



**SOCIEDADE METROPOLITANA DE EDUCAÇÃO, CULTURA E
TECNOLOGIA SÃO CARLOS
FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS - FAMESC
CURSO DE GRADUAÇÃO DIREITO**

AMANDA DE SOUZA ABREU

**AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Bom Jesus do Itabapoana/RJ
2022

AMANDA DE SOUZA ABREU

**AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do Curso de Graduação em Direito, sob orientação do Professor Valdeci Ataíde Cápua, da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

FICHA CATALOGRÁFICA

Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC
Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves
15/2022

A162a Abreu, Amanda de Souza.

Auto de prisão em flagrante no ordenamento jurídico brasileiro. / Amanda de Souza Abreu. – Bom Jesus do Itabapoana, 2022.

80 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Metropolitana São Carlos. Bom Jesus do Itabapoana, 2022.

Orientador: Valdeci Ataíde Cápuia.

Bibliografia: 76-80.

1. Medida cautelar 2. Prisão em flagrante 3. Prisão
4. Espécies de flagrante. I. Faculdade Metropolitana São Carlos II. Título.

CDD 345.810527

AMANDA DE SOUZA ABREU

**AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia aprovada em 16/12/2022 para obtenção do título de Bacharelado em
Graduação de Direito.

Monografia avaliada em 06/02/2023

Comissão Examinadora

Prof. Me. Valdeci Ataíde Cápua
Orientador

Prof. Me. Anny Ramos Viana
Avaliador

Prof. Me. Ione Galoza de Azevedo
Avaliador

Bom Jesus do Itabapoana, 06 de fevereiro de 2023.

Deus, pela fé, esperança e presença constante em minha vida. Aos meus amigos pelo companheirismo e solidariedade.

AGRADECIMENTOS

Não poderia ter chegado até aqui sozinha, então agradeço primeiramente a Deus por toda força para concluir esse curso.

Depois, agradeço também aos meus pais, irmãos, meu chefe Delegado e Professor Sandro de Oliveira Zanon, ao meu amigo de trabalho Jaylson Pereira do Carmo e aos meus amigos por não me deixaram desistir em nenhum momento e nem surtarem.

Agradeço a meu professor e orientador pela paciência para que esse trabalho fosse entregue dentro do prazo e por toda dedicação para a confecção com excelência.

“Tudo tem seu apogeu e seu declínio... É natural que seja assim, todavia, quando tudo parece convergir para o que supomos o nada, eis que a vida ressurge, triunfante e bela! Novas folhas, novas flores, na infinita benção do recomeço.”

Chico Xavier

ABREU, Amanda de Souza. **Auto de Prisão em Flagrante no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 82f. Trabalho de Conclusão de Curso. Bacharelado em Direito. Faculdade Metropolitana São Carlos - FAMESC, 2022.

RESUMO

A presunção de inocência e o direito à liberdade são institutos consagrados na Constituição Federal de 1988. A excepcionalidade da prisão é entendida com base no fundamento constitucional que permanece na lei penal definitiva. No entanto, no contexto da Carta Magna, a prisão foi acrescentada por precaução. A prisão imposta por natureza processual imputa-se condição provisória e estipuladores das medidas cautelares concernetes sendo a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão em flagrante. O escopo do presente concentra-se na Prisão em Flagrante, ao qual é uma modalidade da prisão provisória, onde só acontece quando um crime é cometido, ou apenas aconteceu, quando um crime aconteceu em flagrante delito, ao qual destaca-se como ferramenta necessária para combater o funcionamento cotidiano de uma sociedade repleta de criminalidade desembestada. As provas incidentais do crime são diferenciadas das provas coletadas durante o crime, que são necessárias para um julgamento criminal e, portanto, para que um juiz tome uma decisão. A prisão em flagrante delito é ação administrativa prevista no artigo 301 do Código de Processo Penal e é essencialmente uma precaução processual que dispensa ordem escrita e está expressamente prevista na Carta Magna, no artigo 5º, inciso LXI. O artigo 302 do Código de Processo Penal elenca as hipóteses de aplicação que autoriza a prisão em flagrante, com as classificações doutrinárias: flagrante próprio ou perfeito, flagrante impróprio ou imperfeito, flagrante presumido ou ficto. Importa referir os tipos de flagrantes não reconhecidos pelo Código de Processo Penal, como o flagrante preparado ou provocado, flagrante esperado, flagrante prorrogado ou retardado ou diferido e o flagrante forjado. Desde a prisão em flagrante delito e, à vista disso a contenção da liberdade de ir e vir, o Estado e o agente possuem atualmente uma série de direitos e obrigações objetivos e subjetivos mútuos, que, se os executores (agentes da segurança pública, como policiais e delegados) não a cumprirem, a prisão será anulada e o acusado deverá ser solto.

Palavras-Chaves: Medida Cautelar. Prisão em flagrante. Prisão. Espécies de flagrante.

ABREU, Amanda de Souza. **Arrest Notice in Flagrante the Brazilian Legal System**. 82p. Completion of course work. Bachelor's degree in law. São Carlos Metropolitan College - FAMESC, 2022.

ABSTRACT

The presumption of innocence and the right to freedom are institutes enshrined in the Federal Constitution of 1988. The exceptionality of imprisonments is understood based on the constitutional foundation that remains in the definitive criminal law. However, in the context of the Magna Carta, imprisonment was added as precaution. Imprisonment imposed by procedural nature is imputed as provisional condition and stipulators of precautionary measures concerning temporary arrest, preventive arrest and arrest in flagrante delicto. The scope of this paper focuses on the Prison in Flagrante, which is a type of provisional arrest, where it only happens when a crime has been committed, or just happened, when a crime has been committed in flagrante delicto, which stands out as a necessary tool to combat the daily functioning of a society full of rampant crime. Evidence incidental to the crime is differentiated from evidence collected during the crime, which is necessary for a criminal trial and, therefore, for a judge to make a decision. The arrest in flagrante delicto is an administrative action provided for in article 301 of the Code of Criminal Procedure and is essentially a procedural precaution that does not require a written order and is expressly provided for in the Magna Carta, in article 5, subsection LXI. Article 302 of the Code of Criminal Procedure lists the hypotheses that authorize the arrest in flagrante, with doctrinal classifications: proper or perfect flagrant, improper or imperfect flagrant, presumed or fictitious flagrant. It is important to mention the types of flagrants not recognized by the Code of Criminal Procedure, such as the prepared or provoked flagrant, the expected flagrant, the prolonged or delayed or deferred flagrant and the forged flagrant. Since the arrest in flagrante delicto and, in view of this, the restraint of the freedom to come and go, the State and the agent currently have a series of objective and subjective mutual rights and obligations, that, if the executors (public security agents, such as police officers and delegates) do not comply with it, the arrest will be annulled and the accused will have to be released.

Keywords: Precautionary Measure. Arrest in flagrante delicto. Arrest. Types of flagrante.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPP :	Código de Processo Penal
CF:	Constituição Federal da República
ART.:	Artigo
STF:	Superior Tribunal Federal
STJ:	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

Resumo
Abstract
Lista de Abreviaturas

INTRODUÇÃO.....	11
1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL NAS FASES DO PERÍODO INICIAL.....	13
1.1 FASES DO DIREITO PENAL.....	14
1.2 VINGANÇA PRIVADA, DIVINA E PÚBLICA.....	18
1.3 PERÍODO DA IDADE ANTIGA E MÉDIA.....	24
1.4 PERÍODO HUMANITÁRIO.....	27
2. AS PRISÕES PROVISÓRIAS/CAUTELARES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	31
2.1 CONCEITO DE PRISÃO.....	31
2.2 PRISÕES CAUTELARES.....	35
2.3 CATEGORIA DE PRISÕES CAUTELARES.....	37
2.3.1 PRISÃO TEMPORÁRIA.....	39
2.3.2 PRISÃO PREVENTIVA.....	43
2.3.3 PRISÃO EM FLAGRANTE COMO DISPOSITIVO PRÉ-CAUTELAR.....	47
3. DA PRISÃO EM FLAGRANTE E SUAS MODALIDADES.....	52
3.1 DOS SUJEITOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE.....	54
3.2 ESPÉCIES DE FLAGRANTE.....	57
3.2.1 FLAGRANTE PRÓPRIO OU PERFEITO.....	58
3.2.2 FLAGRANTE IMPRÓPRIO OU IMPERFEITO.....	59
3.2.3 FLAGRANTE PRESUMIDO OU FICTO.....	62
3.2.4 FLAGRANTE PREPARADO OU PROVOCADO.....	65
3.2.5 FLAGRANTE ESPERADO.....	66
3.2.6 FLAGRANTE PRORROGADO OU RETARDADO OU DIFERIDO.....	68
3.2.7 FLAGRANTE FORJADO.....	69
3.3 NULIDADES E IRREGULARIDADES NA AUTUAÇÃO EM FLAGRANTE.....	71

CONCLUSÃO.....73

REFERÊNCIAS.....76

INTRODUÇÃO

O crescimento populacional, a criminalidade e os próprios presidiários levaram o país a criar diferentes categorias de prisões. Além da prisão decorrente do trânsito em julgado da sentença, o Estado tinha necessidade de prisões que amparassem o próprio processo, as chamadas prisões cautelares, por se tratar de uma privação da liberdade de locomoção sem punição final, a prisão provisória/cautelar deve ser cercada de pressupostos que assegurem que os direitos fundamentais do acusado não sejam violados, devendo a pena desvirtuar o entendimento atual do processo penal.

Deste modo, as denominadas prisões cautelares *latu sensu* são preservadas apenas na medida de sua essência. Quanto à prisão específica em flagrante delito, como pode ser feita por qualquer pessoa, deve ser feita com precaução. Portanto, somente a prisão em flagrante cometida dentro dos limites estreitos das hipóteses legais, e que permanecera pelo período limitado.

O tema abordado nesta pesquisa está, naturalmente, relacionado prisão em flagrante delito. A princípio pode-se citar como prisão temporária o chamado flagrante delito, que está expresso na constituição federal em seu art. 5º, LXI e pelo Código de Processo Penal abordados do art. 301 ao 310, em que se indica a justificativa de uma possível reação social imediata ao cometimento de um delito e à coleta de provas, bem como imediata. A necessidade de conter a agressão, a facilidade de reunir provas e a força da prova em princípio também justificam a fiança.

Essa prisão temporária só é possível se a lei estabelecer claramente quais crimes são suscetíveis para a configuração do flagrante delito, mencionando-os separadamente ou excluindo situações em que a prisão em flagrante não é permitido. A sentença flagrante evidencia-se pelo calor, pelo imediatismo e pela efervescência que cercam o contexto, Isso significa que ele está em situação flagrancial e, à vista disso, em um ensejo de ser preso em flagrante delito, aquele que é surpreendido na execução do crime.

Existem várias formas de flagrante delito em estatutos e doutrinas. Existem também situações que podem permitir ou cancelar a prisão e a oportunidade de corrigir as deficiências. Após este breve panorama, segue-se um breve estudo sobre

a prisão em flagrante, de grande importância no ordenamento jurídico brasileiro, seus conceitos, características, espécies e hipóteses de nulidades.

Para tal, estudo assenta em três partes basilares. A primeira, buscar trazer ao legente, de forma ampla a evolução histórica do Direito Penal. A segunda o objetivo é abordar brevemente o conceito de prisão e suas tensões históricas, definir prisão pena e a prisão provisória, além de conceituar as prisões provisórias/cautelares no ordenamento jurídico brasileiro, abordando acerca das modalidades de prisões provisórias/cautelares. E, por fim, expor o instituto da prisão em flagrante, caracterizando sua especificação no bojo do artigo 302, do Código de Processo Penal, trazendo natureza jurídica, espécies e nulidades.

Quanto aos objetivos gerais, exteriorizamos apresentar como surgiu a prisão, diferenciar os tipos de prisões, mas com ênfase na prisão em flagrante delito acordo com os objetivos constitucionais, trazendo suas espécies e nulidades. No que se refere à metodologia, esta temática é baseado no método dedutivo, cujo ponto de partida é o acesso à parte geral pelo método de revisões bibliográficas para consultas em livros, artigos, utilização de normas penais, normas processuais penais e sites na internet por meio da leitura de documentos para apoiar a pesquisa. Por fim, são discutidos os entendimentos gerais decorrentes dos argumentos apresentados no desenvolvimento do trabalho.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL NAS FASES DO PERÍODO INICIAL

O Direito Penal é uma área do direito público interno que se dedica a conceituar infrações penais e suas penas correlatas com o objetivo de prevenir e reprimir a consumação daquelas (VALE, 2014, *online*). Esse instituto surge com a intenção de defender a sociedade e proporcionar uma coletividade segura. O aparecimento e a evolução das ideias penais se deram com o surgimento da humanidade, entretanto, ao passo que a humanidade se modificava, o direito penal sofria alterações (JOLO, 2013, *online*).

Apenas no período colonial, com o surgimento das Ordenações Reais, foi que as prisões como procedimento lavraram destaque, onde eram assentados métodos de punição para cada crime executado, na maior parte eram acondicionados em cárceres horrendos até o dia de sua execução, assim sendo se instaurou um sistema acusatório (AMARAL, 2019, *online*).

A realidade histórica do Direito Penal brasileiro baseia-se desde os primeiros tempos, com o acúmulo dos povos, na era anterior a Idade Média e como o poder durante esse período da Idade Média se manifestava perante os subordinados, as penalidades cruéis, adotadas com os ideais divinos, ideológicos e imperiais. O pavor às punições severas era o modo de vindicar seus princípios, com as execuções dos sacrifícios e as amputações, as punições mais comuns. No mesmo enredo apontará como se deu a evolução das penas, percorrendo suas fases.

O surgimento do Direito Penal se conjuga com o surgimento da própria sociedade. Ele nasce em meio ao sentimento de vingança e não de justiça. Entretanto, seu curso também conduz as fases da evolução do Estado. As induções da igreja são de extensa influência em suas definições (ARAÚJO FILHO, 2007, p. 12).

O ser humano sempre viveu em constante posição de coletividade, na busca permanente do acolhimento de suas necessidades básicas, anseios, conquistas e satisfação. A contar o início infringiu as normas de convivência, oprimindo os próximos e a intrínseca coletividade onde vivia, tornando rigorosa a execução de uma penalidade. Decerto, não se acreditava nas diferentes maneiras de castigo como se fossem penas, no senso técnico-jurídico que hoje possuem, apesar de que

não ultrapassam de embriões do sistema vigente. A princípio, empregava a punição como efeito da libertação do clã da ira dos deuses, perante a infração cometida, quando a repreensão se baseava, como ordem, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o à própria sorte (NUCCI, 2014, p. 53).

Para Estefam, o Direito Penal revela, em toda sua expressão, as virtudes e vicissitudes de um povo, onde os valores culturais como a vida humana, o patrimônio, a saúde pública, a proteção do meio ambiente e da ordem econômica são amostradas e retratadas como fundamentais para determinada sociedade, o estágio civilizatório de uma população e, em algumas vezes, até mesmo a discrepância do que está prescrito e o que de fato acontece no dia a dia (ESTEFAM, 2022, p. 61).

O Direito Penal ao qual conhecemos, atualmente, não deve ser apontado de uma maneira objetiva, derradeira, encerrada. Além do mais, há muito que progredir e a nós compete simplesmente uma perspectiva histórica penalista (ARAÚJO FILHO, 2007, p. 12). A ponderação da evolução histórica do Direito Penal é de essência importância para uma apreciação justa do intelecto e das crenças que redigiram o sistema punitivo atual (AGUIAR, 2019).

Aduz que o primeiro ramo do Direito afetivamente admitido, antes mesmo de haver qualquer vestígio de corporação estatal, foi o Direito Penal, mais precisamente o mesmo referente ao que hoje designado parte especial do contemporâneo Código Penal, visto que, de início, idealizou determinar quais seriam os atos classificados como ilícitos, do mesmo modo que suas correspondentes penalidades (FADEL, 2012, p. 2).

Sendo o homem violento por natureza, diz-se que o primeiro ramo do Direito concretamente concebido, antes mesmo de existir qualquer resquício de organização estatal, foi o Direito Penal, mais especificamente aquele alusivo à hoje denominada parte especial dos atuais códigos penais, pois, de plano, buscou-se estabelecer quais seriam as condutas consideradas proibidas, bem como suas respectivas sanções.

1.1 FASES DO DIREITO PENAL

Desenvolver acerca do Direito é educar-se o homem e a sociedade a que ele faz parte em um dado período. A respeito do Direito Penal, Estefam expõe:

[...] O Direito Penal é o rosto do Direito, no qual se manifesta toda a individualidade de um povo, seu pensar e seu sentir, seu coração e suas paixões, sua cultura e sua rudeza, nele se espelha a sua alma. O Direito Penal dos povos é um pedaço da história da humanidade (ESTEFAM, 2022, p. 61).

O Penal dentre os ramos jurídicos, transpõe em toda sua sentença, as capacidades e modificações de uma população. Nesse ramo são evidenciadas as concepções culturais retratadas como substanciais para deliberado povo, a formação cultural de um povo e, ocasionalmente, inclusive a discrepância entre o que está regulamentado e o que de fato decorre no dia a dia. Mesmo que de maneira inicial, o Direito Penal a todo o momento se esteve exposto em todos os grupos coletivos (*ubi societas, ibicrimen*), em outras palavras, onde tem população, há crime (*ubi societas, ibicrimen*) e, à vista disso, carece existir o Direito Penal. (ESTEFAM, 2022, p. 61-62).

A cronologia do Direito Penal perante a doutrina é dividida em fases. De acordo com Cleber Masson (2017) sua divisão se compõe em vingança divina, vingança privada e vingança pública. Para Aurélio Buarque (2011), a expressão vingança tem o conceito próprio de punição ou de castigo. Vingar quer dizer também, promover a reparação (ASSIS, 2018, p. 3).

Entretanto, essas fases não acompanham uma ordem linear, consoante a maneira supramencionada, esse relato é unicamente instrutivo, já que no decorrer da história elas muitas vezes apareciam de maneira desalinhada ou inclusive sem um seguimento cadencioso. A equivalência entre essas fases está no comprometimento com a religião e o misticismo, assim dizendo, a abdicação da sensatez, pelo acatamento de crenças volúveis e muitas vezes cruéis e desiguais. Ao citar a dessemelhança dessas fases é que cada qual tem singularidades e meios pertinentes de seu período ou coletividade, o que faz ratificar a volubilidade legal do Direito Penal (ASSIS, 2018, p. 3).

A contar a Antiguidade, os historiadores apontam que nas tribos já se reconhecia, suscitava no espírito humano, a definição de castigo por ações nocivas a outrem, apesar de, em estágios apartados, era a vingança privada que

predominava: “o ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade” (ESTEFAM, 2022, p. 62).

Estefam acerca do início das fases aduz:

[...] Mesmo antes da existência do Estado, havia nas sociedades de estrutura familiar as penas infligidas aos membros da tribo e ao estranho. Aos primeiros eram aplicadas penas quando praticavam atos que traduziam uma espécie de perturbação da paz e da vida em sociedade e, de regra, envolviam a proscrição ao agente, o qual não podia *habitare inter homines* e, portanto, era morto ou, se pudesse (e lograsse), fugia. As Sanções impostas aos estranhos, por outro lado, possuíam conotação de *vindita* ou vingança contra o estrangeiro (de outra raça ou origem) ou, ainda de “vingança de sangue”. Em ambos os casos, a pena imposta revelava um caráter sacro, na medida em que, na consciência dos povos, a paz (fim maior) encontrava-se sob a proteção dos deuses, de modo que a vingança (reação contra a perturbação da paz) se fundamentava em preceito divino (ESTEFAM, 2022, p. 62).

