

CURSO DE DIREITO

Vinícius Azevedo Massulo

NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO EM FLAGRANTE E SUAS MODALIDADES

Santa Cruz do Sul
2016

Vinícius Azevedo Massulo

NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO EM FLAGRANTE E SUAS MODALIDADES

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Ms. Rui Prediger
Orientador

Santa Cruz do Sul
2016

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso, do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC - considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, do acadêmico Vinícius Azevedo Massulo, adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 31 de maio de 2016.

Prof. MS. Rui Prediger
Orientador

Ao meu filho Lorenzo, minha inspiração para buscar um mundo mais justo.

Perder tempo em aprender coisas que não interessam, priva-nos de descobrir coisas interessantes.

(ANDRADE, C. D. de. O avesso das coisas – aforismos)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais pelo incentivo e apoio no decorrer de mais essa etapa de minha vida.

Aos demais familiares e amigos, pela paciência e amparo em todos os momentos, pois não raras vezes tiveram que se abster de minha companhia para que fosse possível a confecção dessa monografia.

A todos os professores e colegas do curso de Direito, por todos os ensinamentos e amizades que dispuseram para a construção do meu atual conhecimento.

Em especial, ao meu professor orientador Rui Prediger, por ter aceitado a missão de orientar a elaboração do presente trabalho, muito obrigado pela confiança, disposição e pelos ensinamentos transmitidos.

Por fim, a todos àqueles que, de alguma forma, contribuíram para a realização desta importante conquista, os meus mais sinceros agradecimentos.

RESUMO

O presente trabalho monográfico trata do tema “a natureza jurídica da prisão em flagrante e suas modalidades”. Pretende-se, à luz da literatura recente e relevante a propósito da situação em tela, analisar, discutir e apresentar os principais aspectos teóricos que envolvem essa problemática. Para tanto, utiliza-se a metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura, fichamento e comparação das teorias dos principais autores do Direito que tratam desse problema. Partiu-se da análise acerca dos aspectos históricos da prisão, bem como de suas diferentes espécies, diferenciando o sujeito ativo e passivo da prisão em flagrante. Prosseguiu-se com uma discussão sobre qual a atual natureza jurídica da prisão em flagrante, comparando-a com concepções de legislações anteriores de nosso país, assim como um breve estudo em relação à forma que outras nações tratam o assunto. Por fim, analisaram-se as modalidades de flagrante e suas diferenças à luz do Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Processo Penal; Prisão em Flagrante; Natureza Jurídica; Modalidades.

ABSTRACT

This monograph deals with the theme "the legal nature of the prison in the act and its modalities." It is intended, in the light of recent and relevant literature regarding the situation on the screen, analyze, discuss and present the main theoretical aspects involved in this issue. Therefore, it uses the literature search methodology which consists basically in reading, book report and comparison of theories of the main authors of the law whom address this problem. It started from the analysis about the historical aspects of the prison, as well as their different species, differentiating the active subject and the passive prison in the act. It continued with a discussion of what the current legal status of the prison in the act, comparing it to the previous conceptions of legislation of our country, as well as a brief study regarding the way the other nations treat the subject. Finally, was analyzed the terms of the act and their differences in the light of the Criminal Procedure Code.

Keywords: Criminal Procedure; Flagrant arrest in; Legal nature; Modalities.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|-------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 2 | PRISÃO EM FLAGRANTE: CONCEITO, SUJEITO ATIVO, SUJEITO PASSIVO | 11 |
| 2.1 | Aspectos históricos sobre prisão | 11 |
| 2.2 | Conceito de prisão e suas espécies | 13 |
| 2.2.1 | Prisão penal | 14 |
| 2.2.2 | Prisão processual..... | 15 |
| 2.2.3 | Prisão civil | 16 |
| 2.2.4 | Prisão administrativa | 18 |
| 2.2.5 | Prisão disciplinar | 19 |
| 2.2.6 | Prisão para averiguação | 21 |
| 2.3 | Sujeito ativo..... | 21 |
| 2.4 | Sujeito Passivo | 23 |
| 3 | ABORDAGEM HISTÓRICA E ATUAL DA NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO EM FLAGRANTE..... | 28 |
| 3.1 | Aspectos históricos acerca do fundamento da prisão em flagrante | 28 |
| 3.1.1 | Fundamento anterior..... | 29 |
| 3.1.1 | Fundamento atual..... | 30 |
| 3.2 | A prisão em flagrante no nosso ordenamento jurídico | 31 |
| 3.3 | Novas regras estabelecidas com o advento da Lei 12.403/2011..... | 34 |
| 3.4 | Natureza jurídica | 37 |
| 3.4.1 | Natureza de ato administrativo | 38 |
| 3.4.2 | Natureza de prisão cautelar..... | 39 |
| 3.4.3 | Natureza de medida pré-cautelar | 41 |
| 4 | MODALIDADES DE FLAGRANTE | 44 |
| 4.1 | Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal..... | 44 |
| 4.2 | Flagrante próprio | 46 |
| 4.3 | Flagrante impróprio | 47 |
| 4.4 | Flagrante presumido | 49 |
| 5 | CONCLUSÃO | 51 |
| | REFERÊNCIAS | 55 |

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira vive atualmente um momento complicado, diante do aumento significativo da criminalidade, a qual assombra o país, merecendo uma reflexão aprofundada sobre a eficácia do sistema processual penal vigente.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 foram garantidos inúmeros direitos individuais, referidos como fundamentais, como a liberdade e a igualdade. Nesse sentido tem-se uma preocupação muito grande em garantir que sejam obedecidas todas as formalidades legais quando se trata em cercear a liberdade de uma pessoa.

No atual Estado Democrático de Direito em que vivemos não podem mais ser admitidas nenhuma forma de arbitrariedade ou abuso de poder por parte do Poder Público, ou, mesmo, seus agentes que atuam em seu nome. Sendo a liberdade um bem jurídico tutelado expressamente por diversas normas legais, em especial na nossa Lei Maior.

O respeito aos direitos e garantias individuais visa garantir a mínima intervenção do Estado de forma a termos uma convivência pacífica e ordeira, portanto tem relevante importância para o âmbito jurídico processual de nossa coletividade e trata-se de assunto significativo no meio acadêmico

O presente trabalho de pesquisa se propõe a discutir o tema com relação à prisão em flagrante, a qual requer constante acompanhamento às alterações legislativas e jurisprudenciais, visto que o flagrante dá início à persecução penal, mais precisamente à fase de investigação preliminar necessária para a colheita de informações que irão subsidiar a posterior ação penal.

No entanto para melhor delimitar o tema, esse trabalho terá como foco a análise da natureza jurídica da prisão em flagrante desde suas origens mais remotas conhecidas até a época atual. Servindo de base também, o estudo das modalidades de flagrante doutrinariamente estabelecida.

Ao encontro disso será adotado, para parâmetros de abordagem, o método hermenêutico de abordagem, através da interpretação da lei no seu contexto social e histórico, bem como seus aspectos temporais e culturais.

Dividir-se-á esta monografia em três capítulos. A abordagem do tema justamente tem seu início pela parte conceitual fornecida pela doutrina. No primeiro capítulo desta monografia será descrito as concepções sobre o flagrante, conceitos relevantes sobre o referido tema. Assim como, estudaremos o sujeito ativo e passivo

do flagrante para poder identificar com clareza quais pessoas poderão figurar como parte nesta relação, analisando as ressalvas à regra ilustrada pela doutrina que discorre sobre o assunto.

No segundo capítulo, apresenta-se a natureza jurídica da prisão em flagrante, a qual sofreu diversas mudanças com o passar dos anos, apresentando um retrospecto histórico da prisão em flagrante no direito brasileiro, passando desde a época colonial até as constituições que vigoraram em nosso território. Ainda, de forma a entender como surgiu à atual concepção sobre o tema transcorrido, será feito um breve estudo do assunto nas legislações em outros países de continentes e épocas diversas.

E o terceiro capítulo fará distinções acerca das modalidades de prisão em flagrante dispostas em nosso ordenamento jurídico, ou seja, flagrante próprio, impróprio e presumido, explanando as características que os diferenciam. Por conseguinte faremos uma reflexão sobre o disposto na súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, a qual discorre acerca do flagrante preparado e as consequências jurídicas de sua incidência.

Assim, passaremos à análise do que foi explanado, buscando maiores aprofundamentos que nos ajudem a entender qual a atual natureza jurídica da prisão em flagrante e estudar suas modalidades.

2 PRISÃO EM FLAGRANTE: CONCEITO, SUJEITO ATIVO, SUJEITO PASSIVO

2.1 Aspectos históricos sobre prisão

Ao estudar a prisão, devemos conhecer suas origens de forma a entender como seus aspectos históricos contribuíram para sua atual caracterização frente à sociedade em que vivemos.

A prisão possui origens históricas, quase imemoráveis, havendo no Gênesis passagem que retrata sobre o referido assunto. Inicialmente, destinava-se a conter animais irracionais e, após, os homens “irracionais”. Por conseguinte, não havia distinção entre os mesmos, os quais eram presos pelos pés, pescoço, ou qualquer parte que fosse possível de acorrentá-los. Os homens eram tratados como os animais, emparedados, aferrolhados, subestimados.

Na Antiguidade era prática comum o acusado de cometer um crime ser expulso de seu grupo, retirando este da convivência a fim de evitar que influenciasse atitudes negativas dos demais membros daquele grupo. Com o surgimento de sociedades um pouco mais organizadas, a punição ao infrator passou a ter caráter de repreensão, objetivando a aplicação da pena de morte, os presos eram torturados enquanto aguardavam o momento de seu julgamento.

Na Grécia Antiga era comum a prisão dos devedores para que fossem quitadas suas dívidas, a fim de garantir o crédito os presos serviam de escravos para os seus credores. Esta prática possuía de início caráter privado, mas tornou-se pública com a intenção de amedrontar o devedor, forçando-o a quitar seu débito, consistindo uma forma de penalidade civil.

Na Idade Média, havia a pena eclesiástica adotada pela Igreja Católica, com intuito de punir os monges pelos seus pecados, sendo que para isso ficavam isolados em celas para refletir sobre seus atos contrários ao que disciplinava o dogma cristão. A Igreja não admitindo penas de morte, teve remota importância para as penas privativas atualmente estabelecidas, as quais tinham intenção de penitenciar o infrator para que este se reabilitasse ao convívio com seus semelhantes.

Já na Idade Moderna, devido à crise socioeconômica que afetava a Europa, resultando em milhares de pessoas na situação de mendicância e extrema pobreza, muitas vezes sendo necessário cometer delitos para poder sobreviver e alimentar-se, foi necessário implementar mecanismos para coibir esses atos.

Sendo, por conseguinte, utilizados castelos para que fossem recolhidas as pessoas consideradas “vadias” e os que cometessem crimes menos graves. Esta prática foi concebida como legal e difundida por muitos países os quais se valiam deste meio para tentar disciplinar e corrigir aqueles que ali estavam.

Assim, criaram-se as casas de correção, as quais chegaram até o Brasil, primeiramente na província de São Paulo no século XVIII, após, sendo seguido o modelo nas demais províncias do país.

No século XIX, com o início da Revolução Industrial, surgiram máquinas a vapor em substituição ao trabalho braçal, gerando assim um grande aumento da taxa de desemprego. Consequentemente houve um aumento da população carcerária, tornando o cárcere à principal forma de punição aplicada no mundo todo. Diante da realidade da época, os pensadores passaram a projetar um novo método de tratamento visando a não reincidência criminosa e diminuição do número de detentos.

Após, com a passar dos anos houve a edição da Declaração dos Direitos Humanos e a Revolução Industrial, trazendo consigo o término do sistema penal antigo e criando os direitos e garantias inerentes aos acusados de cometerem delitos.

Quando na época do aumento da população carcerária, tornava-se mais difícil a guarda dos presos, então o homem de forma imediata cercou de muros as prisões, utilizando cavernas, fossas, túmulos, transformando tudo em prisões. Foi a maneira mais prática de controlar os presos, entretanto gerou incontáveis casos de abusos que foram se tornando inaceitáveis.

Diante das atrocidades cometidas, havia um clamor por mudanças, as quais vieram com ideias de regeneração e recuperação do homem, de pronto, estas não triunfaram, em razão das limitações carcerárias que inspiram solidão e desespero.

