

**UNIFMU  
CURSO DE DIREITO**

**PRISÃO EM FLAGRANTE**

**PAULA CAFIERO LEÃO**

**RA: 441327-0**

**TURMA: 319 C**

**FONE: 6604-2623**

**SÃO PAULO**

**2004**

**PAULA CAFIERO LEÃO**

**PRISÃO EM FLAGRANTE**

Trabalho apresentado no Curso de Direito da UNIFMU, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Luis Antonio de Sampaio Arruda.

**SÃO PAULO**

**2004**

**BANCA EXAMINADORA:**

Orientador: \_\_\_\_\_

Luis Antonio de Sampaio Arruda

Argüidor: \_\_\_\_\_

Argüidor: \_\_\_\_\_

Meu agradecimento sincero ao Professor e Orientador Luis Antonio de Sampaio Arruda, por sua dedicação e constante orientação durante a elaboração da presente monografia.

Dedico esta monografia aos meus pais Dinarte Leão e Marlene Cafiero Henrique, por confiarem, acreditarem e incentivarem durante todo o curso e principalmente para que eu conseguisse elaborar este trabalho com tanta disposição.

*“A justiça pretendida para reparar erros e delitos, quando falha nos homens, é inevitável da parte divina. Aqueles, pois, que agem de modo correto e honesto, cedo ou tarde, alcançarão o ressarcimento de seus direitos e de seus méritos”.*

***Josué Silvério Rodrigues***

## **RESUMO**

A presente pesquisa adentrará num dos tipos de prisão provisória, que é a Prisão em Flagrante, onde a mesma somente ocorre quando a infração penal está ocorrendo ou acabando de ocorrer, quando o delito está em estado de flagrância. A prisão em Flagrante é um ato administrativo, como deixa entrever o artigo 301 do Código de Processo Penal, sendo uma medida cautelar de natureza processual que dispensa ordem escrita e é prevista expressamente pela Constituição Federal ( art. 5º, LXI ). Notamos através do estudo, que este tipo de prisão poderia ser modificada, mesmo porque, as instituições que fazem parte deste processo estão sobrecarregadas e não mais servindo para o seu objetivo, que vai além de simplesmente prender o delinqüente, mas também recuperá-lo de seus atos. É o que estaremos nos aprofundando a seguir.

**Palavras-Chave:** prisão em flagrante, prisão, liberdade provisória.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – GENERALIDADES	02
1.1. Conceito de Prisão	05
1.2. Histórico Sobre as Prisões	10
1.3. A Prisão em Flagrante na Legislação Francesa e Italiana	14
1.4. A Prisão no Direito Brasileiro	17
1.5. A Prisão em Flagrante e a Constituição Federal de 1988	21
CAPÍTULO II – PRISÃO EM FLAGRANTE	24
2.1. Etimologia da Palavra Flagrância	24
2.2. Objetivos e Conceito da Prisão em Flagrante	25
2.2.1. Natureza Jurídica	28
2.3. Sujeitos da Prisão em Flagrante.	30
2.4. Espécies de Flagrante	33
2.4.1. Flagrante nos Crimes de Ação Privada	40
2.4.2. Fragrante em Crime Permanente, Habitual e Continuado	42
CAPÍTULO III – DO AUTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE	44
3.1. Autoridade Competente para Lavrar o Auto	44
3.2. Prazo e Formalidades para Lavratura	46
3.2.1. Nota de Culpa	53
3.3. Nulidades e Irregularidades na Autuação em Flagrante	54



3.4. Fuga do Acusado depois da Lavratura do Auto	56
<b>CAPÍTULO IV – LIBERDADE PROVISÓRIA</b>	<b>59</b>
4.1. Liberdade Provisória na Prisão em Flagrante	59
4.2. Jurisprudência	62
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>65</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>66</b>

## INTRODUÇÃO

**O flagrante delito, como motivo determinador da prisão dos delinqüentes, data de longo tempo entre nós. A sua história mostra que ele tem sofrido modificações, reclamadas pelo direito, que progride e se aperfeiçoa para atender melhor às necessidades sociais. Já as Ordenações, atribuía à Justiça o poder de prender em casos de ferimentos, dizendo:**

*“E mandamos que, quando as justiças acodirem aos ruídos, onde acharem alguma pessoa ferida, e lhes for dito e mostrado aquele ou aqueles, que se disserem ser culpados, os prendam logo, como que deles tivessem culpas obrigatórias para prisão. E posto que lhes não seja requerido por parte alguma, nem dito qual é o culpado, si ao Juiz no ruído parecer, que alguns são culpados, poder prender até seis pessoas.”<sup>1</sup>*

Posto isto, pretende-se com a presente exposição, com as limitações naturais de qualquer trabalho desta natureza, traçar de forma breve o sistema brasileiro de prisão em flagrante, sem qualquer pretensão, todavia, de esgotar o assunto, senão o de tentar um esboço

---

<sup>1</sup> PHILIPINAS, Livro I, Título 65, parágrafo 37.

das principais correntes doutrinárias sobre o tema.

## CAPÍTULO I – GENERALIDADES

Levantando dúvidas sobre o dispositivo da citada Ordenação, foi decretada a Lei de 25 de setembro de 1603, declarando como se deveria entender as prisões em flagrante delito, e ao mesmo tempo estendendo-a a outros casos, seguintes:

*“Faço saber aos que esta Lei virem, que eu fui informado, que algumas pessoas se agravam por instrumento e petições, de serem presos, sem primeiro constar de culpa porque o devem ser, alegando que não foram presos em flagrante, e são providos por despacho das Relações, por se duvidar pelos Desembargadores delas, si foram presos em flagrante, na forma da Ordenação do livro 1, título 65, § 37, do que se segue notável prejuízo á Justiça e dano às partes ofendidas. Pelo que, querendo eu nisso prover como convém ao serviço de Deus, e meu, para se atalhar aos delitos, e os delinqüentes serem presos e castigados, como por suas culpas merecerem, com o parecer do meu Conselho, além do que a dita Ordenação dispõe:*

*Hei por bem, e mando, que quando os julgadores, ou quaisquer outros oficiais de Justiça, que poder tiverem para prender, acudirem a brigas e ruídos, e quaisquer outros delitos, pelos quais os delinqüentes, conforme as minhas Ordenações, devem ser presos,*

*posto que não achem na briga, nem lhe sejam mostrados para logo os poderem prender, ou chegarem a tempo, que haja pouco espaço, que a briga foi acabada, e o delito cometido, tendo informação certa por onde os delinquentes fugiram, sem perguntarem mais testemunhas, os seguiram, e procuraram de, com efeito os prender, posto que fora do lugar, onde cometeram o delito, continuando o seguimento deles e não se divertindo a outras coisa alguma, porque pareça que deixaram de os seguir; e os que nesta forma forem presos, apraz ( por ser conforme o Direito ) que hajam, e regulem por presos em flagrante...”*

A Ordenação considerava, pois, flagrante delito, os casos em que a Justiça, acudindo aos ruídos ( clamor, desordem, tumulto, briga ), encontrava alguém ferido. A prisão recaía, necessariamente, sobre aqueles que fossem apontados como os delinquentes. E, se não apontado ninguém, poderia o Juiz mandar prender até 06 (seis) pessoas que lhe parecessem culpadas.

A lei de 1603 foi mais além: determinou que fossem presos como em flagrante aqueles delinquentes que houvessem fugido depois de cometido o crime, uma vez que a luta tivesse acabado pouco tempo antes do aparecimento da autoridade, e esta, recebendo informação exata da direção seguida pelos delinquentes, fosse à sua procura sem interrupção.

Violento e arbitrário, o certo é que o nosso antigo Direito atribuía ao Juiz o poder para prender em flagrante até 6 (seis) pessoas que lhe parecessem culpadas, quando ele Juiz, indo a qualquer lugar onde tivesse acontecido algum tumulto ou briga, encontrasse alguém ferido, e não lhe fosse indicado qual o culpado.

Também em flagrante, a prisão que os Oficiais de Justiça deveriam efetuar, quando eles Oficiais, acudindo a qualquer crime, não encontrassem de pronto o delinqüente, mas tivessem informações certas do local para onde fugira.

A Constituição Política de 25 de março de 1824, declarando no seu art. 179, garantir por diversas maneiras a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros que tivessem por base a liberdade e a segurança individual, determinou que ninguém pudesse ser preso sem culpa formada, exceto nos casos especificados na lei, e que a prisão somente fosse executada por ordem escrita da autoridade legítima, salvo em flagrante delito. Desde então a prisão em flagrante passou a ser efetuada em virtude do preceito constitucional.

Decretado o Código Criminal, em 16 de dezembro de 1830, os casos de flagrante delito deixaram de obedecer às legislações anteriores, jogando por terra as prescrições do direito penal codificado nas Ordenações Filipinas.

Com esse Código Criminal, foi que surgiu, então, o princípio basilar até hoje vigente, preceituando que: “não haverá crime, ou delito, sem uma lei anterior que o qualifique”.

Com a Carta Política de 1825 e o Código Criminal de 1832, veio ainda nesse mesmo ano ( 1832 ) o Código de Processo Criminal, dispondo em seu art. 131, in verbis:

“Qualquer pessoa do povo pode, e os oficiais de justiça são obrigados, a prender, e levar à presença do Juiz de Paz do Distrito, a qualquer que for encontrado cometendo um delito, ou enquanto foge, perseguido pelo clamor público. Os que assim forem presos, entender-se-ão presos em flagrante delito”.

## 1.1. CONCEITO DE PRISÃO

O ordenamento conhece várias espécies de prisões e a doutrina as classifica de diferentes modos, chegando mesmo a não haver um consenso em torno da matéria.

Hélio Tornaghi chegou a afirmar que *“a balbúrdia que reina em matéria terminológica, no que diz respeito à prisão, e os mal-entendidos que disso decorrem, resultam do fato de se classificarem os vários tipos de prisão, tomando ao mesmo tempo mais de um critério. Acontece, então, como ocorreu com aquele sujeito que classificou as mulheres em louras, morenas, viúvas e manicures”*<sup>2</sup>.

Toda prisão sempre terá caráter aflitivo, porque consiste no cerceamento da liberdade de ir e vir. Conforme mencionou Pedro Vergara: *“A prisão é sempre pena. Os autores clássicos, à partir de Beccaria, reconheceram que a prisão, seja qual for a sua causa ou denominação, é sempre uma pena (...), e*

---

<sup>2</sup> TORNAGHI, Hélio. Compêndio de Processo Penal. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967, t. III, p. 104º.

*por isso mesmo consideram que a prisão preventiva não deixa de ser uma pena também.”<sup>3</sup>*

Vale lembrarmos que a palavra prisão vem do latim *prensione*, que, por sua vez, se origina de *prehensione* – de *prehensio*, *onis*, e quer dizer prender. Ela é usada, indistintamente, para denominar o lugar, o estabelecimento em que alguém fica segregado, o recolhimento do preso à prisão, a captura, a custódia e a detenção.