Como ocorreu o período das fases no Brasil, Estefam pontua:

[...] O Brasil vivenciou fase semelhante. João Bernardino Gonzaga, em sua obra *O direito penal indígena*, aponta a mescla de costumes, mitos e tabus observados pelos silvícolas, assim como seus usos e regras jurídicas. O autor expõe o índio brasileiro como pouco misericordioso e vingativo. Cita que a retaliação, na cultura indígena brasileira, mostrava-se sempre obrigatória, “de cunho sagrado, e nada autoriza a crer que atendesse ao requisito da culpabilidade”. Em apoio à sua tese, cita, dentre outros, os relatos de Evreux e Thevet, os quais registram a índole vingativa dos nativos e sua indisposição para a reconciliação com seus inimigos. A verdade, porém, é que a vastidão de etnias em terras brasileiras sugere ser temerário formar um juízo único acerca dos brasileiros pré-Cabral (ESTEFAM, 2022, p. 62-63).

O Direito Penal pode ser visto em períodos históricos, os quais não preservam integral autonomia entre si, melhor dizendo, as fases descritas em seguida não estabelecem nichos exclusivos, encerrando uma e rapidamente dando começo a próxima. Entretanto, as fases se intercalam, agregam, contudo, cada uma dispõe peculiaridades e individualidades típicas, o que as faz adquirirem pertinente individualidade (FADEL, 2012, p. 2).

Com referência ao ordenamento jurídico brasileiro, o primeiro diploma a ser legitimado foi a chamadas “Ordenações Afonsinas”, contudo, essas ordenações foram substituídas ao longo do tempo e com a troca de reinados, como durante a

duração do império de D.Manuel I, as ordenações supracitadas foram permutadas pelas “Ordenações Manuelinas”, que vigoraram até 1.569, mas quando D. Sebastião assumiu o reinado, escolheu a “Compilação de Duarte Nunes de Leão”, ao qual perdurou até 1.603, quando foram trocadas pelo Livro V das Ordenações do Rei Felipe II, que é apontado como o primeiro Código Penal aderido no Brasil. Sustentado em princípios religiosos, onde o crime equivocava-se com o pecado e com a ofensa moral. A crueldade, desproporcionalidade e rispidez foram características das penas neste diploma, e no que concerne às sanções criminais o Princípio da Legalidade não se era optado (DAHER, 2012, p. 17-18).

Lei Penal prevista pela Constituição de 1824 ocorreu no ano de 1830, ao qual foi legitimada por D. Pedro I o Código Penal Criminal do Império. Embora a propensão progressista, determinando-se na lei um plano de individualização da pena, aspirando à presença de atenuantes e agravantes e determinando aos menores de 14 anos um julgamento especial, presumia inclusive a pena de morte, para vetar a execução de desregramentos pelos escravos. Mesmo após a adoção da Lei Áurea, este instituto ainda era válido quando foi proclamada a república no Brasil (DAHER, 2012, p. 18).

Já em 1890, após a implementação da República, foi publicado um novo Código Penal, reconhecido na época como Código Criminal da República, entretanto, foi objeto de implacáveis críticas, devido aos erros propagados, sucedido inequivocamente pela celeridade em que foi estruturado. Não obstante aos defeitos, e ter constituído uma má organização, esse diploma teve sua progressão na legislação penal, citando a revogação da pena de morte como exemplo e originar o regime penitenciário de perfil regenerativo (DAHER, 2012, p. 18).

Entretanto, apenas em 1940 é determinado o Código Penal, ao qual passa a vigor no ano de 1942, juntamente com o Código De Processo Penal. Conhecida como uma legislação eclética, haja vista sua influência nos códigos da Itália e Suíça. No decorrer da duração do regime militar, existiram diversos esforços de mudanças na legislação penal brasileira. Porém, em 1963, é autorizado um anteprojeto desenvolvido pelo Ministro Nelson Hungria, que foi subjugado por diversos comitês revisadores e convertido em lei pelo Decreto nº 1004/1969, contudo, com a chegada da vigência prorrogada constantemente. Substituído pela Lei nº 6.016/1973, findou sendo anulada pela Lei nº 6.578/1978, dito que vinha sendo objeto de incessantes críticas (DAHER, 2012, p. 19).

Na tentativa da reforma do Código Penal, o Chefe do Executivo, incumbiu a Francisco de Assis Toledo a reforma do Código em vigor. O Código Penal de 1940 sofre sua primeira grande reformulação, com a alteração de sua Parte Geral, na qual se encontram as regras básicas que orientam a interpretação e a aplicação da Parte Especial, que prevê os crimes e as penas. O projeto foi aprovado, tendo sido promulgada a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. (DAHER, 2012, p. 19-20).

A evolução histórica do direito penal com base no cenário pode ser dividida em fases e períodos, onde cada um teve características marcantes ao qual não só influenciaram naquela época, mas como influenciam até os tempos atuais. Iniciando com os períodos de vingança e o humanitário. Os primeiros conceitos de direito penal foram desencobres pela vingança penal que se subdivide em vingança privada, divina e pública (JOLO, 2013, *online*).

1.2 VINGANÇA PRIVADA, DIVINA E PÚBLICA

Durante o período da vingança privada, época esta marcada por lutas acaloradas entre famílias e tribos, ocasionando na redução e aniquilamento delas. (RIBEIRO JUNIOR, 2016, p. 1). Caracterizada por ser desempenhada de maneira isolada e com substrato no individualismo, ou seja, apenas evidenciava quando a vida coletiva alcançasse um nível mínimo de organização (ARAÚJO FILHO, 2007, p. 12).

Nesta fase, cometido um crime, acontecia à resposta da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que atuavam sem dimensão ao dano, abrangendo não só o agressor, como todo o seu grupo. A ausência de uma medida (falta de proporcionalidade) na resposta à agressão, bem como a vingança de sangue foi um dos períodos em que a vingança privada se constituiu a mais frequente forma de punição, adotada pelos povos primitivos (DUARTE, p. 3).

Eric Fromm relacionou essa fase conceituando-a como sendo o período de sangue, melhor dizendo, como meio de resposta a uma infração cometida por um membro de" uma estipulada família, clã ou tribo, como obrigação divina recebida sobre um componente deliberado de uma dessas unidades supramencionadas de matar o infrator da conduta cometida anteriormente" (AGUIAR, 2017, p. 01).

Considerando que as famílias, grupos ou tribos eram muito unidos por um ancestral em comum, qualquer ferimento provocado por um componente de uma família, grupo ou tribo distinta, “a vingança era liderada pelo clã ferido contra o seu ofensor ou qualquer outro componente, recursos e inclusive dependendo do fato confrontar por inteiro o clã adversário” (ASSIS, 2018, p. 4).

Identificado pela época do emprego de agressão ordenada pela sequente expressão: “justiça com as próprias mãos”, demandando a abolição da comunidade como desfecho. Cabe mencionar que se traçou a desigualdade e o excesso empregado em forma de violência, compreendendo em duas punições: a “perda da paz”, na qual era exigida a exclusão do infrator de seu grupo, e a “vingança de sangue”, na qual era forçada ao componente de um grupo adversário e as marcas de guerras desordenadas e incorretas. Entretanto, a decisão a ser tomada acerca do criminoso foi propiciada ao chefe do clã, ocasionado quando o poder social ganhou visibilidade e multou-se pela justiça privada (PRADO, 2021, p. 4).

Contudo, para impedir a completa exclusão da sociedade à época, foram criadas regras e de forma primária foi conquistado na área punitiva a Lei de Talião (*jus talionis*), ao qual expressa castigo igualmente o valor da culpa. Assim dizendo, a Lei de Talião foi à primeira limitação da punição, onde o delito precisaria alcançar o seu delinquente tal-qualmente maneira e veemência do mal ocasionado por ele (RIBEIRO JUNIOR, 2016, p. 1).

Para uma melhor conceituação Estefam e Gonçalves (2012, p. 55) aludem:

[...] As penas mais comuns nessa fase eram: para os membros do próprio grupo a perda da paz, que nada mais é do que o banimento e a ausência de proteção da comunidade, e para os clãs rivais cabia a vingança de sangue. Essa modalidade de vingança, posteriormente sede lugar a Lei de Talião. A vingança penal pode até certo ponto parecer o ideal, principalmente em tempos como os nossos, em que a mídia sensacionalista nos enfia (desestimula a pensar) matérias prontas e com teor demasiado emotivo, e em alguns casos com conteúdo até mesmo duvidoso. Porém a história comprova que essas medidas não deram certo e nunca vão dar, pois falta transparência e sobretudo um olhar atento ao valor da dignidade humana, inerente ao ser pensante (ASSIS, 2018, p.4).

Com o contornar dos tempos essa fase se deparou com duas notáveis diretrizes sendo o talião (“olho por olho, sangue por sangue, dente por dente”) e a composição (JOLO, 2014, p. 2). Aliás, não se entendia precisamente de uma pena de talião, todavia de um objeto mediador da pena, a primeira consciência de

equilíbrio no meio da ofensa e a punição proveniente dela. Fundava-se em praticar na mesma proporcionalidade ao infrator o estrago que este ocasionou à vítima (JOLO, 2017, p. 2).

A vingança privada foi considerada um universo sociológico, por consistir em uma conduta natural e instintiva, não uma organização jurídica. Com a evolução dos tempos, dois grandes dispositivos puderam ser encontrados no período da vingança privada, sendo, o talião e a composição. Sem embargo de se revelar ordinariamente pena de talião, não se entendia precisamente de uma pena, mas de uma ferramenta moderadora da pena. Resumia-se em utilizar no infrator ou ofensor o dano que ele provocou ao ofendido, na similar intensidade, ao qual foi adotado no código de Hamurabi (DUARTE, p. 3).

No Código Hamurabi (Rei da Babilônia, sec. XXIII a.C.), encontram-se disposições nos artigos 209 e 210 ao qual foram aproveitados também a Lei de Talião: (JOLO, 2017, p. 3) [...] “Artigo 209 - Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez ciclos pelo feto” e “Artigo 210 - Se essa mulher morre, então deverá matar o filho dele”.

A Bíblia Sagrada em seu livro Levítico, 24, 17, dispõe do mesmo modo que “todo aquele que ferir mortalmente um homem será morto” (JOLO, 2017, p. 3). Já no artigo 11 da Lei das XII Tábuas, define que “Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo” (JOLO, 2017, p. 3).

Vale ressaltar que o Talião foi aderido por vários documentos, exteriorizando-se “um impetuoso progresso na história do Direito Penal por delimitar o domínio da ação punitiva. Subsequentemente aparece à composição, mediante cujo ofensor mercava sua liberdade, com dinheiro, gado e armas etc” (DUARTE, p. 3-4).

O conceito da composição surge em seguida, onde integra em um complexo no qual o criminoso se livrava da punição com a compra de sua liberdade. Abraçada, ainda, pelo Código de Hamurabi (Babilônia), pelo Pentateuco (Hebreus) e pelo Código de Manu (Índia), foi largamente aceita pelo Direito Germânico, “constituindo um dos precedentes da moderna reparação do dano, no direito civil, e das penas pecuniárias, no direito penal, ou seja, considerado a origem extrema das indenizações civis e das multas penais” (JOLO, 2017, p. 3).

Durante a fase conhecida como Vingança Divina, conhecida também através da expressão “A repressão ao crime é satisfação dos Deuses”, havia a presunção de que os Deuses eram os guardiões da paz e fortuito delito realizado era encarado

como um desrespeito às divindades. Uma maneira de restaurar a tranquilidade, sacrifícios humanos necessitavam ser executados (FADEL, 2012, p. 3). Fase também definida, pela inclemência das penas, ou seja, quanto maior a relevância da divindade onerada, mais perverso seria a punição (FADEL, 2012, p. 3).

Havia neste período uma ardente intervenção da religião na vida social daquela época. Sendo extraordinariamente instigado pela religiosidade, o Direito Penal perante a cultura existente e a crença de que se deveria restringir o delito como um deleitamento aos deuses pelo ato criminoso executado no âmbito social (JOLO, 2014, p. 3). Portanto, atendendo a um ato singular, três dimensões eram tomadas: satisfazia-se o Deus maculado, punia-se o ofensor e intimidava-se a população para que não mais praticasse atos considerados criminosos (FADEL, 2012, p. 3).

Os primeiros mecanismos jurídicos serviam de ordenamentos não legislativos e sim de ações da vida cotidiana comum, como o Direito Cuneiforme, genérico pelos povos do oriente antigo, do qual o objeto das regras era esboço, por meio de cunho ou pregos. O Código de Hamurabi, melhor dizendo, é “uma das leis penais primárias destacadas, criado em algum ano entre 1686 a 1726 a.C.” (PRADO, 2021, p. 3).

O homem sempre viveu em grupo e precisou de regras para reger sua vida social. As normas iniciais não mais eram que tradições, superstições e costumes, misticamente observados pelos membros do grupo. O respeito a estas normas era de natureza essencialmente sacral. Tudo era mistério, misticismo, divino. Vem daí a ideia de proteção totêmica e das leis das tabuas, que funcionava como norma de comportamento. Já o totem era representação da entidade protetora do grupo, a representação do Deus que os protegia (ARAÚJO FILHO, 2007, p. 12).

Os responsáveis pela administração da justiça ficavam a cargo dos sacerdotes ou representantes divinos, assim como pela execução das penas. Visando as características aduzidas acima, o Direito Penal vigente foi intitulado Direito Penal Teocrático (FADEL, 2012, p.3). O órgão competente para julgar as leis não compete aos responsáveis pela administração, no entanto, ao respectivo ente divino ou sobrenatural que expõe imediatamente todo seu critério extremo e inexorável ao seu povo e a estrutura dessa sociedade girava em torno da revelação jurídica (ASSIS, 2018, p. 3). Posto isto, exemplos de legislações vigentes neste período foram à egípcia, hebraica, chinesa e indiana, entre outras. (FADEL, 2012, p. 3).

Cleber Masson aduz que perante desta vivência, nesse período as penas não têm determinação retributiva, todavia, unicamente expiação, ou seja, o infrator da lei divina careceria de punição dos pertinentes integrantes do agrupamento, visto que apenas assim todo pecado projetado no tocante à sociedade seria perdoado (ASSIS, 2018, p. 3).

Já Noronha em relação à vingança Divina aduz que:

[...] Já existe um poder social capaz de impor aos homens normas de conduta e castigo. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido (NORONHA, 2001, p. 21).

Segundo Masson e Nucci, os totens e tabus aqui são entidades corriqueiras nos aspectos de pena:

[...] os totens tinham diversas aparências, poderiam ser representados por figuras de vegetal, animal, ou objetos e símbolos. Havia a separação do profano com o sagrado, e uma vez definido o profano esse não poderia mais manter relações com o sacro, e sequer com objetos religiosos, sob pena de castigo divino caso procedesse de forma contrária (MASSON. 2017). Nessa fase os membros da coletividade eram inteiramente vinculados por uma terceira figura, o Totem (estatuas de animais ou vegetais) e era essa mesma ligação totem-sociedade que possibilitava a sanção ao infrator do tabu. O sagrado e misterioso é a definição própria do termo tabu (NUCCI, 2014.)

Vale salientar que a penalidade estava conectada à intenção de comprazer à entidade divina, assim como nota-se que a lei Penal era religiosa. Não obstante, como meio de reparar delito provocado pelo infrator, a execução dessa reparação ocorria perante toda a sociedade, ao qual deveriam participar. Pode-se dizer que essas penalidades eram cruéis, discrepantes e desalmadas, salientando os desterramentos e a perda de paz como as mais usuais (ASSIS, 2018, p. 3).

Dito isso, entendia-se que o Direito Penal nesta fase era de cunho religioso, que gozava do propósito a purgação da alma do delinquente, por intermédio da execução de uma penalidade. (JOLO, 2014, p. 3). Isto significa que:

[...] Seus princípios podem ser verificados no Código de Manu (Índia) e no Código de Hamurábi, assim como nas regiões do Egito, Assíria, Fenícia, Israel e Grécia. Um exemplo disso é o artigo 6º do Código de Hamurabi que dispõe: “Se alguém furta bens do Deus ou da Corte deverá ser morto; e mais quem recebeu dele a coisa furtada também deverá ser morto” (JOLO, 2014, p. 3).

É verossímil reiterar que no antigo Oriente, a religião e o Direito se confundiam, e, desse modo, os dogmas de natureza puramente religiosa ou moral, convertiam-se leis em vigência. Legislação inerente dessa fase é o Código de Manu, entretanto, esses preceitos foram empregues na Babilônia, Egito (Cinco Livros), China (Livro das Cinco Penas), Pérsia (Avesta) e pelo povo de Israel (DUARTE, p. 04).

Durante a fase da vingança pública, também denominada como “Crimes ao Estado, à sociedade”, com a evolução política e social, houve uma reflexão direta durante este período. Em comparação com as fases anteriores, esta obteve uma estrutura muito mais hermética, haja vista que o Poder Público é primordial na vida da sociedade que retém em propósito próprio como recurso de se perpetuar no domínio o *ius puniendi* (ASSIS, 2018, p. 5).

Na fase da vingança pública, foi simbolizada pela organização social e fortalecimento do Estado, com a concreta intervenção deste nos conflitos e consequentemente na aplicação da pena (VALE, 2014, *online*). Período marcado pelas penas cruéis (morte na fogueira, roda, esquartejamento, sepultamento em vida) para se alcançar o objetivo maior que era a segurança do monarca. Com o poder do Estado cada vez mais fortalecido, o caráter religioso foi sendo dissipado e as penas passaram a ter o intuito de intimidar para que os crimes fossem prevenidos e reprimidos. Os processos eram sigilosos, o réu não sabia qual era a imputação feita contra ele, o entendimento era de que, sendo inocente, o acusado não precisava de defesa; se fosse culpado, a ela não teria direito. Isso favorecia o arbítrio dos governantes (RIBEIRO JUNIOR, 2016, p.02).

Consequentemente, a pena, decaí sua propensão sagrada para transfigurar em uma punição determinada pelo título de uma autoridade pública, específica das propensões do corpo social. Deste modo, não era mais o ofendido ou mesmo os sacerdotes os executores pela sanção, porém, o supremo operava sua soberania em nome de Deus e perpetrava numerosas discricionariedades (DUARTE, p. 04).

Com relação à pena de morte, ao qual era uma punição amplamente declarada e executada por razões atualmente julgadas irrelevantes. Empregava-se decepar o delinquente, embarcar seus bens e exceder a pena até os familiares do delinquente. Apesar de que o ser humano nesta época se encontrava amedrontado, em virtude da ausência de segurança jurídica, percebe-se o desenvolvimento na circunstância de a pena não ser mais praticada por outrem, e sim pelo Estado (DUARTE, p. 04).

1.3 PERÍODO DA IDADE ANTIGA E MÉDIA

No período da Idade Antiga, Grécia e Roma tiveram notoriedade na cultura ocidental e interferiram muito no sistema jurídico, inclusive o nosso (VALE, 2014, *online*). No Direito Romano, inicialmente, o direito e a religião eram fortemente ligados, o *Pater Famílias* gozava o poder de exercitar o direito de vida e de morte sobre todos os seus dependentes, até mesmo em relação às mulheres e aos escravos. Com o surgimento da República Romana ocorreu à suspensão e o desagregação destes dois alicerces. Desde esse momento, extinguiu-se o período das vinganças e os crimes passaram a ser divididos em crimes públicos e crimes privados (JOLO, 2013, *online*).

