

V. DA PRISÃO

Arts. 282 a 320 do CPP

1. CONCEITO:

Prisão consiste na privação da liberdade de locomoção, mediante clausura, decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, ou decorrente de flagrante delito.

Segundo o art. 5º, inc. LXI da CRFB, 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.

2. CLASSIFICAÇÃO:

No âmbito penal, a prisão é classificada em prisão decorrente de pena e prisão processual ou cautelar, esta decretada com o escopo de garantia processual, sem a existência de sentença penal condenatória e, aquela, por ilação lógica, em consectário de sentença penal condenatória com o necessário trânsito em julgado.

Para ilustrar é pertinente o quadro infra-escrito:

Prisão	
Decorrente de Pena – é a que decorre de sentença condenatória transitada em julgado, que se impinge pena privativa de liberdade.	Cautelar ou processual: a) Prisão em flagrante (arts. 301/310 do CPP); b) Prisão preventiva (arts. 311/318 do CPP); c) Prisão decorrente de pronúncia (art. 408, § 1º do CPP); d) Prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível (art. 393, inc. I do CPP) e) Prisão temporária (Lei 7.960/89)

3. DA PRISÃO CAUTELAR:

A prisão cautelar caracteriza-se como a medida restritiva de liberdade em consequência da *periculosidade* do agente delitivo, pois neste momento não existe juízo de *culpabilidade*. De fato, a medida cautelar notabiliza-se como instrumento para se atingir o fim almejado pelo processo, destarte, visa assegurar a eficácia da decisão do processo criminal, bem como resguardar e pacificar os anseios da sociedade em detrimento da restrição da liberdade do inculcado, pela ponderação dos interesses em cotejo.

O Professor PAULO RANGEL¹ ao confrontar o tema com a Lei Maior, enumera as características da prisão cautelar, notar:

- a) Jurisdicionalidade – as prisões, necessariamente, passam pelo crivo da autoridade judicante, porque se trata de restrição a direito fundamental, assim, mesmo em caso de prisão sem mandado judicial, leia-se prisão em

¹ In RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 12ª edição. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007.

flagrante, o magistrado deverá analisar a legalidade *ex vi* do art. 306 do CPP;

- b) Acessoriedade – é conseqüência de toda medida cautelar, porquanto serve de instrumento à decisão final;
- c) Provisoriedade – a medida cautelar durará somente enquanto não for aplicada a medida principal;
- d) Homogeneidade – a prisão cautelar deve ser proporcional ao resultado do processo, pois não será, segundo RANGEL, cabível prisão cautelar em crimes de médio potencial ofensivo, ou seja, aqueles delitos passíveis do instituto da suspensão condicional do processo, art. 89 da LJE.

O Código Eleitoral, art. 236, prevê que, 5 dias antes e 48 h depois do dia da eleição, não podem ser cumpridos mandados judiciais de *prisão processual*. Tal disposição visa assegurar o exercício do direito político. Todavia, as prisões em *flagrante* e as *decorrentes de sentença penal condenatória* com trânsito em julgado, podem ser efetuadas.

3.1. Mandado de Prisão:

Os arts. 285 e ss. do CPP tratam do mandado (ordem) de prisão, *verbis*:

Art. 285. A autoridade que ordenar a prisão fará expedir o respectivo mandado.

Parágrafo único. O mandado de prisão:

- a) será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade;
- b) designará a pessoa, que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos;
- c) mencionará a infração penal que motivar a prisão;
- d) declarará o valor da fiança arbitrada, quando afiançável a infração;
- e) será dirigido a quem tiver qualidade para dar-lhe execução.

O mandado será executado em *qualquer dia e horário*, guardadas as disposições sobre inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inc. XI da CRFB), pois as autoridades policiais somente estarão autorizadas a invadir a residência durante o dia, isto é, o período compreendido entre 6 e 18 horas, por dicção do art. 293 do CPP, observar:

CFRB:

Art. 5º (omissis)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial

CPP:

Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.

O morador que se recusar a entregar o réu oculto em sua residência cometerá o crime de *favorecimento pessoal*, previsto no art. 348 do CP, excluindo-se o cônjuge, o ascendente, o descendente e o irmão do preso.

Entrementes, na prisão em flagrante não se garante a inviolabilidade de domicílio, desse modo, pode ocorrer a qualquer momento, como pontificaram os julgados:

“Ingressando os agentes policiais na residência do paciente para cumprimento de mandado de prisão e constatando, de pronto, a prática do crime previsto no art. 297, *caput*, do Código Penal, não se verifica, a princípio, qualquer ilegalidade, por se tratar o flagrante delito de hipótese expressa de limitação à garantia da inviolabilidade do domicílio, *ex vi* do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal. (Precedentes)”. (STJ. DJ 18.12.2006 p. 423. QUINTA TURMA. Ministro FELIX FISCHER. HC 57599/PR; HABEAS CORPUS nº 2006/0079402-0).

