

FACULDADE NOSSA SENHORA APARECIDA - FANAP
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO
BRUNO AGUIAR DE ANDRADE

OS FUNDAMENTOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE E SUA
APLICAÇÃO NO BRASIL

APARECIDA DE GOIÂNIA
2020

BRUNO AGUIAR DE ANDRADE

**OS FUNDAMENTOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE E SUA
APLICAÇÃO NO BRASIL**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade Nossa Senhora Aparecida – FANAP, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientador(a): Prof^ª. Esp. Ana Paula Chaves Amador

APARECIDA DE GOIÂNIA

2020

BRUNO AGUIAR DE ANDRADE

**OS FUNDAMENTOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE E SUA APLICAÇÃO NO
BRASIL**

Aparecida de Goiânia, _____/_____/2020.

Banca Examinadora:

Orientador(a) Prof.^a Esp. Ana Paula Chaves Amador

Prof.

Prof.

APARECIDA DE GOIÂNIA

2020

(DEDICATÓRIA)

AGRADECIMIENTO

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo dos fundamentos da prisão em flagrante e sua aplicação no Brasil, bem como a sua finalidade. Tem como intuito analisar, discutir e descrever a respeito desta modalidade de prisão, sua legalidade e sua aplicação, através de uma revisão bibliográfica baseada em leitura, fichamento e análise de discussões doutrinárias relevantes dos principais doutrinadores do Direito, juntamente com a jurisprudência dominante, através do método dedutivo e da pesquisa qualitativa. O estudo se inicia com o desenvolvimento histórico das penas privativas de liberdade, posteriormente com a história da prisão em flagrante no Brasil, prosseguindo-se com uma discussão atual a respeito de suas modalidades, espécies e natureza jurídica, bem como sobre esta modalidade de prisão à luz dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Será feito ainda um breve estudo a respeito dos procedimentos adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro, como a audiência de custódia, à luz do Código de Processo Penal e dos direitos humanos, além de uma análise a respeito das questões relevantes levantadas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como os fundamentos dessa prisão.

Palavras-chave: Prisão. Flagrante. Modalidades. Audiência de Custódia.

ABSTRACT

The present work has as objective the study of the foundations of the arrest in flagrante and its application in Brazil, as well as its purpose. It aims to analyze, discuss and describe about this type of prison, its legality and its application, through a bibliographic review based on reading, file and analysis of relevant doctrinal discussions of the main legal doctrines, along with the dominant jurisprudence, through deductive method and qualitative research. The study begins with the historical development of custodial sentences, later with the history of the arrest in flagrante delicto in Brazil, continuing with a current discussion about its modalities, species and legal nature, as well as about this type of prison in the light of the constitutional principles of the presumption of innocence, due legal process, contradictory and broad defense. A brief study will also be made on the procedures adopted by the Brazilian legal system, such as the custody hearing, in the light of the Criminal Procedure Code and human rights, in addition to an analysis of the relevant issues raised by the Supreme Federal Court, as well as as the foundations of that prison.

Keywords: Prison. Flagrant. Modalities. Custody Hearing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9.
CAPÍTULO 1.....	11.
1.1 Considerações históricas da origem da privação de liberdade.....	11.
1.2 A história e o conceito da prisão em flagrante.....	15.
1.3 Espécies de prisões processuais.....	18.
1.4 Das modalidades de prisão em flagrante.....	20.
CAPITULO 2.....	23.
2.1 Prisão em flagrante e sua natureza jurídica.....	23.
2.2 Dos procedimentos da prisão em flagrante.....	25.
2.3 Audiência de custódia.....	27.
2.4 Relaxamento de prisão.....	30.
CAPITULO 3.....	32.
3.1 Aspectos relevantes da prisão em flagrante.....	32.
3.2 Discussões doutrinárias.....	33.
3.3 A prisão em flagrante e os princípios constitucionais.....	37.
3.4 A prisão em flagrante e o STF.....	39.
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42.
REFERÊNCIAS.....	43.

INTRODUÇÃO

A prisão em flagrante é a modalidade de prisão mais importante, sendo um tema que traz muitas discussões dentro do universo doutrinário, uma vez que foi criada como uma espécie de prisão provisória, com o objetivo de privar a liberdade e o direito de locomoção de quem acaba de cometer um crime.

Em razão de sua grande relevância no direito penal e no direito processual penal, a prisão em flagrante possui muitas posições doutrinárias com relação à sua constitucionalidade, seus métodos, seu prazo de duração, dentre outras questões.

Devido a sua alta relevância social e operacional, esta pesquisa traz consigo as mais importantes questões relacionadas à prisão, em especial a prisão em flagrante, com o objetivo de auxiliar estudantes, intérpretes e aplicadores do Direito e também para esclarecer quanto a melhor atuação dos agentes de segurança pública, evitando que possam ocorrer práticas abusivas ou arbitrárias.

Através da análise de vários estudos e discussões, por meio da abordagem teórica e teleológica, busca-se criar um compreensível corpo de literatura, com base na revisão bibliográfica de livros, através do método dedutivo, utilizando para a pesquisa doutrinadores e decisões jurisprudenciais à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

No primeiro capítulo serão levantadas considerações históricas da origem da privação de liberdade, explorando a origem de seu conceito, seu surgimento nas civilizações mais antigas com penas cruéis até sua evolução para a prisão humanizada, como forma de prevenção e retribuição.

Também será abordado neste capítulo a evolução histórica da prisão em flagrante no Brasil e o posicionamento doutrinário a respeito do conceito da prisão em flagrante e suas características principais, além de ser abordado as espécies de prisões processuais existentes, como a prisão para fins de extradição, a prisão temporária, a prisão preventiva, a prisão para execução da pena, a prisão civil e a prisão em flagrante.

Já o segundo capítulo terá como intuito apresentar a prisão em flagrante e sua natureza jurídica, abordando suas divergências jurídicas e posicionamentos doutrinários, além de explicar os procedimentos realizados com a prisão em flagrante e suas fases cronológicas, onde o preso deverá ser informado de seus direitos, inclusive o de permanecer em silêncio se assim o desejar.

Neste capítulo também serão abordadas as particularidades da Audiência de Custódia, que surge com o Pacto de São José da Costa Rica, em 22/11/1969, integrando o ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1992, com aprovação pelo Decreto Legislativo nº 27/1992, e no ano de 2015, foram estabelecidas regras específicas, por meio da Resolução nº 213 do CNJ, onde toda pessoa presa em flagrante, deve ser apresentada no prazo de 24 (vinte e quatro) horas à autoridade judicial, sendo ouvida a respeito das circunstâncias em que sua prisão foi realizada.

Também será abordado a respeito do relaxamento da prisão em flagrante, que poderá ser realizada pelo próprio delegado de polícia, ao constatar que se trata de fato atípico ou pela autoridade judicial, quando, de forma fundamentada poderá relaxar a prisão, caso reconheça sua ilegalidade, que normalmente ocorre quando há algum erro no momento de sua realização ou quando a prisão é desnecessária, sendo configurada desta forma a prisão ilegal.

O terceiro e último capítulo têm por objetivo descrever os aspectos relevantes da prisão em flagrante, como o impedimento de algumas pessoas de serem presas em flagrante, seja em razão da função que ocupa, ou de sua idade ou do local em que ela se encontre, como o presidente da República, pessoas menores de dezoito anos ou pessoas protegidas pela imunidade diplomática, por exemplo.

Serão levantados também alguns entendimentos doutrinários quanto ao tempo adequado para a duração da prisão em flagrante, visto se tratar de uma prisão cautelar, não devendo a pessoa presa permanecer privada de sua liberdade somente por este motivo.

Além disso, será discutido a questão da legalidade do flagrante ficto ou presumido, visto que devem ser evitadas prisões arbitrárias que não estejam em situação flagrancial. Esta modalidade de flagrante é consagrada pelo artigo 302 do Código de Processo Penal, em seu inciso IV, quando o agente é encontrado com objetos do crime, logo depois de sua prática.

Neste último capítulo também será levantada a questão sobre a importância da observância dos princípios constitucionais, que devem ser sempre resguardados quando da realização da prisão em flagrante, visto que a prisão em flagrante deverá ser realizada sob a proteção da Constituição Federal, com base em seus princípios, sendo os mais importantes a Presunção da Inocência, do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa.

No último tópico, serão abordados alguns posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, sendo eles a obrigatoriedade da realização da Audiência de Custódia e questões relacionadas à Súmula 145 do STF, que dispõe sobre a legalidade do flagrante preparado.

CAPÍTULO 1

1.1 - Considerações históricas da origem da privação de liberdade

O conceito de prisão que conhecemos surge de uma evolução de uma série de influências históricas e transformações sociais. Nas sociedades primitivas existia a vingança privada e as prisões privativas de liberdade já estavam presentes no inconsciente coletivo humano, através de cativeiros, onde prisioneiros eram mantidos sob custódia, com a imposição de trabalhos forçados.

Nas civilizações mais antigas, como Egito, Pérsia e Grécia, entre 1700 a.C a 1.280 a.C, a privação da liberdade já era vista como uma forma de punição, onde o líder supremo impunha as punições aos condenados, que poderiam variar entre custódia e tortura, não existindo qualquer regulamento escrito (MENEZES, 2014).

As prisões eram estabelecidas em masmorras, celas ou casas de trabalho e os prisioneiros não eram separados de acordo com sua pena. Todos viviam juntos, sejam condenados, ou aguardando julgamento (CHIAVERINI, 2009).

Já na Idade Média, entre os séculos X a XV, o direito de punir era realizado pela religião, sendo uma delegação divina. A Igreja era responsável por determinar o castigo ao infrator e se torna a pioneira a tratar a prisão como uma forma de penitência. Para esta sociedade, o cárcere era um instrumento espiritual de castigo, onde através do sofrimento, a alma humana estaria livre do pecado e teria a garantia da vida eterna. As prisões eram mais frequentes para combater a heresia, durante a Inquisição e os conceitos de crime e de pecado se confundiam (CHIAVERINI, 2009).

A pena tinha como objetivo instalar o terror coletivo, onde os governantes atribuíam penas de acordo com a classe social e a sorte do condenado. A privação de liberdade era somente com o fim de custódia, onde o apenado se submeteria a tormentos e expostos à comunidade que tinha as condenações públicas como forma de distração e entretenimento (MENEZES, 2014).