Eduardo Espínola Filho, cita uma passagem mencionada por Galdino Siqueira, em 1930, onde o mesmo escreveu: *‘Para denotar os atos restritivos da liberdade pessoal, em matéria crime, as nossas leis empregam indistintamente o termo prisão, o que não poucas confusões tem produzido. A exemplo da moderna legislação portuguesa poderíamos empregar os termos custódia e captura, no sentido em que os franceses usam dos termos arrestation e detention. Os franceses chamam arrestation à prisão de alguém, unicamente para obrigar a comparecer perante a autoridade a fim de ser interrogado sobre o delito que lhe é imputado, e detention, à conservação de alguém em prisão até o julgamento ou à prisão de indiciado para que fique detido até o julgamento.’<sup>4</sup>*

No processo penal militar, a prisão é concebida de duas maneiras distintas: 1. Como pena, quando imposta por força de sentença criminal transitada em julgado; 2. Prisão provisória, quando imposta antes da sentença

---

<sup>3</sup> VERGARA, Pedro. Das Penas Principais e sua Aplicação. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, p. 191.

<sup>4</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. 4ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 3, p. 299, n.578.

criminal transitada em julgado. A prisão, como forma de sanção, é o contra-estímulo colocado pelo legislador aos que pretendam infringir a lei penal militar, representando uma promessa de caráter retributivo.

Esse caráter retributivo da pena não decorre de considerações de ordem moral, mas da própria natureza dos mecanismos usados pelo Estado para ilidir a criminalidade. Desde de priscas eras, *‘para eficácia da justiça humana, os legisladores estabelecem restrições à liberdade individual no interesse da segurança social’*<sup>5</sup>.

A pena de prisão é imposta através de um processo em que, sob a égide de princípios constitucionalmente consagrados, são produzidas as provas necessárias ao julgamento. O ideal seria que o réu permanecesse em liberdade até a sentença penal condenatória transitada em julgado, porém conforme lembra Hélio Tornaghi, *‘por vezes, o abuso dessa liberdade ( por exemplo: para corromper testemunhas, preparar a fuga, etc. ), exige o sacrifício daquele ideal e o acusado é preso, provisoriamente, até que cesse a causa da prisão ou lhe seja imposta a pena. Ao contrário, portanto, da prisão como pena, que é retributiva, que se baseia na responsabilidade do acusado, que é injusta para o inocente, a prisão provisória é cautelar, funda-se na necessidade de chegar a uma solução correta e é justa desde que o bem comum a exija.’*<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O Processo Criminal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. I, 1998, p. 285.

<sup>6</sup> TORNAGHI, Hélio. Ob. Cit. P. 1043.



É por isso que esta dolorosa necessidade social ampara-se não apenas em leis ordinárias, mas, também, em preceitos constitucionais. Conforme cita Tales Castelo Branco: *‘O conceito de prisão, é dado por qualquer restrição à liberdade individual, dentro de casa, ou de penitenciária, ou de dependências policiais, ou de quartel, ou de casa fechada destinada à punição ou à correção, ou, ainda, pela limitação da liberdade mediante algemas, ou ligações a pesos etc.’*<sup>7</sup>

A prisão provisória conheceu ferozes opositores no século passado, como Carrara e Lucchini, autores de fervorosos manifestos contra o encarceramento antes da condenação. No entanto, impossível negar a importância de sua manutenção no ordenamento jurídico, como medida imprescindível ao bom andamento da Justiça.

Entendemos que todas as modalidades de restrição à liberdade humana representam, portanto, instrumentos empregados para obtenção dos interesses sociais predominantes. Sendo candente o rigorismo dessas medidas, principalmente porque atinge o homem sem que ele tenha, ainda, sido julgado, ou, mesmo, como no caso da prisão em flagrante, sem nenhuma autorização judicial.

Vale mencionarmos o pensamento de Tales Castelo Branco: *‘A simples possibilidade de absolvição final torna mais modalidades de prisão sumamente distorcidas, principalmente ao considerarmos que o Estado, ordinariamente,*

---

<sup>7</sup> BRANCO, Tales Castelo. Da Prisão em Flagrante. 4ª ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 03-04.

*não permite a compensação futura do tempo passado na prisão, por não reconhecer em favor do acusado a existência de conta corrente com a justiça penal”<sup>8</sup>.*

Alguns estudiosos repugnam o ato porque todo castigo antecipado é revoltante e atenta contra a dignidade da pessoa, sendo deletério porque retira da sanção a sua eventual expressão pedagógica, transformando-a, apenas em um martírio. Sendo assim, o Estado há de encontrar outras formas de impor-se, podendo ampliar o alcance da liberdade provisória, com aumento adequado de exigências e de condições, quanto aplicar a liberdade vigiada e a prisão domiciliar, com mais liberalidade.

A prisão, como *sanctio juris penal*, será, assim, o confinamento carcerário, ou seja, a sanção que se liga, como conseqüente, à infração penal ( crime ou contravenção, como *præ* ou antecedente ). É a modalidade mais clara e conhecida pelo seu caráter de repressão penal e seu aspecto de castigo.

A prisão provisória, como medida de cautela, divide-se em: prisão preventiva, prisão temporária, prisão decorrente de pronúncia, prisão em virtude de sentença condenatória recorrível e prisão em flagrante, que estaremos nos aprofundando nesta pesquisa.

---

<sup>8</sup> BRANCO, Tales Castelo. Ob. Cit., p. 05.

## 1.2. HISTÓRICO SOBRE AS PRISÕES

Há uma força misteriosa comodista que vem perpetuando a prisão como remédio universal, apesar de acusações e denúncias tão sérias e dolorosas como as de Howard, Beccaria e Filangieri continuarem sendo revividas. Mesmo porque, é interessante lembrarmos que vivemos em uma situação dramática, onde as prisões estão abarrotadas de pessoas, que muitas vezes são pessoas talvez inocentes, talvez ocasionalmente culpados, ou à espera simplesmente da sua liberdade, se misturando com outras de alta periculosidade, em locais praticamente inabitáveis, acarretando mais violência.

Apesar de contarmos com uma instituição ( prisões, cadeias, cárceres, celas-fortes, solitárias, assim como também os Manicômios Judiciários, as Casas de Custódia e Tratamento, os Institutos de Reeducação, os Recolhimentos de Menores ) praticamente falida, ela ainda continua resistindo ao tempo.

Conforme cita Tales Castelo Branco: *‘Para estes institutos, a história e a cultura não avançam, ou, quando avançam, é somente, para os vãos doirados*

*da imaginação teórica de uma ou de outra alma nobre*”<sup>9</sup>. Por muitas vezes, estas instituições já foram filmadas e fotografadas, gerando grandes protestos, porém, de nada adiantou.

É interessante citarmos na presente pesquisa algumas reflexões de Roberto Lyra, sobre a origem e evolução das prisões, como símbolo imortal de sabedoria e humanismo: *‘A prisão, sob o pretexto de castigar ou sob o pretexto de regenerar, perfura, remontando a sua origem a época quase imemoriais. Encontramos no Gênesis essa passagem: ‘dois eunucos, o copeiro do rei do Egito e o padeiro, pecaram contra o seu senhor. E o Faraó irado contra eles ( porque um presidia aos copeiros, outro aos padeiros ), mandou-os meter no cárcere do general do exército, no qual também estava preso José. E o guarda do cárcere entregou-os a José, que também os servia’*”<sup>10</sup>. Sabemos que a prisão em seu início era somente para aprisionar animais irracionais e os irracionais inferiores. Sendo que os animais e os homens recebiam os mesmos tratamentos, como por exemplo: eram presos pelas mãos, pelos pés, pelo pescoço, amarrados, acorrentados, calcetados, grilhetados, manietados, etc.

O aumento da população carcerária foi sendo inevitável, e o tempo foi desestimulando a procura de uma outra solução de combate à criminalidade. O homem acabou por cercar de muros as prisões, prendendo para não deixar fugir ou para obrigar a trabalhar, tudo o que tinham pela frente e que manifestava

---

<sup>9</sup> BRANCO, Tales Castelo. Ob. Cit., p. 08.

<sup>10</sup> LYRA, Roberto. Processo e Execuções Penais. In Novo Direito Penal. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v.3, p. 99.

idéia de aprisionamento era utilizado, como: cavernas, naturais ou não, subterrâneos, túmulos, fossas, torres, etc.

Tudo isso era extremamente desumano, e o tempo foi solicitando que fossem alteradas algumas coisas nestas instituições, tudo a fim de regenerar, recuperar e reformar aquele que entrasse em algum momento naquele local. Porém, os melhores precursores não triunfaram porque os seus esquemas não podiam ultrapassar as limitações carcerárias. Depois disso, surgiram as prisões abertas, com os presos soltos nos mais diversos espaços e sob os mais diferentes pretextos, sem sistema ou regimes.

Sendo que vale lembrarmos que durante a evolução dos tempos, foram surgindo prisões que receberam alcunhas célebres, “legendas infernais”, e de outro, prisões que se transformaram em “paraísos do vício”, dentre eles: tóxicos, álcool, jogo, privilégios, tabaco, e até a carne humana.

Como lembra Marcio Luís Chila Freyesleben: *‘O instituto da prisão em flagrante delito existe desde remotos tempos, imposto pela necessidade. O seu aparecimento nas leis de todos os países explica-se, fundamentalmente, pela consideração de que profundo alarma social produziria o ver cometerem-se crimes sem a possibilidade de pronta repressão, iniciada pela interferência dos circunstantes’*<sup>11</sup>.

**A distinção entre a prisão efetivada em flagrante e aquela decorrente da condenação já era contemplada na legislação**

**mosaica, pois somente em caso de flagrante delito era permitida a prisão antes do comparecimento do indiciado perante o tribunal para sua defesa e julgamento.**

Tales Castelo Branco lembra ainda: *‘A lei das XII Tábuas, entre os romanos, previa o flagrans crimen e consentia o extermínio dos ladrões presos em flagrante, à noite a qualquer hora, e, de dia, se resistissem com armas à prisão. A Lei Decenviral distinguiu o furtum nec manifestum do furtum manifestum, proporcionando-lhes, respectivamente, a punição correspondente ao duplo e ao quádruplo do valor do objeto ( 462-452 a.C. ). Tal diferenciação refletia, de acordo com a doutrina antiga, desejo mais acentuado de vingança, decorrente, evidentemente, do maior alarma social. Outras legislações mencionam esta diferença do quádruplo e do duplo, tais como a espanhola, nas Siete Partidas de Alfonso, o Sábio ( 1250 ), e a alemã, na Constituição Criminal de Carlos V ‘A Carolina’ ( 1532 ).’*<sup>12</sup>

Segue ele dizendo, *‘O Código de raptu virginum autorizava a morte do raptor e de seu cúmplice pelos pais ou tutores da vítima, quando surpreendidos in ipsa rapina et adhuc flagranti crimine. As solenidades processuais eram sumamente reduzidas, tanto que, no século XVI, Julius Clarus afirmava que o juiz não precisava observar as formas ordinárias de julgamento. O flagrante*

---

<sup>11</sup> FREYESLEBEN, Marcio Luís Chila. A Prisão Provisória no CPPM. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 51.