“A Carta da República, em seu art. 5º, inciso XI, assegura a inviolabilidade do domicílio, mas excepciona as hipóteses de prisão em flagrante, desastre, prestação de socorro ou determinação judicial”. (STJ. DJ 07.03.2005 p. 311. QUINTA TURMA. Ministro GILSON DIPP. HC 39082/RS; HABEAS CORPUS nº 2004/0150524-4).

Após a efetivação da prisão o autor deverá entregar *cópia do mandado ao preso*, como preceitua o art. 286, devendo o preso passar recibo na duplicata. Entretanto, se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará à prisão, e, neste caso, o preso será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado.

No caso de perseguição, passando o réu para outra comarca, o executor da prisão poderá prendê-lo onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade policial local, que lavrará o auto de prisão em flagrante, se for o caso, e providenciará sua remoção para apresentação ao juiz que determinou a prisão.

3.2. Prisão Especial:

Determinadas pessoas, em razão de sua função ou condição especial, cumprem a prisão processual em celas especiais ou quartéis, isto é, em locais distintos da prisão comum. Esta prisão, gize-se, só vigora até a sentença condenatória definitiva.

Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o censurado será recolhido ao estabelecimento penal comum. Os únicos privilégios do preso especial são:

- Recolhimento em estabelecimento distinto do comum ou em cela distinta dentro do mesmo estabelecimento;
- Não ser transportado junto com o comum.

O artigo 295 do CPP relaciona aqueles que têm direito à prisão especial, ver:

Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:

I - os ministros de Estado;

II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia;

III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados;

IV - os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito";

V - os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

VI - os magistrados;

VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

VIII - os ministros de confissão religiosa;

IX - os ministros do Tribunal de Contas;

X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função;

XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.

Além desses, há outros previstos em leis especiais também, *v. g.* advogados (Lei Federal nº 8.906/94); magistrados (Lei Complementar nº 35/79); membros do Ministério Público (Lei Federal nº 8.625/93); dirigentes sindicais (Lei Federal nº 2.860/56).

Se não houver estabelecimento adequado, o juiz, ouvido o membro do Ministério Público, poderá conceder o regime de prisão provisória domiciliar, como descreve a Lei Federal nº 5.256/67.

Conforme art. 86, § 3º, da CFRB, o Presidente da República não estará sujeito à prisão processual enquanto não sobrevier sentença condenatória transitada em julgado, em suma, não cabe prisão cautelar contra o Presidente da República. Realce-se que esta prerrogativa não se estende aos Governadores, pois se cinge ao Chefe de Estado, como já decidiu pelo STF:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - OUTORGA DE PRERROGATIVAS DE CARÁTER PROCESSUAL PENAL AO GOVERNADOR DO ESTADO - IMUNIDADE A PRISÃO CAUTELAR E A QUALQUER PROCESSO PENAL POR DELITOS ESTRANHOS A FUNÇÃO GOVERNAMENTAL - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO REPUBLICANO - USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO - PRERROGATIVAS INERENTES AO PRESIDENTE DA REPUBLICA ENQUANTO CHEFE DE ESTADO (CF/88, ART. 86, par. 3. E 4.) - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. PRINCÍPIO REPUBLICANO E RESPONSABILIDADE DOS GOVERNANTES. - A responsabilidade dos governantes tipifica-se como uma das pedras angulares essenciais a configuração mesma da idéia republicana. A consagração do princípio da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, além de refletir uma conquista básica do regime democrático, constitui conseqüência necessária da forma republicana de governo adotada pela Constituição Federal. O princípio republicano exprime, a partir da idéia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos os agentes públicos - os Governadores de Estado e do Distrito Federal, em particular - são igualmente responsáveis perante a lei. RESPONSABILIDADE PENAL DO GOVERNADOR DO ESTADO. - Os Governadores de Estado - que dispõem de prerrogativa de foro *ratione muneris* perante o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, a) - estão permanentemente sujeitos, uma vez obtida a necessária licença da respectiva Assembléia Legislativa (RE 153.968-BA, Rel. Min. ILMAR GALVAO; RE 159.230-PB, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), a processo penal condenatório, ainda que as infrações penais a eles imputadas sejam estranhas ao exercício das funções governamentais. - A imunidade do Chefe de Estado a persecução penal deriva de cláusula constitucional exorbitante do direito comum e, por traduzir conseqüência derogatória do postulado republicano, só pode ser outorgada pela própria Constituição Federal. Precedentes: RTJ 144/136, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; RTJ 146/467, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Análise do direito comparado e da Carta Política brasileira de 1937. IMUNIDADE A PRISÃO CAUTELAR - PRERROGATIVA DO PRESIDENTE DA REPUBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXTENSÃO, MEDIANTE NORMA DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, AO GOVERNADOR DO ESTADO. - O Estado-membro, ainda que em norma constante de sua própria Constituição, não dispõe de competência para outorgar ao Governador a prerrogativa extraordinária da imunidade a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária, pois a disciplinação dessas modalidades de prisão cautelar submete-se, com exclusividade, ao poder normativo da União Federal, por efeito de expressa reserva constitucional de competência definida pela Carta da Republica. - A norma constante da Constituição estadual - que impede a prisão do Governador de Estado antes de sua condenação penal definitiva - não se reveste de validade jurídica e, conseqüentemente, não pode subsistir em face de sua evidente incompatibilidade com o texto da Constituição Federal. PRERROGATIVAS INERENTES AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA ENQUANTO CHEFE DE ESTADO. - Os Estados-membros não podem reproduzir em suas próprias Constituições o conteúdo normativo dos preceitos inscritos no art. 86, par. 3. e 4., da Carta Federal, pois as prerrogativas contempladas nesses preceitos da Lei Fundamental - por serem unicamente compatíveis com a condição institucional de Chefe de Estado - são apenas

