

A ANÁLISE DA PRISÃO EM FLAGRANTE E SUA NATUREZA JURÍDICA NO ÂMBITO DA LEI 12.403/2011

Emiliana Aparecida Hagenbeck Gomes*

RESUMO: O presente trabalho objetiva fazer uma análise acerca da Prisão em Flagrante e a sua natureza jurídica, mormente após a modificação do Estatuto Processual Penal, advinda com a Lei 12.403/2011. Igualmente, a obra traz à baila a divergência de posições sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVES: Prisão. Flagrante. Cautelar.

INTRODUÇÃO

O motivo que levou o presente artigo a ser realizado foram as alterações recentes, trazidas pela Lei 12.403 de 2011, com vigência em 04 de julho de 2011, que mudaram, de forma significativa diversos institutos.

A nossa Carta Mãe foi criada posteriormente ao Código de Processo Penal, este, consoante seu artigo 810, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942.

Portanto, com a vigência da Constituição federal de 1988, muitos dispositivos do Estatuto Processual Penal quedaron-se incompatíveis em relação a esta, bem como com as Convenções e Tratados que o nosso país se tornou consignatário.

Desse modo, na tentativa de harmonizar todo o ordenamento jurídico, deu-se início a criação de diversos projetos de lei, resultando nas principais mudanças legislativas, dentre elas, a Lei 10.258/2001, que alterou dispositivos relacionados à prisão especial, a Lei 10.792/2003, modificou o interrogatório, pois, passou a assegurar a presença do advogado e a consulta prévia, Lei 11.689/08, que tratou sobre o procedimento do júri, Lei 11.690/2008 alterou dispositivos relacionados à prova.

Outra mudança legislativa foi trazida pela Lei 11.719/08 que versa acerca do procedimento comum e dispositivos relacionados a *emendatio*

* Técnica Administrativa do Ministério Público do Estado de Sergipe, Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Pós-Graduada em Ciências Penais- Uniderp.

e *mutatio libeli*. E, finalmente, foi criada a Lei 12.403/11 que altera a prisão cautelar, bem como acrescenta medidas cautelares diversas da prisão. Essa lei é resultado da conversão do Projeto de Lei 4.208/2001.

Logo, é com base nas alterações oriundas dessa lei mais recente, Lei 12.403, que o trabalho foi produzido, principalmente, voltado para a prisão em flagrante, enquadrada como prisão pré-cautelar, que diferencia da prisão cautelar (prisão temporária e preventiva).

De mais a mais, a metodologia utilizada no presente trabalho foi a pesquisa exploratória sob a forma de pesquisa bibliográfica, legislações, textos doutrinários, e outras fontes fidedignas com valor científico.

Por fim, a obra será desenvolvida em três capítulos.

Primeiramente tratar-se-á da prisão, seus conceitos, aspectos e modalidades. Em seguida, será abordada a prisão em flagrante, sua origem, conceito, dentre outras características.

O último capítulo versará sobre a natureza jurídica da prisão em flagrante, demonstrando as divergências de posicionamento.

PRISÃO

Nos fala Renato Brasileiro, em sua obra, *Manual de Processo Penal*, na sua primorosa e conhecida lição:

“De fato, o termo ‘prisão’ é encontrado indicando a pena privativa de liberdade (detenção, reclusão, prisão simples), a captura em decorrência de mandado judicial ou flagrante delito, ou ainda, a custódia, consistente no recolhimento de alguém ao cárcere, e, por fim, o próprio estabelecimento em que o preso fica segregado (CF, art. 5º, inc. LXVI; CPP, art. 288, caput)”. (BRASILEIRO, 2011, p. 1175)

O conceito etimológico da palavra prisão origina-se do latim *prehensio, onis*, ou seja, prender alguém significa privá-lo de sua liberdade individual.

O Poder Público, ante a necessidade de impedir que essa liberdade fosse desregrada e tumultuasse a vida em sociedade, passou a impor sanções que privassem o homem da liberdade de ir e vir, direito fundamental previsto no artigo 5º da Carta Magna, sem, no

entanto, deixar de observar as garantias fundamentais, asseguradas constitucionalmente.