<sup>12</sup> BRANCO, Tales Castelo. Ob. Cit. p. 20.

*delito dispensava qualquer outra prova, para que o acusado fosse submetido à tortura, mesmo sem defesa e sem o conhecimento integral da acusação”<sup>13</sup>.*

### **1.3. A PRISÃO EM FLAGRANTE NA LEGISLAÇÃO FRANCESA E ITALIANA**

A prisão em flagrante delito ocorreu durante muitos anos na legislação francesa e italiana. Foi conhecido desde os tempos mais antigos como *forefactum*, na França, onde recebeu com a Ordenança criminal de Luís XIV, em 1670, atribuições revestidas de duplo efeito no que concernia à faculdade da prisão e à competência do juiz, trazendo com isso, novas luzes para o instituto, apesar de não defini-lo.

Pouco mais de um século, a Lei de 16-24 de setembro de 1791, estabeleceu que, em caso de flagrante delito ou com o clamor, o oficial de polícia fará prender e trazer diante dele os acusados sem esperar as declarações das testemunhas, e, se não puderem ser presos, ele expedirá um mandado de condução para obrigá-los a comparecer.

Surgindo neste contexto, então, três novidades: a desnecessidade de testemunhos, o *Mandat d’amener* ( Ordem para comparecer ante o juiz, diferindo de *Mandat d’arrèt*, que é ordem de prisão ) e a obrigação de prender em flagrante delito. Posteriormente, surgiu outra inovação: os equivalentes aos

---

<sup>13</sup> BRANCO, Tales Castelo. Ob. Cit. p. 21.

casos de flagrante delito, que iriam se estratificar, futuramente, na flagrância presumida, acompanhados de engenhosa justificação.

Tales Castelo Branco lembra: *‘O Código de Brumaire, ano IV, em 1794, estabeleceu que todo depositário da força pública, em caso de flagrante delito, e mesmo todo cidadão, pode, está capacitado a prender o acusado e conduzi-lo diante do Juiz de Paz. Por outro lado, o mesmo Código estabeleceu que a lei assimila ao caso de flagrante delito aquele em que o delinqüente, surpreendido durante a prática do seu crime, é perseguido pelo clamor público, e aquele em que um homem é encontrado com objetos, armas, instrumentos ou papéis que sirvam para fazer presumir que ele é o autor de um delito. Tal assimilação visou garantir a prisão do indiciado e sua condução perante o Juiz de Paz.’*<sup>14</sup>.

Faustin Hélie, definindo o flagrante delito, de acordo com a legislação imperante à sua época, na França, estabeleceu esta proposição: *‘Revela-se o flagrante delito quando o acusado é surpreendido, quer na execução mesma do crime, quer nos atos que seguem imediatamente a esta execução e que a ela se ligam estreitamente, ou quando ele é perseguido pelo clamor público, ou encontrado com os objetos, armas do crime, contando que esta apreensão se dê em tempo muito próximo ao delito’*<sup>15</sup>.

Finalmente, foi através desta noção que se expandiu e serviu de modelo para outras legislações, tanto que o Código Sardo-Italiano de 1859/65

---

<sup>14</sup> BRANCO, Tales Castelo. Ob. Cit. p. 24.

<sup>15</sup> MALTA, Tostes. Do Flagrante Delito. Rio de Janeiro: Ed. Da Revista “A Época”, 1930, p.30.



reproduziu, com fidelidade, o dispositivo do Code d'Instruction Criminelle francês de 1808. Porém, há na lei italiana, uma hipótese nova e que não fora contemplada pela sua congênera francesa: o caso de perseguição do ofendido. Vale ressaltarmos que as idéias de tempo, embora vagas e incertas, são encampadas pela nossa legislação, que deixou campo aberto para laboração jurisprudencial, decorrente da observação de cada caso a vontade prudente dos juizes.

Os dois códigos deixaram de considerar a condição de proximidade, a condição de vizinhança do lugar do crime, afastando-se, assim, do Código de Nápoles de 1819.

#### **1.4. A PRISÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

Vale citarmos que a noção de prisão penal é dada por exclusão, opondo-se à prisão civil. Onde toda prisão que não for civil será penal. Ademais, vale lembrarmos o que comenta Tales Castelo Branco: *‘a prisão penal é aquela decretada na justiça penal. De acordo com a clássica distinção, a prisão penal pode ser ad poenam e ad custodiam. A prisão ad poenam é a prisão penal propriamente dita, a prisão que representa a pena ou sanção específica como resposta da violação ou ameaça aos bens juridicamente tutelados. É a prisão punitiva. A sua origem é apontada, no tempo, como do século XVI, tendo sido o*

---

*direito canônico que transformou a prisão em castigo ou pena, com o isolamento em calabouços”<sup>16</sup>.*

Como nos ensina Vicente Grecco Filho: *‘A prisão pode ter as seguintes naturezas: pode ser pena, processual, civil ou administrativa.*

*Prisão pena é a que resulta da condenação transitada em julgado, conforme a previsão do Código Penal.*

*Prisão processual é a que resulta do flagrante ou de determinação judicial, em virtude de atuação da persecução penal ou processo penal, com os pressupostos de medida cautelar. Historicamente é a mais antiga.*

*Prisão civil é a modalidade de coação executiva para compelir alguém ao cumprimento de um dever civil, segundo a Constituição brasileira apenas o dever de cumprimento da obrigação alimentar e da devolução da coisa do depositário infiel.*

*Prisão administrativa é a medida coativa para compelir alguém ao cumprimento de um dever de direito público. Ainda subsiste, depois da Constituição de 1988, nos casos previstos em lei em que é decretada pelo juiz, como por exemplo, a do falido para apresentação dos livros e a do depositário judicial, nos termos da Súmula 619 do Supremo Tribunal Federal. O que não mais se admite é a prisão administrativa, como as previstas no Estatuto do Estrangeiro e em certos estatutos de funcionários públicos”.* <sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> BRANCO, Tales Castelo. Ob. Cit., p. 11.

<sup>17</sup> GRECCO, Vicente. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 262.

Portanto, é de se notar, que através da atual Constituição Federal, não existe mais prisão administrativa, prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal, já que com exceção do flagrante e da prisão disciplinar, que é admitida nas transgressões militares ou de crimes militares e decretada por militar de patente superior ao infrator (art. 5º, LXI, da CF), só a autoridade judiciária poderá, através de ordem legal fundamentada, decretar a custódia de alguém, segundo Amauri Reno do Prado e José Carlos Mascari Bonilha<sup>18</sup>.

Por fim, é considerada inconstitucional a prisão com finalidade de averiguação, fora das hipóteses em flagrante e sem ordem escrita da autoridade judiciária competente.

Porém, iremos nos aprofundar na prisão cautelar, de natureza processual, que visa a proteger os bens jurídicos envolvidos no processo.

Por tratar-se de prisão processual de natureza cautelar é necessário que estejam presentes os pressupostos gerais das medidas cautelares, que são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Na consagrada lição de Vicente Grecco Filho: *‘O fumus boni iuris é a probabilidade de a ordem jurídica amparar o direito, por essa razão, merece ser protegido. O periculum in mora é o risco de perecer que corre o direito se a medida não for tomada para preservá-lo.*

---

<sup>18</sup> PRADO, Amauri Renó do. Bonilha, José Carlos Mascari. Manual de Processo Penal. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p.196

*Esse direito a preservar, de regra é a aplicação da lei penal, mas pode ser a garantia da ordem pública ou a necessidade da instrução criminal”.*<sup>19</sup>

Entretanto, deve-se ressaltar, que os requisitos citados acima, são requisitos para a decretação da prisão preventiva, mas que servem como parâmetro para a decretação e manutenção de qualquer prisão processual.

Para que ocorra a decretação ou a manutenção da prisão processual é necessário que se observe alguns princípios, conforme leciona Vicente Grecco Filho: *(...) o primeiro princípio que rege a prisão processual: a prisão não se mantém nem se decreta se não houver perigo à aplicação da lei penal, perigo à ordem pública ou a necessidade para a instrução criminal.*

*O segundo princípio é o de que a prisão deve ser necessária para que se alcance um daqueles objetivos. Não pode caber qualquer critério de oportunidade e conveniência; o critério é de legalidade e de adequação a uma das hipóteses legais.*

***O terceiro princípio é o de que os fundamentos da prisão processual podem suceder-se, mas não se cumulam. Assim, se a prisão em flagrante é válida, não se decreta, sobre ela, a preventiva. Esta ou aquela, por sua vez, são substituídas pela prisão por pronúncia ou por sentença condenatória recorrível. Não se pode cogitar de preventiva após a sentença condenatória ou a pronúncia;***

---

<sup>19</sup> GRECCO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 263.

*pode-se, sim, fazer valer ou revigorar a força prisional daquelas decisões”.*<sup>20</sup>

## 1.5. A PRISÃO EM FLAGRANTE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

**O texto da Carta Fundamental de 1988 refere-se à prisão em flagrante delito em seu art. 5º, inciso LXI, estabelecendo que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definido em lei;”**

**Pois bem, limitando-nos ao tema da prisão em flagrante delito, temos que referido dispositivo constitucional constitui mais uma garantia ao direito de liberdade.**

**Para Celso Ribeiro Bastos: “Este preceito garante o direito à segurança, que, fundamentalmente, consiste na possibilidade do exercício tranquilo da liberdade e dos direitos sem sofrer coações ou**

---

<sup>20</sup> GRECCO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 264.

*violências. Mais precisamente, proteger-se a liberdade contra a prisão.*"<sup>21</sup>

**A regra geral constitucional, é, portanto, a plena liberdade, com diversos preceitos garantidores desse direito fundamental.**

**Contudo, a própria Norma Maior apresenta hipóteses excepcionais de restrição deste direito, dispostas de forma taxativa.**

**Assim, a prisão em flagrante revela-se como medida exceptiva do principio da presunção de inocência, esculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, admitida, no entanto, tendo em vista a compreensão de que as prisões provisórias, que apresentem natureza jurídica de medidas cautelares, são legitimadas pela ordem jurídico-constitucional.**

**Isto porque, conforme salienta André Ramos Tavares, tratando do princípio da presunção de inocência: “*entende-se que o principio em apreço apenas se refere à distribuição do ônus da prova, de modo que ao Estado compete a alegação de que alguém praticou fato definido como crime ou contravenção.*”<sup>22</sup>**

---

<sup>21</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil, v. 2, p. 291.

