

FACULDADES SÃO JOSÉ
CURSO DE DIREITO

CHARLES FIRMINO DE MIRANDA.
SÉRGIO EXPEDITO MACHADO MOUTA

NULIDADES DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Rio de Janeiro

2018

TÍTULO DO TRABALHO LINGUA NATIVA

TÍTULO DO TRABALHO EM INGLÊS

Nome: CHARLES FIRMINO DE MIRANDA.

Graduando em direito

Orientador: SÉRGIO EXPEDITO MACHADO MOUTA

Titulação: Mestre em Direito, Advogado e coordenador adjunto do curso de direito nas faculdades são José.

RESUMO

No primeiro momento deste trabalho será abordado as nulidades sob o ângulo constitucional trazendo a baila os princípios que devem ser respeitados na lavratura do auto de prisão em flagrante. Logo em seguida será apreciada a missão da prisão em flagrante e o seu conceito em nosso ordenamento jurídico, explicitando suas características principais. Posteriormente, será analisado os tipos de nulidades da prisão especialmente o auto de prisão em flagrante que constitui instrumento que registra e corporifica as formas sacramentais adotadas quando da constrição da liberdade do cidadão e representa o meio adequado para que se possa confirmar judicialmente a legitimidade da custódia. Será ainda demonstrado que o auto de prisão em flagrante deve respeitar todos os princípios constitucionais e o modo como deve ser registrado com base no código de processo penal, não se afastando do que ali está consignado, e por derradeiro vamos demonstrar que a prisão em flagrante é um instrumento de grande importância no nosso ordenamento jurídico, desde que respeitadas as formas sacramentais para a validade dessa prisão, e em caso de desrespeito aos procedimentos consignados na lei o habeas corpus será o remédio constitucional adequado a sanar tal ilicitude.

Palavras-chave: NULIDADE, PRISÃO e FLAGRANTE.

ABSTRACT

In the first moment of this work will be approached the nullities under the constitutional angle bringing to the baila the principles that must be respected in the record of the arrest warrant in flagrante. Immediately afterwards, the mission of the prison in flagrante and its concept in our juridical order will be appreciated, explaining its main characteristics. Subsequently, the types of nullities of the prison will be analyzed, especially the flagrant arrest warrant, which is an instrument that registers and embodies the sacramental forms adopted when constricting the liberty of the citizen and represents the appropriate means for judicial confirmation of the legitimacy of the custody . it will also be shown that the indictment in flagrante must respect all the constitutional principles and the way in which it must be registered on the basis of the code of criminal procedure, not moving away from what is consigned therein, and lastly we will show that the arrest in flagrante is an instrument of great importance in our legal system, provided that the sacramental forms for the validity of such imprisonment are respected, and in case of non-compliance with the procedures established by law, habeas corpus will be the appropriate constitutional remedy to remedy such illegality

Key-words: nullities, flagrante, warrant.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como fundamento apreciar as nulidades da prisão em flagrante à luz da Constituição Federal e o Código de Processo Penal, e como objetivo institucional produzir um artigo para obtenção do grau de bacharelado em Direito na faculdade são jose. O estudo da presente presta-se de uma forma geral a prisão em flagrante, tendo como norte as suas nulidades, descrevendo a sua missão constitucional e especificando de que forma esta pode ser concretizada e caracterizada como tal.

O tema do estudo é atual e relevante, pois a cada dia o *status libertatis* do indivíduo, assume maior relevância nos países amantes do estado democrático de direito. Estamos inseridos em um estado democrático de direito que necessita de garantias fundamentais para que haja paz. Dessa forma, o constituinte precisa dar ao indivíduo máxima proteção de seu direito de locomoção, cercou-se, então a prisão em flagrante de imperativos sacramentais, que devem ser rigorosamente respeitados por qualquer pessoa que prender quem se encontre em flagrante delito.

A pesquisa será desenvolvida tendo como base as seguintes premissas: Qual a missão da prisão em flagrante? Há nulidades na prisão em flagrante? De que formas pode se dar e qual as suas conseqüências no mundo jurídico?

No primeiro momento, será desenvolvido alguns aspectos importantes da prisão em flagrante na Constituição Federal e no Código de Processo Penal; logo em seguida será apreciada a prisão em flagrante, identificando sua definição legal, bem como conceitos sobre as nulidades no processo penal e garantias previstas na constituição.

Por derradeiro, será analisada as nulidades da prisão em flagrante, trazendo as formalidades sacramentais adotadas pelo nosso ordenamento jurídico.

Para o sucesso do presente trabalho, serão adotadas como metodologia basilar as pesquisas exploratórias – consulta à Constituição da República Federativa do Brasil, Código de Processo Penal, principais bibliografia que envolvem o assunto em questão e material da internet, bem como as metodologias descritivas e explicativas.

2 - DESENVOLVIMENTO

2.1– PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE EMBASAM A PRISÃO EM FLAGRANTE

Certo de que a Constituição é a maior norma dentro de um ordenamento jurídico e que todas as outras normas retiram dela o seu fundamento de validade. Deve todo o processo penal ser analisado e interpretado de acordo com a nossa Carta Maior. Assim, ao analisar o instituto da prisão em flagrante, devemos sempre ter em mente os objetivos e os princípios traçados pelo poder constituinte originário.

Sem nos preocuparmos em entrar de maneira profunda no estudo sobre os direitos fundamentais, é indispensável que tracemos algumas linhas sobre o assunto.

Primeiramente, devemos destacar o fato de que os direitos fundamentais representam o núcleo essencial de proteção da dignidade da pessoa humana. Ao redor deste princípio, gravitam inúmeros direitos e garantias que possibilitam o desenvolvimento digno de todo indivíduo.