Inúmeras vezes foram filmadas e fotografadas atrocidades ocorridas no interior das prisões, de maneira que de nada valeram os civilizados protestos, motins, greves de fome, incêndios e insubordinações, sucedidos nessas instituições desalmadas (BRANCO, 1988).

Depois, surgiram as denominadas prisões abertas, com presos soltos nos mais diferentes espaços físicos, visando uma tentativa de menor interferência na liberdade individual e maior eficácia na ressocialização daquele que transgride a norma.

Não há divergência quanto à nocividade da prisão, onde o tabaco, o jogo, os

tóxicos, o álcool e até mesmo o próprio corpo, se tornam um meio de obtenção de vantagens e induz a reincidência dos atos criminosos.

Contribui ao estudo Branco (1988, p. 10):

o problema das prisões provisórias ainda continua sem uma solução definitiva, expondo, muitas vezes, os acusados, desnecessariamente, ao regime deletério dos cárceres, apesar da presunção de inocência que os beneficia.

Através de verdadeiras condenações antecipadas, impõem-se medidas ruins e desnecessárias de restrição à liberdade individual, que vão atingir, diretamente, a honra, a família, e o patrimônio do homem.

Já, no século XX, surgiram as ideias de ressocialização transformando a finalidade da pena restritiva de liberdade, buscando uma reeducação do preso, que deveria ser reintegrado na sociedade para que não voltasse a delinquir.

2.2 Conceito de prisão e suas espécies

Antes de falarmos especificamente sobre quaisquer conceitos doutrinários, definiremos prisão. Sendo esta qualquer restrição ou privação da liberdade de ir e vir, mediante clausura, podendo ocorrer em diversos locais, como por exemplo, uma penitenciária, ou mesmo, dentro de uma casa. A palavra prisão deriva do latim *prensione* que significa prender. Indistintamente, indica o lugar onde alguém fica segregado, capturado, detido (BRANCO, 1988).

Sobre o conceito de prisão, Mirabete (2007, p. 361) dispõe que:

a prisão em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal. Entretanto, o termo tem significados vários no direito pátrio, pois pode significar a **pena privativa de liberdade** [...] o ato da **captura** (prisão em flagrante ou em cumprimento de mandado) e a **custódia** (recolhimento da pessoa ao cárcere). Assim, embora seja tradição no direito objetivo o uso da palavra em todos esses sentidos, nada impede se utilize os termos **captura** e **custódia**, com os significados mencionados em substituição ao termo **prisão**. (Grifado no original).

Podemos conceituar prisão como sendo uma privação da liberdade de ir e vir, decorrente de flagrante delito ou ordem escrita e devidamente fundamentada por autoridade judiciária competente, podendo está ocorrer ao final de um processo, ou, mesmo, durante as investigações dos fatos.

Consoante o esboçado, leciona Nucci (2014, p. 761) ao conceituar prisão:

é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do

recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

A prisão possui mais de uma espécie conforme estudaremos a seguir, sendo elas: prisão penal, prisão processual, prisão civil, prisão administrativa, prisão disciplinar e a prisão para averiguação, sendo a última inconstitucional.

2.2.1 Prisão penal

Também denominada pela doutrina como “prisão-pena”, é aquela decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível, transitada em julgado, quando não cabe mais debate sobre a pena a ser imposta, respeitando o devido processo legal. Não havendo natureza processual.

Nesse sentido, ilustra Capez (2013, p. 313):

prisão-pena ou prisão penal: é aquela imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, trata-se da privação da liberdade determinada com a finalidade de executar a decisão judicial, após o devido processo legal, não qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade. Não tem finalidade acautelatória, nem natureza processual. Trata-se de medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado. (Grifado no original).

É o sofrimento imposto a alguém pelo Estado, como retribuição ao mal que foi anteriormente praticado, a fim de restabelecer a ordem pública. Por mais que não se queira admitir, a pena é uma forma de castigo que afasta o indivíduo do convívio social, restando este segregado, ao mesmo tempo em que serve como meio para intimidar os demais a não cometerem crimes ou contravenções.

Muito se estuda a pena com finalidade principal de reeducar, reinserir, reintegrar, ressocializar o condenado à comunidade. Contudo, nosso atual sistema penitenciário está em crise e sem estruturas mínimas de manter os presos de forma a viver com dignidade, muito menos ressocializar os apenados.

Na prática, o que se vê é que a prisão não tem nenhum pouco de função educativa, como deveria ser. Deste entendimento, têm-se as palavras de Tourinho Filho (2013, p. 437):

[...] o cárcere não tem função educativa; é simplesmente um castigo, e,

como já se disse, esconder sua verdadeira e íntima essência sob outros rótulos é ridículo e vitoriano. As nossas casas de detenção e penitenciárias são verdadeiras universidades do crime, já se disse também. Os condenados vivem ali como farrapos humanos, castrados até à esperança. Daí as diversas fugas, tentativas de fugas e as inúmeras rebeliões. Nem sequer há colchões para serem postos no chão [...]

Devido à fragilidade do sistema penal brasileiro a tendência hoje é deixar a pena privativa de liberdade para os crimes mais graves. Restando aos delitos de menos e médio potencial ofensivo, outras medidas que não ensejam prisão, como por exemplo, as medidas restritivas de direitos, a suspensão condicional do processo e a transação penal.

O que se busca na prática é uma política criminal de mínima interferência na liberdade individual das pessoas, conforme relata Tourinho Filho (2013, p. 441):

[...] uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena, cada vez maior do cárcere. Essa filosofia importa, obviamente, na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

2.2.2 Prisão processual

Conhecida também, por prisão sem pena, como o próprio nome já diz, possui natureza processual, destinada a assegurar o correto andamento da investigação criminal; processo penal; garantir futura execução da pena; ou, ainda, impedir que alguém pratique mais delitos estando solto.

Visa garantir os fins do processo, sendo um meio de auxiliar este, viabilizando assim uma melhor e mais eficaz persecução penal.

Entre a persecução penal e a sentença penal transitada em julgado há um risco de ocorrerem eventos que possam comprometer a atuação jurisdicional ou prejudicar gravemente a eficácia do julgado. Consequentemente existe a necessidade de medidas acautelatórias que, no mínimo, diminuam esse perigo. Sendo, portanto, medidas urgentes que visam evitar que a sentença não mais satisfaça aos seus interesses (FERNANDES, 2012).

Muitas vezes, erroneamente, com o clamor social ou a gravidade do delito, os quais, por si só, não ensejam a aplicação destas medidas acautelatórias, as pessoas discordam do judiciário quando de sua atuação nos casos em concreto.

Depende exclusivamente do preenchimento dos pressupostos: *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Sendo empregada nas hipóteses de prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária.

Só cabe quando satisfeitos os requisitos referidos, de forma fundamentada pelo magistrado, demonstrando a urgência e, também, ser incabível sua substituição por outra medida cautelar menos gravosa.

Ao referir-se a prisão processual, o doutrinador Capez (2013, p. 314) ensina:

[...] nada tem que ver com a gravidade da acusação por si só, tampouco com o clamor popular, mas com a satisfação de necessidades acautelatórias da investigação criminal e respectivo processo. [...] há casos em que não se pode aguardar o término do processo para, somente então, privar o agente de sua liberdade, pois existe o perigo de que tal demora permita que ele, solto, continue a praticar crimes, atrapalhe a produção de provas ou desapareça, impossibilitando a futura execução. Compreende três hipóteses: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária.

Ainda, após as alterações introduzidas pelas Leis 11.719/2008 e 12.403/2011, não há mais que se falar em prisão por sentença condenatória recorrível e, nem mesmo, em virtude de prisão decorrente da pronúncia. Sendo que, a partir das referidas normas, só cabe prisão processual quando demonstrados os requisitos emergenciais os quais lhe autorizam e, na conjectura, de não haver possibilidade de sua substituição por outra medida cautelar.

Assim sendo, enfatiza Capez (2013, p. 314):

não existe mais prisão cautelar obrigatória, estando está condicionada à análise dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva. Por essa razão, foram revogados: o art. 594 do CPP, que mandava recolher à prisão o condenado reincidente ou portador de maus antecedentes; e os arts. 393, I a II, e 595 do CPP, que consideravam deserta a apelação com a fuga do réu.

2.2.3 Prisão civil

É uma medida do Estado de forma a compelir alguém sob coação executiva ao cumprimento de uma obrigação decorrente da esfera civil, possuindo origens históricas, consoante afirma o juiz federal Cardoso:

a prisão civil, como todas as formas de prisão extrapenal, constitui uma medida excepcional e é utilizada como um meio de coerção para o devedor cumprir a obrigação. Suas origens remontam ao Código de Hamurabi, que admitia a prisão como garantia do pagamento. A Lei romana das XII Tábuas também previa a reclusão do devedor, pelo prazo de 60 dias, findo o qual poderia ter seu corpo cortado em tantos pedaços quantos fossem os seus

credores. Com a Lex Poetelia Papiria, de 326 a.C., também em Roma, o pagamento da dívida passou a ser possível somente por meio da busca de bens no patrimônio do devedor, não mais admitindo a execução pessoal.

Encontra respaldo jurídico na Constituição Federal brasileira em seu artigo 5º, LXII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Consoante a Constituição Federal havia dois casos que ensejavam prisão civil: para o devedor de alimentos e para o depositário infiel. Contudo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça adotaram o entendimento de que não cabe mais a prisão para o depositário infiel.

Por conseguinte, foi editada a Súmula 419 do STJ: “descabe a prisão civil do depositário infiel” e a Súmula Vinculante 25 do STF: “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

O Brasil foi signatário do *Pacto de San José da Costa Rica*, sendo que este foi aprovado e, posterior, promulgado pelo Decreto nº 678/1992, o qual vedou a prisão civil do depositário infiel, permitindo somente na questão de dívida alimentar.

O Supremo Tribunal Federal referiu sobre a aplicação da norma mais favorável em razão da convenção americana de direitos humanos ao vedar expressamente a prisão do depositário infiel, consoante o Habeas Corpus nº 90450:

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. - Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. [...] A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. [...] HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma

de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. HC nº 90450, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Celso de Mello, julgado em 23/09/2008, DJe 06/02/2009, p. 316-355. (Grifado no original).

Portanto, perdura no nosso ordenamento jurídico apenas a prisão civil para o devedor de pensão alimentícia com finalidade de forçá-lo a pagar o que deve e, não puni-lo, visando a direito a vida do alimentando, o qual prevalece sobre o direito à liberdade.

A execução da prestação de alimentos segue o rito previsto no Código de Processo Civil, cabendo prisão quando o alimentante deixar de quitar três prestações devidas, conforme Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça que dispõe: “o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo”.

Quanto ao tempo de duração da prisão, o novo Código de Processo Civil, em vigor, prevê em seu artigo 528, § 3º que o juiz decretará a prisão de um a três meses:

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses. (Grifo próprio).

2.2.4 Prisão administrativa

É uma medida coativa utilizada para forçar alguém ao cumprimento de uma obrigação de direito público. A prisão administrativa é aquela decretada por autoridade administrativa por motivo de ordem meramente administrativa e com fins administrativos.

Esta espécie de prisão era admissível até a entrada em vigor da lei 12.403/2011, a qual alterou o artigo 319 do Código de Processo Penal que previa as hipóteses de cabimento da prisão administrativa, sendo agora tratado na aludida disposição, as medidas cautelares diversas da prisão.

Igualmente, foi revogado os § 1º ao 3º do artigo 319, o qual enunciava antes das alterações oriundas da referida lei:

Art. 319 A prisão administrativa terá cabimento:

I – contra remissos ou omissos que entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam;

II – contra estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional;

III – nos demais casos previstos em lei.

§ 1º A prisão administrativa será requisitada à autoridade policial nos casos dos ns. I e III, pela autoridade que a tiver decretado e, no caso do n. II, pelo cônsul do país a que pertença o navio.

§ 2º A prisão dos desertores não poderá durar mais de três meses e será comunicada aos cônsules.

§ 3º Os que forem presos à requisição de autoridade administrativa ficarão à sua disposição.