Insta salientar, a prisão, gênero, divide-se em prisão penal, decorrente da sentença com trânsito em julgado; e a prisão cautelar, esta subdivide-se em cinco modalidades-prisão preventiva em sentido estrito, prisão temporária, prisão resultante de pronúncia, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, essas duas últimas foram abolidas pelo ordenamento jurídico; e a prisão em flagrante, objeto de estudo desta obra.

PRISÃO EM FLAGRANTE

Primeiramente, é mister definir o termo “flagrante”, que origina-se do latim *flagrantis*, verbo *flagrare*, ou seja, configura a ardência do delito, a certeza visual do mesmo.

Ainda, o flagrante pode ser visto em três situações diversas. A primeira delas ocorre quando o infrator é surpreendido no instante em que comete o crime ou acaba de cometê-lo, usualmente conhecido como flagrante próprio, consoante incisos I e II do artigo 302, do Código de Processo Penal.

A segunda situação em que ocorre o flagrante é quando o agente é perseguido, logo após o cometimento do crime, sob a presunção de ser ele o autor do fato ilícito, também conhecido como flagrante impróprio, previsto no inciso III do artigo supracitado.

A terceira situação de flagrância se dá quando o indivíduo é encontrado, após o crime, na posse de objetos que façam presumir ter sido ele o causador do ilícito, pode se conhecido como flagrante presumido.

Urge ressaltar, a doutrina traz outras modalidades de flagrante, tais como o flagrante esperado, em que a polícia já tem conhecimento do crime e apenas aguarda o início de sua execução; e o provocado, o autor do fato é induzido ou instigado a cometer o delito.

A prisão, objeto de estudo, ocorre antes do início da ação penal, na fase investigativa, por intermédio da autoridade policial, obrigatoriamente, ou por qualquer do povo, facultativamente.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º traz a prisão em flagrante, preconizando no inciso LXI que:

“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão

militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988, p. 19).

Infere-se do dispositivo supramencionado que a liberdade é a regra, sendo a prisão exceção. E, para corroborar essa afirmativa, surgiu a Lei 12.403/11, pois, antes dela entrar em vigor, o Estatuto Processual Penal permitia que o indivíduo permanecesse preso, enclausurado, durante toda a fase de investigação e no decorrer da ação penal, apenas com base na prisão em flagrante, muitas vezes não havia necessidade da privação social tampouco fundamentação legal.

Com a vigência da Lei 12.403/2011, não só se permite que o flagranteado fique preso por, no máximo, 24 horas, bem como outras diversas alterações foram trazidas a respeito da Prisão em Flagrante, é o que se observa nos artigos 283, 306 e 310, todos do CPP, abaixo transcritos:

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

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

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

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

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 no 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.

O novel artigo 283, transcrito acima, traz a exigibilidade de fundamentação da prisão. Já em relação ao artigo 306 do Código Processual Penal, foi acrescido o Ministério Público, quanto a obrigação de ser avisado sobre a prisão do flagranteado e, ainda, traz a exigência de que o juiz, dentro do prazo de 24 horas, impreterivelmente, adote uma das medidas previstas pela nova redação do artigo 310 do CPP, relaxamento da prisão ilegal, conversão da prisão em flagrante em preventiva e concessão da liberdade provisória com, ou sem, fiança. E, esta última medida pode vir acrescida de medidas cautelares diversas da prisão, a exemplo da fiança, recolhimento domiciliar.

NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Conforme já explicitado acima, a prisão em flagrante é incumbe, obrigatoriamente à autoridade policial, e, é facultada a qualquer do povo.

Após a realização da prisão, o juiz que, conforme o art. 310 , supracitado, adotará as medidas nele previstas.

Inicialmente, é mister salientar que mesmo antes do advento da Lei 12.403, já havia controvérsia quanto à natureza jurídica da prisão em flagrante: prisão administrativa, medida de natureza pré-cautelar ou prisão cautelar.

O juiz não era obrigado a analisar de ofício o cabimento da liberdade provisória, o que acarretava sérias consequências, ou seja, muitas pessoas eram presas em flagrante e permaneciam nessa situação durante todo o processo penal, porque não havia uma análise acerca de uma possível liberdade provisória.

