



Faculdade de Jussara– FAJ
Curso de Direito

CLEIB BUENO DE MORAES

PRISÃO EM FLAGRANTE

Jussara
2013



Faculdade de Jussara- FAJ
Curso de Direito

CLEIB BUENO DE MOARES

PRISÃO EM FLAGRANTE

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Pedro Alair dos Santos.

Jussara
2013

CLEIB BUENO DE MORAES

PRISÃO EM FLAGRANTE

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

O(a) candidato (a) foi considerado(a) _____
Pela banca examinadora.

Pedro Alair dos Santos
Orientador

Gilsiane Alves Dias
Membro da banca

Gisley Alves de Faria
Membro da banca

São muitos os responsáveis por essa vitória, sei ainda que nada faria sentido sem ter vocês para dividir.

Dedico este trabalho à meus pais, Eva e Iron, meus filhos Diana Berenice, Isadora, Jose Felipe, Taynnara e Vitor. Meus sobrinhos, Ana Julia, Heloisa, João Pedro, Mateus e Pedro Humberto, a Simone e Chris minhas irmãs, as responsáveis por hoje eu estar aqui, elas foram minha fonte de motivação.

Aguimar e Rogério meus cunhados que sempre me apoiaram.

Ao Crizim, Fernanda e Plesley, irmãos que a vida me presenteou.

Aos amigos e meus colegas de trabalho que sempre acreditaram e me apoiaram nesse desafio.

Aos meus professores que contribuíram para minha formação.

E ao meu padrinho Iel Moraes que É meu espelho de vida.

GRADECIMENTOS

Agradeço à Deus por ter abençoado meu caminho até agora, me proporcionando força e sabedoria.

À FAJ e todos os funcionários, professores e coordenadores do curso de direito, que me deram essa oportunidade de graduar em direito.

Aos meus colegas de sala por me apoiarem sempre nas horas difíceis. Agradeço meu professor Pedro Alair dos Santos, com ele aprendi o que é o curso de direito.

À Analice de Jesus e Vanda Perpetuo dos Santos, a quem tenho uma enorme gratidão, pois me motivou a entrar na faculdade.

Agradeço do fundo do meu coração meus pais e toda minha família e amigos, a família Arizona que sempre estiveram ao meu lado.

Agradeço a todos que torceram e acreditaram em mim.

A dona Rosa pessoa simples, mas com um enorme coração.

Agradeço em especial um grande irmão Jose Eustáquio de Meneses, e Gisele Alves, pessoas as quais foram o ponto decisivo para que hoje nós concluíssemos este sonho.

“Não são as espécies mais fortes que sobrevivem nem as mais inteligentes, e sim as mais suscetíveis a mudanças”.

(Charles Darwin)

RESUMO

A presente obra destina-se de forma simples e educativa a abordagem da nova sistemática da prisão cautelar em flagrante, em vigor pela Lei nº. 12.403/2011, onde prevê que o juiz deverá fundamentadamente, ao receber os autos de Inquérito Policial, relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva, conceder liberdade provisória com ou sem fiança. Será apresentado conceitos, naturezas jurídicas, aplicação processual da nova lei em detrimento das análises doutrinárias realizadas ao longo de todo o período de estudo. Visa aprimorar os conhecimentos técnicos e práticos para aqueles que desejam militar na área processual penal. Na busca por elementos capazes de esclarecer o assunto tratado, foi necessário conhecer os conceitos de prisão, segregação do sujeito ativo do delito, constrição do direito de ir e vir, supressão de outros direitos, bem como o porque da existência da prisão em flagrante em nosso ordenamento jurídico brasileiro. Tudo isso somado conduzirá ao estudioso do direito a um caminho mais célere ao rumo do conhecimento empírico aplicado no dia a dia.

Palavras-chave: Prisão. Cautelar. Flagrante.

ABSTRACT

Este trabajo pretende enfoque simple y educativo para el nuevo sistema de medida cautelar la prisión en el acto , en vigor por la Ley n . 12.403/2011 , que establece que el juez por motivos razonables , para recibir notificaciones de la investigación policial, relajarse detención ilegal, convertir en detención preventiva en flagrante , conceder la libertad bajo fianza con o sin garantía. Se presentarán conceptos , siendo legal , la aplicación del procedimiento de la nueva ley en detrimento de la doctrina análisis realizados durante todo el período de estudio. Tiene como objetivo mejorar el conocimiento técnico y práctico para aquellos que deseen militar en el área del procedimiento penal . En la búsqueda de elementos que puedan aclarar el tema , era necesario conocer los conceptos de la prisión de la segregación sujeto activo del delito, la constricción del derecho de ir y venir , la supresión de otros derechos , así como por la existencia de la detención en flagrancia en nuestro sistema jurídico brasileño . Todo esto sumado a que el estudiante de la guardia de derecha a un camino más rápido a la dirección del conocimiento empírico aplicado en la vida cotidiana.

Palabras clave: cárcel. Socorro. Flagrante .

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1:	13
Da Prisão.....	13
1.1. Considerações Gerais	13
1.2. Prisão Para Execução da Pena.....	13
1.3. Prisão Preventiva para fins de Extradicação	14
1.4. Prisão Civil	14
1.5. Prisão Cautelar ou Prisão Processual	15
1.5.1. Prisão Temporária.....	15
1.5.2. Prisão Preventiva	16
CAPÍTULO 2	17
Medidas Cautelares no Processo Penal	17
2.1. Noções Gerais	17
2.2. Características das Medidas Cautelares	18
2.2.1. Caráter Instrumental.....	18
2.2.2. Acessoriedade.....	18
2.2.3. Provisória	18
2.2.4. Sumariedade	18
2.2.5. Homogeneidade	18
2.2.6. Variabilidade.....	19
2.3. Gradação das Medidas Cautelares Conforme a Lei nº. 12.403/2011	19
2.4. Das Prisões Cautelares	21
2.4.1. Prisão em Flagrante	21
2.4.2. Prisão Preventiva.....	21
2.4.3. Prisão Temporária	22
2.4.4. Prisão Domiciliar	22
CAPÍTULO 3.....	23
Prisão em Flagrante	23
3.1. Conceito da Prisão em Flagrante	23

