



**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA  
CURSO DE DIREITO**

**LOIANNE KACILDA SILVA SANTOS**

**PRISÃO EM FLAGRANTE**

**RUBIATABA-GO  
2008**

**LOIANNE KACILDA SILVA SANTOS**

**DA PRISÃO EM FLAGRANTE**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba - FACER, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Cláudia Pimenta Leal.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Cláudia Pimenta Leal

RUBIATABA - GO  
2008.

**LOIANNE KACILDA SILVA SANTOS**

**PRISÃO EM FLAGRANTE**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba - FACER, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Cláudia Pimenta Leal.

**COMISSÃO JULGADORA**

**Monografia apresentada para obtenção do Grau de Graduada pela  
Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba - FACER**

**Resultado:** \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Prof.<sup>a</sup> Esp. Orientadora Cláudia Pimenta Leal  
Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba

---

Prof.<sup>o</sup> Luciano do Valle  
Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba

---

Prof.<sup>a</sup> Msc. Geruza Silva de Oliveira  
Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba

Rubiataba-GO, 18 de janeiro de 2008.

## DEDICATÓRIA

*Nem sempre podemos contar com todos, mas sempre existe alguém que não sabemos por que, nos ajudam e nos tornam cada vez mais fortes. Portanto dedico este trabalho a minha família, e em especial a meus pais e irmão, pelo incentivo e pelo apoio na continuidade e conclusão deste curso.  
O meu muito obrigado.*

“Não tinha medo o tal João de Santo Cristo  
Era o que todos diziam quando ele se perdeu  
Deixou pra trás todo o marasmo da fazenda  
Só pra sentir no seu sangue o ódio que Jesus lhe deu  
Quando criança só pensava em ser bandido  
Ainda mais quando com um tiro de soldado o pai morreu  
Era o terror da cercania onde morava  
E na escola até o professor com ele aprendeu  
Ia pra igreja só pra roubar o dinheiro  
Que as velhinhas colocavam na caixinha do altar  
Sentia mesmo que era mesmo diferente  
Sentia que aquilo ali não era o seu lugar  
Ele queria sair para ver o mar  
E as coisas que ele via na televisão  
Juntou dinheiro para poder viajar  
E de escolha própria escolheu a solidão”

Renato Russo

## RESUMO

SANTOS, Loianne Kacilda Silva. **Prisão em Flagrante**. (Trabalho de conclusão do curso de Direito da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba- FACER)

O presente trabalho teve por objetivo fazer um estudo minucioso sobre a prisão, que tem por finalidade a prevenção de novos crimes e a reeducação do condenado para ressocializá-lo, reinseri-lo e reintegrá-lo na sociedade. Contudo é verdade que até os dias de hoje, mesmo o condenado que já cumpriu a pena imposta não volta para o meio social totalmente reabilitado, provando-se isso diante dos altos índices de reincidências que ocorre, além de sofrer preconceito para conseguir um emprego, importando tudo isso ao péssimo sistema carcerário do nosso país. Em especial, falaremos sobre a prisão em flagrante, assunto muito interessante devido as suas características peculiares em relação a outros institutos processuais penais, que tem um conceito predominante doutrinário. Entende-se que a prisão em flagrante é um mal necessário, não se tratando de uma medida arbitrária, mas que atende ao impulso natural do homem de bem, em favor da segurança e da ordem social. Sendo a prisão provisória na modalidade de flagrante considerada uma prisão sem pena, a sua segregação só pode ser administrativa nos casos estritamente necessários como tal dispõe a lei. Devido à importância social e o efeito de restrição da liberdade decorrente da prisão em flagrante, torna-se necessário que a mesma se materialize em um meio escrito, para análise de eventuais ilegalidades. Esse instrumento jurídico é chamado de auto de prisão em flagrante. O auto de prisão em flagrante só pode ser feito por escrito e possui certas solenidades, as quais, se não forem obedecidas gerarão nulidade no mesmo. Uma das primeiras solenidades que podemos citar é a documentação do auto de prisão em flagrante. A regra legal é que o flagrante seja escriturado pelo escrivão, que é um funcionário policial investido neste cargo. É obrigatória a comunicação da prisão de qualquer pessoa ao juiz competente. Essa previsão constitucional tem por fim proporcionar ao magistrado um controle completo sobre a prisão, do ponto de vista do direito, da prisão efetuada. A Nota de Culpa ao preso não dispensa a comunicação de sua prisão ao juiz, pois são coisas diversas, pois esta é um efetivo controle jurisdicional e aquela é uma informação ao preso sobre os motivos de sua prisão.

*Palavras chave:* Prisão. Flagrante. Liberdade. Segurança. Fiança.

## ABSTRACT

SANTOS, Loianne Kacilda Silva. **In stark prison**. 2007. (Work of conclusion of the course of Right of the Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba- FACER)

The present work was aimed at making a thorough study on the prison, which aims at prevention of new crimes and the reeducation for ressocializá it condemned, reinseri him and reinstate him in society. But it is true that up to this day, even the convicted who have already completed the sentence imposed did not back to the social environment completely rehabilitated, proving it is before the high rates of relapse that occurs, in addition to suffer prejudice to get a job, importing all the evil system gaoler of our country. In particular, we talk about the prison in stark, very interesting because their peculiar characteristics relative to other institutes criminal law, which has a predominant doctrinal concept. It is understood that the prison in flagrant is a necessary evil, not referring to a measure arbitrary, but that serves to boost natural man of the well, in favor of security and social order. As the provisional imprisonment in the form of flagrant considered a prison without penalty, the administrative segregation can only where strictly necessary as the law provides. Because of social importance and the effect of restricting the freedom from the prison in flagrant, it is necessary that it shows up in a way writing, for review of possible illegalities. This instrument is called the self - imprisonment in flagrant. The self-prisoners in flagrant can only be made in writing and has some solemnities, which, if not obey generate the same void. One of the first solemnities that we can cite is the documentation of the self - imprisonment in flagrant. The legal rule is that the flagrant be escriturado the Registrar, who is a police officer invested in this office. It is the Commission's mandatory detention of any person to the competent judge. This prediction has constitutional finally give the magistrate a complete control over the smoothness, in the view of the law, the prison made. The notice of the prisoner does not Culpa the reporting of his arrest to the judge, because things are different, because this is an effective judicial control and that the information is arrested on the grounds of his arrest.

*Keywords:* Prision. Flagrant. Freedom, security, bail.

## **ABREVIATURAS**

**§:** Parágrafo

**Art:** Artigo

**Arts:** Artigos

**CF:** Constituição Federal de 1988

**CP:** Código Penal de 1940

**CPP:** Código Penal Processual de 1941

**OAB:** Ordem dos Advogados do Brasil

**STF:** Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1. DA PRISÃO .....	12
1.1 Conceito .....	12
1.2 Motivos .....	12
1.3 Finalidade .....	13
1.4 Espécies .....	14
1.4.1 Prisão com Pena .....	14
1.4.2 Prisão sem pena .....	16
2. DA PRISÃO EM FLAGRANTE .....	17
2.1 Conceito .....	17
2.2 Natureza Jurídica .....	18
2.3 Finalidade .....	20
2.4 Sujeito Ativo .....	21
2.5 Sujeito Passivo .....	23
2.5.1 Menores de 18 anos .....	24
2.5.2 Alienados mentais .....	24
2.5.3 Diplomatas estrangeiros .....	25
2.5.4 Presidente da República .....	26
2.5.5 Membros do Congresso Nacional .....	27
2.5.6 Magistrados .....	29
2.5.7 Promotor de Justiça .....	30
2.5.8 Advogado .....	31
2.5.9 Autor que presta socorro à vítima de trânsito .....	32
2.5.10 Jornalista .....	32
2.5.11 Apresentação Espontânea .....	33
2.6 Modalidades .....	34
2.6.1 Flagrante Próprio .....	35
2.6.2 Flagrante Impróprio .....	36
2.6.3 Flagrante Presumido .....	38
2.6.4 Flagrante Preparado .....	40
2.6.5 Flagrante Esperado .....	41

2.6.6 Flagrante Forjado .....	43
2.6.7 Flagrante Protelado .....	43
2.7 Prisão em Flagrante nos Crimes Permanentes .....	44
2.8 Prisão em Flagrante nos Crimes Habituais .....	46
2.9 Prisão em Flagrante nos Crimes de Alçada Privada .....	47
2.10 Prisão em Flagrante em Relação à Lei 9.099/95 .....	49
3. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE .....	51
3.1 Conceito .....	51
3.2 Legitimidade .....	51
3.3 Forma .....	52
3.4 Prazo .....	54
3.5 Oitiva de Testemunhas .....	55
3.6 Depoimento do Conduzido .....	56
3.7 Garantias Constitucionais .....	57
4. NOTA DE CULPA .....	62
4.1 Previsão Legal .....	62
4.2 Conceito .....	62
4.3 Forma .....	63
5. RECOLHIMENTO À CUSTÓDIA .....	65
5.1 Conceito .....	65
5.2 Requisitos .....	65
5.3 Voz de Prisão .....	68
5.4 Uso de Força .....	69
6. RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE .....	71
6.1 Conceito .....	71
6.2 Previsão Legal .....	71
6.3 Hipóteses .....	72
6.3.1 Vícios Formais .....	72
6.3.2 Vícios Materiais .....	74
6.4 Do Pedido .....	75
6.5 Efeitos .....	76
CONCLUSÃO .....	77
REFERÊNCIAS .....	

## INTRODUÇÃO

A prisão em flagrante é, das prisões cautelares, a mais conhecida e a mais usada desde tempos antigos. Cada um dos povos tinha seus próprios costumes. Portanto, cada um deles realizava o flagrante delito da maneira que lhes era apropriado.

A criminalidade desde os primórdios tratava-se de um problema sócio-econômico e comunitário que está presente na vida de todos. Viver sem ter nenhum contato com o crime, seja como vítima, seja como delinqüente ou mero telespectador dessa mazela social, é muito difícil, ou mais propriamente dito, impossível.

Assim, a prisão em flagrante é um tema que se tem destacado, haja vista que conhecido desde o direito antigo tendo merecido a preocupação dos legisladores, portanto sendo de grande relevância para o ordenamento jurídico e para a perfeita convivência na sociedade. Faz-se necessário, então, um estudo aprofundado das suas necessidades, divergências e quanto a sua formalidade.

Pelo fato de a prisão em flagrante não depender de prévia autorização judicial, representa uma das espécies de prisão mais freqüentes em nosso meio e tem um caráter peculiar, que consiste em abordar o infrator no momento do ato da infração penal.

Sendo a liberdade um dos direitos fundamentais do ser humano, foi esta elevada ao patamar de garantia constitucional, reconhecendo-se a preservação do direito de locomoção, atribuindo-se, entretanto, à legislação ordinária processual penal, prever as hipóteses em que tal direito de locomoção, seja coibido ou restringido provisoriamente por meio de prisão em flagrante. A norma constitucional, em seu art. 5º, LXI da Constituição Federal de 1988, menciona que ninguém será culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Entretanto, existem exceções que a legislação processual penal brasileira prevê, não coibindo assim a prisão. São medidas de caráter acautelatórias, impostas pelo principal ente de direito público que é o Estado.

Entende-se que prender um indivíduo através dessa medida acautelatória é um sistema de autodefesa da sociedade, da necessidade social de fazer para a prática criminosa prisão em flagrante e a perturbar a ordem tendo também o sentido de real desta.

A presente monografia discorrerá sobre a prisão em flagrante, e nela serão relatados os principais aspectos concernentes ao tema, que encontra hoje posição de grande destaque no mundo jurídico social. Para o desenvolvimento do tema presente será usada a dogmática jurídica, baseada na legislação brasileira vigente, ressaltando temas como as modalidades de Flagrante, auto de prisão, nota de culpa, recolhimento à custódia, relaxamento da prisão, entre outros.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do trabalho foi a metodológica com compilação de idéias de diferentes autores, análise de doutrinas, jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal de Justiça, bem como a apreciação de matérias correlatas em revistas e matérias publicadas em sites jurídicos.

Este trabalho tem por objetivo enfatizar a prisão em flagrante, como uma medida cautelar, caracterizada pela custódia automática e imediata do cidadão, sendo necessária dentro dos princípios de legalidade. Enfatizadas também que a prisão em flagrante tendo como finalidade garantir a ordem e a defesa da coletividade, a partir do momento que a liberdade do infrator representa uma ameaça ou um perigo grave à sociedade.

# 1. DA PRISÃO

A prisão é um dos institutos mais antigos empregado pela humanidade para coibir aquele que cometeu um crime, retirando-o do meio social. Muitos sociólogos e juristas discutem seu valor e suas características que são de suma importância para a sociedade.

## 1.1 Conceito

A palavra prisão vem do latim *prehensio, onis*, que em português quer dizer prender que significa o ato de privar a liberdade pessoal, portanto, em princípio, prisão vem a ser a supressão da liberdade individual, mediante clausura, ou seja, a restrição ao direito de ir e vir.

## 1.2 Motivos

A liberdade é um dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano. Diante disso é natural que a Constituição Federal preserve esse direito, impedindo que o mau uso do Poder Público possa causar qualquer lesão.

Diante do fato que o Poder Público existe para manter e assegurar o direito de todos, ele cria maneiras jurídicas para alcançar tal fim. A maneira legalmente possível de lograr êxito em manter a ordem social é por meio das leis que proíbem determinadas condutas, cominando, como sanção, a privação da liberdade, pois, segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, “na defesa da ordem, em que o Estado deve preservar, natural que tenha o Poder Público o dever de impor limitações mais ou menos intensas à liberdade individual, conquanto o faça dentro dos limites do tolerável”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - Fernando Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, p. 387.

Liberdade difere-se de libertinagem. Esta é a devassidão, desregramento, é a prática de licenciosidade, aquela é o poder de agir, no seio de uma sociedade organizada, seguindo a própria determinação, dentro dos limites impostos por normas definidas.

Dessa forma, liberdade não é um direito de fazer o que bem quiser e entender, mas sim o de fazer o que a lei não proíbe, tendo em vista que a liberdade concede ao homem o efetivo exercício de sua essência em conjunto com os demais, sendo que tal situação se manifesta pela capacidade que tenham os homens de reconhecer, com amplitude, os condicionamentos, implicações e conseqüências das situações concretas em que se encontram, aumentando com esse reconhecimento o poder de conservá-las ou transformá-las em seu próprio benefício.

Referente a isso se aplica princípio da reserva legal descrito na Constituição Federal, no art. 5º, LXI, que leciona que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada por autoridade judiciária.

Se não houvesse os freios da lei, a liberdade desenfreada levaria a sociedade para um tumulto, anarquia e caos social. Por esses motivos permite a Lei Maior a restrição da liberdade, nos casos previstos em lei e nos limites do indispensável e necessário, asseguradas as garantias fundamentais para que se evitem extralimitações do Poder Público.

