

A NOVA REDAÇÃO DADA A PRISÃO EM FLAGRANTE PELA LEI N. 12. 403/2011

Brunna Laporte Cazabonnet¹ e Chiavelli Facenda Falavigno²

RESUMO

O presente trabalho tratará da forma como até então era vista e utilizada a prisão em flagrante, fruto de uma leitura pouco adequada do art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, bem como dos artigos do Código de Processo Penal que cuidavam do instituto. Dito isso, serão analisados os dispositivos que modificaram definitivamente o entendimento de que esta cuidava de medida cautelar, bastando a homologação do auto de prisão em flagrante pelo Magistrado para que o indivíduo permanecesse segregado.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão em Flagrante. Flagrância. Lei n. 12.403/2011. Medida cautelar. Constituição Federal. Prisão cautelar.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A parcial reforma realizada pela lei n. 12.403/2011. 3. As espécies de flagrante no CPP. 3.1 A nova redação dada à prisão em flagrante. 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Esse trabalho abordará a nova redação dada à prisão em flagrante após a entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011, que efetuou mais uma parcial reforma ao já emendado Código de Processo Penal (CPP). Desse modo, será tratado o abandono da ideia da prisão em flagrante como medida cautelar pessoal – possibilitando a manutenção da prisão por si - para tornar-se medida pré-cautelar. Ou seja, como instrumento sim, mas a serviço de alguma medida cautelar que posteriormente poderá ser decretada, sem, contudo, comprometer-se com o regular andamento do processo ou com a aplicação da lei penal, finalidade destas últimas.

2. A PARCIAL REFORMA REALIZADA PELA LEI N. 12.403/2011

A Lei n. 12.403, datada de 04 de maio de 2011, efetuou significativa reforma no que tange a

¹ Especialista em ciências criminais pela PUC-RS. Mestranda em ciências criminais pela PUC-RS (Bolsista). Advogada.

² Mestranda em ciências criminais pela PUC-RS (Bolsista). Advogada.

liberdade provisória, a prisão preventiva e as medidas cautelares alternativas. Essa lei é oriunda do PL 4.208/2001, que mesmo com o trâmite do PLS 156 - que estabelece um novo Código de Processo Penal - foi aprovado e posto em vigor.

Diga-se que, anteriormente à Lei n. 12.403/2011, três outras lei entraram em vigor e, na mesma senda, procederam com amplas modificações. Encontra-se em andamento, ainda, um projeto de lei que pretende modificar o âmbito dos recursos criminais. Desse modo, frente à entrada em vigor de tantas leis pontuais, resta claro que longe se está de uma reforma única e total do CPP.

Ressalta Geraldo Prado:

Claro que ainda se justifica esperar um "microprojeto" mais amplo, sistemático, organizado de forma harmônica. Em suma, um novo Código de Processo Penal (o de 1941, alterado ou mutilado, conforme as "preferências semânticas de ordem ideológica", distorce o comando constitucional e afunda a "Brasília jurídica" em um pântano que traga as expectativas democráticas). Mas enquanto não se tem um novo código há uma edificação mais arejada e conforme a Constituição (conformada à presunção de inocência) no campo das medidas cautelares penais.³

Desse modo, alguns importantes passos foram dados com a nova lei n.12.403/2011, já que após largo período, finalmente surgem as clamadas medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, bem como se revive o falido sistema da fiança e o flagrante passa a ocupar o lugar que lhe cabe, com a nova redação do art. 310, do CPP.

Não obstante, a crítica reside no fato de que uma reforma de cunho parcial, não tem força suficiente para instituir um pensamento novo, quebrando a cultura inquisitiva do nosso judiciário. Reforça-se essa ideia ao se observar a última pesquisa da AMB⁴, que ao estabelecer o perfil do magistrado brasileiro, verifica que este se julga ator no combate à criminalidade, sem qualquer medo de ferir o devido processo legal, sair da imparcialidade que lhe cabe, romper com o contraditório e a ampla defesa.

O velho - no nosso caso, o inquisitivo CPP dos anos quarenta - passa a conviver com parciais mudanças, pós constituição de 1988, todavia, sem lograr estabelecer uma matriz nova de cunho acusatório, na qual finalmente se veja o processo como um “garantia instrumental fornecida ao indivíduo”⁵ diante do poder de punir do Estado, e não como mero instrumento de verificação de uma verdade pré-concebida. Desse modo, não se logra organizar uma geração nova, pautada num estado democrático, dotado de garantias individuais com ampla vigência.