3.2. Natureza Jurídica da Prisão em Flagrante	23
3.3. Evolução Histórica da Prisão em Flagrante na Legislação Brasileira	25
3.4. Finalidade da Prisão em Flagrante e seus Momentos	27
3.5. Espécies de Flagrante	28
3.5.1. Flagrante Facultativo	29
3.5.2. Flagrante Obrigatório	29
3.6. Infrações Penais que não Admitem Prisão em Flagrante ..	29
3.6.1. Flagrante e Crimes de Menor Potencial Ofensivo	30
3.7. Estado de Flagrância <i>Fumus Comissi Delicti</i>	31
3.7.1. Flagrante Próprio	32
3.7.2. Flagrante Impróprio ou Quase-Flagrante	32
3.7.3. Flagrante Presumido ou Ficto	33
CAPÍTULO 4	34
Prisão em Flagrante e a Lei nº. 12.403/2011	34
4.1. Fundamento Constitucional da Prisão em Flagrante	34
4.2. Caráter Subsidiário da Prisão Cautelar	35
4.3. Da Prisão em Flagrante Pós Lei nº. 12.403/2011	36
4.4. Natureza Jurídica da Prisão em Flagrante Pós Lei nº. 12.402/2011	37
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

INTRODUÇÃO

Ao longo deste trabalho verificaremos especificamente que a prisão em flagrante com sua nova terminologia adotada pela Lei nº. 12.403/2011. Mas antes do flagrante é necessário conhecer o sentido da segregação da liberdade individual das pessoas.

A prisão surgiu como resposta ao anseio popular em detrimento aos vários delitos que surgiram depois que o Estado tomou para si o poder de punir os infratores da norma penal.

Vista como sendo uma das penas mais cruéis existentes hodiernamente, pois priva o indivíduo do convívio social e familiar por um período de tempo fixado em sentença condenatória penal. Contudo, há uma exceção à regra, qual seja a prisão cautelar, que é aquela desprovida de sentença penal condenatória.

Com o objeto de satisfazer os anseios de justiça dos cidadãos, bem como tendente a diminuir as pretensões por fazerem justiça com as próprias mãos, para manter a paz social, e com fulcro a efetivar as políticas públicas com o poder de polícia sendo exercido pelas autoridades policiais, sejam elas civis ou militares, tendente a coibir práticas delituosas, o Estado –Juiz representa a mais pura ordem democrática já vista, pois ao decidir quanto a manutenção da prisão do sujeito ativo do delito, ele analisará de forma cautelosa quanto a necessidade ou não da manutenção do sujeito no cárcere.

Por conseguinte a prisão é a privação da liberdade da pessoa, no sentido de poder ir e vir, sem autorização judicial. Essa privação de locomoção deverá partir da autoridade judicial. Contudo, há casos excepcionais em que pode-se admitir a prisão sem essa autorização do juiz, qual seja, a prisão em flagrante delito.

Sabemos que a nossa Constituição prevê que haverá constrição da liberdade de locomoção quando envolver o crime militar, em período de exceção (Estado de Sítio), a recaptura do réu preso e foragido, bem como por

ordem escrita e fundamentada do Juiz competente, e a última espécie que é a em flagrante delito.

Nossa legislação prevê duas espécies de prisão, sendo elas: a prisão-pena ou prisão penal e a prisão sem pena ou prisão cautelar.

No transcorrer desta obra ateremos somente a prisão cautelar, na modalidade prisão em flagrante, em razão da recente mudança elencada pela lei citada a pouco, pois deu nova discricionariedade para o magistrado quando da análise do auto de prisão em flagrante. Sendo certo que o juiz poderá, em seu juízo de discricionariedade, relaxar a prisão ilegal, convertê-la em preventiva, conceder a liberdade provisória.

Para muitos a nova lei trouxe uma faculdade ao juiz, pois, segregar todo aquele que foi pego em flagrante no cárcere, que muitas vezes não correspondem ao primado da lei, pois não socializa, nem capacita o preso, seja ele provisório, ou não, a voltar ao convívio social.

Assim, quanto menos tempo passar no cárcere este indivíduo poderá repensar sua situação judicial, e não mais voltar a delinquir, é uma saída encontrada pela lei processual.

Por seu turno, a nova lei acertou em cheio, no sentido que, todos nós sabemos que o Estado não consegue dar o mínimo de subsídio aos que se encontram nas penitenciárias brasileiras.

A prisão em flagrante hoje é uma prisão pré-cautelar, devendo estar presente os pressupostos de *fumus boni jurs* e *periculum in mora*, no sentido de que devem estar presentes no ato da prisão, para que haja motivos para a permanência da segregação do indivíduo que cometeu a infração penal.

CAPÍTULO 1

Da Prisão

1.1. Considerações Gerais

A palavra prisão possui diversos sentidos, todos relacionados com a restrição da liberdade pessoal do indivíduo. Pode significar o local ou estabelecimento em que a pessoa é mantida presa, o próprio ato de captura do sujeito ativo do delito ou a custódia ou a detenção do meliante.

Antes da reforma do Código de Processo Penal Brasileiro, realizada em 2008, classificava a prisão em duas espécies: prisão pena, também chamada de provisória e cautelar em sentido amplo, incluindo a prisão em flagrante e a preventiva, a prisão decorrente de pronuncia, a prisão decorrente de sentença condenatória não transitada em julgada e a prisão temporária.

No sistema Processual Penal Brasileiro, podemos destacar as seguintes modalidades de prisão: Prisão para execução da pena; Prisão preventiva para fins de extradição; Prisão civil e Prisão processual ou cautelar.

Ao longo deste trabalho será realizada uma breve abordagem sobre estas modalidades de prisão para então aprofundarmos no estudo da prisão em flagrante objetivo deste trabalho.

1.2. Prisão para Execução da Pena

Quando o infrator da norma penal *delinqüe*, isto é, comete uma conduta omissa e/ou comissiva, surge para o Estado o *jus puniend*, sendo ele titular exclusivo da jurisdição penal, onde toma para si o direito de punir os transgressores da lei. Assim, o Estado após um longo Processo Penal, entrega a prestação jurisdicional em forma de sentença, seja ela condenatória ou absolutória.

Havendo sentença condenatória, e quando há necessidade de impor uma pena restritiva de liberdade ao indivíduo, surge o que se chama de prisão para execução da pena.

1.3. Prisão Preventiva Para Fins de Extradicação

A prisão preventiva para fins de extradição surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com o fim de garantir a soberania dos Estados Membros, por força de tratado internacional, do qual o Brasil é signatário.