Alguns doutrinadores renomados, a exemplo de Fernando Costa Tourinho Filho, defendem que a prisão em flagrante tem natureza cautelar na medida em que sugere uma precaução, cautela acerca dos interesses do Estado, possibilitando, com maior eficácia, a aplicação posterior da lei penal.

Entretanto, com a entrada em vigor da Lei 12.403, a prisão em flagrante, por si só, não mais autoriza a permanência do inculpado no

presídio, já que, de acordo com a nova redação do artigo 310, já transcrita, diante de uma prisão em flagrante legal, ou o juiz concede ao acusado liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não com medida cautelar diversa da prisão, ou converte o flagrante em prisão preventiva, desde que presentes os seus pressupostos. Portanto, a prisão em flagrante passa a ter natureza jurídica de medida pré-cautelar.

Nesse sentido, o ilustre doutrinador, Aury Lopes Júnior obtempera:

*“O que desde logo deve ser rechaçado é qualquer argumento cujo núcleo seja a existência de uma ‘conversão automática’. **Não existe conversão automática ou sobrevida para a prisão em flagrante** e, descartada a liberdade provisória, a única medida cautelar pessoal que pode ser adotada é a prisão preventiva.”* (grifei)

Corroborando o entendimento acima, o mestre Renato Brasileiro:

*“Em face do artigo 310, inc. II, do CPP, **a prisão em flagrante deixa de ser motivo para que alguém permaneça preso durante todo o processo**, o que se afigura correto, porquanto a finalidade cautelar do flagrante, no tocante a seu caráter pessoal, esgota-se precisamente na sua função probatória. Para que o acusado possa permanecer preso, para além da evidência da prova do crime e de indícios de autoria, decorrentes da prisão em flagrante delito em si, deve-se acrescentar outra e nova fundamentação, confirmando a imprescindibilidade da constrição à liberdade de locomoção a partir da presença do suporte fático e normativo autorizadores da prisão preventiva”*(grifei) (BRASILEIRO, 2011, p. 1256) .

CONCLUSÃO

Apesar de a doutrina majoritária entender que a prisão em flagrante tem natureza cautelar, a mudança legislativa, com a vigência da Lei 12.403/2012, deu ao artigo 310 do Código de Processo Penal novo sentido

ao texto, restando clara a natureza jurídica da prisão em flagrante, medida pré-cautelara, conforme afirma Walter Nunes da Silva Júnior:

“O que ocorre com a prisão em flagrante é, tão somente, a detenção do agente, a fim de que o juiz, posteriormente, decida se a pessoa deve ser levada, ou não à prisão. Com isso se quer dizer que não há, propriamente, uma prisão em flagrante como espécie de medida acautelatória processual penal, cabendo ao juiz, após a análise por meio da leitura do auto de prisão, definir se a prisão preventiva deve, ou não, ser decretada”. (SILVA JÚNIOR, Curso de Direito Processual Penal, 2008).

Nessa senda, é de clareza solar que, a partir da vigência da lei 12.403/2011, o entendimento adotado quanto a natureza jurídica da prisão em flagrante não deve ser outro, senão o de medida pré-cautelara.

THE ANALYSIS OF THE FLAGRANT ARREST AND ITS LEGAL NATURE IN THE SCOPE OF 12.403/2011 LAW

ABSTRACT: The present study aims to analyze about the Prison in Flagrant and its legal status, especially after the change of the status of criminal procedure, happened with the Law 12403/2011. Also, the work brings up the different positions on the subject.

KEYWORDS: Prison. Act. Injunction.

REFERÊNCIAS

- BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de processo penal*, Vol. 1, ed. Impetus, 2011.
- BARROS, Francisco Dirceu. *Implicações e perplexidades no contexto prático forense provocada pela reforma do processo penal*. Jus Navegandi, Teresina, ano 16, n. 3080, 7 dez. 2011. Disponível em: [HTTP://jus.com.br/revista/texto/20603](http://jus.com.br/revista/texto/20603). Acesso em 25 mar. 2012.
- FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Código de processo penal*

comentado, Vol. 1- Arts. 1º a 393. São Paulo Saraiva, 1996.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 61.

VADEMECUM. *Acadêmico de direito*. 14ª ed. São Paulo: Rideel, 2012.