O direito germânico foi um dos primeiros a utilizar uma política criminal consciente para a punição do agente criminoso, teve como característica principal o fato de ser baseado nos costumes (direito consuetudinário), deste modo não era um direito escrito. Naquela época o direito era visto como uma “ordem de paz” cuja violação consistia em uma ruptura dessa paz, podendo ser pública ou privada, conforme a natureza do delito, e sujeita, portanto, a repressão. Na hipótese de perda da paz pública havia uma autorização para que qualquer pessoa do povo matasse o transgressor, contudo, no caso de delito privado o agente era entregue à família da vítima para que esta exercesse o direito de vingança. Além disso, entre o povo germânico vigorava a “vingança de sangue”, que somente após o avanço da sociedade, com o fortalecimento do poder do Estado, foi sendo gradativamente substituída pela composição. Esta composição judicial era dividida em três espécies principais, sendo *Wergeld*, *Busse* e *Friedgeld* ou *Fredus* (JOLO, 2013, *online*).

Também conhecido como o ordenamento Jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana, o Direito Canônico laborou imenso e essencial influência na legislação penal (JOLO, 2013, *online*) é aquele emanado do Poder pontifício. A ascensão da Igreja foi importante para do Direito Penal, pois representou o primeiro passo para a humanização das penas, trazendo a ideia de pena como forma de redenção do infrator e por salientar o elemento subjetivo do delito, isto é, o dolo ou a culpa (VALE, 2014, *online*).

Difundia a igualdade entre os homens e submissão a Deus, o enfoque subjetivo do delito, a distinção entre dolo e culpa, como se o crime fosse uma fraqueza do ser humano e a pena uma oportunidade de expiação dos pecados (VALE, 2014). Dessa forma os delitos eram classificados conforme o bem jurídico violado. Quando ofendiam o direito divino, eram chamados de *delictae* clesiástica, estando sob a competência dos tribunais eclesiásticos e, portanto, tendo como repressão as *penitentiae*. Quando feriam tão somente a ordem jurídica leiga, estavam sob a competência do Estado e eram punidos com penas comuns, eventualmente sofrendo punição eclesiástica, estes crimes eram conhecidos como *delictameresecularia*. Nos casos em que a atividade delitiva transgredia tanto a ordem laica como a religiosa esta era julgada pelo tribunal que primeiro conhecesse o fato, eram os *delictamixta* (JOLO, 2013, *online*).

Portanto, durante a Idade Média houve uma fusão do Direito Penal romano, germânico e canônico, gerando muita instabilidade jurídica diante da variedade de interesses que se revelavam nas leis. Mesmo com o aumento de delitos e da contestação popular sobre o sistema penal e senso de Justiça, cresceu a aplicação de penas cruéis e de morte. Nesse período predominava o arbítrio judicial, a desigualdade de classes e a desumanidade na aplicação das penas, onde a de morte era profusamente aplicada por meio cruel, fogueira, roda, arrastamento, esquartejamento, força e sepultamento em vida, bem como o açoite e a mutilação (VALE, 2014, *online*).

Na Idade Média, a lei germânica prevaleceu e a igreja foi fortalecida pela distribuição de leis canônicas. No direito germânico, quase não temos notícias sobre a prisão, salvo a seguinte reportagem: (CHIAVERINI, 2009, p.19)

[...] Cuello Calón indica o aparecimento efêmero da prisão: um édito de Luitprando, Rei dos longobardos (712-744) dispunha que cada

juiz tivesse em sua cidade um cárcere para prender os ladrões pelo tempo de um ou dois anos. Também em uma capitular de Carlos Magno (813) ordenava que as pessoas boni generi que tivessem delinqüido poderiam ser recolhidas à prisão por determinação do Rei até que se corrigissem. Mas, como adverte o mesmo escritor, os exemplos indicam o caráter raro da imposição do encarceramento como sanção autônoma segundo a revelação das fontes oriundas dos séculos XI e XII. (CHIAVERINI, 2009, p. 19).

A Igreja via a prisão como um meio de punição espiritual e afirmava que, por meio do sofrimento e da solidão, a alma humana se purifica e peca. Para expiar a culpa, “o criminoso deve submeter-se à penitência, que pode aproximá-lo de Deus: *Quoties inter homines fui, minor homo reddi*. A partir disso, o internamento na prisão do mosteiro está completo: *detrusio in monasterium*” (CHIAVERINI, 2009, p.19).

Com uma maior organização social, especialmente com o desenvolvimento do poder político, surge, no seio das comunidades, a figura do chefe ou da assembleia. Não obstante, há explícita intercessão do Estado, e a preeminência da restrição da autotutela é demasiadamente assídua, melhor dizendo, para se ter proteção jurídica todo habitante fica submetido a se condicionar a tutela Jurisdicional Estatal (ASSIS, 2018, p. 5).

Ao longo da história, a cultura humana experimentou diferentes concepções de tempo e espaço. Na Idade Média, o homem vivia no tempo e no espaço da natureza. A vida no campo dominava e a atividade humana era determinada pelas mudanças naturais: primavera, verão, outono e inverno; dia e noite. O homem moderno vive em um espaço e tempo construídos e artificiais. Seu ambiente é a cidade e seu tempo é determinado pela sua produção (CHIAVERINI, 2009, p.22).

Especificamente, durante a chamada Baixa Idade Média, período que se inicia no século XIII, os mosteiros converteram-se prisões onde eram aprisionadas mulheres consideradas criaturas destinadas ao mal. Com base no discurso teológico, médico e jurídico, as mulheres eram guardadas, controladas e submetidas à autoridade masculina (BERNARDI, 2018, p. 99).

Várias prisões construídas para manter as mulheres, por ex. o mosteiros na Idade Média, conventos, congregações religiosas que aceitavam mulheres desobedientes e as tratavam como “irmãs desgarradas”, as primeiras prisões construídas no Brasil, foram governadas pela Congregação das Irmãs do Bom Pastor, guiadas pelo princípio da domesticação feminina (BERNARDI, 2018, p. 95). A prisão nesse período, portanto, é o resultado da soma do desenvolvimento e de

várias influências históricas. Desde os tempos antigos, principalmente prisões com trabalhos forçados já existiam no inconsciente coletivo do homem. Mas foi a igreja que revelou a possibilidade de penitência na prisão. O nascimento da prisão nos tempos modernos coincide com mudanças sociais decisivas. Vemos que as prisões modernas eram uma alternativa para restringir a circulação de meliantes e a disciplina dos trabalhadores no mundo industrial. O discurso humanista, que prevaleceu após o absolutismo e lutou contra suas crueldades, foi o responsável. Principalmente pela generalização e redução da pena penal à prisão, que até então era à base do sistema penal (CHIAVERINI, 2009, p.20).

1.4 PERÍODO HUMANITÁRIO

O período humanitário surgiu durante o Século XVIII, também conhecido como Século das Luzes, devido a uma concepção filosófica que se firmou naquela época, caracterizado por uma ampliação do domínio da razão em todas as áreas do conhecimento humano (JOLO, 2013, *online*).

Era preciso separar-se dos preconceitos e tradições vigentes, era preciso tomar consciência da barbárie que ocorria. Sucedeu um enternecimento por proteger a liberdade individual em detrimento da discricionariedade judicial e por proibir a tortura com base na misericórdia, compaixão e respeito pela pessoa (BERNARDI, 2018, p. 307).

O objeto do crime mudou o foco não era mais a pessoa, mas o que ela tem. Assim os roubos se tornaram a maior preocupação da sociedade, mas o que de alguma forma ocasionou a prerrogativa ao desenvolvimento de delegacias que melhor investiguem os crimes, pois a lei deve ser o escudo da sociedade, a lei deve prevenir e punir. Nesse período, Beccaria se destacou, escrevendo em defesa dos infelizes e desamparados em sua obra "Dos delitos e das penas" (*Dei Delitti e Delle Pene*). Ele enfrentou os métodos usados até então no tribunal, resistiu à tortura para obter provas e, finalmente, lutou contra o sistema prisional. Foi um verdadeiro grito contra o individualismo sentinela (BERNARDI, 2018, p. 307).

Dentre as ideias trazidas por estes pensadores algumas delas influenciaram diretamente o Direito Penal, estabelecendo uma nova concepção frente às punições

aplicadas aos transgressores da lei penal. Para a filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava totalmente desvinculado das apreensões éticas e religiosas, assim o crime se fundava no contrato social infringido e a pena era tida como uma simples medida preventiva. Neste contexto político-cultural, destacou-se o pensador Cesar Bonessana, marquês de Beccaria, que publica em 1764 a obra *Dei delitti e delle pene* (Dos delitos e das penas) influenciado pelas ideias de Montesquieu, Rousseau, Voltaire, Locke e Helvétius (JOLO, 2013, *online*).

As ideias trazidas nesta obra marcaram o início do Direito Penal moderno. Além de Beccaria, merecem destaque também outros pensadores como John Howard, que inspirou uma corrente penitenciária preocupada em construir estabelecimentos apropriados para o cumprimento da pena privativa de liberdade, Jeremias Bentham, que foi um dos primeiros autores a expor com meditada ordem sistemática as suas ideias, e Paulo Anselmo Von Feuerbach que publicou a primeira obra sistemática e moderna de Direito Penal (JOLO, 2013, *online*).

Beccaria, entre muitos outros princípios, propôs o princípio da legalidade, como forma de administrar a justiça, segundo o qual:

[...] só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social (BERNARDI, 2018, p. 307).

A evolução das penas no Brasil teve muita influência da legislação portuguesa que foi imposta aos nativos e exploradores daquela época. Proclamada a independência do Brasil em 1822 e promulgada a Constituição em 1824, tornou-se necessária a edição de um Código Penal. René Ariel Dotti relaciona as espécies de penas previstas no Código do Império, aprovado em 1830, sancionado por Dom Pedro I no mesmo ano e com entrada em vigor em janeiro do ano seguinte: (VALE, 2014, *online*)

[...] O Código imperial previu onze classes de penas: a) morte (arts 38 a 43); b) galés (arts. 44 e 45, §§ 1º e 2º); c) prisão com trabalho (art.46); d) prisão simples (art.47); e) banimento (art.50); f) degredo (art.51); g) desterro (art.52); h) multa (art.55); i) suspensão do emprego (art.58); j) perda do emprego (art.59) e k) açoites (art.60). Esta última sanção foi abolida pela Lei de 15.10.1886 (...). A prisão como autêntica pena ingressava nos costumes brasileiros não como um simples instrumento de proteção da classe dominante, mas também passaria a ser vista como “fonte de

emenda e de reforma moral para o condenado” (DOTTI, 2010, p. 268-269).

O primeiro Código Penal republicano, de 1890, influenciado pelo período de transição política e social, “com o advento do Código Penal de 1890, aboliu-se a pena de morte e criou-se o regime penitenciário de caráter correccional, com a finalidade de ressocializar e reeducar o preso” (VALE, 2014, *online*).

Matthew, um advogado, com sua trágica biografia, não crê que a autojustiça é a solução para acabar com o crime, contrariamente, só levará a desordem. A sociedade progrediu e com ela o método de penalidade, a justiça deve ser administrada por leis e aplicada a quem tem autoridade para tal. Atuando como Demolidor, Matthew não esquece que é advogado e que o criminoso deve ser levado à justiça e seu direito de defesa respeitado. O julgamento não está em suas mãos, mas na lei (BERNARDI, 2018, p. 307).

De acordo com o Período Humanitário em termos de aplicação humana da punição, pensamos Matthew Murdock, o Demolidor, a execução de uma lei penal inteligível, transparente e exata, que também deve ser severa e usar o mínimo necessário para combater o crime, transformando dessa forma o processo hábil e estável (BERNARDI, 2018, p. 307).

O Código Penal de 1940 previa inicialmente a pena privativa de liberdade de reclusão de no máximo trinta anos e de detenção cominada até três anos e a pena de multa. Estabelecia ainda penas acessórias como perda de função pública, interdições de direitos e publicação da sentença. O texto original trazia duas espécies de medidas de segurança a patrimonial e a pessoal, sendo essas últimas detentivas e não detentivas ou preventivas. Atualmente e depois de muitas reformas, o Código de 1940, recepcionado pela Constituição de 1988 prevê, além das medidas de segurança como forma de sanção penal, três espécies de penas estabelecidas no Título V, denominado “Das penas”, no Capítulo I “Das espécies de pena”, em seu artigo 32 que possui a seguinte redação: Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa. A evolução do Direito Penal e a finalidade da pena são assuntos que demandam cada vez mais atenção. Repensar o Direito Penal, suas instituições e a pena como principal consequência jurídica do delito é refletir sobre o progresso da humanidade, a liberdade, sua restrição e a concepção de Justiça em um Estado Democrático de Direito.

Tratando-se de Direito Penal acerca das garantias fundamentais, miram legitimar o direito de punir do Estado, fronteirando e encurtando seu exercício, assegurando direitos e liberdades dos cidadãos com o escopo de evitar a condenação de inocentes pelo exercício arbitrário do poder de punir do estado (ZUZA, 2018, *online*).

2 AS PRISÕES PROVISÓRIAS/CAUTELARES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A prisão processual é uma punição imposta por um juiz como meio de execução; a prisão cautelar requer procedimento e só pode ser decretada por ordem escrita e fundamentada de uma autoridade judicial. Tratando-se de flagrante delito, sua finalidade é assegurar a proteção do bem jurídico imediato, evitar os efeitos do *periculum in mora* e assegurar a aplicação de uma pena futura (REITZ, 2005, p. 14).

Nessa percepção, reproduzimos José Frederico Marques:

[...] Prisão processual é a que o juiz impõe como providência compulsória, ao síndico, ao inadimplente em obrigação alimentar, ao depositário infiel, à testemunha faltosa, ao falido relapso; e prisão processual é ainda a prisão que o juiz impõe, em sentença condenatória, ao criminoso (REITZ, 2005, p. 14).

Nesse sentido, conclui-se que as prisões aqui expostas possuem a exigência da prevenção ao crime como garantia real para evitar danos jurídicos, que muitas vezes decorrem da demora do processo principal, do bom andamento do processo. A prisão temporária é um alívio imediato para a sociedade contra crimes (REITZ, 2005, p. 14).

As diligências cautelares dizem respeito ao processo e destinam-se a assegurar e garantir a sanção. Uma vez que a medida legal tem origem no sistema judicial, a prisão preventiva tem por finalidade garantir sua proteção, portanto, as precauções e medidas de segurança são sempre temporárias (REITZ, 2005, p. 14).

Portanto, o objetivo deste capítulo é apresentar as instituições prisionais de segurança sob uma perspectiva doutrinária, examinando seus diferentes tipos de conceitos legais e doutrinários, avaliando seus requisitos e pressupostos e explicando a finalidade e a história do delito no sistema legal brasileiro, com ênfase no instituto do Auto de Prisão em Flagrante.

2.1 CONCEITO DE PRISÃO

Prisão é um método ao qual a pessoa tem a privação da liberdade de seu direito de ir e vir pela execução do crime, ou por ordem escrita de autoridade

competente, e é definida como um local onde deve ser recolhido, trancado, protegido, ou seja, um preso na prisão, detenção, é uma sentença de prisão cumprida com um propósito em uma instituição (REITZ, 2005, p. 12) e o ordenamento jurídico reconhece vários tipos de prisões, e a Doutrina as classifica de forma diferenciada até que se chegue a um consenso sobre o assunto (CAFIERO LEÃO, 2004, p. 14).

Hoje, a prisão é um pré-requisito para a possível aplicação do direito penal e da ordem social. Antigamente, o objetivo da prisão era garantir que o processo fosse executado e que as punições finais que se seguiam fossem aplicadas, que quase sempre consistiam em chicotadas, arrastamento, morte, rebaixamento e similares. Portanto, conclui-se que a prisão com suas origens distantes foi temporária e importante (REITZ, 2005, p. 12).

Toda prisão tem sempre um caráter opressor, pois consiste em limitar a liberdade de ir e vir. Como mencionou Pedro Vergara:

[...] A prisão é sempre uma punição. Os escritores clássicos desde Beccaria reconheceram que a prisão, qualquer que seja sua causa ou nome, é sempre uma punição (...) e é por isso que eles pensam que a prisão preventiva também é uma punição (CAFIERO LEÃO, 2004, p. 14-15).

No artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o princípio constitucional que assegura esse artigo é o da presunção de inocência, entretanto, essa condição não impossibilita a decretação da prisão processual, visto que a própria Constituição pressupõe a viabilidade de prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada do juiz competente, possibilidade esta elencada no artigo 5º, inciso LXI, *in verbis* (ARAÚJO ARAÚJO REIS, 2022, p. 811).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXI - 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, Incluído pela Constituição Federal de 1988).

Nesse sentido, deve-se esclarecer que uma prisão é um ato de prender ou deter de uma pessoa que ocorre antes da captura. Significa manter uma pessoa em encarceramento temporário, ou seja, prisão temporária (REITZ, 2005, p. 12).

A prisão é determinada por um processo durante o qual, sob a proteção do princípio constitucional, as provas necessárias são apresentadas na sessão do tribunal. O ideal seria que o arguido permanecesse em liberdade até a condenação final, mas como recorda Hélio Tornaghi:

[...] Às vezes o abuso dessa liberdade (por exemplo: maus-tratos a testemunhas, preparação para fuga, etc.) é necessário o sacrifício deste ideal e o acusado fica preso provisoriamente até o motivo da prisão, até a rescisão ou condenação. Ao contrário da prisão, que é vingança baseada na responsabilidade do acusado, que é injusta com o inocente, a prisão temporária é preventiva, baseada sobre a necessidade de chegar a uma solução adequada e somente até que o bem comum o exija (CAFIERO LEÃO, 2004, p. 16).

Portanto, essa dolorosa necessidade social é apoiada não apenas pela lei comum, mas também por disposições constitucionais. Conforme citado por Tales Castelo Branco: "O termo prisão atribui qualquer restrição à liberdade pessoal em uma casa ou prisão ou esquadra ou quartel ou casa fechada destinada a punição ou correção ou detenção continuada ou liberdade com algemas ou articulações para dificuldades etc." (CAFIERO LEÃO, 2004, p. 17).

Entendemos que todas as formas de restrição da liberdade humana representam, portanto, ferramentas utilizadas para alcançar interesses sociais dominantes. A gravidade dessas medidas é inflamatória, principalmente porque atinge uma pessoa que ainda não foi condenada, ou mesmo sem autorização judicial, como no caso da prisão criminal (CAFEIRO LEÃO, 2004, p. 17).

A prisão, como *sanctio juris* penal, é, portanto, uma sentença de prisão e penalidade relacionada com o crime (crime ou contravenção, como *prius* ou precedente). Este é o caminho mais claro e é conhecido por sua natureza criminalmente opressiva e aspecto punitivo. Considerando que durante o desenvolvimento do tempo, foram os presídios que receberam apelidos famosos, como "lendas do inferno" e outros presídios esses que se tornaram um "paraíso do vício", incluindo drogas, álcool, jogos de azar, privilégios, tabaco e até carne humana (CAFEIRO LEÃO, 2004, p. 18 - 21).

Existem dois tipos de prisão no conteúdo criminal sendo a prisão pena e a processual. A prisão pena refere-se à execução de pena por parte de pessoa absolutamente condenada a quem foi determinada pena privativa de liberdade na sentença. Essa modalidade de prisão é determinada na Parte Geral do Código Penal, no Título V e também pela Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) (ARAÚJO REIS, 2022, p. 811).