extensíveis ao Presidente da República. Precedente: ADIn 978-PB, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO. (STF. DJ 17-11-1995 PP-39202. ADI 1022/RJ - RIO DE JANEIRO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO. Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 19/10/1995. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO).

4. PRISÃO EM FLAGRANTE (arts. 301/310 do CPP):

A palavra *flagrante* vem do latim “*flagrare*” e significa queimar ou arder. Flagrante delito é o crime que ainda queima, isto é, que está sendo cometido ou acabou de sê-lo.

Esta modalidade de prisão tem como escopo evitar a fuga do autor do fato; resguardar a sociedade, passando-lhe confiança na lei; servir de exemplo para aquelas que desafiam a ordem jurídica e acautelar as provas que, eventualmente, serão colhidas no curso do inquérito policial ou na instrução criminal, no tocante à materialidade e autoria.

CLASSIFICAÇÕES:

Os manuais de Processo Penal costumam classificar a prisão em flagrante no tocante à obrigatoriedade, bem como quanto ao momento da prisão. Assim, consoante o art. 301 do CPP a prisão pode ser facultativa ou obrigatória (compulsória). No *flagrante compulsório*, as autoridades policiais e seus agentes têm o dever de efetuar a prisão em flagrante, não possuindo qualquer discricionariedade (estrito cumprimento do dever legal). Enquanto que no *flagrante facultativo* trata-se de faculdade do cidadão efetuar ou não a prisão em flagrante, conforme os critérios de conveniência e oportunidade (exercício regular de direito).

NUCCI afirma que os policiais estão obrigados a efetuar a prisão em flagrante, mesmo em situação de descanso, notar:

“Quanto às autoridades policiais e seus agentes (Polícia Militar ou Civil), impôs o dever de efetivá-la, sob pena de responder criminal e funcionalmente pelo seu descaso. E deve fazê-lo durante as 24 horas do dia, quando possível²”.

Entretanto, policial não é herói, assim, somente será obrigatória a efetivação da prisão quando for possível e proporcional, sem risco grave para integridade física da autoridade policial (civil ou militar).

O art. 302 do CPP classifica a prisão em flagrante levando-se em consideração o tempo em que a infração é perpetrada, muito embora, a consequência jurídica seja a mesma, ou seja, a prisão cautelar do flagrado, notar:

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.

Para melhor compreensão:

² In NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. Código de Processo Penal Comentado. 6ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2007. p. 567.

Art. 302 {
 Próprio (incs. I e II)
 Impróprio (Inc. III)
 Presumido (Inc. IV)

Flagrante próprio: é o flagrante propriamente dito, real ou verdadeiro. O agente é preso enquanto está cometendo a infração penal ou assim que acaba de cometê-la.

Flagrante impróprio: também denominado de *imperfeito* ou *quase flagrante*. O agente é perseguido *logo após cometer* o ilícito, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração. Destaque-se que não há duração para a perseguição, como leciona RANGEL:

“Portanto, claro nos parece que, se a perseguição iniciar-se logo após, como manda a lei, não importa quanto tempo dure (um minuto, uma hora, um dia ou uma semana), uma vez alcançado o perseguido em situação que faça presumir ser ele o autor da infração penal, estará ele preso em flagrante delito³”.