Assim, uma vez sendo signatário internacional, o Brasil ao exercer sua soberania em detrimento de todas as pessoas que aqui se encontram, sejam residentes ou transeuntes, é obrigado a entregar ao Estado estrangeiro, o sujeito ativo do crime, que aqui veio buscar asilo político, temendo uma reprimenda de seu país de origem.

Após o cumprimento das formalidades legais, estando em custódia do Estado Brasileiro, o chefe de governo é obrigado a entregar o indivíduo ao país que solicita a sua extradição. Assim, mantê-lo preso, é uma forma de garantir o cumprimento da norma internacional.

1.4. Prisão Civil

No Brasil havia dois tipos de prisão civil permitida no ordenamento civil. Depois de muito se discutir quanto à necessidade de impor ao cárcere o indivíduo mal pagador, nosso país se viu forçado a aderir às normas do Pacto de São José da Costa Rica, que veda expressamente a prisão civil do depositário infiel.

Assim, hoje a única prisão civil aceita no Brasil é a prisão civil daquele que não paga pensão alimentícia.

Há de se convir que é uma exceção à regra, visto que a única forma de compelir o inadimplente a solver seu débito junto ao alimentando é restringindo sua liberdade pelo período de três meses.

Assim agindo, o Brasil conseguiu coibir práticas nocivas ao desenvolvimento da prole, visto que era comum apenas um dos pais arcar sozinho com as despesas de criação e educação de seus filhos. Um fator injusto, tendo a lei criada à coerção física do devedor como forma de garantir os direitos básicos do menor alimentando.

1.5. Prisão Cautelar ou Prisão Processual

A prisão processual que pode ser decretada para garantir a ordem pública, a ordem econômica, por necessidade da instrução criminal e para a segurança da aplicação da pena.

Quando o legislador estabeleceu as medidas cautelares no processo penal, o fez para proteção de bens jurídicos relevantes, tanto para o processo quanto para sociedade. Como o tempo é inerente ao processo e, mais especificamente ao procedimento, é possível que possa vir a ter mudanças fáticas que venham a comprometer o resultado final do processo.

Este risco pode ser trazido, sobretudo pela liberdade do acusado, como destruindo fontes de provas, ameaçando testemunhas, fugindo ou até mesmo continuando a praticar crimes. Com isso poderá comprometer interesses relevantes no processo.

Ocorrendo o delito, durante a investigação criminal ou instrução processual, o infrator poderá ter decretada como medida cautelar a sua prisão. São exemplos de prisão cautelar: Prisão temporária, prisão preventiva e prisão em flagrante.

A prisão em flagrante é o objeto de estudo deste trabalho e será estudada em capítulo próprio.

Não há como negar que a prisão cautelar é uma espécie de prisão sem pena. Uma vez inserida no ordenamento jurídico, sob o manto do *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti* dessa espécie de prisão processual.

1.5.1. Prisão temporária

A prisão temporária é uma modalidade de prisão processual, pois, é utilizada durante uma investigação criminal e geralmente é decretada pela autoridade judicial (Estado–Juiz), após requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial.

Visa garantir o empreendimento da diligência e das investigações, tendente a coibir manobras do investigado no sentido de suprimir

provas que lhe sejam desfavoráveis. Havendo indícios suficientes de suspeita de atos criminosos, haverá a necessidade de sua decretação.

A prisão temporária é regida pela Lei nº. 7.960/89.

1.5.2. Prisão Preventiva

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão processual e uma das mais conhecidas e debatidas no ordenamento jurídico em razão de sua importância legal no mundo jurídico.

Para a decretação da prisão preventiva necessário se faz o preenchimento de certos requisitos. Requisitos esses elencados na norma processual penal, quais sejam: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Elementos esses elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver indício suficiente de autoria.

Havendo a existência desses requisitos, que não necessitam ser cumulativos, o juiz poderá decretar a prisão preventiva durante as investigações criminais ou no decorrer da ação penal.

No próximo capítulo trataremos com maior destaque o tema, quando estaremos comentando sobre medidas cautelares.

CAPÍTULO 2

Medidas Cautelares no Processo Penal

2.1. Noções Gerais

Quando o legislador estabeleceu as medidas cautelares no processo penal, o fez para proteção de bens jurídicos relevantes, tanto para o processo quanto para sociedade.

Como o tempo é inerente ao processo e, mais especificamente ao procedimento, é possível que possa vir a ter mudanças fáticas que venham a comprometer o resultado final do processo.

Este risco pode ser trazido, sobretudo pela liberdade do acusado, como destruindo fontes de provas, ameaçando testemunhas, fugindo ou até mesmo continuando a praticar crimes. Com isso poderá comprometer interesses relevantes no processo.

Neste sentido:

Justamente consciente desse risco é que o legislador processual estabelece medidas que sejam aptas a evitar que o processo, quando chegue ao seu fim, seja inútil. Busca-se por meio das medidas e procedimentos cautelares, assegurar o resultado útil de um processo de conhecimento e de execução. (MENDONÇA, 2011, p. 23)

Não ha como negar que a prisão cautelar é uma espécie de prisão sem pena. Uma vez inserida no ordenamento jurídico, sob o manto do *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti* dessa espécie de prisão processual.

Fumus comissu delicti é que basta apenas a suspeita de autoria ou participação do réu no fato criminoso ou contravenção penal. Tratando-se de limitação à liberdade e da locomoção do réu antes de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Mendonça (2011, p. 25) diz que, no entanto, “haverá sempre a busca de compatibilização de dois interesses contraditórios: o da necessidade da prisão e o da liberdade”.

2.2. Característica das Medidas Cautelares

Segundo a doutrina de Processo Penal majoritária, existem algumas características que são inerentes às medidas cautelares e estarão presentes em sua decretação. São elas:

2.2.1. Caráter Instrumental:

As medidas cautelares visam tutelar outros bens jurídicos e assegurar o cumprimento das medidas definitivas.

2.2.2 Acessoriedade:

A medida cautelar depende de um processo principal, não possuindo vida autônoma em relação a este. O destino destas medidas cautelares está umbilicalmente ligado ao do processo que visa tutelar.

2.2.3. Provisória:

As medidas cautelares possuem vigência limitada no tempo, durando um período determinado ou, no máximo, até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Como no final do processo ou serão convertidas em medidas definitivas, em caso de condenação, ou serão revogadas, em caso de absolvição.