Hoje temos a prisão pena como meio de prevenir e reprimir o crime, uma política de reprimir o criminoso. Esta prisão é a punição imposta ao acusado, ou seja, o castigo final. Adesão à presunção constitucional de inocência ensinada pelo doutrinador Alexandre de Moares, *in verbis*: (REITZ, 2005, p. 13)

[...] A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrado a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal (REITZ, 2005, p. 13).

A execução da prisão pena dar-se-a em regime fechado, semiaberto ou aberto, todavia, após o cumprimento de parte da pena o condenado faz jus a progressão do regime de uma pena mais austera para a mais tênue, desde que tenha mostrado destrezas para esse benefício (ARAÚJO REIS, 2022, p. 811).

A prisão pena é a mais recente, e as reformas penais marcaram a era do ilusionismo. A prisão tinha caráter puramente preventivo porque, como já foi dito, as punições eram geralmente corporais ou multas que incluíam execução, mutilação, expulsão e confisco. É por isso que a prisão, geralmente, agia para atender aos pedidos acima mencionados para garantir as sanções, que hoje são definidas como prisões cautelares, ou prisões provisórias (REITZ, 2005, p. 13).

Portanto, o direito à presunção de inocência é colocado como base para qualquer tratamento lesivo do acusado. A prisão pena decorre do direito material, ou seja, é uma punição imposta pelo tribunal (REITZ, 2005, p. 13).

Em segunda circunstância encontra-se a prisão processual ou prisão sem pena, trata-se de uma prisão puramente processual, que é apontada a título cautelar e que tem por finalidade assegurar o bom andamento da investigação criminal, o prosseguimento da execução da ação penal ou da pena, ou ainda impedir a continuidade do sujeito que, em liberdade, continue praticando crimes. É

estabelecido apenas para garantir que o objetivo do processo seja alcançado (CAPEZ, 2016, p. 340).

Melhor dizendo, a prisão processual fixada quando há a premência de afastamento cautelar do infrator do crime no curso das investigações ou o prosseguir da ação penal por motivos que a própria legislação penal aborda. Também é conhecida como prisão provisória ou cautelar, e está instituída no Código de Processo Penal, no Título IX, sendo dos artigos 282 a 318, tal como pela Lei 7.960/89 (ARAÚJO REIS, 2022, p. 811).

É de natureza solidária e seu objetivo é permitir processos criminais ordenados e eficazes. Nada tem a ver com a importância da acusação em si, nem com a indignação geral, mas sim com a satisfação das necessidades preventivas da investigação criminal e processo análogo. Depende do cumprimento dos pré-requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (CAPEZ, 2016, p. 340).

Desta forma, entende-se que a prisão processual é ação excepcional, que deve ser estipulada ou perpetuada quando dispuser de factual necessidade, como nas situações de alta periculosidade do réu, evidência de que o réu irá fugir do país para não ter que cumprir pena etc. Outrossim, em iminente condenação, o indiciado ou réu que permaneceu cautelarmente recluso em presídio terá redução em sua pena do período equivalente ao da reclusão (ARAÚJO REIS, 2022, p. 812).

Há três hipóteses, sendo duas delas inclusas no artigo 283, caput do Código de Processo Penal (*in verbis*), e uma na Lei 7.960/89, capituladas como prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária (CAPEZ, 2016, p. 340).

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado (BRASIL, Incluído pela Lei nº 3.689/1941).

A prisão cautelar obrigatória deixou de ser relevante para a análise dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva. Por isso foram anulados: art. 594 do CPP, que exigia que reincidentes ou condenados com antecedentes criminais fossem enviados para a prisão e os artigos 393, I a II, e 595 do CPP, onde foi negado provimento ao recurso com a fuga do réu (CAPEZ, 2016, p. 340).

2.2 PRISÕES CAUTELARES

Antes de analisar detalhadamente cada tipo de prisão cautelar, é importante delinear a instituição do trabalho preventivo e delinear os princípios gerais que norteiam as prisões (BETEGA, 2022, p. 12).

Capez afirma que no ordenamento jurídico brasileiro a prisão pode ser compreendida da seguinte forma (CAPEZ, 2019, p. 308):

[...] a privação da liberdade de locomoção em virtude de flagrante delito ou determinada 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. (CAPEZ, 2019, p. 308).

Assim, observou-se que a perda da liberdade de locomoção ocorre apenas em três hipóteses: flagrante delito, por ordem do tribunal competente (decisão final) ou prisão cautelar, que se divide em prisão temporária ou preventiva. Vale ressaltar as prisões cautelares estão introduzidas na esfera das medidas cautelares de caráter próprio, *in verbis* (BETEGA, 2022, p. 12):

Renato Brasileiro assim descreve: aquelas medidas restritivas ou privativas da liberdade de locomoção adotadas contra o imputado durante as investigações ou no curso do processo, com o objetivo de assegurar a eficácia do processo, importando algum grau de sacrifício da liberdade do sujeito passivo da cautela, ora em maior grau de intensidade (v.g., prisão preventiva, temporária) ora com menor lesividade (v.g., medidas cautelares diversas da prisão do art. 319 do CPP) (BETEGA, 2022, p. 12-13)

Além disso, Capez lembra que as possibilidades de cerceamento da liberdade de locomoção não se limitam aos casos de cometimento de crime, que pode levar à prisão em flagrante, prisão preventiva ou prisão temporária, pois: (CAPEZ, 2019, p. 309)

Além das hipóteses de flagrante delito e ordem escrita e fundamentada do juiz, consubstanciada em um documento denominado mandado (CF, art. 5º, LXI), a Constituição Federal permite a constrição da liberdade nos seguintes casos: (a) crime militar próprio, assim definido em lei, ou infração disciplinar militar (CF, art. 5º, LXI); (b) em período de exceção, ou seja, durante o estado de sítio (CF, art. 139, II). Além disso, “a recaptura do réu evadido não depende de prévia ordem judicial e poderá ser efetuada por qualquer pessoa” (CPP, art. 684). Neste último caso, pressupõe-se que o sujeito esteja regularmente preso (por flagrante ou ordem escrita de juiz) e fuja (CAPEZ, 2019, p. 309).

Além disso, os tipos de prisão são divididos em prisões extrapenais, cujos subtipos incluem prisão civil e prisão militar; prisão criminal (prisão pena ou sem pena) decorrente de condenação transitada em julgado; e prisão cautelar, temporária, processual ou não punitiva (BETEGA, 2022, p. 13).

Desta forma não há mais prisão por pronunciamento e não há mais prisão por decisão lamentável. A prisão processual é apropriada apenas se os requisitos urgentes que permitem a detenção preventiva forem justificados, conforme versa no artigo 312, caput, do CPP, e se não for adequado, substitua-o por outra precaução/medida cautelar, de acordo com o artigo 282, §6º, do CPP, textualmente:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
(BRASIL, Incluído pela Lei nº 3.689/1941)

Levando em consideração que este trabalho trata acerca do Auto de Prisão em Flagrante Delito, portanto, ele se debruça sobre a análise do terceiro tipo de prisão no Brasil, a saber: a prisão processual ou cautelar ou provisória.

Neste sentido, importa sublinhar que este terceiro tipo de prisão referido possui os subtipos de prisão em flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária, conforme análise que se segue.

2.3 CATEGORIA DE PRISÕES CAUTELARES

Antes de analisar detalhadamente cada tipo de prisão, é importante delinear as instituições preventivas e delinear os princípios gerais que norteiam as prisões. Capez afirma que a prisão no ordenamento jurídico brasileiro pode ser entendida como:

É a privação da liberdade de locomoção em virtude de flagrante delito ou determinada 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 (cf. nova redação do CPP, art. 283, caput) (CAPEZ, 2016, p.339).

Assim, observou-se que a perda da liberdade de locomoção ocorre apenas em três hipóteses: flagrante delito, por ordem do tribunal competente (decisão final) ou prisão preventiva, que se divide em prisão temporária ou prisão preventiva (BETEGA, 2022, p. 12).

Já Aury Lopes Junior alude a crucial da existência de *fumus boni iuris*, indagando acerca da afirmação de que o delito é a “fumaça de bom direito”, expondo sua visão de que o “delito é a negação do direito, sua antítese!”, *in verbis*: (LOPES JUNIOR, 2019, p. 699)

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (LOPES JUNIOR, 2019, p. 700).

A prisão processual é imposta quando, durante a investigação preliminar ou julgamento criminal, a separação preventiva do culpado for necessária pelas razões elencadas no próprio ato processual. Esse tipo de prisão, também chamada de prisão temporária ou preventiva, é regulamentado pelos arts. 282 a 318 do CPP e pela Lei nº 7 960/89 (ARAÚJO REIS, 2022, p. 811).

O princípio constitucional da presunção de inocência, assegurado pelo art. 5º, LVII, da CF, não impede a imposição de punições processuais, pois a própria Constituição em seu art. 5º, LXI, prevê a possibilidade de prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de juiz competente. No entanto, a prisão preventiva é uma medida excepcional que deve ser instituída ou mantida apenas quando houver real necessidade (ARAÚJO REIS, 2022, p. 811).

Este estatuto prenuncia três formas de prisão sendo a prisão em flagrante, preventiva e temporária, entretanto, o código de processo penal prevê as duas primeiras formas (a prisão em flagrante e a prisão preventiva), já a terceira forma

(prisão temporária) é regulamentada pela Lei nº 7.960/1989. Com efeito, da Lei nº 12. 403/2011, a prisão em flagrante passou a ter um prazo muito curto, pois em até 24 horas após a prisão, o delegado de polícia envia cópia do procedimento policial com o relatório ao juiz, que deve imediatamente alterá-lo para prisão preventiva ou conceder liberdade provisória (ARAÚJO REIS, 2022, p. 812).

Alexandre Cebrian Araújo Reis (2022) acrescenta:

Na redação originária do Código de Processo Penal existiam outras duas formas de prisão processual com regras próprias: prisão por sentença condenatória recorrível e prisão por pronúncia. Tais modalidades de prisão, todavia, deixaram de existir em decorrência das Leis n. 11.689/2008 e 11.719/2008 (ARAÚJO REIS, 2022, p. 812).

2.3.1 Prisão Temporária

A prisão tem caráter preventivo e a sua duração é predeterminada e aplica-se exclusivamente na fase de inquérito policial destinado à aplicação de pena de prisão por crime previsto na lei (TÁVORA, 2013, p. 13). A princípio, cabe ressaltar que esse tipo de prisão possui dimensão jurídica própria, pois seu procedimento e sua tramitação estão descritos principalmente na Lei nº 7.960/89 (BETEGA, 2022, p. 14).

De modo a não tornar nula a ordem prisão temporária, a disposição deve ser interpretada em conjunto conforme Guilherme de Souza Nucci explica (NUCCI, 2016, p. 577):

[...] torna-se necessário interpretar, em conjunto, o disposto no art. 1.º, incisos I e II com o III, da Lei 7.960/89. Assim, o correto é associar os incisos I e II ao inciso III, viabilizando hipóteses razoáveis para a custódia cautelar de alguém. Portanto, há duas situações que autorizam a temporária: 1.ª) “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” (inciso I), associando-se ao fato de haver “fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2.º); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1.º e 2.º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1.º e 2.º); e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1.º, 2.º, e 3.º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único) [a Lei 12.015/09 revogou o art. 223 e criou as mesmas hipóteses nos §§ 1.º e 2.º do art. 213]; g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e

sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único) [a Lei 12.015/2009 revogou o art. 214, mas incorporou o seu conteúdo ao art. 213; logo, continua viável a decretação da temporária nesse caso de violência sexual]; h) rapto violento (art. 219 [revogado pela Lei 11.106/2005], c/c o art. 223, caput, e parágrafo único [revogado pela Lei 12.015/2009]). Embora ainda conste da relação do art. 1.º, III, h, da Lei 7.960/89, não mais existe esse delito, pois revogado pela Lei 11.106/2005; i) epidemia com resultado morte (art. 267, § 1.º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288) [atual associação criminosa, conforme Lei 12.850/2013], todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei 2.889, de 01.10.1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368, de 21.10.1976 [atual art. 33 da Lei 11.343/2006]); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492, de 16.06.1986)” (inciso III); 2.ª) “quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade” (inciso II) em combinação com os crimes descritos no referido inciso III (NUCCI, 2016, p. 577).

O art. 2º, §4º da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) também autoriza a expedição da prisão temporária por crimes de terrorismo, tortura e todos os crimes hediondos - ainda que não constem do referido rol, como o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A) concebido pela Lei n. 12.015/2009. Já o delito de rapto violento está incluído neste dispositivo, mas foi declarado inválido como crime independente e a Lei nº 11.106/05, passou a ser considerada forma nominada para a prática do delito de seqüestro, ficando disposto no art. 148, § 1º, inciso V. (ARAÚJO REIS, 2022, 893).

A prisão temporária é a única prisão provisória com duração máxima estatutária. É mais importante que seja um período de sanção, ou seja, passado o prazo fixado na lei, o arguido deve ser imediatamente posto em liberdade, este prazo está fixado no art. 2 da Lei 7.960/89 (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 816):

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (BRASIL, Incluído pela Lei nº 7.960/1989).

Ou seja, regra geral é de 5 (cinco) dias, prorrogáveis por mais 5 (cinco) dias em caso de comprovada e extrema necessidade, já para crimes hediondos e análogos, nomeadamente tráfico de seres humanos, terrorismo e tortura (§4º, art. 2º, Lei n.º 8.072/90) o prazo de prisão temporária é de 30 (trinta) dias, prorrogável por

mais 30 dias se comprovadamente e extremamente necessário. (TÁVORA, 2013, p. 15)

Assim, de acordo com a letra do referido dispositivo e trazendo à tona o art. 282 da Lei de Processo Penal, segundo o qual toda medida preventiva deve atender aos requisitos de aplicação e investigação da Lei de Processo Penal e evitar a consumação de infrações penais, tal como da adequação para um caso real, a prisão temporária deve atender aos requisitos listados no art. 1º da Lei 7.960/89. A esse respeito, Aury Lopes Jr. afirma que (BETEGA, 2022, p. 15):

Além de observar se a medida realmente é necessária para a investigação e a coleta dos elementos probatórios buscados, deve verificar se a prisão temporária é adequada à finalidade apontada pela autoridade policial. Em última análise, estamos tratando da proporcionalidade da prisão, que adquire especial relevância agora com o amplo rol de medidas cautelares diversas, previstas no art. 319. Deve o juiz verificar, portanto, se os objetivos buscados não podem ser alcançados por meio de medidas cautelares diversas e menos gravosas para o investigado (LOPES JR, 2019, p. 814).

Da mesma forma, Capez considera a prisão temporária como uma prisão processual destinada a permitir a investigação de crimes graves durante uma investigação policial e entende que (BETEGA, 2022, p. 15):

[...] a prisão temporária somente pode ser decretada nos crimes em que a lei permite a custódia. No entanto, afrontaria o princípio constitucional do estado de inocência permitir a prisão provisória de alguém apenas por estar sendo suspeito pela prática de um delito grave. Inequivocamente, haveria mera antecipação da execução da pena. Desse modo, entendemos que, para a decretação da prisão temporária, o agente deve ser apontado como suspeito ou indiciado por um dos crimes constantes da enumeração legal, e, além disso, deve estar presente pelo menos um dos outros dois requisitos, evidenciadores do *periculum in mora*. Sem a presença de um destes dois requisitos ou fora do rol taxativo da lei, não se admitirá a prisão provisória. Concordamos, portanto, com a terceira posição (CAPEZ, 2016, p. 380-381).

Com a homologação da Lei 7.960/89, alguns juristas passaram a defender o argumento de que a prisão preventiva não caberia mais na fase de inquérito, pois seria substituída pela prisão temporária. Com a corroboração da Lei nº. 12.403/2011 foi dada nova redação aos arts. 283 e 311 do Código de Processo Penal, em que é reconhecida em nossa legislação a coexistência de prisão preventiva e prisão temporária e reitera-se que a primeira também pode ser apurada no percurso do

inquérito policial. A Lei nº 13.964/2019 alterou a redação do art. 311, porém manteve a opção de expedir durante a investigação. Em suma, um juiz pode decretar qualquer prisão processual durante uma investigação se cada uma tiver requisitos diferentes (ARAÚJO REIS, 2022, p. 894-895).

Alterado pela Lei nº 12.403/11, o art. 313, parágrafo único, revogou a última parte do inciso II do art. 1º, que previa a viabilidade de prisão temporária por falta de identidade do acusado, pois a hipótese é a mesma que permite atualmente a prisão preventiva durante a investigação e, neste sentido, o código processual passou a prever a libertação imediata e automática do arguido após a identificação, ao contrário da prisão temporária, que exige a sua anulação por sentença expressa ou pelo decurso de prazo (ARAÚJO REIS, 2022, p. 895).

Um debate importante sobre a adequação de uma medida temporária diz respeito ao preenchimento dos elementos que justificam a entrada em vigor da medida. Existem várias correntes de pensamento sobre o assunto, a dominante, que necessariamente aceita a temporária com base no inciso III, porque introduziria a fumaça de uma boa lei (*fumus commissi delicti*) no estabelecimento da medida e, além disso, uma das hipóteses dos incisos I ou II: se é essencial do ponto de vista da investigação ou o arguido não é um determinado local de residência ou não são fornecidos elementos que o identifiquem (TÁVORA, 2013, p. 14).

Cabe abordar as diferenças quanto ao caráter cumulativo ou alternativo dos requisitos elencados na Lei 7.960/89. Nessa ilusão, é possível vislumbrar a primeira corrente, que entende que a prisão temporária pode ser imposta em qualquer uma das três situações previstas na lei, ou seja, são escolhas. Tourinho Filho confirma esta noção de que (BETEGA, 2022, p. 16):

Nessa percepção, reproduzimos o exposto por Tourinho Filho (2018, p. 699): Em que hipóteses se admite a prisão temporária? Nos termos da Lei n. 7.960/89, será possível quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes [...] dê que imprescindível para as investigações do inquérito policial ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (BETEGA, 2022, p. 16)

Por outro lado, há segunda regra a qual a prisão temporária só pode ser imposta pelos crimes previstos na Lei 9.960/89, se preenchido um dos dois requisitos previstos em nosso diploma. Nesse sentido, Nucci afirma:

Enfim, não se pode decretar a temporária somente porque o inciso I foi preenchido, pois isso implicaria viabilizar a prisão para qualquer delito, inclusive os de menor potencial ofensivo, desde que fosse imprescindível para a investigação policial, o que soa despropositado. Não parece lógico, ainda, decretar a temporária unicamente porque o agente não tem residência fixa ou não é corretamente identificado, em qualquer delito. Logo, o mais acertado é combinar essas duas situações com os crimes enumerados no inciso III, e outras leis especiais, de natureza grave, o que justifica a segregação cautelar do indiciado. No mesmo sentido, Maurício Zanoide de Moraes, *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, p. 2.869; Antonio Magalhães Gomes Filho, *A motivação das decisões penais*, p. 230 (NUCCI, 2016, p. 577 - 578).

Há também uma terceira corrente, que afirma que é necessária a existência de pelo menos um requisito legal para determinar a prisão temporária, desde que presentes também os motivos da prisão preventiva (BETEGA, 2022, p. 16).

Assim aparece Vicente Greco Filho (2019, p. 340): Essas hipóteses parecem ser puramente alternativas e destituídas de qualquer outro requisito. Todavia assim não podem ser interpretadas. Apesar de instituírem uma presunção de necessidade da prisão, não teria cabimento a sua decretação se a situação demonstrasse cabalmente o contrário. É preciso, pois, combiná-las entre si e combiná-las com as hipóteses de prisão preventiva, ainda que em sentido inverso, somente para excluir a decretação (BETEGA, 2022, p.16).