Os direitos fundamentais ganharam efetivo destaque na sociedade a partir do momento em que se inverteu a tradicional relação entre Estado e indivíduo, reconhecendo-se que este é possuidor de direitos e depois de deveres perante o Estado. Assim, sedimentou-se a idéia de que o Estado seria o meio e o indivíduo seria o fim.

Fazendo uma análise sobre o histórico dos direitos fundamentais, percebemos que tais direitos foram se desenvolvendo de acordo com o passar do tempo. Gilmar Mendes ensina que: “A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas

as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica”.

A prisão em Flagrante foi objeto de regulamentação nas Constituições anteriores e assim, prossegue mantida pelo direito Pátrio. É o que se verifica na Constituição do Império, na Constituição de 1891, na de 1934, a de 1946, todas estas trataram da prisão em Flagrante como direito Constitucional e encontrando-se atualmente disciplinada no artigo 5º incisos LXI, LXVI, LXII , LXVIII, XLVII e LXVII.

O artigo 5º trata dos direitos e garantias e os incisos acima transcritos informam que ninguém será preso, senão em flagrante delito ou por ordem da autoridade judiciária, que ninguém será levado a prisão quando a lei admitir liberdade provisória, de que à prisão de qualquer pessoa será comunicado à família do preso ou a quem ele indicar.

O artigo 5º no seu inciso LXVII traz a possibilidade de concessão de *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ameaça em sua locomoção e proíbe também a prisão perpétua, de trabalhos forçados e de trabalho cruel e os tipos de prisões possíveis no nosso ordenamento jurídico.

Do acima exposto insere-se que a Constituição subordinou a prisão ao princípio da legalidade, tanto que, se o *status libertatis* for atingido por alguma coação ilegal, pode ser afastado mediante *habeas corpus*.

A constituição tutela a liberdade pessoal contra a ilegalidade e o abuso do poder, em termos tão enfáticos e categórico que não se pode admitir que ela sancionasse restrições ao *jus libertatis* tão-só porque fundadas em regras gerais que, *in casu*, se tornem injustificada. Desse modo, no campo do processo cautelar, cumpre aplicar-se o princípio da legalidade das medidas de coação com as diretrizes constitucionais tão bem tipificadas no artigo 648, I do CPP.

Quer isto dizer que, embora admitida na lei, em determinados casos, a coação cautelar, dela não se fará aplicação, se manifestamente injusta as restrições que vai impor ao indiciado. Diante disso, devemos lembrar que os direitos fundamentais possuem como uma de suas características o fato de não serem direitos absolutos. Assim, até em virtude de sua hierarquia constitucional, esses direitos só poderão ser limitados em favor de outros direitos fundamentais.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Lições de Direito Constitucional*, Revista Jurídica Virtual 2002, p.234.

Vale ressaltar, nesse momento, que as normas penais incriminadoras nascem com o objetivo de proteger aqueles bens jurídicos tidos como os mais importantes para o Estado. Sem embargo, uma norma penal incriminadora deve retirar o seu fundamento de validade da própria Constituição, uma vez que busca resguardar os seus valores e princípios.

A prisão em flagrante tem a função de atuar como um instrumento constitucional de imediata proteção aos direitos fundamentais, proteção esta que é veiculada por meio de uma norma penal incriminadora que estaria sendo violada ou que acabara de ser.

Assim, podemos afirmar que a prisão em flagrante, em última análise, constitui uma forma de proteção à própria Constituição. Não é por acaso que esta modalidade de prisão está prevista em nossa Carta Maior como uma forma de exceção ao princípio da reserva de jurisdição quando se trata de matéria prisional. Ademais, outros argumentos também reforçam esse entendimento. Nesse sentido, o Código de Processo Penal possibilita, de maneira excepcional, que qualquer cidadão possa prender em flagrante alguém que esteja cometendo uma infração penal (flagrante facultativo – artigo 301 do CPP). Se não bastasse, essa finalidade defensiva imediata da prisão em flagrante também fica clara quando a Constituição possibilita o ingresso na casa de alguém sem ordem judicial para se efetivar o flagrante.

Em última análise, verifica-se que seu papel de maneira repressivo/preventiva, evita ou desestimula comportamentos que violem as normas penais incriminadoras, antecipando, para tanto, um dos efeitos da proteção penal, qual seja: a restrição da liberdade.

2.2- A MISSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE E SUAS ESPÉCIES

Para melhor compreensão da matéria, vejamos quais os fins ditam esta providencia coativa que atinge o direito de liberdade. E sob este aspecto, a prisão pode ter uma sanção penal, sanção administrativa ou uma medida cautelar.

Originada do latim *Flagrans*, a palavra significa arder, induzindo a idéia de fogo, de chama, ardendo, queimação. Transmite a idéia de alguém ser surpreendido em plena crepitação, ou seja, a plena posse da evidencia, quanto ao fato que acaba de acontecer, que foi visto ou ouvido e, em presença do qual, seria absurdo ou impossível nega-lo.

Tourinho Filho conceitua prisão em flagrante delito, como prisão daquele que é surpreendido no instante mesmo da consumação da infração.

Para o mestre Jose Lisboa o flagrante delito é uma situação da evidencia da prática de uma infração penal por parte de alguém. O flagrante delito significa a infração que se pode flagrar, em plena ardência de sua tipificação. O Delito Flagrante é aquele que se esta cometendo ou se acabou de cometer sem intervalo algum.

O Flagrante delito é a situação, prevista em lei de imedaticidade em relação à pratica da infração penal que autorize a prisão, independentemente de mandado de prisão.

