos do CPP de 1941 (BRASIL, 1941-2009), predominavam os *juízos de instrução*, até a adoção, em 1871, do inquérito policial, precisamente com a Lei 2033, de 20/09/1871 e o Decreto 4824, de 22/11/1871 (COUTINHO, 2009-B, p. 226)

Os juízos de instrução não foram acolhidos pelo CPP de 1941, sob a justificativa de que o tamanho continental e as diferenças regionais do Brasil desaconselhavam essa organização (BRASIL, 1941-2009, p. 343). Se houvesse restrição das funções do delegado de polícia a apenas prender criminosos, averiguar a materialidade de crimes e indicar testemunhas, “seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiqüidade”, ou que se operasse a “quebra do sistema”, instalando-se juízos de instrução nas capitais e sedes de comarca e o inquérito policial nas demais localidades (BRASIL, 1941-2009, p. 343).

Note-se que, nessa perspectiva, a mudança do sistema de *juízos de instrução* para inquérito policial não altera o cerne (solipsista) da questão (e também não alteraria se a investigação ficasse a cargo, p. ex., do Ministério Público). Na lição de Lopes Jr. (2008, p. 316), “mudam os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa”, sendo importante, mesmo

que subsista a inquisição, manter o julgador longe da gestão das provas³⁹.

A figura do delegado de polícia, pois, exsurgiu da estrutura judiciária, da função de um dos seus servidores (PIERANGELLI, 1983, p. 117-118)⁴⁰. Esse servidor tinha e o delegado de polícia tem a tarefa *ab ovo* inquisitória de, no conforto não sindicado da subjetividade idealizada, com a marca do *subjetivismo egóico*, constituído mediante identificações impostas, desde fora, pela *civilização* (e seu mal-estar a tira-colo) (ROSA, 2006, p. 12)⁴¹, ir em busca de elementos para a reconstrução do caso penal, encaminhando-os, após, ao juiz.⁴²

É por essa herança histórica que, após descartar os *juízos de instrução* já na Exposição de Motivos e optar pelo inquérito policial na fase de investigação preliminar, o CPP de 1941 contempla, não obstante, identidades entre atividades de juiz inquisidor e delegado de polícia, por exemplo na dupla oitiva de vítima (ofendido), investigado e testemunhas (arts. 6.º, V, 201, 202 e seguintes, e 304 do CPP), na efetivação de busca e apreensão por autoridade policial ou judicial (arts. 6.º, I e III, e 241 do CPP), na faculdade não delimitada de realizar ou olvidar diligências requeridas por ofendido e indicado (artigo 14 do CPP) e no encaminhamento dos autos de inquérito policial ao juiz, e não ao órgão acusador (artigo 10, § 1.º, do CPP). Isto é, a *inquisição*, quer realizada pela figura do juiz instrutor(-inquisidor), quer levada a efeito pelo delegado de polícia, é a forma de “desvelamento da verdade real” (STRECK, 2010, p. 45-46) que prevalece no curso da história do processo penal brasileiro, repetindo-se no CPP de 1941.

Pouco importa, porém, se quem se dedica a tal tarefa inquisitiva ocupa cargo de delegado de polícia ou juiz, promotor de justiça ou defensor público – enfim, sem importância o nome que se dê à função (LOPES JR., 2008, p. 316). Colocar-se o cidadão ocupante de

39 Streck (2010, p. 46) ainda avança mais quanto ao problema da inquisitorialidade, enquanto forma de manifestação do *solipsismo*, do *decisionismo*, da *discricionariedade* e das *arbitrariedades* no processo penal: “Daí a minha indagação: de que adianta afirmar um novo modo de 'gestão da prova' se o sentido a ser definido sobre o 'produto final' dessa 'gestão probatória' permanece a cargo de um 'inquisidor de segundo grau' que possui 'livre convencimento'?”

40 “Ressaltamos que a separação entre funções policiais e judiciárias apareceu na velha legislação portuguesa e que o Alvará de 25 de junho de 1760 foi quem criou o lugar de Intendente Geral de Polícia, expedido com a firme intenção de separar as duas classes de atribuições, sem lograr, contudo, o êxito almejado, pois, se antes as pessoas que exerciam atividade judiciária, acumulavam funções policiais, com este Alvará foi o Intendente Geral de Polícia que passou a acumular funções judiciárias” (...) “Com a lei n. 261, (...) os delegados eram “escolhidos dentre quaisquer juizes e cidadãos”, após todas as necessárias observações, informações, documentos e esclarecimentos que justificassem a idoneidade dos propostos (...). Com a nova legislação, além da função precípua de investigar crimes e determinar a autoria, de coligir elementos esclarecedores com o fito de possibilitar a instauração da ação penal, concedia-se à Polícia atribuições inerentes aos juizes de instrução na maior parte dos crimes, (...) o que motivou forte reação dos liberais.”

41 “Não é difícil entender que a construção do sujeito se dá pelo efeito dos limites. (...) Afinal, não teria sentido seguir vivendo se não fosse para tentar encontrar, amanhã, o gozo que hoje não se encontrou. (...) As identificações constituem o *ideal do eu*, um paradigma (...) e é o que faz com que se possa aceitar as renúncias pulsionais que a *Civilização* impõe, tudo vindo de uma fonte externa.”

42 Vale conferir a explicação de Tourinho Filho (1995, p. 173-174), que remonta à Roma antiga a origem da figura das funções policiais, aí incluída a de delegado, como denunciadores (*dedi durii*) que levavam ao *magistratus* a notícia sobre a ocorrência de delitos, em especial no período noturno, pela ação de aproveitadores.

cargo público sob a lógica inquisitorial significa abrir mão da construção compartilhada (legítima) de decisões jurídicas (democráticas).

(...) Não importa quem esteja naquela posição, ou seja, estar lá, pelo poder que se tem, é um convite a se agir a partir de premissas construídas *a priori* e, assim, seguindo o mecanismo de pensamento da civilização ocidental, há uma tendência de *se decidir primeiro e sair à cata da prova necessária para se confirmar a decisão*. (...) O problema, como parece elementar, é que frequentemente tal decisão é equivocada; e chegar-se-á a uma conclusão também equivocada no silogismo. Trata-se assim, para quem busca a verdade (...), de uma *analítica míope*, que se presta tão-só para os fins ideológicos aos quais está impostada. Se é assim e por certos pontos de vista é possível sustentar que está ruim com a *Polícia, pior ainda com o Ministério Público e a Magistratura* (...). (COUTINHO, 2010, p. 43-44)

Com confessada carga inquisitória, as normas subjacentes ao texto do CPP de 1941 moldam a figura do juiz no processo penal brasileiro com o formato de um “astro-rei”, em torno do qual gravitam os demais atores processuais (ofendido, vítima, investigado, defensor, acusador, delegado de polícia, terceiro interessado), o que não guarda qualquer compatibilidade com a noção de jurisdição nem com a função do juiz no Estado Democrático (LEAL, 2008, p. 152). De outro lado, a atividade do delegado de polícia, tal como delineada no CPP de 1941, se compatibiliza com a conservação da proposta inquisitorial que, antes, atribuída ao meirinho por delegação do juiz, agora incumbe a órgão deste desprendido.

Todo esse percurso pelo tempo dos *juízos de instrução* até o atual inquérito policial tem o propósito de demonstrar como a inquisitividade conserva, no processo penal, o pensamento superado da filosofia da consciência (STRECK, 2010, p. 45-46) e como isso tudo, ao final, tem no procedimento de prisão em flagrante, tal como praticado no Brasil, um *locus* privilegiado de *solipsismo*, que o presente trabalho visa explicitar. Com essa explicitação, percebe-se-se que a reviravolta da gestão da prova no processo penal, que visa ao afastamento da inquisitorialidade e das diversas formas de *solipsismo*, tem início com a revisitação do procedimento e da cautelaridade da prisão em flagrante.

Na modelagem positivista sujeito-objeto (STRECK, 2010, p. 58-65), em que os servidores policiais e o juiz assujeitam a hipótese de flagrância e dela extraem diversas convicções, verdadeiros prejulgamentos, sem interferência argumentativa das partes, a prisão em flagrante desafia, por completo, o *modelo constitucional de processo*. A aceitação da prisão em flagrante como oportunidade para a produção probatória, nesses moldes positivistas-solipsistas, é um elemento fundante (a porta de entrada) do sistema inquisitório que, à margem da CRFB, prepondera na pragmática brasileira. Apenas mediante exercício de *ampla argumentação em contraditório* pelas partes quando da coleta de elementos de prova

na oportunidade do flagrante, legitimam-se as atividades da polícia e do Judiciário.

Ora, hoje ninguém mais com algum conhecimento (salvo os *catedr'áulicos*, de Roberto Lyra Filho, que sempre vão existir) duvida que um *sistema processual se define pela gestão da prova e a quem ela cabe* (basta ler bem os artigos 156 e 502, do CPP), embora não se descarte ser importante – mas secundário – ao sumiço do *actus trium personarum* (de Bulgaro) o fato de terem consumido a separação entre acusador-julgador, o que se deu em 1215 (...) (COUTINHO, 2010, p. 27)

Cabe a insistência. Diferentemente da prisão preventiva (artigo 312 do CPP⁴³), a prisão em flagrante não é procedimento destinado à “produção solipsista de prova”, nem funcionalizado à conveniência da instrução criminal, sem exercício de *contraditório e ampla argumentação* (artigo 5.º, LIV e LV, da CRFB). Sobre o delegado de polícia não deve pesar a tarefa inglória, porque antidemocrática, de reconstruir, por esforço solipsista, toda a hipótese acusatória e entregá-la ao órgão de acusação. Em outras palavras, a fase preliminar de investigação, nela incluída o procedimento de prisão em flagrante, não se pode prestar à formação antecipada da culpa e à inversão do ônus probatório em detrimento da defesa na fase procedimental subsequente, realizada, aí sim, em contraditório. Afinal de contas, este é o grande golpe de mestre de Cambacérès, segundo o escólio de Coutinho:

(...) e isso se sabe desde o golpe de mestre dado por Jean-Jacques-Régis de Cambacérès na estruturação do *modelo dos modelos* (copiado em toda Europa continental, mormente pelo momento histórico que viviam e o domínio francês), isto é, o *Code Napoléon*: primeira fase inquisitória; segunda fase (processual) amplamente contraditória, mas valendo nela, sem embargo de um certo discurso refratário, a prova produzida naquela. Qualquer semelhança com a estrutura dual de investigação preliminar/processo, no atual sistema processual brasileiro, não é de estranhar; não é mera coincidência. (COUTINHO, 2010, p. 32)

Por isso, não se justifica o aproveitamento da prisão em flagrante como *medida* e oportunidade ótima para a produção de prova, mediante esforço *solipsista* da “autoridade” policial ou judicial que tem contato com os autos, porque isso significa inviabilização do contraditório antecipado sobre a produção probatória e entrega de sua gestão à consciência (experiência) do servidor público policial ou juiz. A gestão da prova fora do controle exclusivo das partes representa o cerne do desrespeito ao sistema acusatório instituído na

43 A prisão preventiva tem a produção probatória como um de seus fundamentos de cautelaridade (“para conveniência da instrução criminal”, nos termos do artigo 312 do CPP). Por permitir, no plano da faticidade, o prévio exercício de contraditório e ampla argumentação para embasar, com legitimidade, a fundamentação da decisão do terceiro imparcial, a prisão preventiva “para produzir provas” não gera grandes problemas quanto à sua adequação processual-constitucional. Na prisão em flagrante, no entanto, tal compreensão não é tão evidente, de sorte que os arts. 304 e seguintes do CPP deixam margem a atuações solipsistas dos servidores policiais, incompatíveis com o *modelo constitucional de processo*.

CRFB (artigo 129, I) (LOPES JR., 2008, 74-75).

O contragolpe ao “modelo dos modelos” de Cambacérès depende do enquadramento da prisão em flagrante no *modelo constitucional de processo*, a ensejar a especificação singular da cautelaridade da prisão em flagrante. Perceba-se que a citação supra de Coutinho é um ponto de apoio para a abordagem da questão central deste tópico. Aqui, não se discute especificamente um confronto entre sistemas inquisitório e acusatório. O foco está no que subjaz à inquisição, enquanto faceta do *solipsismo* e do *decisionismo*. Para tanto, cabe um apelo a Streck, que explica como o “princípio da verdade real”, essa aporia hermenêutica que se tenta conservar, “mudou de paradigma” e, hoje, ata-se aos contornos inquisitoriais do CPP.

Já no processo penal não passa despercebida a força do “princípio” da “verdade real” (...). Aqui é necessário denunciar um paradoxo (...) Com efeito, esse “princípio” - inicialmente conhecido como “princípio geral do direito” e hoje, para minha total surpresa, “repcionado” em pleno Estado Democrático de Direito – representava um modo de institucionalizar no direito o “mito do dado” da metafísica clássica.

(...) A verdade estaria “nas coisas”, que, por terem uma essência, iluminariam o intelecto do juiz. Ocorre que, por desconhecimento filosófico ou uma corruptela metodológica, o aludido “princípio” foi transformado em *modus interpretandi* do paradigma que superou o objetivismo realista: o paradigma da filosofia da consciência. Desse modo, ao invés da “coisa” “assujeitar” o juiz (...), foi o juiz que passou a “assujeitar” a coisa (a prova processual). E a “verdade real” passou a ser aquela “extraída inquisitorialmente pelo juiz”. É dizer, a prova passou a ser aquilo que a consciência do juiz “determina”. Por alguma razão – que é de todos conhecida – a “verdade real” *cambiou de paradigma...!* (...) (STRECK, 2010, p. 45-46).

Com efeito, é na prisão em flagrante que nascem as mais vigorosas hipóteses, isto é, as que mais facilmente se impõem por si mesmas, as “verdades reais”, as “hipóteses prevalentes sobre os fatos (reconstruídos)”, ostentando a condição de obviedades para as quais basta a aparência delitiva. Por conseguinte, vedam, inconstitucionalmente, a reconstrução do caso.

Sem a reconstrução do caso, pelo primado da hipótese nascida da prisão em flagrante, tolhem-se *contraditório* e *ampla argumentação* (garantias constitucionais fundamentais e princípios elementares do *modelo constitucional de processo*) sobre uma infinidade de circunstâncias que conformam a unicidade do caso. Daí afirmar-se que a prisão em flagrante, sem a filtragem do *modelo constitucional de processo*, facilita a consolidação de uma proposta inquisitorial de apuração (solipsista/decisionista) de delitos.

Em sede de democracia constitucionalizada, *visibilidade* e *imediatez* marcam a cautelaridade da prisão em flagrante, **nada mais**. A transigência mínima com a possibilidade de produção de prova no procedimento de prisão em flagrante, mediante esforço isolado do delegado de polícia e seus agentes ou do juiz, redundará na formação inconstitucional de culpa

antes não apenas da fase judicial, mas da própria fase preliminar investigativa.

A CRFB estabelece o sistema acusatório de persecução criminal processualizada no artigo 129, I (MARQUES, 2006, p. 265), que implica separação entre órgãos acusador e julgador, mas, acima disso, a gestão da prova pelas partes, mediante exercício do contraditório (COUTINHO, 2010, p. 27). Retomando-se a apropriação das lições de Fazzalari para o *modelo constitucional de processo penal brasileiro*, 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.

Diante do quadro, cumpre fazer coro com os pesquisadores que alertam: 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 para a adequada leitura constitucional do procedimento da prisão em flagrante no Estado Democrático de Direito.

O sério problema que surge – com certo ar de naturalidade – é que esse mesmo órgão jurisdicional que investiga e produz provas vai, depois, julgar, ou seja, acertar o caso penal. Isso, por si só, faz pensar na falta de imparcialidade (tomada como equidistância das partes e seus pedidos) e, por suposto, no vilipêndio daquilo que é, para alguns, quase sacro na Constituição: o lugar que a nação delega a quem é investido de poder jurisdicional, mormente para decidir, por ela, contramajoritariamente. (COUTINHO, 2010, p. 14)

Em uma perspectiva de senso comum, que os órgãos de imprensa exploram à exaustão, dissemina-se a perplexidade com a realização de processo após o registro de uma situação de flagrante delito. Como bem resumiu Lopes Jr. (2006, p. 224), “porque precisamos de um longo processo para discutir o que 'já está provado'? Será que o flagrante não autorizaria um juízo imediato?”. De fato, em perspectiva processual-científica, a prova não decorre da evidência do flagrante, percebida pelo servidor policial ou pelo juiz. Até porque evidência e verdade não se confundem (LOPES JR., 2006, p. 224).

A evidência visual e imediata do flagrante gera impressão de certeza no ser cognoscente (LOPES JR., 2006, p. 224), apresentando, por isso mesmo, um inerente caráter alucinatório. Em consequência, não tem valor processual probante sem se submeter a critérios de racionalidade crítica. Pela condição datada (isto é, temporal e topograficamente situada) do saber e da convicção que o flagrante produz, é imprescindível submetê-lo a confirmação argumentativa posterior. Do contrário, não se interroga o caráter alucinatório da evidência

nem se aproxima de qualquer pretensão de verdade, em sentido racional crítico (LOPES JR. 2006, p. 225)⁴⁴. Nessa perspectiva, o (*modelo constitucional de*) processo restringe e, até certo ponto, corrige a alucinação da evidência *visível*, oriunda do estado de flagrância, evitando o cerceamento de liberdade do cidadão mediante “juízos imediatos, realizados ainda no calor da (irracional) emoção e contaminados pelo sentimento de vingança”. (LOPES JR., 2006, p. 226)

Enfim, o flagrante, como *visibilidade* e *imediatez* de conduta aparentemente delitiva, não institui uma hipótese acusatória antes que seus elementos sofram o crivo de *contraditório* e *ampla argumentação*. Tampouco critérios performativos de *razoabilidade*, *ponderação*, *confiança no juiz da causa* ou nas *instituições policiais* (STRECK, 2010, p. 48-49) socorrem a prisão em flagrante sem processo.

3.3.4. Prisão em flagrante como procedimento sujeito ao modelo constitucional de processo na tipologia penal: o estatuto constitucional da liberdade-regra e da prisão-exceção

Referiu-se alhures que o modelo constitucional de processo se especializa nos diferentes microssistemas (*tipologias*) jurídicos procedimentais, dentre eles (as) o (a) penal. Isso ocorre porque o modelo constitucional carrega as características de *expansividade*, *variabilidade* e *perfectibilidade* em relação aos (às) microssistemas (*tipologias*) em que se especifica (ANDOLINA e VIGNERA, 1990; BARROS, 2009, p. 14).

A especificação do *modelo constitucional de processo* na *tipologia do processo penal* resulta, quanto ao delineamento do instituto da prisão, na consideração hermenêutica e epistemológica de todos os princípios constitucionais que estruturam a *tipologia*. Além do *contraditório*, da *ampla argumentação* e da *motivação das decisões por terceiro imparcial*, que integram o *modelo* constitucional-base do processo, a *tipologia* do processo penal ainda engloba o princípio do estado de inocência, a necessidade da ordem escrita de autoridade judiciária competente se em jogo a privação de liberdade, o sistema acusatório, a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, entre outros, tudo como referente lógico-jurídico de compreensão e regência da prisão em flagrante e dos demais

44 Lopes Jr. confessa descrença na verdade, real ou processual, fazendo uso do termo para explicar, com utilidade prática, o porquê de o flagrante não dispensar a reconstrução processual do caso (LOPES JR., 2006, p. 223).

procedimentais penais. (BARROS, 2009, p. 16-22)

No ordenamento jurídico brasileiro, prisão em flagrante é espécie do gênero prisão provisória. As demais espécies de prisão provisória com previsão legal escriturada na legislação pátria, e cuja abordagem pormenorizada exorbita a proposta desta dissertação, são a temporária (com regramento geral na Lei 7.960/89) e a preventiva (artigos 311 e seguintes do CPP). Com o advento das Leis 11.689/2008, reelaborando o procedimento do tribunal do júri (especialmente a nova redação do artigo 413, § 3.º, do CPP), e 11.719/2008, que revogou o artigo 594 do CPP, descabe cogitar, hoje, mesmo em termos abstratos, de uma prisão decorrente de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível.

Fala-se em provisoriedade da prisão por decorrência do princípio do estado de inocência (artigo 5.º, LVII, da CRFB). O uso da expressão estado de inocência demonstra concordância com o pensamento de (OLIVEIRA, Eugênio, 2001, p. 301-302), para quem o princípio da inocência, no Brasil, não configura qualquer presunção, “e, sim, efetiva situação jurídica”. Assim, 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 (artigo 5.º, LXI, da CRFB): estado de flagrante delito e ordem escrita e motivada de autoridade judiciária competente⁴⁵.

A prisão fundada em qualquer dessas duas hipóteses só se legitima se restar demonstrado, no procedimento próprio, seu aspecto 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 (artigo 5.º, LVII, da CRFB), a prisão cautelar não configura exceção a esse estado. O preso a título cautelar é, em relação ao procedimento que deu azo à sua prisão, um cidadão inocente.

Diante da garantia constitucional da inafastabilidade do controle dos atos estatais pelo Judiciário (artigo 5.º, XXXV, CRFB) e do direito ao Processo (artigo 5.º, LIII, LIV e LV, CRFB), que baliza e condiciona 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, consoante regramento

45 Pela especificidade do tema, estão fora de questão, nessa dissertação, as hipóteses de transgressão militar e crime propriamente militar, que também autorizam prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

constitucional.

A proposta de leitura constitucionalmente adequada da prisão em flagrante supõe que a decisão judicial legítima e democrática que encerra o procedimento sempre deve ser precedida de *ampla argumentação em contraditório* entre os por ela possíveis afetados. Na prisão em flagrante, o *contraditório* exerce-se após a constrição da liberdade, mas antes da decisão judicial que a sindique.

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 leva a que se exerça, em relação a ela, o contraditório no modo *ex post factum*, ou seja, após a constrição da liberdade do cidadão, mas antes da decisão judicial que à constrição necessariamente sucede (artigo 306, § 1.º, primeira parte, CPP). É por isso que a cautelaridade da prisão em flagrante, para justificar-se em termos de legitimidade democrática, deve estar atrelada apenas a critérios de *visibilidade e imediatidade*, fiscalizáveis mediante *contraditório* postecipado ao fato, mas antecipado à decisão judicial que a pode ou não cancelar.

De qualquer forma, importa ter seguro que, mesmo nos casos de flagrante delito, o juízo competente deve ser imediatamente informado para que, após franquear o exercício de *ampla argumentação em contraditório* pelos legitimados, ordene, ou não, o cerceamento de liberdade do cidadão.⁴⁶ Essa necessidade hermenêutica de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária também para a prisão em flagrante decorre de releitura conjunta e constitucionalmente adequada dos incisos LXI, LXII, LXV, LXVI e LXVIII, do artigo 5.º da CRFB. Tal leitura permaneceria válida mesmo que o CPP não dispusesse coisa alguma sobre o encaminhamento dos autos de inquérito policial com prisão em flagrante ao juízo competente (artigo 306, § 1.º, primeira parte, CPP).

Todos os incisos acima aduzidos integram o *modelo constitucional do processo na tipologia penal* e constituem verdadeiro estatuto jurídico-constitucional do procedimento de prisão (cautelar ou definitiva)⁴⁷. Sua releitura adequada não permite dispensar a ordem escrita

46 Para tanto, há hoje previsão expressa no CPP (artigo 306, *caput*, do CPP, com redação dada pela Lei 11449/07).

47 Art. 5.º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, nos termos seguintes: [...]

LXI – 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;

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; [...]

e fundamentada de autoridade judiciária competente na prisão em flagrante, a partir da conjunção “ou” do preceptivo constitucional (artigo 5.º, LXI, da CRFB). Vale lembrar que o presente trabalho não adota a concepção de prisão em flagrante como medida, ato de força, provimento sem procedimento, mas como o próprio procedimento, regido, pois, pelo processo. Assim, a prisão em flagrante não representa estrutura insulada da normativa constitucional, oposta às demais espécies de prisão cautelar que exigem ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, em interpretação superficial do artigo 5.º, LXI, da CRFB, como se o conectivo “ou” ostentasse semântica disjuntiva, e não aditiva.

Nenhum procedimento e nenhuma medida constritiva de liberdade do cidadão escapam ao controle jurisdicional. Tanto assim, que até o autoritário CPP, no artigo 306, § 1.º, primeira parte, na redação original, já instituía para os órgãos policiais o dever de, no prazo de vinte e quatro horas, noticiar o juízo competente acerca da deflagração do procedimento de prisão em flagrante. Parece claro, pois, que não se dispensa ao procedimento de prisão em flagrante a chancela judicial, evidentemente motivada (artigo 93, IX, da CRFB), acolhendo ou rejeitando as alegações dos afetados, proferidas no espaço argumentativo do *contraditório* prévio (à decisão)⁴⁸.

Para não restarem dúvidas, há possibilidade de discriminar duas espécies de prisão no artigo, 5.º, LXI, da CRFB. Todavia, o critério de diferenciação entre elas não é a necessidade de ordem judicial escrita e fundamentada, mas sim o título jurídico em que se lastreiam. O título jurídico que autoriza o flagrante é a faticidade legalmente estabelecida, por critérios de *visibilidade* e *imediatez*; já as demais espécies de prisão provisória são autorizadas mediante expedição de mandado judicial. A diferenciação recai, então, apenas em elemento jurídico-formal (situação de flagrância ou mandado judicial). A fundamentação da decisão por autoridade judiciária competente é necessária em qualquer das duas modalidades de prisão.

Em sede de *modelo constitucional de processo*, impõe-se normativamente que a ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente esteja presente em qualquer ato de

LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVIII – conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; [...]

48 O mesmo entendimento parece albergado pela Resolução n. 66/2009 do Conselho Nacional de Justiça, quando estipula: “(...) Art. 1º Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, imediatamente, ouvido o Ministério Público nas hipóteses legais, fundamentar sobre:

I – a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, quando a lei admitir;

II – a manutenção da prisão, quando presentes os pressupostos da prisão preventiva, sempre por decisão fundamentada e observados a legislação pertinente; ou

III – o relaxamento da prisão ilegal. (...)”

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*. Entretanto, resta a dúvida de como se desenvolve o exercício do *contraditório* frente aos critérios de cautelaridade próprios da prisão em flagrante, a saber: *visibilidade* e *imediatez*, para o quê têm grande valia os estudos de direito comparado, com o exemplo dos procedimentos espanhol, português e argentino.

No caso da prisão em flagrante, o *contraditório*, em um primeiro momento, é postecipado ao fato (cerceamento de liberdade do cidadão). Mesmo exercido após a condução do cidadão à presença do servidor policial, o *contraditório* tem o condão de evitar desrespeito à não-surpresa e à influência (NUNES, 2004, p. 83, e BARROS, 2009, p. 18-19) na prisão em flagrante como procedimento. Isso porque, primeiro, abarca temas legalmente restritos, de pronta solução se o tempo que medeia a constrição da liberdade e o exercício do *contraditório* (vinte e quatro horas, como sucede nos ordenamentos espanhol e argentino, ou quarenta e oito hora, no português) for efetivamente respeitado. Além disso, o *contraditório post factum* (prisão) precede a decisão judicial acerca da juridicidade da constrição de liberdade. Se o prazo legal para aperfeiçoamento do *contraditório* não se fizer observado, impõe-se a soltura do preso (como sucede na Espanha, em Portugal e na Argentina), sob pena de responsabilização cível e criminal do cidadão que mantém a constrição da liberdade de outrem por período superior ao contido na norma.

Como dito, o *contraditório ex post factum* não se macula de ilegitimidade, quer porque abre ensejo à participação na construção da decisão judicial, quer porque incide sobre temas cuja faticidade o permite. Critérios de aparência da conduta delitiva, dos meios e modos utilizados para impedi-la ou minorar dela os efeitos, de eventual responsabilidade do cidadão que a efetuou para além das balizas legais são alguns dos temas propícios à discussão neste espaço argumentativo.

A partir do provimento jurisdicional sobre a prisão em flagrante⁴⁹, novo *contraditório* se torna necessário. Nesse segundo momento, o *contraditório* tem caráter prospectivo e remete ao exame da necessidade de decretação da prisão preventiva, em torno dos requisitos dos

49 Como acentua Rosa (2011), não existe no ordenamento jurídico brasileiro qualquer dispositivo que atribua ao Judiciário a tarefa de **homologar** ou não a prisão em flagrante. O Judiciário realiza **controle de constitucionalidade e legalidade** das prisões em flagrante consoante mandamentos constitucional (artigo 5.º, LXII e LXV, da CRFB), legal (artigo 306 do CPP) e regulamentar (artigo 1.º da Resolução 66/2009 do CNJ) expressos. Mais importante, porém, é que esse controle jurisdicional não se exerça de modo solipsista, isolado, egoísta, pelo juízo, mas que a construção do provimento (liberatório ou encarcerador) se dê mediante observância ao *modelo constitucional de processo*.

artigos 311 e seguintes do CPP. Então, só então, quando já não mais se trata de prisão em flagrante, abre-se possibilidade a ilações e argumentações sobre a conveniência da instrução criminal, a segurança de futura aplicação da lei penal, a ameaça à ordem pública ou à ordem econômica (artigo 312 do CPP).

Vale a insistência. Em termos de prisão em flagrante e da análise de sua constitucionalidade e legalidade pelo juízo, há diversos elementos passíveis de reconstrução contraditorial *ex post factum*, no marco concreto de vinte e quatro horas entre a constrição de liberdade e o exercício dessa garantia constitucional. Sem dúvida, os mais importantes dizem respeito à configuração, ao menos em uma primeira análise, de elementos de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Para exemplificar, não há tipicidade na conduta de furto de uma fruta em grande supermercado, seja pelo traço famélico (ausência de antinormatividade), seja pela bagatela. Na conduta do policial que, alvejado em perseguição por supostos criminosos, reage com alguns disparos, não se encontra antijuridicidade (artigo 23, III, do CP). Também não há crime na conduta do mentalmente incapaz que, evadindo-se da casa de internação para tratamento, pratica conduta típica e antijurídica (artigo 26, *caput*, do CP). Em qualquer desses casos, descabe a prisão em flagrante, pelo simples fato de não haver delito, nem mesmo em aparência (*visibilidade e imediatidade*). Com a abertura de um espaço discursivo procedimental entre as partes antes que o juízo chancela a prisão em flagrante, circunstâncias como essas podem ser de pronto identificadas. Não se constrói o provimento jurisdicional de prisão em flagrante, ainda que materialmente executado o ato de constrição de liberdade, ficando prejudicada eventual análise de cabimento da prisão preventiva (arts. 312 e seguintes do CPP). Como consequência, a liberdade do conduzido se garante em curto intervalo.

Além das circunstâncias de *imediatez* e *visibilidade*, logo neste primeiro momento pode-se estabelecer contraditório sobre se apenas a força contida e estritamente necessária foi utilizada contra o preso (artigo 284 do CPP); se houve tentativa de fuga ou resistência (*idem*); se terceiros colaboraram para a constrição da liberdade do aparente infrator penal (artigo 292 do CPP), ou para a sua proteção (arts. 293 e 294 do CPP). Trata-se de questões acerca da legalidade da prisão, dos limites ou excessos de atuação da autoridade ou do cidadão que realizaram a condução do aparente agente e dos contornos iniciais do próprio caso. Como se vê, há uma série de circunstâncias no ato de prisão, a pretexto de flagrante delito, cujo esclarecimento se mostra fundamental não apenas para prover a reconstrução do caso da maneira mais participativa (entenda-se democrática) possível, como também para assegurar a fidelidade da reconstrução do caso penal ao que ocorrido, sobretudo pela proximidade

cronológica dos acontecimentos. Registre-se: colhidos e avaliados em *contraditório*, os elementos de prova do flagrante têm validade jurídica; do contrário, não.

Em síntese, o *contraditório* no procedimento de prisão em flagrante tem conotação bifronte. De um lado, é postecipado ao fato, **mas** anterior à decisão judicial, volta-se para o passado e a reconstrução do caso aparentemente delitivo, a atitude, os meios e modos de ação do cidadão ou servidor público que obstou a conduta semelhante a delito, bem como o comportamento do conduzido e de terceiros, com eventuais responsabilidades daí decorrentes. De outro, em momento ulterior, caso decretada judicialmente a prisão em flagrante, o *contraditório* tem como foco a manutenção, ou não, do cerceamento de liberdade do preso, a partir dos critérios legais da prisão preventiva (arts. 312 e seguintes do CPP).