Atualmente, com as alterações e revogações dispostas na lei 12.403/2011, não se admite falar em prisão administrativa, restringindo assim, os casos de cerceamento da liberdade individual das pessoas.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem admitido à prisão administrativa, conforme ilustra Capez (2013, p. 317):

prisão administrativa: é aquela decretada por autoridade administrativa para compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação. Esta modalidade de prisão foi abolida pela nova ordem constitucional. Com efeito, o art. 319 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. Em sentido contrário, o STF já entendeu que ainda cabe à prisão administrativa do estrangeiro, durante o procedimento administrativo da extradição, disciplinado pela Lei n. 6.815/80, desde que decretada por autoridade judiciária. **ASSIM, DESDE QUE IMPOSTA POR JUIZ, TEM-SE ADMITIDO, A NOSSO VER SEM RAZÃO, A PRISÃO ADMINISTRATIVA DO EXTRADITANDO.** (Grifado no original, grifo próprio).

2.2.5 Prisão disciplinar

Nossa Carta Magna em seu artigo 5º, LXI, expressamente prevê esta espécie de prisão: “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”. Trata-se, portanto de uma exceção a regra imposta aos militares.

A atividade militar possui muitas peculiaridades, as quais diferenciam de todas as outras profissões quanto a sua natureza jurídica. Em vista disto, desfruta de tratamento jurídico específico, com regras próprias.

Acerca do regime jurídico diferenciado, dispõe Vasconcelos:

o regime jurídico do militar é *sui generis*, dotado de características, direitos e deveres diferenciados em relação aos servidores públicos civis. Este sistema de normas tenta adequar as peculiaridades militares em face das necessidades trabalhistas, administrativas, previdenciárias e operacionais, ao mesmo tempo em que cria regras de responsabilização para o caso de violação dos padrões estabelecidos. (Grifado no original).

Este regime administrativo ímpar acaba por exigir muito empenho psicológico, dedicação integral e exclusiva ao serviço. Impondo preceitos rígidos de disciplina e hierarquia.

A disciplina é a rigorosa submissão e obediência as leis, normas, regras, preceitos éticos e quaisquer disposições que deva ser cumprida. Enquanto, a hierarquia é a ordenação de alguma autoridade em seus diferentes níveis, dentro do meio das forças armadas.

A ideia de prisão disciplinar está diretamente interligada com a coercibilidade que se pretende extrair, com fins de haver uma observância aos preceitos disciplinares e hierárquicos.

Nossa Lei Maior refere que nos casos de crime militar ou de transgressão disciplinar será possível a prisão, sem necessidade de mandado judicial, sendo executada por autoridade militar competente.

Alguns doutrinadores debatem sobre a constitucionalidade desta espécie de prisão, utilizando a prevalência o princípio da dignidade da pessoa humana como forma de limitar a aplicação de penas disciplinares de cerceamento da liberdade. Através de um escalonamento dos princípios constitucionais eles concluem que a liberdade das pessoas não pode ser afetada de forma disciplinar, pois isto afrontaria o princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, não há dúvidas quanto às restrições impostas à aplicação de punições disciplinares, as quais devem orientar-se conforme os princípios e outras garantias estabelecidas na própria Constituição Federal. Sobre o referido, pontifica Vasconcelos:

como forma específica de garantir um julgamento justo aos acusados, a Constituição Federal exige o devido processo legal para a aplicação das punições, em consonância com a máxima efetividade dos direitos e garantias individuais. Uma vez que a restrição da liberdade pode redundar na violação desses direitos, a sua aplicação deve ser interpretada a partir de outros princípios que induzem a uma maior necessidade de formalização, de modo a assegurar ao militar eventualmente punido o máximo possível de garantias. Esta é a verdadeira lógica do sistema, em que os princípios interagem e chegam a um ponto ótimo dentro do caso concreto.

Consoante foi ilustrado, apesar de haver minoria de estudiosos que divergem,

a supremacia dos doutrinadores, entendem ser constitucional e legal a prisão disciplinar para os casos de transgressões militares e crimes militares.

2.2.6 Prisão para averiguação

Privar momentaneamente a liberdade de locomoção de alguém, excetuadas as hipóteses de flagrante ou quando houver ordem escrita do juiz competente, com fins de investigação é totalmente inconstitucional (CAPEZ, 2012).

A citada modalidade apresentada era na época dos governos militares largamente utilizadas para fins investigativos pelos órgãos responsáveis. Consistia em restringir a liberdade dos cidadãos de se locomoverem sem haver alguma investigação a seu respeito.

É um procedimento que perdeu espaço, pois restou desgastado com o passar dos anos, devido aos direitos e garantias individuais oriundos da Constituição Federal de 1988. Não cabe mais a polícia civil ou militar deter pessoas na via pública e levá-las a local diverso para averiguá-las. Ressalta que o Estado continua a ter o poder de polícia para abordar pessoas, solicitando sua identificação e verificando sua situação, no mesmo local onde houve a referida abordagem (NUCCI, 2011).

Além de inconstitucional e ilegal, a prisão para averiguação configura o crime de abuso de autoridade previsto na lei 4.898/1965:

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

- a) à liberdade de locomoção;**
 - b) à inviolabilidade do domicílio;
 - c) ao sigilo da correspondência;
 - d) à liberdade de consciência e de crença;
 - e) ao livre exercício do culto religioso;
 - f) à liberdade de associação;
 - g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
 - h) ao direito de reunião;
 - i) à incolumidade física do indivíduo;**
 - j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.
- (Grifo próprio).

2.3 Sujeito ativo

Aquele que efetua a prisão em flagrante é denominado como sujeito ativo da prisão em flagrante, tendo nosso ordenamento jurídico disposto que esta qualidade alcança a todos os cidadãos. Na lavratura do auto de prisão em flagrante o sujeito ativo, o qual efetuou a prisão, passa-se a ser chamado de condutor.

Ao interpretarmos o artigo 301 do Código de Processo Penal extraímos a

ideia de sujeito ativo e sujeito passivo da prisão em flagrante, sendo aquela qualquer pessoa do povo legítima para efetuar a prisão em flagrante. Dispõe o ilustrado artigo: “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

Se for um simples cidadão a estes caberá a possibilidade de ardeste proceder, demonstrando deste modo uma *facultas agendi*. Contudo, sendo o sujeito ativo a autoridade policial ou algum de seus agentes, a estes caberão o dever legal de efetuarem a prisão do autor da infração, podendo ser responsabilizados caso assim não procederem. Os casos de omissão podem gerar, conforme o caso concreto, penalização com sanções administrativas e, por vezes, sanções penais se ficar demonstrado que o agente cometeu o crime de prevaricação.

Salienta-se ainda, que não há impedimento de que a própria vítima possa ser o pólo ativo da prisão. Havendo ainda, disposição legal do artigo 307 do Código de Processo Penal que cuida dos casos em que o próprio ofendido, sendo esta autoridade, leva a efeito o flagrante.

Para diferenciar poder/dever de prender em flagrante o agente que comete o ilícito, temos as palavras de Rangel (2009, p. 683):

cria-se, assim, dois tipos de flagrante: o *flagrante facultativo*, quando se tratar de qualquer do povo; e o *flagrante coercitivo*, quando se referir às autoridades policiais e seus agentes. Ou seja, no facultativo, o flagrante recebe a natureza jurídica de um exercício regular do direito, pois a qualquer indivíduo é lícito prender quem quer que seja encontrado nas situações previstas no art. 302 do CPP. Porém, no flagrante coercitivo, a natureza jurídica muda, passando a ser um estrito cumprimento do dever legal. Entretanto, devemos observar que a criação da *ação controlada*, prevista no art. 2º, II, da Lei nº 9.034/95, é uma exceção à regra do art. 301 do CPP quando se refere às autoridades policiais e seus agentes. (Grifado no original).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul referiu sobre a obrigatoriedade imposta à autoridade policial e a seus agentes de prender quem se encontre em flagrante delito, pois estes possuem o chamado dever legal. Sobre isso, informa a apelação crime nº 70057620353/RS, p. 67:

Ementa: APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. PRELIMINAR. PRISÃO EM FLAGRANTE POR POLICIAL CIVIL EM RODOVIA FEDERAL. **Afastada a preliminar arguida, pois, conforme artigo 301 do CPP, as autoridades policiais têm o dever de prender indivíduos em flagrante delito.** [...] A autoria, embora negada pelo réu, restou demonstrada pela convergência das declarações dos policiais, que relataram, minuciosamente, a investigação feita com o nome do acusado. Os registros das interceptações telefônicas demonstram o

esquema de entrega e transporte de drogas gerenciado pelo réu, condutas previstas na Lei de Drogas. Condenação mantida. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. Manutenção da pena, pois exasperada em elementos concretos. [...] RECURSO DESPROVIDO. Apelação Crime Nº 70057620353, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 13/03/2014, DJ 10/04/2014, p. 67. (Grifado no original, grifo próprio).

Necessário entendermos o conceito de autoridade e agentes da autoridade para sabermos quais pessoas incumbe o dever legal de efetuar a prisão. Sendo a autoridade o titular e portador dos direitos e deveres do Estado, não tendo personalidade, mas fazendo parte da pessoa jurídica Estado. Divergem alguns doutrinadores, discorrendo a maioria deles que para o Código de Processo Penal autoridade policial é o delegado de polícia.

Contudo, todos os funcionários públicos detêm de certa autoridade, sendo está, geralmente definida em lei, pois na administração pública a lei estabelece quem é competente para fazer cada função. Se o agente responsável por determinado ato administrativo não tiver competência para fazê-lo, este será anulável. Portanto, um policial militar atuando na preservação e manutenção da ordem pública é autoridade para aqueles atos, assim como um diretor de uma escola é autoridade nos assuntos referentes à escola em que dirige, bem como todas as funções administrativas exigem autoridade competente para cada ato a ser executado.

Quanto aos agentes da autoridade policial, que dispõe o Código de Processo Penal, tem-se a ideia de servidores que não possuem a autoridade, mas sim agem a mando ou de forma a auxiliar aqueles. Enquadrando nesse contexto os membros das forças públicas auxiliares da autoridade policial.

2.4 Sujeito Passivo

É o indivíduo detido em qualquer uma das situações de flagrância, ou seja, a pessoa que está cometendo ou acaba de cometer uma infração penal; é perseguido logo após ou encontrado logo depois de praticar o ilícito penal.

Ao falarmos do sujeito passivo da prisão em flagrante devemos analisar com atenção o artigo 301 do Código de Processo Penal, pois este usa o termo: “quem quer que seja encontrado em flagrante delito”, entretanto tal regra é relativa, visto que possui ressalvas, como veremos adiante.

Discorre o doutrinador, Avena (2009, p. 781), sobre o conceito de sujeito

passivo e suas ressalvas diferenciando pelas categorias de pessoas:

quanto ao sujeito passivo, é, em princípio, todo aquele que for surpreendido em quaisquer das situações mencionadas no art. 302 do CPP. Ressalvamos, porém, algumas categorias de pessoas que, pela *sua própria condição*, em razão da *função que exercem* ou até mesmo em face da *natureza do crime* em que flagradas, recebem tratamento diferenciado [...] (Grifado no original).

Acerca das pessoas que não podem figurar no pólo passivo do flagrante temos as exceções a seguir apresentadas, conforme entendimento doutrinário segmentado:

- a) Os menores de 18 anos de idade: dividindo crianças e adolescentes, pois aqueles, os quais possuem até doze anos incompletos, não podem jamais sujeitar-se a privação da liberdade decorrente da prática de ato infracional, somente será cabível, à criança que praticar tais atos, a apresentação ao Conselho Tutelar ou, mesmo, à Justiça da Infância e da Juventude, para estes verificarem a necessidade de aplicação de medida de proteção adequada ao caso. Sendo, porém, adolescente, dos doze anos completos até os dezoito incompletos, é possível que sejam apreendidos em flagrante pela prática de ato infracional e encaminhados à autoridade policial, a qual tomará oitiva dos envolvidos e, após, liberará o adolescente ou apresentará ao Ministério Público no prazo limite de até vinte e quatro horas.
- b) Presidente da República: somente pode ser detido e preso ao cometer um crime comum após sentença penal condenatória do Supremo Tribunal Federal, ou pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade. Portanto, consoante o artigo 86, § 3º, da Constituição Federal, não está exposto à prisão em flagrante.
- c) Governador do Estado: não existe previsão legal que impede a prisão provisória destes, contudo algumas Constituições Estaduais assim prevêm. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou em decisão que imunidade aos Governadores de Estados deve ser concedida somente pela União Federal, pois se trata de matéria privativa desta. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça de forma divergente assim entendeu ao julgar o Habeas Corpus nº 2.271/PB:

EMENTA: CRIMINAL. GOVERNADOR. PRISÃO EM FLAGRANTE. INSTAURAÇÃO DE INQUERITO.
I - E DA COMPETENCIA ORIGINARIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PROCESSAR E JULGAR GOVERNADOR DE ESTADO (CONSTITUIÇÃO, ART. 105, I, A), CABENDO AO RELATOR DO FEITO PRESIDIR O RESPECTIVO INQUERITO E UTILIZAR-SE DA POLICIA FEDERAL PARA PROCEDER AS DILIGENCIAS INVESTIGATORIAS.

II - EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA, E APLICAVEL AOS GOVERNADORES A REGRA, SEGUNDO A QUAL, NAS INFRAÇÕES COMUNS, NÃO ESTARÃO SUJEITOS A PRISÃO, ENQUANTO NÃO SOBREVIER SENTENÇA CONDENATORIA (CONSTITUIÇÃO, ARTS. 25 E 86, PAR. 3.).

III - HABEAS CORPUS CONCEDIDO, EM PARTE, PARA RELAXAR A PRISÃO DO PACIENTE, MANTIDO O RESPECTIVO AUTO DE PRISÃO COMO PEÇA INFORMATIVA DO INQUERITO. HC 2.271/PB, Corte Especial, Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Jose Candido de Carvalho Filho, Relator para Acórdão Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 09/12/1993, DJ 05/09/1994, p. 23.002. (Grifo próprio).

d) Magistrados e membros do Ministério Público: só poderão ser presos em flagrante delito por cometerem crime inafiançável, e, neste caso, deverão ser apresentados, logo após a lavratura do auto, ao Presidente do Tribunal de Justiça quando forem juízes, ou ao Procurador-Geral de Justiça ou da República quando se tratar de membros do Ministério Público.

e) Membros do Congresso Nacional: da mesma maneira, somente cabe flagrante para a ação delituosa de crimes inafiançáveis. Caso em que, após a lavratura do auto, encaminhamento do preso à respectiva casa legislativa para a mesma deliberar sobre a prisão. Por conseguinte, utiliza-se a mesma prática para os deputados estaduais, pois conforme a Constituição Federal de 1988, estes gozam das mesmas inviolabilidades e imunidades dos membros do Congresso Nacional.

f) Diplomatas Estrangeiros: representa o governo de seu Estado junto ao governo brasileiro, como os embaixadores, decorrente da Convenção de Viena de 1961, a qual foi ratificada no nosso país, profetizando a inviolabilidade dos agentes diplomáticos, do mesmo modo que seus familiares e os funcionários dos órgãos internacionais em atividade. A imunidade referida é aplicada extensivamente aos chefes de Estado ou seus representantes quando em visita a serviço do governo aos países estrangeiros. Todavia, aos cônsules, a imunidade fica restrita aos atos de atividades funcionais, não os eximindo nos demais casos da possibilidade de ser presos em flagrante.

g) Agente que presta socorro à vítima após acidente de trânsito: não importará flagrante em conformidade com o disposto no artigo 301 da lei 9.503/1997, que dispõe: “ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela”.

h) Indivíduo que se apresenta espontaneamente à autoridade: consoante o artigo 304 do Código de Processo Penal, para que haja prisão em flagrante é necessário que o indivíduo seja apresentado à autoridade, não dispondo o legislador da

situação de quem se apresenta espontaneamente, portanto incabível lavratura de flagrante nessa hipótese. Somente poderão ocorrer outros tipos de prisão provisória neste contexto, como a decretação da prisão preventiva por exemplo.

i) Advogado: o artigo 7º, § 3º, da lei 8.906/1994 estabelece que: “o advogado somente poderá ser preso em flagrante por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo”. Portanto em se tratando de crimes inafiançáveis e estando atuando como advogado, independentemente de ter procuração juntada aos autos, o advogado não poderá ser preso em flagrante. Porém, nos casos em que o advogado exceder os limites de sua profissão não estará protegido, de forma a sujeitar-se às regras gerais da prisão em flagrante.

j) Autor de infração de menor potencial ofensivo: a lei 9.099/1995 estabelece em seu artigo 61 que: “consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”. A estas infrações penais não se exigirá fiança, tampouco, será lavrado flagrante quando o autor assumir o compromisso de comparecer ao Juizado Especial Criminal quando solicitado, contudo em caso de negativa a assumir este compromisso, estará sujeito à lavratura da prisão em flagrante com as mesmas formalidades estabelecidas no Código de Processo Penal.

k) Posse de drogas (artigo 28 da Lei 11.343/2006): a doutrina não é unânime ao definir a natureza de crime ou não das condutas descritas no artigo 28 da Lei 11.343/2006, que dispõe: “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar [...]”. Parte da doutrina classifica como infração penal *sui generis*, ou seja, se difere das infrações administrativas, assim como se distingue de crime por não possui previsão de pena privativa de liberdade. Entretanto, outros estudiosos defendem se tratar de crime, pois a própria lei inseriu as condutas do artigo 28, no capítulo referente aos crimes e penas, também alegam que não ocorreu a descriminalização da conduta, bem como cabe ao juiz criminal aplicar as sanções previstas na aludida norma. Cabe ressaltar, que como não há previsão de pena privativa de liberdade, não se importará da mesma maneira, a prisão em flagrante de indivíduo flagrado na posse de drogas. Portanto, caso o autor assumira o compromisso de comparecer no Juizado Especial Criminal será lavrado o Termo Circunstanciado no local dos fatos, porém havendo recusa a desta forma

proceder não caberá prisão em flagrante, sendo a pessoa imediatamente liberada.

Passar-se-á a seguir a estudar a abordagem histórica e atual da natureza jurídica da prisão em flagrante.

3 ABORDAGEM HISTÓRICA E ATUAL DA NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO EM FLAGRANTE

3.1 Aspectos históricos acerca do fundamento da prisão em flagrante

Ao decorrer dos anos, percebe-se uma nítida mudança no fundamento da prisão em flagrante, porquanto, no passado não muito distante, ressalvados os casos de insignificância da pena, ou afiançáveis, o cidadão surpreendido em situação de flagrância continuava preso até a sentença final. Também, ao requerer liberdade provisória aguardava por um tempo demasiado, pois a decisão sobre concessão do benefício era postergada em diversas oportunidades. Antes, falava-se que a prisão em flagrante satisfazia e acalmava a opinião pública, a qual estaria abalada pelo cometimento do delito, resultando em uma maior confiança e credibilidade na autoridade e na própria lei.

Mais antigamente ainda, na época da Idade Média, havia o sistema inquisitivo, no qual todo acusado, em regra, permanecia preso, uma vez que se presumia que o mesmo dificultava a investigação dos fatos reputados como verdadeiros. Hoje, prevalece o sistema acusatório, tendo como característica a liberdade do acusado, baseada no princípio da inocência e de que ninguém é considerado culpado até o trânsito em julgado por sentença irrecorrível, sendo assim a prisão processual, a exceção.

Com a evolução do direito, foram feitas duras críticas a natureza jurídica da prisão em flagrante, pois restringir a liberdade individual, direito fundamental, sem o trânsito em julgado seria um risco muito alto. Se, na instrução criminal, as provas esmorecer ou faltar à ilicitude, como ficaria o tempo de prisão cumprido, seria ato desumano infringindo o princípio da inocência.

Dois princípios devem seguir de base para a aplicação da prisão do indiciado, são eles: o princípio da eficiência na aplicação da lei penal e o da presunção da inocência.

As prisões cautelares nos tribunais internacionais são muito peculiares, variando de país a país, contudo o que encontramos presente em quase todos os ordenamentos jurídicos do mundo são os princípios que regem a prisão.

Decorre do princípio da presunção de inocência a ideia da prisão cautelar como exceção, como bem ilustra Gemaque (2011, p. 205):

[...] portanto, resulta claro que a prisão cautelar é uma exceção, pois a regra é a prisão definitiva, após o transcurso do processo, com ampla produção de provas que confirme as suspeitas iniciais e com o respeito ao devido processo legal. Isto porque é de fundamental importância o respeito ao princípio da presunção da inocência, de reconhecida aplicação internacional.

3.1.1 Fundamento anterior

Na época da promulgação do Código de Processo Penal, em 1941, a doutrina era unânime em não discordar da medida de prender alguém quando este viesse a delinquir. Tratava-se a prisão em flagrante como uma necessária autodefesa da coletividade devido a repulsa ao crime, impulso natural de proteger a segurança do todo.

Com exceção dos casos de insignificância da pena, ou afiançáveis, os presos deveriam ficar detidos até o seu julgamento ao final do processo. Na época dizia-se que a prisão daquele surpreendido em flagrante satisfazia e tranquilizava a opinião pública, a qual estaria abalada pelo cometimento do ilícito, e, por conseguinte, restaurava a confiança nas leis e autoridades.

O que se buscava era um ajustamento de condutas, objetivando maior eficiência e energia do ente Estatal frente às ações criminosas. Priorizava o bem comum mesmo que para isso fosse necessário restringir a liberdade de ir e vir de determinada pessoa.

O pensamento no período não visualizava como restrição à liberdade de locomoção, nem como medida arbitrária, mas sim como um “mal necessário” que se justificava pelo impulso natural de repulsa ao crime em prol da segurança da coletividade.

Tourinho Filho (2013, p. 491) coloca que:

[...] permitindo a lei se detenha o criminoso no momento em que delinque ou acaba de fazê-lo, o Direito sanciona e legitima um impulso natural e necessário de defesa da coletividade, determinado pelo sentimento de repulsa ao procedimento violador das normas de coexistência social. Na doutrina, e até mesmo nas legislações, não existia qualquer discordância quanto à salutar medida de prender alguém no instante mesmo em que estivesse praticando uma infração penal.

Contudo, todas as legislações democráticas existentes consagram o direito fundamental à liberdade, sendo difícil afirmar que alguém é culpado de um delito sem uma sentença penal transitada em julgado, advinda de autoridade competente para tal ato, portanto seria uma antecipação de pena que pode acabar violando a

liberdade individual assegurada em leis e tratados internacionais.

A prisão provisória não é pena, portanto só deve ser admitida nos casos onde seja imprescindível seu uso. A pena como sanção só deve ser aplicada após a apuração de sua responsabilidade, antecipá-la é medida desumana, cruel e não observa o já consagrado princípio da inocência.

Nosso atual ordenamento jurídico não admite indenização ao indivíduo que ficou provisoriamente preso e depois restou posto em liberdade. Nossa Carta Magna em seu artigo 5º, LXXV, prevê que: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Em vista disso, decorre a ideia de que prisões cautelares não são abrangidas pelas hipóteses de indenização.

Entretanto, a doutrina não é unânime em dizer que não poderá ser pleiteada indenização quando não houver condenação e o acusado ter sido preso provisoriamente, verificando-se estudiosos que debatem sobre a abrangência das indenizações nessas situações.

3.1.1 Fundamento atual

Atualmente, a prisão em flagrante se justifica como conveniente medida acautelatória da prova da autoria do fato e de sua materialidade. Se na situação de flagrância existem provas evidentes quanto ao fato criminoso e sua autoria, é verossímil a detenção daquele que foi surpreendido cometendo a infração penal.

Nossa Lei Maior consagra o princípio da presunção da inocência, nesse contexto leciona Tourinho Filho (2013, p. 488):

na década de 70 houve profundas alterações em nosso ordenamento processual, talvez por tardia influência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão anunciada em Paris, em 1948, em que se proclamava, dentre outros direitos, o da presunção da inocência, que, na Carta de 1988, passou a ser dogma constitucional. De sorte que, atualmente, a prisão em flagrante, malgrado se trate de certeza visual do crime, não é encarada com aquele rigorismo anterior, sobretudo em face do princípio de que ninguém pode ser considerado culpado antes de uma sentença penal condenatória irreversível.