Flagrante presumido: é o flagrante ficto. O agente do delito é encontrado, *logo depois*, com papéis, instrumentos, armas ou objetos que fazem presumir ser ele o autor do delito. A doutrina afirma que o *logo depois* é um espaço de tempo maior *que logo após*. Ademais, a nota de distinção entre o flagrante presumido e o imperfeito é que neste há o elemento volitivo (perseguição), enquanto que naquele não há o elemento volitivo, porque o agente é surpreendido na posse de instrumentos, armas, objetos ou papéis relacionadas à infração penal.

CASOS ESPECIAIS DA PRISÃO EM FLAGRANTE:

Flagrante preparado: também chamado *delito putativo por obra do agente provocador*. Ocorre quando alguém, de forma insidiosa, provoca o agente à prática de um crime e, ao mesmo tempo, toma providências para que ele não se consuma.

No flagrante preparado, o policial ou terceiro induz o agente a praticar o delito e o prende logo em seguida, em flagrante, *v. g.*, o agente policial entrega dinheiro a um funcionário público em razão do seu cargo, com o fito de efetuar a prisão em flagrante pelo crime do art. 317 do CP. Aqui há uma ficção um teatro que o ator principal é o preso, todavia, ele não sabe que participa de uma ideiação.

O STF considera *atípica* a conduta, conforme entendimento consubstanciado na Súmula n° 145, perceber:

145 - Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

Desse modo, está patente que o flagrante preparado é ilegal e deve ser relaxado pela autoridade judiciária, de ofício ou mediante o manejo de *habeas corpus* ou pedido de relaxamento de prisão em flagrante.

Flagrante esperado: ocorre quando o policial ou terceiro esperam a prática do delito para prender o agente em flagrante, é o clássico caso de campana policial. Nesse caso, não há qualquer induzimento, razão pela qual não há se falar em crime

³ *Ibidem idem*. p. 595.

impossível. Portanto, o flagrante é legal e deve ser combatido mediante o pedido de liberdade provisória.

Flagrante forjado: é o flagrante maquiado, fabricado. Policiais ou terceiros criam provas de um crime inexistente para prender em flagrante. Exemplo: o policial, ao revistar o carro, afirma ter encontrado drogas, quando na verdade foi ele quem colocou a droga dentro do carro, visando à incriminação. Apesar da dificuldade de sua prova, quando ela se dá, é considerado crime inexistente, e o policial responderá por abuso de autoridade.

Flagrante prorrogado ou retardado: é o flagrante previsto no art. 2º, inc. II, da Lei Federal nº 9.034/95, que trata das organizações criminosas. O policial tem a discricionariedade para deixar de efetuar a prisão em flagrante no momento da prática delituosa, podendo efetuar-la em um momento mais interessante para a investigação criminal e para a colheita de provas, dando elasticidade ao art. 301 do CPP. Só é possível nesses crimes.

FLAGRANTE NAS VÁRIAS ESPÉCIES DE CRIMES:

Crime permanente: pode ocorrer enquanto não cessar a permanência do delito, *ex vi* do art. 303 do CPP, *in litteris*:

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Cabe recordar que crime permanente é aquele em que o momento consumativo se protraí no tempo, por exemplo, seqüestro.

Crime habitual: segundo PRADO⁴, crime habitual é o que contém comportamentos idênticos e repetidos, que só perfazem em decorrência de uma ação reiterada (*v. g.*, arts. 229, 230, 284, todos do CP).

Cai a lançar notar que surgiram duas correntes quanto à possibilidade de efetuar a prisão flagrante no crime habitual. A primeira corrente entende ser descabida, pois é necessário se interpretar as normas que restringem direitos de forma restritiva, assim, não cabe prisão nestes delitos, uma vez que a conduta isolada, *per se*, não é típica, esse entendimento é defendido por RANGEL⁵, NUCCI⁶, DAMÁSIO⁷, CAPEZ⁸, FREDERICO MARQUES⁹, dentre outros.

A segunda afirma que, se já existe prova da habitualidade, pode ocorrer a prisão em flagrante, é defendido MIRABETE¹⁰, bem como se encontra aresto de longa data oriundo do STF:

“Casa de prostituição. O caráter habitual do crime não impede a efetuação de prisão em flagrante, se deste resulta que o agente tem local em funcionamento para o fim previsto na lei. É irrelevante o licenciamento do hotel para a caracterização do delito. Recurso em habeas corpus desprovido”. (STF. Publicação: DJ 26-09-1969. RHC 46115/SP – SÃO PAULO. RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. AMARAL SANTOS. Julgamento: 13/09/1968).