Precisa-se compreender esse momento secundário como consectário lógico do procedimento de prisão em flagrante, para nele introduzir-se um espaço normativo obrigatório de exercício de *contraditório*, sem o qual se torna ilegítima a manutenção do cidadão no cárcere. O regramento aplicável, então, é o da prisão preventiva (artigos 312 e seguintes do CPP). Estabelece-se uma relação necessária entre o provimento obtido após o procedimento da prisão em flagrante, ratificando-a ou não, e o procedimento da prisão preventiva.

Assim, se do debate processual acerca da prisão em flagrante exsurgir, por exemplo, evidente inocência do preso, por atipicidade da conduta, ausência de antijuridicidade ou culpabilidade, tem-se por prejudicado o *contraditório* sobre a manutenção da prisão de quem deve ser posto imediatamente em liberdade. No ângulo oposto, se a prisão em flagrante for não for afastada pelo juízo (artigo 5.º, LXII e LXV, da CRFB), mediante fundamentação adequada e vinculada à *ampla argumentação* dos interessados em *contraditório*, abre-se espaço para a discussão processual dos requisitos da preventiva, que pode se mostrar adequada ao caso ou não.

Em vinte e quatro horas, o juízo deve proferir decisão sobre o flagrante. Havendo pedido de conversão do flagrante em preventiva, duas serão as decisões, no mesmo prazo. Embora sejam duas decisões, podem constar da mesma folha de papel, evitando-se excesso de formalidades e aumento injustificado do tempo de prisão. A demarcação de dois momentos de exercício do *contraditório* cumpre função balizadora do provimento judicial e dos pontos que ele deve contemplar, para assegurar, no procedimento, a observância do *modelo constitucional de processo*. Logo, jamais pode significar excesso de formalismos.

Por tudo quanto exposto, não é necessário grande esforço para perceber-se que, em tema de prisão cautelar, o *contraditório* legitimador da decisão que a reconhece, quando decorrente de flagrante, ou a decreta, se preventiva, tem notável importância, porque a ordem

constitucional brasileira afirmou a liberdade e estabeleceu a inocência como efetiva situação jurídica de todo investigado, indiciado ou acusado (OLIVEIRA, Eugênio, 2001, p. 301; OLIVEIRA, Eugênio, 2006, p. 414-415). A Constituição do Brasil – CRFB 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 (artigo 5.º, LIV, LXI e LXV, da CRFB).

Disso resulta, como já ressaltado alhures, que a privação da liberdade de qualquer cidadão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória deve contar com fundamentação de qualidade cautelar⁵⁰ (gênero), a título de flagrante (artigo 302 do CPP, uma espécie), ou de preventiva (arts. 311 e seguintes do CPP, outra espécie). O ordenamento brasileiro não 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, Eugênio, 2001, p. 321-322). Para fazer valer essas prescrições normativo-constitucionais, torna-se indispensável o reconhecimento do espaço procedimentalizado de argumentação na prisão em flagrante, que considere, no mínimo, os apontamentos aqui enunciados. Inadmissíveis são a colocação e, pior, a manutenção no cárcere de um cidadão sem que se lhe oportunize direito à fala (WOLFF, 1996, p. 74-75) juridicamente qualificada (processo).

50 Vale registrar que Lopes Jr. (2008, p. 293, nota 621) atribui à prisão em flagrante caráter precautelar, não propriamente cautelar, ao argumento de que “destina-se a preparar, instrumentalizar uma futura medida cautelar”. Essa postura dialoga com a bipartição didática e metodológica do contraditório legitimador do procedimento de prisão em flagrante, instaurando duas discussões, a serem resolvidas em decisão formalmente uma e materialmente dual: uma sobre a prisão em flagrante; outra, se não prejudicada, sobre eventual cabimento da prisão preventiva.

4. RELENDO A NORMATIVIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE NO CPP DE 1941 – O QUE RESTA DEPOIS DA CRFB

4.1. A proposta do CPP de 1941: após 70 anos, mais do mesmo

Dez artigos integram o Capítulo III do Título IX do Livro I do Código de Processo Penal brasileiro, sancionado em 3 de outubro de 1941 e vigente desde 1.º de janeiro de 1942. Eram outros tempos políticos, por isso a nomenclatura do Capítulo “Da prisão em flagrante”, no Título “Da prisão e da liberdade provisória”, do Livro “Do processo em geral”.

A desconstrução da validade normativa do CPP de 1941 começa bem pelos nomes dessas divisões. Ao se referir ao “processo em geral”, aquele código certamente não faz referência a um modelo coerente e constitucionalizado de princípios e garantias do cidadão (BARROS, 2009, p. 16-22). O CPP de 1941 não tem o menor compromisso com a promoção da construção do direito por todos os cidadãos. Seu comprometimento é explícito com o incremento da eficiência na repressão aos delinquentes, transviados, errantes (BRASIL, 1941/2009, p. 341-342⁵¹). Para tanto, menospreza os direitos fundamentais, com plena adequação ao momento histórico em que promulgado.

Vale sublinhar que esse menosprezo do CPP de 1941 pelos direitos fundamentais não é mera decorrência de uma história autocorretiva de seus próprios rumos. O momento histórico há de ser considerado, mas não só, sob pena de recair-se no dogmatismo positivista⁵². A sustentar os propósitos do CPP de 1941 verifica-se uma relação entre *interesse* e *conhecimento* (HABERMAS, 1968, p. 129-146), que, a pretexto de neutralidade axiológica, reduz o caso penal a um superficialíssimo confronto entre segurança pública e liberdade individual. Por isso, o *conhecimento* técnico-ideológico informador do CPP de 1941 decorre do *interesse* de aumento da efetividade da ação repressiva do Estado.

51 “Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma perigosa e expedita aplicação da justiça penal.”

52 HABERMAS, 1968, p. 146: “Quando desta dimensão [aquela em que os sujeitos agentes podem chegar ao consenso racional sobre objectivos e fins] (...) se apodera em seguida uma reflexão que, como a antiga filosofia, se comporta objectivamente perante a história, eleva-se o positivismo ao mais alto grau – como outrora em Comte. Eis o que acontece quando a crítica nega acriticamente a sua própria conexão com o interesse emancipatório do conhecimento em favor da teoria pura.”

A proposta opressiva consta da exposição de motivos do CPP de 1941, por certo destacando o instituto da prisão em flagrante como instrumento facilitador da repressão e incompatível, desde sempre, com “fórmulas tradicionais de um mal-favorecimento legal aos criminosos”. (BRASIL, 2009, p. 341). É perceptível a caracterização da prisão em flagrante como medida, e não procedimento, destinada a consolidar a culpa do preso de modo instantâneo, preferivelmente. O CPP de 1941 está de acordo com a meta de “rigorosa e expedita aplicação da justiça penal”. (BRASIL, 2009, p. 341)

E qual o porquê de se analisar o CPP de 1941 no contexto sócio-político (ditatorial) da época, mas não esgotar a análise em tais circunstâncias de tempo e espaço? Porque se a história pudesse ofertar correção de seus próprios rumos, não haveria, 70 (setenta) anos após o CPP de 1941, já sob os auspícios de uma Constituição democrática e com grande estabilidade institucional, insistência nesse problema teórico ainda não suficientemente percebido, tampouco enfrentado, a saber: a redução simplificadora do caso penal⁵³ ao conflito entre segurança pública e liberdade individual, sob uma lógica inquisitiva.

De se registrar que a questão da inquisitorialidade do Brasil antecede o CPP de 1941, com os juízos de instrução nas leis do Império. O CPP de 1941 vem a ser, na abordagem ora em curso, um ponto de apoio histórico-jurídico menos remoto, na medida em que exorbita a proposta deste trabalho a reconstrução da tradição inquisitória do processo penal brasileiro (para tanto, vide PIERANGELLI, 1983). Lamentavelmente, o problema da inquisitorialidade não só permanece por séculos como ganha ares de novidade, pela releitura refinada de alguns autores modernos. Apesar do curso do tempo e das conquistas históricas, como a promulgação da CRFB, os discursos de vários autores da atualidade, naquilo que apresentam de teoria fundante ou eixo de raciocínio, permanece o mesmo do CPP de 1941.

Cabe a comparação. Antes, a linguagem crua da exposição de motivos do CPP de 1941. Quanto a ela, não subsistem dúvidas. Cuida-se de discurso autoritário – concordam, em princípio, os estudiosos de processo penal. A prisão em flagrante, como medida, serve bem à argumentação antiprocessual de evidência instantânea da culpa pela observação nua do fato aparentemente delitivo.

53 “Caso penal” é expressão manejada, de forma novidadeira, no Brasil, por Coutinho (1998), ao criticar a (in)adequação da noção carneltuttiana de *lide* para o processo penal. Não se fala em lide penal, artificialmente cunhada como conflito de interesses, caracterizado por uma pretensão (de punição, ajuizada pelo Estado-acusador nas vestes sacrais de “representante-da-sociedade”) resistida (pelo acusado, com escudo no seu *status libertatis*). Mais adequada é a noção de “caso penal”, a se reconstruir mediante atividade participada das partes no devido processo de modelo constitucional. A tal tema se tornará no capítulo seguinte, sobre os sujeitos processuais na prisão em flagrante.

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores (1), que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária (2), decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade (3). Urge que seja abolida a injustificável primazia do indivíduo sobre o da tutela social (4). Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum (5). O indivíduo, quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código (BRASIL, 1941, Exposição de Motivos do CPP, p. 341).

Hoje, boa parte dos escritores de processo penal persiste na defesa de mais do mesmo. O processo penal continua a ser instrumento de jurisdição (ARAÚJO, 2009, p. 57)⁵⁴, isto é, mecanismo a serviço da atividade redentora do juiz que se propõe a dizer o direito no lugar dos cidadãos, fazendo letra morta do artigo 1.º, parágrafo único, da CRFB. Crê-se mesmo no alto conceito do Judiciário, como instituição destinada à observância dos direitos fundamentais (ARAÚJO, 2009, p. 52) e, por isso, habilitado a dizer o direito, em concepção de jurisdição bem precária, e não acolhida na presente dissertação⁵⁵.

Ainda estranham abertamente que falte eficiência repressiva ao processo penal porque há criminosos soltos, procedimentos judiciais que demoram décadas, investigações inconclusivas e punições desproporcionais aos delitos praticados (ARAÚJO, 2009, p. 2). Enfim, trata-se de uma “repressão retardatária e defeituosa” na linguagem do CPP de 1941 (2).

Diante da premissa desoladora para os que buscam a eficiência do sistema, volta à cena a impossibilidade de (o processo) lidar com direitos fundamentais absolutos, relativizando-se os marcos constitucionais por critérios não esclarecidos de imparcialidade dos órgãos jurisdicionais (ARAÚJO, 2009, p. 15). Eis o refinamento da leitura que conclui por inadequada a existência de “extenso catálogo de garantias e favores” (1), que obstam a punição do delinquente.

É por isso que as garantias fundamentais, ou os favores, precisam ser relativizados, pelo critério da imparcialidade congênita de servidores públicos, ainda que mediante interpretações solipsistas (ARAÚJO, 2009, p. 15). Não se sabe se o “congênito”, nesse caso, decorre do nascimento com vida do futuro servidor, ou, ao depois, da posse no cargo público.

54 “[...] enquanto o Processo Penal trata da sequência de atos procedimentais para possibilitar ao juiz decidir sobre a ocorrência ou não de determinado crime concreto (...)”

55 Como ressaltado no Capítulo 1, segundo Leal (2008, p. 152), jurisdição é “o *resultado* da interpretação compartilhada do texto legal pelo procedimento regido pela principiologia do processo, (...) principiologia essa que se apresenta exatamente como viabilizadora da clarificação discursiva de conteúdos fático-normativos pelos destinatários da decisão”.

Sabe-se apenas que essa imparcialidade do servidor público é um pressuposto da possibilidade de “prisão provisória por ocorrência da consolidação da culpabilidade” (ARAÚJO, 2009, p. 16). Por exemplo, um princípio do estado de inocência (artigo 5.º, LVII, da CRFB) “que nunca cede, ainda quando existam várias manifestações intermediárias de autoridades públicas isentas no sentido de sua culpabilidade” (ARAÚJO, 2009, p. 24) certamente é um “indireto estímulo à expansão da criminalidade” (3).

Discursos de 70 (setenta) anos atrás e de hoje demonstram harmonia sinfônica. Afinal, se constitui “um 'bom negócio'” a extensão do procedimento judicial, mediante “recursos e alegações protelatórias que (...) transformam os juízes em meros coadjuvantes da tragédia teatralmente desenvolvida e protagonizada pelos defensores do réu” (ARAÚJO, 2009, p. 25), logo “urge que seja abolida a injustificável primazia do indivíduo sobre o da tutela social” (4). De se notar que recurso, nessa narrativa, é favor, garantia relativizável, ou sujeita a *flexibilização* – esta palavra de ordem na onda neoliberal (COUTINHO, 2010, p. 14-15) –, e não direito constitucionalmente assegurado (NUNES, 2004).

Amparar-se nos padrões de ontem para entender a complexidade jurídico-social de hoje não é uma característica só brasileira, nem só de juristas. Entretanto, essa forma de compreensão vazia decorre da tentativa de aproveitar o passado como futuro (HABERMAS, 1993⁵⁶), em vez de reconstruir, criticamente, o passado para abrir margem à realização de um novo futuro. Quando os autores de direito processual penal assim organizam seu pensamento, concluem, por exemplo, que a “ditadura dos direitos fundamentais” (ARAÚJO, 2009, p. 36) resulta também de interpretação equivocada das normas legais a gerar completa impunidade “não apenas das ações criminais investigadas pelo Ministério Público e pela Polícia, mas também daqueles ramos de apoio ao Sistema Penal, como as ações civis de improbidade administrativa (...) e as ações civis públicas” (ARAÚJO, 2009, p. 36). Nessa particular sentença, o mote continua sendo a teleologia repressiva, não criticada. Pior, a repressão vem reforçada. Não basta o endurecimento do sistema penal, *a la Law and Order Movement* (ROSA e SILVEIRA FILHO, 2008, p. 29). Passa-se a cogitar de subsistemas cíveis-punitivos, porque, para a implementação da “democracia real” (ARAÚJO, 2009, p. 36), “não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum” (5)

Diante da resenha acima, que, sem dificuldade, costura 70 (setenta) anos de

56 Destaque-se o trecho das páginas 67-68: “Naturalmente os anos 90 não são os anos 50. No entanto, a tendência que leva a escolher modelos do passado como padrões da interpretação do futuro parece ser irresistível. Um ato consciente de elaboração constitucional teria construído um passado futuro. Ao invés disso, o futuro é apreendido na forma do passado, de acordo com o lema: enfrentemos a nova situação do modo como já o fizemos antes”

estagnação teórico-jurídica sobre processo penal, entende-se a preocupação de Coutinho (2009-A, p. 110), quando tenta fazer ver aos que não querem, malgrado as retaliações que isso provoque. Em face da bibliografia especializada, constata-se que, ao afirmar que o princípio unificador do sistema processual penal brasileiro é o inquisitivo (COUTINHO, 2009-B, p. 223), Coutinho considerou não apenas a prática dos tribunais e das funções essenciais à jurisdição, mas incluiu, expressamente, aqueles que colecionam titulações, lecionam e escrevem livros sobre o tema. De ontem e de hoje, os adeptos da segurança jurídica penal com *flexibilização* de direitos fundamentais não se apercebem do estreito vínculo entre o que propugnam e a moda econômica liberal (antes) ou neoliberal (agora).

(...) Pois insisti e insisto – e tenho pago um preço muito grande por isso, infelizmente! - porque imprescindível, que ao *neoliberalismo o Direito* (inclusive o positivo) é desprezível; e sempre que atrapalha os escopos dos *senhores do poder* vai manipulado, nem que para isso seja necessário queimar conquistas democráticas obtidas ao custo de milhões de vidas e mares de sangue, com um *imbroglio* retórico que tem seduzido os mais desavisados (ou ingênuos?), chamado de *flexibilização*. (COUTINHO, 2010, P. 14)

Ao cabo, não há como discordar de Coutinho, quando aponta que a rasa discussão entre segurança pública pública e direito de liberdade individual, que coloniza os discursos pragmáticos de ingênuos, desavisados, equivocados ou fraudatários, não passa de uma “hermenêutica pedestre” (COUTINHO, 2010, p. 60). Lastreia-se o discurso pasteurizado, que serve muito bem para superar concursos públicos (COUTINHO, 2010, p. 57), em critérios obscuros de razoabilidade e proporcionalidade. Como consequência, radicalizam-se o *decisionismo* e o solipsismo (COUTINHO, 2010, p. 60), tudo o que se quer evitar na compreensão da prisão em flagrante à luz do *modelo constitucional de processo*.

Quando se tem acesso a teorias e proposições acerca da construção de um direito processual (penal) democrático, torna-se complexo e problemático anotar o que restou do CPP (1941) após a CRFB (1988). Isso porque não se estabelecem *a priori* para o sistema processual penal interesses míticos de “pacificação com justiça” (DINAMARCO, 2005), nem de “efetividade punitiva” (ARAÚJO, 2009), em prol de uma sociedade (povo) simbólica (o) (MÜLLER, 2008, p. 55). A abordagem deste trabalho desenvolve-se, pois, subsidiada por *interesse emancipatório* que conduz à *críticidade científica*, para “(re)construir o suprimido a partir dos vestígios históricos do diálogo abafado” (HABERMAS, 1968, p. 145), Assim, o *interesse* é de apontar os vazios e as inconsistências dos conteúdos normativos do CPP frente ao *modelo constitucional de processo*.

Encerrando-se este tópico com referida proposta crítica, o nome do Título IX do CPP

de 1941 também não poderia ser mais constitucionalmente inadequado. O *modelo constitucional de processo de tipologia penal*, por intermédio do artigo 5.º, XLVII, b, LIV, LV, LVII, LXI, LXV, LXVI, LXVIII e LXXVIII da CRFB⁵⁷, informa que a liberdade é direito conformador do *status* de cidadão; a prisão, exceção. Por conseguinte, um código de procedimentos penais, em sede de democracia, pode tratar da liberdade definitiva e da prisão provisória, nunca da liberdade provisória e, simplesmente, da prisão. Curioso perceber, neste confronto, a força da ausência (AGAMBEN, 2006, p. 100-102), sobretudo a ausência linguística. Por certo, contrapondo-se prisão (sem adjetivos) a liberdade provisória, a primeira ganha delineamentos lingüísticos de definitividade. Em ambiente democrático ocorre o oposto, porém: há o direito à liberdade (sem adjetivos) e, antes da condenação com trânsito em julgado, possibilidade excepcional de prisão provisória.

4.2. A inconstitucionalidade do elastecimento legal das hipóteses de flagrância delitiva

Aos criticados nomes de títulos e capítulos do CPP seguem, enfim, os artigos sobre a prisão em flagrante, o primeiro dos quais já mencionado neste trabalho. O artigo 301 do CPP comporta leitura constitucionalmente adequada, segundo a qual todo cidadão (“qualquer do povo”) é legitimado à deflagração do procedimento de prisão em flagrante, limitando, de modo momentâneo, a liberdade do agente de aparente fato delitivo. Os critérios de *visibilidade* e *imediatez* advêm da própria faticidade de flagrância, sem necessidade de

57 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XLVII - não haverá penas: [...]

b) de caráter perpétuo; [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...]

LXI - 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;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; [...]

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; [...]

LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; [...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) [...]
(BRASIL, Mini-Código RT, 2009, p. 27-29).

dispositivo legal que os tente regulamentar.

No entanto, regulamentar as hipóteses de flagrante, informando quais situações caracterizam ou não a aparência delitiva, é o intuito do artigo 302 do CPP. Tem-se em mira, assim, texto legal que veicula não só o conceito de flagrância delitiva, consoante os conteúdos garantidores do 5.º, LXI, da CRFB, como situações outras que, embora não carreguem os critérios de *visibilidade* e *imediatez*, se consideram, na forma da lei de 1941, de flagrante delito, para fazer surtir os mesmos efeitos jurídicos restritivos da liberdade do cidadão.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

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

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

Do artigo 302 do CPP só mostra compatibilidade com a noção democrática de prisão em flagrante o primeiro inciso. Nos demais, não se identificam os requisitos de *visibilidade* e *imediatez*. É comum que os manuais qualifiquem as hipóteses do artigo 302 do CPP respectivamente como “flagrante próprio” (I), “quase-flagrante ou flagrante impróprio”(II), “flagrantes presumidos” (III e IV) (para classificação semelhante e por todos, cf. OLIVEIRA, Eugênio, 2006, p. 423). O chamado “quase-flagrante” ou “flagrante impróprio”, porém, assim como os demais, à exceção do “flagrante próprio” (I), não passa de mais uma presunção, certamente inconstitucional, como abaixo se explicita.

Quem acaba de cometer a infração (II) não está em situação que autorize o cerceamento de sua liberdade por outrem, porque não subsiste a necessidade de impedir o desenvolvimento de conduta aparentemente delitiva. Se a infração acabou de ser cometida, tudo o que estava ao alcance do aparente delinquente para a produção dos efeitos ilícitos já foi realizado. Logo, não cabe o cerceio à sua liberdade, nem sequer para prestar qualquer esclarecimento, porque a ordem constitucional brasileira lhe garante o silêncio não incriminador (artigo 5.º, LXIII, da CRFB).

O texto legal ordinário, a partir do inciso II do artigo 302 do CPP, limita o direito fundamental de liberdade (artigo 5.º, *caput*, da CRFB) na medida em que aumenta as hipóteses de intervenção de um cidadão na esfera de ação de outro, sem critério cautelar adequado à proposta democrática de releitura do procedimento de prisão em flagrante, a saber: *visibilidade* e *imediatez*. Como dito, essa demarcação legal segue à risca a perspectiva do ordenamento jurídico processual penal de 1941, compreensível na leitura da

Exposição de Motivos do CPP, mas diverge do sistema estruturalista de proteção de direitos fundamentais (TARUFFO, 2001, p. 46-47), cujo marco escritural-simbólico, no Brasil, é a Constituição de 1988.

Ao conceber a extensão das hipóteses de intervenção de servidores públicos policiais ou demais cidadãos (“qualquer do povo”) na esfera de liberdade alheia, mesmo sem *visibilidade e imediatidade*, o CPP de 1941 expressa forma burocrática pura de dominação legítima (WEBER, 2004, p. 128-141), com o objetivo claro de aumentar os índices de eficiência repressiva do sistema. Em outras palavras, a escritura legal de 1941 tenta autorizar cerceamento de liberdade do cidadão a pretexto de manutenção (funcionalista) de segurança social mesmo que à custa de direitos fundamentais. De modo radical, constrói a burocracia legal apta a consolidar uma *praxis* (hoje amplamente adotada nos círculos profissionais do processo penal) à margem de direitos fundamentais.

Com a consolidação burocrática dessa *praxis* da prisão em flagrante, naturaliza-se, historiciza-se ou tradicionaliza-se a relativização dos direitos fundamentais, no quadro sedutor-carismático das teses em prol da segurança pública e da proteção da sociedade, da civilização e dos homens de bem (TORNAGHI, 1980, p. 33). Na proposta do CPP de 1941, que muitos autores ainda tentam refinar (ARAÚJO, 2009), para manter tudo como sempre foi, a defesa dos direitos fundamentais como balizas do procedimento de prisão em flagrante na *tipologia penal* é que se converte em radicalismo. A radicalização da burocracia, do carisma ou da tradição (WEBER, 2004), puras ou conjugadas sincreticamente entre si, não gera interrogação, pois propiciam a *flexibilização* de direitos fundamentais, no discurso retoricamente renovado dos adeptos da segurança pública. Radicais passam a ser as propostas de levar a sério a efetivação de direitos fundamentais.

O problema disso tudo, em sede de prisão em flagrante, é que os critérios de *relativização* ou *flexibilização* de direitos fundamentais remanescem no campo – expandido pela injustificável previsão legal (artigo 302, II, III e IV, do CPP) – do solipsismo decisionista dos servidores públicos policiais, ou do cidadão em geral. Eles não se justificam no discurso participado (mediante *contraditório* e *ampla argumentação*) de cidadãos intersubjetivamente dependentes e autorizados a construir o direito de que serão destinatários, no marco da legitimidade democrática. Argumenta-se com a parametrização dessas questões no “caso concreto” (ARAÚJO, 2009, p. 15), mas o próprio “caso concreto” deve ser reconstruído argumentativamente nos limites do processo (OLIVEIRA, Marcelo, 2001, p. 59-60), de modo que versões *a priori* (não processualizadas) do fato não têm valia, quer provenham da narrativa de servidores públicos (policial, ministerial, judicial), quer do cidadão

constritor da liberdade alheia. O *modelo constitucional de processo* (BARROS, 2009, 16-22) vem, pois, enfrentar essa *absolutização do relativo* e assentar a base principiológica uníssona do processo penal democrático, para reger, inclusive, a prisão em flagrante.

Se quem acaba de cometer a infração (II) não preenche os requisitos cautelares de *visibilidade* e *imediatidade*, compatíveis com a releitura da prisão em flagrante no *modelo constitucional de processo*, menos ainda aquele que (III) “é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido, ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”. O inciso III do artigo 302 estabelece prisão em flagrante a partir de aparência de “conduta que faz presumir ser autor da infração”. Dessa forma, o dispositivo não leva em conta critérios de *visibilidade* e *imediatidade* de conduta aparentemente delitiva, mas arrima-se em *visibilidade* e *imediatidade* de indício, ou, em miúdos, uma “aparência de indício de delito”. A presunção é o instituto utilizado para tanto, conectando, em abstrato (na escritura legal), a aparência de indício à aparência de delito, de sorte a autorizar a prisão.

No entanto, essa ponte de presunção, que liga aparência de indício com aparência de delito, aumenta o campo da constrição de liberdade do cidadão sem processo. A cautelaridade excepcional da prisão em flagrante na *tipologia penal de processo* comporta contraditório postecipado ao cerceamento de liberdade (também excepcional), a partir de aparência de delito, e não aparência de indícios. O elastecimento legal da prisão em flagrante para além da aparência de delito não se compatibiliza com o *modelo constitucional de processo*, que toma o contraditório antecipado como genuíno (NUNES, 2004, p. 80), para permitir a influência do cidadão, em simétrica paridade, na construção da decisão jurídica e seus efeitos, atrelando sua *fundamentação* à *ampla argumentação* entre os legitimados ao processo.

Com efeito, não há espaço, no marco do devido processo legislativo constitucional, para que leis ordinárias criem hipóteses de contraditório postecipado (excepcional) à constrição de liberdade (direito fundamental), como decorrência da expansão injustificada do conceito de flagrância delitiva, sem amparo em uma faticidade subjacente. Em assim fazendo, o texto legal ordinário incorre em inconstitucionalidade, por violação do princípio do *contraditório*, nas matrizes de influência e não-surpresa (NUNES, 2004, p. 83) vinculantes da *fundamentação das decisões* jurídicas.

Assim, admitir-se a prisão momentânea de alguém com esteio na existência aparente de situação que faz (o servidor policial ou cidadão em geral) presumir (em franco solipsismo) que é autor de infração penal equivale a deixar sem balizas legais a prerrogativa cidadã de deflagração do procedimento de prisão em flagrante. Se, em não raras hipóteses, o discernimento momentâneo entre conduta delitiva e conduta lícita já se mostra de extrema

complexidade, qualquer situação, a rigor, pode ensejar presunção de participação em infração penal, a ensejar perseguição contra o situado. Um sorriso, um choro, um olhar; estar perto do local do crime, lá correr, andar ou espreitar; ofegar; tremer, claudicar, tontear; enfim, na mente isolada do perceptor, tudo e nada podem motivá-lo a iniciar uma perseguição contra suposto cidadão em “situação que faça presumir ser autor de infração penal” (artigo 302, III, do CPP) – isto é, indício.

Além da completa ausência de demarcação fática dessa “situação que faça presumir ser autor de infração penal”, outra expressão do artigo 302, III, do CPP traz grande incompatibilidade com o *modelo constitucional de processo*: “logo após”. Ora, se os critérios de *visibilidade e imediatidade* são os únicos a franquear a instauração do procedimento de prisão em flagrante, a fim de impedir que da conduta aparentemente delitativa decorram todos os efeitos injurídicos, o critério da perseguição iniciada “logo após” está ainda mais distante da legitimidade da constrição da liberdade alheia do que o critério do “acaba de cometê-la” (artigo 302, II, do CPC). Cabe a lembrança, também aqui, do direito fundamental ao silêncio não incriminador (artigo 5.º, LXIII, da CRFB), porque de nada adianta empreender perseguição contra o aparente delinquente por presunção se, capturado, pode nada dizer, sem prejuízo jurídico algum.

A rigor, pode-se cogitar que a constrição de liberdade do cidadão, nesse caso, se daria para sua identificação e conseqüente início dos trabalhos investigativos. Porém, assim como há pontos de contato entre a prisão em flagrante e a prisão preventiva, aqui se está diante de uma interseção entre a prisão em flagrante e a prisão temporária. A argumentação sobre a necessidade de prender o cidadão para promover sua identificação encontra justificativa cautelar na constitucionalmente controvertida prisão temporária (Lei 7960/89), substitutiva da odiosa prisão administrativa para averiguações, na medida em que serve para “acautelar as investigações policiais” (OLIVEIRA, Eugênio, 2006, p. 444-445), no que se inclui a necessidade de identificação do investigado. A prisão em flagrante, por critérios de *visibilidade e imediatidade*, não se presta a tanto. Por tais motivos, o inciso III do artigo 302 do CPP apresenta motivação cautelar da prisão temporária (artigo 1.º da Lei 7960/89), procedimento próprio que se lastreia na expedição de mandado judicial para execução da prisão, e não na faticidade do flagrante.

Quanto à caracterização do estado de flagrância delitativa, as perplexidades se repetem no inciso IV do artigo 302 do CPP. Enquanto no inciso III se fala de quem “é perseguido”, no inciso IV se menciona quem “é encontrado”, mesmo sem prévia perseguição, em “situação que faça presumir ser autor da infração penal”. De diferente, no inciso IV a situação indiciária

de prática de delito consubstancia-se no “encontro” do indivíduo portando instrumentos, armas, objetos ou papéis, que fazem a ponte de presunção com o fato delituoso, não presenciado, apenas inferido.

Valem para o inciso IV as mesmas críticas lançadas ao inciso III do artigo 302 do CPP. Não há aparência de delito, há “aparência de indício de delito”, que amplia ao infinito a margem de solipsismo do executor da constrição de liberdade alheia, servidor público policial ou não. Da mesma ausência de demarcação padece a expressão “logo depois”, como critério cronológico. Com a devida vênia, beiram ao ridículo tentativas jurisprudenciais e doutrinárias de diferenciar o “logo após” (302, III, do CPP) do “logo depois” (artigo 302, IV, do CPP), ao tempo em que ignoram o elemento por detrás do elastecimento injustificado das hipóteses de flagrância delitiva: aumentar os índices de eficiência da repressão penal (vide análise da Exposição de Motivos do CPP no item 2.4.1).

Cabe aqui, inciso IV do artigo 302 do CPP, também, a identificação de motivação cautelar típica da prisão temporária: se alguém é encontrado, logo depois, em atitude suspeita, com objetos indiciários de crime, o objetivo de eventual prisão é acautelar as investigações (OLIVEIRA, Eugênio, 2006, p. 444-445). Então, se se pretende investigar a questão, cumpre requerer ao juízo competente o mandado de prisão temporária, preenchidos os requisitos legais (Lei 7960/89), e não inflar, inconstitucionalmente, a faticidade do flagrante para aumentar a eficácia repressiva (encarceradora) do sistema processual penal.