O fortalecimento da burguesia traz consigo o fim da Idade Média e inaugura a Idade Moderna, entre os séculos XV e XVIII, a visão religiosa e teocêntrica é substituída pela visão antropocêntrica, e o homem se coloca no centro do universo. Em razão de tais conceitos, existe uma mudança no pensamento político, através de um discurso humanista, combatendo as crueldades das prisões, e surgem as instituições prisões que traz uma ideia de reformar o criminoso através do isolamento e da reflexão (CHIAVERINI, 2009).

Como principais representantes desta época, se destacam: Montesquieu, Jean Jacques Rousseau e Cesare Bonesana, também conhecido como Marquês de Beccaria, os quais defendiam a garantia mínima dos direitos fundamentais, criticavam a pena de morte e a tortura, afirmando que não haveria qualquer utilidade e necessidade de aplicação das mesmas, pois além de não serem justas, não garantia qualquer estabilidade social e não atingia o fim proposto pelas leis (PINHEIRO, 2017).

Cesare Bonesana, mais conhecido como Cesare Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e das Penas* (1764), menciona que a prisão é diferente das outras penas por possuir um caráter essencial: a de privação da liberdade. Por isso, somente a lei deverá estabelecer, de maneira fixa, os casos em que será necessário determinar a prisão de uma pessoa. Desta forma, Beccaria foi o primeiro autor capaz de desenvolver a ideia central de que somente a lei possui legitimidade para incriminar um comportamento, desenvolvendo a ideia da estrita legalidade, conforme está descrita na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXI, e no artigo 302 do Código de Processo Penal (LAMY, REINALDET, 2015).

Todavia, Beccaria afirma que a legitimidade não poderá ser absoluta e isenta de controles, visto que deverá haver necessidade de incriminação e em segundo lugar, a lei deverá ser clara e precisa, devendo ser anterior ao fato para que possa justificar uma condenação e não devendo deixar espaço para a jurisprudência (LAMY, REINALDET, 2015).

No século VIII, com a Revolução Francesa, no ano de 1789 foi anunciada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Este documento torna-se um marco, pois pela primeira vez foram proclamados os direitos fundamentais do homem, a pena de morte passa a ser abolida, e as penas corporais foram desaparecendo, dando lugar às penas privativas de liberdade, iniciando a construção de presídios voltados à reeducação dos condenados.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelece que ninguém poderá ser preso senão nos casos em que a lei determinar, e ainda, que devem ser anteriores ao fato praticado, e quanto às penas, somente deverão ser escritas se estritamente necessárias, evitando a banalização do direito penal (PINHEIRO, 2017).

A ideia da supremacia da lei pelo direito francês foi influenciada pela doutrina de Cesare Beccaria, juntamente com a Declaração de 1789, motivos pelos quais levaram o Código Penal Francês de 1791 a se referir apenas à lei como fonte do Direito Penal,

afirmando que o direito de confeccionar incriminações residiria somente na pessoa do legislador, onde a legitimidade política deveria estar presente no controle interno de constitucionalidade (LAMY, REINALDET, 2015).

O conceito antropocêntrico combateu o histórico de crueldade nas sanções, estabelecendo uma universalização das penas, reduzindo a pena de prisão, se tornando a base do sistema punitivo vigente (CHIAVERINI, 2009).

Atualmente, a pena de prisão traz consigo a ideia de prevenção e de retribuição, como consequência do descumprimento de uma norma, existindo proporcionalidade entre o crime cometido e a pena a ser cumprida, podendo ainda, a prisão ser substituída por penas restritivas de direito.

Trata-se de uma sanção prevista em lei, para todo aquele considerado culpado de uma infração e que para ser definida como tal, dependeu da evolução política da comunidade. Tal pena deve ser imposta por uma autoridade pública, através de lei imposta e de um julgamento (CHIAVERINI, 2009).

No sistema criminal brasileiro, as penas também se transformaram no decorrer dos anos, de acordo com o contexto mundial: inicialmente com aplicação de penas cruéis, como a pena de morte e a tortura e se adequando às penas humanitárias, como forma de punição e reforma moral dos presos, substituindo as penas corporais (JUNIOR E OLIVEIRA, 2018).

Durante as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, onde o direito penal tinha como base a brutalidade das sanções e a violação dos direitos do acusado, a prisão como pena era aplicada apenas àqueles que aguardavam julgamento, ou seja: prisão provisória (ASSIS, 2007).

Em 1830, surge o Código Criminal do Império que traz consigo influências liberais, baseadas em justiça e equidade, influenciado pelo movimento europeu e dos Estados Unidos que desenvolviam novos pensamentos e novas escolas penais.

No final do século XIX, com a Proclamação da República e a Abolição da escravatura, as leis penais passam por uma transformação, e o Código Penal de 1890 passa a prever diversas modalidades de prisão como a prisão celular, a reclusão, os trabalhos forçados e a prisão disciplinar, onde cada prisão era cumprida em um estabelecimento diferente (ASSIS, 2007).

No século XX, o sistema penitenciário brasileiro já enfrenta sua crise, diante da precariedade de condições, superlotação e não separação entre presos provisórios e presos condenados.

No ano de 1940, o atual Código Penal é publicado, trazendo inovações e moderando o poder punitivo do Estado. Mas para o sistema prisional já existia o problema da superlotação, do descaso das autoridades públicas, do desrespeito aos valores humanos e a falta de estrutura para proporcionar a regeneração do preso.

Em 1941 é promulgado o Código de Processo Penal, inspirado no Código Rocco da Itália e em seu modelo fascista, onde o juiz tinha posição inquisitória, hierarquicamente superior às partes, podendo iniciar a ação penal por conta própria, sem que pudesse ser provocado, baseado no autoritarismo (MASSULO, 2016).

A pena de privação de liberdade passa a ser indispensável com o aumento da criminalidade e diante da necessidade de adotar medidas mais efetivas para a manutenção da ordem social. Neste Código, o preso ficaria detido até o seu julgamento, caso seu crime não fosse sujeito a pagamento de fiança ou não fosse insignificante. A prisão tinha como intuito satisfazer e tranquilizar a opinião pública e restaurar a confiança na lei e nas autoridades (DIAS, 2017).

Tinha como prioridade o bem comum, ainda que a restrição da liberdade fosse necessária, o que não era visto como algo arbitrário, mas como um mal necessário em prol da segurança da coletividade.

Na década de 70, diante da influência tardia da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que surge em Paris no ano de 1948, o Código de Processo Penal passa por profundas alterações, onde o princípio da presunção da inocência passa a ser a ideia central da Constituição Federal de 1988 (TOURINHO FILHO, 2008).

O rigor deste código passa a se atenuar diante da Constituição Federal de 1988, que trouxe consigo diversas alterações relacionadas à prisão e a liberdade provisória. De acordo com a presunção de inocência, ninguém pode ser considerado culpado antes de uma sentença penal condenatória irrecorrível e a manutenção do cárcere é inaceitável, visto que ninguém poderá cumprir sua pena de forma antecipada (MASSULO, 2016).

A Constituição de 1988 se encarrega de resguardar garantias e liberdades individuais dos seres humanos, regulando de maneira clara as formas aceitas de prisão e os direitos e deveres individuais e coletivos, e se funda na preservação da dignidade humana.

E ressalta-se, a dignidade é um atributo essencial do ser humano, ou seja, o que é necessário para que o homem possa ter uma vida digna, desenvolver suas potencialidades, desde a sua infância, bem como liberdade para fazer suas escolhas, liberdade de crença, de pensamento, de ir e vir, etc. E o Estado deve ser o instrumento a serviço da dignidade humana proporcionando saúde, educação, trabalho, moradia, e repudiando todas as formas de tratamentos degradantes, a tortura, a perseguição em razão de religião, orientação sexual, etnia ou qualquer outra.

E assim, em detrimento do princípio da dignidade humana que a Constituição Federal de 1988 trouxe os direitos fundamentais bem como as garantias fundamentais, que são um conjunto de direitos que tem por finalidade o respeito às condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, com proteção Estatal, para que o homem possa viver em uma sociedade justa e igualitária em direitos.

Atualmente, para que qualquer prisão seja mantida, deverá existir uma ordem escrita e fundamentada.

Segundo Hirata (2014), entre os anos de 1990 a 2010, a quantidade de presos não condenados cresceu 1253% e o número de presos que cumprem pena definitiva cresceu aproximadamente de 278%.

Em 1990, a quantidade de detentos provisórios nas penitenciárias brasileiras, totalizava um índice de 18%. Atualmente, 44% dos detidos são presos provisórios e o número de presos aumentou cerca de 29% nos últimos cinco anos. A cada ano, ocorre um aumento de 6,5% detidos (HIRATA, 2014).

O aumento exagerado do número de presos provisórios demonstra o aumento da criminalidade no Brasil, se tornando o país campeão mundial em crescimento da população carcerária. Tais valores são ocasionados em razão dos conflitos sociais estarem ocorrendo com mais frequência, aumento o índice de pessoas que ferem as normas fundamentais de convivência em sociedade (LORRAINE E FILHO, 2018).

Para Lorraine e Filho (2018), a prisão se torna uma necessidade, uma ferramenta de controle que, mesmo repleto de inconsistências, se torna um mal necessário para o controle social, tendo em vista que o isolamento social se torna imprescindível quando um indivíduo perde a confiança de conviver em sociedade.

1.2 – A história e o conceito de prisão em flagrante

Renato Brasileiro de Lima (2013) afirma que a prisão em flagrante é aquela realizada quando o crime está ocorrendo ou acaba de ocorrer, onde o autor é surpreendido no momento do fato ou encontrado portando objetos do crime e por isso existe uma certeza visual do delito.

A expressão “flagrante” tem origem no latim “*flagrare*”, “*flagrans*” ou “*flagrantis*”, que significa algo que queima, algo que é notório, visível, evidente. Desta forma, a expressão “flagrante delito” está diretamente ligada à hora exata do fato, o momento em que o autor é surpreendido, sem que tenha chances de escapar, uma infração que acaba de ser cometida ou que está sendo cometida (LIMA, 2013).

Esta modalidade de prisão tem início com a captura do autor do fato, sua condução à autoridade policial e como consequência, a comunicação de sua prisão às autoridades competentes: o juiz, o Ministério Público e a também à família do autor ou qualquer pessoa que ele indicar. No momento em que a autoridade judiciária é informada da prisão, esta passa a ser um ato judicial (LIMA, 2013).