⁴ In PRADO, Luiz Regis. Elementos de Direito Penal. Vol. 1. Parte Geral. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2004. p. 64.

⁵ *Ibidem idem*.

⁶ *Ibidem idem*.

⁷ In JESUS, Damásio E. de. CPP Anotado, p. 210.

⁸ In CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal, p. 218.

⁹ In MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Nº 953, IV/80.

¹⁰ In MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, 12. ed., 3/91.

“É possível a prisão em flagrante delito, praticado habitualmente”. (STF. Publicação: DJ 31-10-1963. RHC 39268/RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. HAHNEMANN GUIMARÃES. Julgamento: 02/07/1962. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA).

Nos *crimes de ação penal privada* e ação pena pública condicionada à representação é possível a prisão em flagrante, desde que o ofendido autorize a lavratura do auto ou a ratifique *no prazo da entrega da nota de culpa*, ou seja, no prazo de 24 horas, nesse norte o julgado:

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. ESTUPRO. PRISÃO EM FLAGRANTE. REQUERIMENTO DA OFENDIDA. DESNECESSIDADE DE RIGOR FORMAL. Em sede de crime de ação penal privada não se exige fórmula sacramental para a manifestação de vontade do ofendido no sentido de que se promova a responsabilização do autor do delito. Precedentes. No caso, tendo a vítima comunicado o fato à autoridade policial e presenciado a lavratura do auto de prisão em flagrante, tem-se como demonstrado inequivocamente o seu interesse em que se promovesse a responsabilidade do acusado. Primariedade, bons antecedentes e ocupação lícita. Circunstâncias que, isoladamente, não inviabilizam a custódia cautelar. Recurso desprovido”. (STF. DJ 04.10.1999 p. 63. LEXSTJ vol. 126 p. 268. QUINTA TURMA. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA. RHC 8680/MG; RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 1999/0045724-2).

Resumindo: caso a vítima não esteja presente, ou seja incapaz de dar o seu consentimento, lavra-se a prisão e busca-se colher a manifestação do ofendido para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante. Nesse sentido BASILEU GARCIA apud NUCCI¹¹:

“Realiza-se a prisão do autor do delito, tomando-se o cuidado de provocar a manifestação da vítima de seu representante legal, antes da lavratura do auto, não havendo concordância o preso será restituído à liberdade”.

SUJEITOS DO FLAGRANTE

Sujeito ativo: pessoa que efetua a prisão. Qualquer pessoa do povo pode e as autoridades policiais e seus agentes devem prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Sujeito passivo: é o indivíduo detido.

Não podem ser presos em flagrante:

- ◆ Menores de 18 anos (menor é apreendido);
- ◆ Diplomatas estrangeiros, por força de tratados;
- ◆ Presidente da República (art. 86, § 3º, da CRFB).
- ◆ Agente que socorre a vítima de trânsito (art. 301 da Lei Federal nº 9.503/97);
- ◆ Aquele que se apresenta espontaneamente à autoridade após o cometimento do delito. Nada impede, entretanto, que lhe seja decretada a prisão preventiva, se necessário (art. 317 do CPP).

Podem ser presos em flagrante apenas nos crimes *inafiáveis*:

- ◆ Membros do Congresso Nacional;
- ◆ Deputados Estaduais;

¹¹ *Ibidem idem.*

- ◆ Magistrados;
- ◆ Membros do Ministério Público;

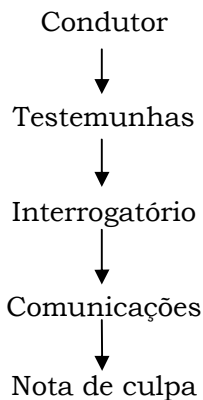
A autoridade policial competente para lavrar o auto de prisão em flagrante será aquela do local onde se efetivou a prisão, mesmo se o crime ocorreu em outro local. Neste caso, os autos devem ser posteriormente remetidos ao local onde ocorreu o delito para instauração do inquérito policial e propositura da ação penal. Saliente-se que o fato do auto ser lavrado em local diverso daquele em que ocorreu a prisão não acarreta qualquer nulidade.

Em infrações cometidas no interior da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a Mesa respectiva ou outra autoridade designada no regimento interno lavrará o auto e presidirá o inquérito. Nesse sentido a súmula n° 397 do STF:

397 - O poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito.

Nota de culpa é o instrumento que informa ao preso os motivos da prisão. Deve ser assinada pela autoridade, e conter o motivo da prisão, o nome do condutor e o nome das testemunhas. Sua finalidade é comunicar ao preso o motivo da prisão, bem como a identidade de quem o prendeu, fornecendo-lhe um breve relato do fato criminoso de que é acusado. A falta da nota de culpa também acarreta o relaxamento da prisão. O preso deve passar recibo à autoridade e caso ele não saiba, não possa, ou não queira assinar, duas testemunhas assinarão o recibo.