Para vincar bem. Se o procedimento de prisão em flagrante está sob o *modelo constitucional de processo* no marco do *Estado Democrático de Direito*, não subsistem os incisos II, III e IV do artigo 302 do CPP, que elastecem as hipóteses de flagrância delitiva. Duas razões muito claras militam nesse sentido. A primeira é que a prisão em flagrante não se aproveita como oportunidade de produção probatória solipsista (sem processo). A segunda é que a definição do flagrante não pode ficar entregue ao solipsismo experimental (vivência sobre o que ordinariamente acontece) dos executores de medidas constritivas de liberdade alheia, como sugerem alguns doutrinadores (OLIVEIRA, Eugênio, 2006, p. 423⁵⁸), visto que isso traz à baila, de novo, o problema comunitarista-republicanista (HABERMAS, 1995) da fé cega na burocracia estatal (WEBER, 2004) para ditar os rumos do direito fundamental de liberdade.

Tais razões, como já se pôde perceber no curso desta exposição, não se restringem ao

58 “Não há um critério objetivo para definir o que seja *logo após* mencionado no art. 302” (...) “Sobre a expressão 'situação que faça presumir ser ele o autor da infração', somente os dados da experiência do que ordinariamente acontece em relação às infrações penais daquela natureza (do caso concreto) é que poderão fornecer material hermenêutico para a plicação da norma”

campo teórico ou especulativo. Ao contrário, elas caminham lado-a-lado nas propostas de estudo científico da prisão em flagrante, implicando-se mutuamente. Admitir a prisão em flagrante como oportunidade de produção de prova sem debate liga-se ao solipsismo decisório, à ausência de processo, à mera autoridade, à dependência do cidadão em relação ao Estado. Interpretá-la com critérios exclusivos de *visibilidade* e *imediatez* abre ensejo para o processo, a democracia decisória, a construção compartilhada dos conteúdos normativos do direito por seus destinatários (cidadãos).

4.3. Demais peculiaridades legais da prisão em flagrante no quadro dos procedimentos penais cautelares

As infrações permanentes influenciam a conformação da prisão em flagrante. Nas infrações permanentes, a fase de execução (a terceira do *iter criminis*) se protraí no tempo (BITENCOURT, 2004). Assim, enquanto houver possibilidade de impedir que a conduta aparentemente delitiva gere todos os efeitos a ela pertinentes, é legítima a intervenção cidadã na esfera de liberdade alheia (artigo 303 do CPP).

Conduzido o preso à presença da “autoridade” policial, esta deve ouvir o condutor e lhe entregar termo de acolhimento e custódia do preso (artigo 304, *caput*, CPP). O vocábulo “recibo de entrega” talvez calhe a mercadorias, objetos, pertences, definitivamente não a cidadãos titulares de direitos fundamentais. Consta do artigo 304, *caput*, do CPP que, após acolher o preso, a “autoridade” policial deve ouvir, nesta ordem, as testemunhas que o acompanharem e o próprio preso sobre a imputação que lhe é feita, lavrando auto acerca de tudo. Trata-se do auto de prisão em flagrante delito (APFD). Em complementação, o § 1.º do artigo 304 do CPP prescreve que, resultando dessas oitivas fundada suspeita contra o conduzido, a “autoridade policial” o recolha à prisão, salvo em caso de fiança ou de “livrar-se solto”.

Esse campo decisional a cargo do servidor policial tem validade jurídica questionável no *modelo constitucional de processo*. Já se consignou que a ordem de prisão em flagrante não dispensa controle jurisdicional processualizado (artigo 5.º, LXI, da CRFB), a se realizar tão logo quanto possível. Por isso, os momentos ulteriores à constrição de liberdade do cidadão devem servir ao exercício da *ampla argumentação* no espaço de *contraditório* postecipado ao fato, frente ao *terceiro imparcial* com competência judiciária (artigo 5.º, LIV,

LV, LXI e LXV, da CRFB), para aferição da procedência ou não dessa mesma constrição de liberdade. A realização obrigatória de uma audiência, no período de vinte e quatro horas, por exemplo, é uma proposta de adequação do procedimento ao *modelo constitucional de processo*.

Tal proposta pouco tem de novidade; mais se assemelha a uma retomada de pensamento de quase oito séculos atrás. Embora sem discernir bem prisão em flagrante de prisão preventiva, Pierangelli (1983, p. 53) noticia que, durante a Idade Média, a prisão antes da condenação sempre preocupou os soberanos, os procuradores, as cortes. O temor tinha relação com a possibilidade concreta de se consumarem arbitrariedades, retirando do inocente a liberdade. Nas localidades onde houvesse concelhos, apenas juízes poderiam ordenar prisões. Onde não houvesse concelhos, mas castelos, as prisões poderiam ser ordenadas ou efetuadas, mediante inspeções, por meirinhos, corregedores e alcaides, com a seguinte condição:

Pelos forais, se a prisão não fosse ordenada pelos juízes, *alvaizes* ou *alcaides*, os presos deveriam ser a estes imediatamente apresentados. O juiz, então, averiguava se havia ou não fundamento para a prisão em flagrante, e, se fundamento faltasse, expedia ordem de soltura. A partir da lei de 1264, outorgada por D. Afonso III, proibiu-se a prisão se o detido desse fiadores para a garantia do seu futuro comparecimento perante os juízes. Havia, porém, exceções para os homicidas, autores de furto manifesto, "*britadores de igrejas*", etc., os quais deveriam ser logo apresentados ao juiz, antes mesmo de seu recolhimento à prisão do castelo, para que pudessem ser defendidos por advogados (...). (PIERANGELLI, 1983, p. 53)

Já que se fala de audiência no prazo de vinte e quatro horas a contar da apresentação do conduzido à polícia, uma interpretação constitucionalmente adequada sugere que a sistemática dos arts. 185 a 196 do CPP, com a redação dada pela Lei 10792/03, sobre o interrogatório, seja adotada. Dela devem participar o Ministério Público, o conduzido com assistência de Advogado ou Defensor Público, o condutor (cidadão ou servidor policial) e, se possível, a vítima, também assistidos tecnicamente, e o Delegado de Polícia. A participação de todos esses atores só tem a contribuir com a reconstrução do caso de forma legítima.

Com isso, não se pode ler o artigo 304, § 1.º, do CPP como se ele mantivesse na mente da "autoridade" policial, sem processo, o julgamento da questão de recolher ou não o conduzido ao cárcere. Com a vigência da CRFB, é um despropósito deixar à avaliação momentânea do servidor policial a conveniência ("fundada suspeita") de encarcerar o conduzido, sob argumento de flagrância delitiva. Continua válido o *caput* do artigo 304 do CPP, na medida em que se compatibiliza com o início dos trabalhos investigativos do servidor policial, bem como com a mínima preparação do debate *contraditório* iminente (audiência

obrigatória em vinte e quatro horas) frente ao juízo competente.

A falta de testemunha sobre o delito flagrante não impede a lavratura do auto, contanto que duas testemunhas atestem a condução do preso ao servidor policial (artigo 304, § 2.º, do CPP). Tem-se em conta a figura da testemunha de apresentação. A lavratura do auto de prisão em flagrante, sem testemunha, não viola o *modelo constitucional de processo*, se tal documento serve, como dito, apenas ao início dos trabalhos investigativos da polícia e à preparação do *contraditório* iminente (audiência obrigatória em vinte e quatro horas) em juízo. É importante gizar sua inadequação para sustentar o recolhimento do conduzido ao cárcere por decisão da autoridade policial (artigo 304, § 1.º, do CPP). Tampouco se verifica problema nas figuras das testemunhas de leitura do auto ao preso que não sabe, não quer ou não pode assinar (artigo 304, § 3.º, do CPP), e do escrivão designado, após compromisso legal, por falta ou impedimento do titular (artigo 305 do CPP).

Já o artigo 306 do CPP teve sua redação renovada pela Lei 11.449/2007. Essa reforma pontual do CPP acrescentou ao sistema codificado compatibilidades em relação ao *modelo constitucional de processo*. Dois prazos foram estipulados para o curso do procedimento de prisão em flagrante. **Imediatamente**, a prisão e o local onde se encontre o conduzido devem ser comunicados ao juízo competente e à família do preso ou pessoa por ele indicada (artigo 306, *caput*, do CPP). **Em vinte e quatro horas**, o juízo competente e, caso o conduzido não informe o nome de seu advogado, a Defensoria Pública precisam ter em mãos o auto de prisão em flagrante, as oitivas e o interrogatório eventualmente colhidos (artigo 306, § 1.º, do CPP), na forma dos arts. 185 a 196 do CPP; o preso, por sua vez, necessita portar a nota de “culpa”, assinada pelo servidor policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e as testemunhas (artigo 306, § 2.º, do CPP). Desde logo, acuse-se a impropriedade da denominação “nota de culpa” ao documento que informa ao conduzido os motivos da constrição momentânea de sua liberdade. Falar de “culpa” a partir de mera aparência de delito sequer investigada ofende, ao menos, o artigo 5.º, LVII, da CRFB, segundo o qual inexistente culpa antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Apesar deste lapso nominativo, o artigo 306 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.449/07, permite entrever o início de concretização (*expansividade*) do *modelo constitucional de processo* no procedimento ordinário da prisão em flagrante. Por isso, merecerá análise detida no terceiro capítulo (4) desta obra.

O artigo 307 do CPP aborda a hipótese de delito flagrante na presença de servidor público. Em razão da velha confusão entre atividades judiciárias e policiais, de que dá conta Pierangelli (1983, esp. p. 117-118), o dispositivo admite a lavratura de auto de prisão por juiz,

inclusive o competente para dela tomar conhecimento. Por certo, o princípio do *terceiro imparcial* na base uníssona do *modelo constitucional de processo* não autoriza esse excerto do artigo 307 do CPP. Cabe lembrar que o suporte hermenêutico do princípio do *terceiro imparcial* não está na pseudoneutralidade natural (congénita ou desde a posse no cargo) do juiz, tampouco na suposta (e não debatida) capacidade dos juízes em melhor interpretar o direito e o mundo, como oráculos de uma época (BARROS, 2009, p. 20). O princípio do *terceiro imparcial* funda-se na equidistância contraditorial e argumentativa que o órgão judicial-decisório mantém dos legitimados ao processo, que terão de suportar os efeitos do provimento. Se a situação de flagrância delitiva ocorre na presença de juiz, despertando-lhe algum interesse, já não mais se considera *terceiro imparcial*. De conseguinte, encontra-se sem qualquer autorização constitucional para responsabilizar-se pela escrituração do provimento na espécie.

Na verdade, no paradigma do Estado Democrático de Direito que se pauta em uma sociedade plural e multicultural, somente impede-se o subjetivismo do juiz quando se limita a fundamentação da decisão aos argumentos submetidos ao contraditório, não permitindo que suas posições sobre a vida possam influir em seu julgamento. Assim, se a fundamentação se pauta na argumentação e no contraditório entre as partes, permite-se que as escolhas pessoais do juiz não sejam a base para a decisão. Demonstra-se, portanto, como os princípios bases do modelo constitucional de processo são codependentes. (BARROS, 2010, p. 365)

O artigo 308 do CPP dispõe sobre a apresentação do preso a servidor policial ou juízo mais próximo, se o lugar onde se efetuou a constrição da liberdade do cidadão por flagrância delitiva não contar com a atuação desses agentes públicos. De fato, não são poucas as municipalidades no Brasil sem atuação local permanente de um juiz ou delegado de polícia, fato que se agrava no âmbito federal. Nesse artigo ainda cabe uma observação. Ao legislador autoritário de 1941 bastam dois agentes na efetivação e no curso do procedimento da prisão em flagrante: o policial e o juiz. Tudo o mais é prescindível. Entretanto, na ordem jurídica que acolhe o *modelo constitucional de processo*, com *contraditório* e *ampla argumentação*, a presença desses agentes públicos definitivamente não basta para o regular desenvolvimento da prisão em flagrante.

O artigo 309 do CPP traz a expressão extemporânea: “o réu se livra solto”. Antes de qualquer comentário de maior densidade, vale lembrar que na fase procedimental de prisão em flagrante não há réu. Há, no máximo, recém-investigado. A expressão “livrar-se solto” remete às hipóteses do artigo 321 do CPP. Na dicção e nos propósitos opressores do CPP de 1941, já se sabe, a prisão em flagrante constituía mecanismo ótimo de formação antecipada de

culpa antes mesmo do início das investigações (pretérito-mais-que-perfeito). Depois, ao preso incumbia toda a tarefa de livrar-se da culpa no curso do processo. Entretanto, ele deveria livrar-se da culpa preso, em regra, diante do quadro de flagrância delitiva e da presunção de culpabilidade por ela gerada. Excepcionalmente, quando à infração não se cominava pena privativa de liberdade (artigo 321, I, do CPP), ou quando a máxima cominada não excedia a três meses (artigo 321, II, do CPP), o investigado tinha o benefício legal de “livrar-se solto” da culpa – em suma, responder aos termos processuais em liberdade.

Sem embargo, a expressão “livrar-se solto” melhor se nota hoje nos delitos que não autorizam prisão em flagrante, nomeadamente as infrações de menor potencial ofensivo (arts. 61, 69, *caput* e parágrafo único, da Lei 9.099/95 e 2.º da Lei 10.259/01). Em face do estado constitucional de inocência de todo cidadão (artigo 5.º, LVII, da CRFB), a expressão “livrar-se solto”, para representar uma espécie própria de “liberdade provisória” sem fiança, perde sentido. Afinal, a regra hermenêutica, desimportante o grau e a quantidade de pena cominada ao delito, há de ser que o investigado, acusado ou condenado sem definitividade permaneçam soltos, se ausentes os critérios concretos da decretação da prisão preventiva, consoante a determinação do artigo 310, *caput* e parágrafo único, do CPP. Esse, aliás, vem a ser o último artigo do capítulo ora esmiuçado (“Da prisão em flagrante”).

O artigo 310, parágrafo único, do CPP bem antecipa, mediante reforma legislativa nos idos de 1977 (Lei 6416/77), a perspectiva democrática da prisão em flagrante, que não se volta à formação precoce de culpa, mas ao impedimento de eventuais efeitos deletérios de conduta aparentemente delitiva, por critérios exclusivos de *imediatez* e *visibilidade*. Talvez por isso ainda não seja suficientemente compreendido, a ponto de impedir o costume policialesco à *brasileira*, legado de 1941, de se encarar como ordinária a permanência de inocentes encarcerados durante anos sem julgamento terminativo, com base no título jurídico da prisão em flagrante.

5. A PRISÃO EM FLAGRANTE NO PROJETO DE NOVO CPP – (156/2009): AINDA EM BUSCA DE ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL

No tocante à prisão em flagrante, o projeto n. 156/2009 PLS, para edição de um novo Código de Processo Penal Brasileiro, compatível com a Constituição de 1988, contém alguns avanços. Na sua maior parte, porém, apenas repete o que contido no CPP vigente (o de 1941). Substancialmente, o projeto n. 156/2009 PLS deixa de conduzir o instituto da prisão em flagrante à compatibilidade constitucional-democrática esperada por continuá-la tratando como “medida”, e não “procedimento” (Livro III – Das medidas cautelares; Título II – Das medidas cautelares pessoais; Seção II – Da prisão em flagrante; artigo 521, I, do projeto n. 156/2009 PLS). Ao que parece, as bases teóricas do projeto n. 156/2009 PLS continuam vinculadas à interpretação do processo como instrumento de jurisdição (o dizer o direito penal pelo juiz), mas, agora, uma jurisdição que se pretende *garantista*⁵⁹, em resposta ao CPP de 1941, marcado pela eficiência repressiva. Deixam-se entrever no novo texto, por isso, reminiscências do raso conflito principiológico entre segurança pública e liberdade individual⁶⁰.

Se prisão cautelar permanece “medida”, procedimento, na herança de Von Bülow, continua sendo a exteriorização do processo como relação jurídica. Mantido o *paradoxo de Bülow* (LEAL, 2008, 69-128 e Capítulo 1 desta dissertação), não se descortina a democracia processual. O processo, como instrumento de jurisdição, não serve a controlá-la, nem contruí-la sob perspectiva compartilhada.

Este o quadro introdutório, cumpre analisar a nova proposta de escritura legal, apontando, sempre que necessário, as três facetas do projeto em questão quanto à prisão em flagrante: no que repete o antigo; no que se entremeia com alguns avanços; e, por fim, os passos atrás, intimamente ligados à concepção de “prisão em flagrante-medida”, em vez de “prisão em flagrante-procedimento”.

59 “Garantismo consequente” é expressão contida na Exposição de Motivos do Projeto 156/2009 PLS (p. 14): “O *garantismo*, quando consequente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado. De modo geral, o processo judicial pretende viabilizar a aplicação de uma norma de Direito, necessária à solução de um conflito ou de uma forma qualquer de divergência entre os jurisdicionados. Precisamente por isso, a decisão judicial há de se fundar em *conhecimento* - o mais amplo possível - de modo que o ato de julgamento não seja única e solitariamente um ato de autoridade.”

60 Exposição de Motivos do projeto 156/2009 PLS (p. 14): “Observe-se, mais, que a perspectiva garantista no processo penal, malgrado as eventuais estratégias no seu discurso de aplicação, não se presta a inviabilizar a celeridade dos procedimentos e nem a esperada eficácia do Direito Penal. Muito ao contrário: o respeito às garantias individuais demonstra a consciência das limitações inerentes ao conhecimento humano e a maturidade social na árdua tarefa do exercício do poder.”

5.1. Disposições preliminares sobre a prisão provisória

Na Seção I do Capítulo I do Título II, o projeto 156/2009 PLS arrola normas destinadas à prisão provisória (gênero), algumas das quais aplicáveis à prisão em flagrante (espécie). A primeira delas é a norma do artigo 524⁶¹ do projeto, que admite a realização da prisão a qualquer hora, respeitada a inviolabilidade domiciliar.

Como se sabe, a própria caracterização do flagrante consta do rol de circunstâncias excepcionais que dispensam o consentimento do morador para entrada em seu domicílio. Nesse particular, a prisão em flagrante, novamente por sua faticidade peculiar, ladeia o desastre e a prestação de socorro (artigo 5.º, XI, da CRFB). As demais espécies de prisão provisória, executadas mediante expedição de mandado judicial, comportam cumprimento apenas durante o dia.

O artigo 525⁶² do projeto veda o emprego de força na efetivação da prisão, salvo a indispensável ao controle do preso. O *caput* do dispositivo consiste em pretexto para a positivação mimética, no parágrafo primeiro, do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do uso excepcional de algemas (enunciado de súmula vinculante n. 11⁶³). O parágrafo segundo prevê hipóteses exemplificativas de proibição do uso de algemas, que, aos olhos do primeiro neófito em Direito Administrativo, simbolizam evidente desvio de finalidade do ato. O parágrafo terceiro, reverenciando o entendimento pretoriano até nos pormenores, exige

61 Art. 524. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as garantias relativas à inviolabilidade do domicílio, nos termos do inciso XI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

62 Art. 525. Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.

§1º Do mesmo modo, o emprego de algemas constitui medida excepcional, justificando-se apenas em situações de resistência à prisão, fundado receio de fuga ou para preservar a integridade física do executor, do preso ou de terceiros.

§2º É expressamente vedado o emprego de algemas:

I – como forma de castigo ou sanção disciplinar;

II – por tempo excessivo;

III – quando o investigado ou acusado se apresentar, espontaneamente, à autoridade policial ou judiciária.

§3º Se, para execução da prisão, for necessário o emprego de força ou de algemas, a autoridade fará registro do fato, com indicação de testemunhas.

63 Súmula Vinculante n. 11 do STF: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se referem sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (Sessão Plenária de 13/08/2008)

registro escrito acerca de eventuais uso de força e algemas. A resposta casuística do STF vestiu-se de *garantismo* e virou lei.

O artigo 532⁶⁴ do projeto, repetição do artigo 290 do CPP vigente, direciona-se, em primeira análise, às prisões em flagrante. Assim como o replicado, é, neste ponto, inconstitucional, considerada a prisão em flagrante no *modelo constitucional de processo*. Não faz sentido iniciar perseguição contra o aparente executor de um delito, para cercear-lhe a liberdade, apresentá-lo à autoridade e, imediatamente, ausentes os pressupostos da preventiva, libertá-lo. A condução do perseguido à delegacia policial, nesse caso, assemelha-se a um teatro, já que a ordem constitucional, além do estado de inocência (artigo 5.º, LVII, da CRFB), garante o silêncio não incriminador a qualquer investigado, indiciado ou acusado (artigo 5.º, LXIII, da CRFB), mesmo que o perseguidor tenha deparado com genuíno flagrante (artigos 302, I, do CPP e 538 do projeto 156/2009 PLS). Se a *visibilidade* e a *imediatez* do evento se exauriram, torna-se cautelarmente inadequada a prisão a título de flagrante. De fato, às demais espécies de prisão provisória o dispositivo tem aplicabilidade, porém elas suplicam a expedição prévia de mandado judicial (artigo 5.º, LXI, da CRFB), sem o qual o afã de quem se proponha a efetuar prisão de outrem fica sem o pálio da legalidade penal (artigos 345 e 350 do CP).

O artigo 533⁶⁵ do projeto 156/2009 PLS aumenta o elenco dos que devem ser imediatamente comunicados sobre a prisão em flagrante, quando comparado ao artigo 306, *caput*, do CPP vigente. O *caput* menciona a Defensoria Pública, enquanto o parágrafo único acrescenta a repartição consular do país de origem do preso estrangeiro. A novidade legislativa procede em compatibilidade com o *modelo constitucional de processo*, na medida em que expande o campo subjetivo de participação na construção do provimento da prisão em flagrante. Acertadamente, portanto, estende as potencialidades democráticas do artigo 5.º, LXII, da CRFB.

Por outro lado, quanto ao mesmo tema, o artigo 541, § 1º, do projeto 156/2009 PLS

64 Art. 532. Se a pessoa perseguida 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 local, que, depois de lavrado, se for o caso, o auto de flagrante, providenciará para a remoção do preso.

§1º Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando:

a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;
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 encaixo.

§2º Quando as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade da pessoa do executor ou da legalidade do mandado que apresentar, poderão colocar o réu em custódia, até que fique esclarecida a dúvida.

65 Art. 533. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, à Defensoria Pública e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

Parágrafo único. Em se tratando de estrangeiro, a prisão também será comunicada à repartição consular do país de origem.

diminui a possibilidade de participação da Defensoria Pública, quando confrontado com o artigo 306, § 1.º, do CPP vigente. Sem cópia dos autos da prisão em flagrante, a Defensoria Pública pouco ou nada pode fazer para o exercício de *ampla argumentação* técnica em simétrica paridade. Assim, o entendimento constitucionalmente adequado desses dois preceptivos passa pela remessa de cópia dos autos de prisão em flagrante a todos os imediatamente comunicados (artigos 533 e 541, § 1º, do projeto 156/2009 PLS), para que possam decidir, em condições equiparadas, a medida com que interferem no procedimento.

O artigo 534⁶⁶ do projeto 156/2009 PLS expõe rol de direitos de que o preso deve ser informado. Não há similar no CPP vigente – nem precisaria haver, diante da clareza do artigo 5.º da CRFB. No entanto, sem a assessoria técnico-jurídica de um Advogado ou Defensor Público, garantida na Constituição (arts. 5.º, LXXIV, 133 1 134), o “ser informado” sobre direitos fundamentais diz pouco. Abaixo da linha do Equador, os pífios níveis de educação formal em direitos humanos e fundamentais não garantem a todos perceber as reais consequências técnico-jurídicas, por exemplo, do direito ao silêncio não incriminador (artigo 5.º, LXIII, da CRFB). Então, a informação ao preso sobre os direitos de que titular colabora com a perspectiva democrática da prisão em flagrante, mas, para que o procedimento veicule possibilidade de *ampla argumentação* inclusiva de defesa técnica, é indispensável a intervenção do Advogado ou Defensor Público. Segundo o parágrafo único, de todo ato investigatório ou de instrução criminal que comporte participação do investigado ou acusado deve constar, sob pena de nulidade, referência expressa aos direitos de permanecer em silêncio (I); saber a identificação dos responsáveis por sua prisão (II); receber um exemplar do mandado judicial (III); telefonar para quem entender (IV); ser assistido tecnicamente por profissional habilitado (advogado ou defensor público) (V). A não-inclusão, por escrito, nos autos policiais e judiciais do direito de ser recolhido em local diverso de presos com condenação definitiva (VI) prenuncia o próprio descumprimento da lei em que o projeto 156/2009 se converterá. Se o cumprimento dos regimes de pena em estabelecimentos adequados (artigos 33, § 1.º, do CP e 82 a 104 da Lei de Execuções Penais – 7210/84) já é

66 Art. 534. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de:

I – permanecer em silêncio;

II – saber a identificação dos responsáveis por sua prisão;

III – receber um exemplar do mandado judicial, salvo em flagrante delito;

IV – fazer contato telefônico com familiar ou outra pessoa indicada, tão logo seja apresentado à autoridade policial;

V – ser assistido por um advogado de sua livre escolha ou defensor público;

VI – ser recolhido em local separado dos presos com condenação definitiva.

Parágrafo único. As informações relativas aos direitos previstos nos incisos I e V do *caput* deste artigo constarão, por escrito, de todos os atos de investigação e de instrução criminal que requeiram a participação do investigado ou acusado, sob pena de nulidade.

uma ficção no Brasil, pouca ou nenhuma expectativa pode haver quanto à separação, no cárcere, entre presos provisórios e presos culpados. Pior: o artigo 534, parágrafo único, do projeto 156/2009 PLS assente, nas entrelinhas, com a incapacidade governativa de prover estabelecimentos penais adequados ao sistema.

O artigo 535⁶⁷ do projeto 156/2009 PLS repete o artigo 300 do CPP de 1941 e o inciso VI do artigo 534 do mesmo projeto 156/2009 PLS. Cuida-se da preferência legal na manutenção de presos condenados definitivamente e presos provisórios em locais diferentes. A novidade fica por conta dos parágrafos, que informam hipóteses logicamente consecutórias à manutenção da separação entre presos provisórios e presos culpados. Cogita-se do recolhimento a quartéis “ou outro local distinto do estabelecimento prisional” para a salvaguarda do preso provisório em situação de risco pessoal, circunstância que motiva, também, o transporte de presos provisório e presos culpados em veículos distintos (§ 2.º, artigo 535 do projeto).

A inspiração para o tema certamente provém do artigo 295 do CPP, que prevê a esdrúxula prisão provisória especial. Há, porém, significativa diferença entre elas. Na vigente (artigo 295 do CPP), a especialidade da prisão decorre do *status* social dos indivíduos (majoritariamente servidores públicos de algumas carreiras); na constante do projeto 156/2009 PLS (artigo 535, § 1.º), a especialidade deriva da situação de risco a que submetido o preso. Tem-se inegável avanço democrático, que não se pode deixar mitigar por discricionariedade judicial fundada na indecifrável expressão “outro local distinto do estabelecimento prisional”. A expressão é atécnica e inadequada, à proporção que abre margem para que indivíduos situados na mesma condição de risco decorrente do aprisionamento recebam tratamento casuístico do judiciário. Argumentativamente, não se pode aceitar que a casa do preso provisório rico e um estabelecimento prisional de regime mais grave e distante milhares de quilômetros da família do preso provisório pobre se encaixem nos imperceptíveis limites da expressão “outro local distinto do estabelecimento prisional”. O excesso de abertura hermenêutica dessa expressão textual precisa encontrar balizamentos nas garantias constitucionais e processuais do preso (artigo 5.º, XLVIII a LXIX).

O artigo 536⁶⁸ do projeto 156/2009 PLS positiva entendimento jurisprudencial

67 Art. 535. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas.

§1º Quando, pelas circunstâncias de fato ou pelas condições pessoais do agente, se constatar o risco à integridade física do aprisionado, será ele recolhido em quartéis ou em outro local distinto do estabelecimento prisional.

§2º Observadas as mesmas condições, o preso não será transportado juntamente com outros.

68 Art. 536. Sobrevindo condenação recorrível, o tempo de prisão provisória será utilizado para cálculo dos benefícios previstos na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, como a progressão de

prevalente no sentido de que o tempo de prisão provisória (aí incluída a em flagrante) aproveita ao condenado culpado para o cálculo de quaisquer benefícios da execução penal, cujo início ocorre necessariamente após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Assim, por previsão legal, o período de prisão a título cautelar vale como se de pena se tratasse, para beneficiar o condenado no âmbito da execução penal. De forma alguma, contudo, tal entendimento (e a futura norma legal) adere(m) a raciocínio invertido, para admitir benefício executivo penal no curso da prisão provisória (HC STF 84.078). O *modelo constitucional de processo na tipologia penal*, quer seja pelo estado de inocência (artigo 5.º, LVII, da CRFB), quer seja pela duração razoável do procedimento (artigo 5.º, LXXVIII, da CRFB), não autoriza a prisão cautelar do cidadão por tempo suficiente à obtenção de benefícios executivos. Antes que isso aconteça, evidencia-se a nulidade do procedimento por um ou outro princípio da base constitucional-processual uníssona e o preso deve ser posto em liberdade.

5.2. Entre cópias fiéis e mudanças discretas

O vazo de conceituar a prisão em flagrante fora de critérios de *visibilidade* e *imediatez* continua no projeto 156/2009 PLS. O de manter termos legais caricatos também. O artigo 537⁶⁹ do projeto 156/2009 PLS é uma cópia fiel do artigo 301 do CPP. Nada muda. Mantêm-se, inclusive, dois arcaísmos de linguagem jurídica antidemocrática: “qualquer do povo” e “autoridade policial”. Em vez de “qualquer do povo”, já era tempo (constitucional-cairológico⁷⁰) de a lei referir-se aos cidadãos, aptos à construção da normatividade jurídica, também no procedimento de prisão em flagrante. Em vez de “autoridade policial”, expressão que não se encontra no texto constitucional regente da segurança pública (artigo 144 da

regime, livramento condicional, saída temporária, indulto e comutação de penas.

69 Art. 537. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

70 OLIVEIRA, 2009c, p. 289: “Com os olhos postos no *presente*, – este tempo cairológico entre o *não-mais* do passado e o *ainda-não* do futuro (Marramao, 2005; 2005b), que pode ser *aqui* e *agora* o futuro, **pois** a partir do *passado* poderia, desde então e a *qualquer momento*, ter-se entreaberto e se tornado possível com a fundação-promessa, que retrospectivamente a elaboração do texto da Constituição representa – é possível reconstruir, também, um *outro* passado, um *passado futuro*: um *novo* passado, que enquanto *rememoração do futuro* (Habermas, 1989, p. 26) seja comprometido com esse futuro, o qual já se pode fazer e se faz *presente*. Pois o *passado*, resgatado nessa perspectiva e com essa expectativa, poderá não ser somente um *passado* de frustrações e catástrofes, porque ele esperava pelo sentido que *agora* dele se pode fazer *presente*; e sua *redenção*, portanto, depende deste *agora* (Marramao, 2008a, pp. 128-130)”.

CRFB), o projeto de novo CPP poderia valer-se de outros “servidores policiais”, com previsão no artigo 144, § 9.º, da CRFB. Tal iniciativa não se restringe ao campo meramente nomenclatural. Ela contribui para o afastamento da *autoritariedade* tão típica (por vezes, caricata) do direito processual penal, reafirmando os termos constituintes da soberania popular (artigo 1.º, parágrafo único, da CRFB), segundo os quais toda função pública (aí incluídas a policial, a ministerial, a judicial etc.) se exerce a bem e em nome dos cidadãos, devendo submeter-se, por isso, à fiscalização plena pelos próprios cidadãos, mediante o *modelo constitucional de processo*.

O artigo 538⁷¹ do projeto 156/2009 PLS perdeu a oportunidade de sepultar o solipsismo burocrático da prisão em flagrante. Cedeu, por assim dizer, à expansão subjetivista das hipóteses caracterizadoras do estado de flagrância. É curioso notar que Eugênio Pacelli de Oliveira, um dos membros da comissão encarregada da elaboração do projeto 156/2009 PLS, percebeu a ausência de objetividade de expressões como “logo após”, “logo depois”, “é encontrado”, “é perseguido” – enfim, tudo aquilo que diz respeito ao elastecimento inconstitucional das hipóteses de flagrante delito a partir de inferências egoístas de servidores públicos (item 2.5.1) (OLIVEIRA, Eugênio, 2006, p. 423). No entanto, essa percepção não foi suficiente para ofertar ao projeto 156/2009 PLS um salto rumo à constitucionalidade no trato da prisão em flagrante.