### **1.3 Finalidade**

A prisão tem por finalidade a prevenção de novos crimes e a reeducação do condenado para ressocializá-lo, reinseri-lo e reintegrá-lo na sociedade. Contudo, é verdade que até os dias de hoje, mesmo o condenado que já cumpriu a pena imposta não volta para o meio social totalmente reabilitado, provando-se isso diante dos altos índices de reincidências que ocorrem, além de sofrer preconceito para conseguir um emprego, importando tudo isso ao péssimo sistema carcerário do nosso país. O cárcere brasileiro não tem tido função educativa.

Está se tornando simplesmente um castigo, além de se tornar em verdadeira universidade do crime. Os condenados vivem ali como farrapos humanos, castrados até as esperanças.

## **1.4 Espécies**

Observa-se no ordenamento jurídico brasileiro que a prisão pode ser de duas espécies, que possuem características diferentes e peculiares: prisão com pena e prisão sem pena.

### **1.4.1 Prisão com Pena**

A prisão com pena, também chamada de prisão-pena, prisão *ad poenam* ou prisão-sanção é aquela que decorre de uma sentença penal condenatória transitada em julgada feita por órgão competente. Sentença nada mais é que a decisão proferida pelo juiz, solucionando a causa, contendo relatório que é um resumo da marcha do processo e seus incidentes mais importantes, fundamentos, dispositivo(s) que expõe o juiz o desenvolvimento de seu raciocínio para chegar à conclusão juntamente com preceitos legais, e a conclusão, que é o raciocínio lógico desenvolvido durante a fundamentação contida na sentença. Transitar em julgado é qualidade de uma sentença irrecorrível, ou seja, aquela que não cabe nenhum tipo de recurso. Condenatória é aquela que impõe ao infrator uma sanção penal. Essa prisão é utilizada como meio de repressão aos crimes e contravenções imposta àquele indivíduo que for reconhecidamente culpado de haver cometido uma infração penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica alterada.

Jorge Assaf Maluly diz que a prisão com pena é “a retribuição que o Estado impinge àquele que infringiu a ordem jurídica, com o cometimento de uma infração penal”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> - Jorge Assaf Maluly, *Curso de Processo Penal*, p. 179.

Sobre a prisão com pena salienta Fernando da Costa Tourinho Filho:

*[...] por mais que se queira negar, a pena é castigo: se o cidadão comete uma infração penal sujeita à pena privativa de liberdade, proferida sentença condenatória, uma vez transitada em julgado, deverá ele ser segregado, afastado do convívio social, com retribuição pelo mal cometido, e, ao mesmo tempo, serve de intimidação a todos os possíveis e futuros infratores da lei penal [...]*<sup>3</sup>

A prisão-pena possui 02 (duas) formas: a de reclusão e detenção estabelecidas no art. 33, *caput* do Código Penal, *in verbis*:

*Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.*

A pena de reclusão é reservada às infrações de maior potencial ofensivo, podendo ser cumprida em regime fechado, semi-aberto, que é reservado ao condenado não reincidente, quando a pena for superior a quatro e inferior a oito anos. Pode ainda ser cumprida a pena de reclusão em regime aberto.

Já a pena de detenção é atribuída a delitos com menor potencial ofensivo, sendo que pode ser cumprida em regime semi-aberto, qualquer que seja a quantidade, desde que não reincidente, salvo se houver necessidade comprovada de transferência para o regime fechado. Também pode ser cumprida em regime aberto, apenas quando a pena for igual ou inferior a quatro anos.

Outrossim, existe a prisão pena na modalidade de prisão simples que ocorre na prática das contravenções penais. A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto, conforme reza o art. 6º da Lei das Contravenções Penais.

---

<sup>3</sup> - Fernando Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, p. 200

### **1.4.2 Prisão sem pena**

A outra espécie de prisão é denominada de prisão sem pena, também conhecida como prisão sem o caráter de pena. Essa prisão não defluiu de condenação penal. O ordenamento jurídico criminal brasileiro permite essa modalidade de prisão na prisão administrativa, civil, disciplinar e na cautelar de natureza processual, que vem a ser a prisão anterior à condenação e consiste em uma limitação mais ou menos intensa da liberdade física de uma pessoa, por uma finalidade processual penal. É uma espécie de autodefesa do próprio ordenamento jurídico, ante ao perigo de que seja burlado.

A prisão cautelar de natureza processual se apresenta em cinco modalidades: prisão preventiva em sentido estrito; prisão temporária; prisão resultante de pronúncia; prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e; prisão em flagrante que é o objeto de investigação e estudo do presente trabalho.

## 2. DA PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante é um assunto muito interessante devido as suas características peculiares em relação a outros institutos processuais penais com um conceito predominante doutrinário.

### 2.1 Conceito

Flagrante deriva do latim *flagran, flagrantis*, verbo *flagare*, que significa ardente, crepitando, brilhante. Flagrante delito é o que se vê praticar e que assim suscita, no próprio instante a necessidade de conservar ou restabelecer a ordem jurídica, ameaçada pela violação ou violada pelo acontecimento, ou seja, é a ardência do crime, a certeza visual do crime. Será considerado juridicamente como flagrante o delito que está sendo cometido, praticado, é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado à certeza visual do crime.

É predominante o entendimento doutrinário de que a prisão em flagrante difere-se da prisão temporária, por ser esta decorrida da Medida Provisória nº 111 de 24 de dezembro de 1989, tornando-se Lei Federal em 21/12/1989 sob o número 7.960, sendo também uma medida cautelar adotada no Brasil.

O Art. 1º da Lei 7.960/89, dispõe, *in verbis*:

*Art. 1º Caberá prisão temporária:*

*I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;*

*II - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;*

*III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, da autoria ou participação do indiciado nos seguintes termos crimes:*

Na prisão temporária ocorre o poder discricionário do juiz para entender se há ou não requisitos de tal medida. Sendo que tal medida tem o prazo de 05 dias podendo ser prorrogado por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, em conformidade com o art. 2º da referida Lei.

No caso de crimes hediondos o prazo da prisão é de 30 dias, prorrogado por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, de acordo como o art. da Lei 8.072/90.

É por derradeiro, que tal medida cautelar depende de mandado judicial, além do que tanto nos crimes comuns como nos crimes hediondos, decorrido o prazo da detenção, o preso deverá ser posto em liberdade, salvo se já estiver decretada sua prisão preventiva, segundo estabelece o art. 2º, § 7º da Lei 7.960/89.

Difere-se também a prisão em flagrante da prisão preventiva, pois esta é uma medida cautelar utilizada por motivo de conveniência, estabelecida nos art. 311 à 315 do Código de Processo Penal, e a prisão em flagrante é um ato vinculado e não discricionário.

## **2.2 Natureza Jurídica**

O ato de prender é um ato administrativo incumbido à polícia judiciária e facultada a qualquer pessoa. Mesmo no caso da prisão efetivada por particular é ato administrativo, pois o sujeito ativo exerce um direito público subjetivo de natureza política. Aliás, sendo a prisão-captura um ato emanado do poder de polícia do Estado, manifesta-se o seu caráter administrativo.

Entretanto, analisando a prisão em flagrante do ponto de vista ulterior a efetivação da prisão e a lavratura do auto, constata-se que a mesma tem a natureza cautelar processual. Dessa forma sujeita-se a dois pressupostos fundamentais de toda medida cautelar o *fumus*

*boni juris*<sup>4</sup> e *periculum in mora*<sup>5</sup>, ou seja, a aparência jurídica ou pressentimento de validade jurídica de algo que se alega contra o indiciado, e o interesse de prender o suspeito por interesse e necessidade pública.

Ressalta José Frederico Marques, 1998, sobre a natureza cautelar da prisão em flagrante:

*[...]tem a prisão em flagrante destacado aspecto de medida cautelar. Com a captura e a detenção do réu, não só se tutela e se garante o cumprimento ulterior da lei penal, mas também garantida fica a colheita imediata de provas e elementos de convicção sobre a prática do crime. Como salienta Ortolan, o flagrante delito influi sobre a certeza das provas e assegura a ação de Justiça Contra o delinqüente [...]*<sup>6</sup>

Sobre o mesmo prisma, Tales Castelo Branco, 2001, de forma didática e objetiva explica a natureza jurídica da prisão em flagrante da seguinte forma:

*[...] É prisão porque restringe a liberdade humana; é penal porque foi realizada na área penal; é cautelar porque expressa uma precaução (uma cautela) do Estado para evitar o perecimento de seus interesses; e é administrativa porque foi lavrada fora da esfera processual, estando portanto, pelo menos no momento de sua realização, alheia à relação processual, expressando o exercício da atividade administrativa do Estado [...]*<sup>7</sup>

Nesses aspectos, verifica-se que prisão cautelar tem por objetivo a garantia imediata da tutela de um bem jurídico para evitar as conseqüências do perigo da demora. Prende-se para garantir a execução ulterior da pena, o cumprimento de futura sentença condenatória, tendo, além disso, a prisão em flagrante possuído uma finalidade especial.

---

<sup>4</sup> - Fumaça do bom direito, tradução livre da autora da monografia.

<sup>5</sup> - Perigo de dano pela demora, tradução livre da autora da monografia.

<sup>6</sup> - José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, p. 40.

<sup>7</sup> - Tales Castelo Branco, *Da Prisão Em Flagrante*, p. 11.

## 2.3 Finalidade

A prisão em flagrante é um mal necessário, não se tratando de uma medida arbitrária, mas que atende ao impulso natural do homem de bem, em favor da segurança e da ordem social.

Sendo a prisão provisória na modalidade de flagrante considerada uma prisão sem pena, a sua segregação só pode ser administrativa nos casos estritamente necessários como tal dispõe a lei.

Fernando Costa Tourinho Filho entende que a prisão em flagrante é a “salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria”.<sup>8</sup> Nesse entendimento vemos que a prisão em flagrante é uma medida de autodefesa da sociedade, pois há a necessidade de se fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem jurídica, sendo que essa privação do *jus libertatis*<sup>9</sup> do indivíduo surpreendido em flagrante é uma necessidade, levando-se em conta o bem maior que por detrás se anuncia, ou seja, a segurança da coletividade.

Assim, além dos objetivos comuns de qualquer prisão que são: servir de exemplo de advertência aos maus; satisfazer os anseios e a tranqüilidade dos indivíduos bons; prestigiar e restaurar a confiança do povo em relação ao ordenamento jurídico e pelos seus executores como os agentes policiais, a prisão em flagrante possui objetivos peculiares como: frustração do resultado, evitando a consumação da infração, ou pelo menos o seu exaurimento, pois com ela o agente será preso no momento da execução do crime ou logo após cometê-la dando, por exemplo a possibilidade de restituir-se de imediato a *res furtiva*<sup>10</sup>. Já em relação ao sujeito passivo da prisão em flagrante, ela eventualmente protege o preso contra a exasperação do povo, como no caso dele ter cometido o crime de estupro contra menor, e os populares

---

<sup>8</sup> - Fernando Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, p. 422.

<sup>9</sup> - Direito de liberdade, tradução livre da autora da monografia.

<sup>10</sup> - Produto do furto, tradução livre da autora da monografia.

estiverem com o *animus*<sup>11</sup> de espancá-lo, nesse caso os policiais encarregados devem assegurar a integridade física do mesmo.

Por fim, nota-se que a prisão em flagrante não tem por finalidade a represália vingativa, mas sim de um impulso natural do homem de bem, e, em prol da segurança e da ordem.

## 2.4 Sujeito Ativo

O sujeito ativo da prisão em flagrante é quem efetua a prisão de quem está em flagrante delito. O Art. 301 do Código de Processo Penal reza que “qualquer pessoa do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

Desse diploma desprende-se o entendimento de que existem dois tipos de sujeitos ativos. O primeiro sujeito ativo é chamado de facultativo que pode ser qualquer pessoa do povo, ou seja, qualquer popular, não necessitando ser agente policial ou autoridade policial poderá prender o indivíduo que se encontre em flagrante delito. Nota-se que o ato de prender pelo popular é uma faculdade, pois ele não tem o dever previsto em lei.

A recomendação da Instituição Francesa, de 29 de setembro de 1791 já se falava sobre a prisão em flagrante realizado por dever e por faculdade, senão vejamos:

*[...] No caso de flagrante delito, todo depositário da força pública, e mesmo todo cidadão, devem, no interesse da sociedade, prestar-se a prender o delinqüente, porque todos os bons cidadãos devem formar intensamente uma liga santa e patriótica contra os infratores da Constituição e das Leis, concorrer para impedir que seja cometido um delito e entregar às mãos dos ministros da Lei os delinqüentes surpreendidos em perturbação da ordem pública [...]*<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> - Vontade, tradução livre da autora da monografia.

<sup>12</sup> - *Instituição Francesa*, de 29.07.1791, apud João Mendes, *O Processo Criminal Brasileiro*, p. 288.

Verifica-se que para saber se a prisão em flagrante é obrigatória, facultativa ou vedada deve-se levar em conta os sujeitos da mesma. No caso dessa prisão facultativa, o particular exerce uma função pública, não sendo substancialmente um direito individual, mas sim um ato de polícia por meio de um órgão indireto ocasional do Estado, constituindo exceção à regra só do Estado agir por meio dos seus órgãos, ou seja, por meio de pessoas que, por força de lei ou de uma obrigação especial de serviço, se acham numa relação constante como o Estado.

Essa intervenção feita pelo particular é realizada pela iniciativa do mesmo, dentro do seu espírito de educação política ou de solidariedade humana, não sendo considerado crime ou contravenção se não efetuar a prisão. Ademais, nada impede que a própria vítima prenda o agente criminoso.

Já a segunda parte do art. 302 do Código de Processo Penal prescreve que “as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. Essa prisão é chamada de prisão em flagrante compulsória ou coercitiva. Dessa forma eles não tem a faculdade, mas sim a obrigação de efetuar a prisão de quem está em estado de flagrância. O não cumprimento da prisão em flagrante compulsória é a prática do crime de prevaricação e/ou consunção, com que desprende-se dos arts. 319 e 316, respectivamente, do Código Penal, *in verbis*:

*Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:*

*Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.*

*Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes, de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:*

*Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.*

As autoridades policiais e seus agentes que não efetuarem a prisão em flagrante de quem se encontra em flagrante delito, quando juridicamente e fisicamente possível, além de

estarem sujeitos às penas do Código Penal, estarão sujeitas as penas estatuídas nos regulamentos competentes.

Tanto na modalidade da prisão em flagrante realizado por particular como por autoridade policial ou seus agentes independe de mandado judicial, em conformidade com o inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

*LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada pela autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei;*

Essa característica peculiar de independência de mandado judicial na prisão em flagrante justifica-se pela conveniência legal, pois é comum que um agente policial ou até mesmo um popular surpreenda um indivíduo cometendo uma infração penal, desse modo é lhes conferido o poder de prender aquele, sem terem que esperar à ordem ou mandado de juiz, caso contrário seria inviável a prisão em flagrante. Além do mais, esse preceito garante o direito à segurança, que, fundamentalmente, consiste na possibilidade do exercício tranquilo da liberdade e dos direitos sem sofrer violência ou coações.