DINÂMICA DO AUTO DE PRISÃO:



Iniciam-se as oitivas do condutor do preso e depois, no mínimo, de duas testemunhas. Na falta de uma testemunha, o próprio condutor poderá servir de testemunha. Não havendo testemunhas, devem ser ouvidas duas pessoas que presenciaram a apresentação do preso à autoridade policial. Se for possível, ouve-se também a vítima.

Interrogatório do preso. Antes de ser ouvido, o suspeito deverá ser alertado sobre seu direito de permanecer em silêncio. Segue os mesmos requisitos do interrogatório judicial. Não há mais a figura do curador para o menor de 21 anos (art. 5° do CCB).

Encerrada a lavratura do auto, a prisão é comunicada ao juiz, bem como à Defensoria Pública (art. 306, § 1° do CPP, com redação dada pela Lei Federal n° 11.449/07), que dará vistas ao Ministério Público.

No prazo de 24 horas da prisão, deve ser entregue ao preso a nota de culpa, que é o instrumento que informa ao preso os motivos da prisão.

5. PRISÃO PREVENTIVA (arts. 311/316 do CPP):

A prisão preventiva é uma prisão processual de natureza cautelar. Pode ser decretada desde o inquérito policial até antes do trânsito em julgado. Como tem caráter excepcional, só pode ser decretada quando demonstrado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Será decretada a requerimento da acusação (MP ou querelante), por representação da autoridade policial (seguida de manifestação do Ministério Público), ou de ofício pela autoridade judicial, tanto em ação penal pública quanto em ação penal privada.

É importante notar que o assistente da acusação não tem legitimidade para requerer a decretação da custódia preventiva, como já decidiu o STJ:

“HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. INTERPOSIÇÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. ILEGITIMIDADE. 1. O assistente de acusação não tem legitimidade para a interposição de recurso em sentido estrito contra decisão revogatória de prisão preventiva (artigo 271, caput, do Código de Processo Penal). 2. Ordem concedida”. (STJ. DJ 01.02.2005 p. 617. SEXTA TURMA. Ministro HAMILTON CARVALHIDO. HC 34795 / ES; HABEAS CORPUS 2004/0050549-0).

Se o Ministério Público, ao receber os autos de inquérito policial relatados, ao invés de oferecer a denúncia, devolvê-los para diligências complementares, não poderá ser decretada a prisão preventiva, pois se não há indícios suficientes de autoria e prova da materialidade (justa causa) para o oferecimento da denúncia, também não há para a decretação da preventiva.

A apresentação espontânea do acusado não impede a decretação da preventiva, por disposição expressa do art. 317 do CPP.

Com efeito, a doutrina em estudo aos preceitos legais estabelece os requisitos e condições de admissibilidade para a custódia preventiva.

REQUISITOS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA:

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.

- *Fumus boni iuris* ou *fumus comissi delicti* – é a probabilidade de uma sentença penal condenatória no processo criminal.

- Prova da materialidade ————— JUSTA CAUSA
- Indícios de autoria —————

- *Periculum in mora* ou *periculum libertatis* (a preventiva pode ser decretada quando presente qualquer um dos seguintes fundamentos):

- *Garantia da Ordem Pública (GOP)*: entende-se pela necessidade de manter a ordem na sociedade abalada pela prática delitiva (gravidade do delito + repercussão social). Visa impedir que o agente, solto,

continue a delinqüir. Maus antecedentes e reincidência evidenciam provável prática de novos delitos;

- *Garantia da Ordem Econômica (GOE)*: Foi introduzida pela lei antitruste (Lei Federal nº 8.884/94), visando coibir graves crimes contra a ordem econômica, ordem tributária e o sistema financeiro;
- *Conveniência da Instrução Criminal (CIC)*: Visa impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, por exemplo;
- *Garantia da Aplicação da Lei Penal (GALP)*: Quando houver iminente risco de o acusado fugir, inviabilizando a aplicação da lei penal. Cabível principalmente nos casos do agente não ter residência fixa ou ocupação lícita.

É importante verberar que a gravidade do delito – *por si só* – não enseja a decretação da custódia preventiva, pois se faz mister o preenchimento dos requisitos, bem como das condições de admissibilidade para a decretação da segregação preventiva, como já pacificado pelo Pretório Excelso:

“A gravidade do delito, de per si, não pode ser fundamento da custódia cautelar”. (STF – HC 86347 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJU 25.08.2006 – p. 67).