O *caput* do artigo 538 do projeto de novo CPP resumiu-se a repetir o artigo 302 do CPP vigente, com as alterações seguintes: a) eliminação do quase-flagrante, exposto no inciso II do artigo 302 do CPP, pela narrativa “quem acaba de cometê-la”; b) fusão dos flagrantes presumidos (aparência de aparência de delito, ou aparência de indício de delito), previstos nos incisos III e IV do artigo 302 do CPP, em um inciso só (o II). Assim, o inciso II do artigo 538 do projeto de novo CPP nasce inconstitucional pelas razões já expostas no item 2.5.1 deste trabalho, a saber: ausência de *imediatez* e *visibilidade* de conduta aparentemente delitiva. Nas hipóteses do novo inciso que congrega as idéias dos anteriores, não há aparência de delito; só resta aparência de indício, que guia a presunção de ocorrência de delito – tudo, como visto, com insindicável subjetividade, de sorte a macular de inconstitucionalidade a lei com tamanha abertura normativa. Ao seu turno, o parágrafo único do artigo 538 do projeto é idêntico ao artigo 303 do CPP, acerca da subsistência de flagrância

71 Art. 538. Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – é perseguido ou encontrado, logo após, pela autoridade, pela vítima ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração;

Parágrafo único. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

delitiva enquanto se protrair no tempo a execução do delito permanente.

5.3. Sobre flagrantes esperado, preparado, forjado e diferido. O desate de conflitos de verossimilhanças a favor do estado de inocência

O artigo 539⁷² do projeto 156/2009 PLS introduz na escritura legal brasileira a figura do flagrante preparado (ou provocado) pela polícia ou por terceiros, imputando a ele a consequência jurídica da nulidade (GONÇALVES, 1993). O flagrante preparado consiste na estruturação de uma situação pela polícia, com ou sem o auxílio de terceiros, que encaminhe ou facilite a prática delitiva por suspeito. Sem seu conhecimento, coloca-se o suspeito sob a vigilância, às espreitas, de servidores policiais, aptos a surpreendê-lo e impedir a consumação do delito. Por certo, a situação do flagrante preparado amolda-se tipicamente à figura técnica da participação (artigos 29 a 31 do CP), com a diferença de que perpetrada pela polícia ou terceiro sob sua anuência. De fato, só se visualiza a compatibilização desse incentivo ou dessa anuência policiais com a prática do delito desde a perspectiva da maior eficiência possível do sistema repressivo penal, constante, por exemplo, da Exposição de Motivos do CPP de 1941. Parece claro, então, que o flagrante preparado não pode passar pelo crivo de legalidade do juízo competente sobre as bases do *modelo constitucional de processo*⁷³. A cognominada preparação do flagrante impede a configuração do estado de flagrância (*visível e imediato*) no *modelo constitucional de processo*, autorizativo de cerceamento de liberdade do cidadão, porque, em vez de produzi-la, aos servidores policiais cumpre evitar a situação de flagrância (artigo 144 da CRFB). Retorna-se ao tema no próximo capítulo (6), mas adianta-se que à função democrática da polícia repulsam os propósitos “justiceiros”, punitivos e opressivos.

É importante compreender que a redação do artigo 539 do projeto 156/2009 PLS não exige decisão jurídica conclusiva acerca da preparação da situação delitiva para a nulidade do flagrante. Basta a aparência de que a ação delitiva só ocorreu em virtude da provocação ou

72 Art. 539. É nulo o flagrante preparado pela polícia, com ou sem a colaboração de terceiros, quando seja razoável supor que a ação, impossível de ser consumada, só ocorreu em virtude daquela provocação.

Parágrafo único. As disposições do *caput* deste artigo não se aplicam aos casos em que seja necessário o retardamento da ação policial, para fins de obtenção de mais elementos informativos acerca da atividade criminosa.

73 Independentemente do marco teórico desta dissertação, a inexistência de crime e, por conseguinte, a invalidade do flagrante preparado contam com o posicionamento majoritário dos tribunais brasileiros, consubstanciado no enunciado da súmula 145 do STF: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

preparação policiais, com ou sem a ajuda de terceiros. É verdade que o *caput* do dispositivo evoca “razoabilidade” na suposição de que a ação delitiva tenha decorrido apenas do preparo da polícia, mas não se deve, com tal vocábulo, abrir margem à discricionariedade (subjetivismo, decisionismo) de servidores públicos, em critérios não esclarecidos de gradação do razoável. Afinal, o direito adota código binário de validade ou invalidade de normas, e não código gradual de sopesamento ou otimização de valores (OMMATI, 2003, p. 32-46, especialmente p. 42-45). Neste tema, portanto, cabe advertir que nada há de valorativo. Ao contrário, a aparência de preparação do flagrante serve, por si, nos critérios legais, à preservação do estado de inocência do cidadão (artigo 5.º, *caput*, LVII, LXI e LXV da CRFB), impedindo o cerceamento de sua liberdade.

O flagrante preparado, que conta com a anuência do *caput* do artigo 539 do projeto 156/2009 PLS, ainda se amarra ao instituto do crime impossível (artigo 17 do CP), ou tentativa impunível. A interpretação dessa amarração, porém, não passa pela necessidade de comprovação exauriente de crime impossível para nulificar-se o flagrante. A conclusão acerca de crime impossível depende de devido processo, com ampla argumentação do órgão acusador, atingível ao fim do procedimento.

Para afastar a prisão momentânea pelo flagrante, no entanto, basta, novamente, a aparência (“razoável supor”) de crime impossível na espécie, em cumprimento à regra de liberdade que se infere do artigo 5.º, *caput*, LVII, LXI e LXV da CRFB. O que se percebe nesse e em outros permissivos legais de afastamento da prisão por flagrante é uma verossimilhança às avessas da situação de flagrância delitiva. Em outras palavras, como o flagrante nada mais é do que um estado de *visível e momentânea aparência* de delito, que excepciona a regra de liberdade do cidadão (artigo 5.º, LXI, da CRFB), a aparência de flagrante preparado, assim como a de crime impossível (artigo 17 do CP), ou, ainda, de circunstâncias justificantes ou exculpantes (artigo 540, § 6.º, do projeto 156/2009 PLS, abaixo examinado), gera verossimilhança contrária à necessidade de prisão por causa de flagrante. No embate de verossimilhanças, cede a momentânea constrição de liberdade ambulatoria individual, por prevalência do estado constitucional de inocência (artigo 5.º, LXI, da CRFB). Tal entendimento se mostra relevante quando do exercício do contraditório bifronte no procedimento da prisão em flagrante, para que os legitimados ao processo controlem tanto retrospectivamente a procedência da faticidade da prisão, quanto prospectivamente sua eventual conversão em preventiva (artigos 312 e seguintes do CPP).

A abordagem do flagrante *preparado* não se prefaz sem o exame do flagrante *esperado*. Trata-se de *discrímen* entre a situação delitiva preparada ou provocada por

servidores policiais ou terceiros, com o consentimento daqueles, e a situação delitiva apenas esperada pelos mesmos servidores policiais, que se desencadeia independentemente de sua contribuição.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 424-428) colhe da doutrina e da jurisprudência a diferenciação entre flagrante *preparado* e flagrante *esperado* com lastro em dois argumentos, a saber: a contaminação da vontade do autor pelo incentivo preparatório ou provocador dos servidores policiais ou de terceiros, que não ocorre no flagrante *esperado*; a caracterização de tentativa impunível, por absoluta impossibilidade de o crime se consumir (artigo 17 do CP), em virtude da vigilância próxima e efetiva da polícia no flagrante *preparado*, ausente no *esperado*. A partir dessas diferenciações, a jurisprudência do STJ, lastreada no enunciado na súmula 145 do STF⁷⁴, inclina-se à validade do flagrante *esperado* e à invalidade do flagrante *preparado* (cf., p. ex., HC 83196/GO e 29779/SP, Rel. Min. Og Fernandes, sexta turma do STJ; HC 89808/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 84141/SP, Rel. Min. Felix Fischer, quinta turma do STJ). Eugênio Pacelli de Oliveira discorda de ambos os argumentos e sustenta a igualação de validade entre os efeitos jurídicos de flagrantes *preparado* e *esperado* com a seguinte explanação.

A existência de um terceiro a preparar ou provocar a conduta delitiva alheia não contamina a vontade do delinquente, de sorte a eximi-lo de responsabilidade penal, porque o sistema penal brasileiro admite diversas espécies de participação (artigo 29 do CP). Dentre elas, destaca-se a determinação (artigo 31 do CP), modalidade em que o partícipe inaugura na mente do autor o intento criminoso. Nesse raciocínio, mesmo a determinação, forma mais grave de participação, mostra-se inapta a excluir a qualificação jurídica da conduta perpetrada como crime (OLIVEIRA, Eugênio, 2006, p. 425-426).

Quanto ao segundo argumento, sobre a impossibilidade de consumação do crime no flagrante *preparado*, ausente no *esperado*, Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 427) é categórico:

Não nos parece possível, com efeito, fixar qualquer diferença entre a *preparação* e a *espera* do flagrante, no que se refere à impossibilidade de consumação do crime, fundada na idéia de eficiente atuação policial. Em ambos os casos, seria possível, em tese, tornar *impossível*, na mesma medida, a ação delituosa em curso. (...) Duzentos policiais postados para impedir um crime *provocado* por terceiro (o agente provocador) têm a mesma eficácia ou eficiência que outros duzentos policiais igualmente postados para impedir a prática de um crime *esperado*. Assim, de duas, uma: ou se aceita (*sic*) ambas as hipóteses como de flagrante válido, como nos parece mais acertado, ou as duas devem ser igualmente recusadas, por coerência na

74 Enunciado da súmula 145 do STF: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

respectiva fundamentação.

Concorda-se com a dicotomia proposta por Eugênio Pacelli de Oliveira. Ou se aceitam como válidos os flagrantes *preparado* e *esperado*, ou ambos devem ser tratados como inválidos. Eugênio Pacelli de Oliveira adere à validade; o *modelo constitucional de processo* conduz para a invalidade. A adesão de Eugênio Pacelli de Oliveira é compatível com sua perspectiva funcional de prisão em flagrante como oportunidade de coleta probatória solipsista e imediata (2006, p. 430-431). Nesta visão de eficiência penal repressiva a merecer “ponderação” no embate com as liberdades constitucionais, quanto mais elementos se aproveitarem do flagrante, melhor. Então, pode mesmo a Polícia provocar ou esperar o início de condutas delitivas, agindo só após para gerar novos clientes do sistema penal. Para reforçar sua adesão, Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 428) ainda diferencia os flagrantes *esperado* e *provocado* – válidos – do flagrante *forjado* – inválido. Neste último, o cidadão é colocado em situação de aparente agente criminoso, sem o ser; é, portanto, vitimizado, por obra da ação de servidores policiais ou terceiros, que forjam elementos indicadores da culpabilidade da vítima. Eis o conhecido exemplo do policial que, ao abordar um desafeto em *blitz*, coloca-lhe no bolso, sem que perceba, papetes de droga ilícita, forjando a existência de crime de tráfico. Pois bem, a situação do flagrante *forjado* amolda-se tipicamente a, no mínimo, dois delitos em concurso formal (artigo 70 do CP), em detrimento do policial ou terceiro que o realiza: denúncia caluniosa (artigo 339 do CP) e fraude processual majorada (artigo 347, parágrafo único, do CP). Logo, a toda evidência, não pode mesmo subsidiar um juízo judicial de pertinência do flagrante (artigo 5.º, LXII e LXV, da CRFB), ponto em que tem razão Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 428).

Por outro lado, o *modelo constitucional de processo* funda a prisão em flagrante em critérios exclusivos de *imediatez* e *visibilidade* e não consente com a participação da polícia na *provocação* de um delito, a pretexto de eficiência repressiva, tampouco com uma visionária (vidente) *espera* de início da conduta delitiva, para, só então, agir (a polícia). Como dito, aos servidores policiais, no Estado Democrático de Direito (antagônico ao Estado de Polícia⁷⁵), compete preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio (artigo 144 da CRFB). Ao tomar conhecimento de possível prática delitiva, não compete a esta instituição republicana esperar que tal prática se inicie; deve agir, portanto, quanto antes,

75 “A teoria do Estado de Direito surgiu em oposição à idéia do que, comumente, de forma aproximada, traduz-se por *Estado de Polícia* (*Obrigkeitsstaat* ou *Polizeistaat*), também chamado *Estado Iluminista* ou de *Estado-providência*. (...) A partir daí, os doutrinadores alemães passaram a conceber o Estado de Direito como o Estado de direito racional, vale dizer, o Estado realizador dos princípios da razão, preservando a vida em comum das pessoas [...]”. (DIAS, 2004b, p. 93-94)

para evitar a situação de flagrância, de sorte a atender, na máxima medida, ao seu mister constitucional (aprofunda-se o tema no capítulo 3, infra, sobre os sujeitos processuais na prisão em flagrante). Assim, flagrantes *esperado*, *preparado* e *forjado* são inválidos diante do *modelo constitucional de processo* – nenhum deles autoriza cerceamento de liberdade do cidadão inocente (artigo 5.º, LVII, da CRFB).

O parágrafo único do artigo 539 do projeto 156/2009 PLS inclui na codificação processual penal o instituto do flagrante *diferido*, previsto em legislação extravagante (por exemplo, Lei 9.034/95, artigo 2.º, II e V⁷⁶; Lei 11.343/06, artigo 53, I, II e parágrafo único⁷⁷). Com isso, pretendeu-se codificar e generalizar a figura do flagrante *diferido*. A justificativa finalística do flagrante *diferido*, também conhecido por “ação policial controlada” ou “retardamento da ação policial”, é aumentar os índices de efetividade da repressão penal, algo compatível com o CPP de 1941. Por outro lado, se o projeto 156/2009 PLS almeja compatibilidade com a CRFB e o *modelo constitucional do processo*, o flagrante *diferido*, que, na dicção do próprio projeto, preconiza a “obtenção de mais elementos informativos acerca da atividade criminosa”, constitui a antítese da prisão em flagrante, fundada em *visibilidade* e *imediatez* para impedir a ocorrência de todos os efeitos decorrentes da conduta aparentemente delitiva.

Ao cabo, nota-se incompatibilidade entre o instituto do flagrante *diferido* (“ação policial controlada” ou “retardamento da ação policial”) e a perspectiva constitucional da prisão em flagrante, porque a expansão do campo de subjetividade do servidor policial, para

76 Art. 2.º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (Redação dada pela Lei n. 10.217, de 11.4.2001):
I – Vetado

II – a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações; [...]

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. (Inciso incluído pela Lei n. 10.217, de 11.4.2001)

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração. (Parágrafo único incluído pela Lei n. 10.217, de 11.4.2001)

77 Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I – a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II – a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem em território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

decidir, ainda que mediante autorização judicial⁷⁸, o momento mais oportuno de impedir, ou não, a ação aparentemente delitativa, joga por terra as únicas circunstâncias logicamente autorizativas do cerceamento de liberdade alheia sem prévio *contraditório*. Isto é, no *modelo constitucional de processo*, a abertura legal para a ação (ou inação) voltada à constrição da liberdade do cidadão por aparência de delito não pode operar com a relativização não debatida (processualizada, com *contraditório* e *ampla argumentação* condicionantes da *fundamentação* da decisão jurídica) dos critérios de *visibilidade* e *imediatez*, a fim de amparar-se em impressões personalíssimas e solipsistas do servidor policial, guiado pela coleta de “mais elementos informativos acerca da atividade criminosa”. Cabe repetir à exaustão que, sob o *modelo constitucional do processo*, a reconstrução do caso penal não se reduz ao conflito superficial entre segurança pública e liberdade individual, tão caro aos adeptos da teoria da relação jurídica no processo penal (cf. Capítulo 1), por permitir aos operadores do sistema fazer a balança ora pender para a segurança, ora para a liberdade, ao sabor do decisionismo policial, ministerial ou judicial.

Já o § 6.º do artigo 540⁷⁹ do projeto 156/2009 PLS tem compatibilidade constitucional, mas deve ser lido de sorte a não esbarrar na ausência de *processo*, sob o risco de converter em inconstitucionalidade tal compatibilidade inicial. Com a comunicação imediata do flagrante ao Judiciário e à Defensoria Pública (artigo 533 do projeto em pauta), convém que os debates em *contraditório* e com *ampla argumentação* frente ao *terceiro imparcial* se iniciem também de imediato. Com isso, o servidor policial (delegado) não precisa arcar com a tarefa de “vislumbrar”, sozinho, coisa alguma.

78 O art. 2.º, V e parágrafo único, da Lei 9034/95, exige autorização judicial para os casos de “infiltração” de servidores policiais em organizações criminosas. A “infiltração” nada mais é do que uma medida investigativa radical que eleva o flagrante *diferido* à máxima incidência, já que a autoridade policial pode presenciar um sem número de flagrantes e adiar sua intervenção de modo solipsista, com o consentimento genérico do judiciário.

79 Art. 540. 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 preso sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada inquirição, suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

§1º Fica terminantemente vedada a incomunicabilidade do preso.

§2º O interrogatório será realizado na forma do art. 64 e seguintes.

§3º Resultando dos indícios colhidos fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de prestar fiança ou de cometimento de infração de menor potencial ofensivo, e prosseguirá nos atos do inquérito, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

§4º 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 2 (duas) pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

§5º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por 2 (duas) testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste.

§6º A autoridade policial, vislumbrando a presença de qualquer causa excludente da ilicitude, poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão, sem prejuízo da adoção das diligências investigatórias cabíveis.

Essencialmente, não é possível ler o dispositivo às avessas, para colocar o Delegado de Polícia na condição de decisor privilegiado sobre o procedimento de prisão em flagrante, a fim de estimular um desinteresse do juízo competente pela situação e, ao cabo, converter-se o cerceamento de liberdade por aparência de delito em regra e a liberdade do cidadão em exceção. Se essa última leitura prevalecer, mudar-se-á para que tudo permaneça como está na vigência do CPP de 1941.

O § 6.º do artigo 540 do projeto 156/2009 PLS atribui ao Delegado de Polícia, função de carreira exclusiva de bacharel em Direito, papel de destaque para velar pela liberdade do conduzido quando deparar com narrativas de excludentes de ilicitude. Nisso nada há de garantismo; há cumprimento do princípio constitucional do estado de inocência (artigo 5.º, LVII, da CRFB), integrante do *modelo constitucional de processo na tipologia penal*. Malgrado cumprindo este princípio, o dispositivo ainda peca por timidez. O Delegado de Polícia, profissional do Direito, pode reconhecer, em exame perfunctório, ausência de tipicidade, excludentes de culpabilidade, desproporcionalidade do recolhimento do cidadão ao cárcere em face da pena cominada ao delito que desencadeou o procedimento de prisão em flagrante e outras circunstâncias que moldem a fundamentação de sua decisão (artigos 37 e 93, IX, da CRFB) em não efetuar a prisão. Em hermenêutica adequada, deve fazê-lo, porém, sem suprimir debate, *ampla argumentação*, sobretudo do órgão acusador, porque também não vale, no *modelo constitucional de processo*, um “solipsismo garantista”. Se proceder com excesso nesse particular, o delegado de polícia pode ser chamado às explicações pelo órgão acusador, que, ademais, exerce o controle externo da atividade policial (artigo 129, VII, da CRFB).

Relembre-se: a prerrogativa do Delegado de Polícia, no sentido de fazer valer o estado de inocência (artigo 5.º, LVII, da CRFB), não obsta providências investigatórias e tem validade jurídica efêmera, isto é, até o pronunciamento do juízo competente e *imparcial, fundamentado na ampla argumentação em contraditório* pelos interessados (conduzido, vítima, Ministério Público, Defensoria Pública, terceiros).

5.4. O óbvio sobre a vedação de incomunicabilidade do preso

O *caput* do artigo 540 do projeto 156/2009 PLS⁸⁰ traz a mesma redação do *caput* do artigo 304 do CPP vigente. Os parágrafos 3.º, 4.º e 5.º daquele são cópias exatas dos parágrafos 1.º, 2.º e 3.º deste. Como novidades, destacam-se o parágrafo 1.º do artigo 540, que facilita a compreensão das premissas vedatórias da CRFB à incomunicabilidade do preso. Para quem possui familiaridade com o texto da CRFB, o dispositivo legal que veda terminantemente a incomunicabilidade do preso soa redundante, mas, para catalizar essa compreensão aos práticos do processo penal brasileiro, vem bastante a calhar.

De fato, a interpretação conjunta dos artigos 5.º, LXII, 136, § 3.º, IV, e 139 da CRFB já é suficiente para se concluir pela vedação absoluta à incomunicabilidade do preso na democracia constitucional brasileira. A regra, que tem qualidade de direito fundamental integrante do *modelo constitucional de processo na tipologia penal*, consta do inciso LXII do artigo 5.º. Ela determina a comunicação imediata de qualquer prisão ao juízo competente e à família do preso, ou pessoa por ele indicada.

A CRFB compreende mecanismos de excepcionalidade constitucional, voltadas à manutenção da própria integridade constitucional (CANOTILHO, 2004, 1081-1095), em que se mostra viável, por juízos de necessidade, a suspensão de algumas garantias fundamentais. Trata-se de três situações graves, expressas na intervenção (artigos 34 a 36 da CRFB), no estado de defesa (artigo 136 da CRFB) e no estado de sítio (artigos 137 e 138 da CRFB). Entretanto, mesmo nesses quadros normativos excepcionais, a CRFB veda a incomunicabilidade do preso, em seus artigos 136, § 3.º, IV, e 139. A sumarização desse raciocínio no artigo 540, § 1.º, é um ponto positivo do projeto 156/2009 PLS, não constituindo demasia nem no campo prático nem no plano teórico do processo penal brasileiro, ainda informados por discursos de lei e ordem com refinamento contemporâneo (cf. LOPES JR., 2008, 14-21 e item 2.4.1 desta dissertação).

80 Art. 540. 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 preso sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada inquirição, suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

§1º Fica terminantemente vedada a incomunicabilidade do preso.

§2º O interrogatório será realizado na forma do art. 64 e seguintes.

§3º Resultando dos indícios colhidos fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de prestar fiança ou de cometimento de infração de menor potencial ofensivo, e prosseguirá nos atos do inquérito, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

§4º 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 2 (duas) pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

§5º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por 2 (duas) testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste.

§6º A autoridade policial, vislumbrando a presença de qualquer causa excludente da ilicitude, poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão, sem prejuízo da adoção das diligências investigatórias cabíveis.

Sem dúvida, o aspecto mais importante do § 1.º do artigo 540 sob análise é o destaque (de resto, também redundante para os leitores da CRFB) da necessidade de fundamentação da decisão do Delegado de Polícia, porque ela pode servir, a partir de então, como ponto de apoio ao *contraditório* e à *ampla argumentação* dos legitimados ao processo (órgãos de acusação e defesa). Imagine-se a hipótese em que o Delegado reconheça a insubsistência de motivos para o recolhimento do conduzido ao cárcere (artigo 540, § 6.º, do mesmo projeto); há de fazê-lo explicitando as razões (argumentadas e debatidas entre as partes) de seu convencimento. Despiciendo atentar a que a fundamentação da decisão jurídica, lastreada na ampla argumentação em contraditório, deve estar sempre presente, como princípio norteador do *modelo constitucional de processo* (BARROS, 2009, p. 16-22): tanto na hipótese de recolhimento do conduzido ao cárcere, não se afastando a prisão em flagrante mediante decisão **judicial**, em correção hermenêutica do artigo 540, § 3.º, do projeto 156/2009, quanto no caso de se afastar o encarceramento em sede **administrativo-investigativa** (artigo 540, § 6.º, do projeto 156/2009) ou **judicial**.

O artigo 541 do projeto 156/2009 PLS⁸¹ prescreve que, além da comunicação imediata da prisão ao juízo competente, à Defensoria Pública e à família do preso (artigo 533 do projeto 156/2009 PLS), no prazo máximo de vinte e quatro horas, o juízo competente deve ter em mãos o auto de prisão em flagrante, acompanhado de todas as oitivas colhidas. O § 1.º do dispositivo delimita que o Advogado ou Defensor Público que tiver acompanhado o interrogatório a pedido de preso também receberá cópia do auto. O § 2.º impõe que, no mesmo prazo de vinte e quatro horas, o preso tenha acesso à “nota de culpa”, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão e os nomes de condutor e testemunha.

O juiz a que se refere o artigo 541 do projeto 156/2009 PLS é o chamado “juiz das garantias”, conforme o artigo 15, I e II, do mesmo projeto⁸². Tem-se em mira órgão judiciário

81 Art. 541. Observado o disposto no art. 533, dentro em 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas.

§1º O advogado ou defensor público que tiver acompanhado o interrogatório a pedido do preso receberá cópia integral do auto.

§2º No mesmo prazo de 24 (vinte e quatro) horas, 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.

82 Art. 15. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

- I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República;
- II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543;
- III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;
- IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial;
- V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;
- VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;
- VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis,

que fica impedido de participar ou exercer a judicância após a denúncia, se houver, quanto ao mesmo caso penal⁸³. O escopo dessa separação legal de competência entre o juízo que atua na fase preliminar investigativa e o que atua na fase contraditorial instaurada pela denúncia é impedir a contaminação do convencimento judicial a partir de meros elementos de investigação. Lopes Jr. ensina, a respeito, que, guardadas as peculiaridades do sistema processual penal de cada país, Itália (em que vige a investigação pelo MP) e Espanha (em que têm lugar os juízos de instrução) adotaram técnica similar, de sorte a promover a exclusão física do inquérito policial dos autos cartulares do procedimento judicial e evitar a contaminação consciente ou inconsciente do julgador. Trata-se, pois, de técnica coerente com a instituição do sistema acusatório pela CRFB e frontalmente oposta ao que estatui o artigo 12 do CPP de 1941, ainda vigente, com dócil e indiscriminada aceitação na pragmática do processo penal brasileiro:

Este juiz poderia ser aquele que denominamos *juiz garante da investigação preliminar*, ou seja, aquele que atua na instrução preliminar para autorizar ou denegar a prática das medidas que limitem direitos fundamentais. Sempre recordando que o juiz garante ou de garantias não atua no processo, preservando assim a imparcialidade do julgador.

(...)

É uma técnica que também utiliza o sistema italiano, eliminando dos autos que formarão o processo penal todas as peças da investigação preliminar (*indagine preliminare*), com exceção do corpo de delito e das antecipadas, produzidas no respectivo incidente probatório (...) [para] exatamente evitar a contaminação do juiz pelos elementos obtidos na fase pré-processual. (...)

A originalidade é alcançada, principalmente, porque se impede que todos os atos da investigação preliminar sejam transmitidos ao processo – exclusão de peças –, de modo que os elementos de convencimento são obtidos da prova produzida em juízo.

assegurados o contraditório e a ampla defesa;

VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X – requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação;

XII – decidir sobre os pedidos de:

a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática;

b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

XIII – julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIV – outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo.

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada.

83 Art. 17. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo. [...]

Art. 302. Nas ações penais de competência originária, o procedimento nos tribunais obedecerá às disposições gerais previstas neste Código e no respectivo regimento interno, e, especialmente, o seguinte:

I – as funções do juiz das garantias serão exercidas por membro do tribunal, escolhido na forma regimental, que ficará impedido de atuar no processo como relator; [...]

Com isso, evita-se a contaminação e garante-se que a valoração probatória recairá exclusivamente sobre aqueles atos praticados na fase processual e com todas as garantias. (LOPES JR., 2008, p. 287-288).

Malgrado se reconheça a valia dessa técnica para o processo penal brasileiro, cabem alguns apontamentos críticos. De início, é relevante trocar o termo personalista “juiz” pelo orgânico “juízo” das garantias. A CRFB institui o princípio da impessoalidade (artigo 37), para cuja observância prefere-se a referência ao órgão, e não à pessoa. Daí falar-se em princípio do juízo natural, em vez de “juiz” natural, conforme o artigo 5.º, LIII, da CRFB (LEAL, 2009, p. 122-123), e, por conseguinte, em juízo das garantias, em vez de “juiz” das garantias, sobretudo porque, como já ressaltado (BARROS, 2010, p. 365), a *imparcialidade* do terceiro, como princípio do *modelo constitucional de processo*, não decorre de atributo pessoal seu, mas da equidistância que mantém das partes por observância ao *contraditório* e à *ampla argumentação*. Ademais, não é necessário pessoalizar a figura do juiz (o ocupante do cargo, em vez do cargo) para demarcar a impossibilidade de sua atuação na fase inaugurada pela denúncia. Isso se resolve com o instituto jurídico do impedimento, que enseja a nulidade absoluta dos atos praticados por quem já participou do procedimento investigativo ou judicial em tempo anterior e volta a atuar nos autos. Basta, nesse sentido, a leitura conjugada dos artigos 17 e 54, I, II e III, e 155, II, do Projeto 156/2009 PLS⁸⁴.

Elemento de suma importância na compreensão adequada dos artigos 541, *caput* e § 2.º, e 543⁸⁵ do projeto 156/2009 PLS consiste na demarcação temporal-cronológica do encerramento do procedimento de prisão em flagrante. Em vinte e quatro horas, não mais do que isso, o juízo, com cópia dos autos de flagrante em mãos, deve estar apto a tomar uma

84 Art. 54. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I – tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II – ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV – ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito. [...]

Art. 155. Serão absolutamente nulos e insanáveis os atos de cuja irregularidade resulte violação essencial aos princípios fundamentais do processo penal, notadamente: [...]

II – o desrespeito às regras de suspeição e impedimentos do juiz; [...]

§2º Ainda quando absolutamente nulos, o juiz não declarará a nulidade quando puder julgar o mérito em favor da defesa.

85 Art. 543. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá:

I – relaxar a prisão ilegal;

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, fundamentadamente, quando presentes os seus pressupostos legais; ou

III – arbitrar fiança ou aplicar outras medidas cautelares mais adequadas às circunstâncias do caso; ou

IV – conceder liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

decisão, após a *ampla argumentação* exercida em *contraditório* pelas partes, acerca da constrição da liberdade realizada a título de flagrante, determinando ou não a imediata liberação do cidadão (artigo 5.º, LXII e LXV, da CRFB). Haveria maior comprometimento do projeto 156/2009 PLS com o *modelo constitucional de processo* se incorporasse expressamente, nesse tema, duas exemplares prescrições: a espanhola (item 2.3.), sobre a responsabilização penal, civil e administrativa de quem concorresse para a manutenção da prisão a título de flagrante após esse prazo; a da Lei da Ação Popular (4.717/65, artigo 7.º, parágrafo único⁸⁶), sobre a colocação de óbice à promoção do juiz que, por motivo injustificado, deixasse de prover a imediata análise do procedimento de prisão em flagrante no prazo legal.

Em ambos os casos, restaria promovida a maior efetividade do processo penal brasileiro. Entende-se por efetividade do sistema não o crescimento de seus índices repressivos (como sugere a Exposição de Motivos do CPP de 1941 – vide item 2.4.1), mas a maior implementação de direitos fundamentais conformadores do *modelo constitucional de processo* (LEAL, 2002, p. 124 a 129). A incorporação das duas prescrições acima corresponderia, em sede de prisão em flagrante, à maior efetividade dos princípios do estado de inocência (artigo 5.º, LVII, da CRFB), do *contraditório*, da *ampla argumentação* (artigo 5.º, LIV e LV, da CRFB) e, sobretudo, da duração razoável do procedimento (artigo 5.º, LXXVIII, da CRFB) (TAVARES, 2008, p. 115-117; DIAS, 2005a). Sem dúvida, a duração razoável de procedimento integra a *tipologia penal do modelo constitucional de processo* e tem suma importância na seara das privações cautelares da liberdade do cidadão, levadas a efeito, por óbvio, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O § 1.º do artigo 542 do projeto 156/2009 PLS estipula que o Advogado ou Defensor Público que tiver acompanhado o interrogatório receberá cópia integral do auto de prisão em flagrante. O filtro do *modelo constitucional de processo* sugere interpretação extensiva do dispositivo (*minus dixit quam voluit*), em especial no que concerne à remessa de cópia dos

86 BRASIL, Lei 4717/65.

[...] Art. 7.º A ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, observadas as seguintes normas modificativas: (...)

Parágrafo único. O proferimento da sentença além do prazo estabelecido privará o juiz da inclusão em lista de merecimento para promoção, durante 2 (dois) anos, e acarretará a perda, para efeito de promoção por antiguidade, tantos dias quantos forem os do retardamento, salvo motivo justo, declinado nos autos e comprovado perante o órgão disciplinar competente.”