Segundo o artigo 301 do Código de Processo Penal - CPP, qualquer pessoa que seja encontrada em situação de flagrante, poderá ser detida por qualquer cidadão que presencie o fato e a autoridade policial tem como dever realizar tal prisão.

A prisão em flagrante está prescrita especificamente nos artigos 301 e seguintes do Código de Processo Penal, mas há outras normas que discorrem sobre o assunto como a Constituição Federal, a Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 9.034/95), a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), a Lei de Lavagens de Capitais (Lei nº 9.613/98), entre outras.

Na medida que a humanidade foi se transformando em sociedades organizadas, a aceitação das normas por parte dos seres humanos foi se tornando cada vez mais comum. Desta forma, a sociedade se refletia em sua legislação (CHIAVERINI, 2009).

Com o desenvolvimento das sociedades primitivas, as leis se baseavam nas religiões, que de forma gradativa, modificou a natureza da sanção penal, ocorrendo a substituição da vingança individual para a vingança dos deuses, com o intuito de evitar a dizimação das tribos por meio das vinganças coletivas.

Nesta época, existiam diplomas legais únicos, considerados mandamentos enviados por Deus, baseados no talião, que significa a reação à ofensa por meio de um mal proporcional ao praticado: “olho por olho, dente por dente”.

Assim ocorreu com as civilizações que viveram entre os rios Tigres e Eufrates, por volta de 4.000 anos antes de Cristo, que já produziram seus códigos que apresentavam diversas punições e variadas penas de morte e de mutilação (CHIAVERINI, 2009).

Embora estas leis dissertem pouco a respeito de prisões, a Lei dos hebreus, também conhecida como Os Dez Mandamentos ou a Lei Mosaica, já fazia distinção entre a prisão em flagrante e a prisão condenatória, visto existia a possibilidade do indivíduo ser preso no momento em que cometeu o delito, para que posteriormente pudesse ser apresentado ao Tribunal, para que o seu julgamento pudesse ser realizado (BITENCOURT, 2017).

No Código de Hamurabi, em seu artigo 22, trazia que aquele que “estiver cometendo um roubo e for pego em flagrante, então ele deverá ser condenado à morte”. Desse modo, não trouxe a previsão da prisão em flagrante, mas a aplicação imediata de penalidade severa, a pena de morte.

No direito romano, o Estado assume a função de controle social, existem penas de trabalhos forçados e penas de morte e aos devedores, cabia a pena de prisão. Além disso, o chefe de família tinha uma prisão doméstica com o intuito de disciplinar os escravos rebeldes e membros da família (CHIAVERINI, 2009).

O primeiro documento a oficializar o direito romano foi denominado de “Lei de XII Tábuas”, que discursava a respeito da organização e procedimentos judiciais no império romano, baseado na vingança social. A prisão em flagrante também era consagrada por esta lei, permitindo que as pessoas presas em flagrante pudessem ser exterminadas em qualquer momento, caso reagissem à sua prisão utilizando-se de armas (BITENCOURT, 2017).

Durante a Idade Média, vigorava o sistema inquisitivo onde a prisão era uma regra. Desta forma, qualquer acusado permanecia preso visto que poderia atrapalhar as investigações dos fatos. Nesta época surge o direito da prisão em flagrante poder ser realizada por qualquer pessoa, baseada na legítima defesa própria e de terceiros, sempre voltado para garantir a certeza visual do crime, não sendo obrigatório que a pessoa impedisse o delito (MASSULO, 2016).

No Brasil, a Constituição de 1824, a primeira constituição nacional, em vigência logo após a independência do país, trouxe consigo a prisão em flagrante em seu artigo 179, inciso X, estabelecendo que a prisão poderia ser executada somente mediante ordem escrita de autoridade, com exceção da prisão em flagrante delito, reforçando os direitos individuais (BITENCOURT, 2017).

Em 1832, com a promulgação do Código de Processo Criminal, a prisão em flagrante é estabelecida de forma clara, onde o artigo 131 prevê a prisão realizada por qualquer pessoa do povo e a prisão realizada pelos oficiais de Justiça, a quem é surpreendido cometendo algum delito ou enquanto foge, sendo perseguido pelo clamor público.

Logo, este dispositivo estaria prevendo a prisão facultativa, por qualquer do povo, a prisão compulsória, aos oficiais de Justiça e classifica o que seria a prisão em flagrante, quando alguém acaba de cometer um delito ou é perseguido pelo clamor público.

Desta forma, o Código previa três situações em que alguém poderia ser preso em flagrante: no momento em que este foi surpreendido cometendo algum delito, no momento em que este é perseguido pelo clamor público e o momento em que são encontrados instrumentos, objetos ou papéis que indicam a autoria de um determinado crime (BITENCOURT, 2017).

Com o advento da Constituição Federal de 1891, a primeira constituição promulgada, logo após a proclamação da república, não traz consigo nada de inovador para a prisão em flagrante, recepcionando o Código de Processo Criminal de 1832 e deixando maior liberdade de ação ao legislador ordinário, visto que não especifica o que seria a prisão em flagrante.

A Constituição Federal de 1934 traz consigo algumas inovações, visto se tratar da primeira Carta que se preocupa com direitos fundamentais sociais, passando a prever a necessidade de comunicação da prisão para o juiz competente.

Em seu artigo 113 e 21, estabelece a prisão em flagrante, ao dizer que nenhuma pessoa poderia ser presa, senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente, onde esta prisão deverá ser imediatamente comunicada ao juiz competente que poderá relaxá-la caso ela não seja legal e a autoridade coatora poderá ser responsabilizada.

A Constituição de 1937, momento em que ocorria o início da ditadura de Getúlio Vargas, período conhecido como Estado Novo traz a prisão em flagrante em seu artigo 122, 11, prevendo que a prisão não poderia ser realizada antes da pronúncia do indiciado, exceto em casos determinados pela lei e por ordem escrita da autoridade competente e em caso de flagrante delito.

Além disso, ninguém poderia ser mantido na prisão sem que houvesse “culpa formada”, senão por autoridade competente e na forma da lei, estando asseguradas as garantias necessárias da defesa.

O Código de Processo Penal de 1941, vigente até os dias de hoje, tratava da prisão em flagrante em seus artigos 301 a 310, demonstrando, pela primeira vez, as hipóteses de flagrante delito, modalidades estas que serão tratadas posteriormente.

A Constituição Federal de 1946 traz consigo o regime presidencialista, o voto direto, secreto e universal e consagra a comunicação da prisão em flagrante à autoridade competente em seu artigo 141, parágrafo 22.

Com o regime militar, entra em vigor a Constituição de 1967, que não modifica nada a respeito da prisão em flagrante, garantindo a sua possibilidade em seu artigo 150, parágrafo 12.

A Constituição Federal de 1988, também denominada Constituição Cidadã, consagra a prisão em flagrante no artigo 5º, inciso LXI, deixando claro que todos são iguais perante à lei e que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e devidamente fundamentada da autoridade judiciária competente.

1.3 – Espécies de prisões processuais

O artigo 32 do Código Penal Brasileiro estabelece que existem três formas de pena: a pena privativa de liberdade, as penas restritivas de direito e a pena de multa. Dentre as penas privativas de liberdade, existe a reclusão, a detenção e a prisão simples, onde são observados a individualidade de cada condenado e a quantidade de pena imposta e são aplicados regimes proporcionais: o fechado, o semiaberto e o regime aberto.

Há também o regime especial, conforme prescrito no artigo 37 do Código Penal, onde se refere ao cumprimento de pena por mulheres, que ocorre em estabelecimento próprio, adequado às suas necessidades.

Dentre as modalidades de prisão, o ordenamento jurídico brasileiro descreve seis deles: prisão para fins de extradição, a prisão temporária, a prisão preventiva, a prisão para execução da pena, a prisão civil e a prisão em flagrante (LUIZ, 2016).

A prisão para fins de extradição é regulamentada pela Lei nº 12.878/2013, em seu artigo 82, § 1º e § 2º. Esta modalidade ocorre quando um indivíduo comete um crime em outro país, sendo punido tanto no país onde ele se encontra, quanto no país em que praticou o fato. Desta forma, até que aconteça a entrega deste ao seu país de origem, este ficará sob a tutela do país em que se encontra, até que ocorra sua extradição (DIAS, 2017; LUIZ, 2016).

A prisão temporária, Lei nº 7.960/89, é decretada durante a fase de investigação, por meio da representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, para assegurar alguma diligência ou quando a pessoa investigada não possui residência fixa ou faltar elementos suficientes para esclarecer sua identidade, ou houver fundadas razões de sua autoria ou materialidade. Possui prazo de 05 (cinco) dias prorrogáveis por mais cinco e poderá ter duração de 30 (trinta) dias em caso de crimes hediondos (DIAS, 2017)

Já a prisão preventiva, tem o intuito de antecipar, trata-se de medida cautelar de garantia de efetividade de um processo, como forma de prevenção, mesmo que ainda não haja uma condenação. Estabelecida pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, os requisitos necessários para sua decretação são: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (DIAS, 2017).

A prisão para execução da pena, ou prisão pena, é a privação de liberdade em razão da violação da norma penal. Ocorre em razão da sanção imposta pelo estado, após sentença condenatória transitada em julgado (LUIZ, 2016).

A prisão civil, prevista no artigo 5º inciso LXVII da Constituição Federal, trata-se de uma medida coercitiva e excepcional para fazer com que o devedor de alimentos cumpra sua obrigação: o pagamento da pensão alimentícia. A principal função dessa prisão é forçar o devedor a pagar o que ele deve, para garantir a sobrevivência do alimentando.

A prisão em flagrante é a única modalidade em que não é necessária um mandado judicial, tem como objetivo deter quem está praticando um ato criminoso, podendo ocorrer em qualquer hora, qualquer lugar, por qualquer pessoa (JUNIOR E OLIVEIRA, 2018).

O artigo 302 do Código de Processo Penal consagra esta modalidade de prisão, que possui uma série de circunstâncias e situações. É uma prisão provisória, associada ao crime que está sendo realizado no momento em que a autoridade policial ou qualquer pessoa do povo possa visualizá-lo, e tem como objetivo deter o sujeito que acaba de praticar um delito e também assegurar o caráter probatório do crime (JUNIOR E OLIVEIRA, 2018).