Finalmente, há uma quarta vertente que defende a necessidade da acumulabilidade das três pretensões jurídicas, noção seguida pela vocação docente de Scarance Fernandes (BETEGA, 2022, p. 16)

Portanto, tendo apresentando brevemente o despacho de prisão temporária e feito as principais diferenças (previsão em certo grau, prazo, limitação do escopo da investigação) entre tal despacho e prisão preventiva, é necessário discutir outros tipos de prisão, um dispositivo que pode restringir a livre circulação de uma pessoa: prisão em flagrante, ao qual é o tema do trabalho.

2.3.2 Prisão Preventiva

É por natureza uma prisão preventiva mais ampla, sendo um meio eficaz de reclusão durante a fase de inquérito e processo policial. Essa medida cautelar só é válida se houver ônus mínimo de prova que demonstre a ocorrência da infração, os

possíveis motivos e algum motivo legal que justifique a necessidade da prisão preventiva (TÁVORA, p. 10).

A prisão preventiva está elencada nos arts. 311 a 316 do CPP é medida cabível mediante despacho fundamentado da autoridade judiciária em qualquer fase do inquérito policial ou do processo penal anterior à produção de sentença penal condenatória, podendo ser aplicada de ofício ou mediante solicitação representante do promotor, por autoridade policial ou do ofendido (GONÇALVES, 2006, p. 28).

De início, destaca-se que a prisão preventiva é um meio de limitação da liberdade, que pode ocorrer tanto na fase investigativa quanto na fase processual, desde que seja decretada por um juiz e cumpridos outros requisitos legais. Segundo Nucci “trata-se de medida cautelar que limita a liberdade do acusado por motivo necessário de acordo com os requisitos previstos na lei”. Nesse sentido fica definido no art. 311 do CPP a legalidade tanto do pedido ou representação quanto do mandado de prisão, direito exclusivo do judiciário: (BETEGA, 2022, p. 22)

A prisão preventiva é sempre precedida de controle judicial, onde o art. 315 do CPP, afirma, de forma muito transparente, que “uma ordem de concessão ou recusa de prisão preventiva é sempre justificada” (GONÇALVES, 2006, p. 30). Portanto, assim como a prisão temporária, a prisão preventiva só pode ser imposta com a anuência do judiciário em decisão fundamentada com base no art. 93 da Carta Magna (BETEGA, 2022, p. 22).

O disposto no art. 313, inciso I, não pode ser esquecido, isto significa que não utiliza prisão preventiva se a pena for igual ou inferior a 4 (quatro) anos. Assim, não é compatível com crimes passíveis de processo penal privado (se a pena for menor do que o necessário do art. 313, I). (LOPES JR., 2019, p. 757)

Além disso, importante destacar que tal instituto se difere da prisão temporária e da prisão em flagrante porque, conforme descrito acima, a prisão preventiva é limitada apenas à fase de investigação, assim como a prisão em flagrante é a prisão administrativa, que só pode ser alterada pela prisão preventiva ou temporária, de acordo com os requisitos da lei (BETEGA, 2022, p. 22).

Lopes Jr. enfatiza essa diferença da seguinte forma:

A prisão preventiva pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, inclusive após a sentença condenatória recorrível. Ademais, mesmo na fase recursal, se houver necessidade

real, poderá ser decretada a prisão preventiva (com fundamento na garantia da aplicação da lei penal) (LOPES JR., 2019, p. 756).

Nessa linha, cabe destacar as recentes alterações promovidas pela Lei 13.964/19 acerca da possibilidade de decretação da prisão preventiva. Antes da entrada em vigor desta lei, a prisão podia ser decretada *ex officio* durante o processo criminal, embora não pudesse ser decretada durante a investigação preliminar (BETEGA, 2022, p. 22).

Acerca das importantes e recentes mudanças no sistema processual penal brasileiro: (BETEGA, 2022, p. 23)

Renato Brasileiro explica: as Pelo menos até o advento da Lei n. 13.964/2019, o Código de Processo Penal vedava a decretação de medidas cautelares de ofício pelo juiz apenas durante a fase investigatória, admitindo-o, todavia, quando em curso o processo criminal. Com a nova redação conferida aos arts. 282, §§2 e 4, e 311, ambos do Código de Processo Penal, pelo Pacote Anticrime, denotam-se que, doravante, não mais poderá o juiz decretar nenhuma medida cautelar de ofício, pouco importando o momento de a persecução penal. A mudança em questão vem ao encontro do sistema acusatório (BETEGA, 2022, p. 23).

O artigo 316 do CPP determina que “quando for decretada a prisão preventiva, o órgão de decisão deve verificar a necessidade da sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, em virtude de exercício sob pena de ilegalidade da detenção”, sendo a prorrogação desse prazo justificada apenas por decisão devidamente fundamentada nas circunstâncias do caso concreto, mediante prova que demonstre a necessidade de manutenção de medida cautelar de proteção contra a persecução penal. Reexamina as razões da imposição de medida restritiva de liberdade, que deve ser realizada independentemente de provocação das partes. E o descumprimento dessa exigência implicará na mitigação da medida prescrita (DIAS, 2021, p. 8).

É preciso lembrar que os pressupostos e requisitos da prisão preventiva no Brasil fazem parte de seu predicado no Código de Processo Penal. Isto porque o art. 312 menciona especificamente as condições que podem conduzir à prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (BETEGA, 2022, p. 23).

Portanto, pode-se dizer que majoritariamente entende-se que os pressupostos da prisão preventiva são provas suficientes do autor do crime e prova da existência do crime, conforme previsto no art. 312 do CPP. Por outro lado, os fundamentos são razões legais que podem motivar a separação preventiva de uma pessoa. Norberto Avena esboça as bases desse preconceito (BETEGA, 2022, p. 25).

Trata-se dos motivos que ensejam a decretação da custódia e sobre os quais deve assentar a decisão judicial deferitória. Satisfaz-se, neste caso, o segundo requisito genérico das medidas cautelares, qual seja, o *periculum in mora* (*periculum libertatis*) - risco de que a demora das investigações ou da tramitação processual venha a prejudicar o ajuizamento da ação penal ou a prestação jurisdicional (BETEGA, 2022, p. 25).

Considerando este conceito, vale elencar os motivos da prisão preventiva expressamente descrita na segunda parte do art. 312 da Lei de Processo Penal: garantir a ordem pública, garantir a ordem econômica, conveniência das instruções criminais e garantir a segurança da aplicação da lei penal (BETEGA, 2022, p. 25).

Uma das aplicações hipotéticas ao juiz após flagrante delito é a conversão da prisão em flagrante em preventiva. Nesse sentido, ressalta-se a importância desse momento do processo penal, tendo em vista que se trata da avaliação judicial de prisão em flagrante delito, que é uma forma de prisão administrativa temporária e que só é uma razão para permanecer se estiverem reunidas as condições para a nomeação de outros tipos de prisão cautelar. Como observado anteriormente, a detenção flagrante, portanto, serve a um propósito preventivo na medida em que é um passo preliminar para as possíveis medidas preventiva para proteger certos propósitos enumerados no estatuto (BETEGA, 2022, p. 26).

Esse momento da persecução penal (BETEGA, 2022, pag. 27):

Renato Brasileiro explica: Ao longo dos anos, a jurisprudência majoritária sempre entendeu que, ao receber a comunicação do flagrante, a autoridade judiciária não estaria obrigada a fundamentar a manutenção da prisão cautelar do agente. Se acaso deliberasse pelo relaxamento da prisão, aí sim a decisão deveria ser motivada. Portanto, quando da comunicação da prisão em flagrante, competia ao Juiz apenas verificar a existência de situação de flagrância e a devida observância das formalidades legais, estando obrigado a fundamentar apenas se fosse determinado o relaxamento da prisão (BETEGA, 2022, pag. 27).

No entanto, o tipo de ação judicial que o autor menciona não é mais compatível com o atual sistema de mandados de prisão, pois viola os princípios da aplicabilidade e da necessidade de defesa, pois ampliaria automaticamente as prisões em flagrante delito. Com isso, Renato Brasileiro confirma que avançou bastante na reformulação do art. 310 do CPP pela Lei nº 12.403/11, que obriga o juiz a avaliar a necessidade (ou não) de continuar a prisão de agente preso em flagrante delito (BETEGA, 2022, pag. 27).

Além disso, o texto legal do artigo 310 do Código de Processo Penal dispõe que:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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 (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011) (BRASIL, Incluído pela Lei nº 3.689/1941).

Portanto, se o juiz constatar a total insuficiência das medidas de segurança em caso específico que não seja o da prisão e marcados em uma das condições do art. 313 do CPP, o juiz deve transformar a prisão em flagrante em preventiva, cabendo ao Estado o ônus de provar a necessidade e o cabimento dessa medida no caso em questão, como punição pela infração ao princípio da presunção de inocência (BETEGA, 2022, p. 28).

A prisão preventiva não cabe recurso. A hipótese de constrangimento ilegal pode permitir o recurso de habeas corpus. Do indeferimento do pedido de prisão cabe recurso (GONÇALVES, 2006, p. 31).

2.3.3 Prisão em Flagrante como dispositivo Pré-Cautelar

Vale lembrar que a derivação da palavra flagrante surge do latim *flagrans* e expressa queimante, ardente. Para melhor conceituar Castelo Branco aduz

“flagrante vem do latim *flagrans* e quer dizer ardente, queimante” agregando Capez alude que “é o crime que ainda queima, isto é, que está sendo cometido ou acabado de sê-lo” e segue sustentando que é “medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido um crime ou uma contravenção” (BITENCOURT, 2017).

Para José Frederico Marques, “flagrante delito é o crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o infrator executa a ação penal ilícita” e para Fabbrini Mirabete “*flagrante* é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a ‘certeza visual do crime’” (CAPEZ, 2016, p. 352).

Na verdade, o flagrante é o que leva à hora e ao local do crime. É medida administrativa privativa de liberdade, preventiva e especial que não requer ordem escrita do juiz, porque ocorre repentinamente. Como o nome sugere, o ato ocorre quando o autor de um crime é pego em flagrante ou acaba de cometer um crime, então o autor é levado a um órgão de aplicação da lei competente, ou seja, a autoridade policial para praticar os atos de referentes ao procedimento da prisão em flagrante delito. Os pré-requisitos para a da prisão em flagrante estão elencados no artigo 302 e seus incisos do CPP (BARBOZA, 2021, p. 18).

Com esse sistema, o parlamento estabeleceu o caráter preventivo da prisão em flagrante delito. Como explica BANACLOCHE PALAO, ofensa flagrante – *la detención imputativa* - não é uma precaução pessoal, mas uma medida preventiva no sentido de que não visa assegurar o resultado do processo, mas apenas prevenir, onde o preso fica a critério do juiz decidir se aplica ou não medidas preventivas efetivas. Portanto, o autor alega que é uma medida independente que enfatiza a instrumentalidade e ao mesmo tempo a autonomia do flagrante delito (LOPES JR, 2019, p. 719).

É inquestionável o caráter preventivo da prisão em flagrante delito, que como toda prisão processual exige a existência de “*fumus boni iures*” e “*periculum in mora*”. Com efeito, quanto ao “*fumus boni iures*”, Souza Nucci afirma que se exige

[...] apenas a manifestação de tipicidade, não requer a apreciação de injustiça e culpa, demais requisitos para a composição do crime”. destaca que essa precaução: “É originalmente de natureza administrativa, porque o mandado de prisão em flagrante delito é

executado pela polícia judiciária, mas torna-se jurisdicional se o magistrado, tendo recebido notificação disso, não afrouxa, preferindo para segurá-lo em sua mão, porque é considerado lícito (CAFEIRO LEÃO, 2006, p. 36).

Por fim, outro requisito para as medidas preventivas, é o "*periculum in mora*", que deve ser crime plenamente desenvolvido porque atenta contra a ordem pública e o direito. Mas cabe ao juiz, após receber flagrante delito, analisar se houve de fato um "*periculum in mora*" e assim decidir se o acusado continua ou não em liberdade (CAFEIRO LEÃO, 2006, p. 37).

Ao tratar do crime de baixo potencial ofensivo, Lei nº 9.099/95, não se deve falar em prisão em flagrante delito, mas sim em termo circunstância de ocorrência em que deve ser realizado através de representação da vítima, em crimes de ação penal pública condicionada à representação, ou em crimes de ação penal pública incondicionada, se o Ministério Público tiver conhecimento da ocorrência de crime passível de instauração de processo penal, se dispuser de provas suficientes para conhecer, por exemplo, um possível criminoso. Nesse caso, o detido deve comprometer-se a comparecer perante o tribunal, conforme alude artigo 69, parágrafo único, da supramencionada lei (BARBOZA, 2021, p. 18).

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

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. (Redação dada pela Lei nº 10.455, de 13.5.2002) (BRASIL, Incluído pela Lei nº 9.099/1995).

Como nota Guilherme de Souza Nucci:

[...] Embora a referida lei fale não se imporá "prisão em flagrante", deve-se entender que esta não será formalizada através do auto, pois qualquer do povo pode prender e encaminhar à delegacia o autor de uma infração de menor potencial ofensivo, até pelo fato de que tipicidade existe e não é o leigo obrigado a conhecer qual infração é sujeita às medidas despenalizadoras da Lei 9099/95 e qual não é (CAFEIRO LEÃO, 2006, p. 37).

Conforme explicado anteriormente, a prisão em flagrante é um dos tipos de prisão cautelar (ou não punitiva), pois é categorizada no quadro de prisões sem punição final, ou seja, sem sentença condenatória transitada em julgado. Em sua conceituação de instituições prisionais, Greco Filho (p.333) argumenta que “o flagrante é a situação, prevista na lei, de imediatidade em relação à prática da infração penal que autoriza a prisão, independentemente de autorização judicial” (BETEGA, 2022, p. 18).

A Lei de Processo Penal prevê expressamente a prisão agravada nos arts. 301 e 302, ao qual alude que:

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

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, Incluído pela Lei nº 3.689/1941).

Lendo esses dispositivos, pode-se postular quatro hipóteses que configuram os eventos do ato, contabilizando três tipos de flagrante delituoso: o flagrante próprio, o flagrante impróprio e o flagrante presumido, ao qual será esmiuçado no próximo capítulo (BETEGA, 2022, p. 19).

No entanto, da leitura do art. 302 do CPP, a doutrina questiona a natureza da prisão em flagrante porque, embora os autores a classifiquem como uma das três espécies de prisão processual, não há sequer um procedimento para esse período da prisão do agente nas hipóteses do referido dispositivo (BETEGA, 2022, p. 20):

André Nicolitt indica essa diferença quando elenca os tipos de prisões processuais (p. 758-759): No processo penal brasileiro existem as seguintes prisões processuais: prisão preventiva e prisão temporária. Também será objeto de nossa atenção a prisão em flagrante, apesar de que, na verdade, está é prisão administrativa, pré-cautelar (BETEGA, 2022, p. 20).

Em referência a classificação, Aury Lopes Jr. também destaca a existência desse equívoco comum:

A doutrina brasileira costuma classificar a prisão em flagrante, prevista nos arts. 301 e seguintes do CPP, como medida cautelar. Trata-se de um equívoco, a nosso ver, que vem sendo repetido sem maior reflexão ao longo dos anos e que agora, com a reforma processual de 2011, precisa ser revisado (LOPES JR., 2019, p. 718).

Assim, fica claro que a prisão em flagrante é, na verdade, uma ação administrativa, pois não há sequer inquérito policial ou processo criminal contra o suposto autor do crime. Para confirmar isso, Badaró explica a natureza desse tipo de prisão (BETEGA, 2022, p. 21):

Em seu novo regime, a prisão em flagrante se restringirá a um momento inicial de imposição de medida cautelar de prisão. Justamente por isso, tem sido considerada uma "pré-cautela". Em outras palavras, a prisão em flagrante somente subsistirá entre a lavratura do auto de prisão em flagrante e a análise judicial da legalidade da prisão e da necessidade de manutenção de prisão cautelar ou de sua substituição por medida diversa da prisão (BADARÓ, p. 1049-1050) (BETEGA, 2022, p. 21).

Em decorrência do exposto, deve-se reconhecer que a prisão em flagrante delito tem sido tratada como uma espécie de prisão cautelar, cujo objetivo é garantir que o sujeito temporariamente isolado seja submetido à supervisão legal. Porém, é inevitável a conclusão de que, de fato, a prisão em flagrante é uma medida de "pré-cautela" quando se trata de prisão administrativa que posteriormente pode se tornar judicial.

3 DA PRISÃO EM FLAGRANTE E SUAS MODALIDADES

É um tipo de prisão cautelar, conforme explicou Lenza (2018) “o termo *flagra* vem do *latim flagare*, que significa queimar, arder, é o crime que ainda está queimando, isto é, está sendo cometido ou acabou de sê-lo”. A prisão por flagrante delito surge com uma finalidade, que é a proteção da sociedade, que priva a pessoa de sua liberdade quando ela comete ou cometeu recentemente um crime. A Constituição Federal afirma “que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo por crime militar ou crime estritamente militar definido em lei” (BARBOZA, 2021, p. 18).

Com base nas circunstâncias, a prisão em flagrante não depende de autorização prévia do tribunal, mas sua eficácia é limitada pela prisão criminal prevista nas hipóteses expostas no art. 302 do Código de Processo Penal e seus incisos, *in verbis* (ANDRADE, 2019, *online*):

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, Incluído pela Lei nº 3.689/1941).

No inciso I, que afirma que o sujeito “causa o crime”, ou seja, o sujeito é pego em flagrante ou auxiliando na consumação do crime. No inciso II, o sujeito acaba de cometer um crime. Nos incisos III e IV, incide sobre o arguido que abandonou o local do crime, enquanto na parte III, o arguido é procurado numa situação que conduz à presunção de autoria das circunstâncias, e no inciso IV o sujeito é encontrado com ferramentas (como uma arma ou itens) que levam à suposição de que ele é o autor do crime (BARBOZA, 2021, p. 18).

O art.301 do CPP dispõe: “qualquer do povo poderá e as autoridades deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante”. Assim, seu autor é sujeito ativo de prisão em flagrante delito. E esta é uma característica da nossa legislação, quando todo cidadão é um indivíduo ou uma autoridade (LEÃO, 2004, p. 38).

Assim, quando uma lei se refere a alguém, ao contrário dos poderes, este tem apenas a capacidade de aplicá-la, não o dever. Em outras palavras, quando se trata

de uma pessoa, a lei dá à faculdade o direito de apreensão, ou seja, cooperação com o Estado, mas não um compromisso que não implique sanções caso a pessoa não o faça. No entanto, se o sujeito ativo for um agente aplicador da lei, esta impõe a eles o dever legal de prender qualquer pessoa encontrada em flagrante delito (LEÃO, 2004, p. 38).

Apesar de a prisão em flagrante, há fundamento suficiente para manter o acusado sob custódia durante o julgamento. Na prática jurídica, havia o entendimento de que a prisão em flagrante delito era uma forma independente de prisão temporária, ou seja, o sujeito poderia ser mantido na prisão independentemente do fato de um mandado de prisão ter sido expedido após a prisão em flagrante delito (ANDRADE, 2019, *online*).

Com a entrada em vigor da Lei 12.403/11, Costa Neto (2012), entende que, ficou claro que a prisão em flagrante delito por si só não confere mais ao agente o direito de permanecer preso durante todo o processo. Notemos o preceituado na nova redação do art. 310 do CPP (ANDRADE, 2019, *online*):

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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 (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011) (BRASIL, INCLUÍDO PELA LEI Nº 3.689/1941).