## **2.5 Sujeito Passivo**

O sujeito passivo da prisão em flagrante é a pessoa que se encontra em flagrância, ou seja, é o autor da infração ou quem concorre na infração. A regra geral é, quem quer que seja, pode ou deve ser preso em flagrante delito, contudo, há certas exceções, como será visto nos subitens desse capítulo.

### **2.5.1 Menores de 18 anos**

O art. 2º da Lei 8.069/90 considera como criança toda pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade. Segundo dispõe o art. 105 do mesmo diploma legal, quando o ato infracional for praticado por criança, somente poderá ser aplicada a medida específica de proteção elencadas no art. 101, tais como o encaminhamento aos pais ou responsáveis, mediante termo de responsabilidade. Já o adolescente poderá ter a sua liberdade de locomoção restringida, quando surpreendido na prática de ato infracional que é a conduta descrita como crime ou contravenção penal, praticada por um menor (art. 103 da Lei 8.069/90).

Os menores de 18 anos são considerados inimputáveis, sendo que nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 106 da Lei 8.069/90). Esse preceito reforça a idéia contida no art. 5º LXI da Constituição Federal. Por sua vez, o art. 172 do mesmo diploma legal determina que o adolescente surpreendido na prática de ato infracional deve ser encaminhado à autoridade policial competente, dando preferência às repartições especializadas, até mesmo quando houver co-autoria de maiores de idade.

### **2.5.2 Alienados mentais**

Alienados mentais são as pessoas que, por serem portadoras de uma doença psíquica, sofre das faculdades mentais, conseqüentemente possuem uma perturbação mental, como o demente ou louco de todo o gênero. É lícita a prisão dos alienados mentais, embora inimputáveis, já que a eles se pode aplicar medida de segurança, contudo, cabe no caso a instauração do incidente de insanidade mental.

O Código de Processo Penal em seu art. 149 determina que quando houver dúvida sobre essa integridade mental do agente que for preso, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, irmão ou cônjuge do detido, deverá ele ser submetido a um exame médico legal. Esse exame poderá ser feito tanto na fase extrajudicial como judicial, contudo na fase extrajudicial necessita-se de uma representação da autoridade policial competente (art. 149, § 1º do CPP)

Os considerados alienados mentais, após o devido exame, quando forem presos em flagrante delito, deverão ser internados em manicômio judiciário ou em estabelecimento adequado que o juiz designar (art. 150 do CPP).

Assim, toda pessoa considerada como alienada mental, que estiver em estado de flagrância deve ser presa e autuada em flagrante delito, e na fase inquisitorial o exame de insanidade mental pode ser requerido mediante representação da autoridade policial, mas nunca por determinação deste. Sendo o examinado considerado alienado mental, este deverá ser removido para um manicômio judiciário designado pelo juiz.

### **2.5.3 Diplomatas estrangeiros**

Diplomatas estrangeiros são os representantes de um Estado junto a outro, ou seja, são os funcionários que representam o governo de seu Estado junto ao governo de outra nação, exemplo o embaixador.

Em referência aos diplomatas estrangeiros, em decorrência de tratados e convenções internacionais não podem ser presos em flagrante delito, diante de que o processo penal reger-se-á em todo território brasileiro pelo Código de Processo Penal, ressalvados os tratados, as convenções e as regras de Direito Internacional (art. 1º, I do CPP)

Essa imunidade diplomática decorre primordialmente da aplicação da Convenção de Viena de 1961, assinada, aprovada, e ratificada em nosso País. Ela prevê absoluta

inviolabilidade a todos os agentes diplomáticos bem com aos seus entes familiares e funcionários das organizações internacionais em atividade. Tem por objetivo assegurar aos diplomatas dentro do Estado estrangeiro o merecido respeito, impedindo qualquer tipo de ofensa à pessoa, liberdade e dignidade.

A imunidade também é aplicada extensivamente aos chefes de Estado em passagem por países estrangeiros, bem como aos representantes de Estado, quando em atividade no exterior.

Já os cônsules gozam de uma imunidade restrita, compreendendo somente aos atos praticados no âmbito de suas atividades funcionais, de forma que para os demais atos, estarão perfeitamente sujeitos à Legislação Nacional, conseqüentemente podem ser presos em flagrante delito.

Na praxe, as autoridades judiciárias e policiais são aconselhadas, em caso de dúvida sobre as prerrogativas dos representantes dos países estrangeiros, a consultar, por intermédio do Ministério da Justiça, se a pessoa que está em flagrância delitativa pode ser presa ou se possui a imunidade diplomática.

#### **2.5.4 Presidente da República**

O Presidente da República que é o chefe do Poder Executivo, eleito pelo povo, com mandato de quatro anos, podendo ser reeleito uma vez subsequente, sendo auxiliado pelo Ministro do Estado, não pode ser preso em flagrante delito, em qualquer natureza de crime.

Art. 86, § 3º da Constituição Federal de 1988, prescreve, *in verbis*:

*Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o*

*Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal nos crimes de Responsabilidade*  
*§3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.*

Portanto, se o atual Presidente da República do Brasil Luiz Inácio Lula da Silva cometesse um crime, mesmo estando em flagrância, não poderia ser preso, devido essa garantia elementar de seu cargo. Contudo, se após o devido processo legal surgir uma condenação que não caiba mais recurso, ele será preso. Verifica-se desse modo, que o presidente não pode ser preso pela prisão sem pena, apenas pela prisão-pena.

### **2.5.5 Membros do Congresso Nacional**

Congresso Nacional é o órgão público detentor do exercício do Poder Legislativo, formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senador Federal, exercido por seus membros.

Os Membros do Congresso Nacional em relação à prisão em flagrante, possuem uma certa peculiaridade, conforme estabelece o art. 53, § 1º da Constituição Federal, *in verbis*:

*Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.*  
*§1º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente sem prévia licença de sua Casa.*

Por meio desse dispositivo, entende-se claramente que os Membros do Congresso Nacional não estão sujeitos a prisão em flagrante, exceto em crimes que não admitem fiança. Fiança é um ato pecuniário requerido pelo preso ou por terceiro, em benefício daquele para que seja posto em liberdade.

O Código de Processo Penal estabelece quais são os crimes inafiançáveis, em seus arts. 323 e 324, *in verbis*:

*Art. 323. Não será concedida fiança:*

*I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos;*

*II - nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais;*

*III - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado;*

*IV - em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio;*

*V - nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.*

*Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:*

*I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350;*

*II - em caso de prisão por mandado do juiz cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar;*

*III - ao que estiver ao gozo de suspensão condicional da pena ou livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança;*

*IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)*

Já Constituição da República Federativa promulgada em 1988 considera como crimes inafiançáveis a prática de racismo (art. 5º, XLII), tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, os definidos como crimes hediondos (art. 5º, XLIII) e ação de grupos armados (art.5º, XLIV). A lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sancionada pelo Ex-presidente da República Fernando Collor de Melo, considera como crime hediondo o homicídio qualificado e o homicídio simples (art. 121 do Código Penal), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*, do CP) extorsão qualificada pela morte (art. 159, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º do CP), estupro (art. 213 c/c art. 223, *caput* e parágrafo único do CP), epidemia com o resultado de morte (art. 261, § 1º do CP) e a prática de genocídio consumado ou tentado, previsto na lei 2.889/56.

Sendo assim, se algum Deputado ou Senador incorrer em um desses casos expostos acima, e estando em flagrância delitiva, será preso em flagrante delito. No entanto, se praticar algum crime que caiba fiança, ainda que esteja caracterizada a flagrância, não poderá ser preso em virtude da sua imunidade parlamentar.

## 2.5.6 Magistrados

Magistrados são as pessoas investidas de autoridade pública, que administram a justiça, em nome do Estado. Mais especificamente o juiz concursado ou togado que tem a função de julgar em 1º (primeiro) e 2º (segundo) grau ou em grau especial de jurisdição, submetendo-se a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LMNO) e as normas regimentais, sendo um membro do Poder Judiciário, podendo ser juiz, desembargador e ministro da Justiça.

Art. 33, incisos II e III da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, *in verbis*:

*Art. 33 - São prerrogativas do magistrado:*

*II - não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado (vetado);*

*III - ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final.*

Portanto o magistrado só pode ser recolhido a prisão em dois casos. Primeiro por meio de mandado do Tribunal ou do órgão especial competente. E também, no caso de praticar um crime inafiançável, o que já foi exposto no item 2.5.6, deste capítulo, e estar em flagrância delitiva. Contudo essa prisão deverá ser imediatamente comunicada ao Presidente do Tribunal que esteja vinculado o conduzido, apresentando-o àquele. Essa é uma

prerrogativa fundamental inerente ao exercício da magistratura, tendo em vista a complexidade e importância social da aplicação da jurisdição.

### **2.5.7 Promotor de Justiça**

Ministério Público é uma instituição permanente, essencial a função jurisdicional do Estado, que tem a incumbência de zelar pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Os Promotores de Justiça, que são os membros do Ministério Público, exercem o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei e zelar pelos interesses privativos indisponíveis. Eles também são assegurados de privilégios, dentre os quais não podem ser sujeitos passivos da prisão em flagrante, exceto em crimes inafiançáveis, como estabelece o art. 40, III, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, *in verbis*:

*Art. 40 - Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica:*

*III - ser preso somente por ordem judicial escrita, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará, no prazo máximo de vinte e quatro horas, a comunicação e a apresentação do membro do Ministério Público ao Procurador-Geral de Justiça.*

Verifica-se então que o Promotor de Justiça só pode ser preso em flagrante delitivo nos crimes inafiançáveis, contudo, semelhante ao que acontece com o magistrado, a prisão deverá ser comunicada no prazo de 24 horas ao Procurador Geral da Justiça, apresentando-o para o mesmo.

## 2.5.8 Advogado

O advogado não é aquele que é apenas bacharel em direito, mas sim aquele colaborador do órgão jurisdicional, que patrocina, mediante honorários, aquele que tiver direitos ou interesses jurídicos a pleitear ou defender em juízo, assistindo-o e representando-o, oralmente ou por escrito, devidamente inscrito na OAB, e está sujeito aos preceitos legais que lhe são inerentes, por força da lei 8.906/94. Em outras palavras, o advogado é a pessoa legalmente habilitada a advogar, isto é, a prestar assistência profissional a terceiros em assunto jurídico, defendendo-lhes os interesses particulares, seja como consultor, seja como procurador em juízo, sendo um profissional indispensável à administração da justiça.

Em referência a prisão em flagrante delito desse profissional, o art. 7º, IV, V e § 3º da Lei 8.906/94, determina, *in verbis*:

*Art. 7º são direitos do advogado:*

*IV - Ter a presença de representante da OAB quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos a comunicação expressa à seccional da OAB.*

*V - Não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala do Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar.*

*§ 3º 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.*

Dessa forma, nada impede que o advogado seja autuado em flagrante delito quando se tratar de crime inafiançável, mesmo estando no exercício de suas funções, observando-se que deverá ser acompanhado por representante da Ordem dos Advogados do Brasil.

### **2.5.9 Autor que presta socorro à vítima de trânsito**

Não pode ser atuada em flagrante delito a pessoa que deu causa ao acidente de trânsito e presta socorro a vítima, é o que desprende do art. 301 do Código de Trânsito Brasileiro, *in verbis*:

*Art. 301. 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 aquela.*

Essa norma é um benefício à boa vontade que o causador do acidente demonstra ao prestar socorro pronto e integral à vítima, todavia, de modo lógico e sensato, se ele não prestar socorro à vítima, deverá ser preso em flagrante delito, além de ser imputado ao mesmo a qualificadora do inciso III, do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, referente “a deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente”, que gera o aumento do *quantum*<sup>13</sup> da pena de 1/3 à metade.

### **2.5.10 Jornalista**

Aos profissionais da área jornalística, também são previstos certos requisitos que devem ser observados na ocasião de flagrância, em atendimento à Lei 5.250/67, principalmente em seu art. 66, *in verbis*:

*Art. 66. O jornalista profissional não poderá ser detido nem recolhido preso antes de sentença transitada em julgado; em qualquer caso, somente em sala decente, arejada e onde encontre todas as comodidades.*

---

<sup>13</sup> - Quantidade, tradução livre da autora da monografia.

*Parágrafo único – A pena da prisão de jornalista será cumprida em estabelecimento distinto dos que são destinados aos réus de crime comum e sem sujeição a qualquer regime penitenciário ou carcerário.*

Como se vê, a lei proíbe a prisão sem pena para o jornalista profissional, conseqüentemente há impossibilidade da prisão em flagrante do mesmo em qualquer tipo de crime.

### **2.5.11 Apresentação Espontânea**

Sobre a prisão em flagrante quando o autor se apresentar espontaneamente, Eduardo Espínola entende que:

*“Não é de ser recolhido à prisão provisória o indivíduo acusado, ou suspeito de uma infração penal, pelo fato de apresentar-se, por motivo próprio, à autoridade policial ou judiciária, que está com encargo, presidindo o inquérito ou ação penal, promover a apuração do autor de tal infração e de conduzir sobre a sua responsabilidade.”<sup>14</sup>*

Dessa forma não se implica o recolhimento imediato a cadeia. Para isso é necessário que decrete o juiz a prisão preventiva, de acordo com os requisitos legais, tendo em vista que ninguém será preso senão por meio de ordem escrita judicial, salvo em flagrante delito, do ponto de vista de que ninguém está em flagrância delitiva pelo motivo de se apresentar espontaneamente à autoridade competente.

Mesmo sem o aspecto do estado de flagrância, a apresentação espontânea impede a lavratura do auto de prisão tendo como interesse político-criminal de não desvalorizar todos os gestos do agente delituoso que tenham relevância moral e jurídica. Veja-se que seria

---

<sup>14</sup> - Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal Brasileiro - Anotado*, p. 520.

injusto que a lei tratasse igualmente tanto o agente que foge ou se oculta da lei penal, quanto aquele que, espontaneamente, se apresenta, facilitando, assim o trabalho da polícia judiciária.

O digníssimo doutrinador Marcelo Luiz Leano esclarece sobre a prisão em flagrante no caso de apresentação espontânea:

*[...] a autoridade policial deve empreender a uma análise acerca da espontaneidade da apresentação do acusado. Assim, a espontaneidade estará caracterizada, em linhas gerais, quando o acusado houver tido a possibilidade de fugir, porém não o fez. Por razões de política criminal, não ocorre nesta hipótese a prisão em flagrante, pois o acusado demonstrou a sua vontade de colaborar com a aplicação da Justiça, não furtando-se à persecução penal. Será, ainda mais uma vez, o bom senso da autoridade policial que determinará as medidas a serem tomadas em face do caso concreto [...]*<sup>15</sup>

É conveniente a lavratura de termo de apresentação, no qual se consignarão todas as circunstâncias de sua ocorrência, ouvindo, desde logo, aquele que se apresenta, pois se trata de fato que produz efeitos jurídicos e, portanto, deve ficar autenticado.

