

Coordenadores

**HIGOR VINICIUS NOGUEIRA JORGE**

**WALDIR ANTONIO COVINO JUNIOR**

# Tratado de **INQUÉRITO POLICIAL**

Anderson Pires Giampaoli  
Camilo Pastor Veiga  
Carlos Afonso Gonçalves da Silva  
Édson Luís Baldan  
Fernando David de Melo Gonçalves  
Higor Vinicius Nogueira Jorge  
Joaquim Leitão Júnior  
Leandro Resende Rangel  
Lucas Ferreira Dutra  
Luís Gonzaga da Silva Neto  
Luís Henrique Lima Pereira

Marcelo de Lima Lessa  
Mauro Argachoff  
Miguel Chibani Bakr Filho  
Rafael Francisco Marcondes de Moraes  
Renato Topan  
Tiago Antonio Salvador  
Tristão Antonio Borborema de Carvalho  
Vitor Freitas Andrade Vieira  
Waldir Antonio Covino Junior  
Walter Martins Muller  
William Garcez

2023

# PRISÃO EM FLAGRANTE À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

*Rafael Francisco Marcondes de Moraes<sup>1</sup>*

*Renato Topan<sup>2</sup>*

*William Garcez<sup>3</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

A prisão em flagrante delito constitui medida privativa de liberdade decretada extrajudicialmente e reclama, no limiar da persecução penal, uma série de cuidados com direitos fundamentais dos cidadãos e pronta atuação de operadores do sistema de Justiça Criminal.

1. Mestre e Doutorado em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Professor concursado da Academia de Polícia de São Paulo (Acadepol). Graduado pela Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI). Palestrante e docente em cursos de graduação e pós-graduação. Autor de obras e artigos jurídicos. Delegado de Polícia do Estado de São Paulo.
2. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduado Professor concursado da Academia de Polícia de São Paulo (Acadepol). Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Delegado de Polícia do Estado de São Paulo.
3. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal. Graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Graduado em Técnicas e Táticas Operacionais pela *Key Group Tactical USA*. Professor de Direito Criminal da Graduação e da Pós-graduação da Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA). Professor de Direito Penal, Processo Penal e Legislação Penal Especial em cursos. Autor de artigos e obras jurídicas. Palestrante. Delegado de Polícia do Estado do Rio Grande do Sul.

Trata-se de expressão concebida por meio de uma alusão à origem da palavra “flagrante”, ligada à ideia de algo que está no fogo, no calor da ação<sup>4</sup>, pela chama indicativa da certeza da combustão, de modo que, quando se vê a chama, é indubitável que algo arde<sup>5</sup>, a representar, na aplicação da Justiça Criminal, que o fato ilícito penal ainda “queima” no seio social e apresenta a “certeza visual”<sup>6</sup> de sua ocorrência.

A despeito do ordenamento brasileiro empregar um sistema dicotômico, que elege as palavras “crime” e “contravenção” como espécies do gênero infração penal<sup>7</sup>, e em algumas previsões constitucionais utilizar o vocábulo “delito” como sinônimo de infração penal<sup>8</sup>, consagrou-se a expressão “prisão em flagrante delito”, aplicável para todos os ilícitos penais, com as adaptações e peculiaridades que a legislação especifique, como no tratamento diferenciado da Lei nº 9.099/95, que substitui, em regra, o auto prisional pelo termo circunstanciado, procedimento investigatório para as denominadas infrações de menor potencial ofensivo.

Nesse contexto, com expresse fundamento no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, na prisão em flagrante delito o sujeito é capturado e custodiado por ter sido surpreendido no calor da prática delituosa, enquanto perceptíveis a repercussão social da violação ao direito positivo e o abalo à ordem pública provocados pelo fato criminoso, quando este está ocorrendo ou acabou de acontecer, e o presente artigo busca traçar os requisitos para a decretação dessa medida restritiva da liberdade à luz do vetor constitucional do devido processo legal.

4. MALTA, Tostes. *Do flagrante delicto*. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933, p. 23.

5. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução Santiago Sentús Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 2012, p. 77.

6. ROSA, Inocêncio Borges da. *Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942, v. II, p. 233.

7. Segundo a Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei nº 3.914/1941, art. 1º), crime seria a infração apenada com reclusão ou de detenção, isolada, alternativa ou cumulativamente com multa, enquanto contravenção seria a infração penal apenada, isoladamente, com prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

8. Parcela da doutrina considera os termos “delitos” e “crimes” equivalentes no Brasil, enquanto em outros países, como a Alemanha, adota-se um sistema tricotômico, no qual os “crimes” representam as infrações mais graves, os “delitos” as intermediárias e as contravenções as de menor gravidade (MASSON, Cleber Rogerio. *Direito penal esquematizado - Parte geral*. São Paulo: Método, 2013, p. 175-176).

## 2. PRISÃO EM FLAGRANTE E DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Lei Maior, no inciso LIV de seu artigo 5º, dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, garantia que consubstancia uma cláusula geral, composta por termos indeterminados cujo conteúdo sofre constante evolução e ampliação em seu conceito, motivo pelo qual se releva como um princípio síntese<sup>9</sup>, do qual defluem as demais garantias processuais como a legalidade, o contraditório, a ampla defesa, a proibição de provas ilícitas e a motivação das decisões.

A incidência das garantias processuais penais integrantes do justo processo, na maioria dos casos criminais, torna-se indispensável na sua etapa extrajudicial, de modo que sua inobservância prejudica a higidez do sistema, quando não inviabiliza a promoção da ação penal em juízo, a reclamar uma devida investigação legal<sup>10</sup>, como projeção do devido processo à essa fase policial, sob a perspectiva de que, conquanto dotada de dois instantes, a persecução é, em si, una e indivisível.