2.2.4. Sumariedade:

Significa que a cognição nas medidas cautelares, em relação a profundidade, não é exauriente, mas sumaria;

2.2.5. Homogeneidade:

Significa que a medida cautelar não pode ser mais gravosa que o provimento final a ser aplicado. Em outras palavras, em um processo penal condenatório, não pode ser a medida cautelar mais grave que a pena a ser aplicada em perspectiva, devendo existir homogeneidade – ou seja, certa correspondência, em termos de gravidade e intensidade – entre as medidas cautelares e o provimento final.

2.2.6. Variabilidade:

A medida cautelar pode ser alterada e, inclusive, levantada, caso seja modificada a situação de fato que deu causa à sua adoção.

Neste sentido:

Referida característica das medidas cautelares é uma verdadeira concretização do princípio da proporcionalidade, especialmente do princípio da adequação e da necessidade. Justamente por isso, podem ser alteradas, revogadas e novamente decretadas ao longo do procedimento, nos termos do art. 282, § 5º. (ANDREI BORGES DE MENDONÇA. *Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais*. p. 27 a 29).

2.3. Gradação das Medidas Cautelares Conforme a Lei nº. 12.403/2011

Publicada em 05 de maio de 2011 e com vigência a partir de 04 de julho do mesmo ano, a Lei nº.12.403 alterou substancialmente a disciplina relativa à prisão e a liberdade provisória, antes estabelecida no livro I, Título IX, do Código de Processo Penal. Buscaremos apresentar uma singela explanação sobre o assunto, bem como sobre suas novas sistemáticas que obrigam os magistrados a atuarem de forma bem diferente da que estavam acostumados.

Na disciplina do Código de Processo Penal de 1941, existiam somente duas condições que poderia o juiz, submeter o agente durante a investigação criminal e no decorrer do processo penal. Prender ou liberá-lo.

Posteriormente com as reformas introduzidas pela Lei nº. 12.403/2011, este sistema foi abandonado, dando lugar a outro, polimorfo, com mais opções aos juízes, que se caracteriza pela multicautelar, na medida em que

submete o imputado a um terceiro *status*, que não se aplica prisão e, ao mesmo tempo, também não se importa a liberdade total.

Busca-se a sua sujeição às medidas cautelares diversas da prisão, que esta listada no novo texto dos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal.

Redação dos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal dada pela Lei 12.403/2011:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I – Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II – Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indicado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III – Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstância relacionada ao fato, deva o indiciado ou acusado de permanecer distante;
- IV – Proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação;
- V – Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI – Suspensão do exercício de função pública ou de atividades de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII – Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e havendo risco de reiteração;
- VIII – Fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- XI – Monitoração eletrônica.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades encarregada de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Em síntese, podemos deduzir que, com a reforma processual ditada pela Lei nº. 12.403/2011, o indivíduo submetido a uma investigação criminal ou que responde a um processo judicial poderá estar sujeito a três tratamentos distintos: as medidas cautelares diversas da prisão (arts. 319 e 320), prisão provisória ou aguardar em liberdade o desiderato da demanda criminal.

O próprio Título IX do Código Processual Penal teve seu nome alterado, não irá mais disciplinar apenas a prisão e a liberdade provisória como

antes. Agora são disciplinadas da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória.

A partir da Lei nº. 12.403/2011, a prisão processual passa a ser verdadeiramente excepcional e subsidiária relegada para situações extremas.

Neste sentido:

Realmente, a prisão cautelar traz malefícios individuais, especialmente graves quando estamos tratando de alguém ainda não definitivamente condenado inocente. Porém, representa um mal necessário. Nesta senda, consciente do risco de privação de liberdade de alguém ainda não definitivamente condenado, busca-se reduzir os casos de prisão antes do trânsito em julgado, substituindo-a por medidas menos gravosas para a liberdade e de igual modo satisfatório aos objetivos visados por ela. Destaca-se que esta tendência se iniciou na Europa no início da década de 1970 e agora será aplicada a realidade brasileira, com certo atraso, é verdade. (MENDONÇA, 2011, p. 26)

Assim, a prisão processual, na escala de gravidade, passa a ser a última opção, reservada apenas para situações muito graves ou nas quais as medidas anteriores se mostrem ineficazes. A prisão em flagrante passa a ser medida cautelar subsidiária, dependendo da inadequação ou ineficiência das demais medidas para tutelar os bens jurídicos do processo.

2.4. Das Prisões Cautelares

Na disciplina do Código de Processo Penal Brasileiro podemos encontrar as seguintes modalidades de prisão cautelar a saber:

2.4.1. Prisão em flagrante:

É uma forma de prisão processual, que inicialmente funciona como ato administrativo, pois não depende de ordem judicial. Rege-se pela causalidade, expressamente autorizada pela Constituição Federal artigo 5º., inciso XI.

2.4.2. Prisão preventiva:

Essa modalidade de prisão, é estabelecida para tutelar valores relacionados à persecução penal (intraprocessuais), como também interesses da sociedade (metaprocessuais), que poderiam vir sofrer danos caso autor do delito permaneça em liberdade.

2.4.3. Prisão temporária:

Trata-se de prisão incluída em nosso ordenamento jurídico por meio da Lei nº. 7.960/1989, conforme nova redação do *caput* do artigo 283 do Código de Processo Penal. Alguns afirmam que prisão temporária, é prisão para averiguações.

2.4.4. Prisão domiciliar:

É uma nova disciplina que veio incorporar ao Código de Processo Penal o que antes só era cabível nas hipóteses da Lei nº. 5.256/1967.

Tem-se por finalidade de demonstrar ao longo desta obra as novas mudanças externadas pela Lei nº. 12.403/2011, em relação às medidas cautelares, principalmente em razão da prisão em flagrante, tema de nossos estudos a seguir.

CAPÍTULO 3

Prisão em Flagrante

3.1. Conceito de Prisão em Flagrante

A palavra flagrante origina-se do latim, tendo uma terminologia denominada de “*Flagrare*” que significa queimar, que esta em chamas, aquilo que arde. Sendo assim aquele crime que ainda queima, que está sendo cometido ou acabou de o ser.

Conceituar a prisão em flagrante não é tarefa fácil para os doutrinadores, visto que sua terminologia refere-se ao ato de capturar alguém que está cometendo uma infração penal. Ou em outra situação, por exemplo, onde o indivíduo é encontrado logo após cometê-la ou é encontrado com objetos, papeis, ou qualquer outra coisa que possa presumir ser ele o autor da infração penal.