Alguns doutrinadores citam que se a prisão for legal, o juiz deve alterá-la para prisão preventiva ou conceder liberdade provisória se a lei permitir. Parece que o ato da prisão por si só não consegue manter o agente preso, a necessidade da prisão deve ser decidida com base em alguma hipótese que permita a prisão preventiva. Nesse enredo, há discordâncias na doutrina no que diz respeito à natureza jurídica. Há três concepções que são considerados ato administrativo, prisão cautelar ou medida pré-cautelar (ANDRADE, 2019, *online*).

3.1 DOS SUJEITOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Este tópico diz respeito às pessoas da prisão em flagrante, ou seja, diz respeito às pessoas que podem ser presas em flagrante, e principalmente aquelas que podem ser presas em tal situação (ARAÚJO REIS, 2022, p. 826).

Os sujeitos podem ser ativos ou passivos, dependendo de sua participação no ato infracional. O sujeito ativo é o que executa a prisão e pode ser qualquer pessoa conforme especificado no art. 301 do CPP, ou seja, a população de maneira facultativa, entretanto, os funcionários da segurança pública ocorre de maneira obrigatória ou compulsória, exceto em casos de flagrante retardado (PRATTI, 2017, p. 36-37).

Deste modo, o art. 301 do CPP traz o sujeito ativo e estabelece que qualquer pessoa do povo pode prender qualquer pessoa que esteja cometendo um ato ilícito quando policiais e seus agentes são obrigados a fazê-lo. Assim, a doutrina passou a distinguir entre o procedimento obrigatório e facultativo. Também chamado de flagrante compulsório ou necessário (ARAÚJO REIS, 2022, p. 827).

Isso significa que as autoridades policiais e seus agentes que presenciam o crime têm o dever de prender o criminoso pelo crime. Obviamente, tal obrigação pressupõe uma oportunidade de fazê-lo. Alexandre Cebrian Araújo Reis (2022) dispõe como exemplo (ARAÚJO REIS, 2022, p. 827):

Se um policial está sozinho no interior de um distrito policial e um bando de dez bandidos fortemente armados entra no local para resgatar um comparsa que ali está preso, não se pode imaginar que o policial, sozinho, deva apontar sua arma aos criminosos e dar-lhes voz de prisão. O descumprimento do dever de prender em flagrante (quando possível a concretização do ato), desde que por desleixo, preguiça ou por interesse pessoal, caracteriza crime de prevaricação e infração administrativa (ARAÚJO REIS, 2022, p. 827).

Ainda tratando-se do sujeito ativo no que se refere ao flagrante facultativo, Alexandre Cebrian Araújo Reis (2022) retrata que qualquer cidadão pode prender em flagrante delito outra pessoa que se encontra na execução do ato infracional. Refere-se, por conseguinte, de uma medida voluntária sem consequências em caso de incumprimento. Muitas vezes a prisão em flagrante é executada por seguranças, guardas noturnos ou até mesmo pela vítima (ARAÚJO REIS, 2022, p. 827).

Em muitos municípios, existe a chamada Guarda Civil Municipal, cuja principal tarefa é proteger o patrimônio público dos municípios. Porém, vale ressaltar que em caso de crime, é comum as pessoas chamarem os guardas civis e eles prenderem os criminosos em flagrante. Nesses casos, a validade do flagrante tende a ser questionada porque a polícia é a responsável pela prisão, o que é claramente errado porque qualquer pessoa pode prender o autor de um crime em flagrante delito. Assim Alexandre Cebrian Araújo Reis (2022) expõe:

A propósito: “A guarda municipal, a teor do disposto no § 8º do art. 144 da CF, tem como tarefa precípua a proteção do patrimônio do município, limitação que não exclui nem retira de seus integrantes as condições de agentes da autoridade, legitimados, dentro do princípio de autodefesa da sociedade, a fazer cessar eventual prática criminosa, prendendo quem se encontre em flagrante delito, como de resto facultado a qualquer do povo pela norma do art. 301, do CPP” (STJ — RHC 7.916 — 6ª Turma — Rel. Min. Fernando Gonçalves — DJU 09.11.1998 — p. 175). Não se admite, porém, que guardas civis procedam as investigações ou abordagens genéricas para efetuar prisões em flagrante. Se um guarda civil resolve abordar aleatoriamente pessoas nas ruas para revistá-las e acaba encontrando droga ou arma de fogo com alguma delas e, por isso, dá voz de prisão à pessoa revistada, o flagrante é nulo e a prova é considerada ilícita.

Note-se que não é dado a qualquer do povo fazer revistas pessoais de modo aleatório. Por esse motivo, o guarda civil também não pode. O flagrante efetuado por guarda municipal só é válido quando ele encontra uma situação flagrancial já estabelecida (ARAÚJO REIS, 2022, p. 828).

Por outro lado, o sujeito passivo é uma pessoa que supostamente cometeu um crime e que é presa durante ou logo após o cometimento do crime. Em geral, qualquer pessoa que se encontre em qualquer das situações arroladas no art. 302 do CPP, uma prisão pode ser feita em flagrante delito. No entanto, existem algumas exceções importantes, a saber (ARAÚJO REIS, 2022, p. 829):

- a) os menores de dezoito anos, pois as crianças e os adolescentes estão sujeitos às medidas sócio-educativas e de proteção previstas nos artigos 106 e 107 do Estatuto da Criança e do Adolescente;
- b) o Presidente da República, nos termos do artigo 86, parágrafo 3º, da Constituição Federal;
- c) os diplomatas estrangeiros, em razão de tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil (artigo 1º, II, do Código de Processo Penal);
- d) o autor de infração de menor potencial ofensivo, que for apresentado ao Juizado Especial Criminal, após a lavratura do termo

circunstanciado ou assumir o compromisso de a ele comparecer (artigo 69, parágrafo único, da Lei 9099/95);

e) o condutor do veículo, nos crimes de trânsito, que resulte vítima, se prestar pronto e integral socorro ao ofendido, nos termos do artigo 301 do Código de Trânsito Brasileiro,

f) qualquer pessoa que se apresentar espontaneamente à autoridade, pois não existe prisão em flagrante por apresentação, o que não impedirá a decretação da prisão preventiva, se for o caso (artigo 317 do Código de Processo Penal).

Nos crimes inafiançáveis, poderão ser presos em flagrante:

a) os membros do Congresso Nacional, desde a expedição do diploma (artigo 53, parágrafo. 2º, da Constituição Federal);

b) os deputados estaduais (artigo 27, parágrafo 1º, da Constituição Federal);

c) os magistrados (artigo 33, II, da Lei da Orgânica da Magistratura Nacional);

d) os membros do Ministério Público (artigo 40, III, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público);

e) os advogados, por motivo de exercício da profissão (artigo 7º, parágrafo 3, da Lei 8906/94) (COELHO, 2010, p. 82).

Na possibilidade de qualquer pessoa constatar a execução de um crime e não empreender a prisão, não será punido. O doutrinador, Fernando Capez (2016) alude que como regra geral, qualquer pessoa pode ser contribuinte por recolhimento inadimplente, mas há exceções. Entre eles, estão (CAPEZ, 2016, p. 356):

Não podem ser sujeitos passivos de prisão em flagrante: os menores de 18 anos, que são inimputáveis (CF, art. 228; CP, art. 27); os diplomatas estrangeiros, em decorrência de tratados e convenções internacionais; o presidente da República (CF, art. 86, § 3º); o agente que socorre vítima de acidente de trânsito (Código de Trânsito Brasileiro – Lei n. 9.503, de 23-9-1997, art. 301); todo aquele que se apresentar à autoridade, após o cometimento do delito, independentemente do folclórico prazo de vinte e quatro horas, uma vez que não existe flagrante por apresentação (cf. posição do STF, RT, 616/400). Todavia, nada impede que, por ocasião da apresentação espontânea do agente, lhe seja decretada a prisão preventiva, desde que presentes os seus requisitos próprios, ou impostos, pelo juiz, outra medida cautelar alternativa à prisão (CPP, art. 282, § 6º) (CAPEZ, 2016, p. 356).

A lei permitia que qualquer cidadão, incluindo a vítima de um crime, prendesse qualquer pessoa em flagrante no exercício efetivo da cidadania em nome da aplicação da lei, aludido no art. 302 do CPP. Em relação aos órgãos de segurança pública e seus agentes (policiais militares ou civis), estabeleceu o dever de torná-los efetivos, cuja omissão é punível com responsabilidade criminal e operacional. E deve fazer isso no período das 24 horas do dia, se possível. Observe o dispositivo do seguinte acórdão (NUCCI, 2016, p. 555).

TJSP: “A situação de trabalho do policial civil o remete ao porte permanente de arma, já que considerado por lei constantemente atrelado aos seus deveres funcionais” (HC 342.778-3, Jaú, 6.ª C., rel. Barbosa Pereira, 19/04/2001, v.u., *JUBI* 60/01). Quando uma pessoa comum prende alguém em flagrante delito, quer dizer que ele age fora da lei, o que se chama exercício regular de direitos, agora se a polícia efetuar uma detenção trata-se de cumprir rigorosamente o dever decorrente da lei, ambas as situações estão amparadas pelo art. 23, III, do CP. (NUCCI, 2016, p. 555)

O livro didático enumera essencialmente os motivos da prisão em flagrante delito com base no ordenamento jurídico, excluindo assim o princípio constitucional da presunção de inocência, a necessidade de responder imediatamente ao cometimento de um crime estadual em assegurar a ordem e a harmonia na sociedade e a recolha imediata de provas relacionadas com o perpetrador e o conteúdo do crime (LEÃO, 2004, p. 33).

3.2 ESPÉCIES DE FLAGRANTE

Os estudiosos classificaram os métodos de prisão como uma ofensa flagrante. Não fazem diferença em sua nomenclatura, mas uma formulação doutrinária com base na lei processual penal e em trabalhos jurisprudenciais, que, por sua força probatória, passaram a mencionar as diferenças de nomenclatura formuladas na interpretação do artigo 302 e incisos do CPP, partes exaustivas do processo penal. (REITZ, 2005, p. 28)

A prisão em flagrante ocorre quando o infrator comete um crime, ou mesmo quando o procurado é perseguido por uma autoridade, uma vítima ou uma pessoa em situação em que possa ser considerada culpada. Além disso, se quaisquer ferramentas, armas, artigos ou artigos forem logo encontrados com a pessoa por quem ele supostamente cometeu tal crime, ele será considerado detido. (REITZ, 2005, p. 28)

A doutrina classifica essas hipóteses temporalmente: flagrante próprio ou perfeito, quase-flagrante ou flagrante impróprio e flagrante presumido ou ficto, são classificações relacionadas ao momento da execução em que foi flagrada. A Lei nº 9.034/95 também contém a hipótese de flagrante retardado ou diferido, amplamente utilizado pela Polícia Federal e outras polícias especializadas no combate ao crime organizado como

exemplo de mega operações, atividades que exigem cerca de um ano de pesquisa e deliberações para tornar o trabalho finalizado com sucesso. (REITZ, 2005, p. 28)

Existem outras classificações como flagrante provocado ou preparado, Flagrante forjado e prisão esperado. Portanto, não correspondem às hipóteses já mencionadas no art. 302 do CPP, deste modo, os entendimentos doutrinários que serão investigados e que criam definições e conceituam essas categorias.

3.2.1 Flagrante Próprio ou Perfeito

Tais nomes incluem hipóteses para objetos dos incisos I e II do art. 302 do CPP. Essa categoria é a mais convincente das situações de flagrante delito e é considerada a principal, ou seja, é a própria situação de ofensa flagrante. A certeza visual do crime é tão precisa que pode até ser equiparada a uma confissão de crime cometido, não havendo dúvidas sobre a situação em que se encontrará o agente capturado (REITZ, 2005, p. 29).

Enquanto antigamente era necessária a condenação pública para classificá-la como complacência ou flagrante delito, hoje tal expressão não prevalece em nosso país. Tratava-se, no entanto, de uma alegação de crime cometido, uma enérgica alegação declarada, e de certa forma desnecessária, como ficam claros os incisos I e II do Código de Processo Penal (REITZ, 2005, p. 29).

Conforme afirmado, esta é uma situação em que o indivíduo é visto durante a prática de um crime ou coopera em sua prática. Por exemplo, alguém que é visto atirando em uma vítima de assassinato ou apontando uma arma para uma vítima de roubo pode ser pego em flagrante. O fato de o autor do crime ter sido preso em flagrante delito não permite a prisão de participantes que não estejam em flagrante delito (REIS, 2022, p. 814).

A cerca do inciso I, Lopes Júnior alude que:

O flagrante do inciso I ocorre quando o agente é surpreendido cometendo o delito, significa dizer, praticando o verbo nuclear do tipo. Inclusive, a prisão nesse momento poderá, dependendo do caso, evitar a própria consumação (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 722).

Mediante ao inciso II, Lopes Júnior diz:

No inciso II, o agente é surpreendido quando acabou de cometer o delito, quando já cessou a prática do verbo nuclear do tipo penal. Mas, nesse caso, o delito ainda está crepitando (na expressão de Cernelutti), pois o agente cessou recentemente de praticar a conduta descrita no tipo penal. É considerado ainda um flagrante próprio, pois não há lapso temporal relevante entre a prática do crime (no sentido indicado pelo seu verbo nuclear) e a prisão. Dependendo da situação, o imediato socorro prestado à vítima ainda poderá evitar a consumação, mas diferencia-se da situação anterior na medida em que, aqui, ele já realizou a figura típica e a consumação já pode, inclusive, ter ocorrido (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 722-723).

No caso referido no ponto I, trata-se de uma questão de identidade apurada, pois aqui a circunstância é observada enquanto ainda está a decorrer, o que de certa forma acrescenta credibilidade à detenção, pois neste caso o agente é apanhado no momento da ação descrita no tipo de crime (CARDOSO, 2021, p. 07).

No mesmo raciocínio, o inciso II respalda a prisão após o crime quando a prática do verbo núcleo do tipo de crime já terminou, mas ainda existe a certeza do crime porque não há demora entre as prisões e a prática de um crime susceptível de constituir uma ofensa flagrante. Em muitos casos, dependendo do caso prático e da rapidez com que a vítima é presa e protegida, a consumação do crime pode ser evitada (CARDOSO, 2021, p. 07).

Assim, de acordo inciso I e II do art. 302 do CPP, ocorre crime próprio ou real, fato que configura forma típica de flagrante delito, quando o agente é surpreendido durante a prática do crime ou acaba de cometê-lo. Ao caracterizar um flagrante real, na prática, o criminoso que é avistado na execução de atos acessórios do crime, no mesmo tempo em que o criminoso que acaba de cometer o crime é flagrado no momento em que acaba de cometer o crime, em outros termos, a execução perfaz e permanece na mesma cena do crime (GONÇALVES, 2006, p. 43).

3.2.2 Flagrante Impróprio ou Imperfeito

Um crime impróprio ou quase flagrante abrangido no inciso III, caracteriza um cenário de flagrante para uma pessoa que é perseguida por uma autoridade, um

ofendido ou qualquer pessoa que esteja em uma situação em que é provável que tenha cometido uma violação (GONÇALVES, 2006, p. 44).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Aury Lopes Jr (2020) diz que as hipóteses apresentadas nos pontos III e IV podem ser classificadas como prisões impróprias, na presunção do inciso III não a prisão no instante da execução da atividade ilícita, o criminoso consegue fugir, caso em que as pessoas são perseguidas pela polícia, pela vítima ou por outra pessoa (CARDOSO, 2021, p. 07).

Desta forma, uma vez que o indivíduo não foi preso em flagrante, o criminoso deve ser presumido, deve-se observar que a perseguição deve ser tal que o suposto autor não seja a perseguição deve ser temerária e a perseguição deve ocorrer imediatamente após o crime, sem demora significativa na garantia - condução por falsa caracterização e intacta, que pode prosseguir indefinidamente até que os furtivos sejam capturados (CARDOSO, 2021, p. 07-08):

Nesse sentido, o cientista Renato Marcão (2011, p. 72) observa que: É possível, portanto, que a perseguição se inicie logo após a prática da infração penal (tentada ou consumada), e enquanto durar será possível a prisão em flagrante. É possível, portanto, que a prisão ocorra horas ou mesmo dias depois do cometimento do delito, desde que ocorra perseguição ininterrupta durante todo o período que intermedeia um e outro extremo (CARDOSO, 2021, p. 08).

Essa perseguição deve ser imediata e incessante, e o autor não tem nem um momento de descanso ou trégua entre a conduta e a perseguição. A expressão “logo após” não é definida com precisão pelos doutrinadores, pois há o entendimento que mesmo que a perseguição continue e mesmo que não haja prisão após um tempo razoável, a ação desaparecerá, o outro entendimento é sobre a perseguição instantânea e permanente que deixa o autor sem paz (REITZ, 2006, p. 39).

Segundo Amauri Reno do Prado e José Carlos Mascari Bonilha, o que distingue o objeto inciso II para o objeto inciso III é

[...] é o intervalo de tempo de perseguição, sem solução de continuidade (no flagrante impróprio não importa por quanto tempo será o agente perseguido, desde que a perseguição seja ininterrupta). Assim se a autoridade recebeu notícia do crime, obteve informações elucidativas sobre o agente e inicia a perseguição, o flagrante é válido, pois o que a lei exige é uma acusação viva, oral, movida contra o agente desde o momento do delito (LEÃO, 2004, p. 42).

Portanto, ainda que se trate de flagrante delito impróprio, ainda que o ato não ocorra mais na prática, ou seja, o fogo não está mais aceso, há uma prova inequívoca do crime, dada a situação em que o crime acabou de ser cometido subsistindo o calor e a fumaça resultante persistem mesmo quando as consequências do crime se desenrolam. Essa categoria está relacionada ao conceito de presunção de autoria e assume situação análoga ao flagrante. Este fator presuntivo decorre da evidência e deve ser avaliado pela autoridade competente (REITZ, 2006, p. 39).

Por referência a provas, entende-se por prova circunstancial tanto o agente que cometeu o crime como os elementos que possam ter sido utilizados para a prática do crime, trazendo exemplos pode ser encontrado ao lado de um cadáver, ainda com uma faca na mão, ser visto saindo do local de crime com manchas de sangue nas roupas, ser encontrado com o objetos da vítima. São hipóteses que colocam o suspeito na cena do crime, que por pouco não foi surpreendido na prática, mas em seguida, caracterizando um quase-flagrante (REITZ, 2006, p. 40).

Há várias interpretações para a locução logo após, visto que a lei não impõe prazo à definição, embora seja de extrema importância definir a categoria e subordinação para que tenha elementos de fé. Para constatar tal imprecisão legal, Tales Castelo Branco deve entender (REITZ, 2006, p. 41):

Teremos, assim, que, não havendo a lei fixada extensão temporal, as *expressões logo após e logo depois* só poderão ser interpretadas restritamente, não podendo o agente haver passado à prática de atos estranhos à infração penal (REITZ, 2006, p. 41).