Essa devida investigação legal ou devida investigação criminal<sup>11</sup> e as garantias que a integram devem incidir na prisão em flagrante delito, na medida em que esta é materializada em inquérito policial e denota essencial pressuposto para a consecução do processo justo e da dignidade humana<sup>12</sup>, estruturando-se nos seguintes princípios configuradores:<sup>13</sup> 1º) legalidade; 2º) inadmissibilidade de provas ilícitas; 3º) reserva jurisdicional; 4º) investigador natural; 5º) contraditório; 6º) defesa; 7º) não autoincriminação; 8º) paridade

- 
9. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 39-40.
  10. BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR., Salah (coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p.165.
  11. COELHO, Emerson Ghirardelli. *Investigação criminal constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 47-48.
  12. SAMPAIO FILHO, Walter Francisco. *Prisão em flagrante: a aplicação do devido processo legal*. São Paulo: Rideel, 2005, p. 73-74.
  13. BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR., Salah (coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p.169-178.

de armas; 9º) imparcialidade; 10º) presunção de não culpabilidade; 11º) publicidade e; 12º) duração razoável da investigação.

A legalidade, no campo processual penal, impõe o respaldo na lei aos atos realizados, com atenção à repartição constitucional de funções estatais, e se desdobra na vedação às provas produzidas por meio ilícito e na observância das medidas sujeitas à reserva jurisdicional, seja a reserva absoluta, pelo tradicional prévio controle judicial, atribuindo ao Juiz de Direito a primeira e última palavra sobre determinados atos estatais<sup>14</sup>, seja a chamada reserva relativa de jurisdição, que autoriza a adoção de medidas preliminares pelo Estado-investigação (Delegado de Polícia), mas conserva a posterior moderação pelo Poder Judiciário.<sup>15</sup>

Também da legalidade emana a garantia do investigante natural, a demandar que a autoridade presidente da apuração deve ter prévia e expressa atribuição por lei, extraída da justaposição do julgador natural do artigo 5º, inciso LIII da Carta Magna para a etapa extrajudicial, consolidando o princípio do Delegado de Polícia natural<sup>16</sup> que, na prisão em flagrante delito, corresponde à autoridade responsável pelo local da captura, para quem o suspeito capturado deve ser apresentado, incumbida de avaliar e decidir acerca da decretação da custódia e determinar a lavratura do auto prisional correlato, na inteligência dos artigos 290 e 308 do Código de Processo Penal.<sup>17</sup>

Já o contraditório, assegurado aos “acusados em geral” (CF, art. 5º, LV), reclama uma leitura ampliativa para abranger todos os imputados, inclusos os investigados em sede extrajudicial e em suas duas dimensões: tanto o contraditório formal<sup>18</sup>, consubstanciado no direito à participação, quanto o contraditório substancial, sinônimo da ampla defesa, pelo poder de influência, vale dizer, pelo exercício do direito de influenciar no conteúdo da decisão estatal, requerendo a produção de provas e expondo versões e argumentos.

14. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 584.

15. BARBOSA, Ruchester Marreiros. Justa causa constitucionalmente embrionária e a reserva de jurisdição. In: BARBOSA, Ruchester Marreiros; et al. *Polícia judiciária no Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 75-83.

16. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 152.

17. SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 277.

18. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 57.

O direito de defesa engloba a defesa técnica, com assistência por Advogado ou Defensor Público para entrevista reservada, orientações e quaisquer outras manifestações e solicitações que desejar<sup>19</sup>, e a autodefesa, tanto a positiva para exercer o direito de fala e ofertar a versão dos fatos<sup>20</sup>, quanto a negativa, expressa no direito ao silêncio, como uma das vertentes da garantia da não autoincriminação que consiste, em suma, no direito de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.<sup>21</sup>

Também acerca da autodefesa, será particularmente no interrogatório policial que se notabiliza a relevância para o exercício de suas respectivas subdivisões, retratadas no direito de presença (comparecimento físico), no direito de audiência (ser ouvido pela autoridade estatal legitimada) e no direito de postular pessoalmente (formular pedidos à autoridade)<sup>22</sup>, a concretizar a atuação do imputado na persecução criminal.

Do direito de defesa ainda decorrem a garantia da paridade de armas, a exigência de imparcialidade da autoridade investigante e a presunção de não culpabilidade.

A paridade de armas busca um equilíbrio de forças entre a acusação e a defesa em toda a persecução penal, considerando que o órgão acusador inevitavelmente influencia, toma conhecimento e se manifesta nos autos investigatórios, enquanto a defesa nem sempre consegue uma atuação similar, inclusive em sede de prisão flagrancial.<sup>23</sup>

Na mesma linha, pela imparcialidade, o Delegado de Polícia deve se postar em posição equidistante dos que se converterão, na eventual etapa judicial da

---

19. LOPES, Fábio Motta. *Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 133-139.

20. GONÇALVES, Fernando David de Melo; PEREIRA, Luis Henrique Lima. Direito de fala no inquérito policial e sua ressignificação como face da moeda autodefesa do investigado. In: SÃO PAULO. *Revista Arquivos da Polícia Civil - vol. 57*. Academia de Polícia: São Paulo, p. 11-31.

21. QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1-4.

22. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.19.

23. COELHO, Emerson Ghirardelli. *Investigação criminal constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 58.

persecução, nos polos adversos de acusação e de defesa.<sup>24</sup> Para tanto, devem incidir as circunstâncias legais de suspeição e impedimento na presidência de investigação criminal, não se aplicando a incoerente parte inicial do artigo 107 do CPP que dispõe não ser possível opor suspeição às Autoridades Policiais, trecho superado e não recepcionado pela Constituição Federal vigente.<sup>25</sup>

A presunção de não culpabilidade, também conhecida como presunção de inocência, deve ser preservada em seus três enfoques<sup>26</sup>: 1º) como norma probatória, demanda elementos incriminadores, validamente obtidos, que propiciem lastro aos órgãos de investigação criminal para impor ou representar por medidas coativas ou quaisquer reduções de direitos fundamentais; 2º) como norma de tratamento, agregada à dignidade humana, indica o dever do investigado figurar como sujeito de direitos e deveres, não mero objeto da apuração ou da ação penal e; 3º) como norma de juízo, reclama justa causa para embasar a convicção sobre a legitimidade de medidas coativas, em todos os atos decisórios, do Delegado de Polícia ao deliberar sobre o indiciamento de um suspeito em sede de “fundada suspeita”, requisito probatório adiante comentado, para imposição da prisão flagrancial, ou no curso de inquérito policial instaurado por portaria, mediante juízo técnico-jurídico de probabilidade motivado, e também do Magistrado, ao apreciar representações formuladas.