Fatos que na prática podem deixar uma margem de discricionariedade, pois nem sempre quem está na cena do crime é realmente o autor do delito, muito menos aquele que está com os objetos do crime (a arma do homicídio, por exemplo) é o autor dos disparos que vitimou à vítima.

Neste sentido:

Flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Neste sentido, pois prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (GUILHERME DE SOUZA NUCCI. Código de Processo Penal, p. 602).

Na prisão em flagrante não há necessidade de autorização escrita do juiz.

Assim, podemos concluir que prisão em flagrante é uma medida restritiva de liberdade de locomoção do sujeito ativo do crime, possuindo natureza, hoje, segundo a nova lei de pré-cautelar.

3.2. Natureza Jurídica da Prisão em Flagrante

A prisão em flagrante é uma modalidade de prisão cautelar, realizada no momento em que está acontecendo ou acaba de concluir uma infração penal, ou quando o sujeito ativo do delito está cometendo qualquer das condutas elencadas no artigo 302 do Código de Processo Penal.

De acordo com a doutrina Processual Penal, a prisão em flagrante possui natureza administrativa, e existe em quase todo o mundo.

Para Avena (2012, p.878) “o flagrante é forma de prisão autorizada pela Constituição Federal (art. 5.º, XI), rege-se pela causalidade, pois o flagrado é surpreendido no decorrer da prática da infração penal ou momentos depois”.

A prisão em flagrante é uma modalidade de prisão processual, com natureza jurídica de ato administrativo, uma vez que dispensa autorização judicial.

Sendo uma prisão cautelar, visa manter segregado o sujeito ativo do delito pelo tempo necessário para garantir o resultado da investigação criminal ou do processo penal.

A prisão em flagrante é uma medida cautelar de segregação provisória decretada no ato da infração penal. Assim, exigida apenas a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade, bem como outros requisitos para a configuração do crime, tais como o *fumus boni juris* (fumaça do bom direito).

Neste sentido:

O caráter administrativo da prisão em flagrante visa formalizar a detenção, será realizado pela polícia judiciária, mas torna-se jurisdicional, quando o juiz tomando conhecimento dela, ao invés de relaxá-la, prefere mantê-la, pois considerado legal. (GUILHERME DE SOUZA NUCCI. Código de Processo Penal comentado. P. 602).

A proposta do presente trabalho científico será norteada em razão das novas nuances envolvidas quanto a prisão cautelar, em especial quanto as mudanças perpetradas pela Lei nº.12.403/2011.

3.3. Evolução Histórica da Prisão em Flagrante na Legislação Brasileira

No período colonial vigorou no Brasil a legislação portuguesa (ordenações Manuelinas, ordenações filipinas e legislação extravagante ou leis especiais, complementares às ordenações).

A legislação colonial considerava em flagrante delito não só o agente encontrado no local da infração, cometendo-a, como também aquele que, não encontrado no lugar do delito, estava ainda, em ato contínuo pouco tempo depois, fugindo à perseguição dos agentes da autoridade.

Resultava da legislação colonial que o flagrante delito tinha um duplo efeito, sendo o primeiro conceder ao juiz o direito de proceder *ex officio* e o segundo em permitir que qualquer pessoa do povo pudesse prender o delinquente.

Todavia, o preso não podia ser levado à cadeia antes de ser apresentado ao juiz.

Após a família real portuguesa deixar o Brasil, o príncipe regente Dom Pedro I decretou que nenhuma pessoa livre poderia ser presa sem ordem do juiz, “exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer pessoa do povo deve prender o delinquente” (Decreto de 23 de maio de 1821).

Proclamada a independência, a primeira constituição do Brasil (Constituição Imperial de 25 de março de 1824) elevou a liberdade a direito inviolável e, no seu artigo 176, 10, regulou a prisão em flagrante como a única exceção à necessidade de ordem escrita da autoridade legítima para se efetuar a prisão e sujeitou os responsáveis por prisões arbitrárias a penalidades.

A lei de 30 de agosto de 1828 definiu delito, ao dispor, em seu artigo 1º., que poderia ser presos sem culpa formada “os que forem achados em flagrante delito, entendendo-se presos em flagrante delito não só os que se indo em seu seguimento os oficiais de justiça ou qualquer cidadãos, que presenciassem o fato, conduzindo-os diretamente à presença do juiz.

Em 29 de novembro de 1832 foi promulgado o Código de Processo Criminal, que em seu artigo 131, disciplinou a prisão em flagrante da seguinte forma:

Art. 131. Qualquer pessoa do povo 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 algum delito, ou enquanto foge perseguido pelo clamor público. Os que assim forem presos entender-se-ão presos em flagrante delito.

Firmou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a expressão “for encontrado cometendo algum delito”, contida nesse dispositivo legal, abrangia o crime que está sendo cometido e o que acaba de ser cometido.

Dessa forma, o código de processo criminal do império admitia apenas três hipóteses para a prisão em flagrante: a prisão daquele que estava cometendo o delito, ou acabara de cometê-lo, ou em fuga. O encontro, logo depois de consumada a infração, de instrumentos, armas, objetos ou papéis com o indigitado não constituía flagrante delito, mas apenas fortes indícios da autoria.

O código de processo criminal do Império já delineou “a prisão em flagrante facultativo, (praticada pelos particulares) e a prisão em flagrante compulsória (praticada pelos oficiais de justiça)”.

Após a proclamação da República, a constituição de 24 de fevereiro de 1891 tratou da prisão em seu artigo 172, parágrafo 13, reproduzindo, com pequenas alterações, o disposto na Constituição de 1832.

Foi criado o processo federativo, que permite a cada Unidade da Federação possuir o seu próprio Código de Processo Penal. Entendiam os juristas que os casos de flagrante delito não poderiam ser determinados pelas legislaturas estaduais, pois esta matéria afetava diretamente o direito à liberdade. Contudo, alguns Estados, especialmente Rio de Grande do Sul e Goiás, inspirados no positivismo adotado pelo Código de Processo Criminal Italiano de 1865, introduziram em seus Códigos de Processo Penal um novo caso de flagrância: surpreender-se uma pessoa com objetos que façam presumir ser autor ou cúmplice de crime pouco antes cometido. Essas tentativas de imitação do direito italiano foram repudiadas pela consciência jurídica nacional e ignoradas pelos demais estados da federação.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, tratou da prisão em flagrante no capítulo sobre os direitos e garantias individuais. Em seu artigo 113, 21, considerou o flagrante como a única exceção à

regra de que ninguém poderá ser preso sem ordem escrita da autoridade competente.