## 2.6 Modalidades

O Código de Processo Penal estabelece 04 modalidades de flagrante delito em seu art. 302, *in verbis*:

*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;*

---

<sup>15</sup> - Marcelo Luiz Leano, *Prisão em Flagrante*, p. 74.

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

A doutrina majoritária entende que o flagrante do inciso I e II do referido artigo é o chamado flagrante próprio; do inciso III é conhecido como flagrante impróprio e; a ação do agente em conformidade com o inciso IV é denominada de flagrante presumido.

Flagrância sugere atualidade, evidência, é a qualidade da infração, é um relacionamento de tempo e espaço que rodeia a infração e que caracteriza a ardência da mesma, enquanto ainda vivos, na percepção de todos, os vestígios materiais do crime.

A interpretação do artigo 302 do Código de Processo Penal é insuscetível de analogia, ou de interpretação extensiva, pois a liberdade individual não se submete a critérios de simples conveniência processual, pois trata de substância e não só de forma. Dessa forma, só pode ser feita a interpretação autêntica.

Essas modalidades de prisão em flagrante se diferenciam pelas circunstâncias de tempo e modo em que é preso o sujeito ativo da infração. Mas é certo que a lei processual penal não pode ser casuística, e, portanto em cada hipótese que se apresente cabe ao juiz apreciá-la com muito cuidado a fim de decidir com acerto.

### **2.6.1 Flagrante Próprio**

Flagrante próprio também chamado de flagrante real ou flagrante propriamente dito, ocorre quando o sujeito ativo da infração é surpreendido no ato da execução do crime (art. 301, I do CPP), como no caso de um indivíduo ser surpreendido por um policial enquanto arrombava a porta de um veículo alheio com o intuito de furtá-lo. Também ocorre o flagrante próprio quando já se esgotou o ato de execução, causando o resultado jurídico de dano ou de perigo como exemplo a morte, lesão ou dano material (art. 302, II do CPP). Nessa segunda

hipótese de flagrante próprio, o agente pode ser preso tanto no local dos fatos ou nas proximidades, em situação indicativa que cometeu o ilícito.

O flagrante próprio é a modalidade que tem maior valor probatório, sendo uma prova difícil de ser combatida pelo advogado do acusado, diante da certeza visual e concreta da conduta criminosa, ainda mais quando amoldada por outras provas, como a testemunhal.

## 2.6.2 Flagrante Impróprio

Essa modalidade também é chamada de quase-flagrante, e ocorre quando alguém é perseguido, logo após, por autoridade policial ou qualquer pessoa, até mesmo o próprio ofendido, em situação em que faça presumir ser autor da infração. O quase-flagrante está previsto no art. 302, III do Código de Processo Penal.

A expressão “logo após” traz muitas discussões sobre o seu entendimento, pois no sentido gramatical, logo após significa de imediato. Sobre este aspecto alguns autores entendem que a expressão *logo após* é o lapso de tempo de até 24 horas após a execução da infração, o que não está expressamente previsto na lei. Contudo esse prazo de 24 horas é uma mera crença popular.

Já o ilustríssimo doutrinador Julio Fabrini Mirabete entende que a expressão logo após é referente ao “tempo que ocorre entre a prática do delito e a colheita de informações a respeito de identificação do autor, que possa ser imediatamente perseguido após essa rápida investigação procedida por policiais ou particulares”<sup>16</sup>.

Outrossim, em referência a expressão logo após, esta não está acoplada a prisão, mas sim a perseguição, e além da perseguição, as circunstâncias que a cercam devem ser de tal modo que façam presumir ser ele o autor da infração. Além do que a perseguição não se

---

<sup>16</sup> - Julio Fabrini Mirabete, *Código de Processo Penal Interpretado*, p. 372.

confunde com a investigação da autoria ou busca da coisa e deve ser iniciada *in continenti*<sup>17</sup>, sem sofrer solução de continuidade, podendo a prisão distanciar-se da prática do ilícito. Tem de haver uma perseguição ininterrupta do agente delituoso. Mesmo no caso de policiais que não assistiram o momento do fato delituoso, mas que saíram em perseguição logo após a ocorrência, observando-se as formalidades na lavratura do termo, é legal não comprometendo a sua validade.

A primeira presunção de autoria do crime é feita por quem prende o autor. Sendo que esta será constatada pela autoridade policial competente, e depois, pelo juiz ao qual a prisão é comunicada, por meio da nota de culpa, assunto que será analisado no capítulo IV.

O clamor público é só um indício que leva a presumir a autoria, contudo ele é dispensável. Clamor público vem a ser a acusação lançada ao público, o apelo que é feito pela vítima ou testemunhas para que efetue uma perseguição do malfeitor. Todavia o clamor público não se caracteriza sempre de uma multidão aos gritos de pega-pega. Basta mesmo uma única testemunha, ou apenas a vítima apontando, energicamente, o criminoso. Também não é o vozerio ou gritaria que o caracteriza, a própria mímica ou gesto de um mudo que indique firmemente a pessoa a prender, além de que a perseguição não necessita ser realizada por meio de locomoção, podendo ser feita por vias telefônicas, radiofônicas ou sonoras.

O Tribunal Criminal de São Paulo decidiu que segundo disposto do art. 302, III, do Código de Processo Penal, considera-se em flagrante delito quem é perseguido logo após o crime pela autoridade. A perseguição pela autoridade, logo após a consumação do crime, ainda que não haja vozerio, alardio ou clamor público, caracteriza o estado de quase flagrância.<sup>18</sup>

Há o entendimento que incorre a quase-flagrância se não há perseguição ordenada a pessoa logo após o fato delituoso. Em outras linhas, João Mendes justifica a aplicação do flagrante presumido sem a materialidade da fuga em “virtude do clamor público, pois, ao aplicar o flagrante ao caso em que o delinqüente, mesmo sem ser materialmente perseguido

---

<sup>17</sup> - De imediato, tradução livre da autora da monografia.

<sup>18</sup> - TACRIM-SP, Apelação 245786-1, 10/02/2001, RT 365/02.

em sua fuga, é altamente acusado pelo grito público como o autor de um crime que acaba de ser cometido.”<sup>19</sup>

### 2.6.3 Flagrante Presumido

O flagrante presumido está previsto no art. 302, IV do CPP. Também é conhecido por *flagrante ficto*. Nessa modalidade de flagrante, em sentido conotativo já não há fogo, mas existe a fumaça, a chama se apagou, mas a brasa está quente. A lei presume a autoria e finge que o crime ainda está sendo cometido.

Nesse caso não é necessário que haja perseguição, porém o conduzido deve ser encontrado *logo depois* da prática da infração com as coisas que se mostre com forte indício da autoria ou participação no crime ou contravenção. A expressão “logo depois”, contida na disposição legal, reclama brevidade.

No flagrante impróprio, a pessoa é perseguida, enquanto no flagrante presumido ela é encontrada, podendo até ser por acaso, com os *instrumenta*<sup>20</sup> ou *producta*<sup>21</sup> ou *documenta*<sup>22</sup> que permitem aduzir que ele é o autor da infração. Esse é o entendimento predominante da jurisprudência, *in verbis*:

*“Para que se configure a flagrância presumida, nada mais se exige do que estar o presumível delinqüente na posse de coisas ou traços que o indigitem como autor ou co-autor de um delito acabado de cometer. Assim, irrelevante à validade de prisão em flagrante é o simples fato de ter sido realizada a captura por mero acaso, antes mesmo que a Polícia tivesse conhecimento da ocorrência criminosa.”*<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> - João Mendes, *O Processo Criminal Brasileiro*, p. 293.

<sup>20</sup> - Instrumentos, tradução livre da autora da monografia.

<sup>21</sup> - Produtos, tradução livre da autora da monografia.

<sup>22</sup> - Documento, tradução livre da autora da monografia.

<sup>23</sup> - TJACRESP Habeas Corpus 223145-3, 24/08/2000, RT 235/01.

Observa-se que o que realmente predomina na prisão em flagrante é que a pessoa seja encontrada, em tempo razoável, após a prática de um crime, com objetos que façam presumir ser ele o autor da infração. Sendo assim, estará presumível o delinqüente que na posse de coisas o indigitem como autor de um delito cometido a poucos instantes, não sendo necessário que haja perseguição, mas sim que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito com objetos que traduzem um veemente indício da autoria ou participação no crime.

Portanto, flagrante presumido ocorre quando alguém é surpreendido com objetos, ou traços, que façam presumir que tenha ele cometido o crime ou lhe tenha prestado participação de qualquer forma no fim ilícito.

O ordenamento jurídico brasileiro não estabelece uma escala de valores entre as modalidades de flagrante, contudo é óbvio que o quase flagrante é menos convincente do que o flagrante próprio. Desse ponto de vista pode-se dizer que no quase-flagrante não há uma perfeita identidade, mas sim uma aproximação da flagrância. Nesse flagrante a autoria não é certa, mas provável.

Entende Hélio Tornaghi como justificativa da prisão em quase-flagrante:

*“A necessidade de colher de imediato os elementos de prova, os vestígios materiais deixados pelo fato ainda recente, antes que eles desapareçam, que se extingam, e a possibilidade de obter a versão do indiciado, de fazer os reconhecimentos, tudo isso leva a considerar flagrante o que na verdade é parecido com o flagrante, quase-flagrante, e a permitir a prisão daquela contra o qual há indícios de autoria.”<sup>24</sup>*

Entre o término da ação criminosa e a prisão ocorrem alguns acontecimentos, ou seja, passa algum tempo que é considerado logo depois, contudo, o modo pelo qual o indivíduo é preso é que permite presumir a autoria. A efetivação da prisão tem de ser *tempus voisin de delit*, ou seja, no momento próximo do delito. Esse tempo de apreciação do magistrado ao analisar as circunstâncias, as quais ensejam presunção da culpabilidade e caráter de urgência, justifica a prisão em flagrante. Nota-se que não é possível marcar esse

---

<sup>24</sup> - Hélio Tronaghi, *Curso de Processo Penal*, p. 54.

período com um cronômetro, devendo fazer remissão ao prudente arbítrio do magistrado, a quem se deixa liberdade de apreciação. Dessa forma, é necessário ter em mente que o interesse da justiça não pode ser sacrificado por obsoletos formalismos, que redundam em assegurar, com prejuízo da frustração da ação penal, a frontosa intangibilidade de criminosos surpreendidos na atualidade ainda palpitante do crime e em circunstâncias que evidenciem sua relação com este.

Em relação à prisão em flagrante presumido no caso de repouso noturno Julio Fabrini Mirabete esclarece de forma convincente que:

*[...] considerado-se o interesse na repressão dos crimes, há maior margem na discricionabilidade da apreciação do elemento cronológico quando o agente é encontrado com objetos indicativos do crime, o que permite estender o prazo à varias ou, considerando-se o problema do repouso noturno, até o dia seguinte [...]*<sup>25</sup>

E nesse sentido, O Tribunal de Alçada Criminal da Cidade de São Paulo entendeu que “a expressão logo depois, constante no art. 302, IV, do CPP, apresenta elastério perfeitamente compreensível quando ocorra o problema do repouso noturno, que dilata, evidentemente, o prazo legal”.<sup>26</sup>

#### **2.6.4 Flagrante Preparado**

Flagrante preparado, também chamado de flagrante provocado, ocorre quando alguém insidiosamente provoca outrem à prática de um crime e, simultaneamente, toma as providências necessárias para surpreendê-lo nas flagrâncias da execução. A pessoa que induz outrem à prática delituosa é chamada de agente provocador.

---

<sup>25</sup> - Julio Farbini Mirabete, *Processo Penal*, p.374.

<sup>26</sup> - RT 584/384, TACRIM-HC-Rel Hélio Soares.

Dessa forma podemos conceituar o flagrante preparado como aquele argüido de alguma atividade ou medida que induza alguém à prática do fato, o que determina, conseqüentemente a inexistência de infração penal, tendo em vista o elemento objetivo, qual seja a real violação da norma penal.

Salienta Marcelo Luiz Leano que o “flagrante preparado é aquele que o agente é incitado à prática criminal mediante uma ilusão, sendo que todas as medidas para se evitar a consumação foram tomadas pelo agente provocador”.<sup>27</sup>

A Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal pronunciou que “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.<sup>28</sup>

Dessa forma não poderá ser atuado e nem preso em flagrante o agente que é induzido à prática de um crime pela pseudovítima, por terceiro ou pela polícia, tendo em vista que nesta modalidade, o flagrante é um procedimento de ação do agente provocador, de modo a tornar impossível a consumação do delito.

Nesse sentido entende Julio Fabrini Mirabete em que “havendo consumação, ou mesmo atos de execução com possibilidade de consumação, ainda que tênue, justifica-se a prisão em flagrante delito nos termos do artigo 302 do Código de Processo Penal”.<sup>29</sup>

## **2.6.5 Flagrante Esperado**

Para Julio Fabrini Mirabete o flagrante esperado é:

*[...] a atividade é apenas de alerta, sem instigar o mecanismo causal da infração, e que procura colher a pessoa ao executar a infração frustrando a*

---

<sup>27</sup> - Marcelo Luis Leano, *Prisão em Flagrante*, p. 37.

<sup>28</sup> - STF, Súmula 145.

<sup>29</sup> - Júlio Fabrini Mirabete, *Processo Penal*, 376.

*sua consumação, quer porque recebeu informações a respeito do provável cometimento do crime , quer porque exercia vigilância sobre o delinqüente [...]*<sup>30</sup>

Portanto no flagrante esperado há somente a espera, por motivos já conhecidos, de que o sujeito irá praticar o fato delituoso, e em praticando, determina a existência de crime.

Deve-se notar, porém, que já não há de falar em crime putativo, quando, sem ter sido artificialmente provocado, mas previamente conhecida a iniciativa dolosa do agente, a este apenas se dá o ensejo de agir, tomadas as devidas precauções.

O flagrante esperado difere-se do preparado, pois naquele não há induzimento a prática criminosa. Assim tem-se o julgado, *in verbis*:

*“Não decorrendo a prática delituosa de induzimento ou provocação da autoridade policial, que apenas assenhorou-se de informações que possibilitam a prisão em flagrante, tem-se por caracterizado o flagrante esperado, e não preparado.”*<sup>31</sup>

Com o intuito de esclarecer esse assunto, vê-se que, por exemplo, no caso de empregados de uma loja, apenas acompanhando sua conduta como espectadores e responsáveis pela segurança do local, surpreenderem uma pessoa subtraindo bens do estabelecimento, sem nela interferir, ocorre o flagrante esperado e não o preparado. Portanto contata-se que se o agente infrator não é induzido ou provocado a praticar o crime, mas sim, surpreendido, quando prestes a consumir o delito, ocorre o flagrante esperado e não o flagrante preparado.

---

<sup>30</sup> - idem, *Processo Penal*, p.375.

<sup>31</sup> - STJ, *Habeas Corpus* 4554216-1, 13.08.90, RT 23/2

### **2.6.6 Flagrante Forjado**

Última modalidade de flagrante que não é, logicamente, permitido em lei. Forjar significa adulterar ou falsificar, sendo assim podemos conceituar o flagrante forjado como aquele em que a situação de flagrância foi deliberadamente e intencionalmente fabricada por terceiro, no intuito de incriminar determinada pessoa. Neste caso a pessoa que sofre o flagrante forjado é, sem dúvida, a vítima direta.