A seu turno, a publicidade, diante da imposição constitucional pelo princípio da publicidade no agir do Poder Público (CF, arts. 5º, LX e 37, *caput*), reformula as classificações que costumam ser elencadas para as características do inquérito policial no sentido de considerá-lo sigiloso como regra, para reconhecê-lo como **procedimento de publicidade restringível**.<sup>27</sup> Admite-se

24. BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR., Salah (coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 175.

25. CABRAL, Bruno Fontenele; SOUZA, Rafael Pinto Marques. *Manual prático de polícia judiciária*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 68-69.

26. MORAES, Maurício Zanóide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 493-494.

27. MORAES, Maurício Zanóide de. *Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira*. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Maurício Zanóide de (Coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 44; BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED

a decretação do sigilo sobretudo para a preservação de direitos individuais e apenas remotamente para a proteção da eficiência dos atos investigatórios.

Por derradeiro, a duração razoável da investigação, também fundada na Carta Magna (art. 5º, LXXVIII), obriga a célere solução da prestação estatal na esfera extrajudicial do inquérito policial, seja o instaurado via portaria, seja o procedimento iniciado por auto de prisão em flagrante delito.

É dever do Poder Público disponibilizar recursos para o desempenho da atividade de polícia judiciária com qualidade e rapidez, desde o atendimento à população para registro de fatos potencialmente delitivos até o desenrolar das apurações com satisfatório lapso temporal para a conclusão dos autos investigatórios.

Essa exegese constitucional estabelece a incidência das garantias processuais penais na fase preliminar de investigação criminal e faz emergir os requisitos para a decretação da custódia flagrancial: de um lado, o estado de flagrância delitiva, de cunho temporal, e do outro a fundada suspeita, de caráter probatório.

### 3. FLAGRÂNCIA DELITIVA: REQUISITO TEMPORAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE

A flagrância delitiva corresponde ao **requisito temporal** ou **circunstancial** identificado nas situações nas quais um indivíduo é considerado em estado flagrancial, arroladas nos incisos do artigo 302 do CPP: 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.

Referidas situações, consideradas espécies ou modalidades de flagrante<sup>28</sup>, constituem hipóteses taxativas de flagrância delitiva, em atenção à legalidade

---

JR., Salah (Coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 173; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JR., Jaime. *Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal.* São Paulo: Juspodivm, 2018, p. 205-210; ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.* Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 249.

28. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 311.

pública. Uma pessoa não pode ser legitimamente presa em flagrante delito se não tiver sido capturada numa dessas circunstâncias, que recebem as denominações doutrinárias a seguir comentadas.

### 3.1 Flagrante próprio

O flagrante próprio, também denominado real, verdadeiro ou perfeito<sup>29</sup> é aquele em que o agente está cometendo a infração penal ou acabou de cometê-la, dos incisos I e II do artigo 302 do CPP. O sujeito é surpreendido realizando a conduta delitiva ou imediatamente após perpetrá-la.<sup>30</sup>

A expressão “está cometendo” do inciso I do artigo 302 do CPP denota que a intervenção estatal (flagrante obrigatório) ou particular (flagrante facultativo) para a abordagem e captura do suspeito ocorre durante a prática criminosa, isto é, concomitante à ação espúria. Não consumada a infração, haverá tentativa, porquanto iniciada a execução do delito, este não se perfez por circunstâncias alheias à vontade do agente (CP, art. 14, II).

Já a locução “acaba de cometê-la” do inciso II do mesmo dispositivo revela uma condição de tempo imediatamente posterior à prática ilícita, quando o infrator é surpreendido entre encerrar a execução e resolver fugir ou se afastar do local do delito.<sup>31</sup>

### 3.2 Flagrante impróprio

A modalidade intitulada flagrante impróprio, também chamada flagrante irreal, imperfeito ou quase-flagrante<sup>32</sup> é a prevista no inciso III, do destacado artigo 302, do CPP, e se configura quando o agente é perseguido e detido, logo após o cometimento da infração. Há autorização legal para considerar o suspeito em estado flagrancial, conquanto já praticada a ação, quando venha a ser capturado por agentes estatais ou particulares que o acoassavam.

29. LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2014, p. 869.

30. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 740.

31. ROSA, Inocêncio Borges da. *Processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942, v. II, p. 235-236.

32. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 312.

Não há o mesmo rigor temporal do flagrante próprio e admite certo intervalo de tempo entre a prática do delito e a captura do sujeito<sup>33</sup>, considerando-se perseguição o encalço sem interrupção, ainda que se perca de vista o suspeito, assim como aquele decorrente de informações fidedignas da direção tomada ou do local pelo qual o perseguido passou (CPP, art. 290, § 1º).

A norma processual penal exige que o acompanhamento do suspeito seja ininterrupto, ainda que não se encontre mais sob a vista do perseguidor e inclusive aliado a indícios e informações do rumo tomado pelo fugitivo e, tendo em vista o quadro tecnológico hodierno e a imensidão dos conglomerados urbanos, não há como exigir que a perseguição seja apenas aquela via percepção visual do suspeito, inclusive por intermédio de dispositivos como rastreadores e aplicativos de localização de veículos e equipamentos eletrônicos como aparelhos de telefonia celular móvel que venham a ser objeto de delitos patrimoniais.

Ademais, não há restrição quanto ao tempo de duração da perseguição, desde que não ocorra solução de continuidade entre o cometimento do delito e o início da perseguição. O tempo transcorrido entre o momento do crime e o da captura pode ser de horas ou até dias.<sup>34</sup>

### 3.3 Flagrante presumido

O flagrante presumido, também chamado de assimilado ou ficto<sup>35</sup> consiste na modalidade do inciso IV do artigo 302 do CPP, na qual o agente é encontrado logo depois de perpetrar a infração, na posse de instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Nesta modalidade, não há exigência de perseguição do suspeito. Pode ser uma mera abordagem casual, como numa fiscalização estatal rotineira em que o suspeito seja surpreendido na posse de objetos ou instrumentos empregados em delito que cometera pouco antes.<sup>36</sup>

---

33. BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 37.

34. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 725.

35. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 312.

36. BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 464.

Assinala-se que, em relação à locução “logo depois”, há quem a diferencie da expressão “logo após” prevista na modalidade do inciso III (“flagrante impróprio”), comentado no subtópico anterior, notadamente pelo lapso temporal.

Tal posicionamento confere ao “logo após” um sentido de duração menor que o “logo depois” e argumenta que a modalidade do inciso III, por estar atrelada à uma “perseguição”, exige uma maior rapidez que a situação do inciso IV, que fala em “encontrar” o suspeito.<sup>37</sup>

Em sentido contrário, sustenta-se pela equivalência cronológica entre as expressões “logo após” e “logo depois”, baseada na concepção de que a imediatez e a pronta reação ao cometimento do delito são critérios comuns nas modalidades de flagrância, não comportando distinções semânticas.<sup>38</sup>

#### 4. FUNDADA SUSPEITA E INDICIAMENTO: REQUISITO PROBATÓRIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

A decretação da prisão em flagrante delito impõe que a suspeita em face do sujeito capturado e conduzido à autoridade responsável em aparente flagrância delitiva seja **fundada**, na força do parágrafo 1º do artigo 304 do Código de Processo Penal.

Uma abordagem dissociada dos direitos fundamentais e mormente das garantias processuais penais, pode levar à interpretação no sentido de que a avaliação acerca da fundada suspeita ocorre após a lavratura do auto prisional em flagrante delito.

Todavia, em especial após o advento da Lei Federal nº 12.830/2013, que passou a exigir expressamente a fundamentação para o indiciamento em seu artigo 2º, § 6º, impende frisar que a decisão que determina a prisão em flagrante delito, exarada no auto prisional, figura como **espécie do gênero indiciamento**<sup>39</sup>, de modo que a **fundada suspeita** é precedida de uma análise técnico-ju-

37. AVENA, Norberto. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 780.

38. SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 271; DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 312.

39. ROSA, Alexandre de Morais da; BERCLAZ, Márcio Soares. Prisões em flagrante não motivadas devem ser anuladas. *Revista Consultor Jurídico*, 4 jun. 2014.

rídica dos fatos, para um **juízo de probabilidade motivado**, consubstanciado na existência de **justa causa** (*fumus commissi delicti*) a fim de decretar ou não a custódia flagrancial.

Destarte, a **fundada suspeita** exprime um **requisito indiciário** ou **probatório** reclamado para a determinação da custódia flagrancial, a ser avaliado agregado ao **requisito temporal**, traduzido em uma das modalidades de flagrância delitiva do artigo 302 do estatuto processual criminal.

Com efeito, por respeito às premissas constitucionais, primeiro deve ser realizado um juízo técnico-jurídico do contexto fático apresentado para, se configurada a fundada suspeita em face do sujeito capturado, só então ser decretada a prisão em flagrante delito mediante formalização do auto prisional correlato.

Trata-se de aferição do **standard informativo**<sup>40</sup> necessário à custódia flagrancial, a partir do tipo de raciocínio probatório exigido do Delegado de Polícia para justificar o ato de privação da liberdade do suspeito capturado, tanto no âmbito de **cognição vertical**, afeta ao grau de profundidade da análise probatória, quanto de **cognição horizontal**<sup>41</sup>, a abranger aspectos legais, convencionais, constitucionais e de critérios axiológicos de justiça a serem valorados na decisão para determinar ou não a prisão em flagrante.

De outro lado, não caracterizada a fundada suspeita, por ausência de elementos concretos suficientes para o juízo de probabilidade próprio do indiciamento (requisito probatório) ou inocorrência de flagrância delitiva (requisito temporal), como regra os fatos devem ser registrados em boletim de ocorrência circunstanciado, esgotando-se as medidas de polícia judiciária cabíveis (apreensões, formalização de oitivas, requisição de exames periciais, etc.) para apuração mais acurada em sede de inquérito policial a ser instaurado via portaria, sem prejuízo para a persecução penal.

A ausência de fundada suspeita, pode inclusive acarretar a nulidade da prisão em flagrante, e contaminar por consequência as provas derivadas.<sup>42</sup>

---

40. MACHADO, Leonardo Marcondes. Standard informativo da prisão em flagrante. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 jul. 2020.

41. CARVALHO, Tristão Antonio Borborema; LEITÃO JR., Joaquim. O nível de cognição do delegado de polícia relativo à profundidade de análise nas deliberações em situações flagranciais. *Meu site jurídico*, Salvador, 21 mai. 2021.

42. STJ, RHC 105.138/MS, Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, DJe 10/04/2019.

Em suma, para a decretação da prisão em flagrante delito, o **requisito temporal (estado flagrancial)** precisa ser conjugado com o **requisito probatório (fundada suspeita)**.

Assinala-se que o indiciamento é considerado o ato decisório pelo qual o Delegado de Polícia manifesta sua convicção jurídica motivada ao imputar a uma pessoa a condição de provável autor ou partícipe da infração penal investigada no inquérito policial<sup>43</sup>, acepção esta decorrente de um enfoque material do instituto. Trata-se do indiciamento propriamente dito, denominado **indiciamento material**.<sup>44</sup>

Enquanto não determinado o indiciamento, o sujeito é tratado como investigado, ou seja, um mero suspeito ou apenas uma parte envolvida no fato apurado, sem definição precisa se há ou não evento potencialmente delituoso a ele imputado. Uma vez deliberado e formalizado o ato, o sujeito passa a ser designado **indiciado** e, de acordo com o convencimento técnico-jurídico justificado da autoridade presidente do inquérito policial, figura então como **provável autor** do fato objeto da investigação criminal. Logo, consiste na transposição de um juízo de possibilidade (mera suspeita) para outro de probabilidade (**fundada suspeita**), lastreado em conjunto indiciário-probatório mínimo revelador da justa causa (*fumus commissi delicti*) para a **decisão de indiciamento**.

Como anotado, a Lei Federal nº 12.830/2013, que cuida da investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia, sedimentou a exigência de deliberação motivada para o indiciamento no parágrafo 6º de seu artigo 2º<sup>45</sup> e, assim, a fundada suspeita, imprescindível para a determinação da prisão em

43. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Uma análise sobre a coerência da jurisprudência do STJ quanto ao tema do indiciamento intempestivo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, mar. 2007.

44. MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2018.

45. SAAD, Marta. *Indiciamento como ato fundamentado da autoridade policial*. Boletim informativo IBRASPP – Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. Ano 03, nº 05, p.19-21, 2013, p.20; ANSELMO, Márcio Adriano. Indiciamento: fundamentação e efeitos. In: ANSELMO, Márcio Adriano; et al. *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 83-96. Oportuno registrar que, na Polícia Civil do Estado de São Paulo, o artigo 5º, da Portaria DGP nº 18/1998, já demandava que o indiciamento fosse determinado mediante despacho fundamentado da Autoridade Policial e, no âmbito da Polícia Federal, antes mesmo da citada Lei nº 12.830/2013, existia obrigatoriedade de motivação para o ato de indiciamento, por força da antiga Instrução Normativa nº 11/2001 (item 89), hoje regulado na Instrução Normativa nº 108/2016 (art. 84).

flagrante delito, como espécie da decisão de indiciamento, reivindica deliberação motivada e implica da mesma maneira o “formal indiciamento” do sujeito, encerrando um juízo de probabilidade calcado no convencimento pela análise jurídica do fato, desenvolvido nos mesmos moldes e com idêntico raciocínio ao do indiciamento exarado no curso de procedimento investigatório iniciado via portaria, conquanto realizado em sede de cognição sumaríssima, pelo qual o indivíduo preso e autuado em flagrante delito passa a figurar como o “provável autor” da infração penal apurada.

Desse modo, na hipótese de prisão flagrancial, o instante do indiciamento e a lavratura dos atos materiais que dele resultam, coincide com a própria elaboração do auto prisional, que também desencadeia a instauração de inquérito policial, servindo como peça inaugural do procedimento investigatório criminal.<sup>46</sup>

Pontua-se que, sob um aspecto formal, além do auto prisional ou da decisão motivada que o determinam, o indiciamento resulta em três peças ou atos: 1<sup>a</sup>) o termo de qualificação e interrogatório do sujeito; 2<sup>a</sup>) as informações acerca de sua vida pregressa; e 3<sup>a</sup>) o boletim de identificação (ou documento equivalente), que pode ser acompanhado da identificação criminal pelo processo datiloscópico caso o indiciado, ainda que apresente documento de identificação civil, esteja nas exceções previstas na Lei Federal nº 12.037/2009, adiante comentadas.

Esse trio de peças integra o intitulado na praxe policial e forense de “formal indiciamento”, resultado do citado indiciamento material que, como visto, consiste na exteriorização da convicção jurídica fundamentada do Delegado de Polícia ao reputar determinada pessoa como provável autor ou partícipe do fato delituoso investigado.

Em síntese, o indiciamento formal é a documentação decorrente do indiciamento material, representado pela manifestação decisória motivada da Autoridade Policial via despacho ou lavratura do auto de prisão em flagrante delito, e o fundamento legal das mencionadas peças resultantes do indiciamento encontra-se no artigo 6º do CPP, em seus incisos V (qualificação e interrogatório), IX (vida pregressa) e VIII (identificação).

---

46. ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 162.

Na deliberação pelo indiciamento, seja no auto de prisão em flagrante seja mediante despacho no curso do inquérito policial, o Delegado de Polícia aponta os elementos fáticos e jurídicos motivadores de seu convencimento quanto à materialidade e autoria delitivas<sup>47</sup>, assim como no que tange à classificação jurídica do fato apurado.<sup>48</sup>

O indiciamento resulta de um conjunto de indícios, consistentes por sua vez nas circunstâncias conhecidas e provadas que, tendo relação com o fato, autorizem, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias (CPP, art. 239).

Como circunstância concreta que demonstra, com grau de probabilidade, a existência de algo, o indício compreende os vestígios, os sinais, as marcas relacionadas ao fato delituoso apurado, que viabilizem a construção legítima de hipóteses acerca da autoria e da dinâmica do evento perscrutado.

Assim, para determinar o indiciamento, os indícios devem ser fidedignos e plurais para justificar a atribuição do fato delituoso apurado a um determinado suspeito<sup>49</sup>, juízo de probabilidade desenvolvido por indução, consubs-

47. MOTA, Juliana Rosa Gonçalves. *Crítica livre: o gongorismo forense que permeia os atos de polícia judiciária – necessidade ou preciosismo*. 2013. 53 p. Monografia (Processo Seletivo de Professor de Redação Oficial) – Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”. São Paulo, 2013, p. 36.

48. No âmbito da Polícia Civil de São Paulo, o artigo 7º da Portaria DGP nº 18/1998, reforça a importância da fundamentação da convicção jurídica do Delegado de Polícia no auto prisional: “Na lavratura do **auto de prisão em flagrante**, a autoridade policial fará constar, no instrumento flagrancial, de maneira minudente e destacada, a comunicação ao preso dos direitos que lhe são constitucionalmente assegurados e, ainda, se este compreendeu-lhes o significado e se desejou exercê-los.

[...]

§ 2º A tipificação da conduta inicialmente atribuída ao preso no auto de prisão em flagrante será objeto de **fundamentação autônoma** na respectiva peça flagrancial, expondo a autoridade policial as **razões fáticas e jurídicas** de seu **convencimento**.

§ 3º Na nota de culpa entregue ao preso, a autoridade policial descreverá a conduta incriminada e indicará o tipo penal infringido” (grifamos). De igual modo, na Polícia Federal, o § 2º do artigo 99 da Instrução Normativa nº 108/2016, remetendo à disciplina do indiciamento (artigo 84, § 3º da Instrução Normativa), exige fundamentação com exposição dos motivos fáticos e jurídicos para a decisão acerca da prisão em flagrante delito. Não sendo caso de lavrar o auto prisional e havendo indícios da prática de crime de atribuição da Polícia Federal, o Delegado de Polícia instaurará inquérito, por portaria, ou encaminhará a notícia-crime à Corregedoria Regional, imediatamente (artigo 99, § 3º).

49. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 988-989.

tanciada no raciocínio que parte de dados particulares (fatos, experiências, enunciados empíricos) e, por meio de uma sequência de operações cognitivas, chega a conceitos e conclusões mais gerais. Segue orientação dos efeitos à causa, das consequências ao princípio, da experiência à teoria.<sup>50</sup> Em resumo, parte de um aspecto particular, revelado no conjunto de indícios, projetado para uma concepção geral, representada pela inferência obtida e pelo conhecimento da regra de experiência fundamentada.

Como se nota, no raciocínio indutivo a conclusão é extraída de uma ideia particular para uma geral. A concepção particular compreende a premissa menor e consiste no indício (circunstância conhecida e provada) que, aplicada a uma ideia geral (premissa maior), expressa na regra de experiência (presunção – o que normalmente acontece), resulte em uma conclusão acerca do fato investigado. Quanto mais indícios identificados, maior será a robustez da conclusão, vale dizer, o juízo de probabilidade que define a decisão de indiciamento.

Vale lembrar que a mencionada Lei nº 12.830/2013 (art. 2º, § 6º) assentou o indiciamento, isto é, a manifestação do juízo de probabilidade pela convicção jurídica motivada, como ato privativo do Delegado de Polícia, razão pela qual não pode ser requisitado por Autoridade Judicial ou por agente de órgão ministerial.<sup>51</sup>

Nesse sentido, posicionamento do Supremo Tribunal Federal:<sup>52</sup>

O **indiciamento** de alguém, **por suposta** prática delituosa, **somente** se justificará, **se e quando** houver indícios mínimos, que, **apoiados** em base

---

50. HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001, p. 1608.

51. SAAD, Marta. Indiciamento como ato fundamentado da autoridade policial. *Boletim informativo IBRASPP – Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal*. Ano 03, nº 05, 2013, p. 21; LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Impetus, 2013, p.111. É também a posição sintetizada na Súmula nº 5, do I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo – Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal: “O indiciamento policial é ato privativo do Delegado de Polícia e exclusivamente promovido nos autos de inquérito policial adrede instaurado, devendo ser necessariamente antecedido de despacho circunstanciado contendo os fundamentos fáticos e jurídicos da decisão, bem como a completa tipificação provisória da conduta incriminada”. Referido posicionamento também se pacificou nos Tribunais Superiores, tanto no STF (HC nº 115.015/SP, 2ª Turma, Min. Teori Zavascki, j. 27/08/2013) quanto no STJ (RHC nº 47.984-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 04/11/2014).

52. STF, Informativo 323, 03/10/2003, Inq 2.041-MG, Rel. Min. Celso de Mello.

empírica idônea, **possibilitem** atribuir-se, **ao mero suspeito**, a autoria do fato criminoso.

Se é inquestionável que o ato de indiciamento **não pressupõe** a necessária existência **de um juízo de certeza** quanto à autoria do fato delituoso, **não é menos exato** que esse ato formal, de competência exclusiva da autoridade policial, **há de resultar**, para legitimar-se, **de um mínimo probatório** que torne possível reconhecer que determinada pessoa **teria** praticado o ilícito penal.

**O indiciamento não pode**, nem deve, **constituir um ato de arbítrio** do Estado, **especialmente** se se considerarem as **graves** implicações morais e jurídicas **que derivam** da formal adoção, no âmbito da investigação penal, dessa medida de Polícia Judiciária, **qualquer** que seja a condição social **ou funcional** do suspeito.

Outrossim, pela leitura constitucional do instituto, identificam-se reflexos da ampla defesa e do contraditório na investigação criminal, tendo em vista que, por meio do indiciamento, há expressa ciência do conjunto probatório coligido e será uma oportunidade para o indiciado ofertar sua versão (autodefesa), constituir advogado (defesa técnica), requerer diligências ou mesmo intentar medidas judiciais (defesa exógena). O indiciamento constitui um marco a partir do qual uma série de deveres e direitos, notadamente o direito de defesa, pode e deve ser exercida.<sup>53</sup>

Da mesma maneira que o Delegado de Polícia determinará o indiciamento quando reputar que o sujeito investigado é o provável autor do fato delituoso perscrutado, não o fará se entender que o conjunto probatório coligido seja insuficiente para afirmar tal juízo de probabilidade. Assim também procederá quando vislumbrar circunstâncias que afastem a responsabilidade penal do suspeito, como a presença e o reconhecimento provisório de causas excludentes de tipicidade, de ilicitude ou mesmo de culpabilidade, consignando tais situações por meio de manifestação fundamentada em histórico de boletim de ocorrência circunstanciado, sobretudo em se tratando de possível estado flagrancial delitivo, assim como no curso do inquérito policial, via despacho decisório motivado, ou ainda no corpo do relatório final do procedimento investigatório criminal, exaurindo as providências que o caso prático reclamar.

---

53. SAAD, Marta Cristina Cury. Indiciamento como ato fundamentado da autoridade policial. *Boletim informativo do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP)*. Ano 03, nº 05, 2013, p.20.

Nesse contexto, importante destacar que a contemporânea doutrina penal e processual penal tem superado argumentação no sentido de que a Autoridade Policial deveria realizar apenas um superficial juízo de tipicidade da conduta do indivíduo investigado, sem ingressar na ilicitude do fato apurado ou na culpabilidade do agente, discurso que não admite, por exemplo, o reconhecimento de discriminantes pelo Delegado de Polícia ou a manifestação de juízo de valor motivado acerca do enquadramento jurídico do quanto apurado no relatório final do inquérito policial ou por ocasião da decisão sobre uma prisão em flagrante delito.

Referidos entendimentos, com a devida vênia, são incompatíveis com a ordem constitucional e carecem de justificativas idôneas, visto que a avaliação jurídica do Delegado de Polícia, conquanto provisória ao processo judicial, encontra-se no mesmo patamar da análise da acusação ao formar sua opinião e intentar a ação penal ou pedir arquivamento do procedimento investigatório criminal, e também do juízo proferido pelo Magistrado ao final, quando prolatada decisão após a instrução judicial, que poderá se tornar definitiva com o trânsito em julgado.