Duas são as justificativas para a existência da prisão em flagrante: a reação social imediata á pratica da infração penal e a captação, também imediata, da prova.

O Flagrante é, portanto, o que esta a queimar e, em sentido figurado, o que esta a acontecer. Daí dizer-se flagrante também, o que é claro, manifesto, inequívoco, é uma prisão que consiste na restrição da liberdade de alguém, independente de ordem judicial, possuindo natureza cautelar, desde que esse alguém esteja cometendo ou tenha acabado de cometer uma infração penal ou esteja em

situação semelhante prevista nos incisos III e IV, do Art. 302, do CPP. É uma forma de autodefesa da sociedade.

De acordo com o explanado acima e, diante da disciplina do Código Penal Militar, doutrinariamente podemos classificar o flagrante em Flagrante Próprio ou Real (Propriamente Dito), Flagrante Impróprio ou Quase-Flagrante, Flagrante Presumido ou Ficto, Flagrante Compulsório ou Obrigatório, Flagrante Facultativo, Flagrante Preparado ou Provocado, Flagrante Esperado, Flagrante Prorrogado ou Retardado.

Flagrante Próprio é aquele em que o agente é surpreendido praticando a infração penal, isto é, surpreendido no instante mesmo da prática da infração, ou, então, quando acaba de cometê-la.

O flagrante impróprio ocorre quando o agente é perseguido, logo após cometer o ilícito, em situação que faça presumir ser o autor da infração. Não basta uma perseguição desordenada, sem saber qual pessoa está sendo perseguida. É necessário “que as circunstâncias que cercam a perseguição o coloquem em situação que faça presumir ser ele o autor da infração. Está perseguição deve ser incessante, independentemente se durar horas ou dias, devendo ser realizada a prisão em qualquer local. Se durante a perseguição, o autor do delito entrar em uma residência, com intuito de se esconder, e o morador não permitir o acesso, será convocado duas testemunhas, e entrará na residência à força, arrombando a porta se preciso, e efetuará a prisão. E se for à noite, o executor tornará a casa e quando amanhecer, arrombará a porta e entrará na casa.

Flagrante presumido é a pessoa encontrada “logo depois”, com instrumentos, armas, objetos, ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. Ficto porque ocorre uma ficção jurídica, para equiparar esta hipótese, ao flagrante próprio. A pessoa não foi pega cometendo, ou acabou de cometê-lo, nem perseguido logo após de cometer o delito, mas sim é preso em flagrante delito, pela presunção de ser ele o autor do delito, devido aos objetos encontrados em seu poder. A expressão logo depois merece a mesma interpretação conferida ao “logo após” do quase - flagrante, tendo como diferença é que ocorre no “logo após” o crime é a

perseguição; no flagrante presumido o que ocorre “logo depois” é o encontro com a agente.

No flagrante obrigatório ou compulsório agente é obrigado a efetuar a prisão em flagrante, não tendo discricionariedade sobre a conveniência ou não de efetivá-la. Ocorre em qualquer das hipóteses previstas no art. 244 (flagrante próprio, impróprio ou presumido), e diz respeito ao militares que deverão prender em flagrante. Está previsto no art. 243, segunda parte do CPPM, “os militares deverão prender quem for insubmisso ou desertor, ou seja, encontrado em flagrante delito”.

O flagrante esperado ocorre quando o agente, aguarda o momento do cometimento do crime, sem qualquer atitude de induzimento ou instigação. Considerando que nenhuma situação foi artificialmente criada, não há que se falar em fato atípico ou crime impossível. Está é a posição do STJ: “Não há flagrante preparado quando a ação policial aguarda o momento da prática delituosa, valendo-se de investigação anterior, para efetivar a prisão, sem utilização de agente provocador”, ao contrário do flagrante preparado é quando alguém de forma insidiosa provoca o agente à prática de um crime, ao mesmo tempo em que toma providências para que o mesmo não se consume. Trata-se de modalidade de crime impossível, pois embora o meio empregado e o objeto material sejam idôneos, há um conjunto de circunstâncias previamente preparadas que eliminam totalmente a possibilidade da produção do resultado. Assim, podemos dizer que existe flagrante preparado ou provocado quando o agente, policial ou terceiro, conhecido como provocador, induz o autor à prática do crime, viciando a sua vontade, e, logo em seguida, o prende em flagrante. Neste caso, em face da ausência de vontade livre e espontânea do infrator e da ocorrência de crime impossível, a conduta é considerada atípica.

Trata-se de modalidade de crime impossível, pois embora o meio empregado e o objeto material sejam idôneos, há um conjunto de circunstâncias previamente preparadas que eliminam totalmente a possibilidade da produção do resultado.

Conforme exposto no texto acima, a prisão em flagrante torna-se visível quando uma pessoa provoca a outra com o intuito de prendê-la, preparando meios

que possam efetivar a prisão, e que a ocorrência do crime só surge em razão da provocação daquele que pretende utilizar a prisão em flagrante.

O que é decisivo, como se pode observar da redação do enunciado do STF, é que as providências policiais tornem “impossível” a consumação do crime. Nessa hipótese há um crime impossível (e não putativo), quer porque o agente não dispõe de meios necessários para conseguir a consumação, quer por ser inexistente ou impróprio, o objeto material que a permitiria.

O flagrante prorrogado ou retardado está previsto no art. 2º, inc. II da Lei nº 9.034/95, chamada Lei do Crime Organizado, consistindo em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações. Neste caso, portanto, o agente detém discricionariedade para deixar de efetuar a prisão em flagrante no momento em que presencia a prática da infração penal, podendo aguardar um 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.

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.