O flagrante forjado é muito comum nos crime referentes a substâncias entorpecentes, quando policiais ou particulares criam provas de um crime inexistente, colocando, por exemplo, no bolso de quem é revistado ou na casa de uma pessoa, substância entorpecente. Essa prática tem dois objetivos ilícitos: primeiro tentar extorquir a pessoa que foi revistada e, segundo, não menos proibido, conseguir pegar alguém em flagrante que seja suspeito de algum crime.

Diante desses fatos é aconselhável aos policiais e aos próprios suspeitos, antes da busca, seja pessoal ou domiciliar, convidar populares para assistirem a diligência, com o fim de evitar eventuais adulterações no local investigado.

Entende-se que no caso do agente forjar o crime e conseqüentemente a prisão em flagrante ser forjada, não haverá crime por parte do suposto criminoso, mas sim do agente provocador, podendo estar inserido nos crimes de denúncia caluniosa ou consunção.

### **2.6.7 Flagrante Protelado**

Uma forma apaixonante pelo ponto de vista cautelar e seguro realizado por policiais e permitido pela lei 9.034/95 é o flagrante protelado. Ele está previsto no art. 2º, II da Lei 9.034/95, *in verbis*:

*Art. 2º. Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas, são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:*

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

O flagrante protelado é um poder conferido à autoridade policial ou aos seus agentes o qual permite a eles procrastinar a prisão imediata do agente que está em estado de flagrância, mantendo este elemento sob observação, a espera de uma oportunidade mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informação.

Essa ação do agente ativo da prisão em flagrante não é obrigatória, contudo é aconselhável quando ocorrer tal situação. Porém essa situação deve realmente acontecer, caso contrário haverá o risco do agente infrator fugir ou consumir o delito de forma irreparável.

## **2.7 Prisão em Flagrante nos Crimes Permanentes**

Crime permanente é aquele em que sua consumação se prolonga no tempo, dependente do sujeito ativo do mesmo. Temos como exemplos de crimes permanentes o cárcere privado (art. 148 do CP), extorsão mediante seqüestro (art. 159 do CP), rapto violento ou mediante fraude (art. 219 do CP), violação de domicílio (art. 150 do CP) e receptação (art. 180 do CP).

A principal característica do crime permanente é a possibilidade do agente poder fazer cessar sua atividade delituosa, pois a consumação, nele, continua indefinidamente. Já o crime instantâneo deriva do fato delituoso. Uma vez já consumado, não se prolonga no tempo.

É o que se completa num só momento. A consumação se dá num determinado instante sem continuidade temporal.

Existe também o instantâneo de efeitos permanentes que difere-se do crime permanente, pois aquele ocorre quando a permanência do efeito não depende do prolongamento da ação do agente, como no caso de homicídio, furto, bigamia.

Damásio E. de Jesus entende que o crime permanente divide-se em duas espécies: necessariamente permanente; eventualmente permanente. No primeiro, a continuidade do estado em flagrância de dano ou perigo é essencial a sua configuração, como no caso do seqüestro, pois não tem como haver um crime de seqüestro sem ter a permanência da ação delituosa. Nos crimes eventualmente permanentes a persistência da situação antijurídica não é indispensável, e se ela se verificar, não dá lugar a vários crimes, mas a uma única conduta punível, exemplo disso é a usurpação de função pública, art. 328 do Código Penal. Nesse caso o crime é tipicamente espontâneo, contudo por meio do prolongamento da conduta prolonga-se a sua consumação.

Em referência a prisão em flagrante nos crimes permanentes, o art. 303 do Código de Processo Penal estabelece que nas infrações permanentes, estende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Com se vê, o Código de Processo Penal de forma brilhante estabelece a prorrogação da flagrância nos casos de crime permanente, o que visa atender os anseios da sociedade desprotegida, pois dessa forma em qualquer momento em que o agente praticar o crime permanente poderá ser preso enquanto durar a permanência. Toste Malha justifica a prisão em flagrante nos crimes permanentes tendo em vista que, “certas infrações acarretam, por sua natureza especial, um estado permanente de flagrância. Assim em qualquer momento em que o agente seja preso, estará em flagrância”.<sup>32</sup>

Sobre o ponto de vista didático é correto também dizer flagrante permanente, estado permanente de flagrância, delito permanente flagrante, flagrância permanente ou delito de flagrância permanente.

---

<sup>32</sup> - Toste Malha, *Do Flagrante Delito*, p. 127.

Ressalta-se que a permanência do crime não depende da atividade constante da parte, bastando atos negativos, determinação de inércia, para que a situação criminosa perdure.

Pode-se citar como exemplo uma situação em que o indivíduo A seqüestra B em Campo Grande/MS, no dia 03 de agosto de 2007, e restringe sua liberdade até o dia 23 do mesmo mês e ano, assim, desde o dia 03 até o dia 23 entende-se que o agente possui estado de flagrância, devendo ser preso em flagrante delito neste período. A lei não estipula o tempo do estado de permanência do crime, contudo o agente infrator só pode ser detido enquanto durar a permanência do crime, caso contrário será uma prisão ilegal.

## 2.8 Prisão em Flagrante nos Crimes Habituais

Crime habitual é segundo Damásio E. de Jesus “a reiteração da mesma conduta reprovável, de forma a constituir um estilo ou hábito de vida”<sup>33</sup>. Temos como exemplo de crime habitual a prática do curandeirismo, capitulado no art. 284 do Código Penal, sendo que nas ações com o objetivo de lucro, fala-se em crime profissional. As ações se integram. O crime de rufianismo tipificado no art. 230 do CP também é um crime habitual.

A doutrina não é pacífica, uns entendem que no crime habitual, por analogia, aplica-se a regra do art. 303 do Código de Processo Penal, já outros argumentam que não há flagrante delito nos crimes habituais. Em relação ao segundo entendimento Fernando Costa Tourinho Filho, de forma filosófica, sustenta:

*[...] se o flagrante é, por assim dizer, um retrato fiel da infração, na hipótese de flagrância em crime habitual, não haveria um retrato de corpo inteiro ... mas de uma parte dele, incapaz de servir de elemento para identificá-lo ... Retrata-se apenas, a mão, ou o pé, não o corpo na sua integralidade [...]*<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> - Damásio E. de Jesus, *Direito Penal – Parte Geral*, p. 213.

<sup>34</sup> - Fernando Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, p. 410.

Entretanto, pondera de modo sensato o Professor Mirabete, inferindo sobre a prisão em flagrante nos crimes habituais:

*[...] apesar de tudo, não é incabível a prisão em flagrante em ilícitos habituais se for possível, no ato, comprovar-se a habitualidade. Não se negaria a situação de flagrância no caso de prisão de responsável por bordel onde se encontram inúmeros casais para fim libidinoso, de pessoa que exerce ilegalmente a medicina quando se encontra atendendo vários pacientes [...]*<sup>35</sup>

Verifica-se, diante dos dois entendimentos doutrinários, com a *devida vênia*, que a prisão em flagrante é cabível em crimes habituais, pois sua função é de paralisação imediata do agente delinqüente na prática delituosa. Destarte, prevalecendo o fato meramente formal da qualidade de habitualidade do crime, sendo o interesse público de prevenir o crime, estende-se a uma interpretação de interesse social com base no art. 303 do Código de Processo Penal, por ser uma medida da mais cristalina justiça.

## **2.9 Prisão em Flagrante nos Crimes de Alçada Privada**

O mecanismo policial é acionado independentemente do interesse particular, pois o que prevalece é o interesse público, contudo quando essa contraposição social se agita na esfera dos crimes de alçada privada, cuja apuração não pode ser desencadeada de ofício pela autoridade policial, surge, de início, uma dúvida de caráter jurídico, humano social.

Tales Castelo Branco argumenta sobre a prisão em flagrante nos crimes de alçada privada:

---

<sup>35</sup> - Julio Fabrini Mirabete, *Processo Penal*, p. 170.

*Enquanto os atentados se referem, apenas, a infrações que não provocam a malsinada curiosidade das massas e a desenfreada exploração da imprensa, a questão não apresenta, ainda, grande relevância. Entretanto, desde que o fato anti-social desperte o escândalo, o que ocorre, principalmente, nos crimes de natureza social, a questão passa a ter conotações mais complicadas e sérias. Muitas vezes, no próprio interesse da vítima, que não quer os efeitos momentâneos e futuros do estrépito social, a quem não convém, pela idade, pelo sexo e pelas condições psicológicas, impor os tremores, as solenidades e os constrangimentos do inquérito policial e da ação penal, com os seus interrogatórios, acareações, reconhecimentos, testemunhos etc., muitas vezes no seu próprio interesse, apesar de toda a dor moral que a injustiça causa, convém silenciar. A reação social não raciocina nem responde assim: não avalia conseqüências. Tangida pela moralidade, mais do que proteger a vítima, procura punir o criminoso.<sup>36</sup>*

Há três teorias sobre a prisão em flagrante nos crimes de alçada privada. Uma corrente entende que não é possível a prisão em flagrante a não ser por parte do ofendido ou de seus representantes legais, com ou sem a ajuda da autoridade policial ou seus agentes. Essa teoria é baseada no sentido de que o interesse público, que é o fundamento do direito de punir do Estado, não deve, em certos casos, prevalecer sobre os interesses do particular que a norma penal também tutela.

Já outra corrente, entende que é possível a prisão em flagrante tanto realizada por autoridade policial ou seus agentes como efetivada por qualquer pessoa. Os defensores dessa idéia declaram que a prisão em flagrante é um ato pré-processual e deve ser colocado entre os procedimentos preparatórios que antecedem a instauração da relação processual, podendo, desta forma, ser levada a efeito em certos crimes de alçada privada.

E a última corrente doutrinária entende que seja possível a prisão em flagrante, em virtude do silêncio da lei processual penal sobre esse assunto, tendo que se considerar possível a prisão em flagrante delito, independentemente de providência da vítima ou representante legal.

Entre essas três correntes, entende-se que após efetuada prisão em flagrante do autor de delito, a autoridade deverá tomar a cautela de, antes de iniciar a lavratura do auto de prisão

---

<sup>36</sup> - Tales Castelo Branco, *Da Prisão em Flagrante*, p. 61.

em flagrante, provocar a manifestação do ofendido ou de seu representante legal, e diante do interesse da vítima, que o agente delituoso seja preso, por parte legítima, a autoridade deverá prender aquele, quando cabível, no entanto, se o particular não solicitar esse procedimento, deverá imediatamente por em liberdade aquele.

O prazo para a manifestação do particular é de 24 (vinte quatro) horas, que é o mesmo destinado na peça coativa, uma vez que, nesse lapso temporal, o autuado já deverá ter recebido a Nota de Culpa. Essa manifestação basta que seja inequívoca da vítima ou de seu representante legal, não necessária, ainda, a representação ou a queixa.

## **2.10 Prisão em Flagrante em Relação à Lei 9.099/95**

O art. 61 da Lei 9.009/95 prescreve, *in verbis*:

*Art. 61. Considera-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 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.*

Contravenção é um crime anão, pois sua objetividade jurídica recairia sobre bens de importância menor que os crimes. Temos como entendimento predominante da doutrina e da jurisprudência, que todas as contravenções penais são infrações penais de menor potencial ofensivo, mesmo porque é da sua própria natureza e objetividade jurídicas que deve incluir-se nesta categoria.

O art. 301 do Código de Processo Penal fala em flagrante delito não incluindo a hipótese de flagrante contravenção, contudo não é esse o entendimento majoritário da doutrina. Apesar de contravenção não ser delito, existe a prisão em flagrante nas contravenções. Ademais o art. 302 do CPP que estipula as modalidades de flagrância usa a expressão infração penal que compreende delito e contravenção.

Uma novidade processual que se pode encontrar na Lei 9.099/95 é a figura do termo circunstância do art. no art. 69, *in verbis*:

*Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.*

*Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.*

Dessa forma, quando alguém é surpreendido cometendo uma contravenção será preso e levado imediatamente à Delegacia de Polícia competente, ocorre que não se lavrará um auto de prisão em flagrante, mas sim um termo circunstanciado de ocorrência, sigla TCO, parecido com o Boletim de Ocorrência, contendo o nome da vítima, do autor, das testemunhas, do local e hora dos fatos, fatos e a assinatura de todas as partes, através do qual o autor do fato será encaminhado ao Juizado Especial Criminal.

Nas contravenções penais existe o Termo de Compromisso que visa, em face da impossibilidade de apresentação imediata, oferecer ao autor uma outra forma de receber as benesses da lei, não ser atuado em flagrante e não recolher fiança.

### **3. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE**

Devido a importância social e o efeito de restrição da liberdade decorrente da prisão em flagrante torna-se necessário que a mesma se materialize em um meio escrito, para análise de eventuais ilegalidades. Esse instrumento jurídico é chamado de auto de prisão em flagrante.

#### **3.1 Conceito**

Auto é uma peça escrita, onde se registra a narração de determinados atos realizados, sendo assim, o auto de prisão em flagrante vem a ser uma peça única, escrita, em que é ditado pelo Delegado ao escrivão, contendo o dia, hora, local, título, nome, cargo da autoridade que preside o auto, além da qualificação e declaração das testemunhas, condutor, conduzido e ofendido.

#### **3.2 Legitimidade**

Havendo qualquer hipótese de flagrante delito e os pressupostos legais, a autoridade policial competente está obrigada à lavratura do competente auto de prisão que constituirá a documentação da regularidade e legalidade da prisão.

A autoridade competente para presidir a lavratura do auto de prisão em flagrante é o Delegado de Polícia do lugar onde ocorreu o crime, tendo em vista a vantagem da colheita de provas mais fácil, na mais exata apreciação da personalidade do réu, do ambiente em que foi realizado e também no fim da prevenção geral.

Nos crimes cometidos nas dependências de uma das Casas do Congresso Nacional, a autoridade que terá competência para a lavratura do auto de prisão em flagrante, será aquela indicada no Regime Interno.

Entretanto, se não houver autoridade no lugar onde se operou a prisão, o preso deve, quanto antes, ser apresentado à localidade mais próxima, e posteriormente, junto com as cópias da autuação e demais peças, encaminhado ao local da consumação do delito.

O magistrado em via de regra não pode realizar a prisão em flagrante, contudo poderá proceder a autuação se a infração for cometida em sua presença ou contra ele no exercício de suas funções, em conformidade com o art. 307 do Código de Processo Penal. Já em relação ao membro do Ministério Público não remanescem dúvidas quanto à impossibilidade de lavrar o auto de prisão em flagrante, podendo, no entanto, dar voz de prisão e conduzi-lo à autoridade competente.

### **3.3 Forma**

Como toda uma peça jurídica, o auto de prisão em flagrante só pode ser feito por escrito e possui certas solenidades, as quais se não forem obedecidas gerarão nulidade no mesmo.