1.4 – Das modalidades de prisão em flagrante

O Código de Processo Penal define quatro espécies de prisão em flagrante, levando em consideração as circunstâncias temporais, onde o delito já teria sido consumado. Para a doutrina, existem diversas modalidades de prisão em flagrante (JUNIOR E OLIVEIRA, 2018).

O flagrante próprio, real, perfeito, propriamente dito ou verdadeiro, está disposto no artigo 302, inciso I e II do CPP, ocorre quando o indivíduo é surpreendido durante o ato ilícito, cometendo a infração, realizando os atos executórios ou quando ele acaba de cometer a conduta mas ainda se encontra no local da infração. Esta modalidade possui uma maior credibilidade e não pode ocorrer de forma premeditada ou planejada (MARCÃO, 2012; NUCCI, 2014).

Há também a modalidade de flagrante impróprio, irreal, imperfeito ou quase flagrante, quando o agente é perseguido após cometer a infração, seja perseguido por autoridade policial, pelo ofendido ou por qualquer cidadão, onde se acredita que ele seja o autor do fato. É necessário que exista uma continuidade na perseguição, sem interrupções, mesmo que não haja o contato visual em todo o tempo, mas que tal perseguição se inicie logo após o cometimento do crime, não havendo tempo estritamente definido em lei ou pela jurisprudência, até o momento da captura.

O prazo de duração da perseguição poderá durar dias e até meses, desde que não haja interrupção, conforme estabelece o artigo 290, parágrafo primeiro do CPP (NUCCI, 2014; OLIVEIRA, 2014).

O flagrante presumido, conforme artigo 302, inciso IV do CPP, é quando alguém é encontrado logo após o fato criminoso, portando objetos que façam entender que seja ele o autor do crime, como armas, objetos, papéis ou ferramenta de uso ilícito. Tal situação deve ser analisada de forma minuciosa, pois é muito que ocorram erros.

Há discussões doutrinárias a respeito do lapso temporal estabelecido no artigo 302, inciso IV, quando o mesmo menciona “logo após”; visto que trata-se do tempo necessário para que a autoridade policial tome conhecimento do fato e chegue ao local do crime, para iniciar a perseguição do acusado (TAVORA E ALENCAR, 2011).

Nestor Távora (2011) afirma que existe no flagrante uma linha do tempo onde se encaixam as modalidades flagranciais. Inicialmente ocorre o flagrante propriamente dito, depois ocorre o impróprio e por fim o flagrante mais distante, que seria o presumido ou ficto, onde existe um tempo maior para a localização do agente.

O artigo 301 do CPP descreve o flagrante compulsório ou obrigatório e o flagrante facultativo. O flagrante obrigatório, diz respeito à obrigatoriedade das forças de segurança em efetuar a prisão em flagrante, sem que esta seja possível. Já o flagrante facultativo, ocorre quando a situação está ocorrendo e qualquer cidadão tem a opção de realizar a prisão, não

sendo ele obrigado a tal, sendo somente um exercício regular de um direito (LORRAINE E FILHO, 2018).

Também existe o flagrante protelado, diferido, retardado, estratégico ou ação controlada, onde a prisão do agente é retardada para que se possa acumular um maior número de provas ou para que possa alcançar o indivíduo responsável pelo ato criminoso. Esta modalidade é muito comum de ocorrer nas hipóteses de crime organizado, conforme a Lei nº 9.034/95, onde se observa e acompanha a ação criminosa até que as provas ou informações necessárias sejam alcançadas (LIMA, 2013). Neste caso, a autoridade policial responsável pelas investigações deverá comunicar ou requerer ao juiz tal modalidade de flagrante, onde o mesmo irá estabelecer os limites de tal diligência, condicionada ao posicionamento do Ministério Público.

O flagrante esperado é aquele em que ocorre a famosa “campana”: onde a autoridade policial se antecipa diante do fato criminoso e aguarda o acontecimento do primeiro ato executório para realizar a captura. Não há um estímulo para a prática do crime, mas somente um acompanhamento (OLIVEIRA, 2014).

Já o flagrante forjado, urdido, maquiado é um flagrante criado, trata-se da inserção de provas falsas para que possa incriminar determinada pessoa inocente e legitimar sua prisão. Tal fato é atípico e trata-se de flagrante nulo, pois não há no indivíduo a intenção de praticar qualquer ato ilícito, devendo tal prisão ser relaxada e o sujeito ativo envolvido deverá ser responsabilizado criminalmente (OLIVEIRA, 2014).

No flagrante provocado ou preparado, também chamado de delito de ensaio ou delito putativo por obra do agente provocador, o indivíduo é induzido a praticar um crime pela suposta vítima que se trata de um policial ou terceiro, o que torna impossível sua consumação. De acordo com a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, trata-se de um crime impossível, não punível, sendo hipótese ilegal de flagrante.

Porém existe uma exceção em relação ao tráfico de drogas, conforme artigo 33 da Lei nº 11.343/06, que se trata de um tipo misto alternativo, pois possui dezoito condutas. Dentre estas condutas, trazer consigo e ter em depósito a substância ilícita já configura o crime de tráfico. Sendo assim, ainda que o agente realize a venda de drogas para um policial disfarçado de comprador, o flagrante é legal, pois somente a venda da droga teria sido provocada, visto que o fato de trazer consigo já teria configurado um crime (MARCÃO, 2012).

CAPÍTULO 2

2.1 – Prisão em flagrante e sua natureza jurídica

Existem divergências doutrinárias quanto à natureza jurídica da prisão em flagrante. A doutrina majoritária considera que se trata de uma medida pré-cautelar, visto que antecede uma medida cautelar principal, como a conversão para uma prisão preventiva por exemplo, caso esta seja necessária, ou a liberdade provisória, caso a manutenção da restrição de liberdade se torne desnecessária (HIRATA, 2014; JUNQUEIRA, 2012; LIMA, 2011).

Guilherme de Souza Nucci (2014) afirma que a prisão em flagrante é uma medida cautelar provisória, um ato de privação de liberdade do sujeito que está praticando um delito, acaba de praticá-lo, é perseguido após a prática do fato ou é encontrado com objetos do crime, onde não se exige qualquer valoração sobre ilicitude ou culpabilidade, mas traz consigo somente uma aparência de tipicidade, ou o *fumus boni juris*, a fumaça do bom direito.

Para Capez (2006), a prisão em flagrante é uma medida restritiva de liberdade imposta a alguém que seja surpreendido cometendo um crime ou uma contravenção, ou logo após cometê-los. Trata-se de um mecanismo de autodefesa da sociedade, e para tanto, dispensa autorização judicial ou seja: não é necessário um mandado de prisão.

A prisão em flagrante possui natureza cautelar, e não se trata de antecipação de pena, mas de uma prisão provisória. Para que a mesma possa ser realizada, é necessário o preenchimento de alguns critérios como o *fumus boni iuris (fumus commissi delicti)* e o *periculum in mora (periculum libertatis)* ou seja: indícios de quem seja o autor do fato e de que a sua liberdade traga risco para a ordem pública.

Além do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, é necessário que haja atualidade e visibilidade. Ou seja: a atualidade seria algo que está acontecendo naquele devido momento ou que acaba de acontecer e a visibilidade seria a ligação entre a ocorrência do fato a alguém que o pratica (RANGEL, 2007).

O flagrante significa um fato que se observa no momento exato em que este acontece. Desta forma a prisão em flagrante é uma modalidade de prisão de natureza administrativa, cautelar, que ocorre no instante em que a infração se desenvolve ou no instante em que ela termina, podendo ser um crime ou uma contravenção (SOARES, 2016).

Esta modalidade de prisão tem efeito imediato, com consequências jurídicas severas, mas somente irá se consumir com a comunicação da autoridade judiciária que poderá validá-la ou declará-la ilegal (RANGEL, 2007).

O Código de Processo Penal, em seus artigos 301 a 310, define a prisão em flagrante como espécie do gênero prisão processual, podendo ser provisória ou cautelar, assim como a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão que decorre de pronúncia ou a prisão em razão de sentença condenatória recorrível.

2.2 – Dos procedimentos da prisão em flagrante

A doutrina afirma que o processo da prisão em flagrante, para sua perfeita concretização, pode ser dividida em seis fases cronológicas, visto que ela não se exaure em um único momento. No momento em que a pessoa foi capturada, ela não está de fato presa, ainda que exista uma restrição de seus direitos (NETO, 2016).

A prisão em flagrante pode ser realizada de duas formas: por qualquer pessoa do povo, o flagrante em sua modalidade facultativa ou deverá ser realizada por policiais que se encontrarem diante desta situação, o denominado flagrante obrigatório. Esta primeira fase da prisão trata-se da prisão captura, onde o indivíduo que acaba de cometer um crime, independente de sua natureza ou gravidade e nem mesmo de suas qualidades pessoais, é capturado para que sua conduta possa ser impedida e assegurada a autoria do crime.

Neste momento, o preso deve ser informado de seus direitos, inclusive o de permanecer calado e algumas diligências serão necessárias como a identificação da vítima, se existir, e de duas testemunhas que possam ter presenciado o fato. Neste momento, não cabe ao agente policial realizar qualquer interrogatório, seja para ajudar ou intimidar o preso (LORRAINE E FILHO, 2018).

A segunda fase é um desdobramento natural da primeira: a condução coercitiva. Esta fase seria o momento em que a pessoa capturada é conduzida até a Delegacia, sendo apresentada perante a autoridade policial, neste caso o delegado, que irá analisar a legalidade de sua prisão. A pessoa responsável pela condução do preso à Delegacia recebe o nome de condutor, que nem sempre é a mesma pessoa responsável pela prisão-captura (NETO, 2016).

A terceira fase trata-se da audiência preliminar de apresentação e garantias, momento em que o delegado verifica se a captura da pessoa teria sido legal, se houve qualquer excesso por quem realizou a prisão e se os fatos são de fato crime. Embora exista a audiência de

custódia, Resolução nº 213/2015 do CNJ, a ser realizada posteriormente, a condução imediata do preso à Delegacia, se trata de um avanço em direitos fundamentais, visto que o delegado é o primeiro garantidor da legalidade e justiça, responsável por assegurar todos os direitos aos presos, sendo eles o de permanecer calado e de comunicar sua prisão para familiares ou outra pessoa por ele indicada.