“É ilegal o Decreto de prisão preventiva que se funda na gravidade do delito”. (STF – HC 87838 – RR – 1ª T. – Rel. Min. Cezar Peluso – DJU 04.08.2006 – p. 56)

“Não constituem fundamentos idôneos à prisão preventiva a invocação da gravidade abstrata ou concreta do delito imputado, definido ou não como hediondo – muitas vezes, inconsciente antecipação da punição penal -, ou no chamado clamor público. Precedentes. II. Liberdade provisória concedida: Extensão aos co-réus abrangidos pelo mesmo Decreto”. (STF – HC 87074 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 23.06.2006 – p. 53)

▪ Condições de admissibilidade (art. 313 do CPP) – em crimes dolosos:

- Punidos com reclusão;
- Punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;
- Se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 46 do Código Penal;
- Se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

6. PRISÃO TEMPORÁRIA (Lei Federal nº 7.960/89):

A prisão temporária não está prevista no Código de Processo Penal, mas na Lei Federal nº 7.960/89. Suas principais características são:

- Somente é decretada durante o inquérito policial;
- Não pode ser decretada de ofício, mas somente por requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial;
- Tem prazo determinado. Esgotado o prazo, o acusado deve ser solto. Em regra, o prazo é de 5 dias, prorrogáveis por mais 5 em caso de extrema e comprovada necessidade. Nos crimes hediondos e assemelhados (Lei nº 8.072/90), o prazo é de 30 dias prorrogáveis (art. 2º da Lei de Crimes

Hediondos). Apesar de ter prazo predeterminado, pode ser revogada antes disso;

- É uma prisão de natureza cautelar, só tem razão de ser quando necessária. Esgotado o prazo, o acusado pode continuar preso se houver a conversão da prisão temporária em prisão preventiva.

O art. 1º da mencionada lei determina os requisitos necessários para a decretação da prisão temporária, *verbis*:

Art. 1º. Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (artigo 121, caput, e seu § 2º);
 - b) seqüestro ou cárcere privado (artigo 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (artigo 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (artigo 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante seqüestro (artigo 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - f) estupro (artigo 213, caput, e sua combinação com o artigo 223, caput, e parágrafo único);
 - g) atentado violento ao pudor (artigo 214, caput, e sua combinação com o artigo 223, caput, e parágrafo único);
 - h) rapto violento (artigo 219, e sua combinação com o artigo 223, caput, e parágrafo único);
 - i) epidemia com resultado de morte (artigo 267, § 1º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (artigo 270, caput, combinado com o artigo 285);
 - l) quadrilha ou bando (artigo 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio (artigos 1º, 2º e 3º, da Lei nº 2.889, de 1º-10-1956), e qualquer de suas formas típicas;
 - n) tráfico de drogas (artigo 12 da Lei nº 6.368, de 21-10-1976);
 - o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16-06-1986).

A doutrina e jurisprudência debateram acerca dos requisitos da prisão temporária chegando a conclusão majoritária no sentido que será cabível a prisão temporária quando se observar a cumulação das hipóteses do art. 1º, incs. I e III ou II e III da multicitada legislação, notar:

“A decretação da prisão temporária depende da existência concomitante da hipótese do inciso III, configuradora do *fumus commissi delicti*, em conjunto com uma das hipóteses dos incisos I ou II, reveladora do *periculum libertatis*¹²”.

7. PRISÃO POR SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL (PRISÃO PARA APELAR) e PRISÃO DECORRENTE DE PRONÚNCIA:

PRISÃO POR SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL (PRISÃO PARA APELAR):

O art. 393, inc. I do CPP dispõe que um dos efeitos da sentença condenatória recorrível é ser o réu preso ou conservado na prisão, seja no caso de infrações inafiançáveis, seja nas afiançáveis – enquanto não prestar fiança.

¹² In BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. Saraiva. São Paulo: 2006. pp. 389/390.

Outrossim, o art. 594 do CPP dispõe que o réu não poderá apelar sem estar recolhido à prisão ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes – assim reconhecido na sentença condenatória – ou condenado por crime de que se livre solto.

Entretanto, é cediço que a prisão sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória tem o cunho cautelar, portanto, ser presta a proteger interesses ligados à jurisdição penal, a fim de resguardar o regular processamento.