Ainda nos casos em que não se admite a liberdade provisória, a manutenção do cárcere é medida inaceitável, em razão de que o cidadão não pode antecipadamente cumprir pena, e como flagrante não é pena, não poderá ser mantido preso sem eventual condenação.

Portanto, a prisão em flagrante possui caráter cautelar e sua conversão em prisão preventiva só se justifica nas hipóteses de haver um caráter cautelar desta, o qual existirá somente nos casos em que a prisão for fundamentadamente necessária para: preservar a instrução criminal ou na hipótese de assegurar a aplicação da lei penal.

Com exceção dos casos mencionados, a prisão restaria verdadeira antecipação de pena, contrariando o disposto na Constituição Federal, que em seu artigo 5º, LVII, estabelece: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O que, erroneamente, ocorre no consenso popular é relacionar que aquele que for surpreendido cometendo um delito deverá ser preso em represália pela forma que agiu, ou seja, pelo mal que fez. Havendo no pensamento dos leigos a relação de que a todo crime deve ser imposta pena de prisão, de forma a vingar-se pelo mal praticado.

Enfatiza-se, a natureza jurídica da prisão em flagrante é medida cautelar, pré-cautelar ou de ato administrativo, conforme posicionamentos doutrinários, mas jamais será antecipação de pena. E desta forma precisa ser encarada, para não cometermos o mesmo erro de quem não lhes cabe interpretar a lei.

3.2 A prisão em flagrante no nosso ordenamento jurídico

O Estado, a fim de garantir os direitos assegurados pela lei, necessita aplicar algumas medidas restritivas da liberdade humana, sendo estas justificadas em prol da sociedade como um todo, visando interesses sociais predominantes, e não, somente a mera detenção dos autores de delitos para eventual aplicação da sanção estatal.

Ressalta-se, que quaisquer restrições individuais, além de seguir as formalidades contidas no ordenamento jurídico de nosso país, deve ainda obedecer todas as normas de direitos internacionais assinadas ou ratificadas. Conforme aponta Machado (2010, p. 205):

[...] o art. 5º, § 2º, da Lei Maior, expressamente, incorpora ao seu rol de direitos e garantias fundamentais aqueles direitos e princípios decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. É dizer, os direitos e garantias expressos nos tratados internacionais de direitos humanos compõem mesmo o rol de direitos e garantias do art. 5º da Constituição Federal brasileira. Têm, portanto, o caráter de normas

constitucionais, asseguradas em favor dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país.

A Lei Maior, junto com os demais dispositivos que venham a lhe incorporar, prevê para as prisões decretadas durante a persecução penal que estas devem conter em sua tipificação todos os elementos de uma prisão cautelar, sendo eles a judiciariedade, instrumentalidade e a provisoriedade.

Concomitante, para que as prisões cautelares sejam aplicadas, deverá o magistrado verificar e fundamentadamente demonstrar se presentes o *fumus commissi delicti*, prova indicando a autoria do delito, e o *periculum libertatis*, liberdade do acusado que ameaça o prosseguimento da ação penal ou futura e eventual sentença condenatória (DELMANTO JUNIOR, 2001).

A prisão em flagrante é, junto com a prisão temporária, a prisão preventiva, a prisão resultante de pronúncia e a prisão decorrente de sentença penal recorrível, uma modalidade de prisão cautelar de natureza processual penal. Tratado pela doutrina como sendo uma prisão sem pena, eis que não decorre de sentença penal condenatória irrecorrível. Neste entendimento, ensina Nicolitt (2013, p. 439):

a prisão penal (definitiva) é a que se dá em função de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, enquanto a prisão processual (cautelar, provisória) ocorre no curso do processo, antes, portanto, do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Acerca disso, o legislador preocupou-se em dispor de normas penais e, principalmente, processuais penais que especificam as formas aceitas de prisão, visando garantir a égide de nossa Carta Magna, resguardando as garantias e liberdades individuais de nós seres humanos. Consoante a isto, extraímos do artigo 283 do Código de Processo Penal as formas aceitas de prisão:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Mais especificamente podemos observar o contido no artigo 301 do mesmo código: “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. O referido dispositivo retrata acerca dos sujeitos ativos e passivos da prisão em flagrante, porém este dispositivo possui diversas exceções, conforme veremos adiante em nosso estudo.

E, também, a Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º ao tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos, sintetiza de forma clara e sucinta, a regulação sobre a prisão em flagrante.

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:

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

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;

A nossa Carta Constitucional exige, para a efetivação de qualquer prisão, ordem escrita fundamentada. Contudo, a mesma norma estabelece a ressalva das hipóteses de flagrante, por questões óbvias, não havendo como exigir ordem escrita de autoridade competente no mesmo instante em que fosse perpetrada uma infração penal. Não há possibilidade de antever quando e onde vai ocorrer um crime ou contravenção penal.

Após enquadrar onde se encontra a prisão em flagrante em nosso ordenamento jurídico, conceituamos flagrante delito como sendo o momento em que está ocorrendo o delito, instante este em que se pode observar a prática dos atos lesivos que contrariam a norma ou após perfazer o crime ou contravenção.

Dessa maneira, ensina Távora (2013, p. 561):

flagrante é o delito que ainda "queima", ou seja, é aquele que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. A prisão em flagrante é a que resulta no momento e no local do crime. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (art. 5º, inciso LXI da CF). Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos. É uma forma de auto preservação e defesa da sociedade, facultando-se a qualquer do povo a sua realização [...] (Grifado no original).

A prisão em flagrante é uma situação de imediata repressão à prática de uma infração penal, justificando-se pela reação de fazer cercear o ilícito e colheita da prova. Nesse sentido ensina Greco Filho (2013, p. 303):

o flagrante é a situação, prevista na lei, de imediatidade em relação à prática da infração penal que autoriza a prisão, independentemente de

determinação judicial.

Duas são as justificativas para a existência da prisão em flagrante: a reação social imediata à prática da infração e a captação, também imediata, da prova.

Portanto, a prisão em flagrante é uma medida restritiva da liberdade, a qual dispõe de natureza cautelar e processual, consistindo na prisão sem necessidade de ordem escrita advinda de juiz competente. É o crime que ainda arde, ou seja, ainda está a acontecer ou há poucos instantes finalizado.

3.3 Novas regras estabelecidas com o advento da Lei 12.403/2011

A lei referida passou a vigorar no dia 4 de julho de 2011 e teve como propósito evitar a prisão provisória do indiciado quando não fosse estritamente necessária. Para esse fim, alterou diversos dispositivos legais do Título IX do Código de Processo Penal, o qual atualmente denomina-se: “da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”.

Agora, a prisão provisória para ser decretada exige que a medida seja imprescindível para a garantia da persecução penal. Passou a ter caráter excepcional, mesmo havendo urgência e necessidade, só poderá ser imposta caso não haja outra medida alternativa menos gravosa a ser aplicada no caso em debate.

Até transitar em julgado sentença penal condenatória irrecurável, o acusado de uma infração penal só poderá ser preso nos casos de: ser surpreendido em flagrante delito, ser decretada sua prisão preventiva ou prisão temporária. Contudo, só poderá permanecer na condição de preso, em duas hipóteses: prisão preventiva ou temporária.

Afirma Capez (2013, p. 311) em sua obra:

a prisão em flagrante perdeu seu caráter de prisão provisória. Ninguém mais responde a um processo criminal por estar preso em flagrante. Em outras palavras, o sujeito é preso em razão do estado de flagrância, mas não permanece nessa condição por mais muito tempo. Lavrado o auto, a autoridade policial deverá remetê-lo ao juiz competente no prazo máximo de vinte e quatro horas a partir da prisão. O juiz, então, não se limitará mais a analisar a regularidade formal do flagrante, devendo justificar se é caso de convertê-lo em preventiva. Não havendo fundamento para a prisão preventiva, o agente deverá ser solto e responder ao processo em liberdade.

Com a chegada da Lei 12.403/11, a prisão em flagrante recebeu alterações consideráveis em seu texto legal, com desígnio de evitar a prisão provisória quando

não há uma real necessidade de seu emprego, culminando, a meu ver, com um menor rigor decorrente da alteração legislativa ocorrida, eis que o magistrado ao tomar conhecimento da prisão em flagrante deverá adotar umas das possibilidades previstas no artigo 310 do Código de Processo Penal, não bastando tão somente o fundamento de o acusado encontrar-se na flagrância do delito para que justifique sua prisão provisória. A prisão processual agora é tratada como medida excepcional, isto é, *ultima ratio*.

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança

Com o surgimento da nova lei de prisões (Lei 12.403/11), o legislador propõe diminuir a quantidade de prisões cautelares instituindo rol taxativo de exigências que uma vez atendidas possibilita ao réu responder ao processo penal em liberdade. A partir da referida lei, surge a ideia da imprescindibilidade da prisão provisória.

Com as reformas foram restringidas as hipóteses legais de decretação da prisão preventiva, de forma a dificultar sua imposição. É o caso do disposto no inciso I do novo artigo 303 do Código de Processo Penal, o qual estabelece o requisito da pena máxima superior a quatro anos nos crimes dolosos.

A prisão preventiva se tornou medida excepcional, pois primeiro será verificado a possibilidade de aplicação de outra medida cautelar, dentre as mencionadas no rol do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser

inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
IX - monitoração eletrônica.

Outra mudança decorrente das alterações legislativas foi à revisão das prisões provisórias, obrigatória a todos os casos, devendo estes ser revistos. Obstante isso, não se tratará de automática libertação de presos, mas sim, uma revisão fundamentada sobre os atuais requisitos para a decretação da prisão preventiva, a qual poderá ser mantida ou, até mesma, aplicada, nos casos em que é fundamental para garantir a instrução criminal ou investigação policial.

Igualmente, foram ampliadas as hipóteses em que o delegado de polícia pode arbitrar fiança, passando a ser possível nos casos de crime com pena máxima cominada de até quatro anos. Advêm disso, a possibilidade de conceder fiança nos crimes de porte ilegal de arma de calibre permitido, receptação e furto na suas formas simples, entre outros delitos.

No que se refere à aplicação da Lei 12.403/2011 no tempo, temos a concepção inicial que a referida norma possui natureza processual por disciplinar medidas que repercutem no processo, como a prisão provisória, fiança e outras medidas. Portanto, esta lei tem incidência imediata, incluindo os fatos praticados antes de sua vigência, ainda que isto venha a prejudicar o indiciado.

Normas penais se submetem ao princípio da irretroatividade e são aquelas que criam, extingue, reduz ou aumenta o direito do Estado de punir alguém.

Visto que a lei em estudo é nitidamente processual, haverá casos em que a revisão obrigatória, por ela instituída, levará a concessão da liberdade provisória do agente, bem como, em algumas situações poderá suceder da decretação da prisão preventiva para agente que aguarda em liberdade.

O legislador buscou minimizar o dano causado ao réu ao ter sua liberdade restringida por antecipação e, por conseguinte manter menor contato com o sistema carcerário o qual se encontra em situação precária e sem as mínimas condições de incentivar a reabilitação do preso.

Entretanto, não haverá impunidade decorrente da Lei 12.403/11, visto que não houve alteração quanto à aplicação da pena imposta por sentença penal condenatória transitada em julgado. Ocorrendo apenas uma maior quantidade de réus respondendo o processo penal em liberdade, em nada afetando a sansão

aplicada ao final do processo.

O Código de Processo Penal teve uma melhor sistematização de suas medidas acautelatórias a partir das mudanças sucedidas em seu texto legal, conforme ilustra Fernandes (2012, p. 287):

não havia no Código de Processo Penal nacional, até a Lei 12.403 de 2011, tratamento sistemático das medidas cautelares pessoais. Quando da introdução do Código no direito brasileiro, tais medidas estavam centradas na prisão processual e na fiança. Quem fosse preso em flagrante, seria solto se pagasse fiança. O acusado pronunciado devia, em regra, aguardar preso o julgamento do júri e o condenado esperar a apreciação de sua apelação, exceto se pagar fiança. A prisão preventiva era, em determinadas hipóteses, obrigatória. Esse rigor foi se atenuando ante os reclamos da doutrina afinada com os postulados garantistas constitucionais, o que ocasionou uma série de alterações nas disposições sobre prisão e liberdade provisória.