Ademais, a apreciação de um fato determinado, objetivando definir seu contorno jurídico e aferir se há subsunção a alguma infração penal exige a ponderação sobre todos os elementos do delito. A divisão entre os elementos do crime possui cunho meramente didático, para se pesquisar o seu conceito analítico, porém a avaliação é indivisível e integral, baseada no fato perquirido e em todos os seus elementos constitutivos, razão pela qual não há e nem poderia existir previsão legal que restrinja a análise pelo Delegado de Polícia a um raso juízo de tipicidade.

Frisa-se que constitui dever legal do Delegado de Polícia avaliar a presença e reconhecer eventuais excludentes de ilicitude, porquanto não há crime quando o sujeito age sob o manto da discriminante, hermenêutica advinda da literalidade do artigo 23, *caput*, do Código Penal, assim como da incidência dos princípios e garantias constitucionais da dignidade humana, da legalidade, da presunção de não culpabilidade e mesmo do senso comum.<sup>54</sup>

---

54. Na doutrina, trata-se de posição acompanhada por diversos autores: Adriano Marrey (1991, p. 386-387); Alexis Couto de Brito, Humberto Barrinuevo Fabretti e Marco Antonio Ferreira Lima (2012, p. 237-238); Caetano Paulo Filho (2010, p. 71-72); Eduardo Augusto Paglione (2007); Eduardo Luiz Santos Cabette (2011); Fabio Henrique Fernandez de Campos (2016, p. 315-327); Fernando Capez (2012, p. 327); Francisco Sannini Neto (2014,

Logo, em sede de aparente flagrância delitiva, o reconhecimento provisório de qualquer das causas discriminantes pela Autoridade Policial é medida de rigor a ser adotada, suplantando desacertada cogitação de prisão em flagrante delito, que inclusive consubstancia ato ilegal nos casos em que os elementos coligidos indiquem a situação justificante.

Idêntica postura será adotada para hipóteses de exclusão da tipicidade, notadamente na falta de tipicidade material nos casos de aplicação do princípio da insignificância, se presentes seus requisitos, vale lembrar, conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva<sup>55</sup>, já que, se o fato é atípico para o Juiz de Direito, também pode assim se apresentar e ser reconhecido pelo Delegado de Polícia.<sup>56</sup>

---

p. 192); Guilherme Madeira Dezem (2016, p. 316); Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2014, p. 730), Henrique Hoffmann Monteiro de Castro (2017, p. 67-71); José Damião Pinheiro Machado Cogan (1999), Laudelina Inácio da Silva e Adriano Sousa Costa (2014, p. 29); Márcio Alberto Gomes Silva (2014, p. 226-227), Marino Franceschi (2014, p. 39); Rafael Francisco Marcondes de Moraes (2018, p.250-256); Silvio Maciel, Rogério Sanches Cunha e Luiz Flávio Gomes (2011, p. 138), Taís Bee Wittée Neerzow (2014, p. 68), Thales Flores Taipina (2018, p. 259-265), Waldir Antonio Covino Junior (2012, p. 62-69), Walter Francisco Sampaio Filho (2005, p. 97) e Wilson Luiz Palermo Ferreira (2016, p. 361-362). Exegese também enunciada na Súmula nº 6, do I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo – Repercussões da Lei 12.830/13 na Investigação Criminal: “É lícito ao Delegado de Polícia reconhecer, no instante do indiciamento ou da deliberação quanto à subsistência da prisão-captura em flagrante delito, a incidência de eventual princípio constitucional penal acarretador da atipicidade material, da exclusão de antijuridicidade ou da inexistência de conduta diversa”.

55. Requisitos destacados em julgamento paradigmático do Supremo Tribunal Federal (RHC nº 115.490/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. 21.05.2013. A Corte Suprema já identificava tais vetores para se aferir a insignificância em outros julgados, com destaque para o HC nº 84.412/SP, de 19/10/2004, cujo relator foi o Min. Celso de Mello.
56. MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado – parte geral*. São Paulo: Método, 2013, p. 36; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 546; TAIPINA, Thales Flores. *Flagrante e prisão*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 250-252; TEODORO, Frediano José Momesso. A aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial. *Boletim IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 24, nº 284, dez. 2016, p. 14-15; KHALED JUNIOR, Salah Hassan; Rosa, Alexandre Moraes da. Delegados relevantes e lesões insignificantes: a legitimidade do reconhecimento da falta de tipicidade material pela autoridade policial. *Justificando*, São Paulo, 25 nov. 2014; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia. In: CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro de; et al. *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 47-53; LIMA, Murillo Ribeiro de. Princípio da insignificância e sua aplicação pelo delegado de polícia. In: CHAVES, José Mário (Org.). *Tópicos essenciais de direito criminal*. Juiz

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se em julgado de Recurso em *Habeas Corpus* que absolveu réu em caso de furto de bagatela, decisão unânime na qual foi louvada a atitude do Delegado de Polícia, ao reputar aplicável o princípio da insignificância e não decretar a prisão em flagrante mas que, entretanto, houve discordância de entendimento jurídico por parte do agente ministerial, que ofereceu denúncia, desencadeando a ação penal e a condenação pelas instâncias ordinárias do Judiciário Estadual.<sup>57</sup>

No tocante à culpabilidade, seja pelo conceito tripartido da teoria do delito, na qual ela é tida como elemento do crime, seja pelo conceito bipartido, segundo o qual seria pressuposto para a aplicação da pena, é inegável que sua avaliação também é admissível e necessária por parte do Delegado de Polícia, inclusive no tocante ao reconhecimento motivado de eventuais excludentes.<sup>58</sup>

De acordo com o elemento da culpabilidade aferido pela Autoridade Policial, há providências legais específicas a serem adotadas já na etapa extrajudicial da persecução criminal.