A principal constatação a ser feita é a análise da vontade livre e espontânea do infrator no momento do crime, pois sem ela, o flagrante delito torna-se inválido, uma vez que o crime cometido é atípico. Neste caso, foi possível identificar que o flagrante preparado não é considerado válido porque inexistente a vontade do infrator, este acaba agindo por provocação da autoridade policial ou de terceiro que tomou providências para efetuar a prisão, caso o crime viesse a ser consumado. O flagrante preparado se torna inválido, não quanto à prisão, mas à consumação do crime, a motivação para execução do mesmo, pois o infrator não age por vontade livre e espontânea, mas por uma provocação.

Foi possível identificar também que não é somente da autoridade policial a capacidade de prender um infrator em flagrante delito, terceiros, isto é, o povo, também pode prender em flagrante. Mas, é preciso identificar a forma como o crime para não cair no descuido de efetuar uma prisão quando a conduta, na verdade, foi atípica.

Por fim, resta frisar a semelhança existente entre o flagrante preparado e flagrante esperado, sendo que ambas as espécies de flagrante diferem a partir do aspecto provocador do agente para a ocorrência do crime, sendo que nas mesmas já há meios empregados para efetuar a prisão no caso da ocorrência do delito, tendo o flagrante preparado a contribuição do agente e no flagrante esperado um simples aguardo.

2.3- CONCEITOS DE NULIDADES NO PROCESSO PENAL

O assunto das nulidades é dos mais complexos e cheios de dúvida, incertezas e dificuldades. Não há conceito uniforme e pacífico, a seu respeito na doutrina.

Há os que consideram vício ou defeito do ato que o pode tornar ineficaz, considerando duplo significado: um para indicar o motivo que torna o ato imperfeito, outro para exprimir a consequência que deriva da imperfeição jurídica do ato ou sua inviabilidade. A nulidade, portanto, é, sob um aspecto, vício, sob outro, sanção, podendo ser definida como a inobservância de exigências legais ou uma falha ou imperfeição jurídica que invalida o ato processual ou todo o processo. Outra corrente entende que, para o direito, o não existir e o não ser válido vêm a dar no mesmo: em ambos os casos o ato não produz efeito.

O processo é um caminho que tem começo, meio e fim e deve as partes trilha-lo superando normalmente os marcos sem falhas ou irregularidades. A atividade processual é de direito público e, portanto, regrada, devendo as partes

obedecer à forma legal, entendida esta não só como a exteriorização do ato, mas também como os requisitos ou elementos que ele deve conter.

Logo, não existe a liberdade das formas. A forma é a legal, que deve ser respeitada pelos sujeitos processuais. O código de Processo penal, prevê modelos de atos que devem se praticados na forma legal; se praticados, ainda que defeituoso, passam a produzir os efeitos previstos na lei para aquele tipo de ato; o ato, ainda que defeituoso, somente deixa de produzir efeitos quando outro ato o declara inválido, o que somente é possível se a lei processual tiver previsão de um instrumento para isso, e a declaração somente ocorrerá no momento nela previsto. Na visão de Guilherme de Souza Nucci, nulidade "é o vício que contamina determinado ato processual, quando praticado sem a observância da forma prevista em lei, podendo levar a sua inutilidade.

Vale ressaltar que "os atos praticados no processo estão sujeitos à observância de certos requisitos que a lei impõe, de maneira que o encadeamento entre eles permita o regular processamento do feito com o objetivo de viabilizar uma decisão de mérito. Assim, se um ou mais atos praticados dentro do procedimento apresentem vícios ou defeitos, cuja imperfeição prejudique a regularidade processual, ensejarão como consequência a perda dos efeitos esperados pela sua prática atingindo o ato isoladamente ou, o próprio processo. A essa consequência, ou seja, a perda do efeito do ato ou do processo face à imperfeição que ostenta, denomina-se nulidade.

Podemos perceber que enseja a nulidade sempre que houver algum tipo de defeito, vício ou erro, porém com uma ressalva, desde que esta imperfeição venha prejudicar o andamento processual em todos os seus aspectos ou de maneira mais singela, mas que tenha um impacto importante capaz de sugerir dúvidas quanto à aplicação da lei.

Esta ressalva nos chama a atenção, sob o aspecto de que mesmo que um ato processual venha conter algum tipo de imperfeição, somente ensejará nulidade se vier a prejudicar o processo. Exatamente como o que previsto no Artigo 563, do Código de Processo Penal, senão

NUTTI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*, 11ª edição, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2012, p 156.

vejamos: Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

O artigo em questão retrata o Princípio da Instrumentalidade das Formas, segundo o qual, para o reconhecimento e a declaração de nulidade de ato processual, haverá de ser aferida a sua capacidade para a produção de prejuízos aos interesses das partes e/ou ao regular exercício da jurisdição.

Não há nulidade sem prejuízo, resumindo em poucas palavras o sentido do que prega o Código de Processo Penal, precisamente no artigo 563. Devemos entender que o Processo/Procedimento, quer significar "marcha avante", um conjunto de atos processuais que não tem um fim em si mesmo, além de serem sempre ordenados, cujo objetivo final é a prestação jurisdicional.

Assim, em virtude da economia processual, já que vários atos processuais terão iniciados e até mesmo concluídos, não há que se falar em nulidade, caso não tenha nenhum prejuízo, o que significaria a paralisação do processo, gerando perda de tempo no momento que todos pregam a celeridade processual. É preciso salientar que em qualquer processo, toda a nulidade exige manifestação expressa do órgão julgante, independente do grau de sua irregularidade. Desta forma, ocorre nulidade toda vez que ocorrer alguma forma de defeito, vício ou erro, desde que essa imperfeição venha a ser prejudicial ao andamento processual em todos os seus aspectos ou de forma mais singela, porém, que tenha um impacto importante, que possibilite surgir dúvidas quanto à aplicação da lei.