Há situações em que a prisão pode não ser confirmada pelo delegado de polícia, seja por se tratar de fato atípico ou por que não foi demonstrado o estado de flagrante. Neste momento, de acordo com o artigo 322 do CPP, o delegado poderá arbitrar fiança e o preso ficará condicionado à liberdade provisória, evitando seu recolhimento ao presídio.

A quarta fase se trata da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante – APF, realizada exclusivamente pelo delegado de polícia, decidindo sobre a legalidade da prisão, ouvindo os envolvidos.

O APF poderá ser realizado pelo juiz de direito, mas tal situação é muito rara, pois será em casos que o crime foi realizado na presença e durante o exercício de sua função. Na maioria dos casos, o juiz tem costume de encaminhar o caso ao delegado de polícia.

Em casos de infrações de menor potencial ofensivo, não é lavrado o auto de prisão em flagrante, mas sim o termo circunstanciado de ocorrência, onde o autor assina um termo de compromisso, conforme a Lei nº 9.099/95. Caso o indivíduo se recusa a assinar o termo, o auto de prisão poderá ser elaborado.

O auto de prisão em flagrante consiste em um documento onde os motivos e as circunstâncias da captura do preso são devidamente documentadas, com o depoimento do condutor, de duas testemunhas, da vítima, se houver, com o interrogatório do acusado e onde o delegado de polícia descreve os fundamentos fáticos e jurídicos de sua decisão, analisa a possibilidade de liberdade provisória mediante fiança, e pode também representar pela conversão da prisão em flagrante pela prisão preventiva, de acordo com o artigo 312 do CPP (NETO, 2016).

A quinta fase é o recolhimento ao cárcere, onde após a lavratura do auto de prisão em flagrante, quando o delegado não concede fiança ou o preso não tem condições de pagar, o mesmo é conduzido ao cárcere, estando à disposição do Poder Judiciário.

A sexta fase é a comunicação da prisão ao juiz, ao Ministério Público e ao defensor público, caso o preso não tenha advogado, conforme o artigo 306 do CPP. O auto de prisão em flagrante é finalizado e o delegado de polícia tem o dever de encaminhá-lo, no prazo de 24

horas, para que a legalidade da prisão possa ser novamente analisada, agora pelo juiz (NUCCI, 2014).

Além do envio do Auto de Prisão em Flagrante, o delegado de polícia também deve entregar ao preso a sua Nota de Culpa, no prazo de 24 horas.

Diante da realização da prisão em flagrante, o artigo 310 do Código de Processo Penal descreve as atitudes que devem ser tomadas pelo juiz após o recebimento do auto de prisão em flagrante, que serão descritas em momento posterior.

2.3 – Audiência de Custódia

Embora o Código de Processo Penal não preveja de forma expressa a audiência de custódia, a ideia surge com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, através do Pacto de São José da Costa Rica, em 22/11/1969, integrando o ordenamento jurídico brasileiro, no ano de 1992, com aprovação pelo Decreto Legislativo nº 27/1992, promulgada pelo Decreto Presidencial nº 678/1992 (LENIESKY, 2019).

O artigo 7 deste texto, em seu parágrafo 5º, afirma que toda pessoa detida deve ser conduzida à presença do juiz ou autoridade autorizada, devendo ser julgada em prazo razoável ou ser posta em liberdade sem que isso possa prejudicar o processo.

Em 2015, através da Resolução nº 213 do CNJ, regras específicas são estabelecidas para a Audiência de Custódia. Neste sentido, toda pessoa presa em flagrante, deve ser apresentada no prazo de 24 (vinte e quatro) horas à autoridade judicial, sendo ouvida a respeito das circunstâncias em que sua prisão foi realizada. A audiência deve ser realizada na presença do Ministério Público e de seu defensor constituído ou da defensoria pública (LENIESKY, 2019).

Caso a pessoa presa constituir advogado até o término da realização do auto de prisão em flagrante, o delegado de polícia deverá notificar este advogado a respeito da audiência de custódia, constando tal fato nos autos do processo. Também caberá audiência de custódia em caso de cumprimento de mandados de prisão, não sendo exclusiva para os casos de prisão em flagrante.

Neste sentido, o artigo 13 afirma que os mandados de prisão deverão conter de forma expressa, a determinação de que a pessoa presa deverá ser imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a sua prisão, ou no caso em que o mesmo for detido fora da jurisdição do juiz competente, deverá ser apresentado à autoridade local (BOMFIM, 2019).

A finalidade desta audiência é garantir os direitos fundamentais da pessoa presa, ao estabelecer o contato imediato da pessoa com o juiz, sendo o mesmo interrogado se houve tortura ou maus tratos e será analisada a legalidade da prisão e a possibilidade de sua soltura ou não (BOMFIM, 2019).

Caso haja declaração da pessoa presa que esta foi vítima de tortura ou maus tratos, ou caso a autoridade judicial encontre indícios de tais práticas, as informações serão registradas para que as providências cabíveis sejam tomadas, como a investigação de tais fatos e a preservação de seus direitos como segurança física e psicológica da pessoa presa, agora nesta situação sendo vítima, devendo ser encaminhada para atendimento médico (BOMFIM, 2019).

A denúncia será encaminhada para os órgãos competentes para averiguarem tais fatos como o Ministério Público e a Corregedoria da Polícia Militar ou Civil.

De acordo com o artigo 8º da Resolução nº 213/2015 do CNJ, a autoridade judicial deverá abster-se de perguntas relativas ao mérito dos fatos, indeferindo perguntas neste sentido realizadas pelo Ministério Público ou pela defesa técnica, para que não possam ser produzidas provas contra a pessoa presa.

Mas na maioria das vezes, o preso acaba por ser questionado sobre os fatos que resultaram em sua prisão e produz provas contra si mesmo. Caso isso ocorra, o depoimento da pessoa presa poderá ser utilizada como prova em juízo, visto que não existe vedação da utilização de seu depoimento prestado, assim como o interrogatório no momento da realização do flagrante também pode ser utilizado para instruir a ação penal (LENIESKY, 2019).

Para Fabiano Leniesky (2019), não ocorre prova ilícita, pois não houve violação da legislação, sendo garantido ao preso um atendimento prévio por seu advogado e garantido o seu direito ao silêncio.

Durante a ação penal, ao ser interrogado novamente, o acusado poderá mudar seu depoimento e até mesmo permanecer em silêncio, conforme o artigo 186 do CPP. O juiz poderá ou não, baseado na livre apreciação das provas, atribuir valor ao depoimento prestado na audiência de custódia. Neste sentido, se houver confissão no momento da audiência de custódia, esta poderá ser utilizada na condenação ou na dosimetria da pena, desde que haja fundamento para a condenação.

No momento da audiência de custódia, a autoridade judicial poderá relaxar a prisão, conceder sua liberdade provisória condicionada, não sendo obrigatoriamente condicionada a

uma medida cautelar, decretar a prisão preventiva ou outra medida necessária que possa preservar os direitos da pessoa presa (BOMFIM, 2019).

Fábio Bahia Bomfim (2019), ao analisar o papel do defensor na audiência de custódia, afirma que caberá a este requerer o relaxamento da prisão, caso reconheça sua ilegalidade, diante de vícios materiais ou legais, conforme o artigo 5º inciso LXV da Constituição Federal.

Neste sentido, deverá analisar se constam nos autos os termos de depoimento do condutor e de duas testemunhas, as notas de culpa, relatório médico de seu cliente, comunicação à pessoa da família ou alguém por ele indicada e se há as comunicações para o juiz e para o Ministério Público. Além disso, deverá analisar se existem provas suficientes do fato, se o tempo do flagrante foi adequado, se houve flagrante preparado ou forjado (BOMFIM, 2019).

Caso entenda que a prisão foi totalmente legal, deverá demonstrar se existem razões para sua manutenção, direcionando sua defesa para alegar ao juiz que não cabe prisão preventiva, e requerer a liberdade provisória, como sendo a medida cabível para aquela situação, demonstrando que não existem os motivos previstos no artigo 312 do CPP, que estabelece a prisão preventiva.

O advogado deverá garantir que a pessoa presa não possui alta periculosidade e que sua liberdade não irá prejudicar a ordem pública e que não há prejudicar a instrução penal, devendo provar que o preso não irá empreender fuga, ou que possa prejudicar a busca pela verdade real. Caso a pessoa presa tenha filhos ou alguém que dependa dele para seu sustento, é importante que tal fato seja demonstrando no momento desta audiência (BOMFIM, 2019).

A resolução nº 213 do CNJ também traz consigo dois protocolos, denominados protocolo I e II, que estão no final da norma.

O protocolo I diz respeito às medidas cautelares diversas da prisão, estabelecendo seus procedimentos de aplicação e acompanhamento. O protocolo II estabelece procedimentos a serem adotados nos casos de denúncias de tortura ou quaisquer tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

2.4 – Relaxamento da Prisão

O relaxamento da prisão em flagrante poderá ocorrer em vários momentos, sob diversas circunstâncias. Em um primeiro momento, o relaxamento da prisão poderá ocorrer

quando a pessoa conduzida é apresentada perante a autoridade policial, onde este irá analisar a legalidade de sua prisão (MASSULO, 2016).

Embora a Resolução nº 213/2015 garanta a realização da audiência de custódia, o delegado é o primeiro a garantir a legalidade e a justiça, podendo verificar se a prisão em flagrante foi realizada de forma legal, se houve algum excesso e se o fato em questão trata-se de um crime.

Há situações em que não ocorreu um crime, sendo chamado de fato atípico e há casos em que não se configura a situação flagrancial, onde o delegado poderá relaxar a prisão e o conduzido será posto em liberdade mediante a lavratura de um boletim de ocorrência, para documentar a sua condução até a delegacia de polícia (NETO, 2016).

Todavia, se o fato configura crime e se a prisão em flagrante é confirmada pela autoridade policial, de acordo com o artigo 322 do Código de Processo Penal, o delegado poderá arbitrar fiança nos casos em que a pena máxima não seja superior a quatro anos e a pessoa presa ficará condicionada à liberdade provisória, evitando seu recolhimento ao presídio (NUCCI, 2014).

A prisão em flagrante também poderá ser relaxada pela autoridade judicial. De acordo com o artigo 310 do Código de Processo Penal, existem atitudes que devem ser tomadas pelo juiz após o recebimento do auto de prisão em flagrante: deverá, de forma fundamentada relaxar a prisão caso reconheça sua ilegalidade, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ou ainda conceder a liberdade provisória, condicionada ou não a outra medida cautelar (NETO, 2016).