---

de Fora/MG: Editar, 2017, p. 205-230; MACHADO, Leonardo Marcondes. Flagrantes de bagatela: mais um caso de prisão sem delito. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 12 fev. 2020; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delicto constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 250-256; MOREIRA, Carlos Eduardo Lamas; MOREIRA, Sérgio Luís Lamas. O princípio da insignificância e sua aplicação pelo delegado de polícia. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Coord.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática*. São Paulo: Letras jurídicas, 2016, p. 340-341; NICOLITT, André. O delegado de polícia e o juízo de tipicidade: um olhar sob a ótica da insignificância. In: *Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 130-131; FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. As alternativas processuais penais ao alcance do delegado de polícia diante da não configuração de um ou mais elementos do crime: aspectos pontuais. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso (Coord.). *Temas processuais penais da atualidade: doutrina e prática*. São Paulo: Letras jurídicas, 2016, p. 353-360; OLIVEIRA, Daniela Lelis Botelho de. A aplicação do princípio da insignificância pelos delegados de polícia na atualidade: panorama e reflexões. In: IBRAHIM, Francini Imene Dias; BELIATO, Araceli Martins (Org.). *Direito policial: temas atuais*. Salvador: Juspodivm, 2021, p.99-119; RANGEL, Carlos Eduardo. *Poder punitivo, polícia judiciária e democracia: reflexões contemporâneas sobre a atividade de investigação criminal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020, p. 280; TAIPINA, Thales Flores. *Flagrante e prisão*. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2018, p.250-252. XAVIER, Luiz Marcelo da Fontoura. *Constitucionalização da investigação policial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020, p. 330-334.

57. STJ, RHC nº 126.272-MG, 6ª T., Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 01/06/2021.

58. BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antonio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 237-238.

A título de exemplo, na hipótese de menoridade do agente investigado, uma das causas de exclusão da imputabilidade e por consequência da culpabilidade (CF, art. 228 e CP, art. 27), o Delegado de Polícia deliberará de acordo com o regramento peculiar do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), que estabelece implicações legais diferenciadas à criança ou ao adolescente ao qual se atribua determinada conduta descrita como crime ou contravenção penal, legalmente designada ato infracional (ECA, art. 103).

Ainda quanto à imputabilidade, o Delegado de Polícia, no caso de dúvida acerca da integridade mental do investigado, por aparente doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (CP, art. 26), ou decorrente da dependência de droga (Lei nº 11.343/2006, art. 45), representará pelo exame pericial para avaliação da sanidade mental (CPP, art. 149, § 1º), que pode ser cumulado com medida cautelar de internação provisória nas hipóteses de risco de reiteração de delitos com violência ou grave ameaça (CPP, arts. 319, VII e 282, § 2º), inclusive por ocasião da decretação e conexas lavratura do auto de prisão flagrancial.

Recorda-se que o afastamento da prisão em flagrante em virtude do reconhecimento de excludentes pelo Delegado de Polícia exige embasamento probatório e elementos concretos que evidenciem sua verossimilhança e configuração, e não significa deixar de formalizar e investigar os fatos. A Autoridade Policial determinará registro circunstanciado, fundamentando sua decisão e promovendo todas as providências cabíveis para perscrutar o evento e inferir a verdade atingível pelo respeito aos limites legais.

Oportuno enfatizar que a deliberação e a convicção jurídica da Autoridade Policial, conquanto não vinculem a Autoridade Judicial nem a acusação, pública ou particular, tampouco a defesa, também particular ou estatal, servirão de diretriz primordial para o prosseguimento ou não e para o deslinde de eventual ação penal.

Tais juízos decorrentes da análise do fato investigado ilustram a necessária independência técnico-jurídica do Delegado de Polícia, prerrogativa garantida pela autonomia intelectual para interpretar o ordenamento jurídico e decidir, com imparcialidade e isenção, de modo fundamentado.<sup>59</sup>

---

59. MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; LESSA, Marcelo de Lima; SAYEG, Ronaldo Augusto Comar Marão. Independência técnico-jurídica do delegado de polícia e ilícito de hermenêutica. São Paulo, *Consultor Jurídico*, 15 mar. 2022.

A independência técnico-jurídica do Delegado de Polícia reforça a aplicação do princípio da motivação pelo sistema da liberdade na apreciação das provas<sup>60</sup>, consentâneo à livre convicção motivada (ou persuasão racional), pela qual há autonomia na apreciação legal dos elementos probatórios pelos órgãos públicos julgadores, sem escala de valores entre as provas coligidas, desde que a decisão seja devidamente fundamentada.<sup>61</sup>

Nessa vertente de raciocínio, ganha força o ato decisório do Delegado de Polícia para avaliar e determinar a instauração de inquérito policial, visto que a sua paralisação por via judicial é medida excepcional.<sup>62</sup>

#### 4.1 Etapas da prisão em flagrante delito

Apesar da ausência de distinção e do pouco cuidado redacional na legislação processual penal ao tratar da prisão em flagrante delito, a segregação provisória extrajudicial se divide em três etapas bem específicas: 1ª) **abordagem, captura e condução coercitiva** (“**prisão-captura**”); 2ª) **decretação e formalização** (“**prisão-custódia**”, “**prisão-formalização**” ou **prisão flagrancial propriamente dita**) e; 3ª) **encarceramento** (ou “**prisão-recolhimento**”).<sup>63</sup>

---

60. A base do referido sistema da liberdade da apreciação das provas reside no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, e no artigo 155, do CPP, no tocante às Autoridades Judiciais, também aplicável às Autoridades Policiais, prestigiando a motivação nas manifestações estatais e a indispensável independência técnico-jurídica nos atos de polícia judiciária. Esse entendimento foi reforçado pela Lei nº 13.655/2018, que incluiu disposições na LINDB, e em especial o artigo 20, que exige que sejam consideradas as consequências práticas nas decisões estatais, e que a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta.

61. LESSA, Marcelo de Lima. *A independência funcional do delegado de polícia paulista*, 2012, p. 4; LESSA, Marcelo de Lima; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; LESSA, Marcelo de Lima; SAYEG, Ronaldo Augusto Comar Marão. *Independência técnico-jurídica do delegado de polícia e ilícito de hermenêutica*. São Paulo, *Consultor Jurídico*, 15 mar. 2022.

62. “(...) – O trancamento de inquérito policial pode ser excepcionalmente determinado em sede de ‘habeas corpus’, quando flagrante – em razão da atipicidade da conduta atribuída ao paciente – a ausência de justa causa para a instauração da ‘persecutio criminis’.” (HC 71.466/DF, Rel. Min. Celso de Mello).

63. SANTOS, Cleopas Isaías; ZANOTTI, Bruno Taufner. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 348-349.