3 PRADO, Geraldo. As medidas cautelares penais. Disponível em: <<http://geraldoprado.blogspot.com/2011/06/as-medidas-cautelares-penais.html>>. Acesso em 15 de agosto de 2011.

4 Pesquisa realizada pela Associação de Magistrados Brasileiros. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa2006.pdf>>. Acesso em 15 de agosto de 2011.

5 GERBER, Daniel. Breves considerações sobre o flagrante. In Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo. Org. CARVALHO DE, Salo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 227 p.

De grande valia os ensinamentos de Coutinho quando explica que o problema não está na Lei n. 12.403/2011, mas na cultura “justiceira” do Judiciário, que implica em uma aplicação deturpada dos institutos, e principalmente da prisão cautelar, a fim de promover algum sofrimento que se justifica em si mesmo.⁶ Em sendo assim, entende que a forma de se iniciar a modificação dessa mentalidade é mediante a instituição de um novo processo pautado no sistema acusatório. Veja-se trecho colacionado:

O que aparentemente se pretendeu com a Lei nº 12.403/11 tende a não vingar. Mas não porque ela seja má em si; e sim em razão de que temos muito caminho a percorrer até formarmos uma cultura democrática no processo penal, a qual só vira com a reforma global e a mudança efetiva para um processo fundado nas bases do sistema acusatório. Ter-se-á, portanto, que esperar a mentalidade sofrer o câmbio que precisa; e até lá seguimos rezando para os estragos serem os menores possíveis.⁷

Lopes Jr. explica que “O problema das reformas pontuais, sem desmerecer a imensa qualidade do trabalho realizado pela comissão de juristas, é que elas geram inconsistência e incoerência sistêmica, transformando o CPP, cada vez mais, numa imensa colcha de retalhos.”⁸

Continua o autor, quando assevera que o problema da adoção de um Código totalmente novo, encontra mais entraves políticos do que jurídicos, a dificuldade está em discutir todo o processo penal, para alcançar um novo Código, que longe estaria de ser a felicidade da maioria. Desse modo, se lança mão de medidas paliativas (leis), na tentativa de conter os inúmeros problemas hoje alcançados.

Nesse mesmo sentido, Geraldo Prado e Antonio Pedro Melchior destacam que “A promulgação de leis esparsas acarreta a perda de um referencial ideológico consistente, permitindo que a modificação legislativa escape da lógica sistêmica e enfraqueça a proteção das garantias, concebidas e preordenadas constitucionalmente à tutela dos direitos fundamentais.”⁹

Dessa forma, resta claro que a problemática em comento não se encontra propriamente nas Leis que vem sendo promulgadas - reformando em parte o Código de Processo Penal - já que de certa forma estas trazem algumas modificações há muito postuladas. Contudo, no longo desenrolar do processo legislativo para a sua aprovação, estas encontram cortes de textos fundamentais ou

6 Desse mundo, em sentido contrário ao perfil traçado pela pesquisa da AMB, se impõe a figura “de un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso los demás en su totalidad se unieron contra él; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando essa misma opinión demandase la absolución”. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999. 27 p.

7 DE MIRANDA COUTINHO, Jacinto Neslon. Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório Brasileiro. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 223, p. 04, jun., 2011.

8 LOPES JR., Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. 1.p.

9 PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 223, p. 10-11, jun., 2011.

mesmo são acrescentados trechos em dissonância ao próprio texto ou a alguma lei já em vigor, de modo que o texto de lei já nasce com contradições, omissões, problemas de interpretação, etc.

Não bastassem esses entraves, cada vez que se tem que solver algum destes, desta vez pelo Judiciário, este passa a ser a peça que reside na difícil coexistência entre o tradicional e velho modo inquisitivo e o novo acusatório pacato. Em suma, se objetiva uma reforma harmônica e por inteiro, para evitar-se, por exemplo, construções de fundamentações ditas com novas palavras, mas que ao fim trazem o velho espírito e mesmo significado.