<sup>22</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2003, p.476-477.

**José Afonso das Silva<sup>23</sup>, A propósito, ressalta, em relação às disposições constitucionais relativas ao regime das liberdades, a características de normas de eficácia contida, pois existe, de fato, um sistema de restrição das liberdades individuais, que tem cabimento, tendo em vista a necessidade de preservação do bem-estar social.**

**Desta feita, tem-se que a prisão em flagrante delito justifica-se na própria Constituição Federal de 1988, como mecanismo de defesa da ordem jurídica, resguardando-se o interesse coletivo da sociedade na preservação da lei e a da ordem, em detrimento do indivíduo que cometeu uma infração penal.**

---

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2001, p.272.

## **CAPÍTULO II – PRISÃO EM FLAGRANTE**

### **2.1. ETIMOLOGIA DA PALAVRA FLAGRÂNCIA**

A palavra flagrante vem do latim *flagrans* e quer dizer ardente, queimante. *Flagrare* traduz a idéia de fogo, da chama queimando. Alguns autores se referem à raiz grega da palavra – *flegein* – que também significa queimar. Daí a expressão ‘*flagrante delito*’ , para significar o delito no instante mesmo da sua perpetração, o delito que está sendo cometido que ‘*surpreendido em plena crepitação*’ na expressão consagrada de Fernando da Costa Tourinho Filho.<sup>24</sup>

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, ‘*Em sentido jurídico, flagrante é uma qualidade do delito, é 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 a ‘certeza visual do crime’. Assim, a possibilidade de se prender alguém em flagrante delito é um sistema de auto-defesa da sociedade, derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem, tendo também o sentido de salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria.”<sup>25</sup>*

## **2.2. OBJETIVOS E CONCEITO DA PRISÃO EM FLAGRANTE**

A doutrina enumera basicamente como fundamentos para justificação da prisão em flagrante pela ordem jurídica, excetuando-se, de conseguinte, o princípio constitucional da presunção de inocência, a necessidade de reação imediata à prática da infração penal por parte do Estado, visando a manutenção da ordem e harmonia da sociedade, e a captação imediata das provas, relacionadas à autoria e materialidade do delito.

Tourinho Filho, a propósito, assim manifesta-se: *‘Temos para nós que a prisão em flagrante se justifica como salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria (...)’*<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 461.

<sup>25</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, p.370.

<sup>26</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. Cit. p.421.

Para Mirabete: *“(...) a possibilidade de se prender alguém em flagrante delito é um sistema de auto-defesa da sociedade, derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem jurídica, tendo também o sentido de salutar providencia acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria”.*<sup>27</sup>

Vale ressaltar, de outra parte, a doutrina do citado Tourinho Filho, argumentando que parte da doutrina: *“procura justificar a prisão em flagrante, aduzindo que ela satisfaz a opinião pública, que evita ou diminui a comoção social, que tranqüiliza a comunidade, restaurando o prestígio da lei e a confiança nas autoridades responsáveis pela manutenção da ordem (...)”*; alertando, todavia que: *“A prisão provisória não é pena. Não o sendo, é natural que a segregação só possa ser admitida nos casos estritamente necessários, tal como dispõe o art. 310 e seu parágrafo único do CPP.”*<sup>28</sup>

Na dicção do art. 302 e incisos do CPP, considera-se em flagrante delito quem está cometendo a infração penal; acaba de cometê-la; é perseguido logo após pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; ou é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser autor da infração.

---

<sup>27</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p.370.

<sup>28</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. Cit. p.421.

Neste passo, conceituando a prisão em flagrante, assim manifesta-se a doutrina de Tourinho Filho: “*Prisão em flagrante é, assim, a prisão daquele que é surpreendido no instante mesmo da consumação da infração penal.*”<sup>29</sup>

Para Guilherme de Souza Nucci: “(...) *prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal).*”<sup>30</sup>

No mesmo sentido, conceitua Fernando Capez: “*É, portanto, medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção.*”<sup>31</sup>

O Código Francês de Instrução Criminal, em seu art. 41, prescreve: “O delito, quase cometido atualmente, ou se acaba de cometer, é um flagrante delito, caso em que o réu é perseguido pelo clamor público, e o que é preso com os efeitos, armas, instrumentos, ou papéis, fazendo presumir que ele é autor ou cúmplice, contando que isso seja em tempo próximo do delito”.

O Código Português, no seu art. 1020, dispõe: “Flagrante delito é aquele que se está cometendo, ou se acaba de cometer, sem intervalo algum. Reputa-se também flagrante delito o caso em que o delinqüente, acabando de perpetrar o

---

<sup>29</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa Op. Cit., p. 420.

<sup>30</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. São Paulo: RT, 2002, p. 524.

<sup>31</sup>CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 8ª .ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 229.

crime, foge do lugar dele, e é logo, contínua e sucessivamente, seguido pela Justiça, ou por qualquer do Povo”.

### **2.2.1.NATUREZA JURÍDICA**

Apresenta-se inequívoca a natureza cautelar da prisão em flagrante, que como espécie de prisão processual, exige a presença do “fumus boni iures” e do “periculum in mora”.

Com efeito, quanto ao “fumus boni iures”, assevera Souza Nucci que exige-se: *“apenas a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade, outros requisitos para a configuração do crime.”*; registrando que esta medida cautelar: *“Tem, inicialmente, caráter administrativo, pois o auto de prisão em flagrante, formalizador da detenção, é realizado pela Polícia Judiciária, mas torna-se jurisdicional, quando o juiz, tomando conhecimento da dela, ao invés de relaxá-la, prefere mantê-la, pois considerada legal.”*<sup>32</sup>

Ainda leciona Guilherme de Souza Nucci: *“havendo a prisão em flagrante, sem a formalização do auto pela polícia, que recebe o preso em suas dependências, cabe a impetração de habeas corpus contra a autoridade, perante o juiz de direito. Se o magistrado a confirmar, no entanto, sendo ela*

---

<sup>32</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit. p.524.

*ilegal, torna-se a autoridade coatora e o habeas corpus deve ser impetrado no Tribunal.*”<sup>33</sup>

Enfim, o outro pressuposto, que se faz necessário nas medidas cautelares, é o “periculum in mora”, presumido da infração penal em pleno desenvolvimento, uma vez, que está ferindo a ordem pública e a lei. Contudo, caberá ao juiz, depois de ter recebido o auto de prisão em flagrante, analisar se o “periculum in mora” realmente existiu, decidindo, assim, se o indiciado ficará em liberdade, ou não.

Vale lembrar, que caso o flagrante ocorra em crimes de menor potencial ofensivo, dispensa-se à formalização do auto, entretanto, o detido deverá se comprometer a comparecer em juízo, conforme consagra a Lei 9099/95 no artigo 69, parágrafo único.

Assim ressalta Guilherme de Souza Nucci: *“Embora a referida lei fale não se imporá ‘prisão em flagrante’, deve-se entender que esta não será formalizada através do auto, pois qualquer do povo pode prender e encaminhar à delegacia o autor de uma infração de menor potencial ofensivo, até pelo fato de que tipicidade existe e não é o leigo obrigado a conhecer qual infração é sujeita às medidas despenalizadoras da Lei 9099/95 e qual não é.”*<sup>34</sup>

### **2.3. SUJEITOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE.**

---

<sup>33</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit. p.525.

Reza o artigo 301 do Código de Processo Penal: “*qualquer do povo poderá e as autoridades deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante*”.

Portanto, será o sujeito ativo da prisão em flagrante àquele que a efetue. E terá essa qualidade, em nossa legislação, qualquer cidadão sendo ele particular, ou uma autoridade.

Destarte, que quando a lei se refere a qualquer do povo, este, apenas tem a faculdade de efetuar-la, e não o dever, diferentemente do que ocorre com as autoridades. Ou seja, a lei ao se referir a qualquer do povo está concedendo a faculdade para que este efetue a prisão colaborando, assim, com o Estado e não um dever, não acarretando nenhuma sanção, se o particular não a fizer. Entretanto, quando o sujeito ativo for uma autoridade policial ou um de seus agentes, a lei impõe um dever jurídico que têm de prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Segundo Tourinho Filho: “*O não cumprimento desse dever, dependendo do caso concreto, poderá sujeitar a autoridade omissa às sanções de natureza administrativa e, às vezes, às sanções de natureza penal, pois poderá configurar-se o crime de prevaricação.*”<sup>35</sup>

Vale lembrar, que o próprio ofendido pode prender em flagrante o criminoso, conforme ressalta o já citado Tourinho Filho: “*O art. 301, não estabeleceu distinção, e nada impede que o próprio ofendido prenda em*

---

<sup>34</sup> NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. Ob. Cit. p.524-525.

*flagrante o sujeito ativo do crime. Alias, o inc. III do art. 302 refere-se expressamente ao ofendido, e, por outro lado, o art. 307 cuida do flagrante levado a efeito pelo próprio ofendido, quando este for a Autoridade, e o crime cometido no exercício de suas funções.”*<sup>36</sup>

O sujeito passivo da prisão em flagrante será aquele indivíduo detido em situação de flagrância, pelo que dispõe o artigo 301 do Código de Processo Penal, poderá ser qualquer pessoa. Esta na verdade é a regra, pois comporta exceções. Não podendo, entretanto, ser preso em flagrante: os menores de 18 anos, que são inimputáveis (artigo 228 da Constituição Federal; artigo 27 do Código Penal); os diplomatas estrangeiros, em decorrência de tratado e convenções internacionais, assegurando-lhes imunidade; o presidente da República (artigo 86, parágrafo 3º da Constituição Federal); o agente que socorre vítima de trânsito (Código de Transito Brasileiro – Lei n.9.503/97, artigo 301); todo aquele que se apresentar á autoridade, após o cometimento do delito, independentemente do folclórico prazo de vinte quatro horas, uma vez que não existe flagrante por apresentação (cf. posição do STF, RT, 616/400). Todavia nada impede que, por ocasião da apresentação espontânea do agente, lhe seja decretada a prisão preventiva, desde que presentes seus requisitos próprios, dispostos no artigo 317 do Código de Processo Penal conforme o ensinamento de Fernando Capez.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Ob. Cit. p.426.

<sup>36</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Ob. Cit. p.426.