A matéria foi tratada de forma semelhante no artigo 121 da constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, no artigo 141, parágrafos 20, 21 e 22 da constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 e no artigo 150, parágrafo 12, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.

A constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXI, manteve a diretriz de considerar a prisão em flagrante como exceção à regra de que ninguém poderá ser preso sem ordem escrita da autoridade competente, mas inovou ao exigir expressamente que essa ordem judicial seja fundamentada e ao excepcionar dessa regra geral os casos de transgressão militar ou de crime propriamente militar.

No dia 1º de janeiro de 1942 entrou em vigor o atual Código de Processo Penal (Decreto-lei nº. 3689 de 03 outubro de 1941), que regulamenta a prisão em flagrante em seu artigo 301 a 310. Este estudo processual apresente algumas diferenças em relação à legislação anterior, que serão analisadas nos capítulos seguintes.

3.4. Finalidade da Prisão em Flagrante e seus Momentos

De acordo com a doutrina a finalidade da prisão em flagrante grávida na órbita processual penal em dois momentos distintos:

Na primeira modalidade encontra-se na detenção como sendo uma medida de prisão em flagrante ligada à reação social por ocasião da prática ilícita realizada por qualquer indivíduo.

O legislador constituinte abrindo a possibilidade de vigilância social, mas não abrindo mão de seu poder de polícia, inseriu no rol daqueles que podem efetuar a prisão em flagrante, sendo qualquer um do povo poderá dar voz de prisão àquele que está cometendo ou acaba de cometer uma infração penal.

Na segunda modalidade encontra-se a prisão em flagrante como ato acautelatório da prova conectando-se com a lavratura do auto de prisão em flagrante, pois é este documento elaborado pela autoridade policial, no sentido de reunir elementos colhidos durante o flagrante.

O doutrinador mostra que a finalidade do flagrante em relação à reação social, acontece no momento da detenção e a colheita de provas, no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante.

Embora a doutrina não traga de forma pacífica sobre os momentos da prisão em flagrante, pode-se perceber que os dois mais importantes, nessa modalidade de prisão, são a detenção e a lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial.

Neste sentido:

O primeiro momento (detenção) inclui a atividade de impedir a prática do delito, eventual perseguição, a voz de prisão e seu encaminhamento à autoridade policial. O segundo momento é a lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, oportunidade em que esta elaborada um documento contendo as circunstâncias da prisão e nele constarão os elementos de prova relevantes apurados. (MENDONÇA, 2011, p. 136)

3.5. Espécies de Flagrante

Em relação ao sujeito ativo da prisão em flagrante podemos mencionar que o flagrante classifica em facultativo ou obrigatório.

Assim, qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo da prisão em flagrante. Por seu turno, e por força da vinculação legal, somente as autoridades, sejam civil ou militar, estão obrigadas a dar voz de prisão para o indivíduo que esteja praticando uma conduta proibida pelo ordenamento penal.

O sujeito ativo do flagrante encontra-se elencado na Lei Processual Penal a seguir expressa:

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

No tocante o sujeito passivo, em princípio, qualquer pessoa que for surpreendida em qualquer das situações mencionadas no art. 302 do Código de Processo Penal, poderá ser presa em flagrante.

A única exceção encontra-se em relação à profissão exercida por algumas pessoas que, pela sua condição ou função que exercem, recebem tratamento especial.

No ordenamento jurídico brasileiro encontra-se duas espécies de flagrante, quais sejam: flagrante facultativo e o obrigatório.

3.5.1. Flagrante Facultativo:

Ocorrerá o flagrante facultativo quando a voz de prisão for dada por qualquer pessoa do povo, incluindo-se aqui até a vítima, pode dar voz de prisão a quem está cometendo o crime ou acaba de cometê-lo.

3.5.2. Flagrante Obrigatório:

Há flagrante obrigatório quando as autoridades policiais, seja civil ou militar, bem como seus agentes, são compelidos em virtude da lei, em efetuar a prisão de qualquer pessoa que esteja cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la.

Caso a autoridade policial, civil ou militar, deixar de cumprir seu dever legal responderá criminalmente e administrativamente por seus atos comissivos ou omissivos.

Neste íterim é dever obrigacional das polícias efetuarem a prisão em flagrante, uma vez que têm por obrigação derivada da lei de cuidado, proteção e vigilância. Assim, quando possível deve exercer suas funções profissionais durante vinte quatro horas, ou enquanto permanecer a perseguição.

3.6. Infrações Penais que não Admitem Prisão em Flagrante

Será analisado a seguir as infrações penais que não admitem a prisão em flagrante. Inicialmente o flagrante é possível em qualquer infração penal, incluindo tanto as contravenções quanto os crimes, dolosos e culposos. Em regra geral será aplicado o flagrante em qualquer infração penal.

Isto se justificar à luz das próprias finalidades cautelares da prisão em flagrante, tendo em vista que, a prisão busca evitar a continuidade da prática delituosa resguardar as provas.

Como em toda regra há exceções, não poderia deixar de o ser no tema ora estudado. O artigo 283, § 1º, afirma que a medidas cautelares disciplinadas no título IX do Código de Processo Penal da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória não se aplica à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. Por isso, exclui-se a possibilidade de prisão em flagrante das infrações que não previrem a pena privativa de liberdade.

Mas neste caso, o poder de polícia não permitirá a continuidade da prática do delito. Mas não poderá ser lavrado o auto de prisão em flagrante em hipótese alguma.

3.6.1. Flagrante e Crimes de Menor Potencial Ofensivo

Em relação às infrações de menor potencial ofensivo, algumas considerações deverão ser realizadas. As infrações de menor potencial ofensivo, segundo a Carta Magna, serão processadas e julgadas pelo Juizado Especial Criminal (JECRIM).

Neste sentido:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. (...).

Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 anos, cumulada ou não com multa.

Como define a lei atualmente, no seu art. 61 da lei 9.099 (com redação dada pela Lei nº. 11.313/2006):

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes que a lei comine

pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com a pena de multa.

Pode-se dizer que além da restrição do art. 283, § 1º, somente caberá à lavratura do auto de prisão em flagrante nos crimes cuja pena máxima seja superior a dois anos, salvo se, nos delitos de menor potencial ofensivo, o agente não for encaminhado imediatamente ao juizado ou não se comprometer a comparecer quando intimado.