Ilustrando-se, com uma mão se dá ao magistrado um leque de medidas alternativas à perniciosa prisão preventiva, em suposta total harmonia com a presunção de inocência, mas na outra mão lhe são deixados conceitos abertos, que permitem diversas construções a partir de ilações quanto ao mal necessário que se deve infligir no outro, como é o caso de reiteração delitativa, ordem pública e proporcionalidade, por exemplo. Dito isso, salta aos olhos a necessidade de um novo Código, para inibir o dito acima e para que assim possa se iniciar uma modificação na cultura do Judiciário que temos hoje.

3. AS ESPÉCIES DE FLAGRANTE NO CPP

Antes de adentrar-se no que estipula o Código quanto a prisão em flagrante, cumpre explicitar o que é o estado de flagrância. Dito isso, tem-se que o flagrante passa pela visibilidade de um ato delitivo¹⁰, ou seja, o indivíduo é surpreendido durante a prática de uma infração penal. E dessa visibilidade, decorre a prisão em flagrante e a autorização de que inclusive particulares a efetuem para fazer cessar o ato imediatamente, e, conseqüentemente, daí surge a precariedade desta prisão.

Nessa esteira de entendimento, transcreve-se trecho de voto julgado pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, citando Banacloche Palao, que aborda a precautelabilidade do flagrante com precisão:

(...) la detención imputativa no se dirige a garantizar el resultado final del proceso es por lo que, si el juez estima que no procede adoptar una verdadera medida cautelar, puede desembocar en la puesta en libertad del detenido, aunque existan indicios de la participación de este en algún hecho delictivo. Así pues, la finalidad esencial de la detención imputativa es la de poner al detenido a disposición de la autoridad judicial para que ésta acuerde respecto de él lo que estime procedente (dejarle en inmediata libertad, tomarle declaración, decretar su prisión provisional o fijarle una fianza a cambio de su libertad provisional); en ningún caso se dirige a asegurar ni la eventual ejecución de la pena, ni tampoco la presencia del imputado en la fase decisoria del proceso (...) Y si hubiera que buscarle acomodo en alguna categoría preestablecida, la calificaríamos como medida precautelar, que sería la que se dirige a posibilitar al juez la adopción de una posterior medida cautelar

10 Nos moldes dos ensinamentos de Carnelutti no que diz com a prisão em flagrante. CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el proceso penal. Tomo II. Buenos aires: Bosch, 1950. 75-79 p.

sobre la persona del detenido” (La libertad personal y sus limitaciones. Madrid, Mc Graw Hill, 1996, p. 292).¹¹

Lopes Jr. explica que o flagrante se mostra como prova direta, haja vista o inquestionável *fumus commissi delicti*, permitindo assim, que o ato seja interrompido por qualquer um do povo. Novamente reforça a ideia de medida pré-cautelatar pessoal, uma vez que a entende como “prelúdio (preludio subcautelatar) para eventuais medidas coativas pessoais, garantindo sua execução”¹², bem como pelo fato de ter que ser submetida a um juiz no prazo máximo de 24 horas.

Justamente, o fato de não necessitar de prévia autorização judicial denota o seu “caráter administrativo, eis que realizada à margem da jurisdição e oriunda, somente, de um júízo de valor realizado pelo agente que irá efetuar-la sobre o ato que presencia.”¹³. Mais adiante, se analisará o inconveniente desta prisão frente ao modo com que são trabalhadas as espécies de flagrante no Código de Processo Penal.

Ainda, ressalta Gerger, que a prisão em flagrante se justifica apenas para:

“(1)fazer cessar um ataque ao bem jurídico e/ou, no mínimo, (2) fornecer ao Estado elementos concretos que evidenciam a autoria e a materialidade da ação, ou seja, somente se privará alguém de sua liberdade quando tal privação for caminho único à preservação do bem material ou processual, entendido este, repita-se, ainda que à exaustão, pela apreensão de tais elementos, e não pelo posterior resguardo dos mesmos.”¹⁴

Neste ponto, passamos a verificar o flagrante no CPP e, diga-se de antemão, que não observamos nenhuma modificação. O art. 302, *caput*, e incisos, permanece com a mesma redação ao determinar o que é o flagrante delito. Dessa forma, inalteradas as quatro hipóteses elencadas, sendo as duas primeiras chamadas pela doutrina de flagrante direto/próprio, a terceira de quase-flagrante/impróprio e a quarta seria o flagrante presumido, ou mesmo, estas duas últimas são tidas ambas como flagrante impróprio. Veja-se a redação do dispositivo:

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;

11 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. HC nº 70040681959. Relator: Des. Nereu José Giacomolli. D.J. 10/03/2011. Disponível em: <www1.tjrs.jus.br>. Acesso em: 15 de agosto de 2011. No voto em comento é explicada a pré-cautelataridade do flagrante e a impossibilidade da manutenção da segregação cautelar do sujeito sob este viés.