Ademais, mesmo com as diversas alterações legislativas as medidas cautelares continuam se resumindo, basicamente, a duas, liberdade provisória e prisão cautelar. Sendo está à detenção do indivíduo o qual é levado ao cárcere e aquela a liberdade sujeita a restrições diversas menos danosas ao sujeito. Salienta-se que a manutenção da prisão cautelar se limita aos casos de prisão temporária e prisão preventiva (FERNANDES, 2012).

3.4 Natureza jurídica

Inicialmente, definiremos natureza jurídica como sendo o aprendizado acerca dos elementos principais de determinado instituto do direito, além de sua composição específica, em seguida os diferenciado do conjunto de figuras jurídicas semelhantes, de forma a classificar o instituto em estudo no universo das figuras presentes no direito.

Com a vigência da Lei 12.403, a partir do dia 04 de julho de 2011, foi alterado significativamente aspectos relativos à prisão e a liberdade provisória, sendo que há divergência doutrinaria quanto à natureza jurídica atual da prisão em flagrante.

Prender em flagrante trata-se de um ato administrativo, mesmo que esta seja executada por um magistrado, não há de se falar em função jurisdicional e, sim, administrativa.

Antes de a referida lei vigorar em nosso ordenamento jurídico, havia o entendimento consolidado de que a prisão em flagrante delito, por si só, era fundamento satisfatório para que o autor da infração penal permanecesse preso no

decorrer de todo processo. Prevalecia entendimento jurisprudencial de que a prisão em flagrante, na época, era modalidade autônoma de detenção provisória, ou seja, era passível a manutenção do autor do delito no encarceramento, independentemente de haver sido convertida à prisão em preventiva.

Sem embargos, as mais diversas nomenclaturas que são utilizadas ao definir a natureza jurídica no que diz respeito à prisão flagrante, posterior o advento da Lei 12.403/2011 restou evidente que a prisão em flagrante, de forma isolada, não autoriza que o indiciado permaneça detido no transcorrer de toda a persecução penal. Dessa forma, é substancial que haja decisão fundamentada proveniente do judiciário, através de seus magistrados, sobre a conversão ou não da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Portanto, somente será mantida a detenção do sujeito flagrado cometendo um delito quando o juiz converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. Sendo que, destarte irá agir, apenas quando for insuficiente a aplicação de outras medidas cautelares menos prejudiciais ao indivíduo.

Após análise do tema sob a ótica de diversos doutrinadores, chegamos à conclusão de que não há unânime concepção sobre a natureza jurídica da prisão em flagrante. Basicamente, encontramos nas bibliografias estudadas três correntes sobre o tema abordado, são elas: natureza de ato administrativo, de prisão cautelar, e, de medida pré-cautelar.

3.4.1 Natureza de ato administrativo

A teoria que defende ter, a prisão em flagrante, natureza de ato administrativo se fundamenta no fato de ser uma faculdade de qualquer pessoa prender quem quer que se encontre em flagrante delito, neste caso, o particular exercerá um direito público subjetivo. Além do mais, a prisão-captura é um ato decorrente do poder de polícia que possui o Estado, sendo desta maneira, eminentemente administrativo.

Para os doutrinadores que entendem ser a natureza jurídica da prisão em flagrante um mero ato administrativo, não resta falar e lhe atribuir natureza jurisdicional.

Conforme ilustra Lima (2011, p. 182):

o que ocorre com a prisão em flagrante é, tão somente, a detenção do agente, a fim de que o juiz, posteriormente, decida se a pessoa deve ser levada, ou não, à prisão. Com isso, se quer dizer que não há, propriamente,

uma prisão em flagrante como espécie de medida acautelatória processual penal. O flagrante delito se constitui e justifica apenas a detenção, cabendo ao juiz, após a análise por meio da leitura do auto de prisão em flagrante, definir se a prisão preventiva deve, ou não, ser decretada.

Para essa fração da doutrina a captura em flagrante é somente um ato administrativo, não julgando coerente, classificá-la como uma medida processual acautelatória, tendo em vista que é dispensado consentimento judicial para tanto, sendo exeqüível sua efetivação por autoridade policial ou particular.

Este posicionamento doutrinário é veementemente sustentado por Walter Nunes da Silva Júnior o qual é citado nas palavras de Távora (2013, p. 561) ao discorrer sobre os diferentes raciocínios no que tange a natureza jurídica:

a doutrina não é uniforme no que toca à natureza jurídica da prisão em flagrante. São basicamente três correntes:

(1) uma que sustenta que a natureza jurídica da prisão em flagrante é a de ato administrativo, tal como o faz Walter Nunes da Silva Júnior, entendendo que "não se mostra coerente dizer que a prisão em flagrante é, ao mesmo tempo, um ato administrativo e medida processual acautelatória". (Grifado no original).

3.4.2 Natureza de prisão cautelar

Em contrapartida a primeira corrente doutrinária apresentada, a maior parte da doutrina reconhece o flagrante como sendo uma espécie de prisão cautelar, juntamente a prisão preventiva e temporária.

É o ponto de vista de Oliveira (2012, p. 584), que diz:

a prisão em flagrante, então, ostenta o status de medida cautelar, precisamente delimitada no tempo. É que, cumpridas as suas funções, a manutenção do cárcere reclamará ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, nos termos da Constituição da República (art. 5º).

Encaixa-se como sendo cautelar, pois visa blindar bens jurídicos dispostos no processo ou que possam ser assegurados por ele. Isto posto, necessitam dos pressupostos das medidas cautelares, sendo eles o *fumus boni iuris* (perspectiva do ordenamento jurídico resguardar o direito) e o *periculum in mora* (risco de findar o direito se a medida não for adotada).

Por esse ângulo, leciona Tourinho Filho (2010, p.813):

natureza jurídica. A prisão em flagrante é medida cautelar, e como toda providência cautelar exige dois requisitos, *fumus boni iuris et periculum in mora*, evidente que somente se justifica se houver aparência jurídica de

possibilidade de êxito em relação ao indiciado, vale dizer, se o fato for típico, e se houver necessidade, posto ser esta o *periculum in mora*, e que no penal se traduz por *periculum libertatis*.(Grifado no original).

Prosseguindo aos seus estudos sobre a matéria, concordando com a interpretação de que a prisão em flagrante possui natureza cautelar, porém, acrescentando que a considera um ato complexo, Tourinho Filho (2012, p.891) a distingue em duas fazes distintas:

não obstante se trate de medida cautelar (e às vezes pré-cautelar), o ato de prender em flagrante não passa de simples ato administrativo, levado a efeito, *grosso modo*, pela Polícia Civil, incumbida que é de zelar pela ordem pública. Pouco importa a qualidade do sujeito que efetive a prisão. É sempre um ato de natureza administrativa. Se for o particular, ainda assim continua sendo um ato administrativo, e o cidadão estará exercendo um direito público subjetivo de natureza política. [...] depois de lavrado o respectivo auto, a prisão em flagrante pode converter-se e se convolar numa verdadeira medida cautelar. (Grifado no original).

Destarte, para o doutrinador a prisão ou captura é, inicialmente, de ordem administrativa e, como ato complexo, possui uma segunda fase na qual chegando a comunicação ao magistrado, este fundamentadamente julgará o feito adotando a medida que achar justo, dentre as previstas no artigo 310 do Código de Processo Penal.

Com semelhante opinião, encontramos Nucci (2012, p. 631), que discorre:

tem, inicialmente, natureza administrativa, pois o auto de prisão em flagrante, formalizador da detenção, é realizado pela polícia judiciária, mas se torna jurisdicional, quando o juiz, tomando conhecimento dela, ao invés de relaxá-la, prefere mantê-la, pois considerada legal, convertendo-a em preventiva.

O Código de Processo Penal em seu artigo 282 condiciona que serão aplicadas a prisão, medidas cautelares ou liberdade provisória quando houver necessidade destas com o fito de garantir a investigação ou a instrução criminal e nos casos expressamente previstos em lei, para evitar a prática de infrações penais. Devendo sempre ser observado o princípio da equidade adequando a medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

O nascimento de tais exigências para fixar prisões, medidas cautelares e liberdade provisória gerou diversas possibilidades do indiciado ou acusado permanecer em liberdade. Estabelecendo ideias antagônicas: aumentará a sensação de impunidade ao ter mais réus em liberdade por outro lado observar-se-á

aplicação do princípio constitucional da presunção de inocência, em se tratando de crimes com pena máxima cominada em quatro anos.

Corroborando o entendimento esposado no que tange a natureza jurídica, ensina Capez (2013, p. 339):

como já analisado, a partir da nova redação do art. 310, em seu inciso II, a prisão em flagrante, ao que parece, perdeu seu caráter de prisão provisória. Ninguém mais responde a um processo criminal por estar preso em flagrante. Ou o juiz converte o flagrante em preventiva, ou concede a liberdade (provisória ou por relaxamento em decorrência de vício formal). A prisão em flagrante, portanto, mais se assemelha a uma detenção cautelar provisória pelo prazo máximo de vinte e quatro horas, até que a autoridade judicial decida pela sua transformação em prisão preventiva ou não.

Fica evidente a separação de duas etapas da prisão em flagrante, separadas pelo instante em que o magistrado delibere pronunciando-se pela conversão em prisão preventiva ou concedendo liberdade provisória do transgressor. Concluindo seu entendimento Capez (2013, p. 339) leciona que não ninguém responde a um processo criminal, sem que situação de flagrância gere motivos para que seja decretada a prisão preventiva:

[...] antes da condenação definitiva, como já visto, o sujeito só pode ser preso em três situações: flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária. No entanto, cumpre ressaltar que somente poderá permanecer preso nas duas últimas, não existindo mais a prisão em flagrante como hipótese de prisão cautelar garantidora do processo. Ninguém responde mais preso a processo em virtude da prisão em flagrante, a qual deverá se converter em prisão preventiva ou convolar-se em liberdade provisória.

Para os filiados a este posicionamento de que a natureza jurídica da prisão em flagrante mais assemelhasse como medida cautelar, concluisse a abordagem sobre a teoria, com as palavras de Nucci (2014, p.769) ao ilustrar que:

a natureza jurídica da prisão em flagrante é de medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal. Assim, exige-se apenas a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade, outros dois requisitos para a configuração do crime. É a tipicidade o *fumus boni jûris* (fumaça do bom direito).

3.4.3 Natureza de medida pré-cautelar

Uma corrente nova conduzida por doutrinadores como Luiz Flávio Gomes, Aury Lopes Jr. e Renato Brasileiro de Lima, idealiza que a prisão em flagrante delito não se confunde com medida processual, mas sim, possuindo natureza jurídica de

medida pré-cautelar.

Esta posição é defendida pelo estudioso professor Lima (2011, p. 182), que dispõe:

sem embargo de opiniões em contrário, pensamos que a prisão em flagrante tem caráter precautelar. Não se trata de uma medida cautelar de natureza pessoal, mas sim precautelar, porquanto não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas objetiva colocar o capturado à disposição do juiz para que adote uma verdadeira medida cautelar.

No mesmo sentido, o conceituado doutrinador Gomes (2011, p. 90), ensina que: “a prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, porque não tem o escopo de tutelar o processo ou o seu resultado final, sim, ela se destina a colocar o preso à disposição do juiz, para que tome as providências cabíveis”.

Para os que defendem o posicionamento desta teoria, a precariedade da prisão é visualizada pela possibilidade de sua efetivação por autoridade policial ou particular, do mesmo modo que é muito frágil, pois é imprescindível a análise do juiz competente em até 24 horas, momento em que o magistrado analisa sobre sua legalidade e delibera sobre a sua manutenção ou não.

A função que a prisão em flagrante assumiu após a redação da Lei 12.403/2011, é de medida pré-cautelar, sub-cautelar ou preparatória, porque não pode mais ser mantida pelo magistrado. Podendo apenas haver a conversão em prisão preventiva, quando presentes seus requisitos e pressupostos, e, também, não haja possibilidade de relaxamento da prisão, substituição pela liberdade provisória do réu, ou aplicação de outras medidas cautelares menos gravosas (FULLER, 2013).