A cerca da expressão “logo após”, Nucci alude que:

[...] evitando-se conferir larga extensão à situação imprópria de flagrante, para que não se autorize a perseguição de pessoas simplesmente suspeitas, mas contra as quais não há certeza alguma da autoria, utilizou a lei a expressão logo após, querendo demonstrar que a perseguição deve iniciar-se em ato contínuo à execução do delito, sem intervalos longos, demonstrativos da falta de pistas. Nas palavras de Roberto Delmanto Junior, “a perseguição há que ser imediata e ininterrupta, não restando ao indigitado autor do delito qualquer momento de tranquilidade” (As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração, p. 101). Eis porque é ilegal a prisão de alguém que consegue ficar escondido, sem que sua identidade seja conhecida, por horas seguidas, até que a polícia, investigando, consegue chegar a ele. Utiliza-se, como norma de apoio, para a interpretação desta, o disposto no art. 290, § 1.º, a e b,

do Código de Processo Penal (ser o agente avistado e perseguido em seguida à prática do delito, sem interrupção, ainda que se possa perdê-lo de vista por momentos, bem como ficar-se sabendo, por indícios ou informações confiáveis, que o autor passou, há pouco tempo, em determinado local, dirigindo-se a outro, sendo, então, perseguido). No mais, cabe ao bom senso de cada magistrado, ao tomar conhecimento da prisão em flagrante impróprio, no caso concreto, avaliar se, realmente, seguiu-se o contido na expressão “logo após” (NUCCI, 2016, p. 557).

Já referente à perseguição Nucci pondera que “pode demorar horas ou dias, desde que tenha tido início logo após a prática do crime, como se expôs na nota anterior” (NUCCI, 2016, p. 557).

Alexandre Cebrian Araújo Reis referente à perseguição alude que:

O próprio Código de Processo Penal, em seu art. 290, § 1º, cuida de esclarecer que o executor está em perseguição ao autor do delito quando: I — tendo -o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista; II — sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço. Nota -se, pois, que a interpretação doutrinária e jurisprudencial em torno do conceito de perseguição encontra fundamento no próprio texto legal. O início de perseguição a que se refere o art. 302, III, do CPP diz respeito ao término da ação delituosa e começo da fuga do bandido. Não se pode, portanto, considerar presente tal situação quando alguém que está viajando é vítima de furto e, ao retornar para casa, dias ou horas depois, aciona a polícia ao perceber que os bens da residência foram subtraídos (REIS, 2022, p. 818).

Portanto, o decurso entre conduta e perseguição deve ser interpretado restritivamente, não podendo o agressor já exercer atividades desviantes do crime, desenvolver outras atividades que coloquem em risco a continuação da perseguição.

3.2.3 Flagrante Presumido ou Ficto

De acordo com art. 302, inciso IV, do Código de Processo Penal, o sujeito do crime também é a pessoa que é encontrada logo após o ato ilícito com ferramentas, armas, objetos ou papéis que façam presumir sua autoria (REIS, 2022, p. 819). Esta modalidade é denominada como flagrante presumível, como o próprio nome indica, é aquele em que se presume que uma pessoa cometeu um crime porque encontrou provas, como uma arma de fogo (BARBOZA, 2021, p. 19). À semelhança da

espécie anterior, foi tida em conta a existência das locuções, presunção e logo depois (REITZ, 2006, p. 41).

Nesta categoria, o alvo não é perseguido, mas colocado, ainda que acidentalmente, na posse das coisas previstas na lei, pelo que a situação real leva a concluir que é ele o autor do crime. Isso acontece, por exemplo, quando alguém rouba um carro e algumas horas depois é parado pela polícia durante uma checagem de rotina, que confirma o furto e leva o motorista do veículo à delegacia, onde a vítima o reconhece, ou, ainda, quando o ladrão da bolsa de uma mulher é flagrado pela polícia ao vasculhar o interior da bolsa no mercado alguns minutos após o furto (REIS, 2022, p. 819).

Para Nucci esta modalidade não deixa de ser semelhante ao flagrante impróprio ou imperfeito, dizendo que:

Constitui-se na situação do agente que, logo depois da prática do crime, embora não tenha sido perseguido, é encontrado portando instrumentos, armas, objetos ou papéis que demonstrem, por presunção, ser ele o autor da infração penal. É o que comumente ocorre nos crimes patrimoniais, quando a vítima comunica à polícia a ocorrência de um roubo e a viatura sai pelas ruas do bairro à procura do carro subtraído, por exemplo. Visualiza o autor do crime algumas horas depois, em poder do veículo, dando-lhe voz de prisão (NUCCI, 2016, p. 557).

O requisito de tempo nesta modalidade pode ser prorrogado. Isso ocorre porque encontrar é fundamentalmente diferente de perseguir. Você deve estar perto para prosseguir. Encontrá-lo, por sua vez, permite um tempo maior entre o crime e o encontro com o agente (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 726).

Alexandre Cebrian Araújo Reis (2022) pondera:

O alcance da expressão “logo depois” deve ser analisado no caso concreto, em geral de acordo com a gravidade do crime, para se dar maior ou menor elastério a ela, sempre de acordo com o prudente arbítrio do juiz. Em pesquisas de jurisprudências é possível verificar que têm sido plenamente aceitas as prisões ocorridas várias horas após o crime. Em alguns casos mais graves, como nos de homicídio, já se admitiu o flagrante ficto até no dia seguinte ao do crime, mas nunca dois dias depois ou mais. Neste sentido: “não há falar em nulidade da prisão em questão, pois, apesar das peculiaridades do caso, restou configurada a hipótese prevista no art. 302, IV, do CPP, que trata do flagrante presumido. A expressão ‘logo depois’ admite interpretação elástica, havendo maior margem na apreciação do elemento cronológico, quando o agente é encontrado em circunstâncias suspeitas, aptas, diante de indícios, a autorizar a

presunção de ser ele autor de delito, estendendo o prazo a várias horas, inclusive ao repouso noturno até o dia seguinte, se for o caso” (STJ — RHC 7.622 — 6ª Turma — Rel. Min. Fernando Gonçalves — DJU 08.09.1998 — p. 118 -119), e “tem -se como legítimo o flagrante, atendida a flexibilidade cronológica da expressão ‘logo depois’, de homicida que estava sendo procurado e foi encontrado treze horas após o crime, ainda com o veículo e arma por ele utilizados (art. 302, IV, do CPP). Ocorrendo as hipóteses que autorizam a prisão preventiva e a legitimidade do flagrante, improcede o pedido de liberdade provisória” (STJ — RHC 1.798/RN — 6ª Turma — Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho — DJ 16.03.1992 — p. 3.107) (REIS, 2022, p. 820).

Acerca da expressão “logo após”, Guilherme de Souza Nucci (2016) pondera que:

[...] também neste contexto não se pode conferir à expressão uma larga extensão, sob pena de se frustrar o conteúdo da prisão em flagrante. Trata-se de uma situação de imediatidade, que não comporta mais do que algumas horas para findar-se. O bom senso da autoridade — policial e judiciária —, em suma, terminará por determinar se é caso de prisão em flagrante. Convém registrar a posição de Roberto Delmanto Júnior, conferindo a este caso uma interpretação ainda mais restrita que a do inciso anterior: “É que, devido à maior fragilidade probatória, a expressão ‘logo depois’ do inciso IV deve ser interpretada, ao contrário do que foi acima afirmado, de forma ainda mais restritiva do que a expressão ‘logo após’ do inciso III. Em outras palavras, se o indigitado autor está sendo ininterruptamente perseguido, desde o momento da suposta prática do delito, aí sim admitir-se-ia elastério temporal maior” (NUCCI, 2016, p. 557).

Julio Fabrini Mirabete explica de forma convincente acerca desta espécie de prisão em flagrante no caso da paz noturna que:

[...] considerado-se o interesse na repressão dos crimes, há maior margem na discricionariedade da apreciação do elemento cronológico quando o agente é encontrado com objetos indicativos do crimes, o que permite estender o prazo à varias ou, considerando-se o problema do repouso noturno, até o dia seguinte [...] (GONÇALVES, 2006, p. 37).

Dado o bom senso, o tempo é razoável. Em suma, é um decurso psicológico que associa a situação ao crime. Nesse caso, a pessoa não é procurada, mas encontrada, independentemente de isso acontecer ou de ter sido procurada após investigação. O que é decisivo para caracterizar desta espécie de flagrante é que o agente seja encontrado em posse dos objetos com os quais cometeu o crime logo após o crime (GONÇALVES, 2006, p. 38).

3.2.4 Flagrante Preparado ou Provocado

Nesse tipo de flagrante delito, os agentes aliciam e persuadem os provocadores, ao qual pode ser tanto a vítima como uma autoridade ou qualquer pessoa do povo, a cometer o suposto crime e, ao mesmo tempo, tomar medidas para impedir sua execução, ou seja, o agente é seduzido ou incitado a cometer um crime e acaba sendo preso em flagrante. No entanto, deve-se observar a Súmula 145 do STF “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Alexandre Cebrian Araújo Reis (2022) explica de forma categórica que:

[...] em tais casos o flagrante é nulo por ter sido preparado por agente provocador. Nesses termos, existe a Súmula n. 145 do Supremo Tribunal Federal: “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Trata-se de hipótese de crime impossível, que não é punível nos termos do art. 17 do Código Penal. Assim, apesar de o assaltante ter demonstrado sua má -fé ao aceitar tomar parte no roubo, em verdade, deverá ser solto — o flagrante deve ser relaxado — pois não houve efetivo ilícito penal, já que tudo não passou de uma encenação por parte dos policiais, desconhecida do investigado (REIS, 2022, p. 821).

Guilherme de Souza Nucci (2016) pondera, com exemplos:

[...] trata-se de um arremedo de flagrante, ocorrendo quando um agente provocador induz ou instiga alguém a cometer uma infração penal, somente para assim poder prendê-la. Trata-se de crime impossível (art. 17, CP), pois inviável a sua consumação. Ao mesmo tempo em que o provocador leva o provocado ao cometimento do delito, age em sentido oposto para evitar o resultado. Estando totalmente na mão do provocador, não há viabilidade para a constituição do crime. Disciplina o tema a Súmula 145, do Supremo Tribunal Federal: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. É certo que esse preceito menciona apenas a polícia, mas nada impede que o particular também provoque a ocorrência de um flagrante somente para prender alguém. A armadilha é a mesma, de modo que o delito não tem possibilidade de se consumir. Ex.: policial disfarçado, com inúmeros outros igualmente camuflados, exhibe relógio de alto valor na via pública, aguardando alguém para assaltá-lo. Apontada a arma para a pessoa atuando como isca, os demais policiais prendem o agente. Inexiste crime, pois impossível sua consumação (NUCCI, 2016, p. 558).

Guilherme de Souza Nucci, com exemplos, argumenta acerca das exceções válidas dentro desta espécie de flagrante reputado como crime impossível:

[...] há casos em que a polícia se vale do agente provocador, induzindo ou instigando o autor a praticar um determinado delito, mas somente para descobrir a real autoria e materialidade de outro. Assim sendo, não se dá voz de prisão por conta do delito preparado, e sim pelo outro, descoberto em razão deste. É o que ocorre nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes. O art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, possui dezoito formas alternativas de conduta. Assim, caso o policial se passe por viciado, desejoso de comprar drogas, o traficante ao ser detido, no ato da venda, não será autuado por vender, mas porque trazia consigo ou tinha em depósito substância entorpecente. Afinal, as condutas anteriores configuram crime permanente. Valida a jurisprudência essa atitude. Confira-se: STJ: “Mesmo configurado o flagrante preparado em relação à venda de entorpecentes a policiais, o mesmo não afetaria a anterior aquisição para entregar a consumo a substância entorpecente (‘trazer consigo para comércio’), razão pela qual se tem como descabida a aplicação da Súmula 145 do STF, a fim de ver reconhecido o crime impossível” (HC 9.689 – SP, 5.^a T., rel. Gilson Dipp, 07.10.1999, v.u., DJ 08.11.1999, p. 83) (NUCCI, 2016, p. 559).

Provoca-se ou prepara-se o flagrante delito, quando o crime é instigado pela polícia, por terceiros ou por agente provocador que o invente, quase sempre com o consentimento das autoridades, o insinua ao pretendente que objetiva capturar.

3.2.5 Flagrante Esperado

Nesta modalidade de flagrante, não há de ser falarem um provocador, trata-se apenas da recepção de uma denúncia de um crime ocorrido, que permite à polícia deslocar-se ao local e aguardar o fim do ato ilícito para assim executar a prisão em flagrante delito. Nas palavras de Nestor Távora (2012, p. 563) é: (CARDOSO, 2021, p. 8-9).

O tratamento da atividade pretérita da autoridade policial que antecede o início da execução delitiva, em que a polícia antecipa-se ao criminoso, e, tendo ciência de que a infração ocorrerá, sai na frente, fazendo campana (tocaia), e realizando a prisão quando os atos executórios são deflagrados (TÁVORA, 2012, p. 563).

Neste caso, a ação da polícia ou de terceiro ocorre simplesmente no momento do crime, sem auxílio e cumplicidade. Considerando que a situação não é

criada artificialmente, não há que se falar em circunstância atípica ou crime impossível. O agente está cometendo um crime e, portanto, pode ser preso em flagrante delito (CAPEZ, 2016, p.3540).

A consumação tanto quanto a tentativa no flagrante esperado pode ocorrer, isto acontece quando a polícia fica à espreita, com métodos de investigação, sucesso de diligência, vigilância, escuta etc., com a intenção de deter uma pessoa específica que está prestes a cometer um crime. É o visível da ação do agente, a intenção de fazer tal ação (REITZ, 2005, p. 37).

Dessa forma Roberto Delmanto Júnior, explica:

Na pendência do flagrante delito pode ocorrer tanto a consumação quanto a tentativa do crime, isto acontece quando a polícia fica à espreita, com métodos de investigação, sucesso de diligência, vigilância, escuta etc. com a intenção de roubar uma pessoa específica que está prestes a cometer um crime. É o visível da ação do agente, a intenção de fazer tal ação. (REITZ, 2005, p. 37).

Alexandre Cebrian Araújo Reis (2022) ressalta a cerca da distinção entre o flagrante esperado e o flagrante preparado:

Não se pode confundir os chamados flagrantes esperado e preparado. Flagrante esperado é uma forma de flagrante válido e regular, no qual agentes da autoridade, cientes, por qualquer razão (em geral notícia anônima), de que um crime poderá ser cometido em determinado local e horário, sem que tenha havido qualquer preparação ou induzimento, deixam que o suspeito aja, ficando à espreita para prendê-lo em flagrante no momento da execução do delito. Note-se que em tal caso não há qualquer farsa ou induzimento, apenas aguarda-se a prática do delito no local (REIS, 2022, p. 823).

Esse tipo de comportamento policial já é corriqueiro e constantemente mostrado nos noticiários. Uma das ferramentas investigativas mais importantes para realizar prisões relacionadas a um ato, na maioria, o flagrante esperado, é a aplicabilidade da Lei nº 9.296/96, ao qual regulamenta as escutas telefônicas (REITZ, 2005, p. 45-46).

Entretanto, o flagrante esperado na segunda dimensão requer muito cuidado e sua legalidade ou ilegalidade é avaliada caso a caso, pois dependendo da situação, estamos diante de um crime impossível, aplicando-se o que é dito no flagrante preparado e a incidência da Súmula nº 145 do STF (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 731).

Assim leciona Aury Lopes Júnior (2019):

Mas nem todo flagrante esperado é ilegal, pois nem sempre haverá crime impossível. Assim, quando a polícia não induz ou instiga ninguém, apenas coloca-se em campana (vigilância) e logra prender o agressor ou ladrão, a prisão é válida e existe crime. É o que ocorre na maioria das vezes em que a polícia, de posse de uma informação, se oculta e espera até que o delito esteja ocorrendo para realizar a prisão. Não se trata de delito putativo ou de crime impossível. Exemplo recorrente é quando a polícia tem a informação de que esse ou aquele estabelecimento comercial ou bancário será alvo de um roubo e coloca-se em posição de vigilância discreta e logra surpreender os criminosos (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 732).

Não existe a absoluta ineficácia dos meios utilizados, nem a absoluta inadequação do objeto para falar de crime impossível. É crime (inclusive, conforme o caso, a ação policial pode impedir o cometimento apenas por tentar), e a prisão em flagrante delito é perfeitamente válida (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 732).

3.2.6 Flagrante Prorrogado ou Retardado ou Diferido

Esta modalidade foi concebida pelo art. 2, inciso II, da Lei n. 9.034/95, para conceder que a polícia adie o flagrante de crimes cometidos por associações criminosas, desde que as atividades dos agentes sejam monitoradas e controladas para que a prisão seja feita no momento mais eficaz em relação à coleta de provas e aquisição em formação. Atualmente, esta regulamentada no art.8 da Lei n. 12 850/2013 (CAPEZ, 2016, p. 354).

A Lei 9.034/95, em seu art. 1º, define as provas e procedimentos investigativos para crimes cometidos por uma gangue ou grupo, com base nisso, a autoridade policial tem o direito de aguardar o momento mais adequado em relação a uma investigação criminal para proceder à detenção, ainda que a sua atitude signifique atrasar a intervenção (REITZ, 2005, p. 46).

Capez, com exemplos, conceitua:

[...] o agente policial detém discricionariedade para deixar de efetuar a prisão em flagrante no momento em que presencia a prática da infração penal, podendo aguardar um momento mais importante do ponto de vista da investigação criminal ou da colheita de prova. Como lembra Luiz Flávio Gomes, somente é possível esta espécie

de flagrante diante da ocorrência de crime organizado, ou seja, somente “em ação praticada por organizações criminosas ou a elas vinculada. Dito de outra maneira: exclusivamente no crime organizado é possível tal estratégia interventiva. Fora da organização criminosa é impossível tal medida” (*Crime organizado*, 1. ed., Revista dos Tribunais, p. 94) (CAPEZ, 2016, p. 354).

Capez ainda aborda a diferença entre o flagrante esperado e o flagrante prorrogado:

Difere-se do esperado, pois, neste, o agente é obrigado a efetuar a prisão em flagrante no primeiro momento em que ocorrer o delito, não podendo escolher um momento posterior que considerar mais adequado, enquanto no prorrogado, o agente policial tem a discricionariedade quanto ao momento da prisão. Convém mencionar que, com o advento da Lei n. 11.343/2006, é também possível o flagrante prorrogado ou retardado em relação aos crimes previstos na Lei de Drogas, em qualquer fase da persecução penal, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público (art. 53 da lei). Assim, é possível “anão atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que não se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível” (art. 53, II). A autorização será concedida “desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores” (cf. art. 53, parágrafo único) (CAPEZ, 2016, p. 354-355).

A mesma disposição foi adicionada ao art. 53, inciso II, Lei nº 11.343/06, que autoriza

[...] medidas não policiais contra portadores de entorpecentes, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua fabricação presentes no território brasileiro, a fim de identificar e prender maior número de membros nas atividades de tráfico e distribuição, sem prejuízo dos crimes cabíveis (REIS, 2022, p. 824).

Em suma, o flagrante prorrogado, também conhecida como retardado ou diferido, consiste em adiar a prisão de perseguidores de criminosos para coletar melhores provas contra organizações criminosas ou pessoas envolvidas no tráfico de drogas.

3.2.7 Flagrante Forjado

Está armado, pronto e feito para acusar um homem inocente. Trata-se de flagrante delito ilícito em que o único autor é o falsário, que responde por condenação difamatória e abuso de poder como ator público, em outras palavras, esta é uma situação em que uma cena de crime é criada para prender uma pessoa inocente. É uma situação arbitrária em que uma pessoa inocente é enganada e presa por um crime (CARDOSO, 2021, p. 08).

Neste sentido Fernando Capez defini:

[...] também chamado de fabricado, maquinado ou urdido: nesta espécie, os policiais ou particulares criam provas de um crime inexistente, colocando, por exemplo, no interior de um veículo substância entorpecente. Neste caso, além de, obviamente, não existir crime, responderá o policial ou terceiro por crime de abuso de autoridade (CAPEZ, 2016, p. 355).