12 LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional, volume II, 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. 78 p.

13 GERBER, Daniel. Breves considerações sobre o flagrante. In Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo. Org. CARVALHO DE, Salo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 238 p.

14 GERBER, Daniel. Breves considerações sobre o flagrante. In Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo. Org. CARVALHO DE, Salo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 241 p.

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.¹⁵

O primeiro inciso refere-se à situação em que o agente encontra-se praticando o ato ilícito, de modo que o flagrante poderá até evitar a sua consumação, já que o *iter criminis* é interrompido. No inciso segundo, temos a infração penal já cometida, ou seja, todos os atos do *iter criminis* de determinado tipo penal foram praticados, não obstante o lapso temporal entre a o cometimento e a prisão seja extremamente exíguo.

No que trata desse segundo inciso, Gerger acredita que sua constitucionalidade pode ser questionada, uma vez que não mais existe a visualização do ato em prática, de modo que quando se trata daquele que acabou de cometer um crime, da mesma sorte se está a realizar uma presunção de autoria.

Para o entendimento do inciso terceiro, que abrange a situação de perseguição daquele que se presume autor do ato delitivo, deve ser feita também a leitura do art. 290, § 1º, alíneas a e b, do CPP.¹⁶ Em suma, para o enquadramento do inciso em comento, devem ser somadas a perseguição realizada em seguida ao ato, sem interrupção, de modo que se presuma a autoria. No ponto, Lopes Jr. faz significativa crítica quanto à presunção de autoria, uma vez que esta não se encontra em consonância com a presunção de inocência e, em consequência, com a Constituição Federal.

A mesma crítica se aplica ao inciso IV, que faz presumir a autoria pela posse de instrumentos relacionados ao crime. Este inciso exige que o suposto autor seja encontrado, não aleatoriamente, mas sim através de atividades voltadas para tanto, bem como que entre o ato e a prisão não corra um longo lapso temporal.

Em sendo assim:

Depreende-se, pois, que tanto a hipótese do inciso III (flagrante impróprio) quanto a hipótese do artigo IV (flagrante presumido) atingem frontalmente os direitos básicos do indivíduo não apenas por desprezarem, de forma absoluta, o preceito constitucional da presunção de inocência, mas, indo além, por elasticizarem dita prisão em acordo com a conveniência do caso concreto. Se, em um regime fascista, tal passo facilmente é explicável, não há como se entender a contínua aplicação das mesmas em um Estado que traz como premissa maior o respeito ao indivíduo.¹⁷

15 Decreto-lei nº 3.689/1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em 15 de agosto de 2011.

16 “Art. 290. Se o réu, sendo perseguido, passar ao território de outro município ou comarca, o executor poderá efetuar-lhe a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade local, que, depois de lavrado, se for o caso, o auto de flagrante, providenciará para a remoção do preso.

§ 1o - Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando:

a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;

b) 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 encaixe.”

17 GERBER, Daniel. Breves considerações sobre o flagrante. In Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo. Org. CARVALHO DE, Salo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 252 p.

Em suma, apesar de suscitar-se a inconstitucionalidade de pelo menos duas das hipóteses previstas no Código de processo penal, o que se tem de forma majoritária é que os quatro incisos cuidam de flagrante legal.