Para Lopes Jr. (2014, p.847) a prisão em flagrante teria uma classificação um pouco diferente em relação às demais correntes que discorrem sobre sua natureza jurídica, sendo tratada para o autor como medida pré-cautelar, pois não visa o resultado do processo, e sim, leva ao conhecimento do juiz, para que este acolha, ou não, uma medida cautelar.

A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.

Posto isto, para os autores supracitados, a prisão em flagrante teria, de início, natureza de medida pré-cautelar, oportunizando a análise da conveniência da

manutenção do cárcere como medida que visa garantir futuro processo. A prisão em flagrante apenas pode ser tratada como prisão processual (cautelar) somente a partir do instante em que o magistrado a converte em prisão preventiva.

Passar-se-á a seguir a estudar as modalidades de flagrante.

4 MODALIDADES DE FLAGRANTE

Preliminarmente, cabe ressaltar que parte dos doutrinadores ao discorrem sobre o tema, modalidades de flagrante, preferem utilizar a nomenclatura de espécies de flagrante. No entanto, esta diferenciação não resulta problemas no estudo da matéria.

A doutrina distingue a prisão em flagrante em três modalidades, sendo elas: flagrante próprio (ou perfeito) quando decorrer de alguma situação do inciso I e II do art. 302 do Código de Processo Penal; flagrante impróprio (imperfeito ou quase flagrante) constante no inciso III; e flagrante presumido (ou ficto) consoante inciso IV do referido artigo.

As situações descritas no art. 302 do CPP geram a possibilidade de ser efetuada a prisão em flagrante do autor do delito, e conseqüentemente, o registro desta prisão pela peça inaugural do inquérito policial, o auto de prisão em flagrante, devendo este ser feito pela autoridade policial.

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.

4.1 Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal

Salienta-se inicialmente que para haver flagrante a infração deve ser possível, ou seja, a execução carece ter início e possibilidade de ser consumada. Conforme disposto na Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal: “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Trata-se do denominado flagrante preparado ou provocado, o qual nem poderia denominar-se flagrante, eis que não há crime devido à impossibilidade de ser consumado. Sobre o disposto, leciona Jesus (2010, p. 270):

a terceira espécie de crime putativo é denominada *crime putativo por obra de agente provocador*, crime de ensaio, de experiência ou provocado. Ocorre quando alguém, de forma insidiosa, *provoca* o agente à prática de um crime, ao mesmo tempo que toma providências para que o mesmo não se consuma. Ex.: o dono de uma loja, desconfiado da honestidade de uma de suas empregadas, manda-a selecionar determinada mercadoria, deixando-a sozinha num compartimento, ao mesmo tempo que coloca policiais de atalaia, previamente solicitados, que a surpreendem no ato de

furtar. (Grifado no original).

O crime provocado, somente em termos de aparências que é perfeito, pois o agente foi um protagonista de uma cena que lhe foi montada, não havendo outra forma de terminar, ou seja, só restaria ser preso em flagrante delito. A efetiva consumação é uma ilusão, porque a intensa vigilância da polícia torna impossível a real consumação da infração.

A impossibilidade ocorre devido à existência de um conjunto articulado de medidas por parte do agente provocador, pondo o sujeito na iminência de praticar o ato, o qual na realidade não pode consumir-se sem a sua detenção. Ainda que os fatos demonstrem a decisão e capacidade do indivíduo de praticar os atos ilícitos, não há que se falar em flagrante válido, eis que se tem apenas uma simulação da ação delituosa.

Segundo Greco Filho (2013, p.305):

[...] a inexistência do crime e, em conseqüência, do flagrante não decorre apenas da atuação da autoridade, mas essa atuação deve ser de molde a tornar impossível, em termos absolutos, conforme se entende em face do art. 17 do Código Penal, a consumação. Se há intervenção policial, ainda que prévia ao início de execução, mas a consumação é em tese possível, o flagrante é meramente esperado, de modo que a interrupção da atividade criminosa é válida, e válido o flagrante.

Nesse sentido, podemos afirmar que, nos casos em que a polícia suspeita da prática de algum delito e efetua a prisão no momento de sua tentativa, ou ainda, se a vigilância constante sobre bens ou pessoas frustra a consumação de infração desencadeada, têm-se um flagrante válido. A mera suspeita ou vigilância não torna impossível a perpetração do delito. (GRECO FILHO, 2012).

A referida súmula, em estudo, pressupõe que se tenha um induzimento ou provocação ao cometimento da infração penal, não podendo se confundir com as hipóteses em que o policial é informado previamente sobre os fatos e diligencie ao local, restando em prender em flagrante o autor na prática do crime, pois desta forma não houve provocação para que fosse praticado o mesmo.

Difere-se do flagrante esperado onde o agente da autoridade ou a própria vítima não induz ou provoca o indivíduo a agir, mas apenas espera o sujeito cometer a infração para então prendê-lo em flagrante. Este tipo de flagrante é válido, consoante jurisprudências e doutrinas consolidadas.

O Superior Tribunal de Justiça em um de seus julgados referiu que no

flagrante provocado há instigação, ajuda, colaboração, da autoridade na prática da infração penal, enquanto no flagrante esperado a autoridade apenas aguarda ocorrerem os fatos para efetuar a prisão no momento mais oportuno.

4.2 Flagrante próprio

Flagrante próprio previsto no inciso I ocorre quando o agente é surpreendido cometendo a infração, ou seja, desenvolvendo os atos executórios. Sobre isto, ministra Mirabete (2007, p. 375):

dispõe o artigo 302 que se considera em flagrante delito quem “está cometendo a infração penal” (inciso I) e quem “acaba de cometê-la” (inciso II), estabelecendo o que se denomina de **flagrante próprio, real, ou flagrante propriamente dito**. A lei equiparou duas situações diversas, mas em dispositivos diversos: a de quem é surpreendido no ato da execução do crime (desferindo golpes na vítima, destruindo coisa alheia, subtraindo coisa alheia etc.) e a de quem já esgotou os atos de execução, causando o resultado jurídico, de dano ou de perigo (morte, lesões, dano material etc.), encontrando-se ainda no local do fato ou nas suas proximidades em situação indicativa de que cometeu o ilícito (portando a arma homicida, com as vestes manchadas de sangue etc.). (Grifado no original).

Nessa modalidade de flagrante, havendo intervenção de terceiro que evite a consumação do delito, pode importar em tentativa do crime ou contravenção. Contudo, pode ocorrer que a prisão apenas impeça o prosseguimento da infração já consumada, como acontece nos crimes permanentes.

Entende-se por infração permanente as que o instante de sua consumação se prolonga no tempo, estando o agente em flagrante delito durante todo o período em que há consumação, como por exemplo, no delito de seqüestro, extorsão mediante seqüestro, tráfico de drogas, entre outros.

Na prática de crime habitual, ao contrário do crime permanente, exige-se a prova da conduta reiterada dos atos que demonstrem o comportamento criminoso para que possa ser autuado em flagrante o sujeito. Contudo, sendo possível comprovar a habitualidade será válida a prisão em flagrante do indivíduo surpreendido no cometimento do delito.

Exemplo de flagrante delito próprio, previsto no inciso I do artigo 302 do Código de Processo Penal, é quando o agente é encontrado efetuando disparos de arma de fogo, desferindo facadas, socos, chutes na vítima.

A mesma modalidade de flagrante encontra-se disposta no inciso II do mesmo artigo, onde o agente concluiu os atos executórios, ficando evidente sua autoria,

embora não tenha o mesmo conseguindo se afastar do local do crime sem que tenha sido detido. Neste caso a doutrina majoritária fala que deve haver uma relação de imediatidade. Por exemplo, se alguém é apanhado com uma faca suja de sangue e, na mesma cena, outra está caída ao chão sangrando.

Tourinho Filho (2013, p. 504) explica a referida relação de imediatidade:

mas quando se pode dizer, para efeito da prisão em flagrante, que a infração *acaba de ser cometida*? Temos para nós deva haver uma quase absoluta relação de imediatidade. Aliás, não há quem discrepe desse entendimento. [...] Isso demonstra que, quando o inc. II do art. 302 do CPP fala em “acaba de cometê-la”, quer significar, com tal dizer, a infração que ainda está crepitando, havendo entre a sua prática e a prisão uma relação fr quase absoluta imediatidade. (Grifado no original).

Um grupo minoritário de doutrinadores enumera a hipótese de alguém ser detido ao acabar de cometer uma infração penal como sendo flagrante impróprio, pois se tem apenas uma veemente presunção de que o preso é o autor daquele delito. Imagine uma situação de alguém que vai socorrer a vítima, suja-se de sangue e apanha a arma para entregar a polícia no instante em que está chega ao local, poderia ser o autor ou poderia ser apenas alguém prestando socorro a vítima (MIRABETE, 2007).

Para que seja configurado o estado de flagrância propriamente dita basta haver tipicidade, isto é, estar praticando ou acabado de praticar o fato. Não há necessidade de naquele momento analisar outros elementos constitutivos do crime, como as excludentes de ilicitude. Está análise é uma questão posterior quando da remessa, após lavratura do auto de prisão em flagrante, do feito ao juiz competente.

4.3 Flagrante impróprio

Existe, conforme a lei, uma presunção sobre a autoria do crime que é equiparado à certeza que advém da prisão ocorrida logo após a prática da infração penal. Denominado pela doutrina como flagrante impróprio ou quase-flagrante, e, pelo costume de épocas passadas, recebe o mesmo tratamento do flagrante propriamente dito quanto aos seus efeitos (MIRABETE, 2007).

Flagrante impróprio, disposto no inciso III do art. 302 do CPP, ocorre quando, já concluído a infração ou interrompido por terceiros, o agente consegue empreender fuga, havendo perseguição pela polícia, pela vítima, ou mesmo por

qualquer pessoa do povo. Cabendo observar o disposto no art. 290, §1º, do CPP, que considera as hipóteses de perseguição do réu.

Art. 290, § 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 encaicho.

Percebe-se, que a lei ao utilizar a expressão “logo após” o inciso III, visa demonstrar que a perseguição deve ter seu início em ato contínuo à execução do delito e deve ser ininterrupta, entretanto, não se exige que o autor esteja a todo instante sobre o raio de visão de quem o persegue, apenas que não cesse a perseguição independente do tempo transcorrido. Não importa se a perseguição iniciou-se visando o autor do delito ou se ocorreu através de comunicação telefônica a autoridade policial, bastando que seja imediata e ininterrupta, não restando tranquilidade a quem estiver sendo perseguido.

A expressão “logo após”, utilizada pelo Código ao referir sobre o flagrante impróprio, gerou a pretensão de alguns autores em fixar o lapso temporal máximo de 24 horas para que fosse efetuada a prisão do autor, entretanto este entendimento não coaduna com o anseio legislativo, o qual deixa ao magistrado sua interpretação.

É necessária que haja continuidade a perseguição, não cabendo estabelecer prazo para que seja efetivada, conforme entendimento de Mirabete (2007, p. 376):

[...] já se tenha entendido que a perseguição não pode sofrer solução de continuidade [...] encetada a perseguição logo após o crime, sendo ela incessante nos termos legais, não importa o tempo decorrido entre o momento do crime e a prisão do seu autor. Tem-se admitido pacificamente que esse tempo pode ser de várias horas ou mesmo dias. A prisão pode ser efetuada em qualquer local onde é encontrado o agente, ainda que seja em território de outro Estado.

Exemplo deste flagrante, ou conforme classificação doutrinária, quase flagrante, é quando alguém comete um homicídio e empreende fuga em uma grande área florestal, neste caso hipotético, muito provavelmente, a polícia mesmo com o uso de todos seus recursos, levará muitas horas ou talvez dias para que efetue a prisão do agente.

No nosso Direito anterior na época colonial, imperial, e, até mesmo republicano, já existia o quase-flagrante, contudo não bastava apenas que o autor

fosse perseguido em situação que se presumisse ser ele o responsável pela infração. Havia a necessidade de estar presente o “clamor público”, uma espécie de exclamação, como gritos do povo indicando o detido como autor do delito.

4.4 Flagrante presumido

Esta modalidade de flagrante foi criada recentemente, não havia sua previsão na época do Brasil Império Contudo, não foi uma inovação pois as legislações italiana e francesa já a admitiam, e, no o território brasileiro, o Rio Grande do Sul foi o precursor a consigná-la (TOURINHO FILHO, 2013).