Apenas a título de esclarecimento, nesse caso a proposta apresenta concordância com o artigo 93, II, *c, d e e*, da CRFB, mas é discutível a necessidade de edição de lei complementar de iniciativa do STF (artigo 93, *caput*, da CRFB), para estabelecimento de critérios de sancionamento profissional ou institucional de juízes. Tal discussão não se aplica ao artigo 7.º da Lei 4717/65, porque recepcionado, com *status* de lei complementar, pela Constituição de 1988.

autos de prisão em flagrante à Defensoria Pública, como impõe o artigo 306, § 1.º, do vigente CPP, mesmo que o Defensor Público não tenha acompanhado o interrogatório. Não é difícil que isso (o não comparecimento do Defensor ao interrogatório) aconteça. Tome-se, por exemplo, a Defensoria Pública da União em Minas Gerais, que não conta com Unidade instalada (sequer há previsão de instalação, por ausência de cargos suficientes de Defensor Público Federal) em doze das quinze subseções judiciárias do Estado. Nos fins de semana e feriados, a Unidade da DPU em Belo Horizonte recebe cópias dos autos de prisão em flagrante de todo o Estado, exercendo a defesa possível (Portaria 493 da DPGU), ainda que, para tanto, necessite protocolar pedido de *habeas corpus* em órgão judiciário da capital, incompetente *ratione loci* (artigos 70 a 72 do CPP vigente). Sem receber a cópia dos autos de prisão em flagrante, porque o Defensor não se fez presente (e nem poderia) ao interrogatório do preso, nem essa defesa parcial (e insuficiente) se mostraria, hoje, pragmaticamente possível.

O mais importante é que, em decorrência do princípio do *contraditório*, mesmo sem acompanhar o interrogatório do preso, todos os sujeitos processuais devem receber cópia integral dos autos da prisão em flagrante: juiz, advogado constituído (se houver), vítima (ou seu advogado constituído), testemunhas (se tiverem interesse), membros do Ministério Público e da Defensoria Pública (na ausência de advogado constituído pelo preso, pela vítima ou por terceiros interessados, desde que insertos na condição de hipossuficiência econômica ou jurídica, conforme os artigos 5.º, LXXIV, e 134 da CRFB). Então, o § 1.º do artigo 542 do projeto 156/2009 PLS merece compreensão mais dilargada, fundada principalmente no princípio do *contraditório*, mas obediente também ao direito do cidadão à informação (artigo 5.º, XXXIII, da CRFB) e ao princípio da publicidade dos atos da Administração Pública (artigo 37 da CRFB).

Esse assunto traz à baila uma observação importante para a compreensão constitucionalmente adequada do artigo 543⁸⁷ do projeto 156/2009 PLS: o juízo das garantias não equivale a um juízo de defesa, nem substitui ou diminui a função da defesa, exercida por Advogado ou Defensor Público. Ora, o rol de decisões judiciais franqueadas ao juízo das garantias no referido artigo 543 não dispensa a participação dos legitimados ao processo,

87 Art. 543. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá:

I – relaxar a prisão ilegal;

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, fundamentadamente, quando presentes os seus pressupostos legais; ou

III – arbitrar fiança ou aplicar outras medidas cautelares mais adequadas às circunstâncias do caso; ou

IV – conceder liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

sob pena de violação à *ampla argumentação* da defesa (inciso II) ou da acusação (incisos I, III e IV). Com efeito, o juízo das garantias não pode ser entendido como órgão substitutivo da defesa, ou instrumentalizado à proteção do direito de liberdade do réu. Em vez disso, a instituição do juízo das garantias consiste em técnica de impedimento da contaminação do convencimento do juízo julgador por elementos investigativos de prova, ainda não submetidos a *contraditório e ampla argumentação* (LOPES, JR., 2008, p. 287-288).

Nesse ponto, há sutil discordância para com o ensinamento de Lopes Jr., que propaga a tese da instrumentalidade garantista. A discordância está em que, a rigor, a proposta de um instrumentalismo garantista tem como pano de fundo o conflito vetusto entre segurança pública e direito individual de liberdade, mas faz a balança pender para o último lado. Esse pano de fundo não é o mesmo do *modelo constitucional de processo* no marco do Estado Democrático de Direito de bases procedimentalistas habermasiana e fazzalariana (BARROS, 2009, p. 10 a 14).

É fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma pretensão (acusatória).

Ao lado dela, está a função constitucional do processo, como **instrumento a serviços da realização de um projeto democrático** (...). Nesse viés insere-se a finalidade constitucional-garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial da liberdade individual. (LOPES JR., 2008, p. 25)⁸⁸

Portanto, antes de decidir em qualquer sentido, conforme o artigo 543 do projeto 156/2009 PLS, ao juízo das garantias incumbe promover *contraditório e ampla argumentação* entre as partes, isto é, legitimados ao processo (BARROS, 2009, p. 59), dos quais retira a *fundamentação das decisões*. Se o juízo decidir sozinho, em seu gabinete, como garantista ou inquisidor, liberal ou justiceiro, o provimento exarado será nulo, por desrespeito à coerência principiológica do *modelo constitucional de processo*. Pode-se adiantar que, conquanto possua a mesma teleologia do artigo 306, § 1.º do CPP, a redação pura e simples do artigo 543 do projeto 156/2009 PLS representa um retrocesso à luz do *modelo constitucional de processo*, por minimização do *contraditório* como espaço procedimentalizado de exercício de *ampla argumentação* para influenciar a decisão e evitar surpresas a seus destinatários. O quadro se agrava em relação aos presos necessitados, nos sentidos econômico ou jurídico, que

88 A instrumentalidade garantista consta dos ensinamentos de Prado (2006) e se ampara na distinção, aqui não acolhida (cf. Capítulo 1), entre direitos e garantias (p. 45 a 47), e incorre no problema epistemológico da abertura do direito processual aos fluxos políticos, sociais e econômicos (p. 36 a 40), pela mente, agora garantista, do juiz. De novo, tem-se o *paradoxo de Bülow* (cf. Capítulo 1), de acordo com o qual o instrumento de efetivação da jurisdição pelo juiz não serve, ao mesmo tempo, de controle das decisões desse mesmo juiz.

dependem da intervenção da Defensoria Pública para prover-lhes defesa técnica. Esse assunto consiste em tema específico do capítulo 6, para o qual se remete o leitor.

Por fim, o artigo 542 do projeto 156/2009 PLS padece de defeito, ao referir-se ao termo “autoridade”. Ou é extemporâneo, se se refere à nomenclatura quase-caricata da “autoridade policial” (artigo 144 da CRFB); ou é lacônico, se por “autoridade” pretendeu remeter aos sujeitos processuais, partícipes do procedimento de prisão em flagrante. Suspeita-se, pela redação da parte final do dispositivo, que é extemporâneo, pois menciona a apresentação do preso à autoridade do lugar mais próximo, tomando sentido policialesco. Contudo, interpretação constitucionalmente adequada do artigo 542 do projeto 156/2009 PLS prefere o vício textual do laconismo, a ser preenchido entendendo-se por “autoridades” todos os sujeitos processuais imprescindíveis ao desenvolvimento do procedimento de prisão em flagrante em obediência à *tipologia penal do modelo constitucional de processo*, riquíssima em princípios e direitos fundamentais.

Em outras palavras, ao correto desenvolvimento do procedimento de prisão em flagrante não são suficientes as presenças do delegado de polícia (“autoridade policial”) e do juiz. A redução da relevância legal da presença dos sujeitos processuais a essas duas figuras constitui uma simplificação pragmática da questão, que reforça uma *praxis* burocrático-inquisitória e afronta o *modelo constitucional de processo na tipologia penal*.

Tal pragmatismo se expressa em argumentos acerca da incapacidade da administração governativa em manter, instalada em cada comarca (ou subseção judiciária), estrutura jurisdicional adequada, a contar, no mínimo, com um Delegado de Polícia (Civil ou Federal), um Promotor de Justiça (ou Procurador da República), um Defensor Público (Estadual ou Federal) e um Juiz (de Direito ou Federal). Entretanto, como mencionado alhures (LEAL, 2009, p. 205-206), a incapacidade da administração governativa não pode tolher direitos fundamentais, nem tornar o procedimento da prisão em flagrante incompatível com o *modelo constitucional de processo*. Logo, o entendimento constitucionalmente adequado do artigo 542 do projeto 156/2009 PLS demonstra que o procedimento de prisão em flagrante só se desenvolve validamente quando a ele têm oportunidade de comparecer, além do Delegado de Polícia e do Juiz, a Vítima e o Conduzido, devidamente acompanhados de um Advogado ou Defensor Público, e o Ministério Público, para a construção compartilhada do provimento. Esses os sujeitos processuais necessariamente partícipes da prisão em flagrante. Por “autoridades”, na terminologia arcaica do CPP vigente e do projeto 156/2009 PLS, se devem entender os exercentes de múnus público, para que o artigo 542 do projeto em questão se faça compatível com o *modelo constitucional de processo*, veiculando a participação dos possíveis

afetados na construção do provimento.

6. UMA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA DE ATUAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS NA PRISÃO EM FLAGRANTE

6.1. O acesso dos cidadãos ao direito como pano de fundo do papel democrático dos sujeitos processuais no procedimento de prisão em flagrante

Sob diversos prismas é possível avaliar o complexo tema do acesso ao Direito na sociedade brasileira contemporânea. À exaustão e há muito discutem-se os problemas da motivação das decisões jurisdicionais (OLIVEIRA, Marcelo, 2004a, p. 522), enfoca-se a primazia do contraditório sobre a vetusta qualificação do processo como relação jurídica (GONÇALVES, 1992, p. 78 e seguintes, 115 e seguintes), alerta-se para a adequação democrática do modelo constitucional de processo (BARACHO, 1999) e, quase em uníssono, identifica-se a crise de efetividade da Constituição do Brasil (STRECK, 2001, p. 249 e seguintes).

É comum o uso da expressão “acesso à Justiça” para designar a conseqüência necessária do entendimento do Processo como garantia constitutiva de direitos pelos destinatários da normatividade. Dois motivos, porém, impedem que se faça uso da apontada expressão. O primeiro é a equívocidade semântica do vocábulo “Justiça”, que ocasiona mais confusão do que esclarecimento no debate científico, mormente se, por meio dele, se presume equiparar, em metáfora de grande infelicidade, órgão (ou função) judiciário(a) e justiça onírica (LEAL, 2009, p. 68-69). O segundo repousa na adequação democrática objetiva da expressão “acesso ao Direito”, incorporada por diplomas normativos contemporâneos, como a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, de 13 de dezembro de 2007, com valor jurídico fundante da Comunidade transnacional no Velho Continente (TAVARES, 2008, p. 267-270):

Assim, o acesso ao Direito, segundo o *modelo constitucional de processo*, representa pano de fundo com inegável valia para a percepção da distância ainda existente entre o projeto constituinte de sociedade democrática e a senso comum sobre os institutos processuais. No caso da prisão em flagrante, tal como normatizada e praticada no Brasil, a inacessibilidade dos cidadãos ao direito gera constrangimento. A vítima é, quando muito, encarada como mero ente provocador da investigação, merecendo, a partir de então, esquecimento (vitimização secundária) do aparato estatal; o conduzido não comparticipa da construção do provimento

que ordena seu encarceramento; o Advogado ganha a pecha do obstáculo à “efetividade do processo penal vocacionado à punição”; o Ministério Público aliena-se do procedimento, para argumentar apenas após a formação antecipada da culpa; a Defensoria Pública em regra não existe na comarca ou subseção judiciária, mas, quando existe, atua com evidente precariedade. Bastam o Delegado de Polícia e o Juiz para cancelar a privação de liberdade de quem se encontra envolvido com aparência de delito. Nesse contexto, bastante pertinente e lúcida a comparação da situação social brasileira a um ornitorrinco, revivida por Sampaio (2004-B, p. 5)⁸⁹, que, pode-se acrescentar, em tema de prisão em flagrante, é portador de transgenia, monstruosidade, teratologia.

No entanto, esse estado de coisas, a que se costuma denominar crise, longe de condenar os estudiosos ao desânimo, precisa ser antes compreendido como uma típica condição humana na sociedade moderna. Em vez de desânimo, portanto, o reconhecimento dos vazios do Direito consiste na própria matéria-prima problemática (POPPER, 1999, p. 97), passível de transformação pelos juristas. A transformação, por sua vez, se faz mediante a (re)construção permanente dos institutos jurídicos no paradigma do Estado Democrático de Direito, trabalhado como permanente devir (OLIVEIRA, Marcelo, 2004).

O *modelo constitucional de processo* delinea-se a partir da escritura (texto) constitucional. A revisitação (reconstrução) científica dos institutos jurídicos – a prisão em flagrante, nesta dissertação – sob o *modelo constitucional de processo* visa a trazer contribuição para a realização do projeto constituinte. Porém, não se efetua revisitação constitucionalmente adequada do instituto da prisão em flagrante sem análise do papel que nela exercem os sujeitos processuais.

Por sujeitos processuais entendem-se, na perspectiva de Fazzalari (2006, p. 497-511), aqueles que intervêm no curso do procedimento, a partir de alguma situação jurídica estabelecida na norma (GONÇALVES, 1992, p. 109⁹⁰). Os sujeitos processuais dividem-se em dois grupos: os sujeitos parciais (partes), que exercem a situação legitimada de ação, com faculdades, poderes, ônus e deveres; os sujeitos imparciais, que detêm função (FAZZALARI,

89 “É um monstro sem o ser. É o domínio do contraste e do que não era para ser (assim). Algo como um país do *agrobusiness*, mas com fome no campo; [...] um sistema econômico financeirizado à custa da dívida pública (e social) em detrimento de empréstimos aos setores produtivos. [...] Também na política ele (o bicho) é um projeto de pólis sem *civitas*, de uma política como vazio da plebe e o domínio da elite técnico-financeira que alimenta o ornitorrinco econômico. (...)”

90 “Não é excessivo ressaltar que a expressão 'posição subjetiva' contém um sentido muito específico. Não se refere à posição de sujeitos em uma relação com outro sujeito ou à posição de sujeitos em um quadro qualquer de liames. Posição subjetiva é a posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas, facultadas ou devidas. No procedimento, os atos e as posições subjetivas são normativamente previstos e se conectam de forma especial para tornar possível o advento do ato final”

2006, p. 512), cumprindo deveres e realizando atos (BARROS, 2008-B, p. 179-180). Vale frisar: a parcialidade ou imparcialidade dos sujeitos processuais decorre da situação jurídica que a norma lhes reserva e não é um dom (imparcialidade) nem mazela (parcialidade) de cada qual.

Pode-se antecipar que, em relação a alguns sujeitos processuais, é preciso investigar mesmo se têm condições de exercer o papel a si reservado pelo texto constitucional. A cogitação de um *modelo constitucional de processo* escancara a carência pragmática da estrutura dos sujeitos processuais no Brasil, particularmente quanto à extensão da *ampla argumentação* (na faceta de defesa técnica) aos mais necessitados, clientes preferenciais do sistema penal. Diante da insuficiência estrutural de instalação da Defensoria Pública (TOLENTINO, 2008, p. 180-184), em qualquer de seus ramos (arts. 5.º, LXXIV, e 134 da CRFB), torna-se problemático (um “ornitorrinco”, na apropriação da idéia de Sampaio, 2004-B, p. 5) o exercício de *ampla argumentação*.

Cabe encaminhar o trabalho, assim, para o estudo dos sujeitos processuais no procedimento de prisão em flagrante de acordo com o Estado Democrático de Direito (DIAS, 2004). Com alguma diferença em relação ao Projeto 156/2009 – PLS, que trata dos sujeitos processuais sem incluir o delegado de polícia (Título IV, artigos 53 a 87) e reserva à vítima uma lembrança como sujeito processual assistente (“parte civil”) (Título V), os próximos tópicos abordam o papel que o ordenamento jurídico, sob o *modelo constitucional de processo*, reserva ao conduzido, à vítima, ao juiz, ao delegado de polícia, ao advogado, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública.

6.2. O Conduzido: cidadania não-retórica no procedimento de prisão em flagrante

Como dito no capítulo anterior, a estruturação da prisão em flagrante como procedimento enseja consequências de ordem nomenclatural. Aquele que se encontra em aparente cometimento de delito e sofre a atuação dos órgãos policiais ou de outros cidadãos não é o “preso em flagrante”, mas o apreendido (RIQUERT, 2006, p. 16), ou conduzido. A qualificação da prisão em flagrante como procedimento faz com que o provimento judicial constitutivo do *status* de preso dependa da observância irrestrita ao *modelo constitucional de processo*. A apropriação que ora se faz do procedimento argentino ultrapassa a mera questão de nomes ou conceitos. Preso em flagrante será se, ao final do procedimento, o provimento

judicial constituir esse estado do cidadão.

No Brasil, a pragmática consagra a automaticidade do recolhimento do conduzido ao cárcere, como mero ato material do delegado de polícia. Depois, sobretudo se se trata de investigação por crime hediondo, o flagrante gera presunção de manutenção do preso em custódia cautelar, mesmo que ausentes os requisitos legais (artigos 312 e seguintes do CPP). A inquisitorialidade da fase investigativa subsequente à prisão em flagrante perpetua um estado de exceção processual penal (AGAMBEN, 2008, p. 58), que acolhe como natural a violência pura (isto é, sem finalidade jurídica, segundo AGAMBEN, 2008, p. 94-96), do cárcere. Esse espaço vazio da investigação inquisitória inaugurado pelo flagrante por vezes é ocupado pelo delegado de polícia, às vezes pelo membro do Ministério Público, outras tantas, ainda, pelo juiz, em atividade complementar à acusação – tudo com desprezo ao *modelo constitucional de processo na tipologia penal*.

O projeto 156/2007 PLS, de “novo” CPP, alterou pouquíssimo a estrutura procedimental da prisão em flagrante. A rigor, sequer reconheceu nela a condição de procedimento, continuando a tratá-la por “medida”. No entanto, ainda que implementada normativamente no Brasil, o que não se espera em futuro próximo, a proposta teórica sobre prisão em flagrante do presente trabalho tende a encontrar “resistências materiais incontornáveis”. Afinal (estima-se de antemão a interrogação dos políticos e tecnoburocratas da administração governativa de momento), como garantir recursos financeiros e orçamentários para que, em cada procedimento de prisão em flagrante deflagrado neste país continental, estejam presentes, ao menos, um membro do Ministério Público e, aí o mais difícil, outro da Defensoria Pública, para assistir os hipossuficientes no exercício de *contraditório* e *ampla* argumentação, além, é claro, do delegado de polícia e do juiz, como *terceiros imparciais*?

A questão é que, sem a conformação procedimental da prisão em flagrante, os princípios e as garantias dos cidadãos no *modelo constitucional de processo de tipologia penal* permanecem reféns de uma tradição inquisitorial autista, que se fecha em si mesma contra a Constituição e todos os ganhos teórico-democráticos que ela representa, fazendo pouco, alfim, das pesquisas e lições de Barros (2009) e Lopes Jr. (2008), de Tovo e Tovo (2008), Bovino (2005), Coutinho (2010), Rosa e Silveira Filho (2006) acerca da democracia no processo penal.

A permanecer a tratativa da prisão em flagrante como está no CPP vigente ou como a anuncia o projeto 156/2007 PLS, o legislador perde mais uma oportunidade de explicitar, nesse procedimento, a condição de cidadão (titular de direitos fundamentais) do conduzido. E

a facilidade alucinatória do flagrante (LOPES JR., 2006, p. 224-225) para fixar, precoce e definitivamente, a hipótese de condenação continua ganhando espaço retórico à margem do projeto constitucional de democracia processual.

Em resposta, só cabe aprofundar o esforço de compreensão das balizas jurídico-processuais da democracia, que garantem cidadania ao conduzido, a saber: *contraditório*, *ampla defesa (argumentação)* e *devido processo* (artigo 5.º, LIV e LV, da CRFB); *fundamentação das decisões por terceiro imparcial competente* (artigos 5.º, LIII, LXI, 93, IX, da CRFB) e *sistema acusatório* (artigo 129, I, da CRFB); *estado de inocência*, *inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos*, *direito ao silêncio não incriminador*, *à razoável duração do procedimento* e *à assistência jurídica de Advogado ou Defensor Público* (artigos 5.º, LVI, LVII, LXXIV e LXXVIII, 133 e 134 da CRFB). Cabe também repetir, à exaustão, que, sem observância a qualquer dessas balizas, prisão em flagrante volta a ser medida de exceção, que suspendendo o direito, enseja pura violência (AGAMBEN, 2008, p. 58, 94-96).

6.3. A Vítima e a retomada de um lugar adequado

Resgatar o papel da vítima como sujeito processual na prisão em flagrante não representa escolha fortuita. A vítima tem sido, há muito, um agente processual esquecido nos procedimentos penais, mas o direito de matriz democrática abre-lhe oportunidade nova para ocupação de espaços discursivos.

Barros identifica três fases bem distintas do papel atribuído à vítima no direito e processo penais ao longo do tempo (BARROS, 2008-B, p. 3). A primeira fase caracteriza-se pelo *protagonismo* da vítima no conflito penal, demarcando a vingança privada na Antiguidade pré-romana (*Lex Talionis*). Superada a privatização do caso penal, a vítima atravessou uma segunda fase milenar de *neutralização*. Nela, em antítese extremada, percebe-se a apropriação integral do conflito penal pela estatalidade e a preocupação científica voltada quase exclusivamente para o fato-crime, e não os agentes (delinquente e vítima) em torno dele (BARROS, 2008-B, p. 5). Esse longo período de ostracismo da vítima, da Roma Imperial ao século XX, foi sutilmente enfrentado pela Escola Positivista da Criminologia, que centrou esforços no estudo da figura do delinquente (BARROS, 2008-B, p. 6).

Distante da Escola positivista, porém, Barros adere à proposição de uma *terceira fase*

(2008, p. 7), que permita, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, a retomada do estudo da vítima, como alvo de condutas delitivas e paciente de um tratamento policial-judicial⁹¹, e seu papel no processo penal. Com milênios de esquecimento da vítima, cristalizaram-se resistências à retomada de sua importante participação na construção dos provimentos penais. As razões subjacentes a essas resistências pecam por extrema fragilidade epistemológica, na medida em que visam a impedir a conversão do conflito penal em vingança privada (OLIVEIRA, 2004, p. 45-79). Não obstante, ganham reforço diário na pragmática processual penal brasileira, encontrando, até agora, respostas tímidas na aprovação de leis de reforma do CPP de 1941 e, mesmo, no projeto n. 156/2009 PLS (novo CPP).

A expropriação do caso penal pelo Estado conduz a compreensões herméticas do sistema acusatório, que entregam a um órgão público a decidibilidade dos aspectos centrais dos procedimentos penais. A pretexto de imparcialidade neutral para evitar vingança privada (OLIVEIRA, Eugênio, 2004 e 2006), a publicização da ação penal e o protagonismo do Ministério Público (o foucaultiano “dublador da vítima”, BARROS, 2008-B, p. 12) culminam com a exclusão da participação da vítima nos procedimentos penais. A exclusão da participação da vítima gera, por conseguinte, a da cidadania que lhe é própria.

Barros (2008-B, p. 14-15) explica que o modelo de expropriação do caso (conflito) penal foi introduzido nos sistemas de direito ocidental primeiro a pretexto de se entender o ilícito penal como vulneração da soberania do príncipe. Após, a mesma expropriação lastreou-se na necessidade de evitar lesão à coesão social, da qual o Estado, na qualidade de estrutura político-burocrática distinta da própria sociedade, se tornou garante, com amparo normativo em um direito público, oposto ao direito privado na célebre divisão de Gaio.

Nos campos penal ou processual penal, o refinamento das teorias ocorreu a partir da formação de uma superparte estatal, incumbida de manter a paz social contra os fenômenos criminológicos (BARROS, 2008-B, p. 16). Então, é de pouca importância se o sistema processual penal se vale da forma inquisitória ou acusatória – em ambos, o Estado assume o protagonismo, quer por intermédio da figura do julgador, quer na condição de acusador. À vítima resta invariavelmente o ostracismo (BARROS, 2008-B, p. 18).

Em abono a essa situação ainda militam as teorias do processo como relação jurídica entre três atores. No caso penal, mesmo diante do sistema acusatório, o Estado ocupa duas

91 “Endossamos o pensamento de Piedade Júnior, pois o que nos parece relevante é o aprofundamento dos estudos da vítima, que, no caso específico do presente trabalho, será analisada sob o enfoque do processo penal, de modo que o conceito de vítima por nós adotado se restringirá, por questões metodológicas, àquele que foi vitimizado em decorrência de uma conduta delituosa e a seu tratamento pelos órgãos do Judiciário e da Polícia”. (BARROS, 2008-B, p. 7)

dessas funções: acusar e julgar. Não tarda perceber que a monopolização do caso penal pelas instituições estatais, nessa configuração, revela-se antidemocrática, na medida em que veda contraditório à vítima e condiciona a decisão à dependência republicanista-comunitarista do Estado (HABERMAS, 1995). Por isso, Barros (2008-B, p. 34-37) também acentua a premência de se reavaliar a posição da vítima nos procedimentos penais a partir do elemento, imprescindível à conformação do Estado Democrático de Direito, de coautoria da ordem jurídica.

A pressuposta neutralidade do órgão estatal encarregados da acusação não tem o condão de afastar o direito da vítima ao processo, positivado no artigo 5.º, XXXVI, da CRFB, como consectário da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, III, da CRFB) em construir as decisões jurídicas pelas quais será afetada e, enfim, compartilhar da criação do próprio destino (BARROS, 2008-B, 39-41). Isto é, a pseudoneutralidade (desinteresse pessoal) dos ocupantes de cargos públicos não justifica o afastamento da participação da vítima em qualquer dos procedimentos penais em que tenha interesse. A despersonalização do processo penal em nada contribui para aumentar os índices de participação dos cidadãos nos provimentos de caráter penal. Ao contrário, sugere o alheamento dos cidadãos em relação a questões de seu direto interesse, como se sua (das questões) decidibilidade se pusesse permanentemente sob curatela exclusiva de órgãos policiais e membros da instituição acusadora (BARROS, 2008-B, p. 42 e 44).

Portanto, parece-nos claro que a melhor compreensão do processo inserido no Estado Democrático de Direito é aquela (...) como procedimento realizado em contraditório, mediante a participação dos atingidos pelo provimento e que se encontram em situação contrária diante do conflito a ser resolvido, em simétrica paridade de armas. Assim, o processo penal não precisa ser justificado pela expropriação do conflito, mas sim pela construção participada dos afetados pelo provimento jurisdicional. (BARROS, 2008-B, p. 44)

No projeto 156/2009 PLS, há pontos novidadeiros quanto à vítima no procedimento de prisão em flagrante, entre os quais o dever estatal de velar pela intimidade e privacidade da vítima (artigo 11). A vítima, entretanto, na condição de sujeito processual, ainda ocupa posição lateral na persecução penal, que remanesce entregue aos órgãos da Polícia Judiciária e do Ministério Público. Resta-lhe, pois, requerer a abertura de inquérito (artigo 20, III, do projeto) e, se muito, representar ao Ministério Público eventual omissão policial (artigo 20, §§ 1.º e 2.º, do projeto). Vê-se que a proposta de alteração legislativa se deixa reger, mais uma vez, pela primazia da instituição estatal acusadora em detrimento da participação da vítima, destoando das bases discursivas fundantes de um Estado Democrático. Não se cogita, ainda, a

adoção da ação penal pública popular, como ocorre na Espanha (LOPES JR., 2006, p. 244), mesmo com a instauração do juízo das garantias, instância em que se pretendem filtrar os excessos acusatórios e vedar curso à formação de denúncias temerárias⁹².

Em vez de receber destaque e prioridade na investigação criminal, a oitiva da vítima é arrolada como providência topograficamente posterior, por exemplo, à conservação do local do crime, à apreensão de objetos correlatos ao fato, à colheita de informações de terceiros ou, pasme-se, ao registro cartorário da *notitia criminis* em livro próprio (artigo 25, I a V, do projeto). Talvez, priorizar a oitiva da vítima nem seja uma necessidade topográfica ou cronológica; melhor é garantir-lhe a preservação da intimidade e da integridade psicofísica a qualquer tempo e ouvi-la no momento em que essa preservação se mostrar mais efetiva. Prover a vítima com informações sobre seus direitos toma feição de dever estatal (artigo 26, I e VII, do projeto).

Ainda aplicável ao âmbito da prisão em flagrante, o artigo 27 do projeto 156/2007 PLS muito se assemelha ao artigo 14 do CPP vigente. A escrita muda, mas a idéia solipsista parece permanecer. O artigo 14 do CPP é mais claro e direto quanto à atribuição do servidor policial para deferir ou não as diligências requeridas pela vítima (ofendido). O artigo 27 do projeto 156/2007 centra a ação verbal no objeto, apenas omitindo o óbvio, a saber, que o aspecto decisório sobre a conveniência ou não de realização de diligências se mantém na discricionariedade solipsista do servidor policial, como reflexo de uma filosofia da consciência, sobranceira no campo jurídico de modo geral, cujos parâmetros balizam decisões judiciais ou administrativas.

Observe-se, nesse contexto, que “filosofia da consciência” e “discricionariedade judicial” são faces da mesma moeda, sendo muito comum essa junção feita a partir da tese – explícita ou implícita – de que a interpretação (ou sentença) “é um ato de vontade”, reconstruindo-se, assim, o discricionarismo/decisionismo sustentado por Kelsen na sua Teoria Pura do Direito. (STRECK, 2010, p. 34)

Por certo, o *modelo constitucional de processo* assegura à vítima participação efetiva na construção dos provimentos estatais, sejam eles judiciais ou administrativo-investigatórios. Nesse sentido, é imprescindível que seus pedidos de realização de diligência na fase investigativa sejam atendidos, a menos quando evidentemente protelatórios ou alheios aos

92 “Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz *de inquéritos*, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais.” (Brasil, Projeto 156/2009, 2009, Exposição de Motivos, p. 16).

fatos, principais ou indiciários, sob investigação. A possibilidade de a vítima interpor recurso administrativo a órgão policial superior ou de representar ao Ministério Público, constante do artigo 27, § 1.º, do projeto 156/2007, estende o procedimento, mas não resolve o problema hermenêutico para o qual ora se chama a atenção: permitir à vítima participar da reconstrução do caso penal. Então, os requerimentos de diligências pela vítima (ofendido) precisam ser interpretados de modo a vincular o conteúdo decisório do provimento, colocando-se como referenciais do procedimento de construção participada do caso penal, e não como meras tentativas isoladas de afrontar a tese policial ou ministerial, desde sempre subsumidas à discricionariedade solipsista deste ou daquele servidor público. Do contrário, não se leva a sério a regência do *modelo constitucional de processo* sobre os direitos de participação processual da vítima na prisão em flagrante.

Desperta interesse também o artigo 27, § 2.º, do projeto 156/2007, segundo o qual a vítima deve ser informada sobre os atos relativos à prisão e à soltura do investigado, bem como sobre a conclusão do inquérito. Disse menos do que poderia, e deveria, mesmo que lido em conjunto com o artigo 89, V, do mesmo projeto. A vítima tem direito de ser informada sobre todos os atos dos procedimentos penais, nas fases preliminar ou judicial. A rigor, o direito à informação é pressuposto ao de participação da vítima nos procedimentos penais. Ambos se mostram elementares ao devido processo (artigo 5.º, XXXVI, LIV e LV, do CRFB). Inobservados, geram sobrevitimização, situação que não se confunde com dor nem sofrimento, mas se expressa, objetivamente, no desrespeito aos direitos e garantias fundamentais das vítimas no processo penal (BARROS, 2008-B, p. 70-71):

(...) Poderíamos definir como garantia da vítima no processo penal o direito à informação a respeito do andamento processual, ou seja, de seu início, dos atos de instrução probatória e das decisões interlocutórias, das decisões definitivas e da sentença condenatória ou absolutória proferidas no processo. Assim, a sobrevitimização será compreendida como o desrespeito a esta garantia processual. (BARROS, 2008-B, p. 71)

O próprio conceito de vítima adotado pelo artigo 88 do projeto 156/2007 PLS adstringe-se aos aspectos decorrentes da conduta delitiva, desconsiderando o fenômeno da sobrevitimização. Se conceituar já não é tarefa do legislador, ainda mais catastrófica é a tentativa de fazê-lo à margem da compreensão constitucionalmente adequada dos institutos jurídicos no ambiente de Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o artigo 88 do projeto 156/2007 traduz uma *capitis diminutio* da noção de vítima e, em especial, das etapas de vitimização, ao limitá-la ao âmbito da vitimização primária. A redação desse dispositivo,

embora ideologicamente novidadeira, está na contramão dos avanços da Vitimologia, porque, ao restringir o conceito de vítima, esconde os aspectos da vitimização secundária e terciária (sobrevitimização, em BARROS), que hoje mais geram preocupação entre especialistas no assunto (BARROS, 2008-B, p. 70).