<sup>37</sup> CAPEZ, Fernando. Ob. Cit. p.234

Podem ser atuados, também, em flagrante, mas apenas quando se tratar de crimes inafiançáveis, os membros do Congresso Nacional (artigo 53, parágrafo 2º da Constituição Federal); os deputados estaduais (artigo 27, parágrafo 1º da Constituição do estado); os magistrados (artigo 33, II da Lei Orgânica da Magistratura Nacional), pois a Lei prescreve que o Magistrado só poderá ser preso através de ordem escrita do Tribunal ou Órgão Especial competente para julgamento, salvo se for caso de flagrante delito de crimes inafiançáveis, caso que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do Magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado; os membros o Ministério Público (artigo 40, III, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

Nota-se que através do novo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, o advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável (Lei n. 8.906/94, artigo 7º, parágrafo 3º).

No caso dos parlamentares federais e estaduais, que somente podem ser detidos em flagrante em crimes inafiançáveis, ainda assim devem, logo após a lavratura do auto, ser imediatamente encaminhados à sua respectiva Casa Legislativa. Os Magistrados e os membros do Ministério Pública deverão ser apresentados, após a lavratura dos autos, respectivamente, ao Presidente do



Tribunal ou ao Procurador Geral da Justiça ou da República, conforme for o caso, segundo Guilherme de Souza Nucci.<sup>38</sup>

## 2.4. ESPÉCIES DE FLAGRANTE

São três tipos as situações de flagrância que autorizam a prisão, conforme cita Fernando da Costa Tourinho Filho: “

A) *flagrante em sentido próprio*;

B) *flagrante em sentido impróprio, também conhecido por “quase flagrante”*;

C) *flagrante presumido*.

*Diz-se flagrante em sentido próprio, quando o agente é surpreendido praticando a infração penal, isto é, surpreendido no instante mesmo da prática da infração, ou, quando acaba de cometê-la.”*<sup>39</sup>

Não importando, porém, se o agente encontra-se em estado de necessidade, legítima defesa ou qualquer outra excludente de criminalidade, para a configuração do estado de flagrância, em sentido próprio, basta que esteja praticando ou que tenha acabado de praticar um fato típico.

Já flagrante impróprio, também chamado de flagrante irreal ou quase flagrante, ocorre quando o agente é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo

---

<sup>38</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit. p.525.

<sup>39</sup> TOURINO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. São Paulo: Saraiva. v. 3º 20ª ed.1998, p.431.

ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração (art.302, III, do CPP).

O que diferencia a flagrância propriamente dita do inciso II, da quase flagrância do inciso III, segundo Amauri Renó do Prado e José Carlos Mascari Bonilha: *“É o intervalo de tempo de perseguição, sem solução de continuidade (no flagrante impróprio não importa por quanto tempo será o agente perseguido, desde que a perseguição seja ininterrupta).*

*Assim se a autoridade recebeu notícia do crime, obteve informações elucidativas sobre o agente e inicia a perseguição, o flagrante é válido, pois o que a lei exige é uma acusação viva, oral, movida contra o agente desde o momento do delito.”*<sup>40</sup>

Entretanto, para que o flagrante seja legítimo na situação de quase flagrante, é necessário que a perseguição se inicie imediatamente após o fato e que seja contínua até a efetivação da prisão. Ocorrerá a continuidade se o agente não teve, em nenhum momento, condições de decidir sobre o seu paradeiro, ou seja, se permanentemente ficou submetido à perseguição. Porém não interrompe a continuidade da perseguição a substituição ou alteração de perseguidores, desde que não haja interrupção da perseguição.

Outra espécie de flagrante é o presumido, que também pode ser denominado de ficto ou assimilado, ocorre quando o agente é encontrado, logo

---

<sup>40</sup> PRADO, Amauri Reno do, BONILHA, Jose Carlos Mascari. Ob. Cit. p. 196.

depois do fato, com instrumento, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração (art. 302, IV, do CPP).

Tem gerado controvérsia as expressões ‘logo após’ e ‘logo depois’. Em ambos os casos, no quase flagrante ou do flagrante presumido, as expressões têm, essencialmente, o mesmo sentido.

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho: *‘Tais expressões – ‘logo após’ e ‘logo depois’ -, de modo geral, são um tanto vagas, e, assim, há possibilidade de se interpretar com ‘maior flexibilidade o elemento cronológico’.*

*‘Temos para nós, entretanto, que o legislador, com tais expressões, quis estabelecer entre a prática da infração e a perseguição, ou entre a prática da infração e a circunstância de ser o agente encontrado com instrumentos, armas ou papéis, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração, uma relação de imediatidade.’<sup>41</sup>*

Tem entendido alguns doutrinadores que a expressão ‘logo depois’ admite um lapso temporal maior do que a expressão ‘logo depois’, por não existir fuga e perseguição, mas infração e encontro.

A jurisprudência não permite a prisão ocorrida logo depois baseada apenas na confissão do criminoso; exige que, ao ser encontrado, esteja na posse dos objetos responsáveis pela presunção legal de que é ele o autor, pois a se entender diferente, estar-se-ia criando por analogia uma nova espécie de

flagrante não prevista em lei, o que é vedado. Também não haverá flagrante, pelo mesmo fundamento, se o agente, praticado o crime, comparece logo depois perante a autoridade policial e confessa o crime, pois, na hipótese, ele não foi “encontrado”, mas, ao contrário, “entregou-se”.

Ainda existem outras espécies de flagrante de classificação em nossa doutrina, uma delas é o flagrante compulsório ou obrigatório, conforme Fernando Capez: *“chama-se compulsório porque o agente é obrigado a efetuar a prisão em flagrante, não tendo discricionariedade sobre a conveniência ou não de efetivá-la. Ocorre em qualquer das hipóteses previstas no art. 302 (flagrante próprio, impróprio e presumido), e diz respeito à autoridade policial e seus agentes, que têm o dever de efetuar a prisão em flagrante. Está previsto no art. 301, segunda parte, do Código de Processo Penal: “.. as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.”*<sup>42</sup>

O flagrante facultativo, ainda por Fernando Capez: *“consiste na faculdade de efetuar ou não o flagrante de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Abrange todas espécies de flagrante, previstas no art. 302, e se refere às pessoas comuns do povo. Está previsto no art. 301, primeira parte, do Código de Processo Penal: ‘qualquer do povo poderá... prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.’*<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva. 3º v. 20ª ed. 1998, p. 437.

<sup>42</sup> CAPEZ, Fernando. Ob. Cit. p.231

<sup>43</sup> CAPEZ, Fernando. Ob. Cit. p.231

Flagrante preparado ou provocado, seguindo Guilherme de Souza Nucci: *“trata-se de um agente provocador de um arremedo de flagrante, ocorrendo quando um agente provocador induz ou instiga alguém a cometer uma infração penal, somente para assim poder prendê-la. Trata-se de crime impossível (art 17, CP), pois inviável a sua consumação. Ao mesmo tempo em que o provocador leva o provocado ao cometimento do delito, age em sentido oposto para evitar o resultado. Estando totalmente na mão do provocador, não há viabilidade para a constituição do crime. Disciplina o tema a Súmula, do Supremo Tribunal Federal: ‘Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação’. È certo que esse preceito menciona apenas a polícia, mas nada impede que o particular também provoque a ocorrência de um flagrante somente para prender alguém. A armadilha é a mesma, de modo que o delito não tem possibilidade de se consumação.”*<sup>44</sup>

Podemos encontrar, ainda como espécie de flagrante, o flagrante esperado que ocorre quando o policial ou seus agentes ou mesmo um terceiro ficam aguardando o momento do cometimento da infração penal, sem qualquer interferência, ou seja, não há o induzimento nem a instigação. Conforme Fernando Capez: *“Considerando que nenhuma situação foi artificialmente criada, não há que se falar em fato atípico ou crime impossível. O agente comete o crime e, portanto, poderá ser efetuada a prisão em flagrante. Esta é a*

---

<sup>44</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, Ob. Cit. p.529.

*posição do STJ: ‘Não há flagrante preparado quando a ação policial aguarda o momento da prática delituosa, valendo-se de investigação anterior, para efetivar a prisão, sem a utilização de agente provocador’ (RSTJ, 10/389).”<sup>45</sup>*

Já o denominado flagrante prorrogado ou retardado encontra-se previsto no artigo 2º, II, da Lei número 9.034/95, chamada Lei do Crime Organizado, e dispõe: *“consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculada, 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 fornecimentos de informações.”*

Portanto, trata-se da discricionariedade que a polícia possui de retardar a realização da prisão em flagrante, no instante em que presencia a prática delituosa, aguardando um momento mais importante, para a obtenção de um número maior de dados e informações a respeito do funcionamento, componentes e atuação de uma organização criminosa. Destarte que essa medida só poderá ser utilizada no caso de crime organizado, uma vez que sua utilização é impossível fora da organização criminosa.

O flagrante esperado diferencia-se do flagrante prorrogado, pois no primeiro o agente é obrigado a efetuar a prisão em flagrante no mesmo instante em que ocorrer o delito, não podendo escolher um momento posterior que considera mais adequado, enquanto que no segundo, o agente tem a

---

<sup>45</sup> CAPEZ, Fernando. Ob. Cit. p.232.

possibilidade de retardar a realização da prisão em flagrante, ou seja, pode aguardar o momento mais adequado para efetuar a prisão.

Enfim, flagrante forjado, fabricado, maquinado ou urdido é aquele que ocorre quando as autoridades policiais ou particulares criam provas de um crime inexistente para prender alguém, trata-se de um flagrante integralmente criado por terceiro, segundo Guilherme de Souza Nucci: “*É fato atípico, tendo em vista que a pessoa presa jamais pensou ou agiu para compor qualquer trecho da infração penal.*”<sup>46</sup> Neste caso, além de não existir crime, responderá o policial ou terceiro por crime de abuso de autoridade, constrangimento ilegal e etc.

#### **2.4.1. FLAGRANTE NOS CRIMES DE AÇÃO PRIVADA.**

O artigo 301 do CPP ao mencionar a expressão “flagrante delito”, não faz nenhuma distinção entre crimes de ação penal pública incondicionada, condicionada ou de alçada privada, referindo-se de forma genérica a todos que se encontrem em “flagrante delito”.