A supracitada norma configura o princípio da instrumentalidade das formas, no que "*pas de nullité sans grief*", segundo o qual, para o reconhecimento e a declaração de nulidade de ato processual, haverá de ser aferida a sua capacidade para a produção de prejuízos aos interesses das partes e/ou ao regular exercício da jurisdição" Assim sendo, não existe nulidade sem ocorrer prejuízo.

No mais, necessário se faz ressaltar que em qualquer processo, toda a nulidade exige manifestação expressa do órgão julgante, independente do grau de sua irregularidade. Isto porque uma vez praticado o ato, a tendência do processo é seguir a sua marcha, conforme previsto na ritualística procedimental.

Existem dois tipos de nulidades: as nulidades absolutas e as relativas, aquelas serão proclamadas pelo próprio magistrado de ofício ou a requerimento das partes, por exemplo, as violações aos princípios fundamentais do processo penal, tais como o juiz natural, o do contraditório e o da ampla defesa, o da imparcialidade do juiz etc. Refere-se ao processo penal enquanto função jurisdicional, o que irá contaminar todos os interesses dos litigantes no processo, o que impossibilita qualquer forma de condução deste, já as relativas serão aquelas proclamadas pela parte interessada, visando demonstrar a presença de prejuízo a ser sofrido pela falta da observância da formalidade legal prevista para aquele momento processual.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, as nulidades relativas dependem de prazo para serem arguidas, sob pena de preclusão, senão vejamos "... as nulidades relativas, por dependerem de valoração das partes quanto à existência e à consequência do eventual prejuízo, estão sujeitas a prazo preclusivo, quando não alegadas a tempo e modo.

Resumindo, será competente para argüir a Nulidade Relativa somente a parte interessada, no entanto como o próprio Pacelli nos ensina, "*embora reservada às partes a valoração dos efeitos decorrentes do vício do ato, não há como negar, ao menos em algumas hipóteses, será possível o reconhecimento ex officio de nulidades relativas.*"

Deste modo, devemos entender como Nulidade Relativa àquela que deve ser arguida pelas partes interessadas, podendo o magistrado, em algumas situações que se fazem necessárias, declarar de ofício.

A melhor conclusão que podemos abstrair deste estudo, em que é possível perceber que o processo é resultado de uma série de procedimentos que visam à pretensão jurisdicional.

Tendo o processo como uma "marcha avante", em que diversos atos processuais são iniciados e até mesmo concluídos, não seria justo ao arguir a

nulidade, desde que esta não venha trazer nenhum tipo de prejuízo para ambas às partes, nem mesmo ao juízo, que não se aproveite nenhum destes atos processuais, tornando todos nulos de pleno direito.

Total desrespeito ao Princípio da Economia Processual, já que tornando todos os atos praticados nulos, teríamos que partir do início novamente, gerando gastos e perda de um precioso tempo.

Assim, não havendo prejuízo para as partes, tão pouco para o próprio juízo não há que se falar em nulidade, aplicação máxima da Instrumentalidade das Formas, "*pás de nullité sans grief*".

Portanto, podemos concluir com base no que foi exposto, que haverá nulidade quando houver expressa disposição legal. Na procedimentalidade penal nos casos enumerados no artigo nº 564 do CPP. Será também nulo, ainda que não expressamente previsto que se tratar de infringência de preceito de ordem pública.

Em ambas as referidas hipóteses serão nulidades de caráter absoluto. O legislador ao apontar os casos de nulidade, usou como critério termos e formalidades que reputou essenciais, correlata ao interesse público.

Retirando as nulidades absolutas, outras poderão ocorrer, que são as classificadas como relativas. Recebem essas denominações, vez que para a sua configuração dependem das circunstâncias. Não basta somente a sua ocorrência, diferente das absolutas.

Assim, não ferindo o interesse público nem estabelecido a nulidade expressamente pelo legislador, o princípio da relevância das formas é conciliado com os princípios do prejuízo, representado pela máxima da teoria das nulidades processuais.

Inexistindo nulidade relativa, o defeito deve ser apenas considerado simples irregularidade. É claro que se a gravidade do vício ferir preceito de ordem pública ou por estar previsto em lei, consistirá em nulidade absoluta, independente de prejuízo. Este só tem pertinência tratando-se de nulidade relativa.

PACELLI, Eugênio de Oliveira, *Curso de Processo Penal*, 10ª edição, São Paulo, Editora Lúmen Júris, 2008, p. 425.

2.4- DAS NULIDADES DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Com a alteração do art. 304 e seus parágrafos do Código de Processo Penal, houve uma mudança quanto ao procedimento de lavratura do auto de prisão em flagrante.

O condutor e as testemunhas assinarão seus depoimentos logo após serem ouvidos pela autoridade policial, sendo despendida a presença destes aos atos ulteriores para a lavratura do auto.

Com esta mudança de lei, haverá uma simplificação da lavratura do auto em flagrante para permitir que os policiais de ronda, ao chegarem com o preso na delegacia, possam ser rapidamente liberados para desempenhar suas atividades de patrulhamento ostensivo. Quanto às testemunhas, também não há porque retê-las, vez que são dispensáveis aos atos que sucederem seus depoimentos.