Por evidente, a prerrogativa da vítima de peticionar aos órgãos administrativos ou judiciais em defesa de seus direitos e interesses (artigo 89, X, do projeto 156/2007 PLS) faz valer o princípio da *ampla argumentação no modelo constitucional de processo*. Entretanto, o peticionamento em questão suplica a assistência qualificada de profissional do direito, advogado ou defensor público (artigos 133 e 134 da CRFB, Leis 8906/94 e LC 80/94). A assistência técnico-jurídica de profissional habilitado à vítima viabiliza a *ampla argumentação* em simétrica paridade com os demais partícipes do procedimento de prisão em flagrante, para que a vítima protagonize a persecução criminal, controle os servidores públicos dela incumbidos, esclareça situações que interessem a si e, mesmo, ao conduzido, ou, simplesmente, colha elementos para antecipar o pleito de indenização civil já no procedimento criminal-judicial subsequente. Integra, por isso, o rol de garantias fundamentais desse importante sujeito processual.

A participação da vítima no processo penal deve ser garantida, primeiramente, pelo direito de informação e pela previsão de sua atuação no processo, tanto para garantir seu direito à reparação do dano, anseio legítimo de qualquer vítima, como também para buscar atuar na correta aplicação da lei penal, como colaboradora e controladora da acusação pública. (...) A participação da vítima no processo penal de iniciativa pública, no Estado Democrático de Direito, não se compreende nos termos limitados do Código de Processo Penal, sem lhe garantir poderes para influir decisivamente na instrução criminal, com direito à prova (...) (BARROS, 2008-B, p. 100).

Embora o CPP vigente e o projeto 156/2007 PLS se mostrem ora avessos, ora tímidos em relação ao reconhecimento das potencialidades de participação da vítima no procedimento de prisão em flagrante, tem-se por constitucionalmente adequado que ela ocupe posição de destaque, sobretudo nesta fase pré-investigatória. Afinal, nenhum servidor público detém a capacidade de falar no lugar da vítima, expressar-se sobre fato supostamente delitivo melhor do que quem dele sofreu os efeitos. A usurpação da cidadania da vítima principia quando, já na prisão em flagrante, é colocada como incapaz de defender os próprios interesses e a lei autoriza, contra a Constituição, uma série de servidores públicos (polícia, membros de Ministério Público) a ocupar dela o espaço devido. Com inusitada renitência, o projeto 156/2007 PLS trilha esse caminho, por exemplo, na redação dos artigos 45, parágrafo único, que menciona “discricionariedade” do Ministério Público, e 75, que confirma a posição

subalterna da vítima face ao hiperinflacionado acusador público.

Ainda há tempo para revisitar a questão, a fim de que o novo CPP não trate o passado como futuro (HABERMAS, 1993). No procedimento de prisão em flagrante, a vítima deve ter garantida, de imediato, a assistência jurídica de profissional habilitado (advogado ou defensor público); ser ouvida pelos órgãos investigativos ou judiciais em primeiro lugar, ou quando a preservação de sua intimidade e integridade psicofísica assim o indicar, expondo sua versão dos fatos; ser intimada de todos os atos dos procedimentos penais preparatórios ou acusatórios e ter amplo manejo do direito à prova, integrante do princípio da *ampla argumentação*, e aos recursos, tanto para buscar a antecipação da reparação civil, quanto para controlar as atividades estatais de investigação e acusação. Se for o caso, à vítima cabe promover a persecução criminal, com expressa autorização constitucional (artigo 5.º, LIX, da CRFB, em releitura adequada, consoante o item 3.5, *infra*), porque, no contexto do *modelo constitucional de processo*, instituição alguma pode exercer a cidadania no lugar do cidadão, muito menos privatizá-la, com a autotitulação pomposa de “defensor(a) da sociedade”.

Vale um alerta derradeiro, assim como fez Barros (2008-B, p. 72). Buscar a inserção da vítima no discurso penal não tem por objetivo reduzir as garantias do investigado ou acusado, o que, à evidência, contraria o vasto manancial de princípios constitucionais que a ele(s) confere a indiscutível condição de cidadão, titular de direitos fundamentais. Resgatar o papel participativo da vítima e dos demais afetados pelo provimento na procedimentalidade penal significa não incorrer no reducionismo irrefletido do caso penal a um mero conflito entre *segurança pública e liberdade individual*, expondo-o à permanente reconstrução na via do discurso avesso a verdades *a priori*, ainda que convenientemente autoproclamadas como *garantistas*.

6.4. O Juiz: noções para um terceiro imparcial

Muito se controverte sobre a postura constitucionalmente adequada do juiz no Estado Democrático de Direito. Embora a discussão esteja aberta, alguns parâmetros já se notam. Em primeiro lugar, o juiz não é uma superparte, não conhece o direito, nem tem acesso a todas as possíveis argumentações acerca do caso que se lhe apresenta. Em ambiente democrático, o juiz não é nem precisa ser um herói ou sábio quando o discurso argumentativo constrói a decisão (BARROS, 2008-B, 173-174) e a atividade cognitiva do juiz passa a depender da

atuação contraditorial das partes.

Em segundo lugar, o juiz não é o superego da sociedade (MAUS, 2000), nem o “pai ideal” (ROSA, 2006). O juiz não tem a tarefa de carregar os valores da civilização consigo, para que sua atuação sirva de elemento de coesão social ou fortalecimento de “laços sociais” pressupostos (ROSA, 2006, p. 18-21), espalhando a paz entre os homens (DINAMARCO, 2005), como “cavaleiros da prometida plenitude” (ROSA, 2006, p. 24), ou “reserva moral” da sociedade (BARROS, 2010, p. 365). No Estado Democrático de Direito, não interessam as biografias de juízes, tão importantes nos Estados Unidos da América do Norte (MAUS, 2000, p. 185), nem o Judiciário substitui o monarca (MAUS, 2000, p. 187). O juiz nada mais é do que um servidor público, que se deve submeter aos princípios da Administração Pública (DIAS, 2005a) e ao *modelo constitucional do processo*, e não se portar como regente oracular deles. O matiz de veneração religiosa que o Judiciário vem adquirindo nos Estados ocidentais (MAUS, 2000, p. 185), em especial a partir da influência alemã, afronta o processo democrático. No Brasil, esse estado de coisas conta com o beneplácito do STF, em frequentes miscigenações de voto e doutrina de autoridade nos julgamentos.

A justificativa sacralizada exclui, assim, qualquer pretensão interpretativa diversa daquela advinda dos portadores da fala autorizada, deslocando a pretensão de **Tomás de Aquino**, segundo o qual a participação humana na produção de normas era aceita, para colmatar a figura do Pontífice como o único mandatário legítimo do Direito a ser seguido pelos homens. (ROSA, 2006, p. 30)

No entanto, eis o terceiro ponto importante, a postura do juiz em sede de democracia não traduz, por outro lado, um retorno à idéia liberal de mera passividade, aguardando o duelo entre as partes. A judicância consiste em função, não ação (FAZZALARI, 2006, p. 512), que reveste o órgão e o servidor que o ocupa de prerrogativas para auxiliar as partes na reconstrução do caso (BARROS, 2008-B, p. 179). Aí a diferença entre a posição das partes (ação) e a do juiz (função). No *modelo constitucional de processo*, o exercente de função, como dito alhures, cumpre deveres e realiza atos, e não goza de faculdades nem direitos (BARROS, 2008-B, p. 179-180). O juiz, também já se disse, 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 dos demais órgãos e sujeitos processuais, quer seja para acusar, defender ou investigar (BARROS, 2010, p. 365)⁹³.

Em quarto lugar, embora não ocupando a posição de contraditor, o juiz, para que não

93 Em sentido semelhante, embora admitindo que o juiz “possa se assumir ideologicamente, desde que o faça expressamente”, ver HARTMANN, 2010, p. 162-163.

fique reduzido ao papel de mero observador da peleja interpartes, insere-se no caráter argumentativo do processo e no debate procedimental, suscitando teses, desde que, sempre, as submeta ao *contraditório* parcial, campo pertinente ao desenvolvimento da *ampla argumentação*. Assim, a argumentação concebida ou suscitada pelo juiz não serve à *fundamentação da decisão*, se sobre ela as partes não exercerem *contraditório*. Nesse sentido, também não há amplidão de argumentação na função do juízo. Em tema de prova, por exemplo, é-lhe vedada qualquer iniciativa.

Quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar e produzir a prova que quiser a qualquer momento (na fase de investigação e naquela processual) não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despidendo o órgão acusatório.

O sério problema que surge – com certo ar de naturalidade – é que esse mesmo órgão jurisdicional que investiga e produz provas vai, depois, julgar, ou seja, acertar o caso penal. Isso, por si só, faz pensar na falta de imparcialidade (tomada como equidistância das partes e seus pedidos) (...) (COUTINHO, 2009, p. 110-111).

A *ampla argumentação* consiste em direito fundamental das partes, legitimadas ao processo, porque suportarão os efeitos do provimento final. O juiz, em sua função, tem dever de expor às partes argumentação pertinente ao caso desde que legalmente autorizado a tanto. Trata-se das matérias cognoscíveis de ofício, cuja previsão em lei também suplica compatibilidade com a *tipologia penal do modelo constitucional de processo*. Por exemplo, a autorização legal para que o juízo conheça, de ofício e em audiência, temas como causas extintivas da punibilidade, atenuantes ou de diminuição de pena harmoniza-se com o princípio do estado de inocência (artigo 5.º, LVII, da CRFB). Todavia, para que essa concessão leal não implique invasão judicial (inconstitucional) na esfera parcial defensiva, nem supressão de *ampla argumentação* da acusação, o juiz precisa submeter tais temáticas ao *contraditório* entre as partes, a caminho da estabilização (fixação) de pontos controvertidos também nos procedimentos penais (BARROS e NUNES, 2010, p. 7758).

Em breve recapitulação, o juiz, exercente de função, não tem direito de argumentar ou influenciar a fundamentação da decisão futura, por isso limita-se a suscitar argumentos nos limites da cognoscibilidade oficiosa de matérias, desde que autorizado por lei, instituída em conformidade com o devido processo legislativo constitucional (BARROS e NUNES, 2010). Aliada ao *contraditório*, a *ampla argumentação* das partes é que conforma a tessitura do *terceiro imparcial*, princípio de central destaque na regência da função judicial, se desgarrado, também, de influências positivistas (BARROS, 2010, p. 361).

A imparcialidade em relação aos litigantes como desinteresse do julgador pela causa

acompanha a função judicial desde a classificação de Bulgaro (*judicium est actum trium personarum*) e constam, até mesmo, da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 (BARROS, 2010, p. 362). Nem por isso, contudo, abre espaço para a instrumentalização do processo a fins educativos, econômicos, sociais e oníricos (DINAMARCO, 2005).

Com efeito, a discricionariedade desmedida (*solipsismo*, inquisitorialidade) e o substituir-se à pluralidade e à multiculturalidade sociais constituem aspectos da função judicial compatível apenas com o Estado Social de Direito (comunitarismo ou republicanismo). Já a redução da imparcialidade judicial às hipóteses de ausência de impedimento e suspeição confirmam perspectiva limitada da questão, com origens afetas ao Estado Liberal de Direito. A preocupação com a legitimidade das decisões, típica do Estado Democrático de Direito, acompanha a imprescindibilidade de limitarem-se o subjetivismo e a discricionariedade decisional dos juízes (BARROS, 2010, p. 363), superando-se a confiança extremada que o comunitarismo (republicanismo) deposita no Judiciário para concretizar direitos fundamentais.

Além da equidistância das partes, a prévia fixação de competência – princípio do juízo natural (DIAS, 2004, p. 129-131) – encerra importante requisito à imparcialidade judicial, mas ambas ainda não bastam. A técnica de acordo com a qual se impede o julgador de analisar a mesma questão em mais de uma oportunidade acresce legitimidade à noção democrática do *terceiro imparcial*.

A imparcialidade deve significar mais que isto, ela garante a equidistância do juiz em relação às partes, no sentido de não privilegiar nenhuma delas. Além disso, deve-se perceber que o juiz somente deve proferir decisão após a ampla e completa argumentação das partes, antes disso qualquer tipo de decisão que antecipe o julgamento final pode quebrar o papel de imparcialidade do juiz no processo. A imparcialidade significa, portanto, julgar um caso uma única vez. Ou seja, proferir um único juízo de mérito sobre o pedido. (BARROS, 2010, p. 364)

Por este prisma, houve-se bem o projeto 156/2009 PLS ao estatuir o juiz(o) das garantias, que exerce função no curso dos procedimentos investigatórios, com destaque para a prisão em flagrante. Porém, tão importante quanto a divisão funcional entre juiz(o) de garantias e juiz(o) processante (instrutor) é a limitação do subjetivismo e da discricionariedade judiciais, pela construção da fundamentação jurisdicional com observância estrita da argumentação desenvolvida em contraditório pelas partes, cuja atuação não pode ser suprida pelo julgador. Nessa esteira, à parte hipossuficiente a Constituição reserva a instituição da Defensoria Pública; já a técnica processual, um sem-número de institutos como a assistência judiciária (Lei 1.060/50), a inversão de ônus probatório (CDC) e, até, critérios de

fixação de competência diferenciados (BARROS, 2010, p. 365-366). O ordenamento jurídico democrático, em perspectiva procedimentalista, jamais institui um juiz suprapartes, heróico, símbolo do “eu ideal”, pai “castrador”, justiceiro compensador das mazelas pessoais das partes, ou encarregado especial de promover justiça entre os homens e paz na terra, em substituição à cidadania, ou, quiçá, ao próprio Deus.

Finalmente, com o *terceiro imparcial* também cai por terra a decisão “conforme a consciência”. Colhe-se de obra publicada já em 2004 a lição de Dias, para quem motivar decisões jurisdicionais a esmo, ou na própria consciência, não atende ao disposto no artigo 93, IX, da CRFB. Sob o aspecto jurídico democrático, fundamentar não é surpreender os envolvidos no processo, destinatários do provimento, com argumentos pretensamente brilhantes e não expostos ao debate. O dever de fundamentar as decisões jurisdicionais, imposto pela CRFB aos órgãos judiciais, tem conotação técnica e supedâneo no princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito (artigo 1.º, *caput*, da CRFB), que, como ressaltado alhures, lida a produção de atos estatais na legalidade (artigo 5.º, II, da CRFB) e na legitimidade (artigo 1.º, parágrafo único, da CRFB). Isto é, a tarefa de prover fundamentação à decisão não equivale a uma autorização irrestrita ao juiz para colocar-se no vazio entre norma e realidade (AGAMBEN, 2008, p. 98)⁹⁴ e verbalizar sua visão de mundo sobre o caso que se lhe apresenta, como se fosse um descobridor nato de verdades e valores pré-existentes ao direito processualizado.

Uma vez que a jurisdição consiste em atividade submetida ao processo (DIAS, 2005b, p. 149)⁹⁵, também a motivação (ou fundamentação) das decisões judiciais precisa encontrar referencial lógico de validez no discurso procedimentalizado que as precede. Este referencial em que se pauta a fundamentação das decisões é o princípio do *contraditório*, como espaço discursivo, legalmente estabelecido (reserva legal), de exercício isonômico da *ampla argumentação* pelas partes frente ao juízo natural, que recebe a qualificação de *terceiro imparcial* se observa ao *modelo constitucional de processo* como normatização limítrofe do

94 “O que se encontra depois do direito não é um valor de uso mais próprio e original e que precederia o direito, mas um novo uso, que só nasce depois dele. Também o uso, que se contaminou com o direito, deve ser libertado de seu próprio valor.”

95 Merece integral transcrição passagem da lavra do Prof. Brêtas (2005-B, p. 149) a respeito da sujeição da jurisdição ao processo, que resume as idéias essenciais do presente subtítulo, a saber: “Na concepção principiológica e constitucional de Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional ou simplesmente jurisdição é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados na Constituição, somente possível de ser exercida sob petição da parte interessadas (direito de ação) e mediante a indispensável garantia do devido processo constitucional. Em outras palavras, a função jurisdicional do Estado é realizada por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos provimentos jurisdicionais, com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o ordenamento jurídico.”

próprio subjetivismo (BARROS, 2010, p. 365). Ao dissertar sobre os critérios principiológicos diretivos da jurisdição no Estado Democrático de Direito, Dias repele a decisão conforme a consciência, qualificando de patológico o comportamento judicial do “juiz-Zeus”, apóstolo, vidente, justiceiro, que se entende como “encarnação” ou “artesão da Justiça e do Direito”.

(...) Deve ser energicamente descartada qualquer doutrina que sugira aos órgãos estatais (juízes e tribunais) exercício da função jurisdicional sob critérios outros dissociados da constitucionalidade da jurisdição, porém, ao revés, marcados de forma inconstitucional e antidemocrática pela arbitrariedade, pela discricionariedade, pelo subjetivismo, pelo messianismo, pelas individualidades carismáticas ou pela patologia que denominamos de *complexo de Magnaud* [...]. (DIAS, 2004, p. 134-135)

Nesse entretanto, registra-se a existência de princípio institucional das carreiras jurídicas que dá margem a interpretações solipsistas e decisionistas, não apenas entre os juízes. Trata-se da *independência funcional*, de que se revestem os membros do Judiciário (artigo 2.º da CRFB), do Ministério Público (artigo 127, § 1.º, da CRFB) e da Defensoria Pública (artigos 3.º e 43, I, da LC 80/94). Esse princípio se estendeu, por mimese institucional, do Judiciário às funções essenciais à jurisdição (carreiras judiciariformes), salvo, sem motivo aparente, a Advocacia Pública (artigos 131 e 132 da CRFB e, no âmbito federal, LC 73/93). Ordinariamente, doutrinadores apontam duas características do princípio da independência funcional: a ausência de vínculo hierárquico-funcional tanto internamente, entre os membros da própria instituição, quanto externamente, em relação às demais carreiras jurídicas; a possibilidade de exercício da função tendo como parâmetros únicos o ordenamento jurídico e a própria consciência – ou as próprias convicções (por todos, ALVES, 2006, p. 317-318).

Para ficar com apenas um exemplo ilustrativo, a ausência de hierarquia funcional entre juízes de primeira e segunda instância, ou entre esses e os das instâncias extraordinárias, demarca aspecto salutar da decidibilidade democrática, visto que o exercício difuso da jurisdição (sobretudo constitucional) aproxima o órgão julgador das vicissitudes do caso, facilitando o controle da função judicial pelos partícipes do processo, destinatários do provimento. Calha o registro de que a questionável introdução no ordenamento brasileiro de institutos técnico-jurídicos como súmulas vinculantes, recursos repetitivos e repercussão geral visam, exatamente, à mitigação da jurisdição difusa e ao engessamento das decisões jurídicas a partir de premissas fixadas pelos colegiados judiciários superiores e supremo, desde logo abarcadoras de uma infinidade de casos (como se isso fosse hermeneuticamente possível). A

técnica embutida nos referidos institutos contorna a individualidade dos casos e a ausência de hierarquia funcional entre os órgãos judiciários, fazendo com que a decisão do juiz de primeiro grau nada valha. Esse estado de coisas é permanentemente confrontado por Streck, que, com inteira razão, o classifica de *adaptação darwiniana* do positivismo jurídico (STRECK, 2007, p. 392-395). Logo, a independência funcional dos membros do judiciário e das funções essenciais à jurisdição, neste sentido, contribui com a democracia processual e a superação do positivismo dogmático.

Entretanto, a ausência de hierarquização funcional entre os membros das carreiras jurídicas em nada se relaciona com a inexistência de controles sobre as atividades desses servidores públicos, como se eles fossem todos livres para, em tom religioso, prestar contas apenas à própria consciência, ou às convicções que carregam – e de que, em grande parte, padecem (ROSA, 2006). Então, a independência funcional dos membros das carreiras jurídicas não traduz, ao menos em ambiente democrático, blindagem contra questionamentos. Todas elas podem (e devem) passar pelo crivo do *modelo constitucional de processo*, sobretudo em sua compleição básica (*contraditório, ampla argumentação e fundamentação*). Quando juiz, membro de Ministério Público ou de Defensoria Pública exercem suas funções, precisam fundamentá-las, expondo-se ao controle dos legitimados ao processo (cidadãos) que se sentirem afetados pelo provimento (judicial ou administrativo) que proferirem, franqueando-lhes, sempre, *ampla argumentação em contraditório*. Decisões de gabinete (de juízes, promotores, defensores), suscetíveis de aproximação com interesses de Estado e dos antigos soberanos, amoldam-se ao liberalismo (BARROS, 2010, p. 362), não ao Estado Democrático de Direito e seu *modelo constitucional de processo*. Em suma, os afetados pelas decisões de quaisquer desses servidores albergados pela independência funcional podem instaurar o *devido processo* (artigo, 5.º, LIV e LV, da CRFB) para impugná-las, valendo-se dos procedimentos pertinentes, tanto no âmbito correicional interno (representações às corregedorias, aos conselhos superiores), quanto na seara de controle “externo” (representações ao CNJ, ao CNMP, ações de abuso de autoridade, Lei 4898/65, ou populares, Lei 4717/65).

Assim, uma leitura adequada do princípio da *independência funcional* compatibiliza-se com a ausência de sujeição hierárquica do servidor público aos demais membros da mesma instituição, ou a órgãos e agentes processuais de outras carreiras ou estruturas orgânicas da administração governativa (LEAL, 2009). Inconstitucional e antidemocrática, porém, é a interpretação que conduz o importante princípio à vala comum do “decidir conforme a consciência” (STRECK, 2010).

No âmbito dos procedimentos penais e, ainda mais particularmente, da prisão em flagrante, “consciência, subjetividade, sistema inquisitório e poder discricionário passam a ser ‘variações de um mesmo tema’” (STRECK, 2010, p. 27). A inquisitorialidade judicial, quer para ordenar ou manter o encarceramento do conduzido, quer para cancelá-lo, não pode ser a tônica das prisões cautelares, tampouco dos artigos 15 a 18 do projeto 156/2007 PLS, sobre o juízo das garantias.

Como o princípio do *terceiro imparcial no modelo constitucional de processo* se impõe no procedimento de flagrância delitiva, eventual decisão judicial de libertação do conduzido, quando se configure alguma nulidade (ausência do MP ao procedimento para exercer *ampla argumentação em contraditório*, não-caracterização da aparência delitiva, ou, *a posteriori*, inexistência dos motivos autorizadores da convocação do flagrante em preventiva), não há de decorrer do perfil garantista do juiz, nem de sua visão de mundo sobre o direito penal e processual penal. A libertação do conduzido tem lastro, em tais casos, no princípio fundamental do estado de inocência e no estatuto constitucional da prisão, que trata a modalidade cautelar como exceção (artigo 5.º, LVII, LXI, LXV, LXVI e LXVIII, da CRFB).

6.5. O Ministério Público⁹⁶ e a *ampla argumentação conveniente*

A conformação das instituições jurídicas essenciais à jurisdição muito se alterou, de maneira geral, com a promulgação da Constituição de 1988. A propaganda institucional de uma delas, porém, tem, desde então, repercutido mais incisivamente nas produções bibliográficas. A história do Ministério Público brasileiro (artigo 127 e seguintes da CRFB), diz-se com tranquilidade, pode ser dividido entre o antes e o depois da CRFB (MAZZILLI, 2005). Atribuições nas searas civil, trabalhista, ambiental, consumerista inflaram a instituição, mas sua tarefa congênita, de acusador público no âmbito penal (MAZZILLI, 2005), não só permanece (artigo 129, I, da CRFB), como vem reforçada por dois aspectos: a hermenêutica exclusivista que a maioria da doutrina empresta à expressão *dominus litis*, sem maiores reflexões sobre o sentido da ação penal privada subsidiária da pública, como garantia de participação do cidadão, integrante do *modelo constitucional de processo na tipologia penal* (artigo 5.º LIX, da CRFB); o múnus de controle externo da atividade policial (artigo 129, VII,

⁹⁶ Sobre o tema, vale conferir MARQUES e BARROS, 2009.

da CRFB).

De se estranhar, então, que o Ministério Público sequer é mencionado no procedimento de prisão em flagrante, tanto no vigente CPP de 1941 (artigos 301 a 311), quanto no projeto 156/2007 PLS (artigos 537 a 543). A estranheza esbarra no cerceamento ao princípio da *ampla argumentação* na base uníssona do *modelo constitucional de processo*. Antes dessa análise conclusiva, no entanto, cumpre descortinar alguns equívocos acerca da qualificação do Ministério Público em ambiente processual democrático.

A qualificação do Ministério Público como “representante da sociedade ou da coletividade”, no exercício da pretensão punitiva, vincula-se a aspectos ideológicos⁹⁷, assim entendidos, para os efeitos da presente análise, os conformadores de um conjunto de saberes técnico-teóricos, que se imunizam à crítica (LEAL, 2008, p. 41-45). A expressão “representante da sociedade” é mais uma a denunciar a incompatibilidade entre a Teoria Geral do Processo de cariz civilista (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2001) e o processo penal, como disciplina autônoma do conhecimento jurídico científico. Ela decorre, pois, por um lado, da tentativa frustrada de fazer ingressar nos procedimentos penais o conceito de *lide* e, por outro, de uma espécie de proselitismo doutrinário, centrado em uma suposta ética comunitária (ABADE, 2005, p. 79 e 81)⁹⁸, que insiste em atribuir ao Ministério Público a condição de substitutivo da cidadania, com múnus de tutelar direitos fundamentais e valores sociais pressupostamente compartilhados (republicanismo).

Sobre o primeiro problema, a *lide* penal, Coutinho (1998), em estudo específico e pioneiro sobre o tema, demonstra a completa impropriedade da noção carneluttiana de *lide* para os procedimentos penais. Porém, a conservação da idéia de *lide* penal compatibiliza-se com a necessária existência de um órgão com legitimidade exclusiva para o manejo da ação penal pública, que atua para vencer a resistência do acusado, expressa na contrapretensão de manter seu estado de inocência. Dessa perspectiva, conduz-se o raciocínio jurídico-processual para a redução do *conflito (lide) penal* ao mero embate principiológico entre segurança pública e direito de liberdade, em detrimento de todos os demais princípios e garantias constitucionais do processo (CAPEZ, 2003, p. 2).

Pode-se sublinhar que, no marco de um *modelo constitucional de processo* com o qual

97 Sobre *ideologia* como obstáculo ao progresso da ciência, convertida em moda ou substitutivo para a religião, cf. POPPER, 2004, p. 70-84. Sobre *ideologia* como encobrimento da verdade, a partir dos estudos de Marx, cf. EAGLETON, 2007. p. 179-226.

98 “Atualmente, o papel político do Ministério Público como defensor da sociedade não tem escapado a diversos órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos” e “O novo papel do Ministério Público reflete-se, como vimos, na concessão de atribuições exclusivas que, no caso, relacionam-se com a proteção de direitos humanos por meio do combate à impunidade dos violadores dos direitos humanos”.

se opera a construção permanente do Estado Democrático de Direito, essa impropriedade não diz respeito só à *lide*, mas contamina outros institutos correlatos, tais como os de *pretensão*, *ação e parte*, se veiculados na matriz teórica da escola *bülowiana* de processo como relação jurídica. Isso porque o apoio epistemológico nas teorias legatárias da “ciência” do Barão Von Bülow (em destaque, o instrumentalismo de DINAMARCO, 2005) carrega inevitavelmente o que Leal (2008) chama de *paradoxo de Bülow* – a situação, já retratada alhures, de perplexidade a que chega o intérprete, quando busca legitimidade democrática para controle das decisões jurisdicionais pelas partes, valendo-se de um processo (relação jurídica) que é, ao mesmo tempo, modo de atuação da magistratura, com subjugo das partes (LEAL, 2008, p. 69 a 127, esp. p. 81-96).

Com efeito, considerações sobre uma suposta *pretensão punitiva* do Estado no bojo de uma *ação penal pública* contra o delinqüente mostram-se também inservíveis à *tipologia penal do modelo constitucional de processo*, quando estudadas na matriz de Von Bülow (processo como relação jurídica). *Direito de ação* não é o de provocar a jurisdição, que dá azo à oferta de defesa condicionada e limitada aos aspectos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor. *Direito de ação* significa a legitimação ao provimento obtível após o exercício do processo constitucionalmente assegurado (BARROS, 2009, p. 20; 2008, 179-181). A situação complica-se ainda mais, nas concepções de Von Bülow (2005, p; 5-12), se a *pretensão* se faz valer por uma *ação* de exercício privativo de determinado órgão estatal. Afinal, eventual monopólio dessa ação veda a participação popular na construção das decisões jurisdicionais e restringe, especialmente, a contribuição da vítima na construção da hipótese acusatória, minimizando, no discurso processual, o argumento de quem vivenciou o fato⁹⁹.

99 Vale mencionar que, também nesse assunto, a Espanha e Portugal possuem técnica processual jurídica de maior compatibilidade com um modelo constitucional-participativo de processo penal. Na Espanha, a ação penal é popular, e não manejada exclusivamente por um órgão estatal: “Nos delitos perseguíveis de ofício, a ação penal é pública, mas não só no sentido de que o titular é o MP, mas também porque qualquer pessoa poderá exercê-la. Adota Espanha o sistema de *ação popular*, de modo que nos delitos perseguíveis de ofício, ao lado do acusador oficial (MP), poderá estar qualquer pessoa, independente de que tenha sido vítima ou não. Inclusive é possível que no pólo ativo estejam o promotor, o acusador popular (qualquer pessoa) e o particular (vítima habilitada no processo). A ação popular está reconhecida nos arts. 125 da CE e 101 da LECrim” (LOPES JR., 2006, p. 244). Em Portugal, o ordenamento prescreve uma fase instrutória intermediária, isto é, colocada entre a instrução preliminar e a fase processual. Nessa etapa, pode-se questionar tanto a viabilidade da acusação, quanto a o arquivamento do inquérito. Sem ser obrigatória, a fase intermediária “existirá quando o imputado pretender impugnar a decisão do MP de acusar, ou ainda quando o MP pedir o arquivamento e o assistente da acusação não se conformar. Após uma célere e sumária instrução e debate, proferirá o juiz uma decisão, que receberá o nome de 'pronúncia' ou 'não pronúncia'. No primeiro caso, aceita-se a acusação e o acusado é submetido ao processo penal. No segundo, a acusação é rejeitada” (LOPES JR., 2006, p. 284). Enfim, o argumento ideológico e corporativista, segundo o qual a entrega da *opinio delicti*, com exclusividade, a um órgão público previne a vingança privada, não convence nem na Espanha nem em Portugal. Por conseguinte, lá se desencadeia maior participação dos cidadãos no processo penal e ganha força a democracia processual-discursiva.

Superadas as teorias bülowianas, o critério de aferição de participação legítima dos interessados no procedimento penal não consiste mais na seleção abstrata e prévia de certo órgão público para o manejo exclusivista da *pretensão punitiva em ação penal*. O critério de legitimação ao procedimento passa a ser a demonstração da possibilidade de afetação concreta do complexo de direitos dos interessados pelo provimento final (BARROS, 2008-B, p. 174).