Segundo Mirabete: “*embora a lei processual silencie a respeito, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que, capturado o autor da infração penal que se apure por essas espécies de ação, deve ser ouvida a vítima ou seu representante legal para que ofereça a representação ou manifeste o desejo de oferecer queixa oportunamente. Como bem afirma Fernando de Almeida*

*Pedroso, a prisão deve ser ratificada pela vítima ou seu responsável dentro do prazo para a expedição de nota de culpa (24 horas).”<sup>47</sup>*

Portanto, nos crimes de ação penal privada também é possível o flagrante através do requerimento do ofendido. Se este não estiver presente no ato ou for incapaz, realiza-se a detenção, mas sua representação ou a do seu representante legal deve ser colhida no prazo máximo de 24 horas, que é o prazo da entrega da nota de culpa, sob pena de não se lavrar o auto, libertando-se o agente, conforme nos ensina Vicente Grecco Filho.<sup>48</sup>

Nas hipóteses de ação penal pública incondicionada, a denúncia ou a queixa deverão ser oferecida no prazo de 5 dias da vista do Ministério Público, no primeiro caso, ou de distribuição dos autos ao juízo competente, no segundo caso, sob pena de relaxamento da prisão. Na hipótese de crime de ação penal privada, aplica-se o artigo 46 do Código de Processo Penal, por analogia, que estabelece que a denúncia deve ser oferecida dentro do prazo de 5 dias, quando o réu estiver preso. Entretanto, o relaxamento da prisão não impedirá a denúncia e a queixa, respeitando o prazo de decadência do artigo 38 do Código de Processo Penal, que faz referência ao prazo de 6 meses para o oferecimento da queixa, na suposição de estar o querelado solto. Tratando de crime contra a propriedade imaterial, há preceito expresso: o artigo 530 do CPP estabelece o prazo de 8 dias.

---

<sup>46</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit. p 529.

<sup>47</sup> MIRABETE, Julio fabbrini. Op. Cit., p. 375.

<sup>48</sup> GRECCO FILHO, Vicente. Op. Cit., p. 267.



## **2.4.2. FLAGRANTE EM CRIME PERMANENTE, HABITUAL E CONTINUADO.**

Dispõe o artigo 303 do CPP que: *‘Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.’*

Portanto, tratando-se de infração de permanência, cuja consumação se prolonga no tempo, dependendo da vontade do agente criminoso, enquanto não cessar a permanência o agente se encontrará em situação de flagrância. Temos como exemplo o crime de seqüestro, uma vez que enquanto durar a privação da liberdade física da vítima, a prisão porventura ocorrida será em flagrante delito.

Nos crimes habituais, a situação não é a mesma, uma vez que há uma certa dificuldade de se efetuar a prisão em flagrante, pois os crimes habituais só se caracterizam com a reiteração de atos, e a prisão em flagrante exigiria a prova da reiteração dos atos que traduzam o comportamento criminoso, ou seja, a habitualidade. Já que esses comportamentos, considerados isoladamente, não são criminosos, pois o crime só se configura com a pluralidade das ações, vislumbra-se a dificuldade de se efetuar a prisão em flagrante.

Porém, existe uma segunda posição, se a polícia já tiver uma prova anterior da habitualidade, a prisão em flagrante poderá ser efetuada diante da prática de qualquer novo ato, segundo Fernando Capez.<sup>49</sup>

Conforme Amauri Reno do Prado e José Carlos Bonilha: “*O crime continuado é uma série de comportamentos que são, por si só, delitos autônomos que são unificados, pela lei penal, como se fossem crime único (art. 71 do CP).*”

*Por serem várias ações, cada uma delas se constitui em delito e a descoberta de uma dessas condutas possibilita o flagrante.”*<sup>50</sup>

### **CAPÍTULO III – DO AUTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE**

---

<sup>49</sup> CAPEZ, Fernando. Ob. Cit. p.233.

### **3.1. AUTORIDADE COMPETENTE PARA LAVRAR O AUTO**

**Efetuada a prisão em flagrante, o preso deve ser apresentado à autoridade competente, que via de regra é a autoridade policial da circunscrição onde foi efetuada a prisão. Podendo, também, ser efetuada pelo Juiz de Direito (artigo 307, parte final do código de Processo Penal). Porém não havendo autoridade no local onde foi efetuada a prisão em flagrante delito, o capturado será logo apresentado à do lugar mais próximo, disposto no artigo 308 do Código de Processo Penal.**

**A jurisprudência entende que não há nenhuma ilegalidade, quando o auto for lavrado em local diferente daquele em que ocorreu a prisão.**

**A autoridade competente para lavrar o auto de prisão em flagrante nas infrações penais previstas no Código Militar será o oficial militar, presidente do inquérito policial militar, designado para esta função.**

---

<sup>50</sup> PRADO, Amauri Reno do, BONILHA, José Carlos Mascari. Ob. Cit. p.197.

**Porém, se o crime for cometido nas dependências da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, o auto da prisão em flagrante será lavrado pela autoridade competente, da respectiva Mesa ou a autoridade parlamentar plenamente indicada de acordo com o que prescreve o regimento interno. Dispõe a Súmula 397 do STF: “*O poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização de inquérito.*”**

**Dispõe o artigo 33, b, da Lei n. 4771/65 (Código Florestal), que a prisão em flagrante, também poderá ser efetivada por agentes florestais.**

**Quando o fato for cometido na presença de autoridades ou quando se encontrarem no exercício de suas funções, estes poderão lavrar o auto de prisão em flagrante. Nesse caso, deverá constar do auto, a narração do fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo remetido imediatamente ao juiz competente, não podendo ser o mesmo juiz que presidiu o auto, ou seja, não poderá atuar na**

**ação penal que se seguir, o mesmo acontecendo se foi testemunha do fato.**

**Entende Vicente Grecco Filho: “*que somente a autoridade policial ou aquela legitimada para instaurar inquérito é a autoridade competente para lavrar o auto a que se refere o art. 307. Sendo a infração praticada na presença do juiz ou do membro do Ministério Público, a detenção será efetivada, mas o preso deverá ser apresentado à autoridade policial competente.*”<sup>51</sup>**

**No momento de lavrar o auto, a autoridade deve analisar se è caso, ou não de prisão em flagrante, uma vez que a prisão pode não se encontrar dentro das hipóteses legais, devendo, então, libertar o detido.**

**Portanto, lavrado o auto, deverá ser imediatamente encaminhado para autoridade judicial competente, que conforme for o caso, relaxará a prisão se esta for ilegal.**

### **3.2. PRAZO E FORMALIDADES PARA LAVRATURA**

---

<sup>51</sup> GRECCO FILHO, Vicente. Ob. Cit. p.271.

A fim de melhor compreendermos sobre este tópico da presente pesquisa, vale lembrarmos sobre o conceito de prazo. Prazo é a condição de tempo concedida para a prática de algum ato processual. Os prazos, no processo penal, podem ser de duas naturezas: legais – os que são fixados pela lei, ou judiciais – os que, segundo a lei, devem ser fixados pelo juiz.

A partir do momento em que se permite a prisão antecipada de alguém sob a acusação de haver praticado uma infração penal, nada mais legítimo do que se exigir o estrito cumprimento dos prazos fixados na lei para a realização das formalidades tendentes a apurar a procedência ou a improcedência do fato e amparar direitos subjetivos da pessoa humana.

Sabemos que a prisão que antecede a uma sentença penal condenatória é medida necessária de natureza cautelar, porém, para muitos, odiosa. Se ainda não foi reconhecida a responsabilidade do pretense culpado, justo, pois, que os atos processuais devam ser realizados com a maior celeridade a fim de se permitir que a liberdade individual seja restringida ao mínimo possível.

Heleno Cláudio Fragoso, estudando a questão dos critérios para a contagem dos prazos e fixação de seu excesso lavrou estas anotações: *‘não é possível considerar que o constrangimento ilegal surge apenas quando está excedido o total dos prazos, de modo que o excesso de uns possa ser compensado pela economia de outros. Assim voltou a decidir o Supremo Tribunal Federal, no HC 42.714, Rel. Min. Victor Nunes Leal, por unanimidade. Precedentes: RTJ, 33:191; 33:785. (RTJ, 35:585 ). Veja-se também RTJ, 39:368*

*e 544. Num caso de prisão em flagrante em que o paciente se achava preso há 65 dias, o STF concedeu ordem de habeas corpus reafirmando que os prazos se contam separadamente para a configuração do excesso, sendo este evidente quanto ao oferecimento da denúncia ( CPP, art. 46 ) ( RHC 47.926, RTJ, 58:388 ).”<sup>52</sup>*

**Estando o acusado preso em flagrante, os prazos são improrrogáveis e a sua superação injustificada; e, desde que para ela não tenha concorrido o próprio réu, por si ou por seu defensor, consubstanciar-se-á constrangimento ilegal. São estes, de acordo com o Código de Processo Penal, os principais prazos que devem ser obedecidos, categoricamente, tendo o acusado sido preso em flagrante. Vale ressaltarmos que, não se encontra previsto expressamente em lei o prazo em que deverá ser lavrado o auto de prisão em flagrante após a captura do autor da infração. Pelo dispositivo, tem-se a impressão de que isso deve ocorrer imediatamente após a apresentação do preso à autoridade. Todavia, diante do disposto no artigo 306, que prevê o prazo de 24 horas para que seja entregue ao preso a “nota de culpa”, tem-se**

---

<sup>52</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência Criminal*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, v. 2, p. 294-5, n. 213.

**concluído, corretamente, que esse é o prazo “máximo” de que dispõe a autoridade para formalizar a autuação.**

***Segundo Tourinho Filho: “Na verdade, a lei não diz, expressamente, deva o auto ser lavrado logo após a apresentação do conduzido. Limita-se a determinar seja entregue ao preso “nota de culpa” dentro de 24 horas, e, como a nota de culpa só poderá ser fornecida após a lavratura do auto, alega-se que este poderá ser lavrado até mesmo no dia seguinte ao da apresentação do preso, conquanto haja tempo a entrega da nota de culpa dentro das 24 horas que se seguirem à prisão (RT, 231/59; RF, 160/356, 199/439).”<sup>53</sup>***

Assim, pode ser ele lavrado, inclusive, no dia seguinte à apresentação, desde que não ultrapassadas às 24 horas da apresentação. Em princípio, é ilegal a lavratura do auto de prisão em flagrante vários dias depois da prisão; mas, tendo em contra a imensidão territorial de alguns Estados e mesmo de comarcas, da deficiência de comunicações etc., é possível que não se possa lavrar o auto nesse prazo. Comprovadas tais circunstâncias materiais, deve ser tida como lícita à autuação ainda que excedido o prazo de 24 horas.

---

<sup>53</sup>TOURINHO FILHO, Fernando. Ob. Cit. p.446.



O que não se justifica é a demora da lavratura sem a ocorrência de motivo plausível, evitando uma maior restrição ao direito de liberdade do cidadão, conforme o magnífico Vicente Grecco Filho.<sup>54</sup>

As formalidades do auto de prisão em flagrante deverão ser observadas minuciosamente, devendo ser respeitados os requisitos formais para a lavratura do auto, que está substituindo o mandado de prisão do juiz. Contudo, a inquirição exposta no artigo 304 do Código de Processo Penal deverá ser seguida a risca, ouvindo o condutor, em primeiro lugar, logo após, as testemunhas que o acompanharam e, por fim o indiciado. Não poderá haver inversão na ordem exposta na legislação pátria, podendo, se não observada, causar o relaxamento da prisão, apurando-se a responsabilidade da autoridade, se for o caso.