No prazo máximo de 24 horas após a realização da prisão, deverá ser realizada a audiência de custódia, na presença do acusado, seu advogado ou defensor público e o Ministério Público.

Nessa audiência, o juiz deverá decidir de forma fundamentada se irá relaxar o flagrante, que normalmente ocorre quando há algum erro no momento de sua realização ou quando a prisão é desnecessária, sendo configurada desta forma a prisão ilegal.

O juiz também poderá converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando estiverem presentes os requisitos da preventiva, de acordo com o artigo 312 do CPP, e outra medida cautelar diferente da prisão sejam inadequadas. A autoridade judicial também terá a discricionariedade de conceder a liberdade provisória, com arbitramento de fiança ou até mesmo sem fiança (BOMFIM, 2019).

De acordo com a Lei nº 13.964 de 2019, o denominado “Pacote Anticrime”, caso não ocorra a audiência de custódia no prazo de vinte e quatro horas, sem que haja um motivo adequado, também irá ocasionar o relaxamento da prisão, visto que se tratará de prisão ilegal.

Analisando um caso concreto, ocorrida na 2ª Vara Criminal da comarca de Aparecida de Goiânia, dia 09 de março de 2020, foram presos em flagrante: LEPB e MGN, ambos maiores de idade, pelo crime de tráfico de drogas (Art. 33 da Lei 11.343/06) e pelo crime de receptação (Art. 180 do CPB) por estarem conduzindo uma motocicleta furtada.

Na audiência de custódia, dia 11 de março de 2020, o Ministério Público requereu a homologação do flagrante e a decretação da prisão preventiva, em razão da quantidade de drogas apreendida e o crime de receptação da motocicleta. A defesa, por sua vez, requereu o relaxamento obrigatório da prisão em flagrante, visto que teria sido rompido o limite de 24 (vinte e quatro) horas para a realização da audiência de custódia.

O magistrado homologou o flagrante e converteu a mesma em prisão preventiva, afirmando estarem presentes todos os requisitos formais para sua validade, ao conter suficientes indícios de materialidade e autoria. No que tange ao seu relaxamento requerido pela defesa, por romper o limite de 24 horas, o magistrado alegou que o limite temporal não é absoluto e se vê convalidado com a decretação da prisão preventiva, com base em vários julgados, pois se trata de mera irregularidade. Além disso, em sua decisão, alegou que o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás relativiza o prazo para realização de audiências de custódia, sendo mais importante a questão do mérito da prisão, sendo ela necessária ou não para a proteção da sociedade (Resolução nº 53, de 13 de abril de 2016, artigo 1º, §§ 1º e 2º do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás).

No caso em tela, a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva para os dois indiciados, visto que ambos possuíam antecedentes criminais, em razão da grande quantidade de drogas apreendida e a eventual associação e receptação de produtos de crime, garantindo assim a ordem pública (PROJUDI-GO, 2020, TJ-GO, 2ª VC, Aparecida de Goiânia-GO, Ação Penal: 0025416-13.2020.8.09.0011).

Diferentemente, dia 13 de março de 2020, foi preso em flagrante a pessoa de LAS, maior de idade, pelo crime de tráfico de drogas, artigo 33 da Lei 11.343/06. Realizada a audiência de custódia, dia 14 de março de 2020, na 2ª Vara Criminal da comarca de Aparecida de Goiânia-GO, o Ministério Público manifestou pela homologação da prisão em

flagrante e a liberdade provisória de LAS, onde a defesa acompanhou pela manifestação do Ministério Público.

Neste contexto, a magistrada decidiu pela homologação do flagrante, onde foram cumpridas todas as formalidades exigidas pela norma processual penal. Ao analisar os motivos que deram ensejo à prisão e se estão presentes os requisitos para a conversão em prisão preventiva, decidiu a magistrada pela liberdade provisória de LAS, em razão da ausência de *periculum libertatis*, uma vez que o indiciado possuía bons antecedentes e cercear sua liberdade não seria a solução naquele momento processual, visto que possuía endereço fixo e teria sido civilmente identificado, alegando que outras medidas menos severas poderiam ser utilizadas para manter a ordem pública.

Ao conceder a liberdade provisória, a magistrada condicionou LAS outras medidas cautelares como: não praticar qualquer infração penal, comparecer a todos os atos do processo, não mudar de endereço sem comunicação ao Judiciário e proibição de frequentar certos lugares (PROJUDI-GO, 2020, TJ-GO, 2ª VC, Aparecida de Goiânia-GO. Ação Penal: 0028034-28.2020.8.09.0011).

CAPÍTULO 3

3.1 – Aspectos relevantes da prisão em flagrante

Em regra, qualquer pessoa poderá ser presa em flagrante. Mas há algumas pessoas que em razão de sua importância, idade ou localização, poderão ser impedidas deste ato.

De acordo com o artigo 83, §3º da Constituição Federal, não poderá ser preso em flagrante o presidente da República, sendo necessária uma sentença condenatória para privar sua liberdade. Isto porque se houver algum erro em sua prisão, isto pode prejudicar o país, devendo ser necessária uma avaliação minuciosa da situação, colheita de provas e uma sentença condenatória (LORRAINE E FILHO, 2018).

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), menores de dezoito anos não poderão ser presos, mas existe um estabelecimento específico e adequado para tais situações, visto que o menor de idade tem direito à proteção, devendo incluir nestes casos atendimento psicológico, pedagógico e social, e, em último caso, encaminhado para centros de internação para cumprimento de medida socioeducativa.

Também não serão presos em flagrante os diplomatas estrangeiros com tratados ratificados pelo país, pois são pessoas protegidas pela imunidade diplomata.

De acordo com o artigo 301 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), autor de acidentes de trânsito de forma culposa, desde que preste socorro integral à vítima, não poderá ser preso em flagrante.

Os artigos 28 e 48 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) abre uma exceção para o usuário de drogas, considerando que este seja apreendido com uma quantidade mínima de entorpecentes, não poderá ser preso em flagrante, mas responderá criminalmente de outras formas.

Há também pessoas que não poderão ser presas por qualquer crime, mas somente por crimes inafiançáveis como membros do Congresso Nacional: senadores e deputados, de acordo com artigo 53, §2º da Constituição Federal, em razão de sua importância situacional diante do país. Tais regras também são adotadas aos deputados estaduais ou distritais, conforme artigo 27 §1º da Constituição Federal.

O artigo 33 da LC nº 35/79 e artigo 40, inciso III da Lei nº 8.625/93 estabelecem que os magistrados e membros do Ministério Público não poderão ser presos em flagrante, em

razão da natureza de suas funções, sendo responsáveis por se envolver com o lado imperfeito do ser humano.

Esta prerrogativa também é garantida ao advogado no exercício de sua profissão, conforme artigo 7º, inciso IV da Lei 8.906/94, visto que em razão de sua função, são submetidos a vários tipos de crimes.

A prisão em flagrante trata-se de uma prisão sem pena, com grande nível de complexidade, necessitando de muitas justificativas para comprovar o fato, recebendo grandes fundamentos por meio do auto de prisão em flagrante, em busca de auxiliar nas provas de autoria e materialidade (LORRAINE E FILHO, 2018).

3.2 – Discussões doutrinárias

3.2.1 – Tempo de duração da prisão em flagrante

Uma das discussões doutrinárias mais relevantes, relacionadas à prisão em flagrante diz respeito ao tempo de duração da prisão em flagrante. Com a alteração da Lei nº 12.403/2011, estabelecendo que a prisão em flagrante seria uma medida precautelar e assim deve ser mais rápida, existe diversas posições doutrinárias a esse respeito.

Existem correntes doutrinárias mais relevantes, sendo que a primeira afirma que o juiz deve analisar de forma imediata esta questão, assim que receber o Auto de Prisão em Flagrante (NUCCI, 2014).

A segunda corrente afirma que o prazo para a análise desta prisão, seria o mesmo prazo em que a autoridade policial possui para enviar o procedimento à autoridade judicial: seria de vinte e quatro horas, de acordo com o artigo 306, §1º do CPP.

Existe uma terceira corrente que estende tal prazo para quarenta e oito horas, afirmando que este seria o prazo que o juiz teria para decidir se arbitrará fiança, de acordo com o artigo 322, parágrafo único.

A quarta corrente afirma que haveria cinco dias, visto que a decisão judicial possui natureza de interlocutória, devendo respeitar o prazo do artigo 800, inciso II do CPP, que diz respeito à decisão interlocutória simples (HIRATA, 2014).

Há uma quinta corrente que se aplica até nas leis especiais, levando em consideração vários aspectos, como o fato do delegado não possuir tempo suficiente e nem recursos para em vinte e quatro horas realizar diligências básicas, como aquelas dos artigos 6 e 7 do CPP,

como dirigir-se ao local do crime e aguardar a chegada dos peritos, apreender objetos, colher todas as provas, ouvir todos os envolvidos, dentre outras questões.

Desta forma, a realização de todas as diligências necessárias deve ocorrer após a lavratura do flagrante, para que hajam embasamentos suficientes e para que o delegado possa ter condições de representar por uma prisão preventiva ou temporária, realizar um Inquérito Policial eficiente e etc.

Outro fato que a quinta corrente aborda seria o curto prazo que o juiz possui para analisar uma decisão tão importante, baseado somente no Auto de Prisão em Flagrante, sem embasamento suficiente, além do curto prazo para que o Ministério Público possa ter conhecimento do fato e tomar providências necessárias (TOURINHO FILHO, 2008).

Neste sentido, o prazo do flagrante deveria ser a soma dos prazos para a realização de diligências, oferecimento da denúncia e da conclusão do inquérito, sendo que não cumprir tais prazos viola o princípio da legalidade.

O prazo então seria de dez dias para a conclusão do inquérito em caso de réu preso, ou de quinze dias prorrogáveis por mais quinze se for crime da Justiça Federal e de cinco dias para o oferecimento da denúncia, conforme artigos 10 e 66 do Código de Processo Penal, totalizando quinze dias ou vinte dias, respectivamente. Caso seja um crime previsto na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), o prazo para a conclusão do inquérito seria de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta, caso se tratar de pessoa presa (TOURINHO FILHO, 2008; HIRATA, 2014).