Pelas mesmas razões, a definição de *partes (legitimados ao processo)* como “aquele que deduz em juízo uma pretensão” (autor, titular da *actio*) e “aquele em face de quem aquela pretensão é deduzida” (réu, a quem se faculta a *exceptio*) (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2001, p. 295), porque atrelada à de *pretensão*, suplica revisitação. Assim fez Fazzalari, ao demarcar a noção de *partes (legitimados ao processo)* na condição de destinatários do ato estatal. Por isso, cumpre-lhes participar, em simétrica paridade, 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)¹⁰⁰

Constata-se que a sobrevida dada às noções de *lide*, *pretensão punitiva* e *parte* na procedimentalidade penal, dentre outras consequências epistemologicamente viciadas, serve de anteparo à tentativa de manter, nesta seara, o falso *status de* “representante da sociedade” do Ministério Público. A noção de *lide*, conexas ao processo como relação jurídica, torna necessária a ocupação do pólo ativo acusatório por uma entidade, a pretexto de exclusão da *vendeta*.

Entretanto, é preciso deixar translúcido, como posto desde o primeiro capítulo desta obra, que a comunidade jurídico-política, na interinidade democrática, não carece de um representante. Em termos processuais penais, não há necessidade de instituição que dobre a vítima (BARROS, 2008-B, p. 12), ou que filtre e concentre, de modo mítico, a racionalidade punitiva social, supostamente dispersa e entremeada nos desejos de vingança dos cidadãos. Ao cabo, não existe tal instituição com poderes ou saberes diferenciados, aptos a conduzir seus membros à defesa simplória e não esclarecida de uma ética comunitária (OLIVEIRA, 2007, p. 67), muito menos na seara penal.

Assim como o Supremo Tribunal Federal (STF) não se pode arvorar a condição de guardião da Constituição, ao Ministério Público não calham as qualificações de

100 Cf., ainda, a didática explicação de BARROS, 2008-B, p. 181, 189-190.

“representante da sociedade” ou “tutor dos direitos fundamentais”, para legitimá-lo como titular privativo do exercício de *pretensão punitiva*, nos contornos conceitualmente inconsistentes de uma *lide* penal. Preferível reconhecer todo cidadão, repita-se, como guardião dos direitos fundamentais, em prol de um projeto constitucional que não dependa exclusivamente da atuação ética de apenas uma Instituição. E torna-se de suma importância abandonar o discurso ideológico segundo o qual a afirmação dos direitos fundamentais possa operar na perspectiva punitiva do processo penal, pacificando e educando a sociedade (OLIVEIRA, Eugênio, 2004, p. 25).

Semelhante entendimento sugere que a “sociedade representada” deseje o embate duelístico com o denunciado (só por isso já marginalizado), a fim de infligir-lhe mal necessário à reafirmação do direito lesado pela conduta delitiva. Ou pior: fantasia-se que o Ministério Público, firme na prática solipsista (STRECK, 2009, p. XXVI)¹⁰¹, ostenta poderes de vidência para, por mimese a um Judiciário sensitivo, perceber esse desejo social de punição.

A respeito do Ministério Público, também se fala de “parte imparcial” (OLIVEIRA, Eugênio, 2004, p. 65-66, 69 e 76). Essa expressão não resiste à crítica de Barros (2009, p. 57), segundo a qual são inconstitucionais todas as normas do CPP que veiculam confusão entre a atuação do órgão acusador e a função do julgador. Em qualquer das direções dessa via de mão dupla, constata-se incompatibilidade com o sistema acusatório (arts. 5.º, LIX, e 129, I, da CRFB).

A atuação como *custos legis* não socorre a idéia de “parte imparcial”. Ou melhor, contribui para evitar a participação popular, ao subtrair dos cidadãos múnus que lhes é próprio. Com efeito, em sede de democracia processual, “o papel de verificador da regularidade do processo, da aplicação da lei, é de qualquer sujeito do processo”. (BARROS, 2009, p. 59)

A possibilidade de o Ministério Público pleitear absolvição nada acrescenta em benefício da “parte imparcial” por dois motivos. Um, assim como não cabe ao juízo atenuar o ônus da produção probatória pela acusação, tampouco ao Ministério Público compete arrogar-se a condição de Defensor do acusado. Se ele está indefeso, resolve-se a questão no âmbito da teoria das nulidades (BARROS, 2009, p. 59-60). Outro, o fato de o Ministério Público

101 “Por tudo o que se tem visto (...), parece que a resposta se encaminha para uma explicação de cariz paradigmático, isto é, de que ainda não superamos o esquema sujeito-objeto (em suas duas variações). (...) Exatamente por não superarmos esse paradigma é que colocamos nossas 'fichas' no sujeito solipsista que atravessa, incolumemente, a nossa modernidade ainda não esgotada. Talvez por isso esse sujeito tenha o nome de *Selbstsüchtiger*, cuja tradução seria 'egoísta'.”

concordar com a defesa quanto à reconstrução argumentativa de fatos e aplicação do direito, pedindo, ao fim, absolvição, não denota novidade nem diante do obsoleto Código de Processo Civil (CPC). É certo que o pedido de absolvição pelo acusador no procedimento penal e a renúncia ao direito em que se funda o pedido no procedimento cível têm idênticos consectários jurídicos, tornando inconcebível, no primeiro caso, a subsistência da condenação (BARROS, 2009, p. 58), salvo se mantida a inconstitucional sobreposição de funções entre órgão acusador e órgão julgador e desrespeitados, de uma só vez, todos os princípios basilares do *modelo constitucional do processo* – contraditório, ampla argumentação e fundamentação das decisões por terceiro imparcial (BARROS, 2009, p. 16-22).

Já a alegação de que a imparcialidade do Ministério Público não diz respeito à neutralidade do ser cognoscente, mas ao juízo acerca do fato e do direito (OLIVEIRA, Eugênio, 2004, p. 65-66, 69 e 76, nota de rodapé n. 4), é considerado o *modelo constitucional de processo*, em parte, óbvia, em parte, retórica. É óbvia porque, se se cogitasse imparcialidade como neutralidade acompanhante de dons inatos do ser cognoscente, configurar-se-ia o retorno da presente análise ao período sacerdotal ou pré-romano, em que se entregava a revelação jurídica a anciãos, místicos, pajés, alquimistas e outros predestinados à compreensão do direito (LEAL, 2009, p. 24). É retórica porque não tem valia a propalada imparcialidade do Ministério Público quanto a fatos construídos, em sede de inquérito policial ou outras peças de informação, sem *contraditório* e *ampla argumentação* dos potenciais afetados, princípios esses que contingenciam a fundamentação legítima das decisões estatais (LEAL, 2002).

A ideologia da “parte imparcial” promove a perpetuação da inquisitorialidade na investigação preparatória, fazendo prevalecer o monismo estatal na coleta das informações preliminares. Ela também resguarda a lastimável influência imediata que o julgador recebe do material apresentado pelo Ministério Público, previamente qualificado como isento.

É curioso notar que, ao tempo em que a imparcialidade retórica do Ministério Público fomenta a inquisitorialidade na investigação preliminar, revigorando o monismo e a verdade oficial do Estado, no procedimento de prisão em flagrante, quando se coloca em iminente ameaça o direito de liberdade do conduzido, nem o CPP vigente, nem o projeto 156/2007 PLS demandam a participação do Ministério Público. Na defesa da ordem jurídica, é lugar comum afirmar, sem maior reflexão crítica, que o Ministério Público pode instaurar procedimentos investigatórios secretos, imunes a qualquer forma de controle, seja pela participação direta dos afetados (ofendido e investigado), seja pela fiscalização indireta dos cidadãos, proporcionada pela garantia constitucional de transparência e publicidade no

procedimento investigatório (OLIVEIRA, Eugênio, 2006, p. 453). Mas participar do procedimento de prisão em flagrante não parece, na dicção do CPP ou do projeto 156/2007 PLS, nada afeto às funções institucionais do *parquet*.

Leituras castradoras das potencialidades do artigo 5.º, LIX, da CRFB, cerrando a deflagração da ação penal pública pelos interessados (vítimas ou não do delito) à hipótese, única, de inércia desidiosa do órgão ministerial, sustentam a terceira representação ideológica do Ministério Público brasileiro nos procedimentos penais: *dominus litis*. Se ele requisita diligências e se pleiteia o arquivamento dos autos de inquérito ou peças de informação, entendem os doutrinadores, em maioria, caber aos interessados no procedimento a genuflexa e pacata aceitação (por todos, OLIVEIRA, Eugênio, 2006, p. 146).

Nota-se de pronto, nessa toada, que enxergar avanço na delegação da acusação pública a uma instituição estatal, com exclusão da participação dos cidadãos¹⁰², equivale a combater a possibilidade de todos (vítima e demais interessados) serem intérpretes do direito (processual e penal), incorrendo, de novo, na dependência do Estado como institucionalização autoconsciente de uma comunidade ética (HABERMAS, 1995, p. 115). Por conseguinte, não se vislumbra conquista teórico-democrática alguma na interpretação do Ministério Público como legitimado exclusivo ao manejo de ações penais públicas (arts. 129, I, e 5.º, LIX, da CRFB). Mas, por respeito ao debate, ainda que se admitisse o Ministério Público “representante-da-sociedade-parte-imparcial-senhor-exclusivo-da-ação-penal-pública”, por que motivo ele sequer é mencionado na lei (CPP e projeto 156/2007 PLS) como legitimado à participação do provimento de prisão em flagrante, se tanto pode fazer pela correta aplicação da lei, seja lá o que isso signifique na ideologia institucional professada?

Arrisca-se uma resposta, ilustrada com a sabedoria de Lopes Jr.. Membros da própria instituição se desinteressam pelo procedimento de prisão em flagrante¹⁰³. Prefere-se que a culpa do conduzido se forme mesmo no pretérito-mais-que-perfeito da procedimentalidade; que a leitura enviesada sobre o manto da presunção de veracidade e legalidade dos atos administrativos (LOPES JR., 2008, p. 278-279) encaminhe, sem óbices, a hipótese acusatória a ser posta na denúncia e acolhida em sentença; que a aparência de delito encaminhe a marcha

102 Impressiona a maneira como alguns, sob o pálio de um princípio de oficialidade, cujas bases democráticas não se explicitam, o fazem com indisfarçável radicalidade: “Não há possibilidade de se entregar ao particular a tarefa de exercer qualquer tipo de atividade no campo penal punitivo” (NUCCI, 2007, p. 95).

103 “É necessário afirmar que não se pretende fazer uma crítica institucional dirigida somente ao Judiciário, porque certamente a posição referida recebe o aplauso de alguns agentes do Ministério Público, que preferentemente optam por deixar ao juiz, por comodidade ou subserviência o dever de produzir a acusação, desvirtuando com isso os mecanismos estabelecidos pelo sistema.” (BUSATO, 2010, p. 115). *Mutatis mutandis*, a mesma postura comodista vale para o membro do Ministério Público que vê na prisão em flagrante uma evidência tal, que dispensa a necessidade de argumentação da acuação e, ao cabo, do próprio debate processual.

procedimental, consolidando, por si e sem maior trabalho instrutório e argumentativo do acusador, a hipótese condenatória. Não há comprometimento com o exercício da *ampla argumentação*, que aproveita à parte acusadora, na construção compartilhada do provimento. Menospreza-se a democracia processual constitucionalizada como projeto (artigo 5.º, XXXI, LIV e LV, da CRFB) e amesquinham-se tanto a instituição Ministério Público quanto a atribuição de acusação pública em perspectiva democrática.

(...) Sempre tivemos uma posição de desconfiança em relação ao acusador oficial, até porque ele não passa disso: uma parte acusadora, cuja tal imparcialidade só é alardeada por quem não sabe o que fala. Por quem não sabe o que é imparcialidade e desconhece a origem do Ministério Público (que nasce como contraditor natural do imputado e imposição do sistema acusatório). Nessa matéria estamos com GUARNIERI (José. *Las partes en el Proceso Penal*. México, Jose M. Cajica, 1952, p. 258), quando afirma que *acreditar na imparcialidade do Ministério Público é uma ilusão. A mesma ilusão de confiar ao lobo a melhor defesa do cordeiro...* (LOPES JR., 2008, P. 315).

No *modelo constitucional de processo*, não se pode dispensar a presença de membro do Ministério Público no procedimento de prisão em flagrante. Como a apreensão do aparente delinquente não se converte, de imediato, em prisão, sem análise contraditorial sobre a aparência de delito, o contraditório entre o acusador e o conduzido, devidamente assistido por advogado ou defensor público, se impõe. Do contrário, tudo permanece como está... com a contribuição omissiva do Ministério Público, a facilitar a condenação sem processo e a conferir efetividade ao aparato punitivo do Estado à margem do direito fundamental ao processo.

Ausente o membro do Ministério Público ao procedimento de prisão em flagrante, a apreensão não pode ganhar o *status* jurídico de prisão. Cessada a aparência delitiva, permanece o conduzido em estado de inocência e liberdade (artigo 5.º, LVII e LXI, da CRFB). Em consequência, prejudica-se, por completo, qualquer exame jurisdicional da convalidação da apreensão (não convertida em prisão em flagrante) em prisão preventiva, até porque inconstitucional a iniciativa judicial nesse sentido. Se necessária a medida em momento posterior, necessidade aferida mediante desenvolvimento de *ampla argumentação* em *contraditório* entre Ministério Público e conduzido, assistido por advogado ou defensor público, o título jurídico hábil ao cerceamento de liberdade daquele será um mandado, cujo cumprimento incumbe à polícia judiciária. Sem a *ampla argumentação* do Ministério Público, perdem-se, em suma, a hipótese e o título jurídico do flagrante, que autoriza o cerceamento momentâneo de liberdade do cidadão.

6.6. O Delegado de Polícia: observância ao *modelo constitucional* contra inquisição

A carreira policial não necessariamente se vincula, mundo afora, a conhecimentos jurídicos. Ao contrário, encerra um complexo multidisciplinar de profissionais de várias áreas, que trabalha com foco exclusivo em investigação. As repercussões jurídicas do que investigado se deixam ao debate exclusivamente processual.

A estrutura policial brasileira, porém, prevê a necessária direção dos trabalhos investigativos por servidor público bacharel em Direito, o delegado de polícia. Topograficamente, a carreira de delegado de polícia consta do título constitucional “Da defesa do Estado e das instituições democráticas”, ladeando, em termos institucionais, as forças armadas. De acordo com o ordenamento brasileiro, a polícia é instituição de defesa do Estado, na modalidade da segurança pública, não se enquadrando nas essenciais à função jurisdicional (artigos 127 a 134 da CRFB).

A diferença topográfica não reduz, contudo, o imprescindível papel da instituição policial, nem obsta a seguinte assertiva, de cunho processual-democrático: *mutatis mutandis*, tudo quanto consignado à figura do juiz no procedimento em flagrante se aplica ao servidor público delegado de polícia. Isso porque, apropriando-se da idéia de Fazzalari (2006, p. 497-511), para quem as partes exercem a situação legitimada de ação, com faculdades, poderes, ônus e deveres, enquanto o juiz detém função (FAZZALARI, 2006, p. 512), cumprindo deveres e realizando atos (BARROS, 2008-B, p. 179-180), a posição do delegado de polícia, na discussão processual, é também de função, não de ação. Nesse contexto, há a excepcional hipótese da ação (no sentido fazzalariano) do delegado de polícia, representando à autoridade policial para decretação da prisão preventiva (artigos 13, IV, do CPP vigente e 20 da Lei 11340/2006) ou temporária (artigo 2.º, Lei 7960/89). Aponta-se, todavia, para a inconstitucionalidade dessas hipóteses, na medida em que a postura do delegado de polícia frente às investigações, no marco do modelo constitucional de processo, deve ser o de um *terceiro imparcial*, apenas deslocado à seara administrativo-investigativa. O mote da presente proposta, isto é, o delegado de polícia como *terceiro imparcial* na seara administrativo-investigativa, é específico, porque busca compatibilidade com o *modelo constitucional de processo* no Estado Democrático de Direito, e depende de algumas adaptações necessárias.

A compatibilidade do inquérito policial com o Estado Democrático de Direito pressupõe sua caracterização como procedimento administrativo, sujeito, em tudo, ao *modelo*

constitucional de processo. Em regra, não há dificuldade em identificar o inquérito policial como procedimento; a maioria dos autores, porém, ainda concebe, malgrado a vigência da Constituição de 1988, uma ilha do Estado em que assuntos podem ser tratados dentro dos gabinetes, ficando restritos às consciências dos servidores públicos encarregados (por todos, TORNAGHI, 1980). Uma tal visão de inquérito policial não se liga à democracia processual, projetada em 1988, na qual todos os procedimentos (administrativos, judiciais ou legislativos) se submetem ao *modelo constitucional de processo* (artigo 5.º, LIV e LV, da CRFB). Insistir que o procedimento administrativo-investigativo policial carregue consigo uma inerência ao sigilo, uma aversão ao *contraditório*, à *ampla argumentação* e à *fundamentação das decisões*, enfim, uma indissociabilidade plena da *discricionariedade*, recebendo o servidor policial *delegação* para investigar como a consciência lhe aconselhar (STRECK, 2010, p. 40), equivale a negar a possibilidade de democratização da atividade policial, condenando-a a desenvolver-se à margem de processo. A proposta do presente trabalho é, de fato, a oposta.

Por isso, adaptações são necessárias. Para que se entenda o delegado de polícia como *terceiro imparcial*, cumpre, em primeiro lugar, ter por inconstitucional qualquer postura de ação (FAZZALARI, 2006), como a representação ao juízo para prisão preventiva ou temporária. Dispositivos legais que atribuam ao delegado de polícia essa ação se mostram inconstitucionais, por violação ao princípio do *terceiro imparcial*, em sede investigativa.

Em segundo lugar, o delegado de polícia, como *terceiro imparcial*, precisa atender à equidistância entre defesa e acusação. Isto significa levar a sério as diligências investigativas requeridas pela defesa (SCARANCA FERNANDES, 2007, 276-278, menciona o estágio embrionário, na Itália, da investigação pela defesa), sem juízo de valor sobre o caráter protelatório da medida, a ser confrontado, se for o caso, em juízo (das garantias), pelo Ministério Público, pela vítima ou por eventual terceiro interessado/legitimado (FAZZALARI, 2006, p. 122). Com essa postura, a instituição policial consolida-se como titular constitucional da função investigativa estatal e reafirma-se sem subordinação a outros agentes processuais (LOPES JR. 2008, p. 222).

Em decorrência da imparcialidade do *delegado de polícia*, o controle externo da atividade policial (artigo 129, VII, da CRFB) jamais pode dizer respeito à função investigativa propriamente dita, mas à adequação da prestação dos serviços policiais. O Ministério Público atua, em geral, como controlador da eficiência dos serviços públicos e de interesse público (artigo 129, II, da CRFB). No âmbito policial, a tarefa merece distinção normativa (artigo 129, VII, da CRFB) em razão da proximidade dos servidores policiais com o evento delitivo, da importância da segurança pública e da repressão à criminalidade no cenário constitucional

brasileiro (artigo 144 da CRFB) e do significativo poder fático de que dotados os servidores policiais no exercício de seu múnus, que recomendam, em contrapartida, especial autocontrole administrativo e, quiçá, mediante representação do Ministério Público, jurisdicional. Em sinopse, o Ministério Público é uma das instituições populares, já que legitimado ao processo, para controlar a adequação e a eficiência dos serviços públicos e, por expressa disposição constitucional, deve direcionar atenção especial aos serviços públicos de polícia.

Esse papel, porém, em termos de *modelo constitucional de processo*, não significa assujeitamento da carreira policial, nem instrumentalização de seus serviços a bem das hipóteses acusatórias que os membros do Ministério Público entendem pertinentes. Para que esse assujeitamento das estruturas policiais ao Ministério Público ocorresse, seria necessário alterar por completo o regime de instrução preliminar, criando-se a figura do promotor/procurador investigador (LOPES JR. 2008, p. 229-237), algo, ao menos por ora, não albergado pela CRFB.

O *modelo constitucional de processo* dista das instrumentalidades, inclusive a constitucional ou garantista (LOPES JR., 2008, p. 24-27), porque o processo é o próprio direito fundamental constitutivo dos demais, sem o qual não se pode falar em vida, liberdade, dignidade pressupostas (*ex ante*), como legado da história ou da tradição. Por isso, a instrução preliminar precisa se adaptar à base principiológica uníssona do processo (BARROS, 2009, p. 16-22), não fazendo sentido atribuir “funções” a essa fase, ainda que no melhor intuito garantista (LOPES JR. 2008, p. 213-221).

Não tem a menor importância discutir quem será o inquisidor, mas também não se pode anuir com a realização da inquisição (discricionarista, subjetivista, decisionista - STRECK, 2010), ainda que por modos diferenciados, ou de violência mitigada (LOPES JR., 2008, p. 209). Cumpre afastar a inquisição, reconhecendo-se os destinatários do direito como seus autores (HABERMAS, 1995). E, para tanto, a primeira função a abrir-se *modelo constitucional de processo*, evitando a condição inquisitorial, deve ser a do delegado de polícia. Do contrário permanece o engodo da formação antecipada de culpa, demarcando um sistema penal *ab ovo* inquisitório, maquiado por elementos de cariz acusatório em fases procedimentais subsequentes (COUTINHO, 2009, p. 110), em mais uma fraude à Constituição.

A condução do cidadão à presença do delegado de polícia serve à deflagração do procedimento de prisão em flagrante. No âmbito administrativo-investigativo, suscita a adoção de imediatas providências pelos servidores policiais, tais como ouvir a vítima, as

testemunhas e o conduzido, comunicar o ocorrido ao juízo competente, à Defensoria Pública e ao Ministério Público, dirigir-se ao local dos fatos, recolher elementos que despertem potencial interesse à reconstrução processual do caso e, sobretudo, observar as garantias fundamentais do conduzido, no aguardo de decisão judicial que lhe imponha a condição de preso, ou lhe ordene a libertação.

6.7. O Advogado e o acesso ao direito mediante linguagem técnica

O *modelo constitucional de processo* não contempla a defesa como poder paralelo ao direito de ação, noção típica do processo como relação jurídica. A defesa não é algo condicionado pelo direito de ação e, portanto, mais limitado do que ele (BARROS, 2010, p. 360-361). Defesa equivale a ação, no sentido de também englobar todas as prerrogativas do legitimado ao procedimento (BARROS, 2009, p. 19-20; 2008, p. 180-181) para a construção do provimento.

A *ampla argumentação*, princípio integrante da base uníssona do processo constitucional (BARROS, 2009, 16-22), veicula, em primeira mão, a autodefesa do legitimado (vítima, conduzido, Ministério Público), mas necessariamente também abre espaço para o direito ao advogado e à defesa técnica (BARROS, 2010, p. 361). Essa constatação decorre do reconhecimento de que o direito é composto por uma linguagem técnico-científica própria (processo), a que nem todos os destinatários da decisão têm pleno e claro acesso. Ora, a figura do Advogado, como instituição democrática, provê ao destinatário da decisão acesso aos conteúdos linguísticos do direito para participar, argumentativamente e em contraditório, do processo.

É certo que a defesa técnica não exclui autodefesa; antes, complementam-se. Entretanto, a desconsideração da defesa técnica (como corriqueiramente sucede na prática dos procedimentos de prisão em flagrante e, com autorização legal, na primeira instância cível dos juizados especiais e até em sede de *habeas corpus*) gera dominação linguística do cidadão (destinatário do provimento) pelos demais sujeitos processuais (membro de Ministério Público, delegado de polícia, juiz), que possuem formação jurídica técnico-científica. Para evitar semelhante dominação, a figura do Advogado, repita-se, como instituição, é indispensável à conformação do *modelo constitucional de processo* no marco do Estado Democrático de Direito.

O Advogado, assim como seu cliente (vítima, conduzido, réu), é, antes de tudo, sujeito de direitos, deveres, ônus e faculdades, quer na fase de investigação preliminar, quer no curso do procedimento judicial (PRADO, 2006, p. 120). Nessa condição, tem assegurada a possibilidade de participar dos procedimentos, antagonizando-se à acusação, mesmo que em aparente dissonância da autodefesa exercida pelo conduzido, investigado ou réu (PRADO, 2006, p. 126). Ao agir com independência, o Advogado permite o controle simétrico do espaço de consenso no âmbito do processo penal, a fim de evitar que ele se transforme em espaço nu de manipulação de pessoas e situações (PRADO, 2006, p. 121). Com efeito, a linguagem jurídica, na filtragem profissional e independente do Advogado em relação aos demais sujeitos processuais, encaminha o consenso juridicamente mediado e possível no processo penal.

Prado (2006, p. 122) afirma que alguns atos investigativos precisam ficar sob sigilo, durante algum tempo, por razões pragmáticas, mas ressalta que, entre eles, não se incluem a produção antecipada de provas nem qualquer espécie de prisão processual ou cautelar, cuja validade depende de submissão ao contraditório, ao menos diferido. Ora, a prisão em flagrante tem contornos de evidente cautelaridade, logo atrai a necessidade de imediata participação de Advogado (ou Defensor Público) a bem dos cidadãos envolvidos, isto é, afetados pelo provimento. Em especial, no procedimento de prisão em flagrante encontra-se o espaço de maiores incidência, visibilidade e efetividade do direito à assistência jurídica de advogado, tal como garantido na CRFB (artigo 5.º, LXIII, *in fine*).

Também Leal (2009, p. 199) atesta a essencialidade do Advogado para o controle da função jurisdicional do Estado, lição que se estende, com ainda mais força de razão, à função administrativo-investigativa dos órgãos públicos. Já Lopes Jr. (2008, p. 304-308) refere-se à figura do defensor, que engloba as funções essenciais à jurisdição da Advocacia (artigo 133 da CRFB) e da Defensoria Pública (artigo 134 da CRFB). Fazendo remissão ao artigo 7.º da Lei 8906/94, o autor assevera que aos defensores compete comunicar-se com seus clientes (ou assistidos) em quaisquer tempo e lugar, sobretudo quando presos; ingressar livremente nas dependências de órgãos públicos, mesmo sem a presença de seus titulares; examinar autos de procedimentos cartulares de quaisquer repartições públicas, tomando apontamentos ou copiando peças.

Dentre as prerrogativas do defensor, Lopes Jr. (2008, p. 308) sublinha, com razão, ser infundado o argumento de ausência (*sic*) de contraditório e ampla defesa no inquérito policial, como se fosse possível margear, a propósito, o artigo 5.º, LIV e LV, da CRFB. Notícia-se que esse lamentável fundamento (*sic*) conta com o consentimento do STF (HC 82534). Entretanto,

continua o autor, nem essa má compreensão acerca de contraditório e ampla defesa impediu o tardio STF de reconhecer o irrestrito acesso do defensor aos autos do inquérito policial ou outras peças investigativas produzidas em ambiente estatal, o que inclui relatórios de comissões parlamentares de inquérito.

Habeas corpus e mandado de segurança são manejáveis para fazer valer as prerrogativas do defensor nos procedimentos penais (LOPES JR. 2008, p. 307). Sigilo estatal e exercício da advocacia (defensoria) configuram, assim, expressões incompatíveis entre si em ambiente de democracia constitucional, tanto mais em sede de investigação ou persecução penais. “[...] Não existe sigilo para o advogado no inquérito policial e não lhe pode ser negado o acesso às suas peças nem (...) o direito à extração de cópias ou fazer apontamentos” (LOPES JR., 2008, p. 305).

Enfim, o Advogado é figura indispensável no procedimento de prisão em flagrante. Sem a intervenção mediadora e qualificada (linguagem técnico-jurídica) desse profissional (ou de Defensor Público), o *contraditório* e a *ampla argumentação* dos afetados pelos efeitos do provimento (conduzido, vítima ou terceiro interessado) ficam prejudicados, inviabilizando a regularidade e a legitimidade do procedimento.

6.8. A Defensoria Pública: uma realidade ainda a se construir

A esta altura, já se pode perceber que a posição de destaque ocupada pelo princípio da *ampla argumentação* no *modelo constitucional de processo* não permite a redução dos sujeitos processuais da prisão em flagrante ao Delegado de Polícia e ao Juiz, como o CPP vigente sugere.

Quando esse princípio da *ampla argumentação*, imprescindível ao efetivo acesso ao direito, diz respeito aos economicamente menos favorecidos (artigo 5º, LXXIV, da CRFB), desdobra-se na construção de instituição específica voltada, de maneira típica, à prestação de assistência jurídica, judicial ou extrajudicial, integral e gratuita, aos que comprovem insuficiência de recursos (artigo 134 da CRFB). Com efeito, a Constituição do Brasil não só reconhece as diferenças sociais e a verdadeira dívida histórica carregada pela sociedade brasileira, como paramenta o Estado com instituições direcionadas a enfrentar e sobrepujar os abismos odiosos, mormente os de natureza econômica, que a democracia processual não pode homologar.

A Constituição brasileira de 1988 não só fala de exclusão, senão que se pronuncia contra ela, principalmente nos Títulos que tratam dos princípios e dos direitos fundamentais, podendo revelar, portanto, diferentemente de um contraste entre ideal e real, inclusão e exclusão, uma tensão entre texto e contexto. Nessa leitura discursiva, reconstrutiva, pode-se, inclusive, virar o texto constitucional contra a exclusão que, ao contrário de se ancorar numa lei natural, como se não fosse, como disse, também uma construção histórica e social, na verdade permanece vinculada à pré-compreensão social e política, não problematizada, de intérpretes, especializados ou não, que vivenciam essa Constituição (OLIVEIRA, Marcelo, 2004-C, p. 141).

O *modelo constitucional de processo* amplia “as possibilidades de efetividade dos direitos fundamentais em sua plenitude, sem qualquer restrição de ordem econômica ou social, bem como do direito de defesa” (BARACHO, 1999, p. 98). Mais do que conotação instrumental em face dos direitos subjetivos, o *modelo constitucional de processo* encerra verdadeira metodologia de proteção (BARACHO, 1999) e constituição dos direitos fundamentais. Essa constatação é suficiente para se problematizar a inconstitucionalidade do acesso ao direito no Brasil quando concernente aos carentes de recursos financeiros, a repercutir no procedimento de prisão em flagrante.

A Defensoria Pública coloca-se, no quadro institucional brasileiro, talvez como a única instância de veiculação formal do *contraditório* e da *ampla argumentação* a parcela considerável dos cidadãos, observada a metodologia do *modelo constitucional de processo*. Com isso, a Instituição dá voz juridicamente qualificada, na seara jurisdicional e fora dela, a cidadãos de regra excluídos das potencialidades da cidadania, promovendo a inclusão social no âmbito do devido processo (artigo 5.º, LIV e LV, da CRFB). A rigor, a só previsão constitucional da Defensoria Pública já é uma pronúncia eloquente contra a exclusão social.

No entanto, é sem sentido proclamar direitos, se eles estão fadados à não-concretização, quer porque o Legislativo recalitra em minudenciá-los, quer porque o Judiciário deles não pode conhecer. É tão atentatório à efetividade da Constituição o enfraquecimento das instituições que provocam o Judiciário a declarar e reconhecer direitos, quanto a teoria da programaticidade dos direitos fundamentais. Em desfavor da Constituição, a primeira atua no campo jurisdicional, enquanto a segunda, no espectro legislativo. De toda sorte, mantêm desguarnecidos os direitos fundamentais, centro do ordenamento constitucional, ora desprestigiando uma função estatal, ora outra. Por isso, a manutenção da Defensoria Pública em condições precárias e insuficientes para atender aos necessitados, sejam investigados, acusados ou vítimas (BARROS, 2008-B, p. 100), depõe contra a efetividade dos direitos fundamentais processuais (BARACHO, 1999, p. 124-125).

Quando a Constituição, em seu Título IV, enuncia as Funções Essenciais à Jurisdição, entre as quais a Defensoria Pública, vincula-as à própria validade da função jurisdicional do Estado. Por inferência, sem a Defensoria Pública, a Advocacia Pública ou Privada e o Ministério Público, descabe falar em jurisdição. Na mesma esteira, a dilapidação institucional de qualquer dessas funções essenciais redundaria em igual consequência para a jurisdição.

Mero passar d'olhos no texto constitucional revela que o constituinte originário ofereceu tratamento detalhado, quase dedicado, a uma das funções encontradas no Capítulo IV de seu Título IV, e não às demais. Que esse texto é produto, também, de um amontoado de "lobbies" vencedores na Assembleia Nacional Constituinte, muitos o sabem, embora nem todos o digam (ROCHA, 2008). Como ressaltado alhures, tal constatação não tem o condão de macular a legitimidade da Constituição de 1988, nem sua importância na história republicana brasileira, porém explica, com substância histórica, o porquê do tratamento especial dado pelo texto da Constituição a uma instituição essencial à jurisdição, posicionada estrategicamente (CRUZ, 2004, p. 219 e seguintes, 235-237) na citada Assembleia, em detrimento das outras. Aliás, frise-se, desde logo e a bem da ciência, não ter sido o período pré-constituinte da década de 1980 o único em que vicejaram os "lobbies" políticos e institucionais, nem ser o Executivo o único a agir perlocucionariamente (CRUZ, 2004).