Alexandre Cebrian Araújo Reis (2022), com exemplos, alude:

Trata -se de hipótese de flagrante nulo, que deve ser relaxado, porque foram criadas provas de um delito inexistente exatamente para viabilizar a prisão. O autor da farsa deve responder por crime de denúncia caluniosa e também por abuso de autoridade se for funcionário público. Exs.: a) policiais colocam droga no carro de alguém para prendê-lo por crime de tráfico; b) pessoa coloca pertences na bolsa de outrem e aciona a polícia dizendo que foi furtada e convence os policiais a revistar todos os presentes, de tal forma que os policiais encontram os bens e dão voz de prisão ao inocente. No primeiro exemplo os autores da farsa foram os policiais, enquanto no segundo eles foram manipulados. Nos dois casos, todavia, foram criadas provas de um crime inexistente, tratando-se de flagrante forjado. Se a própria autoridade policial ao receber o preso conduzido ao distrito perceber a fraude, deverá soltá-lo, podendo prender em flagrante o responsável pelo flagrante forjado. Caso a autoridade policial seja também ludibriada e lavre o auto de prisão, caberá ao juiz relaxar o flagrante, assim que descobrir a farsa (REIS, 2022, p. 824).

Todavia, nesta modalidade não se trata de um agente provocador, trata-se apenas do recebimento de uma denúncia de um crime ocorrido, que permite que a polícia se desloque ao local e aguarde a realização do ato ilícito para executar a prisão em flagrante delito.

Esta modalidade de flagrante se difere do flagrante preparado, mas ambos ainda ocorrem de forma ilegal. No estatuto conforme redigido, ou seja, no flagrante preparado, fazem com que o agente, ainda que induzido, atue contra objeto

protegido pela lei penal. Na hipótese do flagrante forjado, estamos perante a um cenário totalmente pseudo, "armada" para acusar uma pessoa (FLÔRES, 2022).

Em outros termos, um policial ou um particular que queira denunciar alguém falsamente cria um cenário para fazer parecer que a pessoa cometeu um crime, quando na verdade não cometeu, apenas para autorizar sua prisão. Um exemplo popular é um caso em que um policial coloca drogas ilegais no bolso ou no veículo de uma pessoa, apenas para ser pego contrabandeando-as mais tarde. Esta é sem dúvida uma circunstância atípica, pois o preso nunca cometeu crime, pois foi apenas vítima de uma armação maliciosa, isso é mentira (COSTA, 2019, p. 15).

Portanto, como dito acima, tanto o flagrante delito preparado quanto o flagrante delito forjado se revelam ilícitos, pois quando ele é cometido, estamos diante de um crime impossível, conforme art. 17, do CP, diante da atitude adotada pela autoridade, a consumação do crime torna-se impossível (FLÔRES, 2022).

Assim, durante a o flagrante preparado, o elemento realmente tenta cometer um crime, apesar de ter sido instigado, já no flagrante o elemento nunca tencionou cometer o ato criminoso. Se no primeiro caso a atipicidade do fato se deve à natureza de crime impossível, no segundo caso, pela falta de conduta típica da pessoa, ainda assim lhe é imputada injustamente essa conduta por aqueles que querem vê-lo preso (COSTA, 2019, p. 15).

3.2 NULIDADES E IRREGULARIDADES NA AUTUAÇÃO EM FLAGRANTE

O artigo 5º LXII da Constituição Federal diz: "A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente (...)".

Portanto, após a conclusão da elaboração do auto de prisão em flagrante, a prisão deve ser imediatamente comunicada ao juiz competente com cópia do protocolo correspondente, que por sua vez deve dar vistas ao promotor para que ele obtenha seu status de inspetor e manifestar sobre a legalidade formal da prisão em flagrante delito e a possibilidade de liberdade provisória aparecem (LEÃO, 2004, p. 62).

Em caso de ilegalidade na autuação do flagrante delito (ausência de flagrante delito, excesso de tempo para preparo, não foi nomeado tutor ao menor de 21 anos, etc.), a prisão deve ser relaxada pelo juiz, por se tratar de prisão ilegal (CF, art. 5º,

inciso, LXV), porém, sem prejuízo do desenvolvimento das investigações e inquéritos policiais e da instauração de processos criminais no futuro (LEÃO, 2004, p. 62).

Citação disposta por Julio Fabbrini Mirabete:

A prisão ilegal diminui o valor probatório dos atos praticados no inquérito policial, mas não o anula e muito menos a ação penal que dele redundar. Também pequenos vícios formais, como a ausência de alguma assinatura, da grafia errônea do nome do preso não excluem a prisão, nem viciam o inquérito. Nulo o auto de prisão em flagrante por vício real, nada impede que, presentes os requisitos, a autoridade judiciária, ao anulá-lo, decrete a prisão preventiva se presentes seus pressupostos (MIRABETE, p.398).

Refira-se que a lavratura do auto de prisão em flagrante delito, cumpre determinadas formalidades legais que devem ser observadas, porque tais formalidades resguardam as garantias dos cidadãos sob pena de revogação do auto, melhor dizendo, se o juiz verificar que as formalidades não foram cumpridas, mas que a detenção é ilegal pode reduzir a detenção e decretar prisão preventiva, consoante a natureza do crime e outras circunstâncias (LEÃO, 2004, p. 63).

CONCLUSÃO

Com base apresentado neste breve estudo, constatou-se que o tema da prisão em flagrante possui grande importância no ordenamento jurídico brasileiro, que é bastante conhecido no campo criminal e processual penal, principalmente devido à sua enorme presença em todo o território do país. Em suma, um flagrante delito nada mais é do que a oportunidade dada a uma pessoa de provar um crime por provas diretas.

É cabível saber que o instituto da prisão em flagrante existente é bastante antigo e apenas algumas mudanças ocorreram durante sua existência, sua natureza permaneceu a mesma e também suas características mudaram ligeiramente apenas observando o desenvolvimento da sociedade. Buscou-se também distinguir e apresentar diferentes espécies de flagrante delito para propiciar a sua percepção e mostrar como e quando ocorrem.

A partir de uma perspectiva doutrinária e de trabalhos acadêmicos, o segundo capítulo discorreu sobre três tipos de prisões cautelares. Assim, foram expostas as prisões temporárias, preventivas e flagranciais, destacando sua natureza, prazos e procedimentos. Assim, conclui-se que a prisão em flagrante, segundo a doutrina atual, é, na verdade, uma forma de prisão pré-cautelar destinada a garantir a conformidade do autuado em flagrante com o sistema de justiça criminal. É considerado um meio extremo de coação, utilizado apenas em situações em que as disposições da lei penal são efetivas e imediatamente violadas, devendo ser encarado como uma oportunidade real de resposta social imediata à prática de crime e prisão diretamente da evidência adquirida.

A princípio pode-se citar como prisão provisória/cautelar a prisão em flagrante que está exposto na Carta Magna em seu art. 5º, LXI e pelo Código de Processo Penal nos artigos 301 a 310, que se justifica por eventual reação social imediata à prática do crime e obtenção de provas, inclusive apreensão imediatamente. Já a modalidade de prisão temporária só é provável se a lei estabelecer claramente quais crimes podem ser caracterizados como flagrante delito, mencionando-os separadamente ou excluindo situações em que a prisão em flagrante delito não é permitida. Por precaução, deve ser consistente com as premissas exigidas, não podendo, em hipótese alguma, ocorrer fora das hipóteses legais.

A denominação flagrante é caracterizada pelo ardor que contorna o contexto, pela iminência e pelo calor. Isso denota o meliante estará em situação de flagrancial e, por conseguinte, em caso de preso em flagrante, aquele que é flagrado na execução do crime. A legislação e os doutrinadores apresentam diversas espécies de flagrante delito como, o flagrante próprio ou perfeito quando o infrator é flagrado cometendo a ação ou acaba de fazê-la, nesse caso a prisão deve ser feita imediatamente, sem demora. Já no flagrante impróprio ou imperfeito o infrator é perseguido imediatamente após a violação em uma situação que o faz assumir que ele é o autor do crime, nesse caso não há limite de tempo para terminar a perseguição.

No flagrante presumido ou ficto o infrator é preso imediatamente após o crime com instrumentos, armas, artigos ou papéis que indiquem que ele é o autor do crime neste caso observa-se que não requer perseguição. No flagrante preparado ou provocado o infrator foi aliciado ou induzido a cometer um crime e resulta em sua prisão por flagrante delito, entretanto, considere a Súmula 145 do STF: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

O flagrante esperando a execução é precedido pela ação do órgão policial, onde se antecipando frente ao criminoso e sabendo que está ocorrendo um crime, a polícia avança, realizando campana e efetua a prisão quando se iniciam as ações de fiscalização, neste caso nada impede que um particular realize a ação esperada. Já no flagrante prorrogado ou retardado ou diferido a autoridade policial tem o direito de aguardar o momento mais adequado do ponto de vista da investigação criminal para executar a prisão, ainda que a sua atitude signifique atrasar a intervenção. E por último o flagrante forjado é o ato que está armado, pronto e feito para acusar um homem inocente, neste caso trata-se de flagrante delito em que o único criminoso é o agente enganador que comete o crime de acusação caluniosa e abuso de poder como ator público.

A prisão em flagrante é viável se o crime continuar, porque cada ato é uma infração independente e quando apreendido o infrator cometendo um deles, um flagrante delito é definido. No caso de crimes formais, a prisão em flagrante deve ser feita durante ou imediatamente após o ato, porque o efeito é simplesmente a extinção do crime. A lavratura do Auto de Prisão em Flagrante dos infratores do crime de que ação penal é de iniciativa privada ou pendente de órgão representante

só podem ser processados como flagrante delito se a vítima ou seu representante legal estiver presente no momento da prisão ou comparecer logo em seguida na Delegacia e manifestar desejo de atuação.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA, Bitencourt. **A Prisão em Flagrante Delito no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. JurídicoCerto. Jusbrasil. 2017. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/advocacia-bitencour/artigos/a-prisao-em-flagrante-delito-no-ordenamento-juridico-brasileiro-4136>>. Acesso em: 14 jul. 2022

AGUIAR, Leonardo. **Evolução Histórica do Direito Penal**. Jusbrasil. Disponível em <<https://leonardoaaguaiar.jusbrasil.com.br/artigos/324823933/evolucao-historica-do-direito-penal>>. Acesso em 14 jul. 2022

ANDRADE, Thayrinny Cabral Da Silva. **Prisão em Flagrante e as balizas constitucionais**. Artigo (Graduanda em Direito) – CIESA/AM. Conteúdo Jurídico. 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53544/priso-em-flagrante-e-as-balizas-constitucionais>> Acesso em: 14 jul. 2022.

ARAÚJO FILHO, Jose Edílson. **Direito Penal Mínimo à Luz da Constituição e como Política Criminal**. 48fs. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2007. Disponível em <https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/33394/1/2007_tcc_jeara%C3%BAjofilho.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2022.

ASSIS, Ismael de Oliveira. **Direito e a História da Vingança Divina, Privada e Pública**. 6fs. Artigo (Bacharelado em Direito) Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE – Presidente Prudente/SP, 2018. Disponível em: <<http://www.unoeste.br/site/enepe/2018/suplementos/area/Socialis/Direito/DIREITO%20E%20A%20HIST%C3%93RIA%20DA%20VINGAN%C3%87A%20DIVINA%20PRIVADA%20E%20PUBLICA.pdf>> Acesso em: 25 jul. 2022.

BARBOSA, Bibiana Paschoalino. **Os Heróis Das Ruas: Demolidor e Justiceiro Como Demonstrativo do Período Humanitário da Pena Versus a Vingança Privada e seus Reflexos na Sociedade Atual**. Direito e Cinema Penal e Arte (Anais do IV Simpósio Regional Direito e Cinema em Debate). 363fs. Rio de Janeiro. 2018 Disponível em <<https://dircin.com.br/repositorio/2018/direito-e-cinema-penal-e-arte.pdf#page=300>>. Acesso em: 08 ago. 2022

BETEGA, Lucas Trindade. **O Impacto das Decisões Judiciais Sobre a Conversão de Ofício da Prisão Flagrancial em Preventiva à Luz do Sistema Acusatório**. 65fs. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2022. Disponível em: <[https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/233085/TCC%20-%20Lucas%20T.%20Betega%20-Versa%20o%20Final%20\(1\).pdf?sequence=1](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/233085/TCC%20-%20Lucas%20T.%20Betega%20-Versa%20o%20Final%20(1).pdf?sequence=1)> Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Consolida o Código de Processo Penal. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 08 out. 2022.

CARDOSO, Luis Felipe Prates. **A Prisão em Flagrante e o Crime Permanente: Um Estudo Acerca Dessa Modalidade de Privação de Liberdade no Crime de Tráfico de Drogas**. 15fs. Artigo Científico (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário FG – UniFG. Guanambi-BA. 2021. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/18519/1/A%20PRIS%20EM%20FLAGRANTE%20E%20O%20CRIME%20PERMANENTE%20UM%20ESTUDO%20ACERCA%20DESSA%20MODALIDADE%20DE%20PRIVA%20C%27%20DE%20LIBERDADE%20NO%20CRIME%20DE%20TR%20F%20DROGAS..pdf>> Acesso em: 10 nov. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23d. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em <https://assindelp.org.br/files/conteudo_arquivo/12005/fernando-capez---curso-de-processo-penal---2016.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

CAVALCANTE, Karla Karência Andrade Carlos. **Evolução histórica do direito penal**. Âmbito Jurídico. 2002. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/evolucao-historica-do-direito-penal/>>. Acesso em: 16 ago. 2022.

COELHO, Francisco Neves. **A Prisão em Flagrante e as Balizas Constitucionais**. 175fs. Tese Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. 2010. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5357/1/Francisco%20Neves%20Coelho.pdf>> Acesso em: 05 nov. 2022.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da Pena de Prisão**. Tese Mestrado em Direito. 132fs. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. 2009. Disponível em <<https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/8885/1/Tatiana%20Chiaverini.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2022.

COSTA, John Westein Rodrigues Da. **A Prisão em Flagrante Forjado e sua ilegalidade** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. 2021. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56916/a-priso-em-flagrante-forjado-e-sua-ilegalidade>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

COSTA, Leonardo Lambert. **Flagrante Preparado no Direito Brasileiro e Distinções em Relação ao Flagrante Esperado**. 29fs. Trabalho de Graduação Interdisciplinar (Bacharelado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP. 2019. Disponível em <<https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/30106/LEONARDO%20LAMBERT%20DA%20COSTA-.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 14 nov. 2022.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2ed em ebook baseada na 2ed imprensa. Editora Revista Dos Tribunais. São Paulo: 2016. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5308765/mod_resource/content/1/Curso%20de%20Processo%20Penal%20%20Guilherme%20Madeira%20Dezem.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

DIAS, Irenio de Oliveira. **A prisão Preventiva à Luz Dignidade da Pessoa Humana: Um Estudo Acerca da Ausência de Prazo para a Privação Cautelar da Liberdade no Código de Processo Penal**. 13fs. Artigo científico (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário FG – UNIFG. Guanambi-BA: 2021.1. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13236/1/IRENIO%20-%20TCC%20II%20-%20A%20PRIS%C3%83O%20PREVENTIVA.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2022.

DUARTE, Maércio Falcão. **Evolução Histórica do Direito Penal**. Artigo (Analista Judiciário da Justiça Federal e aluno da FESMP/RN). Disponível em <<https://www.sedep.com.br/artigos/evolucaohistoricadodireitopenal/#:~:text=Na%20denominada%20fase%20da%20vingan%C3%A7a,como%20todo%20o%20seu%20grupo>>. Acesso em: 26 jul. 2022.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 11ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Acesso em: 02 ago. 2022.

FLÔRES, Luiz. **Entenda a Diferença entre flagrante preparado e flagrante forjado**. Disponível em: <<https://www.luizflores.com.br/post/entenda-a-diferen%C3%A7a-entre-flagrante-preparado-e-flagrante-forjado>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

GONÇALVES, Everaldo Baptista. **Das Nulidades na Prisão em Flagrante à Luz do Direito Processual Penal Brasileiro e Constituição Federal de 1988**. 84fs. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. 2006. Disponível em

<<http://siaibib01.univali.br/pdf/Everaldo%20Baptista%20Gon%C3%A7alves.pdf>>.
Acesso em: 02 dez. 2022.

JESUS, Thiago Alisson Cardoso de.; ARAUJO, Talles Evangelista Silva.
Fundamentos Históricos, Políticos e Ideológicos da Vingança Privada. 13fs.
Revista Ceuma Perspectivas, Edição Especial. XIV Seminário de Iniciação Científica – SEMIC CEUMA. 2021. Disponível em
<<http://www.ceuma.br/portalderevistas/index.php/RCCP/article/view/500/394>>.
Acesso em: 03 jan. 2023.

JOLO, Ana Flavia. **Evolução Histórica do Direito Penal.** 17fs. Artigo (Bacharelado em Direito) Faculdade Integradas de Presidente Prudente-SP. 2014. Disponível em
<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/3298/3049>>
Acesso em: 03 jan. 2023.

LEONARDI. **Prisão em Flagrante.** 42fs. Monografia (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná – Curitiba, 2006. Disponível em
<<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/45878/M750.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 dez. 2022.

LEÃO, Paula Cafiero. **Prisão em Flagrante.** 77fs. Monografia (Bacharelado em Direito) – UNIFMU – São Paulo. 200. Disponível em:
<<https://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/pcl.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2022.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 16ed. São Paulo: Saraviva Educação, 2019. Disponível em:
<<https://cptl.ufms.br/files/2020/05/Direito-Processual-Penal-Aury-Lopes-Jr.-2019-1.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 15ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. Acesso em: 14 out. 2022.

OLIVEIRA, Jacinto Lúcio Dos Santos. **A Prisão em Flagrante no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** 48fs. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal Do Ceará. 2009. Disponível em:
<https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/28525/1/2009_tcc_jlsoliveira.pdf> Acesso em: 08 set. 2022.

PRATTI, Fernando Gonçalves. **Os Limites Constitucionais Da Prisão Em Flagrante**. 56fs. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal Fluminense – Niterói/RJ. 2017 Disponível em:
 <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/7853/FERNANDO-GON%C7ALVES-PRATTI-OS-LIMITES-CONSTITUCIONAIS-DA-PRIS%C3O-EM-FLAGRANTE%20%20V.%20Dep%F3sito.pdf;jsessionid=21B50B37B0527CC67D9C837F22D65266?sequence=1>> Acesso em: 15 set. 2022.

RIBEIRO, Gabrielle Borges. **A Prisão em Flagrante e o Procedimento Policial**. 46fs. Monografia (Bacharelado em Direito) – UniEvangélica – Anápolis. 2020. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/16904/1/Monografia%20-%20GABRIELLE%20BORGES.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2022.

RIBEIRO JUNIOR, Prof. Me. Euripes Clementino. **Direito Penal 1** (material de apoio). 8fs. Disponível em
 <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17658/material/2%20Evolu%C3%A7%C3%A3o%20Hist%C3%B3rica%20do%20DP.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2022.

REIS, Luís Fernando Scherma. **O Direito Antes Da Escrita. Law Came Before Of Writing**. 17fs. Artigo. Disponível em
 < <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=7e44f6169f0ae75b>>. Acesso em: 03 jan. 2023.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; organizado por Pedro Lenza. **Direito Processual Penal**. 11ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Acesso em: 30 ago. 2022.

REITZ, Darlan Emir. **As Espécies de Prisão em Flagrante no Direito Processual Penal Brasileiro e a Lavratura do Auto**. 62fs. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí – São José (SC), 2005. Disponível em: < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Darlan%20Reitz.pdf>> Acesso em: 25 ago. 2022.