Uma das primeiras solenidades que podemos citar é a documentação do auto de prisão em flagrante. Sendo que, por meio de uma interpretação sistemática, subsume-se do texto legal que compete aos escrivães documentar o auto de prisão em flagrante. Desta feita, a regra legal é que o flagrante seja escriturado pelo escrivão, que é um funcionário policial investido neste cargo.

Ainda em relação a documentação do auto de prisão em flagrante, o art. 305 do Código de Processo Penal, dispõe, *in verbis*, que “na falta ou no impedimento do escrivão,

qualquer pessoa designada pela autoridade lavrará o auto, depois de prestado o compromisso legal”.

Deste texto legal, entende-se que na falta ou no impedimento de qualquer ordem, a autoridade policial deve designar qualquer pessoa para servir para isso, sendo denominada de escrivão *ad hoc*<sup>37</sup>. A lei não indica quais os requisitos que o escrivão *ad hoc* deva preencher, cabendo à autoridade, por meio de seu poder discricionário, escolher aquele, contudo dentro da persuasão racional relativa a pessoa capaz e idônea.

A pessoa escolhida não tem a obrigação de aceitar a determinação, não cabendo nenhuma sanção caso aconteça isso, já quem aceitar, tem que prestar o compromisso de atuar com imparcialidade e dedicação. O art. 305 do Código de Processo Penal parece ter nascido das urgências da prisão em flagrante e em face da extensão territorial e a baixa densidade do Brasil.

Em relação aos objetos apreendidos, Eduardo Espínola Filho esclarece que

*“com o preso, o condutor entrega à autoridade os instrumentos do crime, ou qualquer objeto que, encontrado no lugar da infração, nas suas vizinhanças, ou no percurso da perseguição, ser relacionar, de algum modo, com a prática delituosa, àquele atribuída”.*<sup>38</sup>

Sendo assim, esses objetos encontrados e relacionados na prática delituosa serão apreendidos, oportunidade em que será feita a lavratura do auto de apreensão concernente a tais objetos. Outrossim, ofendido e conduzido acompanharão os policiais até a delegacia, caso não haja risco a saúde, física ou mental.

Há uma necessidade do auto de prisão, sendo imprescindível na ocorrência de prisão em flagrante, mesmo quando pelas declarações do ofendido, conduzido e testemunhas, entender a autoridade policial que o suposto criminoso não praticou infração penal alguma.

---

<sup>37</sup> - Para o ato., tradução livre da autora da monografia.

<sup>38</sup> - Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, p. 412.

Sobre isso esclarece Eduardo Espínola Filho que no caso de ser apresentado um preso e apurado a autoridade policial não se justificar qualquer suspeita séria contra ele, lavrará o auto de prisão, onde se consignarão, precisamente, as declarações excludentes de fundada suspeita.

O auto de prisão em flagrante encerra-se com a assinatura de todos aqueles que nele intervirem, após será lido perante o atuado e o seu advogado ou curador, se for o caso, e todos os demais participantes do ato. Ocorre que se faltar qualquer assinatura de quem deva assinar, e desde que acarrete prejuízo para o conduzido, à lavratura do auto conterà nulidade absolutamente insanável, a par de que a prova da presença de qualquer dos interventes na autuação se há de fazer pela sua assinatura na respectiva peça. A falta de assinatura por impossibilidade ou recusa é sanada em conformidade com os arts. 69 e 76 do Código Processo Penal. Ainda em referência a formalidade do auto, entende-se que as eventuais rasuras, entrelinhas ou emendas irão invalidar a peça, se ocorrerem em pontos juridicamente relevantes.

### **3.4 Prazo**

O Código de Processo Penal não estabelece de forma expressa um prazo determinado entre a efetivação da prisão e a lavratura deste auto. Contudo o entendimento majoritário da doutrina jurídica brasileira é que o auto de prisão em flagrante deve ser feito imediatamente ou no mesmo dia da prisão do conduzido sob pena de nulidade. Vemos também que a circunstância de deverem as testemunhas, que acompanham o preso, depor no auto de flagrante é significativa de que este tenha de ser lavrado imediatamente, após a apresentação do mesmo à autoridade policial.

Ocorre que a não lavratura do auto no mesmo dia pode ser justificada quando a apresentação se efetuou às últimas horas da noite. A de se saber que o fato da nota de culpa ser entregue ao preso no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas contados de sua prisão, mostra claramente que a lavratura do auto de prisão em flagrante deve ser feita neste prazo também.

Sendo certo que o auto deve ser lavrado no mesmo dia, ou antes, do decurso de 24 (vinte e quatro) horas.

Justifica-se também esse prazo, pelo motivo que a prisão em flagrante não é uma espécie de tortura ou de castigo, e apenas modalidade coercitiva da notícia dos crimes, simples providência cautelar, que deve ser exercida com dignidade e respeito por parte daqueles que detêm o poder. Além do que a dilação do tempo seria uma pressão coativa do flagrante que transformaria numa crueldade e numa dolorosa expectativa contra o preso.

### **3.5 Oitiva de Testemunhas**

Testemunhas são as pessoas que assistiram à prática da infração penal, em qualquer fase ou modalidade da flagrância, ou, apenas, em qualquer fração dos fatos que interessem à comprovação de autoria da infração penal. O depoimento, ou seja, as declarações são reduzidas a termo.

Condutor é o sujeito que acompanha, em geral o mesmo que dá voz de prisão ao conduzido, mas não necessariamente, isto é, o sujeito ativo da prisão em flagrante. Já o conduzido vem a ser o indigitado autor da infração, ou seja, o sujeito passivo da prisão em flagrante. Deve-se notar que só se fala em acusado após a devida citação que inicia o processo penal.

É perfeitamente regular a autuação em flagrante de qualquer pessoa, se nela intervier, além do condutor, uma testemunha da infração, mas o fato de não haver no momento da infração, ou porque tenham desaparecido, sem ser identificadas ou por quaisquer outros motivos não dispuser a autoridade policial de testemunhas da infração, para ouvi-las no auto de flagrante, será tomado a palavra das testemunhas da prisão que tenham acompanhado o condutor, com o prazo, e na falta dessas, fará intervirem no auto, assinando-o, duas testemunhas da apresentação do delito.

O Art. 304, § 2º do Código de Processo Penal, prescreve, *in verbis*:

*Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e as testemunhas que o acompanharem e interrogará o acusado sobre a imputação que lhe é feita, lavrando-se auto, que será por todos assinado.*

*§2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas testemunhas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.*

As duas testemunhas de apresentação inseridas no diploma legal trata-se de uma formalidade indispensável para a validade do ato. As testemunhas e o condutor devem ser ouvidos, cada uma por si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras. (art. 210 Código de Processo Penal)

Embora a lei não mencione a necessidade da oitiva do ofendido, a sua inquirição deverá ocorrer sempre que possível, pois, a rigor, ele é também uma testemunha, embora dispensada do compromisso legal de dizer a verdade.

A ordem dos depoimentos, na prática é a seguinte: primeiro ouve-se o condutor, depois as testemunhas, seguindo as vítimas e por último o conduzido.

### **3.6 Depoimento do Conduzido**

Como visto, o conduzido é o último a depor, devendo ser asseguradas as suas garantias constitucionais. Apesar da inquirição do capturado ser um ato desejável, a omissão desse não gera necessariamente a nulidade, devendo ser verificada, em cada caso, sua imprescindibilidade e o prejuízo que sua falta possa causar à defesa.

Constata-se também que não se tornará nulo o auto de prisão em flagrante se o conduzido estiver em estado de embriaguez, ferido ou impossibilitado por qualquer razão de se manifestar, sendo que tal depoimento pelo conduzido poderá ser realizado durante a fase do inquérito policial, antes deste ser encerrado.

Ainda permite-se que seja paralisada a lavratura do auto para, diante de diligências policiais, tentar incluir mais um indiciado em situação de flagrante após o início da lavratura.

Uma interessante exceção de formalidade no auto de prisão em flagrante é que a ausência do réu não impede que o auto de prisão em flagrante seja lavrado, pois a sua finalidade é constatar a legalidade da prisão, sem efeito definitivo, sobre a responsabilidade do autor da prática do fato que a determinou, prevalecendo o interesse social sobre certas formalidades.

O ato de prisão em flagrante encerra-se com a assinatura de todos os participantes, entregando-se a nota de culpa ao preso. Ressalta-se que após encerrado o auto de prisão em flagrante deve-se analisar se foi comunicada ao preso sua garantia constitucional.

### **3.7 Garantias Constitucionais**

Após a lavratura do auto de prisão em flagrante, por disposição constitucional, a autoridade, competente deverá comunicar ao preso suas garantias constitucionais, que estão enumeradas nos incisos LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI e LVIII do art. 5º da CF, *in verbis*:

*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, a liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*LXII - a prisão de qualquer pessoa e local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;*

*LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais de permanecer calado, sendo-lhe assegurada assistência da família e de advogado;*

*LXIV - o preso tem direito a identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;*

*LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;*

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

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

Desde priscas eras, tem o ser humano se atormentado com o problema das desigualdades inerentes ao preso e à estrutura social em que se insere. Entende-se por esta a equiparação de todos os homens presos, no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos. Em decorrência do preceito constitucional, o preso tem o direito constitucional de comunicar-se com alguém da família ou outra pessoa que indicar. Isto significa que o preso pode, por exemplo, dar um telefonema ou solicitar que a autoridade, por meio de seus agentes, avise determinada pessoa sendo certo que a lei não estabelece a forma pela qual é feita essa comunicação, entendendo-se como satisfeito esse requisito quando a autoridade policial coloca a disposição do réu os meios necessários para esse fim.

Além do que o dispositivo legal, também, obriga a comunicação da prisão de qualquer pessoa ao juiz competente. Essa previsão constitucional tem por fim proporcionar ao magistrado um controle completo sobre a prisão, do ponto de vista do direito, da prisão efetuada. Sendo que fiscalizar não implica apenas fazer cessar uma situação irregular como também responsabilizar os culpados. Do ponto de vista do agente público que deixar de efetivar a comunicação do ato privativo da liberdade ao juiz competente, incorrerá nas sanções previstas no art. 4º, “c”, da Lei nº 4.898/65. Essa comunicação não quer dizer que se exige a apresentação física do preso ao juiz competente, mas sim a apresentação imediata dos motivos dessa prisão. Tendo que ser feita após a lavratura do auto de prisão em flagrante, a prática de dilação desse prazo para 24 é inconstitucional.

A Nota de Culpa ao preso não dispensa a comunicação de sua prisão ao juiz, pois são coisas diversas, visto que esta é um efetivo controle jurisdicional e aquela é uma informação ao preso sobre os motivos de sua prisão.

Em referência ao direito de permanecer calado temos como prática nas Delegacias, por parte das autoridades e funcionários, o incentivo ao preso de não falar a fim de que o auto se encerre com mais presteza ou por motivos outros. Outras vezes o conduzido prefere somente pronunciar-se em juízo, fase em que está acobertado pelo contraditório. Mas é sensato que, quando o conduzido reserva-se no direito de permanecer calado, a autoridade consigne as perguntas que fez, demonstrando que o preso serviu-se de seu direito de ficar calado e que também lhe foi dada oportunidade de falar.

Ao preso é garantido esse direito de silêncio, em virtude dele não ter obrigação nem dever de fornecer elementos de prova que o prejudiquem, pelo princípio geral que ninguém é obrigado a invocar a própria malícia. Além do que, esse silêncio não pode importar em confissão, sendo este um meio de prova em que a pessoa revela, expressa ou tacitamente, a ocorrência de fatos cuja apresentação lhe é prejudicial. Essa regra constitucional é o máximo respeito à inviabilidade do direito de defesa do ordenamento processual penal brasileiro. Já o silêncio poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz, muitas vezes de caráter condenatório, acreditando que o indiciado está tentando ludibriar a justiça.

Ada Pellegirni Grivoner, sobre o silêncio do preso, esclarece:

*[...] o direito ao silêncio, em todo seu vigor, sem atribuir-lhe nenhuma consequência desfavorável, é uma exigência não só de justiça, mas sobretudo de liberdade. O único prejuízo que do silêncio pode advir ao réu é o de não utilizar a faculdade de autodefesa que se lhe abre através do interrogatório. Mas quanto ao uso desta faculdade, o único árbitro deve ser sua consciência, cuja liberdade há de ser, garantida em um dos momentos mais dramáticos para a vida do homem em mais delicado para a tutela de sua dignidade [...]*<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> - Ada Pellegirni Grivoner, *O Processo em sua Unidade*, p. 111.

Como visto na segunda parte do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal o preso pode também pedir a assistência de um advogado, como corolário lógico e necessário do preceito da ampla defesa. Dada essa oportunidade de acionar-se um advogado, não é proibido à autoridade que inicie a lavratura do auto de prisão em flagrante sem a presença de um advogado, mesmo porque não há dispositivo expresso neste sentido.

Já o preceito contido no inciso LXI tem o propósito claro de facilitar ao preso meio para uma eventual responsabilização por abuso de poder dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial. Sendo evidente que o Estado democrático não pode atuar por meio de autoridades anônimas. Esse dispositivo é auto-executável.

É indispensável, também, que todas as decisões relacionadas com a supressão antecipada da liberdade de alguém que se encontre em flagrante delito sejam fundamentadas, demonstrando o juiz, de forma clara e expressa, os seus motivos. O juiz é obrigado a analisar os pressupostos dessa medida cautelar em decorrência do princípio do devido processo legal.

Em relação à liberdade do indivíduo que foi preso em flagrante delito, como visto no inciso LXVI, o preso tem direito à liberdade provisória, sendo esta uma garantia constitucional a proteger o seu estado de liberdade. Essa garantia constitucional é uma tanto relativa, porque a sua extensão concreta vai depender da própria atuação da lei ao definir quando admite a liberdade provisória.

A liberdade provisória, com ou sem fiança, é uma garantia conferida à presunção de inocência do preso. Sendo que a fiança depende do juízo e do critério do magistrado, que tem a faculdade de fixar a quantia, pois que é impossível estabelecer uma regra fixada para todos os casos especiais. Temos que ter em mente que qualquer fiança é excessiva quando for maior que a soma necessária para assegurar suficientemente a presença do acusado perante o juízo ou a execução da sentença, ou a outra qualquer obrigação que lhe possa ser imposta.

Por fim, o direito constitucional mais usado por quem foi preso é o remédio jurídico denominado *habeas corpus*, sendo inegavelmente a mais destacada entre as medidas destinadas a garantir a liberdade pessoal. Defende-a na sua manifestação física, isto é, no direito de o indivíduo não poder sofrer constrição na sua liberdade de locomover-se em razão

de violência ou coação ilegal. Ele confere ao homem, ilegalmente detido, meios prontos e vigorosos de recobrar sua liberdade, livrando-se de um constrangimento ilegal e mesmo fazer punir o abuso da prisão arbitrária. Esse instituto tutela o direito de ir, vir e permanecer.