Havendo ilegalidade na autuação em flagrante, a prisão deverá ser relaxada pelo juiz (art. 5º ,LXV da CF/88, in verbis: "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária", sem eventual prejuízo para o desenvolvimento das investigações e do inquérito policial. A prisão ilegal diminui os atos probatórios praticados no inquérito policial, mas não o anula, e muito menos a ação penal que dele resultará também pequenos vícios formais, como a ausência de alguma assinatura, da grafia errônea do nome do preso.

Como vimos, permite o art. 301, do Código de Processo Penal, que, em existindo flagrante, qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Da mesma forma, o art.304 e incisos, amparados na lei objetiva penal, estabelece uma sequencia obrigatória e ditada pela lógica. Por primeiro é ouvido o condutor; depois as testemunhas e a vítima, se encontrada, por fim o indiciado. Esta ordem na oitiva dos sujeitos do flagrante não é meramente exemplificativo, e sim taxativo; visto que sua não observância é causa de nulidade e,

por via de consequência acarretará o relaxamento da prisão em flagrante com a soltura do autuado.

Havendo a *notitia criminis* e estando presentes os pressupostos legais, a autoridade policial está obrigada à lavratura do competente auto de prisão em flagrante. Vigê na hipótese o princípio da obrigatoriedade ou da legalidade da ação penal, .entretanto a simples apresentação de um indivíduo à autoridade competente, por uma pressuposta prática de delito, não implica, obrigatoriamente, lavratura de auto de flagrante. Compete à autoridade, examinando o caso, exercer verdadeiro ato de julgamento sobre as circunstâncias objetivas e subjetivas para ver se, realmente, o auto de prisão em flagrante deve ser lavrado.

O auto de prisão em flagrante é uma peça formal, a tal sorte que pode resultar no reconhecimento de sua invalidade, quando não obedecida a ordem disposta na lei e suas características fundamentais, nos termos do artigo 564, inciso IV do Código de Processo Penal. A hipótese abordada trata de nulidade absoluta por infringência à garantia constitucional, pois sem a rigorosa observância dos requisitos legais o auto em questão não atinge a sua finalidade, que é a de legitimar a forma excepcional de prisão, não sendo aplicável, nesse particular, o disposto pelo artigo 572, inciso II do Estatuto de Ritos.

O Estatuto Processual Penal não menciona o prazo dentro do qual deve ser lavrado o auto de prisão em flagrante. Na vigência do sistema processual penal federado, estabelecia o estatuto penal da Paraíba que o auto de flagrante deveria ser lavrado em seguida à apresentação do preso à autoridade, contanto que não excedesse o prazo de vinte e quatro horas contadas da prisão, ou seja, do momento da captura.

Consoante a doutrina o auto de prisão em flagrante deve ser lavrado imediatamente após a prisão, a despeito de não haver prazo legal estabelecido para sua lavratura. Entretanto, foi estabelecido pelo Código de Ritos que a nota de culpa tem prazo de vinte e quatro horas para ser entregue ao indiciado, levando, por inferência, à conclusão de que o auto de prisão em flagrante deve ser elaborado nesse período.

Nesse diapasão a jurisprudência tem reconhecido: "a lei não fixa prazo para a lavratura do auto de prisão em flagrante. Todavia, o seu caráter de urgência, aliado aos entraves de cunho administrativo, levou os tribunais a optar por um prazo de 24 horas, tempo em que será fornecido ao indiciado a nota de culpa".

Como reza o artigo 290 do *Codex*, o auto de prisão em flagrante deve ser elaborado no município em que se deu a prisão, mesmo que a infração tenha ocorrido em outro local.

Observe-se que o auto de prisão em flagrante é um ato administrativo, despido de conteúdo decisório, assim, na hipótese de haver sido instaurada ação penal perante magistrado incompetente não o invalida, nem torna insubsistente a prisão.

2.4.1- IRREGULARIDADES DA NOTA DE CULPA

A prisão em flagrante deve, na qualidade de restrição à liberdade de locomoção, sujeitar-se aos reclamos do *devido processo legal*. Em razão de suas peculiaridades, não há outra maneira de atender à exigência constitucional senão por meio da observância das estritas hipóteses legais de flagrância (CPP, art. 302), dos direitos constitucionalmente assegurados ao preso (CF, art. 5.º, incs. LXII, LXIII, LIV e LV e das formalidades relativas à lavratura do respectivo auto (CPP, arts. 304 a 307).

O auto de prisão em flagrante constitui instrumento que registra e corporifica as formas sacramentais adotadas quando da constrição da liberdade do cidadão e representa o meio adequado para que se possa confirmar judicialmente a legitimidade da custódia. O exame *a posteriori* feito pelo Poder Judiciário tem como principal subsídio, e muitas vezes único, o auto, documento formal da custódia, sendo a partir dele que se extraem elementos necessários para fiscalizar a regularidade do procedimento policial.

Em função de estar intimamente relacionado com diversas garantias fundamentais do cidadão, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que as

regras de elaboração do auto de prisão previstas no Código de Processo Penal são fundamentais para a validade da custódia. Sua inobservância acarreta nulidade absoluta (CPP, art. 564, inc. IV) e deve produzir o imediato relaxamento da prisão pela autoridade judiciária.

Entre as regras previstas no artigo 304, *caput*, parte final, do Estatuto Processual Penal, destaca-se aquela segundo a qual a autoridade, após ouvir o condutor, as testemunhas e interrogar o indiciado, deverá lavrar o auto, que será assinado *por todos*. O auto, enquanto peça única, deve ser firmado em todas as suas folhas (ou ao menos na última, com rubrica nas demais). Pretendeu a lei, dessa maneira, dar a cada um dos envolvidos na lavratura a possibilidade de conferir os dados nele inseridos e, conseqüentemente, legitimar tudo o quanto ficou registrado. Não se trata de formalidade inócua, excessiva, cuja omissão poderia acarretar simples irregularidade. Consiste, na realidade, em norma com escopo de dar ao documento o necessário grau de legitimidade, pois, repise-se, será por intermédio dele que a observância das garantias constitucionais do cidadão será fiscalizada judicialmente.