Não obstante, a consideração de que o texto representa apenas um, malgrado sua centralidade, dentre os elementos relevantes a serem considerados na hermenêutica de questões constitucionais estimula, a partir de premissas procedimentais, a sempre reler o texto em face das condições de tempo e lugar em que se vive. E, sem temor de engano, a quadra jurisdicional brasileira exige a inclusão dos menos favorecidos nos debates públicos, a extensão da cidadania a quem não a ostenta, tampouco a exercita, e, enfim, o fortalecimento de instituições incumbidas de semelhante mister (BENEVIDES, 2000, p. 20-21).

No mesmo sentido, ao Estado Democrático de Direito repugnam exercícios hermenêutico-constitucionais escabrosos, como o que, diante do tratamento dado pelo texto de 1988 às funções essenciais à jurisdição, sustentasse, por exemplo, em sede de processo penal, um, por assim dizer, "direito fundamental a ser processado penalmente por instituição bem estruturada", e desconsiderasse ou relegasse a segundo plano um "direito fundamental a ser defendido, também no processo penal, por instituição igualmente bem estruturada". A interpretação não pode conduzir ao absurdo.

Mesmo com poucas linhas a ele dedicadas no texto constitucional, o direito do necessitado à assistência jurídica integral e gratuita sobressai do contexto jurídico nacional como genuína garantia constitucional fundamental (artigo 5º, LXXIV, da CRFB). Para

desempenhar a função, o constituinte instituiu a Defensoria Pública (artigo 134 da CRFB). Não deve essa instituição, porém, receber a carga de panacéia da nação brasileira, em razão de sua herança de desigualdade social e miséria crônicas¹⁰⁴. A qualificação técnica da Defensoria Pública como garantia constitucional fundamental insere-a no projeto democrático de 1988, à proporção que acolhe “um procedimento jurisdicional que garanta aos afetados a possibilidade de argumentação para a definição do melhor argumento” (BARROS, 2008-B, p. 173).¹⁰⁵

Não é preciso ser profissional militante do direito penal e processual penal, nem mesmo jurista, para atentar ao fato de que a clientela majoritária dos sistemas penal e processual penal se entremeia nas camadas já patrimonialmente marginalizadas da população. A marginalização social traduz o principal fator criminogênico de comunidades jurídico-políticas organizadas. Os que não têm acesso a condições materiais básicas de vida se tornam os alvos preferenciais do sistema de punição (ROSA e SILVEIRA FILHO, 2008, 41-44). São, assim, assistidos potenciais da Defensoria Pública.

O direito penal simbólico e de emergência (ROSA e SILVEIRA FILHO, 2008, 48-50) encontra resposta dos patrimonializados (LEAL, 2005-A), que, com condições materiais para tanto, recorrem à indústria da segurança privada para minimizar sua exposição ao crime. Entre cercas elétricas e carros blindados, conseguem minorar a chance de se tornarem vítimas de crimes, em especial aqueles contra o patrimônio. Esse quantitativo de delinquência volta-se, então, contra os que (a razão econômica sempre em destaque) não têm acesso à segurança privada e acresce-se a uma miríade de delitos de violência doméstica, exploração de menores, ultraje sexual, além de abuso de autoridade, entre outros, de execução largamente favorecida nas periferias das metrópoles brasileiras e nos grotões do interior do país continental. Também as vítimas, então, são potenciais assistidos da Defensoria Pública.

O custo de estruturação da Defensoria Pública é grande, não há dúvida. Também o é o da instalação das varas judiciárias, das promotorias e procuradorias de justiça e república, das sedes das advocacias públicas, isso para ficar apenas com a seara jurisdicional, sem tangenciar os campos minados da seguridade social (artigos 193 e seguintes da CRFB) e da educação

104 A propósito, nenhuma instituição de função constituída pode afastar ou privatizar a cidadania e a Constituição (OLIVEIRA, 2007, p. 67), embora alguns membros do Judiciário e das funções essenciais à jurisdição sofram, vez por outra, dessa franca “fantasia megalômana” (BUSATO, 2010, p. 113), para promover defesa intransigente e corporativa de micropoderes autoritários.

105 Vide BARACHO, 1999, p. 120-121, especialmente o trecho: “O devido processo ou o processo justo, o direito de defesa e a assistência legal, o processo como manifestação de igualdade e equilíbrio são aspectos essenciais do desenvolvimento desse tema. [...] As garantias individuais, coletivas e processuais tornam possível o exercício da cidadania plena, através do Processo Constitucional. As garantias individuais e as sociais são consagrações que possibilitam o exercício da pluralidade de direitos.”

(artigos 205 da CRFB), por exemplo. A administração governativa brasileira, no entanto, segue fazendo suas opções pragmáticas inconstitucionais e mantendo a Defensoria Pública em regime de provisoriedade e precariedade (vide, por exemplo, as Leis 9.020/95 e 10.212/01, ainda vigentes, sobre a Defensoria Pública da União).

Tais opções afrontam o *modelo constitucional de processo*, ao ponto de ceifar *contraditório* e *ampla argumentação* a patamares não esclarecidos de razoabilidade, proporcionalidade, mínimo existencial e, finalmente, reserva do possível. No caso da instalação da Defensoria Pública, tem-se um “possível” nunca suficiente à fruição do direito fundamental ao processo pelos cidadãos (artigo 5.º, XXXVI, LIV e LV, da CRFB), mas os conceitos e adjetivos que o circundam, assim lançados com eloquência em votos de juízes de tribunais em Brasília-DF (cf., p. ex., ementa da ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello), continuam, mesmo, tão obscuros que, significando, ao mesmo tempo, tudo e nada, permitem a manutenção da situação como está. Em tema de Defensoria Pública, ao cabo, tem ficado o dito pelo não dito: problema dos que dela precisam (130 milhões de brasileiros, em estimativa).

No campo da reserva do possível, das discricionariedades, proporcionalidades e razoabilidades, convém silenciar, como de fato ocorreu no projeto 156/2009 PLS, quanto à imprescindibilidade de ao procedimento de prisão em flagrante acorrerem, de imediato, os órgãos de investigação (delegado de polícia), acusação (Ministério Público), decisão (juiz) e, se os envolvidos (conduzidos e vítimas) se caracterizarem como necessitados (artigo 5.º, LXXIV, da CRFB), sem condição de contratar profissional de defesa (Advogado), a Defensoria Pública. Afinal, no debate direito-economia da contemporaneidade colonizada (ROSA e LINHARES, 2009), melhor, para evitar excesso de gastos públicos, é permitir que delegado de polícia e juiz analisem, solitários, os elementos que se lhe apresentam, decidindo pela liberdade de alguém sem processo (artigo 5.º, XXXVI, LIV e LV, da CRFB).

Culpa formada no pretérito-mais-que-perfeito dos procedimentos penais (o de prisão em flagrante), daí em diante as condenações sem defesa, as menores presas com maiores e por eles violentadas, os presos provisórios por anos, as milhares de execuções penais sem andamento e análise de benefícios de acordo com a LEP, as rebeliões e a autodefesa dos encarcerados com a constituição de facções criminosas inteiras no interior dos presídios, tudo isso pode ser resumido na rubrica “custos marginais do sistema”. Tudo se torna, aliás, muito natural e ordinário! “A consequência deste receituário se dá pela paulatina diminuição do gasto público social, acentuando-se a desigualdade como saudável, um custo inerente ao sistema.” (ROSA e LINHARES, 2009, p. 48)

A timidez legal redundando na sugestão de soluções, além de tardias, paliativas. No âmbito da prisão em flagrante, cuida-se da remessa, em 24h, de cópia dos autos à Defensoria Pública, onde houver (artigo 306, § 1.º, do CPP, com redação dada pela Lei 11.449/2007); da nomeação de advogados dativos à margem da necessidade de concurso público (artigo 37, II e IX, da CRFB); de esdruxularias hermenêuticas sobre um regime em que a acusação é necessariamente pública, mas a defesa de necessitados, sem condição de contratar advogado, não. Como dito, o projeto 156/2007 PLS piorou textualmente os aspectos normativos do artigo 306, § 1.º, do CPP, cuja validade, todavia, subsiste mediante a compreensão constitucionalmente adequada de acesso irrestrito da Defensoria Pública aos autos do flagrante, mesmo que ausente, por absoluta (e comum) impossibilidade, ao ato de sua lavratura (cf. Capítulo 2, item 2.5.3). Ademais, são plenamente extensíveis aos defensores públicos as prerrogativas dos advogados (Lei 8906/94), acima abordadas (item 6.7), além das constantes de legislação institucional específica (LC 80/94).

Há tentativas de lidar com a tragédia, além das reformas legislativas. Uma, incrementam-se os orçamentos da segurança pública, a intensificar a substituição das políticas econômico-sociais do Estado Democrático de Direito (artigos 1.º, 3.º, 4.º e 170 da CRFB) por medidas de violência estatal-penal do Estado Simbólico de Polícia (ROSA e SILVEIRA FILHO, 2009, p. 54). Outra, a partir de uma tábua pressuposta de valores cuja proteção compete a assembleias de especialistas, em leitura eticizante do direito (BARROS, 2008-B, p. 172-173), evoca-se a boa-fé de advogados privados para, atuando em mutirão, colaborar na análise célere de alguns milhares de casos. As seccionais da OAB coordenam o estado catártico de piedade e, com “toque de Midas”, STF e CNJ o convertem em números exitosos de trabalho, sob o pálio do significativo colonizado da eficiência (ROSA e LINHARES, 2009, p. 51). Ambas agradam à administração governativa brasileira e encontram amplo respaldo nas práticas políticas e judiciárias por ela encaminhadas.

Ora, nada disso leva a sério a imprescindibilidade de a Defensoria Pública, como agente processual, estar presente em todos os procedimentos penais, sempre averiguando a caracterização de hipossuficiência econômica ou jurídica (artigo 5.º, LXXIV, da CRFB) para, se for o caso, intervir e assegurar assistência técnico-jurídica aos necessitados – investigados, acusados, vítimas ou terceiros interessados. Na prisão em flagrante, então, em que se discutem, de pronto, as hipóteses de cerceamento momentâneo de liberdade individual ambulatoria, a falta do defensor público caracteriza hipótese permanente de inconstitucionalidade, por ausência de condições de exercícios de *ampla argumentação*, no aspecto da defesa técnica, em simétrica paridade (*contraditório*), pelos envolvidos no

procedimento, se necessitados (artigo 5.º, LXXIV, da CRFB). Nesse caso, instaura-se claro desequilíbrio decorrente de uma hipótese investigativa ou acusatória tecnicamente elaborada pelo servidor policial ou membro do Ministério Público, confrontada com a *argumentação*, sem amparo técnico-jurídico, do conduzido ou da vítima, na defesa de seus direitos e interesses, mesmo contra o entendimento daqueles agentes públicos.

O ornitorrinco (cf. nota 7) mostra outra de suas faces impactantes, desta feita no procedimento de prisão em flagrante! Sem defensor público e, principalmente, sem a revisão da atuação dos partícipes do procedimento de prisão em flagrante, de acordo com o *modelo constitucional de processo*, não se vislumbram noções de cidadania nem de Estado Democrático de Direito na abordagem do tema.

6.9. Para um processo penal de partes

No costurar-se deste capítulo, o objetivo era tornar menos opaca a constatação de que a proposta de um processo penal constitucionalmente adequado deve primar pelo protagonismo das partes. Se há um pleito de legitimidade democrática no processo penal e, em particular, na prisão em flagrante, ele passa pela necessidade de os sujeitos processuais atuarem atentos aos limites das atribuições a si cometidas no projeto constitucional discursivo.

Conduzidos e vítimas, como os mais diretamente afetados pelo provimento, têm direito à participação efetiva ao longo de todo procedimento, merecendo respeito integral, sobretudo por parte do Estado, à sua dignidade humana (artigo 1.º, III, da CRFB).

Advogados veiculam a linguagem técnico-jurídica àqueles cujos interesses patrocinam (artigo 133 da CRFB) e, assim agindo, não representam estorvo a anseios não debatidos (pré-processuais) de eficiência repressiva ao crime. Os membros da Defensoria Pública executam semelhante mister, porém a favor dos clientes preferenciais do sistema penal (artigos 5.º, LXXIV, e 134 da CRFB). Necessitam, para tanto, de condições estruturais mínimas, que lamentavelmente parecem constar de um horizonte ainda distante, já que políticas públicas de emergência penal, majoritárias na administração governativa e no discurso midiático brasileiros de ontem e de hoje, não acolhem investimentos na defesa técnica do cidadão necessitado. Contudo, cumpre-lhes evitar o amesquinamento institucional mediante mera apologia à pobreza, pois não se vive mais o Estado Social (Assistencial) de Direito. A

imprescindibilidade de Advogados e Defensores Públicos remete, em suma, à tessitura principiológica da *ampla argumentação* defensiva no debate técnico-jurídico.

Aos membros do Ministério Público compete abrir mão de ideologias de imparcialidade e representação da sociedade, por acesso mítico a uma suposta ética comunitária e mimese a um judiciário sensitivo. Mais adequado que assumam a função de acusadores (BUSATO, 2010, p. 110-111), no exercício da *ampla argumentação* para se desincumbir do relevante e custoso ônus de desconstituição do estado de inocência do cidadão, tão corretamente revestido de garantias no ambiente processual democrático.

Ao delegado de polícia e ao juiz, terceiros imparciais respectivamente na investigação e no julgamento, não se pode impor o encargo de corrigir, pelos direitos penal e processual penal, as mazelas de anos de omissão governativa quanto à implementação de direitos fundamentais, nem o produto visível de inúmeros fatores criminogênicos, especialmente abundantes (e ainda crescentes) nos países de experiência democrática tardia como o Brasil. Basta que se mantenham equidistantes das partes e permitam que elas construam o provimento. Para tudo isso e a todos eles, o *modelo constitucional de processo na tipologia penal* oferece aportes hermenêuticos comprometidos com a consolidação da cidadania.

CONSIDERAÇÃO FINAL

Para facilitar a compreensão das idéias lançadas no curso desta dissertação, bem como sua exposição à crítica, optou-se por sintetizá-las em alguns períodos ou tópicos. Em suma, as considerações finais visam a demarcar e explicitar, ao máximo, os fundamentos do que se entende por prisão em flagrante sob a regência do modelo constitucional de processo no marco do Estado Democrático de Direito e, em relação a ela, as balizas de atuação dos sujeitos processuais.

- a) processo e constitucionalismo implicam-se mutuamente na atual quadra dos estudos jurídicos. O fenômeno do constitucionalismo no Ocidente, após a superação das conformações históricas de Estado Liberal e Social de Direito, encontra no processo a complementação epistemológica para permitir a participação dos cidadãos na construção das decisões jurídicas. Processo e Constituição unem-se para sustentar a matriz do Estado Democrático de Direito. O processo é direito fundamental constitutivo dos demais direitos, na abertura jurídico-linguística que oferta à participação dos cidadãos para a construção do direito. Não se trata de mera formalidade, nem procedimento sem conteúdo; também não é instrumento da jurisdição ou da concretização de direitos, valores ou finalidades pré-prontos e não debatidos pelos destinatários do direito. O processo permite a compreensão da Constituição como projeto sempre inacabado e sujeito à (re)construção;
- b) o *modelo constitucional de processo* consiste em uma base principiológica uníssona e coerente, à margem da qual não há procedimentos democráticos, legítimos, dependentes da participação dos cidadãos. No âmbito jurisdicional, o *modelo constitucional de processo* engloba os princípios de *contraditório*, *ampla argumentação* e *fundamentação das decisões* por um *terceiro imparcial*. Ao se especializar em *tipologias*, o *modelo* incorpora novos princípios e direitos fundamentais. Na *tipologia penal*, ressaltam-se os princípios acusatório, do estado de inocência, da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, da razoável duração do procedimento, além dos direitos ao silêncio não incriminador e à assistência de Advogado ou Defensor Público;

- c) a prisão em flagrante não é medida nem ato de força sem parâmetros jurídicos. Em perspectiva democrática, prisão em flagrante é procedimento e, como tal, regido, no Brasil, pelo *modelo constitucional de processo*;
- d) o direito comparado apresenta alguns elementos para a compreensão de uma perspectiva democrática de prisão em flagrante como procedimento. Os ordenamentos jurídicos da Espanha, de Portugal e da Argentina destacam-se por criar espaços procedimentalizados de discussão processual, permitindo a participação dos envolvidos, sobretudo o conduzido, na construção do provimento penal. Apesar das diferenças estruturais entre os sistemas de investigação preliminar desses países e o do Brasil, a idéia central de se evitar solipsismo decisório, veiculando a participação dos cidadãos, pode ser apropriada, com êxito democrático, para o procedimento brasileiro;
- e) sob o *modelo constitucional de processo*, o procedimento de prisão em flagrante tem qualificação cautelar. A cautelaridade da prisão em flagrante é específica em relação às demais espécies de privação da liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A prisão em flagrante, nesse particular, justifica-se apenas em critérios de *visibilidade* e *imediatez* de conduta aparentemente delitiva e não se presta à coleta de elementos de prova de modo solipsista por membros da Polícia, do Judiciário ou do Ministério Público. Com a prisão em flagrante, não se afeta o estado de inocência nem se forma a culpa em momento anterior à própria investigação. Ela precisa ser submetida ao processo, para que o efeito alucinógeno da evidência não contamine a racionalidade discursiva das decisões jurídicas legítimas, isto é, construídas por seus destinatários. Do contrário, converte-se em porta de entrada e mecanismo ótimo de fortalecimento da lógica da inquisitorialidade (solipsismo, decisionismo) no processo penal;
- f) o Código de Processo Penal brasileiro de 1941, nas linhas de sua Exposição de Motivos, opta pela eficiência repressiva do sistema penal inquisitório, em detrimento do respeito (e, mesmo, da tolerância) para com os direitos fundamentais. Por isso, ao tratar da prisão em flagrante, autoriza toda sorte de decisionismos por parte dos Delegados de Polícia e dos Juízes. Porém, uma leitura constitucionalmente adequada

do CPP de 1941 permite corrigir aspectos autoritários da normatização da prisão em flagrante, priorizando-se os princípios da *tipologia penal do modelo constitucional de processo*. Majoritariamente, as reformas do CPP de 1941 incrementam os índices de repressividade e inquisitorialidade do sistema, em especial no que concerne à gestão da prova pelo juízo, mas a nova redação do artigo 306, § 1.º, do CPP guarda compatibilidade com os princípios constitucionais do *contraditório* e da *ampla argumentação* (no matiz da defesa técnica) em favor dos hipossuficientes econômicos ou jurídicos;

- g) o projeto 156/2009 (PLS) representa avanço tímido no trato da prisão em flagrante. Tendo-a ainda por medida, e não procedimento, formaliza direitos do conduzido e confia ao juízo das garantias a tarefa de velar pelos direitos fundamentais dos cidadãos na fase investigativa. Em vários aspectos inconstitucionais, no entanto, apenas repete o código seu antecessor, com destaque à tentativa de elastecimento legal das hipóteses de flagrância delitiva a situações desprovidas de *visibilidade* e *imediatez*. Entre cópias fiéis e mudanças discretas, apresenta-se o projeto de novo CPP na temática da prisão em flagrante com melhora técnica, mas insuficientemente voltado à participação dos cidadãos na construção dos provimentos penais de que serão destinatários. E, como a legislação que pretende revogar, merecerá, se aprovado, vigília hermenêutica atenta, para a compreensão constitucionalmente adequada de suas normas;
- h) a releitura da prisão em flagrante no marco do Estado Democrático de Direito suplica, ainda, revisitação do papel dos sujeitos processuais. De forma sumária, o abandono de auto-imagens institucionais ideológicas (autologro) é a primeira das necessidades. Como? Em ambiente democrático e processualizado, são inteiramente dispensáveis, para dizer o mínimo, o juiz herói ou encarnação da justiça com a promessa de pacificar os homens, o membro justiceiro do Ministério Público, pretendo representante da sociedade, e o membro da Defensoria Pública com discurso atécnico de apologia à pobreza. Cada qual assumindo seu papel, o Conduzido se torna cidadão titular de (uma plêiade) de direitos fundamentais; a Vítima, cuja privacidade se deve preservar, evitando sobrevivitização, pode reconhecer-se como participante nuclear do procedimento; Delegado de Polícia e Juiz cumprem as funções de *terceiro imparcial*,

respectivamente nas fases investigativa e jurisdicional; o Ministério Público assume seu mister e ônus de acusador, atento aos direitos constitucionais do Conduzido; o Advogado promove acesso do cidadão ao direito, mediante linguagem específica, e o Defensor Público faz o mesmo, em relação, porém, aos clientes preferenciais do sistema: os despatrimonializados ou marginalizados em geral, hipossuficientes nos sentidos econômico ou jurídico.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves, **Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AGAMBEN, Giorgio. **A linguagem e a morte: um seminário sobre o lugar da negatividade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2008.

ANDOLINA, Ítalo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. Tradução de Orestes Nestor de Souza Laspro. *In Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n. 87, p. 63-69, jul./set. 1997.

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

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Só é preso quem quer! Impunidade e ineficiência do sistema criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Brasport, 2009.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **As reformas penais no Brasil e na Argentina nos anos 90 – Uma abordagem sócio-jurídica**. Programa de Pós-Graduação em Sociologia – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/ficheiros/196.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. *In Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2. n. 3 e 4, p. 89-154, 1 e 2 sem., 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional – aspectos contemporâneos**. 1a. Reimpressão. Belo Horizonte: Forum, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. *In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, p. 131-148, 2008a.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da Vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008b.

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.

BARROS, Flaviane Magalhães. **Investigação policial e direito à ampla defesa. Dificuldades de uma interpretação adequada à Constituição.** In CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coord.). **Constituição e Processo. A resposta do constitucionalismo à banalização do terror.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **O Princípio da Imparcialidade a partir da compreensão do Modelo Constitucional de Processo.** In THEODORO JÚNIOR, Humberto, CALMON, Petrônio e NUNES, Dierle. **Processo e Constituição. Os Dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais.** Rio de Janeiro: GZ editora, 2010.

BARROS, Flaviane de Magalhães; NUNES, Dierle José Coelho Nunes. **Estudo sobre o movimento de reformas processuais macroestruturais: a necessidade de adequação ao devido processo legislativo.** Artigo aprovado e publicado nos Anais do XIX Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, CONPEDI. Fortaleza, 1.º semestre de 2010. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3482.pdf>>, p. 7544-7564. Acesso em 15 jan. 2011.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A cidadania ativa. Referendo, plebiscito e iniciativa popular.** São Paulo: Ática, 2000.

BITENCOURT, César Roberto. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** V. I. São Paulo: Saraiva, 2004.

BLIKSTEIN, Izidoro. **Kasper Hauser ou a Fabricação da Realidade.** 9a. ed. São Paulo: Cultrix, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOVINO, Alberto. **Princípios políticos del procedimiento penal.** Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal e Constituição Federal.** 11a. ampl. e atuali. Ed. RT Minicódigos. Organização de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009.** - Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2009. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12180-resolucao-no-66-de-27-de-janeiro-de-2009>, acesso em 25 abr. 2011.

BRASIL. Senado. **Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto.** - Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em <www.senado.gov.br/novocpp>, acesso em 18 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 83.196 – GO. Julgado em 30/06/2010. Relator: Min. OG Fernandes. **Diário de Justiça.** Brasília, 09/08/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 84.141 – SP. Julgado em 20/11/2007. Relator: Min. Félix Fischer. **Diário de Justiça.** Brasília, 18/02/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 89.808 – SP. Julgado em 27/03/2008. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. **Diário de Justiça.** Brasília, 22/04/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 115.255 – MS. Julgado em 20/05/2010. Relator: Min. Jorge Mussi. **Diário de Justiça.** Brasília, 09/08/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESp 1.111.788 – SC. Julgado em 21/09/2010. Relatora: Min. Laurita Vaz. **Diário de Justiça.** Brasília, 11/10/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078 – MG. Julgado em 05/02/2009. Relator: Min. Eros Grau. **Diário de Justiça.** Brasília, 26/02/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 96.577 – DF. Julgado em 10/02/2009. Relator: Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça.** Brasília, 19/03/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97.975 – MG. Julgado em 09/02/2010. Relatora: Min. Cármen Lúcia. **Diário de Justiça.** Brasília, 18/03/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 99.057 – MS. Julgado em 06/10/2009. Relatora: Min. Ellen Gracie. **Diário de Justiça.** Brasília, 06/11/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.669. Julgado em 26/10/2010. Relator: Min.

Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça**. Brasília, 18/11/2010.

BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2005.

BUSATO, Paulo César. De Magistrados, Inquisidores, Promotores de Justiça e Samambaias. Um Estudo sobre os Sujeitos no Processo em um Sistema Acusatório. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7a. ed. 6a. reimp. Coimbra: Almedina, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 9a. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Constituição da Europa. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARNELUTTI, Franceso. **Instituições do Processo Civil**. Vol. I. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. Estudo Prévio. In OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos da Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17a. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto)**. Revista de Processo, São Paulo, v. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009a.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A contribuição da Constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro. *In* OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de e MACHADO, Felipe Daniel Amorim (org.). **Constituição e Processo – a Contribuição do Processo no Constitucionalismo Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b.

COUTINHO, Jacinto Nelson. **Temas de direito penal e processo penal (por prefácios selecionados)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson (org.) **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas, Ação Estratégica e Controle de Constitucionalidade Brasileiro**. *In* SAMPAIO, José Adércio Leite. **Quinze Anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. *In* **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 7, n. 13 e 14, p. 150-163, 1º. e 2º. sem.2004a.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004b.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo. *In* **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 230-240, 1º sem. 2005a.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *In*: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 147-161, 2º. sem./2005b.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

EAGLETON, Terry. **A ideologia e suas vicissitudes no marxismo ocidental**. *In* ZIZEK, Slavoj (org.) **Um mapa da ideologia**. 3a. reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007.

ESPANHA. **Ley de Enjuiciamiento Criminal**, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Disponível em <<http://www.derechomaritimo.info/lecrim.html>>. Acesso em 15 jan. 2011.

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

FERNANDEZ, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1968 (2004).

HABERMAS, Jürgen. **Passado como Futuro**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *In Cadernos da Escola do Legislativo*. Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 3, p. 107-121, jan./jun. 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade**. Vol. 1 e 2. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **A parcialidade do controle jurisdicional da motivação das decisões**. Coleção Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, 4. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. 3ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

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

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

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, n. 2, dezembro de 2005a.

LEAL, Rosemiro Pereira. A continuidade do imperialismo do saber em Husserl. *In* LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada. Temática processual e reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005b.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – primeiros estudos**. 8ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4a. ed. rev., atuali. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. V. I. 3a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MAGALHÃES, José Luís Quadros. O futuro do Direito Constitucional em busca de novos paradigmas, ou a necessidade da construção de um conhecimento transdisciplinar que promova a religação dos saberes. *In* SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e Crise Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARÇAL, Antonio Cota. Princípio: estatuto, função e usos no Direito. *In* TAVARES, Fernando Horta (org.). **Constituição, Direito e Processo**. Curitiba: Juruá, 2007.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória: imposição do ônus da prova para o órgão de acusação**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG/ Movimento Editorial, 2006.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. **Acusação pública no marco do processo democrático e da jurisdição compartilhada**. Artigo aprovado e publicado nos Anais do XIX Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, CONPEDI. Fortaleza, 1.º semestre de 2010. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3613.pdf>>, p. 7598-7613. Acesso em 15 jan. 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18a. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. **Primeiros delineamentos da prisão em flagrante no modelo constitucional de processo**. Artigo aprovado e publicado nos Anais do XVIII Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, CONPEDI. São Paulo, 2.º semestre de 2009. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2538.pdf>, p. 9272-9279. Acesso em 15 jan. 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Naumann. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3a. ed. rev. atual. e ampli. 2a. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v.5, n. 29, p. 73-85, mai./jun. 2004

NUNES, Dierle José Coelho Nunes. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 1a. ed. (2008), 2a. reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. 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.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OLIVEIRA, Manfredo. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na filosofia contemporânea**. 2a. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamento, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. 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, 2004a.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Coesão interna entre Estado de Direito e democracia na teoria discursiva o Direito de Jürgen Habermas. *In* OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004b.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito. *In* SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Quinze Anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004c.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo**. 2a. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, política e filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A súmula vinculante n. 4 do STF e o “desvio” hermenêutico do TST: notas paradigmáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. *In* OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de e MACHADO, Felipe Amorim. **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Democracia sem espera e processo de constitucionalização – uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. *In* OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de e MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coord.). **Constituição e Processo. A resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Tempo Cairológico da Constituição e Democracia Sem Espera: O Processo Constituinte de 1987-88 e a Legitimidade da Constituição Brasileira Vinte Anos Depois. *In* FRANKENBERG, Günter e MOREIRA, Luiz. **Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009c.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Paradigmas constitucionais e a inconstitucionalidade das leis**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal. Evolução histórica e fontes legislativas.** São Paulo: Jalovi, 1983.

POPPER, Sir Karl Raymund. **Conhecimento Objetivo.** Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

POPPER, Sir Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais.** 3^a. ed. Trad. Estevão de Rezende Martins, Apoio Claudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal.** Actualizado até ao Dec.Lei n. 324/2003, de 27.12, embora contenha um acórdão do STJ de 2007. disponível em <<http://www.portolegal.com/CPPen.htm>>. Acesso em 15 jan. 2011.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.** 4a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

PREUSS, Ulrich K. Constituição e liberdade política. Tradução de Luiz Moreira. *In* SAMPAIO, José Adércio Leite(coord.). **Constituição e crise política.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 1-19.

RIQUERT, Marcelo Alfredo. **El proceso de flagrancia – oralidad, simplificacion y garantias.** Buenos Aires: Ediar, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Federação e Cidadania: 20 Anos.** Palestra no Congresso Nacional de Direito Constitucional – 20 Anos de Constituição Cidadã. 9-10 de abril de 2008. Belo Horizonte – MG.

ROSA, Alexandre Morais. **Decisão penal: a bricolage de significantes.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSA, Alexandre Morais. **Apontamentos críticos na defesa pública da dissertação “A prisão em flagrante no modelo constitucional de processo e a atuação dos sujeitos processuais”**. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, Minas Gerais, 1.º de abril de 2011.

SAINT-HILAIRE, Auguste. **Viagem às nascentes do Rio São Francisco**. São Paulo: Itatiaia, 1975.

SAMPAIO, José Adércio. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. (A)

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Introdução**. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Quinze Anos de Constituição. Quinze Anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 1-6. (B)

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA FILHO, Alberico Alves da. **O Discurso Processual da Ciência Jurídica**. In LEAL, Rosemiro Pereira (org.) Estudos Continuos de Teoria do Vol IV. Porto Alegre: Síntese, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Os Meios e Acesso do Cidadão à Jurisdição Constitucional, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Crise de Efetividade da Constituição Brasileira**. In SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. (Mais) Uma (re)forma solipsista. In BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re) Forma do Processo Penal – comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11690/08 e 11719/08**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Coleção “O que é Isto?”, Vol. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARUFFO, Michele. Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v.36 , p.27-48, jul. 2001.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo. *In* TAVARES, Fernando Horta (coord.). **Urgências de tutela, processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas Constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo. *In* OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de e MACHADO, Felipe Daniel Amorim (org.). **Constituição e Processo – a Contribuição do Processo no Constitucionalismo Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TOLENTINO, Fernando Lage. Ampla defesa e direito ao advogado – da necessidade de participação do advogado para o livre e amplo exercício da defesa. *In* TAVARES, Fernando Horta. **Constituição, Direito e Processo – princípios constitucionais do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 1.º vol. 17a. ed. rev. e atuali. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. **Princípios de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. *In* **Max Weber – Coleção Grandes Cientistas Sociais**. 7.ª ed. 8.ª impressão. São Paulo: Atlas, 2004..

WOLFF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. *In* NOVAES, Adauto (org.). **A crise da razão**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001.