Segundo o Código de Processo Penal, o *Habeas Corpus* tem natureza jurídica recursal, pois impugna o ato administrativo da prisão, sendo o meio mais rápido e eficaz para cessar o estado de violência ou constrangimento ilegal.

O remédio jurídico *Habeas Corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público. Em consequência, pode requerer a medida o próprio paciente, isto é, a pessoa que sofreu o constrangimento ilegal de locomoção. Em outras palavras, o preso, ou qualquer pessoa mesmo destituída de capacidade postulatória, levando-se em conta que necessita ser brasileiro, podendo ser estrangeiro e até mesmo pessoa jurídica, sendo que esta terá que requerer em benefício de pessoa física, pois só essa pode ser presa. A condição primordial do *Habeas Corpus* é a existência de ato lesivo ou de sua ameaça à liberdade de locomoção.

Na praxe, as garantias constitucionais são previamente comunicadas ao preso no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, e inseridas no corpo deste, antes de iniciar o interrogatório extrajudicial. Também é comum, vir, junto ao inquérito policial, uma peça denominada Nota de Garantia Constitucional, assinada pelo Delegado de Polícia competente, que tem por fim informar ao preso sobre suas garantias e servir como prova material de fato.

## 4. NOTA DE CULPA

Como quem pratica um crime é preso em flagrante, muitas vezes não sabe ou contesta porque foi preso, o ordenamento jurídico processual penal brasileiro criou o instrumento denominado nota de culpa como meio de informação.

### 4.1 Previsão Legal

A previsão legal da nota de culpa encontra-se no art. 306 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

*Art. 306. Dentro de 24 (vinte quatro) hora depois da prisão, será dada ao preso nota de culpa assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas.*

*Parágrafo único. O preso passará recibo da nota de culpa, o qual será assinado por duas testemunhas, quando ele não souber, não puder ou não quiser assinar.*

### 4.2 Conceito

Marcelo Luiz Leano conceitua a nota de culpa “como sendo o documento entregue ao conduzido com o fim de informá-lo, resumidamente, do motivo pelo qual foi atuado em flagrante e encontra-se preso, bem como o nome dos responsáveis pela prisão”.<sup>40</sup>

A nota de culpa é um elemento informado para a defesa do preso. Pimento Bueno esclarece que “esta, disposição, filha de suma justiça, desterrou para sempre o antigo segredo, com que se oprimia o indiciado, e se impossibilitava a sua defesa”.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> - Marcelo Luiz Leano, *Prisão em Flagrante*, p.50.

Dessa forma, pode-se conceituar a nota de culpa como um instrumento processual penal informativo do preso, contendo os motivos que levaram-no a ser atuado em flagrante delito, bem como os responsáveis por sua prisão e as testemunhas do fato ou presenciais, sendo feita de maneira clara e objetiva, e com o prazo de 24 horas para sua entrega a partir do momento de sua prisão, e que em sua falta gera mera irregularidade, além de ter como prova o recibo entregue ao indiciado.

### 4.3 Forma

Como toda peça, a nota de culpa necessita de obediência em sua forma de feitura, sobre isso argumenta Fernando da Costa Tourinho Filho:

*[...] Ela, segundo dispõe o art. 306 do CPP, além de conter os motivos da prisão, possibilitando ampla defesa do acusado, tal como quer a Magna Carta, e constituindo um obstáculo ao abuso das detenções ilegais, deve referir também o nome do condutor e o das testemunhas e ser assinada pela Autoridade que lavrou o auto [...]*<sup>42</sup>

O juiz tem a faculdade de alterar a classificação da infração, feita na nota de culpa, sem necessidade de portaria e acréscimo ao auto em flagrante.

A sua falta não acarreta nulidade art. 534, III do Código de Processo Penal, pois o indiciado ou acusado teve inteiro conhecimento da acusação contra ele formulada no auto de prisão em flagrante.

Comete-se arbitrariedade e ilegalidade, capaz de acarretar a responsabilidade funcional à autoridade que atuando alguém em flagrante delito não fornecer ao preso a nota de culpa de acordo com os requisitos do art. 306 do Código de Processo Penal.

---

<sup>41</sup> - Pimento Bueno, *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*, p. 97.

<sup>42</sup> - Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, p. 449.

A nota de culpa deve ser entregue no prazo de 24 após a prisão, pois com ele o preso tem ciência inequívoca da imputação que é uma garantia constitucional para defender-se.

A prova da entrega se faz por meio de recibo do preso, comumente passado na cópia da mesma nota, conservada junto aos autos, ou seja, no intuito de que o conhecimento do preso acerca dos fatos seja inequívoco, ele passará recibo em todas as vias, sendo uma delas anexadas aos autos do inquérito policial, outra entregue ao carcereiro quando do recebimento do atuado e uma remetida a juízo juntamente com cópia do auto lavrado.

## **5. RECOLHIMENTO À CUSTÓDIA**

Como toda prisão cautelar, a prisão em flagrante tende a recolher o indivíduo em um lugar adequado sobre guarda do Estado. Sendo assim, quem for pego em flagrante delito e diante dos requisitos estabelecidos em lei será recolhido à custódia.

### **5.1 Conceito**

Recolhimento é o ato ou efeito de recolher, de tirar da circulação, puxar para si. Custódia significa guarda, segurança, proteção. Portanto, diante desses significados, amoldados à prisão em flagrante, podemos conceituar o recolhimento à custódia como o ato de restringir a liberdade de locomoção de um indivíduo que cometeu ou suspeito de ter cometido uma infração, em lugar adequado, onde irá conservá-lo até que torne necessário a manutenção da cautelar por interesse público, tornando-se o Estado e seus agentes responsáveis por aquele.

### **5.2 Requisitos**

Imediatamente depois de ser ouvido o condutor, conduzido e testemunhas e mesmo antes de providenciar-se a autuação, a autoridade policial poderá mandar recolher o preso se as respostas resultarem fundadas suspeitas contra ele. Diante do fato que a lei não prescreve o prazo à autoridade policial para recolher a custódia o preso, entende-se que seja cumprida imediatamente tal medida, logo que possível e viável. Contudo a captura do indiciado não gera necessariamente seu recolhimento ou custódia, esse exposto infere-se do art. 304 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

*Art. 304- Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e as testemunhas que o acompanharem e interrogará o acusado sobre a imputação que lhe é feita, lavrando-se auto, que será por todos assinado.*

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

Por meio do dispositivo legal citado acima constata-se que deve haver fundadas suspeitas contra o conduzido, para que a autoridade autuante mande recolhê-lo à prisão. Na dúvida, deverá a autoridade soltar o capturado, a menos que prefira remeter *incontinenti* o auto ao juiz para que decida. Ocorrerá fundada suspeita sobre o conduzido quando a autoridade policial convencer-se, mediante os elementos que estão contidos nos depoimentos, declarações, objetos apreendidos, etc., de que há indícios veementes de participação do preso no cometimento da infração. Não se pode deixar de inferir que trata-se de um juízo valorativo da autoridade policial acerca dos fatos apresentados.

Contudo, não estando a autoridade convencida da existência de todos os requisitos autorizadores da prisão em flagrante, não lhe resta outro caminho a não ser liberar o conduzido. Dessa forma chega-se a conclusão de que quando os depoimentos do condutor e das testemunhas, ou das próprias respostas do acusado resultar suspeita fundada da responsabilidade do preso, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, todavia, se as provas forem falhas, não se justificando fundada suspeita de culpabilidade, a autoridade, depois da lavratura do auto de prisão em flagrante, fará pôr o preso em liberdade.

É certo que deverá ser posto imediatamente em liberdade quando apurar-se que a infração é das em que o réu se livrar solto, conforme estabelece o art. 309 do Código de Processo Penal, *in verbis* “se o réu se livrar solto, deverá ser posto em liberdade, depois de lavrado o auto de prisão em flagrante”. Esse dispositivo legal deve ser interpretado concomitante com o art. 321 do mesmo Códex, *in verbis*, pois ele enumera os casos em que o réu livrar-se-á solto:

*Art. 321- Ressalvado o disposto no art. 323, III e IV, o réu livrar-se-á solto, independentemente de fiança:*

*I- no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativamente ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade;*

*II- quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativamente ou alternativamente cominada, não exceder a 3 (três) meses.*

A liberdade do indivíduo que livrar-se solto é sem vinculação, ou seja, não fica sujeito a qualquer condição imposta. Sendo que não poderá livrar-se solto o conduzido que já foi condenado por crime doloso ou é vadio, devendo ser recolhido a custódia.

Outrossim, quando o crime couber fiança não será conservada a custódia. Sendo que a autoridade policial só poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples, que são as prisões de pena privativa de liberdade de reclusão até três (03) meses, nos demais casos o Código de Processo Penal estabelece, em seu art. 323, que a fiança será requerida ao juiz que decidirá em 48 horas.

Ainda em referência a não permanência da custódia, e segundo entendimento de E. Magalhães de Noronha:

*[...] Soltura também poderá haver quando o juiz verificar, pelo auto de flagrante, que o capturado praticou o fato em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito (Cód. Penal, art. 23, I, II e III). Tem ele a seu favor essas causas excludentes da antijuridicidade: o fato é lícito; não há crime, diz a lei substantiva, pelo que não se compreenderia a custódia do acusado [...]*<sup>43</sup>

No regime de liberdades individuais, a custódia antes do devido julgamento só se pode inspirar numa razão de necessidade, pois priva o cidadão da liberdade, fazendo pesar sobre ele a presunção do crime e causa-lhe despesas e sacrifícios. Dessa forma, admite a lei no caso de flagrante delito a custódia antes do julgamento, como garantia de que o indiciado não frustrará a ação da Justiça e não entrará a marcha normal do processo.

---

<sup>43</sup> - E. Magalhães de Noronha, *Direito Penal*, p. 218.

É claro que tal custódia é de título preventivo. A sua efetivação no caso de flagrante delito é autorizada por lei que seja realizada em qualquer dia e qualquer hora, atendendo-se, entretanto, às restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

O Art. 150, § 3º, do Código Penal, prescreve, *in verbis*:

*Art. 150. Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em sua dependências:*

*I- durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;*

*II – a qualquer hora do dia ou noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de ser;*

O conduzido deve ser encaminhado ao estabelecimento adequado. Porém é comum que os presos provisoriamente fiquem na mesma cela dos condenados, e sujeitos ao mesmo tratamento.

### **5.3 Voz de Prisão**

Voz, no sentido gramatical, significa som em que a palavra é modulada, ou seja, é a palavra falada, sendo assim Voz de Prisão, em sentido jurídico, consiste numa comunicação verbal que informa que o sujeito está preso, contudo é desnecessária, não gerando nulidade a sua falta, tendo em vista que prevalece os atos concretos e coercitivos típicos dessa custódia, ademais a função social do recolhimento à custódia prevalece sobre a consagração do formalismo puro.

## 5.4 Uso de Força

É comum que o sujeito que esteja em estado de flagrância tente empreender fuga ou resistir quando está prestes a ser capturado. A lei, nessas hipóteses, permite que o executor empregue a força, sendo que este estará sempre adstrito aos casos estritamente necessários e indispensáveis.

O Art. 284 do Código de Processo Penal determina que, “não será permitido o uso de força, salvo o indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga”.

A tentativa de fuga antes da captura é aquela que se dá antes do suspeito ser alcançado, antes de receber a voz de prisão, e ainda na perseguição da flagrância. Há também a tentativa de fuga depois da captura que ocorre posteriormente de ser o suspeito alcançado e haver recebido a voz de prisão.

Pelo olhar clínico penalista, a tentativa de fuga do capturado constitui o delito de desobediência, definido no art. 330 do Código Penal, como crime de desobediência tendo como sanção a pena-detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa. Porém se houver violência, o fato será enquadrado no art. 352 do mesmo Códex, *in verbis*:

*Art. 352. Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança, usando de violência contra pessoa:  
Pena- detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da pena correspondente à violência.*

É legítimo o emprego de força no caso de tentativa de fuga, tendo em vista que esse uso moderado e indispensável da força é a prática leal do estrito cumprimento do dever legal e como preceitua o art. 23, III do Código Penal não é crime, sendo assim uma excludente de antijuridicidade essa prática moderada da força física. Todavia, sendo a força usada de forma arbitrária e incompatível com a ocasião, o agente será responsável pelo excesso doloso ou culposos.

A doutrina entende que há dois tipos de resistência: a passiva e a ativa. A primeira é a resistência que ocorre quando o agente delituoso não acata a voz de prisão, omitindo-se, imobilizando-se, parando, cruzando os braços, jogando-se ao chão, não contribuindo corporeamente para a execução da prisão, contudo não há agressão por parte dele. Já a resistência ativa configura-se pela oposição mediante violência ou grave ameaça. Como já foi esclarecido o emprego de força deve ser aplicado de modo moderado, sendo assim, é claro que no caso de resistência passiva não é correto a aplicação da mesma de forma agressiva utilizada na resistência ativa, assim sustenta Tales Castelo Branco que “o executor ou seus auxiliares só poderão empregar a força, inclusive o próprio emprego de armas, para que se defendam ou vençam a resistência manifestada pela violência ou ameaça de realiza-la”.<sup>44</sup>

O Código Penal Brasileiro elenca também como caso de resistência a ameaça ou violência a funcionário competente para executar ou que presta auxílio, com o intuito de opor-se a tal ato. Nessa hipótese o réu agride mediante força física ou ameaça. É o que estabelece o art. 329 do Código Penal, que considera como crime de resistência a oposição à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio.

Tanto o sujeito ativo necessário como o facultativo da prisão em flagrante tem o direito de empregar força com moderação e necessidade contra resistência. Sendo que não estará caracterizado como resistência a reação daquele que, constrangido pela força e sem justo motivo, por policial atrabiliário, procura desvencilhar-se deste, utilizando também de força física.

No caso de resistência, além das formalidades já exposta no auto de prisão em flagrante, este conterà a ocorrência da resistência por parte do conduzido. Em todos os casos em que o conduzido for preso é recomendável que o delegado proceda a instauração de competente inquérito policial para que os fatos sejam melhor elucidados., além de poder requisitar as medidas jurídicas necessárias e cabíveis.

---

<sup>44</sup> - Tales Castelo Branco, *Da Prisão em Flagrante*, p.80

## **6. RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE**

A prisão em flagrante por ser uma medida cautelar que visa restringir a liberdade daquele que é suspeito máximo de um crime, deve obedecer a certas legalidades, exigidas pela Lei Magna.

### **6.1 Conceito**

Relaxar significa soltar, não contrair. Relaxamento da prisão trata-se da soltura ou suspensão da prisão em flagrante em decorrência de alguma ilegalidade desta. Difere-se da liberdade provisória com ou sem fiança, pois neste caso houve uma prisão legal, contudo o indivíduo possui o direito de ser libertado, tendo em vista suas características de periculosidade, bons antecedentes, residência e emprego fixo, por exemplo.