Presente essas pessoas mencionadas no exposto acima, será lavrado o auto de prisão em flagrante, tendo a autoridade policial o dever de comunicar seus direitos, dentre os quais o direito de permanecer calado, e o de informar à família do preso ou à pessoa por ele indicada, a respeito da prisão, assim dispõe o artigo 5º, LXIII, 2ª parte da Constituição Federal.

A jurisprudência entende, que a assistência do advogado constituído, no momento da lavratura do auto, supre a falta de comunicação de sua prisão à família.

---

<sup>54</sup> GRECCO FILHO, Vicente. Ob. Cit. p.269.

Vale ressaltar, que caso não haja testemunhas presenciais suficiente, exige-se, no mínimo duas testemunhas que tenham presenciado a apresentação do preso a autoridade policial. Convém lembrar, sobre as testemunhas, com Guilherme de Souza Nucci: *“utiliza a lei o termo no plural, dando indicações de que é preciso mais do que uma para que o flagrante seja formalizado no auto respectivo. Entretanto, atualmente, tem-se admitido que o condutor – tendo ele também acompanhado o fato – possa ser admitido no contexto de testemunha. Assim, é preciso haver, pelo menos, o condutor e mais uma testemunha.”*<sup>55</sup> Porém, as testemunhas instrumentais ou indireta, assim chamadas, só serviram para certificar que o preso foi apresentado pelo o condutor á autoridade. O condutor, assim denominado a autoridade ou o particular que efetuou a voz de prisão em flagrante ao sujeito ativo da infração penal, será primeiro a ser ouvido. Após, serão ouvidas as testemunhas, em seguida a autoridade interrogará o acusado sobre a imputação que lhe é feita (artigo 304 do Código de Processo Penal). Deve-se notar, que o interrogatório não é obrigatório, isto posto, que a Constituição Federal garante ao acusado, o direito de permanecer calado (artigo 5º, LXIII). Porém, se caso for, pelo menos a qualificação do acusado será realizada.

Normalmente, não é válido um auto de prisão em flagrante sem que seja ouvido o conduzido, mas de acordo com excepcionalidade do caso será válido,

---

<sup>55</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit. p.532.

devendo ser registrado no auto a circunstância que levou a autoridade a deixar de ouvir o conduzido.

Caso seja o interrogado menor de 21 anos, deverá ser nomeado um curador, que será pessoa maior de 21 anos, capaz e imparcial, ou seja, não vinculada aos quadros policiais, visto ser a autoridade policial a responsável pela lavratura do auto, nem a vítima, è o que expõe Guilherme da Souza Nucci.<sup>56</sup> Destarte, que a falta de nomeação de curador para o acusado menor de 21 anos, acarretará o relaxamento da prisão pelo juiz.

Vale lembrar, que terminada a inquirição do indiciado, o auto de prisão em flagrante será lavrado pela autoridade policial competente, devendo ser assinado pela autoridade, condutor, ofendido, testemunhas, pelo indiciado, se for o caso, pelo seu curador ou defensor.

Na hipótese de recusa, ou se não souber ou não puder fazer, as testemunhas ou o ofendido, à assinatura, a autoridade pedirá a alguém que assine o auto em seus lugares, depois de lido o depoimento na presença de seus depoentes.

Entretanto, se o acusado se negar, não souber ou não puder fazer, a assinatura, o auto será assinado por duas testemunhas instrumentárias, que tenham, assim, ouvido a leitura, na presença do acusado e das testemunhas.

Enfim, encerrado o auto de prisão em flagrante, poderá ocorrer o relaxamento da prisão pela autoridade policial, registrando a ocorrência e

abrindo inquérito, se das declarações prestadas, verificar-se não resultar fundada suspeita. Esse caso tem caráter excepcional, uma vez que o relaxamento da prisão é de competência do juiz.

Assim, nós lembramos Torinho Filho: *“Se quando a lavratura do auto, não resultar das respostas dadas pelo condutor, pelas testemunhas e pelo próprio conduzido, fundada suspeita contra este, a Autoridade não poderá mandar recolhê-lo à prisão. E, se não pode assim proceder, conclui-se que a Autoridade Policial deve relaxar a prisão, sem, contudo, descumprir o preceito constitucional inserto no art. 5º, LXII, a fim de que se apure possível responsabilidade da Autoridade coatora, isto è, da Autoridade que efetuou a detenção”*.<sup>57</sup>

### **3.2.1. NOTA DE CULPA.**

Dispõe do artigo 306 do Código de Processo Penal: *“Dentro de 24 (vinte quatro) horas depois da prisão, será dada ao preso nota de culpa assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, nome do condutor e os das testemunhas”*.

Portanto, após 24 horas da lavratura do auto, deverá a autoridade policial entregar a nota de culpa ao preso, que corresponde ao meio pelo qual o preso

---

<sup>56</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit. p.532.

toma conhecimento dos motivos da prisão, possibilitando sua ampla defesa, devendo ser assinada pela autoridade, contendo, também, o nome do condutor e o nome das testemunhas.

Segundo Guilherme de Souza Nucci: *“é possível que o delegado apresente ao indiciado a nota de culpa, omitindo o nome das testemunhas ou vítima, que se sintam ameaçadas, o que jamais será ocultado do defensor. A medida visa a dar maior responsabilidade à divulgação de tais dados, limitando o acesso de qualquer um a essas pessoas”*.<sup>58</sup>

A finalidade da nota de culpa conforme Fernando Capez: *“é comunicar ao preso, bem como a identidade de quem o prendeu (CF, art. 5º, LXIV), fornecendo-lhe um breve relato do fato criminoso de que é acusado”*.<sup>59</sup>

Reza o artigo 306, parágrafo único do Código de Processo Penal, que a nota de culpa deve ser extraída em duas vias, sendo a original entregue ao preso, devendo este passar recibo da cópia, que será anexada aos autos do inquérito. Se o preso não souber, não puder ou se recusar a assinar o recibo, haverá necessidade de o fato ser testemunhado por duas pessoas. Tratando-se de exigência legal.

É necessário, portanto, observar que o não cumprimento do prazo para a entrega da nota de culpa, bem como a falta de entrega, teria por consequência

---

<sup>57</sup> TOURINHO FILHO, Fernando. Ob. Cit. p.458.

<sup>58</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit. p. 535.

<sup>59</sup> CAPEZ, Fernando. Ob. Cit. p.237.

o relaxamento da prisão em flagrante. Podendo, configurar constrangimento ilegal.

A juntada do comprovante de entrega da nota de culpa, aos autos do inquérito, é estritamente necessário, uma vez, que serve de prova para demonstrar o perfeito cumprimento do prazo de 24 horas que dispõe o artigo 306 do Código de Processo Penal.

### **3.3. NULIDADES E IRREGULARIDADES NA AUTUAÇÃO EM FLAGRANTE.**

Dispõe o artigo 5º, LXII da Constituição Federal: “*A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente (...)*”.

Portanto, encerrada a lavratura do auto de prisão em flagrante, a prisão deve ser imediatamente comunicada ao juiz competente, através de cópia do auto respectivo, que, por sua vez, deve dar vista ao Ministério Público para que este, na qualidade de fiscal da lei, se manifeste sobre a regularidade formal do auto de prisão em flagrante e sobre a possibilidade de liberdade provisória, conforme lição de Fernando Capez.<sup>60</sup>

Caso ocorra ilegalidade na autuação em flagrante (não havia situação de flagrância, houve excesso de prazo para a lavratura, não foi nomeado curador ao

capturado menor de 21 anos etc. ) a prisão deve ser relaxada pelo juiz, pois trata-se de prisão ilegal ( art. 5º, LXV da CF ), sem prejuízo do desenvolvimento das investigações e do inquérito policial e futura propositura de ação penal.

É de se notar, que a lavratura do auto de prisão em flagrante atende algumas formalidades legais, que deverão ser obedecidas, uma vez que tais formalidades abrigam as garantias dos cidadãos, sob pena de tornar-se inválido o auto.

Conforme cita Julio Fabbrini Mirabete: *‘A prisão ilegal diminui o valor probatório dos atos praticados no inquérito policial, mas não o anula e muito menos a ação penal que dele redundar. Também pequenos vícios formais, como a ausência de alguma assinatura, da grafia errônea do nome do preso não excluem a prisão, nem viciam o inquérito. Nulo o auto de prisão em flagrante por vício real, nada impede que, presentes os requisitos, a autoridade judiciária, ao anulá-lo, decrete a prisão preventiva se presentes seus pressupostos’*<sup>61</sup>.

Ou seja, o juiz ao perceber que as formalidades não foram obedecidas, entretanto, que a prisão é ilegal, poderá relaxar a prisão e decretar prisão preventiva, conforme for o caso, observando a natureza do crime e outras circunstâncias.

### **3.4. FUGA DO ACUSADO DEPOIS DA LAVRATURA DO AUTO**

---

<sup>60</sup> CAPEZ, Fernando. Ob. Cit. p.236.

Através da presente pesquisa, pudemos constatar que se por acaso o acusado fugir depois de haver sido preso, mas antes de haver ocorrido a lavratura do auto, não se tem como consumado o flagrante, e a formalização deste, dias após, quando da apresentação voluntária daquele à polícia, também constitui constrangimento ilegal, sanável por meio do remédio heróico.

Segundo Tales Castelo Branco: *‘A lei não permite o uso indiscriminado da força para realizar ou assegurar a prisão em flagrante. Só autoriza a utilização da força indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso. E muito racional que não tenha sido proibido de maneira absoluta o uso da força para a concretização da prisão em flagrante, que pode ser efetivada por qualquer pessoa do povo. A lei, entretanto, ao permitir o seu uso, limitou-o a duas hipóteses, apenas: a ) ao caso de resistência; b ) à hipótese de tentativa de fuga’*<sup>62</sup>.

Reza o art. 329 do CP que constitui resistência: ‘Opor-se-á execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio’.

Vale lembrarmos que, a pena é de dois meses a dois anos de detenção se o ato se executa, e de um a três anos de reclusão, quando, em razão da resistência, não possa realizar-se. ( § 1º ). Estas penas são aplicáveis sem prejuízo daquelas correspondentes à prática resultante de eventuais violências ( § 2º ). E o delito de

---

<sup>61</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Ob. Cit. p. 398.



desobediência – única modalidade típica em que se poderia enquadrar a fuga ou a tentativa de fuga, sem violência ou ameaça – vem enunciado pelo art. 330, que exige para a sua integração a desobediência a ordem legal de funcionário público ( pena: detenção de quinze dias a seis meses ).