2.4.2- FALTA DE ASSINATURA DO PRESO

Depois da captura do delinquente apanhado em flagrante delito, é ele levado à presença da autoridade policial, onde então, será lavrado o auto de prisão em flagrante.

O auto será assinado pela autoridade que o presidiu, pelo preso, pelo condutor e pelas testemunhas.

Preso em flagrante, ou, conforme a denominação do nosso direito, o conduzido, deverá ser apresentado à autoridade competente pela pessoa que efetuou a prisão e que se chama condutor.

Colhidos os depoimentos do condutor e das testemunhas, à autoridade competente passará a qualificar o conduzido, cientificando dos seus direitos constitucionais, e se lhe convir será interrogado. O legislador, todavia, para evitar

abusos das autoridades, normalmente policiais, que, em regra, lavram os autos de prisão em flagrante, estabeleceu uma série de formalidades que devem ser observadas, e nessas formalidades reside a garantia ao cidadão.

Na falta de assinatura daqueles que participaram da lavratura do auto, a omissão desta formalidade é causa de nulidade na prisão em flagrante, devendo o magistrado acolher a nulidade e relaxar a prisão.

2.4.3–INEXISTÊNCIA DE TESTEMUNHAS PRESENCIAIS

Outra causa de nulidade na prisão em flagrante é a ausência de testemunhas presenciais, devendo haver o mínimo de testemunho para validade do ato.

Verifica-se que a prisão captura e a busca pessoal podem ser legalmente empreendidas por policiais civis ou militares, os quais podem arrolar testemunhas de apresentação, ausente testemunhas presenciais, especialmente, naqueles casos onde localizar pessoas próximas ao local de residência ou atividade ilícita dos envolvidos como na hipótese de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, é uma prática assaz difícil, já que, as pessoas restam temerosas pela sua integridade física, num futuro próximo. O Delegado de Polícia ciente da prática delitual perpetrada pelo cidadão, através da *notitia criminis*, deve averiguar a natureza delitual praticada, como já mencionado, tratando-se de delito de menor potencial ofensivo, lavra Termo Circunstanciado de Ocorrência e se delito de natureza diversa, ratifica ou não o Auto de Prisão em Flagrante Delito, sendo que, em caso de arbitramento de fiança, deve fazê-lo, observando-se as formalidades exigidas pelo Código de Processo Penal.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*, 11ª edição; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 136. No caso de não existir testemunhas presenciais deverão assinar o auto de prisão duas pessoas que tenham testemunhado a apresentação do preso à autoridade policial, conforme art. 304§ 2, in verbis: 2º - A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão

em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade

2.4.4- NÃO SER O INDICIADO OUVIDO NA LAVRATURADO DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGANTE

E imprescindível que o indiciado seja ouvido na lavratura do auto de prisão .A não oitiva do conduzido no auto de prisão em flagrante, dependendo do caso concreto, não sendo justificado o motivo da sua não oitiva pela autoridade competente, é causa de nulidade do ato.

Deverá também a autoridade policial informar o preso dos seus direitos, entre os quais permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência de advogado e da família, nos termos do art. 5, LXIII da CR/88. Hoje, o indiciado, esteja preso ou em liberdade, seja na delegacia, seja perante o juiz, tem, constitucionalmente, o direito ao silêncio. Se entender ser melhor permanecer calado, estará ele no exercício de ser direito.

A jurisprudência entende, que a assistência do advogado constituído, no momento da lavratura do auto, supre a falta de comunicação de sua prisão à família. Vale ressaltar, que caso não haja testemunhas presenciais suficiente, exige-se, no mínimo duas testemunhas que tenham presenciado a apresentação do preso a autoridade policial.

Convém lembrar, sobre as testemunhas, com Guilherme de Souza Nucci: “ *utiliza a lei o termo no plural, dando indicações de que é preciso mais do que uma para que o flagrante seja formalizado no auto respectivo.*” Porém, as testemunhas instrumentais ou indireta, assim chamadas, só serviram para certificar que o preso foi apresentado pelo o condutor á autoridade. O condutor, assim denominado a autoridade ou o particular que efetuou a voz de prisão em flagrante ao sujeito ativo da infração penal, será primeiro a ser ouvido. Após, serão ouvidas as testemunhas, em seguida a autoridade interrogará o acusado sobre a imputação que lhe é feita (artigo 304 do Código de Processo Penal). Deve-se notar, que o interrogatório não é obrigatório, isto posto, que a Constituição Federal garante ao acusado, o direito de permanecer calado (artigo 5º, LXIII). Porém, se caso for, pelo menos a qualificação do acusado será realizada. Normalmente, não é válido um auto de prisão em

flagrante sem que seja ouvido o conduzido, mas de acordo com excepcionalidade do caso será válido, devendo ser registrado no auto a circunstância que levou a autoridade a deixar de ouvir o conduzido. Caso seja o interrogado menor de 21 anos, deverá ser nomeado um curador, que será pessoa maior de 21 anos, capaz e imparcial, ou seja, não vinculada aos quadros policiais, visto ser a autoridade policial a responsável pela lavratura do auto, nem a vítima, ou seja, a falta de nomeação de curador para o acusado menor de 21 anos, acarretará o relaxamento da prisão pelo juiz. Vale lembrar, que terminada a inquirição do indiciado, o auto de prisão em flagrante será lavrado pela autoridade policial competente, devendo ser assinado pela autoridade, condutor, ofendido, testemunhas, pelo indiciado, se for o caso, pelo seu curador ou defensor.