De modo que, cumpre fazer-se um parêntese e destacar aquelas espécies de flagrantes que são notoriamente entendidos como ilegais, como é o caso do forjado - situação na qual o flagrante é criado artificialmente, sem qualquer noção daquele a que se pretende imputar a autoria do suposto ato-, do provocado - consiste em incentivar determinado indivíduo a praticar conduta delituosa – e do preparado - neste é organizado uma situação de flagrante de modo que o bem tutelado sequer é posto em risco.¹⁸

3.1 A NOVA REDAÇÃO DADA À PRISÃO EM FLAGRANTE

Conforme ressaltado anteriormente, um dos pontos de destaque da nova lei é a redação dada a prisão em flagrante, pondo por terra definitivamente a corrente que a entendia de caráter cautelar, sendo que seu aspecto autônomo era tido como justificativa para a permanência do indivíduo preso em flagrante por tempo indeterminado, desde que o auto de prisão fosse ratificado pelo magistrado. Nesse sentido, segue trecho da obra de Marcellus Polastri:

(...) uma vez ratificada pelo juiz ela deveria se manter como modalidade autônoma cautelar: a da cautelar de prisão em flagrante delito, tal como é vista na própria Constituição Federal. De certa forma a nova lei de 2011 que modifica o CPP neste ponto até subverte a disposição constitucional que dá a prisão em flagrante um verdadeiro status de medida cautelar autônoma.¹⁹

Não obstante, há bom tempo, parte minoritária da doutrina já postulava que o flagrante cuidava de medida pré-cautelar, o que vem ao encontro do que hoje temos nos arts. 283 e 310 e incisos, do CPP. Imperioso destacar que, anteriormente, o CPP ou mesmo a Constituição Federal não lhe conferiam status de medida cautelar, apenas excepcionalmente permitindo a sua decretação em face da visualização de um delito. Ocorre que, a partir de uma leitura errônea dos dispositivos que o tratavam, chegou-se a esta conclusão por alguns doutrinadores.

Neste diapasão, explica Marcão:

Do art. 5º, LXI, da CF, retiramos autorização para que pessoas possam ser presas em flagrante, mas a interpretação da regra deve ser feita em harmonia com o citado inciso LXVI, do qual se extrai que, após a prisão em flagrante, a pessoa não poderá

18 GERBER, Daniel. Breves considerações sobre o flagrante. In Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo. Org. CARVALHO DE, Salo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 186 p.

19 POLASTRI, Marcellus. Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de processo penal. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. 75 p.

continuar presa e, portanto, ser levada ao cárcere, se cabível a liberdade provisória, daí a necessidade de análise desta situação jurídico-constitucional já no momento do controle jurisdicional imediato, a demonstrar absoluta impropriedade em se afirmar a possibilidade de que alguém possa permanecer preso *por força do flagrante*.²⁰

O flagrante não cuida de medida cautelar, pois, apesar de ter caráter instrumental, não é voltado aos fins do processo (conveniência da instrução criminal ou garantia da aplicação da lei penal), como toda medida cautelar constitucional tem de ser. Por outro lado, deve-se atentar que qualquer um do povo tem a faculdade de declará-la quando do cometimento de um delito, bem como as autoridades policiais tem obrigação de efetuar-lá, e em sendo assim, será submetida, no prazo máximo de 24 horas, a autoridade judicial.

Desse modo, o flagrante cuida de mera detenção, trabalhando em favor de uma possível prisão cautelar a ser decretada. Aqui, sem dúvida, se encontra sua instrumentalidade e sua autonomia, pois sua existência independe da decretação de outra medida cautelar, bem como esta última poder ser decretada sem que tenha ocorrido a prisão em flagrante.

Dito isso, o prazo que pode um indivíduo ser mantido sob o fundamento de prisão em flagrante é de até 24 horas, desde que efetuada a prisão até o seu encaminhamento à autoridade judicial, nos termos do art. 306 e parágrafos do CPP. Esse prazo tem sua razão de ser em face dos procedimentos a serem adotados para a confecção do Auto de prisão.

Em suma, o indivíduo preso em flagrante será conduzido à autoridade policial competente, sendo primeiramente o condutor da prisão ouvido, depois as testemunhas que presenciaram o fato e, por fim, o acusado será interrogado na presença de seu defensor, sendo lavrado o Auto de prisão em flagrante. Será entregue ao acusado a nota de culpa, na qual constará a razão da prisão e os nomes do condutor da prisão, testemunhas e da autoridade que lavrou o auto.