A tentativa de fuga antes da captura é aquela que se dá antes de o acusado ser alcançado, antes de ser seguro, antes de receber a “voz de prisão”, ainda na perseguição da flagrância. Já a tentativa de fuga depois da captura é, conseqüentemente, aquela que ocorre depois de o acusado haver sido alcançado e haver recebido “voz de prisão”. Nestas duas situações não comportam a utilização de força acima da indispensável para sobrestar a tentativa de fuga.

Vale lembrarmos que nenhum texto legal, permite que a fuga ou a tentativa de fuga, sem o emprego de violência ou ameaça, seja rebatida com o uso de armas ofensivas. Não sendo admissível tolerar, por exemplo, que um caso de resistência pacífica, ou de tentativa de fuga, também desvestida de violência ou ameaça, seja respondido com o emprego de armas. É importante notar que, em se tratando de acusado preso em flagrante, que se conseguiu fugir antes da lavratura do respectivo auto, a sua recaptura não será mais legal, pois a flagrância se exauriu. Sendo diversa a situação daquele acusado contra o qual já houver sido lavrado o flagrante, dado que a prisão provisória já está formalizada e a sua fuga não tem poderes derogativos.

---

<sup>62</sup> BRANCO, Tales Castelo. Ob. Cit., p. 85.

## **CAPÍTULO IV - LIBERDADE PROVISÓRIA**

### **4.1 LIBERDADE PROVISÓRIA NA PRISÃO EM FLAGRANTE**

Dispõe o artigo 310 do Código de Processo Penal: *“Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19 I, II, III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.*

*Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts 311 e 312).”*

No artigo citado, deve-se notar que houve uma alteração legislativa, uma vez que as excludentes de ilicitudes se encontram atualmente no artigo 23, I, II, III do Código Penal.

Desta feita, o réu ou indiciado ao receber o benefício da liberdade provisória, que dispõe o artigo 310 do CPP, deverá se comprometer, assinando um termo, a comparecer a todos os atos processuais, sob pena de sua liberdade ser revogada, retornando, assim, a força prisional do flagrante.

Vale ressaltar, conforme o caso, o Juiz poderá permitir o não comparecimento do réu à instrução, é o que ocorre, por exemplo, na audiência em que se ouve as testemunhas de antecedentes, neste caso o juiz poderá deixar de revogar o benefício, em face da desnecessidade da presença do acusado.

Lavrado o auto de prisão em flagrante pela autoridade policial competente, cabe ao juiz, deliberar sobre a liberdade provisória, que é um direito do indiciado, pois a Constituição Federal prevê em sua artigo 5º, inciso LXVI que estipula: *“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”*. Porém, para que a liberdade provisória seja concedida é necessário que os requisitos legais estejam preenchidos. Portanto, quando incidirem as excludentes de ilicitudes, deve o juiz, permitir que o réu aguarde o seu julgamento em liberdade.

Conforme cita Guilherme de Souza Nucci: “*Falta, nesse caso, para a sustentação da medida cautelar, o fumus boni iuris.*”<sup>63</sup>

Contudo, além do juiz conceder liberdade provisória em virtude das excludentes de ilicitude, há outra hipótese, é o que ocorre quando o juiz constatar que não existem requisitos legais para a decretação da prisão preventiva, estes requisitos são encontrados no artigo 312 do código de Processo Penal, neste caso, nota-se, a falta do *periculum in mora*.

A respeito do assunto lembra Guilherme de Souza Nucci: “*A medida cautelar, que foi a lavratura do flagrante, não mais se justifica, uma vez que seu contraponto, que é a preventiva, jamais poderia ser decretada.*”<sup>64</sup>

Ainda por Nucci: “*(...) pessoa que praticou o crime sob o manto de alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade (exceto o inimputabilidade, que pode demandar a necessidade da prisão), bem como aquela que não merece ser mantida encarcerada, pois a prisão preventiva não lhe cabe, deve haver a concessão de liberdade provisória sem fiança. Vale, pois, para qualquer tipo de delito, ainda quando a lei mencione não ser afiançável, como é o caso do roubo.*”<sup>65</sup>

Destarte, que em algumas hipóteses a lei não autoriza a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança, são os casos dos crimes hediondos e equiparados (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo); crime

---

<sup>63</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit. p.538.

<sup>64</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit. p.538.

<sup>65</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit. p.538.

organizado, quando os agentes tiverem tido intensa e efetiva participação na organização e no crime de lavagem de dinheiro.

Entretanto, há uma situação especial de vedação da liberdade provisória, sem fiança, prevista no artigo 325, parágrafo 2º, que dispõe: “*nos casos de prisão em flagrante pelo prática de crime contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal, não se aplica o disposto no art. 310 e parágrafo único deste Código, devendo ser observado os seguintes procedimentos: I - a liberdade provisória somente poderá ser concedida mediante fiança, por decisão do juiz competente e após a lavratura do auto de prisão em flagrante; II – o valor da fiança será fixado pelo juiz que conceder, nos limites de dez a cem mil vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional – BTN, da data da prática do crime; III – se assim o recomendar a situação econômica do réu, o limite mínimo ou Máximo do valor da fiança poderá ser reduzido em até nove décimos ou aumentado até o décuplo.*” Portanto, não se proíbe a liberdade provisória, mas determina-se que ela seja concedida sempre com a prestação da fiança.

Enfim, poderá ocorrer que o réu se livre solto, quando se tratar de infração de menor importância. São os casos mencionados no artigo 321 do Código de Processo Penal: I-quando a infração praticada não é, de qualquer maneira, apenada com pena privativa de liberdade; II-quando a pena máxima da infração cometida não ultrapasse três meses. Contudo, lembra-se que o indiciado não poderá ser vadio ou reincidente em crime doloso, pois nesses casos, este, não se livrará solto.

## 4.2. Jurisprudência

‘Prisão em Flagrante – Modalidades: - Dentre as três modalidades de flagrante, existe aquele derivado da prisão do acusado quando no arder do crime, denominado real, que é circundado por outras duas, quase-flagrante, obrigado na perseguição do infrator, e o presumido, quando alguém é detido após o delito, em situação que faça presumir ser o autor da infração, vale dizer, da posse da ‘instrumenta sceleris’ ou ‘producta sceleris’’. RJDTACRIM Volume 21 janeiro/março/1994, página 345, Relator: San Juan França.

‘Prisão em Flagrante – Conceito de ‘logo depois’ – Entendimento – Em se tratando de prisão em flagrante, o ‘logo depois’ previsto no art. 302, IV, do CPP, pressupõe a comprovação da materialidade e autoria do fato.’ RJDTACRIM Volume 17 Janeiro/Março/1993, página 212, Relator: Walter Theodósio.

‘Prisão em Flagrante – Pessoa encontrada com o objeto furtado 12 horas após o evento – Possibilidade – Inocorrência: - Sendo a pessoa encontrada com o objeto subtraído 12 horas após o momento que se relata perpetrado o crime, inexistente circunstância que permita seja efetuada a prisão em flagrante com fulcro no disposto no art. 302, IV, do CPP, pois ultrapassa o limite razoável da

interpretação da expressão ‘logo depois’”. RJDTACRIM Volume 16 Outubro/Dezembro/1992, página: 188 – Relator: Walter Swensson.

‘Prisão em Flagrante – Hipótese de quase-flagrante – Inteligência: art. 302, III do Código de Processo Penal, art. 302, IV do Código de Processo Penal – O quase-flagrante ocorre quando a pessoa é encontrada logo depois com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser o autor da infração. A pessoa é, pois encontrada: já agora não há perseguição, mas encontro. Embora as expressões dos incisos III e IV do art. 302, sejam sinônimas, a situação de fato permite um elastério maior ao Juiz na apreciação do último, pois não mais se trata de fuga e perseguição, mas de crime e encontro, sendo a conexão temporal daquelas muito mais estreita ou íntima’”. RJDTACRIM Volume 12 Outubro/Dezembro/1991, página: 185, Relator: Eduardo Goulart.

## CONCLUSÃO.

Portanto, conclui-se, que a prisão em flagrante é uma medida cautelar de natureza estritamente processual, que tem como finalidade a preservação das situações de periculosidade que venham estorvar a prova e afetar a ordem pública, sendo assim, visa assegurar o bom andamento da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena.

Desta feita, tem-se que a prisão em flagrante justifica-se na própria Constituição Federal de 1988, como mecanismo de defesa da ordem jurídica, resguardando o interesse coletivo da sociedade na preservação da lei e da ordem, em detrimento do indivíduo que cometeu a infração penal.

Porém, observa-se que a lavratura do auto da prisão em flagrante atende algumas formalidades legais, que deverão ser obedecidas, uma vez que tais formalidades abrigam as garantias dos cidadãos, sob pena de tornar-se inválido o auto. Entretanto, o Juiz ao notar que tais formalidades não foram atendidas, ou seja, que a prisão em flagrante delito é ilegal, deverá relaxar a prisão, e se for o caso, decretar a prisão preventiva.

Enfim, se o juiz verificar a presença dos requisitos que autorizem a liberdade provisória do réu, ou seja, as excludentes de ilicitude ou não existirem as hipóteses que autorizem a prisão preventiva, deverá concebê-la, pois se trata de garantia constitucional conferida ao réu.



## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *O Processo Criminal Brasileiro*. 4<sup>a</sup>

ed. Rio Janeiro: Freitas Bastos, 1998, v. 1.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São

Paulo: Saraiva, 1989, v.2.

**BRANCO, Tales Castelo. *Da Prisão em Flagrante*. São Paulo:**

**Saraiva,**

**1980.**

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro*

*Anotado*. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1999, v.3.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência Criminal*. Rio de

Janeiro: Borsoi, 1973, v.3.

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. *A Prisão Provisória no CPPM*.

Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRECCO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JESUS, Damásio de. *Código de Processo Penal Anotado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LEANO, Marcelo Luiz. *Prisão em Flagrante*. 2ª ed. São Paulo: Lan Book Editora, 2001.

LYRA, Roberto. *Processo e Execuções Penais*. In *Novo Direito Penal*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v.3.

MAGALHÃES, Raphael. *Arquivo Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1927.

MALTA, Tostes. *Do Flagrante Delito*. Rio de Janeiro: Ed. Da Revista “A Época”, 1930.

MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NAVEGA, Elisabete Joly. *Manual Prático de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da Monografia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Juarez de. *Código de Processo Penal*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

PESSOA, Paula. *Código de Processo Criminal de Primeira Instância*. São Paulo: Freitas Barros, 1802, nota 942.

PRADO, Amauri Reno do, José Carlos Mascari. *Manual de Processo Penal*. Saraiva: J. de Oliveira, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 20<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v.3.

TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1997, T. II.

VERGARA, Pedro. *Das Penas Principais e sua Aplicação*. Rio de Janeiro Imprensa Nacional, 1948.