Assim, a prolação de sentença penal condenatória, por si só, não é causa a ensejar a custódia do réu, uma vez que a ordem constitucional traz como direito fundamental a presunção de inocência, desse modo, há que se fundamentar a prisão nos arts. 312 e ss. do CPP, ainda que nessa fase processual, como leciona PACELLI¹³:

“Parece-nos perfeitamente possível que a autoridade judiciária competente, por ocasião da pronúncia e da sentença condenatória passível de recurso determina a prisão do acusado, se solto, ou a manutenção dela, se já estiver preso. Na primeira hipótese, estando solto, o juiz deverá, necessariamente, seja na pronúncia, seja na sentença condenatória, declinar as razões pelas quais entende não ser possível ao réu aguardar o julgamento em liberdade. E as referidas razões dever estar incluídas naquelas alinhadas no art. 312 do CPP. No segundo caso, se já estiver preso o acusado, de duas, uma: se a prisão antecedente já estiver devidamente fundamentada, e as razões de sua manutenção forem as mesmas, não haverá necessidade de nova fundamentação; se as razões forem outras haverá necessidade de renovação da motivação”.

Nesse sentido, os julgados dos Tribunais Superiores:

“A prisão cautelar qualquer que seja a modalidade que ostente no ordenamento positivo brasileiro (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença de pronúncia ou prisão motivada por condenação penal recorrível) somente se legítima, se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do *status libertatis* do indiciado ou do réu. Precedentes”. (Supremo Tribunal Federal. Min. CELSO DE MELLO. DJ 16-03-2007 PP-00043 EMENT VOL-02268-03 PP-00530. HABEAS CORPUS. Processo: 89501)

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de reconhecer que a prisão decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgredir o princípio constitucional da não-culpabilidade, desde que a privação da liberdade do sentenciado - satisfeitos os requisitos de cautelaridade que lhe são inerentes - encontre fundamento em situação evidenciadora da real necessidade de sua adoção. Precedentes”. (STF - Supremo Tribunal Federal. Min. CELSO DE MELLO. DJ 27-04-2007 PP-00106 EMENT VOL-02273-02 PP-00378. HABEAS CORPUS. Processo: 89754).

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A CUSTÓDIA PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, como uma das espécies de prisão provisória ou processual, deve, sob pena de constrangimento ilegal, cingir-se à órbita do art. 312 do CPP. Precedentes”. (STJ. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA. DJ DATA: 11/06/2007 PÁGINA: 333. RHC - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS - 19430. Processo: 200600889954 UF: SP Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data da decisão: 17/05/2007).

PRISÃO POR PRONÚNCIA:

¹³ In OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 3ª edição. Del Rey. Belo Horizonte: 2004. pp. 537/538.

O art. 408 do CPP dispõe que o juiz, se convencido da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, deverá pronunciá-lo, indicando os motivos do seu convencimento. Conforme o § 1º, a sentença de pronúncia indicará o dispositivo legal em cuja sanção for incurso o réu, e o *recomendará na prisão* em que se achar, ou expedirá ordem para sua captura. Dispõe o § 2º que, se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso.

Ora, a sentença de pronúncia que tem a natureza de decisão interlocutória mista não terminativa é um juízo de admissibilidade da ação penal nos crimes dolosos contra a vida para que o acusado seja julgado pelo sinédrio popular.

Com efeito, a prisão deve ser necessária, sob pena de violar o princípio da presunção de inocência. Para a doutrina, são necessários os mesmos requisitos da prisão preventiva. Para a jurisprudência, se permaneceu solto durante o processo, continuará em liberdade.

Notar os julgados:

“A norma inscrita no art. 408, PAR. 1., do CPP – que autoriza o juiz, quando da prolação da sentença de pronúncia, a ordenar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados – está derogada em face da superveniência de preceito constitucional com ela materialmente incompatível (CF, art. 5., LVII). Com a pronúncia do réu, que havia anteriormente sofrido decreto de prisão preventiva, torna-se legítima – desde que subsistentes os motivos dessa custódia – a manutenção de sua prisão cautelar, ainda que se trate de acusado primário e de bons antecedentes”. (Supremo Tribunal Federal. Min. CELSO DE MELLO. HABEAS CORPUS. Processo: 69696. UF: SP. DJ 01-10-1993 PP-20213 EMENT VOL-01719-02 PP-00187)

“No sistema processual penal vigente, não vigora mais o princípio da prisão obrigatória em decorrência da sentença de pronúncia. Entretanto, a revogação da prisão preventiva, na fase de pronúncia, não é direito subjetivo do acusado (CPP, art. 408, § 2º). O Código de Processo Penal atribui ao Juiz a faculdade de revogá-la ou não. Ou mesmo decretá-la, se o réu respondeu ao processo em liberdade até o momento da pronúncia”. (Supremo Tribunal Federal Min. NELSON JOBIM. DJ 14-06-2002 PP-00157 EMENT VOL-02073-02 PP-00331. HABEAS CORPUS. Processo: 80449 UF: RN).