### **6.2 Previsão Legal**

A prisão em flagrante por ser uma medida acautelatória e extraordinária com o escopo de firmar um conjunto probatório, garantir a aplicação da lei penal e defender a própria sociedade, deverá observar rigorosamente todos os requisitos, uma vez que retira a liberdade do indivíduo sem sentença penal condenatória transitada em julgado.

Dessa maneira, com o fim de resguardar o indivíduo de abusos e ilegalidade, a Constituição Federal, a lei maior em nosso país, em seu art. 5º, inciso LXV infere que toda prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

## 6.3 Hipóteses

Temos como hipótese de relaxamento de prisão em flagrante as consubstanciadas em vícios formais ou materiais, e como principal causa quando a prisão for ilegal.

*Art. 648. A coação considera-se ilegal:*

*I - quando não houver justa causa;*

*II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;*

*III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;*

*IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;*

*V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei autoriza;*

*VI - quando o processo for manifestamente nulo;*

*VII - quando extinta a punibilidade.*

Essa ilegalidade na prisão por meio citado dispositivo legal pode ser dividida em vícios formal e/ou materiais.

### 6.3.1 Vícios Formais

Em referência aos vícios formais podemos citar, à título de exemplo, a falta injustificada da assinatura de uma das partes no auto, pois como auto de prisão em flagrante deve ser assinado pela autoridade competente, escrivão, o condutor, o acusado e as testemunhas, a sua falta gera nulidade, conseqüentemente relaxa-se a prisão. Há de se destacar que quando se tratar de analfabeto, se tomada a impressão digital, outra pessoa assina a rogo, e a falta de assinaturas de duas outras testemunhas não o contamina de nulidade, posto que, por esse modo, não ocorre omissão de formalidade essencial do ato, além do que devemos ver que já é tempo de se progredir juridicamente neste país, fazendo com que a formalidade não seja mais importante do que a essência do ato.

A não entrega, sem motivo relevante, da nota de culpa ao preso é um vício formal da prisão em flagrante, pois esse é um direito do preso, contudo, a ausência do nome do condutor na nota de culpa entregue ao preso em flagrante não induz nulidade, mas mera irregularidade, salvo comprovação de efetivo prejuízo.

Outro caso que manifesta ilegalidade da prisão em flagrante, é quando se verifica que o paciente fora preso pela prática de delito de ação privada, conforme assinala a nota de culpa, e não em virtude de crime de ação pública incondicionada, tornando-se certo o direito de relaxamento de tal prisão.

É majoritário o entendimento jurisprudencial de que inexistente incompetência *ratione loci* no fato de o auto de prisão em flagrante ter sido lavrado em cidade diversa daquela onde se deu a detenção. Trata-se de mera irregularidade que não desnatura o referido ato. Esse dogma é pelo fato de a autoridade policial no exercício da função de polícia judiciária, não exercer jurisdição, não lhe sendo vedado lavrar auto de prisão em flagrante relativamente à infração penal ocorrida em local diverso de sua sede funcional. O inquérito policial inclusive o auto de prisão em flagrante, é um procedimento de natureza administrativa, não implicando nulidade e circunstância de haver sua lavratura ter sido comunicada a Juízo sem jurisdição no local do crime.

Em uma ordem social, podemos dizer, que não será nula a prisão em flagrante somente porque no texto do auto de prisão não se escreveu a expressão voz de prisão, prevista no art. 307 do Código de Processo Penal, este dispositivo apenas objetiva impedir que alguém seja tido como preso em flagrante sem as circunstâncias caracterizadoras do estado de flagrância.

Por amor á dialética, e em face da norma constitucional insculpida no art. 5º, LXII, será nulo o auto de prisão em flagrante em que o preso expressamente manifeste desejo de ser assistido por pessoa da família ou advogado, não sendo atendido em sua pretensão. Nesse mesmo aspecto a mera ausência de menção á observância ou não desta garantia constitucional não implicam por si só, invalidade do ato prisional. Verifica-se a nulidade quando concomitante demonstrada a prática de constrangimento contra o paciente, o que não ocorre quando atendidas as demais garantias constitucionais, como a assistência por advogado, a

opção pelo silêncio e a comunicação imediata da prisão ao Juiz competente. Agora, se no próprio auto de prisão em flagrante consta que os indiciados foram advertidos de seus direitos constitucionais, não se pode colher a argüição de nulidade por violação do dispositivo constitucional que outorga esse direito ao réu.

Ainda, podemos citar, sinteticamente, como casos de relaxamento de prisão em flagrante: quando não for nomeado curador ao menor de 21 anos quando da lavratura do auto; quando não houver assinatura de duas testemunhas instrumentárias, no caso do preso não puder, não saber ou não quiser assinar o auto; quando a autoridade que presidiu a lavratura não o assina ou, mesmo assinando, não esteve presente no fato; quando a elaboração do auto for feita por pessoa que não estiver, pelo menos, compromissada a ser escrivão *ad hoc*, no caso do preso não ser ouvido no auto de prisão em flagrante, sem motivo justo; quando as testemunhas e o condutor não forem ouvidos separadamente, cada um per si, de modo que uns não ouçam o que os outros disseram; quando não for observado o prazo improrrogável de 24 horas para a consecução da lavratura do auto, marcado pela entrega da nota de culpa do preso; quando não for realizado o exame técnico legal exigido em algumas figuras delituosas, por exemplo, o auto de constatação de substância entorpecente; quando a autoridade que presidiu a lavratura não for competente para tal; e quando não houver testemunhas presenciais do fato delituoso e não se observa as testemunhas da apresentação do conduzido; quando não for colhida a manifestação de vontade livre da vítima ou de seu representante legal para que se efetue ou ratifique a prisão em flagrante do conduzido, nos crimes de alçada privada ou pública incondicionada.

### **6.3.2 Vícios Materiais**

Em referência aos vícios materiais, podemos citar como exemplo as seguintes situações: quando o conduzido é preso, contudo ele se encontra em nenhuma hipótese de estado de flagrância; quando constata-se que a prisão é em decorrência de flagrante preparado ou forjado, com observância da súmula 145 do STF; quando verifica-se que a conduta do agente é atípica, ou seja, o ato comissivo ou omissivo não esteja previsto como infração penal

tipificada em lei; quando a situação descrita auto de prisão em flagrante, revela-se que o agente praticou o fato sob o manto de uma excludente de ilicitude, quais sejam: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito; e também quando a lei autoriza, não for alguém admitido a prestar fiança ou não recebe-la do próprio conduzido. Por fim podemos citar como exemplo de prisão ilegal com vício material quando alguém for preso civilmente por dívida que não seja advinda de obrigação alimentícia e de depositário infiel, em conformidade com o art. 5º, LXVII da CF que estabelece que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. No lugar da prisão cabe a execução do patrimônio daquele responsável pela dívida.

#### **6.4 Do pedido**

Sobre o pedido de relaxamento de prisão em flagrante alega Marcelo Luiz Leano que “o pedido de relaxamento de prisão em flagrante é um instituto que visa levar ao conhecimento do juiz a ilegalidade da prisão, em decorrência da não observância de certos requisitos quando da lavratura do auto”<sup>45</sup>.

O pedido de relaxamento de prisão em flagrante não precisa, necessariamente, ser interposto quando do recebimento dos autos no juízo, mas até a prolação da sentença, mesmo em defesa prévia ou em alegações finais. O que importa ressaltar é que, uma vez negado o pedido, faz-se necessário à interposição de *habeas corpus*. *Habeas corpus* é um remédio jurídico cabível quando o indivíduo sofre ou estiver na iminência de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. A maioria dos nossos tribunais penais, com relação à forma e ao processo, tem considerado o relaxamento da prisão como uma espécie ou modalidade de *habeas corpus* e, assim, tem entendido que o Juiz, ao relaxar a prisão deve recorrer de ofício como faz ao conceder o *habeas corpus*<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> - Marcelo Luiz Leano, *Prisão em Flagrante*, p. 90.

<sup>46</sup> - TACRIMSP, HC-6475756-0 15/03/01, RT 360/411.

## 6.5 Efeitos

Em relação ao efeito formal, a prisão em flagrante que for relaxada gerará a nulidade do auto de prisão em flagrante, ocasionando invalidade aos indícios ali reunidos, já não podendo mais ser considerados válidos para cooperar na condenação do acusado, pois *nulla et non facta, paria sunt* (coisa nulas e coisas não feitas, são iguais), contudo a anulabilidade da prisão em flagrante não gera nulidade na eventual ação penal, tendo em vista que esta não é dependente daquela, além do próprio inquérito policial, que é mera peça informativa, ser dispensável para a propositura da ação penal.

Sobre o aspecto material, diante da decisão de relaxamento da prisão determinada pelo juiz, imediatamente o preso deverá ser solto, não tendo que pagar nenhuma custa econômica para isso, contudo os dias que o mesmo ficou na prisão, de modo ilegal nunca mais sairão de sua memória, lembrando-se que pior que deixar um criminoso livre é prender alguém inocente.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, vimos no decorrer deste estudo que a prisão em flagrante serve como medida provisória, porque não decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado. A prisão caracteriza-se pela restrição da liberdade individual em razão da prática de uma infração penal ou por determinação judicial.

Sua natureza cautelar se expressa pela inexistência de condenação definitiva, uma vez que a custódia provisória visa a proteger o direito ou interesse envolvido no processo ou o que o processo possa assegurar, exigindo-se para tanto os pressupostos necessários das medidas cautelares, quais sejam, o "*fumus boni iuris*" e o "*periculum in mora*".

Para que a prisão seja realizada, será mister a observância de alguns princípios instituídos pela Constituição Federal, expressos pelo artigo 5º e seus incisos XI, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI e LXVIII, todos pertinentes aos direitos e prerrogativas do preso; além das formalidades previstas na legislação processual penal, tais como a nota de culpa na prisão em flagrante e a ordem escrita na prisão preventiva, que têm por finalidade resguardar o cidadão de qualquer abuso ou evitar extra-limitações do poder público.

A prisão em flagrante é a modalidade de prisão que se dispõe como uma qualidade do delito que está sendo cometido, revelando exatamente a certeza da prática delituosa e tem por objetivo fazer cessar esta prática delituosa e a perturbação da ordem jurídica, procurando resguardar a prova da materialidade do fato e respectiva autoria. Ela visa cercear a liberdade do agente no momento em que está ocorrendo o fato criminoso, seja através da autoridade policial, seja por qualquer do povo. É admitida a prisão em flagrante, ainda, nos crimes permanentes e de efeitos permanentes, habituais, continuado, da ação penal pública condicionada, ação penal privada e nas contravenções penais.

Concluimos também que a legalidade da prisão em flagrante somente será verificada com a sentença. A prisão indevida causa danos ao acusado, que deverão ser responsabilizados e indenizados, quando esta tiver sido ilegal.

Dentre as situações de flagrância tipificadas no Código de Processo Penal, a primeira a ser considerada é o flagrante próprio em que o indivíduo está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la, havendo nesta última hipótese uma relação de quase absoluta imediatidade entre a prática da infração e a prisão. A segunda hipótese é o denominado flagrante impróprio ou quase-flagrante em que o indivíduo é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situações que faça presumir ser ele o autor da infração. A terceira e última hipótese de flagrante é aquela em que o indivíduo é encontrado, logo depois, com instrumento, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. Com as expressões "logo após" e "logo depois", devemos entender o lapso temporal em que o agente não tenha alterado o estado da situação até então ocorrida.

Novidade implantada pela Lei nº 9.099/95, diz respeito a impossibilidade de imposição das respectivas prisões cautelares, concedendo ao autor do fato verdadeira posição de vantagem. Ordena a lei excluir a lavratura do auto de prisão em flagrante e, conseqüentemente, a exigência de fiança, desde que o autor do fato se comprometa a comparecer perante o Juizado Especial Criminal. Prisão em flagrante ocorrerá, pois constitui uma obrigação legal da autoridade policial efetuar a prisão, fazendo cessar a prática do crime; o que inexistirá é a efetiva lavratura do auto de prisão em flagrante, sendo o requisito imposto pela lei. Tratando-se de prisão preventiva, sua decretação no âmbito do Juizado Especial Criminal não será possível ante a vedação de nosso ordenamento jurídico. Porém, este fato não afasta sua adoção, pois verificando-se a ocorrência de uma das hipóteses previstas nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, o termo circunstanciado deverá ser remetido ao juízo comum que poderá decretar a prisão preventiva, se for o caso.

A prisão em flagrante não é incompatível com o princípio da inocência, previsto constitucionalmente, e com a consagração da liberdade como direito de máxima envergadura, pois não se pode sustentar de forma razoável que qualquer direito subjetivo individual seja absoluto, notadamente confrontando com o direito de toda uma sociedade, pois com o cerceamento do indivíduo, este ficará impossibilitado de fugir e especialmente de não cometer outros ilícitos, trazendo assim a paz social.

Sendo assim, é possível se ter claramente a idéia de que o objetivo maior do instituto da prisão em flagrante é buscar a punição imediata àqueles infratores que são autuados no

instante da prática delituosa, fazendo com que ao mesmo tempo retorne a paz social e se garanta uma investigação mais idônea e que produza efeitos, já que o infrator estará sob a tutela da justiça.

Por conseguinte, é notório que a prisão em flagrante consiste em um forte instrumento de justiça e de construção de uma sociedade harmônica, dando assim, garantias de que os atos delitivos daqueles mesmos indivíduos não mais recairão sobre a coletividade, ensejando uma maior segurança, equilíbrio e tranqüilidade.

Finalmente, conclui-se que a prisão em flagrante constitui uma exceção a liberdade individual. O acusado nunca poderá ser preso sem o trânsito em julgado, salvo se não for caso de flagrante delito. Desta maneira, a prisão em flagrante cumpre com a sua finalidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Laemmert, 1903.

BRANCO, Tales Castelo. **Da Prisão em Flagrante**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2001.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. Atual. José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000. 9v, v.3.

GOMES, Luiz Flávio. **Código Penal**. 7ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm). Acesso em 10 abr. 2007.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em 20 maio 2007.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Constituição.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm). Acesso em 12 maio 2007.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5250.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm). Acesso em 20 abr. 2007.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm). Acesso em 10 maio de 2007.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm). Acesso em 03 maio 2007.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm). Acesso em 03 maio 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. Parte Geral. v.1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

LEANO, Marcelo Luiz. **Prisão em Flagrante**. 2ª ed. Lawbook, 2002.

MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Atual. Victor Hugo Machado da Silveira, Campinas: Bookseller, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 17ª ed., v.1. São Paulo: Saraiva. 2003.

STF, Súmula 145.

STJ, Habeas Corpus, 4554216-1, 13/08/1990, RT 23/2.

TACRIM-SP, Apelação, 245786-1, 10/02/2001, RT 365/02.

TACRIM-SP, Habeas Corpus, 6475756-0, 15/03/01, RT 360/411.

TACRIM-SP, Habeas Corpus, Rel. Hélio Soares, RT 584/384.

TJACRESP, Habeas Corpus, 223145-3, 24/08/2000, RT 235/01.

TORNAGHI, Hélio, **Curso de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v.2.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa, **Processo Penal**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 4v