3.2.2 – Da legalidade do flagrante ficto ou presumido

A prisão em flagrante é considerada o tipo de prisão mais praticada no Brasil. É consagrada pelo artigo 302 do Código de Processo Penal, onde estabelece algumas possibilidades de alguém ser preso em flagrante.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

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

(BRASIL, Código de Processo Penal, de 03 de outubro de 1941)

As duas primeiras modalidades estabelecidas neste artigo são autoexplicativas, denominadas de flagrante próprio ou perfeito, quando alguém está cometendo uma infração ou acaba de cometê-la, o denominado flagrante próprio ou perfeito.

A terceira modalidade de flagrante é chamada de flagrante impróprio ou imperfeito é quando alguém é perseguido logo após ter cometido a infração, não havendo tempo estritamente definido em lei ou pela jurisprudência, até o momento da captura, desde que a perseguição se inicie logo após a prática do crime, de forma imediata e ininterrupta. As circunstâncias em que se encontram o agente é que farão com que se presuma sua autoria.

Nucci (2014) exemplifica esta modalidade de flagrante quando o agente desfere vários disparos na vítima e se retira com a arma na mão, não sendo detido no exato instante em que se consumou o crime, mas passou a ser perseguido por vizinhos do ofendido e logo, é realizada sua prisão. Esta modalidade também pode ser chamada de quase flagrante. Não há um lapso temporal fixo estabelecido, entre o crime e a perseguição, para caracterizar esta modalidade, devendo haver razoabilidade na interpretação.

A última hipótese de flagrante, descrita no inciso IV, é denominada flagrante ficto ou presumido, onde o agente, logo depois da prática do crime, é encontrado com objetos do crime, seja instrumentos, armas, papéis que possam demonstrar, de forma presumida, ser ele o autor da infração penal, embora ele não tenha sido perseguido (NUCCI, 2014).

Na prática, esta modalidade é mais comum de ocorrer em crimes patrimoniais, onde a vítima comunica à polícia a prática de um roubo ou furto e a viatura policial inicia sua ronda em busca da *res furtiva*, como um telefone celular ou um veículo por exemplo. Ao visualizar o autor do crime, horas depois, em poder do veículo, poderá o policial lhe dar voz de prisão (NUCCI, 2014).

Renato Brasileiro de Lima (2013) afirma que o inciso IV trouxe uma fragilidade probatória ao trazer a expressão onde o indivíduo deverá ser encontrado “logo depois” do crime. Para tanto, este inciso deve ser interpretado de forma mais restritiva, visto que se alguém é encontrado com os objetos subtraídos um dia depois da prática, não será possível considerar a situação em flagrante de crime de furto ou roubo, cabendo neste caso uma receptação, por estar em posse de bem que seja produto de crime (LIMA, 2013).

Para tanto, deverá ser evitado as prisões que não estejam em situação flagrancial. Diferentemente, para os crimes permanentes, onde o resultado se prolonga por longo período,

será o agente preso em flagrante enquanto não cessar a sua permanência, conforme o artigo 303 do Código de Processo Penal. Como exemplo, são considerados crimes permanentes o tráfico de drogas, porte ou posse ilegal de arma de fogo, sequestro, dentre outros.

O Supremo Tribunal de Justiça, na maioria de suas decisões, estabelece que o flagrante ficto ou presumido se caracteriza quando o agente é encontrado portando instrumentos, armas, objetos ou papéis logo depois da prática do delito, o que demonstra por presunção ser ele o autor do crime.

Na maioria de suas decisões, o STJ declara que embora o agente possa ser abordado um dia depois da prática criminosa portando tais objetos, as circunstâncias podem demonstrar que ocorreu o flagrante presumido, não se falando em ilegalidade da prisão visto que a sua nulidade poderá ser sanada com a conversão do flagrante em prisão preventiva, onde a prisão passa a ser embasada na garantia e preservação da ordem pública em razão da periculosidade dos agentes envolvidos.

Desta forma, ainda que o flagrante presumido possa gerar alguma discussão acerca do tempo em que foi realizado, sua conversão em preventiva, torna a prisão legal, uma vez que seu embasamento mudou para garantir a ordem pública. (HC 425.424/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018; TJ-CE – RSE 00004364220178060188 CE 0000436-42.2017.8.06.0188, Relator: Marlúcia de Araújo Bezerra, DJ 29/09/2020, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 29/09/2020).

3.3 - A Prisão em Flagrante e os princípios constitucionais

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, determina que a prisão cautelar é exceção, em razão da existência do Princípio da Presunção de Inocência, estabelecido pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. Desta forma, somente em situações excepcionais é que tais prisões são permitidas, sendo necessário que estejam amparadas pela necessidade e proporcionalidade, visto que o agente somente poderá ter sua liberdade restringida após decisão condenatória (OLIVEIRA, 2014).

A presunção de inocência trata-se de uma garantia fundamental, mas a prisão em flagrante não ofende o referido princípio visto que é assegurada constitucionalmente, para evitar que se consuma um delito ou que amenize seus danos evitando uma fuga, sendo uma forma de autopreservação social, levantando elementos concretos que possam tornar viável uma futura condenação, baseada no princípio do Devido Processo Legal.

Outro princípio a ser considerado é o Princípio do Devido Processo Legal. De acordo com a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LIV, ninguém poderá ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Isto significa que toda pessoa terá direito a um processo regular, de acordo com a lei, tendo direito de ser ouvido e de se manifestar, de ser informado de todos os atos processuais, de ter acesso a um advogado, dentre outros.

Marcão (2012), afirma que mesmo que a prisão como pena seja considerada um mal, toda prisão após uma sentença penal condenatória representa uma medida ainda mais danosa. Mas é extremamente útil para garantir a eficácia do sistema penal, principalmente quando envolve determinados crimes.

Além disso, a prisão em flagrante deverá ser realizada sob a proteção do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa. Antes do advento da Lei nº 12.403/2011, após o recebimento do Auto de Prisão em Flagrante, o flagrante por si mesmo garantia o encarceramento do acusado, por tempo indeterminado, aguardando o fim das investigações, pois cabia ao juiz somente analisar se os requisitos formais da restrição da liberdade foram cumpridos, para que esta prisão modalidade de prisão permanecesse (HIRATA, 2014).

Com a vigência da nova lei, para a garantia do Contraditório e da Ampla Defesa, após a realização da prisão em flagrante, cabe à autoridade judicial decidir imediatamente a respeito do que ocorrerá com o acusado e fundamentar sua decisão, com base no artigo 310 do Código de Processo 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 valerem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

(BRASIL, Código de Processo Penal, de 03 de outubro de 1941)

Neste sentido, o acusado terá igualdade de condições de se defender, na mesma medida em que foi acusado, e com as mesmas armas, podendo produzir provas em sentido contrário daquelas juntadas no processo, devendo ter ciência de todos os atos processuais.

Além disso, o acusado terá direito à Ampla Defesa, na medida em que poderá utilizar de todos os meios que possibilitem sua defesa, podendo esta ser técnica e também exercer a autodefesa, possuindo também direito ao silêncio (BITENCOURT, 2017).

3.4 – A prisão em flagrante e o STF

3.4.1 - HC 186421 MC / SC: Da Obrigatoriedade de realização de audiência de custódia.

O ministro Celso de Mello, no Habeas Corpus nº 186421 que tramitou em Santa Catarina (HC 186421 MC / SC), suspendeu a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva de um acusado de tráfico de drogas. Isto porque esta prisão teria sido decretada de ofício pelo juiz de primeira instância, sem que houvesse requerimento do Ministério Público ou representação formal da autoridade policial.

De acordo com Celso de Mello, a Lei Anticrime, Lei nº 13.964/2019, suprimiu a possibilidade da prisão preventiva de ofício, conforme constava nos artigos 282, §2º e 311 do CPP e, além disso, o acusado teria sido preso em flagrante mas o magistrado teria se recusado a realizar sua audiência de custódia, que constitui direito público subjetivo, assegurada por convenção internacional de direitos humanos e incorporada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme Decreto nº 678/92 e Decreto nº 592/92, Lei nº 13.964/2019 e Resolução do CNJ nº 213/2015, somente deixando de se realizar por motivação idônea, sob responsabilidade tríplice do magistrado que não realizá-la (STF, 2020).

Para o ministro, a audiência de custódia tem como finalidade essencial a proteção da integridade física e moral da pessoa presa, além de preservar o *status libertatis* da pessoa privada de sua liberdade, decorrendo em desrespeito à decisão proferida na ADPF 347-MC-DF, de eficácia vinculante, que determinou a obrigação da autoridade judiciária de realização da audiência de custódia como ato de direito subjetivo da pessoa submetida à prisão cautelar.

O Supremo Tribunal Federal tem diversos precedentes a respeito da obrigatoriedade da realização de audiência de custódia no prazo de vinte e quatro horas, exceto se configurada justa causa. Segue a referida jurisprudência:

"EMENTA: 1. "Habeas corpus". Audiência de custódia (ou de apresentação) não realizada. A realização da audiência de custódia (ou de apresentação) como direito subjetivo da pessoa submetida a prisão cautelar. Direito fundamental reconhecido pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 7, n. 5) e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (Artigo 9, n. 3). (...) A ausência da realização da audiência de custódia (ou de apresentação), tendo em vista a sua essencialidade e considerando os fins a que se destina, qualifica-se como causa geradora da ilegalidade da própria prisão em flagrante, com o consequente relaxamento da privação cautelar da liberdade individual da pessoa sob poder do Estado. Magistério da doutrina: AURY LOPES JR. ("Direito Processual Penal", p. 674/680, item n. 4.7, 17ª ed., 2020, Saraiva), GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ ("Processo Penal", p. 1.206, item n. 18.2.5.5, 8ª ed., 2020, RT), RENATO

BRASILEIRO DE LIMA ("Manual de Processo Penal", p. 1.024/1.025, 8ª ed., 2020, JusPODIVM) e RENATO MARCÃO ("Curso de Processo Penal", p. 778/786, item n. 2.12, 6ª ed., 2020, Saraiva)."

STF MC em HC 186421 - SC, MIN. CELSO DE MELO. 17/07/2020. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC186421.pdf>.

3.4.2 - Da Súmula 145 do STF

A referida súmula afirma que “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.” Neste caso, de acordo com a Suprema Corte, o flagrante é nulo e o crime é impossível quando a polícia provoca a realização do delito, interferindo em sua consumação, para realizar a prisão em flagrante (STF, 2015).