O interrogatório possui natureza jurídica híbrida, devendo ser considerado meio de prova e também meio de defesa, devendo ser realizado ao final da instrução criminal, quer se trate de procedimento comum ordinário, sumário ou sumaríssimo, como igualmente nos casos que envolvem competência do Tribunal do Júri.

O interrogatório do acusado, com a sua nova fisionomia normativa, caracterizado pelo sistema acusatório, está a permitir a intervenção da parte que acusa e da defesa técnica.

A inobservância dos atos que antecedem o interrogatório, ou que se verifiquem quando da sua realização, poderão ensejar nulidades, quer por fundamento infraconstitucional (art. 564, III, alínea e, do CPP), ou por infringência aos princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) ou da mais ampla defesa (art. 5º, LV, da CF).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como finalidade investigar e identificar, as nulidades na prisão em flagrante à luz do Código de Processo Penal e Constituição Federal de 1998.

O interesse pelo tema abordado deu-se em razão de ser a prisão em flagrante uma sumária forma de supressão do *jus libertatis* mediante clausura. Por seu uma exceção, deve obedecer, a forma prescrita em lei, sob pena de ser nula.

Observamos que a prisão deve obedecer aos comandos legais, pois a Constituição Federal de 1998 a tutela de forma direta e imediata eventuais abusos por parte das autoridades.

Procuramos mostrar as nulidades da prisão em flagrante, ou seja, que a prisão em flagrante se cerca de muitas formalidades essenciais, que em caso de inobservância por parte de quem de direito, da azo a nulidade.

A lei processual penal estabelece, uma seqüência lógica, para a lavratura do flagrante, como forma de garantir a perfeita observação para a prática do ato, que em caso de desobediência acarretará no imediato relaxamento da prisão.

Com base nos estudos realizados para a realização deste trabalho, entendemos que há nulidades na prisão em flagrante, pois quando a lei determina o modo que deve ser realizado o ato, este deve ser seguido daquela forma legal, pois se trata de medida de restrição da liberdade, e como tal deve-se ter um mínimo de garantia que tal ato não foi ilegal ou autoritário.

Não sendo respeitado os preceitos processuais quando da prisão em flagrante, este deve ser imediatamente relaxado pela autoridade competente, caso contrário, deverá ser impetrada ordem de *habeas corpus*.

A prisão em flagrante deve, na qualidade de restrição à liberdade de locomoção, sujeitar-se aos reclamos do *devido processo legal*. Em razão de suas peculiaridades, não há outra maneira de atender à exigência constitucional senão por

meio da observância das estritas hipóteses legais de flagrância (CPP, art. 302), dos direitos constitucionalmente assegurados ao preso (CF, art. 5.º, incs. LXII, LXIII, LIV e LV) e das formalidades relativas à lavratura do respectivo auto (CPP, arts. 304 a 307).

O auto de prisão em flagrante constitui instrumento que registra e corporifica as formas sacramentais adotadas quando da constrição da liberdade do cidadão e representa o meio adequado para que se possa confirmar judicialmente a legitimidade da custódia. O exame *a posteriori* feito pelo Poder Judiciário tem como principal subsídio, e muitas vezes único, o auto, documento formal da custódia, sendo a partir dele que se extraem elementos necessários para fiscalizar a regularidade do procedimento policial.

Em função de estar intimamente relacionado com diversas garantias fundamentais do cidadão, não se pode chegar à outra conclusão senão a de que as regras de elaboração do auto de prisão previstas no Código de Processo Penal são fundamentais para a validade da custódia. Sua inobservância acarreta nulidade absoluta (CPP, art. 564, inc. IV) e deve produzir o imediato relaxamento da prisão pela autoridade judiciária.

Entre as regras previstas no artigo 304, *caput*, parte final, do Estatuto Processual Penal, destaca-se aquela segundo a qual a autoridade, após ouvir o condutor, as testemunhas e interrogar o indiciado, deverá lavrar o auto, que será assinado *por todos*. O auto, enquanto peça única, deve ser firmado em todas as suas folhas (ou ao menos na última, com rubrica nas demais). Pretendeu a lei, dessa maneira, dar a cada um dos envolvidos na lavratura a possibilidade de conferir os dados nele inseridos e, conseqüentemente, legitimar tudo o quanto ficou registrado. Não se trata de formalidade inócua, excessiva, cuja omissão poderia acarretar simples irregularidade. Consiste, na realidade, em norma com escopo de dar ao documento o necessário grau de legitimidade, pois, repise-se, será por intermédio dele que a observância das garantias constitucionais do cidadão será fiscalizada judicialmente.

REFERÊNCIAS :

CAPEZ, Fernando. *Processo Penal Comentado*. São Paulo: editora: Saraiva,2003.

EUGÊNIO PACHELLI, de Oliveira, *Curso de Processo Penal*,10ªedição,São Paulo, editora Lúmen júris.

FREDEICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual penal*, 2ª edição, São Paulo: Millenium Editora.1999.

LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*,13ªedição,SãoPaulo;editora Saraiva,2010. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*, editora: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: editora: Atlas,2002. NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*, São Paulo,editora: Revistas do Tribunais.2012

TOURINHO FILHO, *Código de Processo penal Comentado*, 6ª edição.São Paulo: editora Saraiva.

Meios Eletrônicos:

<http://www.jusbrasil.com.br>

<http://www.centraljurídica.com>

<http://www.revistavirtual.net.com>

<http://www.conteudojuridico.com.br>

br