Flagrante presumido é aquele no qual o agente é encontrado logo depois de ter cometido uma infração penal, ou seja, deve haver uma relação de imediatidade, parecida com a prevista do inciso II do art. 302, contudo diferenciando-se desta, pois mais flexível por não ser absoluta.

Neste contexto, leciona Mirabete (2007, p. 377):

é necessário para a caracterização do flagrante presumido que a prisão ocorra “logo depois” do crime. Embora essa expressão, no léxico, seja sinônima de “logo após”, tem-se admitido que há uma situação de fato que admite um maior elastério ao juiz na apreciação da hipótese. Considerando-se o interesse na repressão dos crimes, há maior margem na discricionariedade da apreciação do elemento cronológico quando o agente é encontrado com objetos indicativos do crime, o que permite estender o prazo a várias horas ou, considerando-se o problema do repouso noturno, até o dia seguinte. (Grifado no original).

Nesta espécie de flagrante, também denominada flagrante ficto ou assimilado, não é necessário que haja uma perseguição ao sujeito que comete o delito, mas sim que ele seja encontrado instante depois com coisas que façam presumir ser ele o autor. Estas coisas devem traduzir um forte indício da autoria ou que tenha havido participação no crime.

Não permite a legislação vigente que se prenda o agente meramente por confissão da prática do delito, sendo necessária a posse de alguma coisa que o ligue ao fato criminoso.

Acerca do que se entende por esta modalidade de flagrante, temos as sábias palavras de Rangel (2009, p. 693):

note-se que, no flagrante presumido, embora o lapso de tempo seja maior e não haja o elemento volitivo, o agente é surpreendido na posse de *instrumentos, armas, objetos* ou *papéis* que presumem ser ele o autor da infração penal, não dando margens a dúvidas quanto à autoria e à

materialidade. Não é apenas o encontro de um indivíduo em situação suspeita, mas sim, com vestígios da prática da infração penal. É o encontro do sujeito, em lapso de tempo razoável, com instrumentos utilizados na infração penal, em uma verdadeira relação de causalidade, sem a qual não haverá flagrante. (Grifado no original).

Vejamos um exemplo simples que ajuda a diferenciar e ilustrar o flagrante próprio, previsto no inciso II do artigo 302, e o flagrante presumido disposto no inciso IV da aludida norma: Um homem, após se ouvirem pedidos de socorro, é apanhado com uma faca na mão, suja com sangue, e ao seu lado no chão está o corpo de sua companheira ensanguentada – flagrante próprio. Em outra situação hipotética, alguém comunica à polícia que uma mulher foi morta a facadas e ao diligenciar até o local do crime, durante o percurso, o policial encontra um homem com uma faca na mão, com sangue pela sua roupa, e visivelmente enfurecido – flagrante presumido.

Através do exposto pelo doutrinador Capez (2013, p. 328), podemos estudar os diferentes lapsos temporais de cada modalidade de flagrante:

temos assim que a expressão “acaba de cometê-la”, empregada no flagrante próprio, significa imediatamente após o cometimento do crime; “logo após”, no flagrante impróprio, compreende um lapso temporal maior; e, finalmente, o “logo depois”, do flagrante presumido, engloba um espaço de tempo maior ainda. (Grifado no original).

Portanto, as três espécies de flagrante delito possuem diferenças notáveis, embora importem os mesmos efeitos, qual seja a prisão em flagrante do agente transgressor da norma.

5 CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, percebe-se que a criminalidade vem aumentando nos últimos anos, principalmente nos grandes centros urbanos, o que resulta numa necessidade de uma maior eficácia do sistema de justiça criminal como forma de reprimir atos atentatórios à norma vigente.

A prisão possui origens remotas, desde épocas quase imemoráveis, sendo que possuía de início, a finalidade de castigar o agente que fosse encontrado cometendo um delito. Sendo, através dos anos, alterado sua finalidade, pois hoje muito se fala em estado democrático de direito, tendo as pessoas inúmeras garantias estabelecidas em leis e tratados internacionais, que foram frutos de muitas guerras e brigas, até se chegar ao patamar atual.

Deste modo, hoje, a prisão privativa de liberdade visa à reeducação do preso, havendo a tentativa de devolvê-lo a sociedade de uma melhor maneira, para que não retorne a cometer crimes. Contudo, devido aos vários problemas carcerários no país, isto é quase uma utopia.

A prisão é uma restrição a liberdade das pessoas em ir e vir onde bem entende, sendo que possui várias formas podendo ser administrativa, disciplinar, decorrente de uma sentença penal irrecorrível, neste caso, uma prisão pena. Também poderá ser de natureza processual como ocorre no caso da prisão em flagrante.

Quanto à prisão em flagrante temos o sujeito ativo como sendo qualquer pessoa do povo, contudo diferenciando a autoridade policial e seus agentes os quais tem a obrigação de prender quem se encontre em flagrante delito, das demais pessoas que podem efetuar a prisão no caso de haver um flagrante, mas estas possuem a faculdade de destarte proceder.

No que tange ao sujeito passivo do flagrante devemos esclarecer que em regra poderia ser qualquer pessoa do povo, entretanto devido a diversas leis específicas, bem como alguns dispositivos constitucionais, temos várias exceções à regra.

Os doutrinadores divergem quanto às exceções referidas, mas podemos dizer que não podem ser preso em flagrante: os menores de 18 anos, presidente da república, governadores, magistrados e membros do Ministério Público, diplomatas estrangeiros, senadores, deputados federais e estaduais, indivíduo que socorre a vítima após acidente de trânsito, advogados, quem se apresenta espontaneamente a

autoridade, indivíduo flagrado na posse de drogas, autor da infração penal de menor potencial ofensivo quando assume o compromisso de comparecer ao Juizado Especial Criminal.

Imperioso é ressaltar, que antigamente o fundamento da prisão em flagrante delito era que a prisão do indivíduo flagrado cometendo um delito acalmava e tranquilizava as pessoas, sendo que esta detenção perfazia durante todo o processo até a sentença penal. Restaria em muitos casos uma aplicação severa da lei, podendo ocorrer que durante o processo ficasse provado que o autor não era a pessoa que estava detida, ou as provas esmorecessem, ou, ainda, faltasse à ilicitude.

Atualmente, o fundamento que se apresenta é a prisão em flagrante como medida acautelatória da prova da autoria do crime e de sua materialidade. Devendo sempre ser observado o que preconiza o princípio da presunção da inocência e da eficiência da aplicação da lei penal, sendo que em nenhuma hipótese pode haver a mera antecipação de pena.

Logo, a prisão em flagrante é uma medida que restringe a liberdade de locomoção, de natureza processual, não havendo necessidade de ordem escrita para a prisão do autor quando se encontrar em alguma das situações dispostas no artigo 302 do Código de Processo Penal.

Com o advento da Lei 12.403/2011 o legislador buscou deixar a prisão em último plano, sendo que para chegar até ela é preciso verificar um possível relaxamento da prisão, concessão de liberdade provisória ou a aplicação de outras medidas cautelares diversas à prisão. Desta maneira buscou-se diminuir consideravelmente o número de pessoas respondendo a processo no cárcere, criando a ideia da imprescindibilidade da prisão provisória, a qual é a exceção que deve ser deixada por fim.

Salienta-se que, após as diversas alterações legislativas, ninguém pode responder ao processo criminal preso por ser flagrado cometendo uma infração penal. Há uma necessidade de que a prisão em flagrante seja convertida em preventiva para que o indivíduo permaneça no cárcere, o que somente ocorrerá em última hipótese.

Além disso, encontramos com base na doutrina segmentada três correntes no que se refere à natureza jurídica da prisão em flagrante. A primeira delas entende ter natureza de ato administrativo, pois decorre do poder de polícia do Estado e não é

exigível consentimento do juiz para que seja efetuada a prisão em flagrante, bem como qualquer pessoa pode prender o autor.

A corrente seguinte, a qual possui mais adeptos, define a natureza jurídica da prisão em flagrante como prisão cautelar, porque protege bens jurídicos e necessitam obedecer aos pressupostos de todas as medidas cautelares do processo penal, ou melhor, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Para alguns estudiosos desta corrente haveria uma divisão por ser um ato complexo, iniciando com ordem administrativa e, após, judicial quando chegar ao conhecimento do magistrado.

Por conseguinte, doutrinadores classificam a natureza como sendo de medida pré-cautelar, pois visa colocar o autor do delito à disposição do juiz para que este sim adote uma medida cautelar ou outra providência cabível. A prisão em flagrante, para quem defende esta corrente, só pode ser tratada como cautelar a partir do momento em que for convertida em prisão preventiva.

Contudo, mesmo com três correntes doutrinárias sobre a natureza jurídica da prisão em flagrante, todos os doutrinadores são unânimes em discorrer que as pessoas podem ser detidas por ocorrer à prisão em flagrante, prisão preventiva ou prisão temporária, entretanto, só poderão permanecer no encarceramento nas duas últimas hipóteses.

Ademais, tem-se que o flagrante possui três modalidades, sendo o flagrante próprio quando está ocorrendo os atos executórios ou estes acabaram de acontecer e o autor ainda se encontra na cena do crime. Havendo neste caso um lapso temporal muito pequeno, uma imediatidade na repressão a infração penal. Em muitos casos a intervenção aos atos importará no impedimento a consumação do fato, restando à tentativa.

No flagrante impróprio o autor consegue empreender fuga do local sendo perseguido de forma imediata após chegar ao conhecimento da polícia ou por terceiros, devendo ainda ser continua a perseguição, não se exigindo que tenha contato visual com o agente. Contudo, salienta-se a necessária perseguição imediata e continua pelo tempo que for preciso para efetuar a prisão ou até encerrar as buscas ao acusado.

Por último, o flagrante presumido é quando não houve perseguição e nem estava, o autor, no local do crime, mas foi encontrado de repente com coisas que indicam sua autoria e o relacionam a uma infração cometida logo antes. Deve haver uma imediatidade na prisão do flagrado, a qual não é absoluta, podendo transcorrer

algumas horas ou, até mesmo, conforme o caso poderá ocorrer após o repouso noturno.

Por derradeiro, constatamos que não se esgotam aqui as considerações sobre o tema apresentado, o qual apresenta pontos divergentes quando se estuda os mais diversos doutrinadores, sendo várias classificações diferentes conforme cada ponto de vista e opinião pessoal de quem discorre sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. *Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Método, 2009.

BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.

_____. *Decreto-Lei n. 3689*, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.

_____. *Lei n. 4.898*, de 09 de dezembro de 1965. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 dez. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.

_____. *Lei n. 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.

_____. *Lei n. 9.503*, de 23 de setembro de 1997. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.

_____. *Lei n. 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.

_____. *Lei n. 13.105*, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 2.271, corte especial. Relator: Min. Jose Candido de Carvalho Filho. Julgado em: 09 dez. 1993. Publicado no DJ em: 05 set. 1994, p. 23.002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=flagrante+governador+estado&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11>>. Acesso em: 11 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 90450, segunda turma. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 23 set. 2008. Publicado no DJe em: 06 fev 2009, p. 316-355. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000001694&base=baseAcordados>>. Acesso em: 04 maio 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARDOSO, Oscar Valente. *Prisão civil pelo não-pagamento de pensão alimentícia*. Brasil. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/40/prisao-civil-pelo-nao-pagamento-de-pensao-alimenticia-151222-1.asp>>. Acesso em: 04 maio 2016.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GEMAQUE, Sílvio César Arouck. *A necessária influência do processo penal internacional no processo penal brasileiro*. Brasília: CJF, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e Medidas Cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JESUS, Damásio de. *Código de processo penal anotado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOPES JR., Auri. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Antonio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Comentários do código de processo penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 70057620353, 3ª Câmara Criminal. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Julgado em: 13 mar. 2014. Publicado no DJ em: 10 abr. 2014, p. 67. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70057620353&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicasite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 20 out. 2015.

TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. Bahia: JusPODIVM, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Código de processo penal comentado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Processo penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VASCONCELOS, Jocleber Rocha. *Elementos para a interpretação constitucional da prisão disciplinar militar*. Brasil. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8800>. Acesso em: 08 maio 2016.