Para Nelson Hungria (1958), o crime provocado ou crime de ensaio, é um crime perfeito somente externamente, pois o seu autor é um “protagonista inconsciente de uma comédia”.

Existe um crime de forma subjetiva, mas que não ocorre do ponto de vista objetivo, pois não houve violação à lei penal mas uma cooperação consciente para averiguar a autoria de crimes cometidos anteriormente.

Para que esta súmula possa ser aplicada, é necessário que haja dois requisitos simultâneos: a provocação do flagrante pela polícia e a impossibilidade absoluta de sua consumação.

Este fato, denominado flagrante provocado, é diferente do flagrante esperado, que a polícia é informada do crime antes que este aconteça, não o provocando diretamente, mas aguardando o momento de sua execução para realizar a prisão em flagrante (LOPES, 2013).

O flagrante provocado é ilegal, visto que a polícia incentiva o autor a praticar o crime e o flagrante esperado é legal e neste caso, a súmula 145 não é aplicada, visto que o policial possui legalidade para atuar.

Porém, há precedentes no Supremo afirmando que em caso de tráfico de drogas, ainda que o autor não possa ser preso pela venda da droga diante da provocação do policial, ele poderá responder pela guarda ilícita da substância, visto que vender e guardar seriam duas ações distintas e autônomas, ambas vedadas pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/06:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar,

prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Desta forma, antes que o agente tenha sido provocado pelo policial para vender a substância ilícita, o mesmo já mantinha tal substância sob sua guarda, configurando assim um crime permanente, configurando legalidade no flagrante preparado em caso de tráfico de drogas.

Quanto à segunda alegação, em que requer seja reconhecido o flagrante preparado, tenho para mim ser de todo irreparável a decisão proferida pelo STJ que assentou: "o fato de os policiais condutores do flagrante terem se passado por consumidores de droga, como forma de possibilitar a negociação da substância entorpecente com o ora paciente e demais corréus, não provocou ou induziu os acusados ao cometimento do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, sobretudo porque o tipo do crime de tráfico é de ação múltipla, admitindo a fungibilidade entre os seus núcleos, consumando-se, apenas, com a guarda da substância entorpecente com o propósito de venda, conforme restou evidenciado na espécie".

(HC 105.929, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 24-5-2011, DJE 107 de 6-6-2011).

Lopes Jr (2013) discorda ao afirmar que tal hipótese viola o princípio do *nemo tenetur se detegere*, o denominado princípio da não-autoincriminação, consagrado pelo artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal.

Desta forma, o policial disfarçado de usuário, ao induzir o agente a vender a droga, faz com que o mesmo obtenha prova contra si mesmo, praticando uma conduta desleal, induzindo o autor ao erro, situação esta que está protegida pelo Estado de acordo com o princípio citado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho trouxe aspectos importantes relacionados à prisão em flagrante, apresentando seu contexto histórico, suas mudanças significativas diante da Lei nº 12.403/2011, discussões doutrinárias e o posicionamento mais recente do Supremo Tribunal Federal.

Com o presente estudo foi possível observar que a prisão em flagrante trata-se de uma medida precauteladora, que tem como essência tranquilizar a sociedade e impedir a fuga daquele que acabou de cometer um crime. A legislação brasileira não estipula um tempo em que possa durar o estado de flagrante, pois este pode se prolongar por dias ou pode ser extinto em poucos minutos.

No Brasil, é costume que o acusado de um crime permaneça preso durante todo o seu processo de condenação, ainda que sua liberdade não represente perigo para o trâmite processual.

Todavia, a prisão em flagrante deve ser realizada sob a proteção dos princípios constitucionais, como a Presunção de Inocência, o Devido Processo Legal e sob o crivo do Contraditório e a Ampla Defesa.

Neste sentido, a Constituição Federal garante que ninguém poderá ser preso, exceto em flagrante ou somente após o trânsito em julgado de sua sentença, visto que todo acusado é considerado inocente até que se prove o contrário e em razão disso, deve permanecer em liberdade até que uma condenação final seja definida, devendo ser devidamente comunicado de todos os atos processuais e tendo o direito de se defender de toda a acusação.

A Carta Magna garante também que a prisão em flagrante deverá ser imediatamente comunicada ao juiz, ao Ministério Público e à pessoa que a pessoa presa indicar. Esta modalidade de prisão não pode ser mantida por muito tempo, devendo o juiz converter esta prisão em prisão preventiva ou conceder a liberdade ao acusado. Para que ele seja preso, outras medidas cautelares devem ser insuficientes para a garantia do processo, visto que a prisão do acusado é uma medida extrema e excepcional.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Rafael Damaceno. **As prisões e o direito penitenciário no Brasil**. DireitoNet, 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3482/As-prisoas-e-o-direito-penitenciario-no-Brasil>. Acesso em: 15 set 2020.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 3. Ed ver, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- BITENCOURT, A. **A prisão em flagrante delito no ordenamento jurídico brasileiro**. 2017. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/advocacia-bitencour/artigos/a-prisao-em-flagrante-delito-no-ordenamento-juridico-brasileiro-4136>. Acesso em: 13 set 2020.
- BOMFIM, Fábio Bahia. **Prática jurídica: audiência de custódia e o advogado de defesa**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5827, 15 jun. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73243>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 25 ago. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 186421 MC / SC** – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 17 jun 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC186421.pdf>. Acesso em: 25 ago 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 145** – Distrito Federal. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 dez 2009. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>. Acesso em: 25 ago 2020.

- CHIAVERINI, T. **Apontamentos sobre a pena em Immanuel Kant**. In Phrónesis, Revista de Ética, vol. 8, nº 2, julho-dezembro, Campinas: PUC, 2006.

- CHIAVERINI, T. **Origem da Pena de Prisão**. Revista Conteúdo Jurídico. São Paulo: PUC, 2009. Disponível: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8885/1/Tatiana%20Chiaverini.pdf>. Acesso em: 02 mai 2020.

- CAPEZ, Fernando. **Processo Penal**. 16. Ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006.

- DIAS, Wagner. **Prisão em Flagrante**. 2017. Disponível em: <https://www.infoescola.com/direito/prisao-em-flagrante/> Acesso em 08 abr 2020.

- HIRATA, Felipe Akio de Souza. **Prisão em flagrante: divergências doutrinárias quanto a natureza jurídica e o seu prazo de duração**. 2014. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-02-2014/5-Felipe-Akio-SouzaHirata.pdf> Acessado em: 10 abr 2020.

- HUNGRIA, Nelson, **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo II**, Rio de Janeiro: Forense, 4ª. edição, 1958, p. 108.

- JUNIOR, JIRS; OLIVEIRA, E. **Modalidades de Prisão em Flagrante: Interpretação dos dispositivos legais**. Maio de 2018. Disponível em: https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/bitstream/123456789/880/1/1289_Jos3%A9_Iran_Ribeiro_Da_Silva_J%C3%BAnior_Dep%C3%B3sito_Final_13447_872821066.pdf. Acesso em 01 mar 2020.

- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito penal** - 12.ed. Rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. - (Coleção elementos do direito; v. 7/ coordenação Darlan Barroso, Marcos Antonio Araujo Junior).

- LENIESKY, Fabiano. **A audiência de custódia e a prova no Processo Penal**. DireitoNet. Setembro de 2019. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11250/A-audiencia-de-custodia-e-a-prova-no-Processo-Penal>. Acesso em: 20 ago 2020.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói: Impetus, 2013.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LORRAINE, SS; FILHO, WRS. **A Modalidade de prisão em flagrante e sua eficácia no direito brasileiro**. Maio de 2018. Disponível em: <https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmg/bitstream/123456789/1151/1/Sythara%20Lorraine%20Silva.pdf>. Acesso em 04 mar 2020.
- MASSULO, Vinícius Azevedo. **Natureza jurídica da prisão em flagrante e suas modalidades**. UNISC, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1109/1/Vin%C3%ADcius%20Azevedo%20Massulo.pdf>. Acesso em 04 mar 2020.
- LUIZ, D. **Espécies de prisões no ordenamento brasileiro**. Revista Jus Navigandi, Abr 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48143/especies-de-prisoos-no-ordenamento-brasileiro>. Acesso em: 10 mai 2020.
- MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. — 2. ed. rev. E ampl., São Paulo : Saraiva, 2012.
- MENEZES, Josefa do Espírito Santo. **Panorama histórico das prisões**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: mar 2014. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38632/panorama-historico-das-prisoos>. Acesso em: 05 Mai 2020.

- NETO, Francisco Sannini. **As 6 fases da prisão em flagrante**. Canal Ciências Criminais. Jusbrasil. – 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/321036465/as-6-fases-da-prisao-em-flagrante>. Acesso em: 15 Ago 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- OLIVEIRA, DRQ. **Da natureza da prisão em flagrante e suas modalidades**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 29 jul 2014. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/40305/da-natureza-da-prisao-em-flagrante-e-suas-modalidades>. Acesso em: 31 jul 2020.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários do código de processo penal e sua jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.
- LAMY, B; REINALDET, TJ. **A constitucionalização do direito penal francês (*The constitutionalisation of the french criminal law*)**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 7, n. 13, p. 35-64, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/download/52/49>. Acesso em: 11 set 2020.
- SOARES, SHZ. **O Conceito de Flagrante Delito para fins da Atuação Policial**. Revista Âmbito Jurídico. n. 146. Mar. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-146/o-conceito-de-flagrante-delito-para-fins-da-atuacao-policial/>. Acesso em 01 mai 2020.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

-TJ-GO, 2ª VC, Aparecida de Goiânia-GO. Ação Penal: 0028034-28.2020.8.09.0011. Juiz de Direito: Lázaro Alves Martins Junior. 11/03/2020. Projudi-GO, 2020. Disponível em: <https://projudi.tjgo.jus.br/>. Acesso em 26 out 2020.

-TJ-GO, 2ª VC, Aparecida de Goiânia-GO. Ação Penal: 0025416-13.2020.8.09.0011. Juiz de Direito: Liliam Margareth da Silva Ferreira. 14/03/2020. Projudi-GO, 2020. Disponível em: <https://projudi.tjgo.jus.br/>. Acesso em 26 out 2020.

- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. vol. 3. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.