Assim sendo, o magistrado quando recebe o auto de prisão, deverá relaxar a prisão em sendo esta ilegal, convertê-la em prisão preventiva, caso presente algum dos fundamentos do arr. 312, do CPP, que constituem o *periculum libertatis*, desde que as demais medidas cautelares não sejam adequadas. E, por fim, em não sendo caso de prisão preventiva, conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. Esse é o teor do novo art. 310 do CPP:

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

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente

20 MARCÃO, Renato. A lei n. 12.403/11 e a inafiançabilidade na visão do STF. Reflexões sobre a constitucionalidade do novo art. 310 do CPP. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 224, p. 10-11, jul., 2011.

praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.”²¹

No ponto, apesar de se falar no óbvio, o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal deve ser observado, pois em sendo vencida a etapa de relaxamento por ilegalidade da prisão, e assim homologado o auto de prisão, deve ser fundamentada a necessidade de constrição de liberdade em maior ou menos grau.

Seguindo-se o artigo acima, somente depois de demonstrado o porquê são insuficientes as medidas cautelares do art. 319, do CPP, poderá iniciar-se a justificar a necessidade da prisão preventiva ou temporária. Veja-se que a mera homologação do flagrante, que acaba contribuindo com indícios significativos de materialidade e autoria (preenchendo o requisito da prisão preventiva), não exclui de nenhuma forma a obrigatoriedade de ser demonstrado o fundamento da segregação, ou seja, a existência de *periculum libertatis*.

Da mesma sorte, não se vê com exagero frisar mais uma vez que, ao falarmos de prisão em flagrante, estamos a tratar da “*exceção da exceção*, na exata medida em que a liberdade é a regra e a exceção é a prisão mediante ordem prévia de autoridade judiciária, sendo a prisão em flagrante exceção a esta última exceção.”²²

O que se vê corroborado pela redação do art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, e do novo art. 283, CPP:

Art. 5, inc. 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.

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

Desse modo, Rabelo narra o fim da ideia que alguns tinham quanto ao flagrante:

O dispositivo possui o inegável mérito de sepultar a interpretação que possibilita a manutenção da prisão em flagrante por tempo indeterminado. Como se infere, tão logo receba o auto de prisão em flagrante, o juiz, caso verifique a necessidade de manutenção cautelar da prisão do conduzido, deverá “converter a prisão em flagrante em preventiva”, nos moldes do que determina o art. 310, inciso II, do

21 Decreto-lei nº 3.689/1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em 15 de agosto de 2011.

22 MARCÃO, Renato. A lei n. 12.403/11 e a inafiançabilidade na visão do STF. Reflexões sobre a constitucionalidade do novo art. 310 do CPP. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 224, p. 10-11, jul., 2011.

Código de Processo Penal.(...)E seria mesmo inconcebível pensar que a nossa Constituição concedeu poder à autoridade policial para fazer a análise da necessidade de medida restritiva de direitos fundamentais e para a concessão de tutela cautelar – que, por definição, é tutela jurisdicional.²³

Todavia, deve-se observar com cuidado a mera ideia de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou outra medida cautelar pessoal, pois num processo pautado no sistema acusatório, não é admitido o juiz parcial, que mediante um pré-juízo age de ofício.²⁴ Não se trata de esvaziarem-se as atividades do magistrado como querem crer alguns, mas sim de terem-se claras as partes e funções dentro de um processo.

Ou seja, o Ministério público definitivamente assume a posição que lhe cabe, como parte parcial dentro do processo, para assim lograr sustentar uma acusação e possibilitar à defesa o devido contraditório. O magistrado, por sua vez, tem sua posição de julgador conservada - sem prévias contaminações – construindo a sua decisão a partir do que lhe é trazido pelas partes.²⁵

Desse modo, postula Lopes Jr. que não haja conversão automática da prisão em flagrante em preventiva ou alguma outra medida, e sim pedido do *parquet* ou da polícia para tanto, preservando-se a imparcialidade do julgador; a paridade de armas, e conservando-se o devido processo legal. O processo milita em favor do acusado, pois é seu direito e garantia ser julgado de modo justo pelo Estado e não como mera institucionalização de sentimentos de vingança que foram transferidos da vítima ao julgador.

Entende-se que, durante a prática de um delito, o polo mais frágil é a vítima; não obstante, por ocasião da apuração deste delito, passa a ser o suposto autor da infração, que se defenderá de um Estado armado pela polícia, somado a um órgão acusador bem aparelhado, de modo que não carece ainda de um magistrado exercendo papel de ator.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

23 RABELO, Galvão. A lei n. 12.403/11 e a superação da tese da natureza cautelar da prisão em flagrante. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=4417>. Acesso em: 15 de agosto de 2011.