Ressalva-se, por fim que a Lei nº. 9.099/95 fez ressalva apenas à lavratura do auto de prisão em flagrante, ou seja, em relação ao segundo momento do flagrante. A detenção, primeiro momento continua a ser plenamente possível.

3.7. Estado de Flagrância – *Fumus Comissi Delicti*

No texto do artigo 302 do Código de Processo Penal e seus incisos, diz claramente aquele que está em situação de flagrância, e o momento da realização da prisão em flagrante.

Neste sentido cito a seguir a norma processual penal:

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

I – esta 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.

Para Mendonça (2011, p.139) “o art. 302 do CPP trata das hipóteses de flagrância, ou seja, quando o legislador considera que a uma situação que permita a prisão em flagrante”.

Este dispositivo é o núcleo dessa modalidade de prisão, pois exclusivamente nestas hipóteses é que ela será permitida.

Se a situação não puder se enquadrar em uma das situações indicadas no art. 302, não haverá situação de flagrância e, por isto, a prisão será considerada ilegal.

O art. 302 do Código Processual Penal indica as hipóteses de *fumus comossi delicti*, ou seja, de probabilidade de que uma infração foi cometida,

mediante um juízo de aparência, ou seja, na visibilidade de que um delito foi cometido.

A doutrina classifica o flagrante em três modalidades: flagrante próprio, impróprio ou quase-flagrante, presumido ou ficto, dos quais serão brevemente explanados a seguir.

3.7.1. Flagrante Próprio:

De acordo com o artigo 302, inciso I e II do Código de Processo Penal, caracteriza-se quando o agente está cometendo a infração penal ou acabou de cometê-la. O inciso II do mesmo diploma legal, mostra que a expressão acaba de cometê-la deve ser interpretada de forma totalmente restritiva, contemplando a hipótese do indivíduo que, imediatamente após a consumação da infração, pode dizer que no decurso de qualquer intervalo temporal, é surpreendido no cenário da prática delituosa.

3.7.2. Flagrante Impróprio ou Quase-Flagrante:

O artigo 302 inciso III do Código de Processo Penal ocorre na hipótese em que o agente, muito embora não tenha sido surpreendido cometendo a infração ou acabando de cometê-la, é perseguido, logo após esses atos, de forma ininterrupta pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa do povo, sendo, ao final, localizado e preso.

Nota-se que para validade dessa prisão não importa se o sujeito ativo da infração tenha apenas iniciado os atos de execução e foi interrompido por circunstância alheia à sua vontade, ou, ao contrário, se já havia consumado seu intento.

A expressão “logo após”, caracteriza que o flagrante impróprio, exige que a perseguição inicie logo após a consumação ou a prática dos atos executórios interrompidos. Assim, como perseguição ininterrupta, entende-se as constantes diligências sem intervalos longos, ou o tempo de duração que poderá estender-se até mesmo por vários dias.

Entende-se que iniciado a perseguição logo após o crime, sendo ela incessante nos termos legais, não importa o tempo decorrido entre o momento do crime e a prisão dos seus autores. Podendo entender que pacificamente esse tempo pode ser de várias horas ou mesmo dias.

Sendo assim, pode perceber que mesmo não sendo necessário o conhecimento quanto à identidade do agente, é preciso que aja a ciência de quem seja o perseguido, ou então pelo menos o nome, ou ao menos pela característica física. Nota-se que meras diligências voltadas à investigação de quem sejam o autor do crime com a sua posterior perseguição para a prisão descaracteriza o flagrante impróprio.

3.7.3. Flagrante Presumido ou Ficto:

Perfaz-se em relação ao indivíduo que, logo após da prática da infração é surpreendido ou encontrado portando armas, instrumentos, objetos ou papéis que indiquem, presumidamente, ter sido ele o autor do crime. Podendo assim na hipótese anterior, ver que não define a lei o alcance temporal exato da expressão “logo após”, podendo compreender que a prisão ocorra em seguida à infração penal, não levando em conta se houve longo intervalo.

CAPÍTULO 4

Prisão em Flagrante e a Lei nº. 12.403/2011

4.1. Fundamento Constitucional da Prisão em Flagrante

A Constituição Federal de 1988 consagra a prisão em flagrante, sem contudo, explicar seu conteúdo. Portanto, é deixado a cargo do legislador infraconstitucional dar contornos mais instrumentais sobre sua aplicabilidade.

O elemento temporal é pois, essencial à configuração do estado de flagrância que autoriza a prisão por qualquer do povo e a determinada a autoridade policial, mostrando o limite temporal como caracterizador do flagrante delito.

Importante notar que o flagrante, na constituição, tem existência autônoma como cautelar, sendo caso expreso de prisão anterior à condenação.

Nota-se que, com o advento da nova lei que a rege, a prisão em flagrante, passa a ser uma prisão temporária, dando mais discricionariedade ao magistrado para, de acordo com o caso concreto, decidir pela necessidade de impor a segregação da liberdade do indivíduo ou mesmo colocá-lo em imediata liberdade.

Ocorre que o flagrante passou a ter função de pré-cautelar, sendo suficiente para levar o autuado à prisão, mas não para mantê-lo sob custódia cautelar.

Assim, depreende-se da análise dos artigos que positivam a modalidade de prisão em flagrante, direciona o magistrado a seguir um caminho novo, onde este poderá decidir de forma fundamentada quanto ao relaxamento da prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva ou conceder a liberdade provisória.

Neste sentido cito a norma processual penal:

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

I - Relaxar a prisão ilegal, ou

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

III - Conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo Único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput, do art. 23 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Essa tendência se consolida e se explica, pois o novo artigo 310, do Código de Processo Penal, diz que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fundamentalmente, converter a prisão em flagrante em preventiva. Ou seja, não sendo caso de soltura do acusado, a prisão em flagrante deverá ser convertida em preventiva, consolidando-se a subjugação da força coercitiva do flagrante.

A Lei nº.12.403/11 também determina que a prisão de qualquer pessoa seja imediatamente comunicada ao juiz, à pessoa indicada pelo preso e também, ao Ministério Público.

4.2. Caráter Subsidiário da Prisão Cautelar

Com o objetivo de concretizar o caráter subsidiário da prisão cautelar, diversas outras medidas cautelares são criadas de acordo com o artigo 319 do Código Processual Penal, dando outras opções ao magistrado com a possibilidade de decretar a prisão apenas em *última ratio*.