24 Aqui não se está a ignorar os artigos do CPP que possibilam a atuação de ofício do Magistrado, mas sim, a se pugnar pelo novo papel do juiz dentro do processo, que não cuida de mera boca da lei remontando a época napoleônica. Nas palavras de Ferrajoli, “En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como em el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra dela ley, cualquiera que fuera su significado, sino sujeción a la ley em cuanto válida, es decir, coherente com la Constitución. Y en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución (...)” 26 p.

25 Assim é que, apesar dessa participação – sujeito do processo -, não se pode confundir a função do juiz com a das partes, eis que não assume a condição de contraditor, a qual é exercida pelos interessados, mas de terceiro, responsável, todavia, pela sua regularidade na produção dos significados probatórios. Sua função é também a de expedir, em nome do Estado, o provimento com força imperativa, atendido o devido processo legal, levando em consideração os argumentos construídos no procedimento, em decisão motivada, mesmo. MORAIS DA ROSA, Alexandre; DA SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. Para um processo penal democrático: crítica a metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008. 77 p.

Tecidas essas breves considerações, e frisando-se que a pesquisa ainda encontra-se em andamento, tem-se que o flagrante deve ser tratado com medida pré-cautelara, já que agora não cuida apenas de posicionamento doutrinário, e sim de determinação legal, conforme a redação nova do art. 310 do CPP. Dito isso, mais uma vez deve ser frisado que a prisão em flagrante se justifica pela visibilidade da prática de um ato delitivo que autoriza, assim, a interrupção deste, em face da proteção imediata de um bem tutelado, ou ainda nos desdobramentos das demais hipóteses do art. 302 do mesmo diploma.

Dessa visibilidade do bem que está a sofrer a lesão é que ocorre a autorização de ser decretada a prisão pela polícia ou mesmo por qualquer um do povo, de modo que claramente se nota a exceção da autorização pelo “ver” do delito, e conseqüentemente o fato de se falar em mera detenção, medida precária, pois não provem de determinação de um juiz, e por isso mesmo será submetida ao seu crivo num prazo máximo de 24 horas.

Destaca-se que o flagrante deve ser observado com o devido cuidado, pois estamos a falar em uma prisão que, apesar de mera detenção, tem grande poder de estigma sobre o indivíduo, e muitas vezes pode cumprir papel alheio as suas funções.

Não obstante, conforme já demonstrado, este se justifica unicamente em face de uma atividade delitiva em prática ou que tenha acabado de ser cometida. Por isso mesmo, deve-se atentar-se para as hipóteses do art. 302 do CPP, que não compreendem a visualização do ato delitivo, abrindo margem a cerceamento de liberdade indevido, principalmente pelo fato de poder ser realizado pela Polícia ou mesmo por qualquer um do povo.

BIBLIOGRAFIA

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. HC nº 70040681959. Relator: Des. Nereu José Giacomolli. D.J. 10/03/2011. Disponível em: <www1.tjrs.jus.br>. Acesso em: 15 de agosto de 2011.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689/1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2011.

CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el proceso penal. Tomo II. Buenos aires: Bosch, 1950.

DE MIRANDA COUTINHO, Jacinto Neslon. **Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório Brasileiro.** In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n.

223, p. 04, jun., 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Editora: Trotta, Madrid, 1999.

GERBER, Daniel. **Breves considerações sobre o flagrante**. In Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo. Org. CARVALHO DE, Salo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 221/259 p.

LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, volume II, 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

MARCÃO, Renato. **A lei n. 12.403/11 e a inafiançabilidade na visão do STF. Reflexões sobre a constitucionalidade do novo art. 310 do CPP**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 224, p. 10-11, jul., 2011.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; DA SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um processo penal democrático: crítica a metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

POLASTRI, Marcellus. **Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

RABELO, Galvão. **A lei n. 12.403/11 e a superação da tese da natureza cautelar da prisão em flagrante**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 225, p. 10 - 11, ago., 2011.

Pesquisa realizada pela Associação dos magistrados brasileiros. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa2006.pdf>>. Acesso em: 15 de agosto de 2011.

PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Breve análise crítica da lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 223, p. 10-11, jun., 2011.