O legislador trouxe alternativas à prisão processual, para que o magistrado possa adequá-las à realidade e à hipótese que está *sub judice*, pois, o sistema anterior não dava condições de graduação das medidas cautelares. Existia, basicamente, duas grandes alternativas: ou era decretada a prisão processual ou soltava o réu, muitas das vezes inadequados para efetivamente proteger a eficiência do processo, obtendo liberdade provisória, mediante vínculos muito tênues.

Hodiernamente há uma tendência a conceder-lhes vários remédios, para que possa aplicar aquele mais adequado ao mal que se busca prevenir. Passam a existir várias medidas cautelares, não somente privativas de liberdade, mas também restritivas de direitos. Assim, a prisão processual, passa a

ser a última opção, reservada apenas para situações muito graves ou nas quais as medidas anteriores se mostrem ineficazes.

O Código de Processo Penal originalmente adotava a rigidez em matéria de prisão, a regra era a prisão ser mantida; a exceção, a liberdade provisória, como as alterações posteriores, entre elas as decorrentes da Constituição Federal de 1988, o sistema passou a adotar a liberdade provisória como regra, admitindo, em caso excepcional, a prisão.

Com o advento da Lei nº. 12.403/11 houve um parecer pacificado no sentido de que com a previsão de cautelares alternativas, reservando a prisão para casos graves e hipóteses de justificada necessária e conveniência, sendo, portanto extrema *ratio da ultima ratio*.

4.3. Da Prisão em Flagrante Pós – Lei nº. 12.403/2011

Passado a vigorar as mudanças inseridas pela referida Lei nº. 12.403/2011, o art. 310, II, do Código de Processo Penal suprimiu do flagrante esta legitimidade para manter o flagrado sob segregação no período que segue ao recebimento do respectivo auto de prisão pelo juiz.

A prisão em flagrante perdeu o poder de manter, por se só, o agente segregado enquanto isto fosse necessário para garantir o resultado concreto da investigação criminal ou do processo penal.

O agente poderia permanecer preso por força do flagrante por tempo indeterminado no correr do inquérito ou do processo, podendo isto perdurar, inclusive, até o final da demanda se assim justificassem as circunstâncias do caso concreto.

Atualmente para manter o flagrado sob segregação no período que se segue ao recebimento do respectivo auto de prisão pelo juiz, será necessário a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, desde que presentes os requisitos elencados no artigo 312 do Código Processual Penal e que não seja adequada ou suficiente a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão arroladas no artigo 319 do mesmo diploma legal.

Esta nova lei possui uma tendência jusfilosófica minimalista da aplicabilidade do subsistema criminal às mazelas sociais, trouxe alterações de

alguns institutos que já estavam gerando contradições entre os postulados doutrinários e os julgados, até mesmo no Supremo Tribunal Federal, como as prisões e a liberdade provisória.

A lei foi editada com escopo de evitar o encarceramento do indiciado ou acusado antes de transitado em julgado a sentença penal condenatória.

4.4. Natureza Jurídica da Prisão em Flagrante Pós Lei nº. 12.403/2011

Antes das mudanças ao Código de Processo Penal pela Lei nº. 12.403/2011 dominava o entendimento de que sua natureza jurídica era de prisão cautelar. A doutrina contemporânea afirma que a prisão em flagrante tem natureza jurídica de pré-cautelar, visto que a mesma não tem força para manter, por si só, o flagrado no cárcere.

Neste sentido:

Ora, se as modificações introduzidas pela citada lei 12.403/2011 suprimiram do flagrante o atributo de manter o agente sob custódia após o recebimento do auto de prisão pelo juiz, exigindo para tanto a sua conversão em prisão preventiva, resta conclusivo que tais mudanças afastaram, também, a possibilidade de ser a prisão em flagrante considerada uma prisão cautelar. Afinal, se houver a necessidade de tutelar a investigação ou o processo, é a prisão preventiva que deve ser decretada como resultado da conversão do flagrante. Neste contexto, é a prisão preventiva que possui natureza cautelar e não a prisão em flagrante que, por anteceder à preventiva no contexto do art. 310, II, do CPP, **assume, então, a natureza de prisão pré-cautelar.**(AVENA, 2012, p.878). (grifo nosso).

CONCLUSÃO

A prisão em flagrante sempre demonstrou ser um instrumento processual penal de suma importância no ordenamento jurídico brasileiro, face a necessidade de coibir práticas criminais no seio social. Para tanto, criou-se a modalidade que prevê que qualquer pessoa pode efetuar a prisão de quem estiver cometendo uma prática ilícita, não desmerecendo a conduta dos agentes policiais, sejam civis ou militares, que por disposição de legal estão compelidos a agir, no sentido do estrito cumprimento do dever legal, elencado tanto na norma processual penal quanto na material, leia-se Direito Penal.

Ao analisar a doutrina processual penal de 1941 verificou-se que o caminho percorrido para apurar a prática delitiva, qual seja durante a investigação criminal, passava sob o crivo da prisão provisória ou da prisão em liberdade. Ante a mutação social que sofreu a doutrina processual penal ao longo dos tempos, o legislador constituinte criou a Lei nº. 12.403/11 que inseriu um novo instituto polimorfo, caracterizado pela multicautela, na medida da análise que será submetida o meliante a um terceiro *status*, não implicando propriamente em privação de sua liberdade e não importando também em uma liberdade total.

A prisão em flagrante deixou de ser uma prisão cautelar, passando a ser uma prisão pré-cautelar, pois em linhas pretéritas ela possuía um poder de segregação se perfazendo por si só. Hoje, há uma nova roupagem no modelo adotado no Brasil, uma vez que além de segregar o sujeito ativo do delito em caráter temporário, pois este não poderá ser mantido em cárcere, devendo o magistrado analisar a sua conduta e logo depois, fundamentadamente, avaliar a necessidade de conversão da medida por outra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal: Esquematizado**. 4 ed. São Paulo: Metodo, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del2848compilado.ht.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del3689.htm.

BRASIL. Lei n. 12.403 de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/12403.htm.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 8.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 210.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4.ed. –São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Processual Penal Comentado**. 9 ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges di. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais** - São Paulo: Método, 2011.

MORAES, Cleib Bueno de.

PRISÃO EM FLAGRANTE. – Jussara, 2013

Monografia –Direito – Faculdade de Jussara, 2013.

Orientador: Pedro Alair dos Santos.

1. Prisão. 2.Cautelar. 3. Flagrante.