

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**A PRISÃO PROCESSUAL E A REFORMA DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL PROJETADA**

ALDO BOCCHI JUNIOR

Presidente Prudente/SP

2008

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**A PRISÃO PROCESSUAL E A REFORMA DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL PROJETADA**

ALDO BOCCHI JUNIOR

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente/SP

2008

A PRISÃO PROCESSUAL E A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PROJETADA

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Jurandir José dos Santos
Orientador

Gilmara Pesquero Ferandes Mohr Funes
Examinador

Thiago Marcantonio Ferreira
Examinador

Presidente Prudente, 03 de março de 2008.

O valor das coisas não está no tempo em que elas duram, mas na intensidade com que acontecem. Por isso existem momentos inesquecíveis, coisas inexplicáveis, pessoas incomparáveis.

Fernando Pessoa

Dedico este trabalho a minha família, mas não somente a ela, como também dedico a todos aqueles que me cercam e que são muito importantes para mim.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar quero agradecer a minha família por todo o incentivo e apoio que deram no transcorrer deste trabalho deste trabalho.

Agradeço também ao meu orientador por toda a sua dedicação em auxiliar, de forma intelectual, para a conclusão do presente estudo.

Aos meus companheiros de trabalho pelo acompanhamento, pelo ânimo e pela força durante a elaboração do trabalho.

Por fim, agradeço aos meus amigos de classe por todos os momentos que passamos nestes últimos quatro anos.

RESUMO

As prisões processuais previstas em nosso ordenamento jurídico possuem natureza cautelar, sendo que sempre que houve extrema e comprovada necessidade, aquele que está sendo alvo de uma investigação ou que já é parte num processo poderá ser recolhido ao cárcere, desde que estejam presentes os requisitos necessários para a efetivação de sua prisão, no entanto estas prisões não são, juridicamente, consideradas tutelas cautelares. Analisando a situação das prisões processuais, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar a necessidade de que referidas prisões passem a ser consideradas tutelas cautelares, a fim de que, através de um processo autônomo, possam assegurar o fim útil do processo principal. Para isso, é necessário que se faça uma análise mais aprofundada das modalidades de prisões processuais vigentes em nosso ordenamento jurídico para que possamos chegar ao objeto do estudo que é a prisão cautelar, deixando, assim, de serem considerados apenas meros incidentes no processo principal.

Palavras-chave: Prisões processuais. Flagrante. Preventiva. Temporária. Pronúncia. Sentença condenatória recorrível. Cautelar.

ABSTRACT

The procedural prisons prescribed in our juridical system have protecting nature, due to the fact that there was always extreme and confirmed necessity. The person who is being investigated or who is already part in a process may be confined to jail, as long as the necessary prerequisites for the realization of his or her imprisonment are present. However, these imprisonments are not considered cautious protections, juridically speaking. By analyzing the situation of the procedural imprisonments, the present work has for goal to demonstrate the necessity that the so referred imprisonments would be considered cautious protections, so that by the means of an autonomous process, they may secure the ultimate objective of the main process. In order for that to be possible, it is necessary that a deeper analysis of the modalities of procedural imprisonments prescribed in our juridical system be made, so that we will be able to reach the object of this study, which is the cautious imprisonment, thus, they would not be considered only mere incidents in the main process.

Keywords: Procedural imprisonments. Flagrant. Preventive. Temporary. Pronunciation. Condamning recourses sentence. Protective.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ASPECTOS HISTÓRICOS	12
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	14
3.1 Direito à Liberdade e à Igualdade.....	14
3.2 Direito ao Reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana.....	15
3.3 Garantia da Desconsideração da Prévia Culpabilidade.....	16
3.4 Da Inviolabilidade da Imagem e da Respectiva Indenização.....	16
3.5 Da Integridade Física e Moral do Preso.....	17
3.6 Da Legalidade.....	17
3.6.1 Da reserva legal.....	17
3.6.2 Da taxatividade.....	18
3.6.3 Da irretroatividade.....	18
3.7 Do Juiz Natural.....	19
3.8 Da Comunicação da Prisão em Flagrante ao Juiz Competente.....	19
3.9 Da Fundamentação das Decisões Judiciais.....	20
3.10 Da Apreciação da Legalidade da Prisão através de <i>habeas corpus</i>	20
3.11 Da Identificação dos Responsáveis por sua Prisão.....	21
4 MODALIDADE DE PRISÕES PROCESSUAIS	22
4.1 Prisão em Flagrante Delito.....	22
4.1.1 Espécies de prisão em flagrante delito.....	23
4.1.2 A prisão em flagrante e os vários tipos de crimes.....	26
4.1.3 Sujeitos do flagrante.....	28
4.1.4 Autoridade competente.....	28
4.1.5 Nota de culpa.....	29
4.2 Prisão Preventiva.....	29
4.2.1 Pressupostos para a decretação da prisão preventiva.....	31
4.2.2 Circunstâncias que autorizam sua decretação.....	32
4.2.2.1 Garantia da ordem pública.....	32
4.2.2.2 Garantia da ordem econômica.....	33
4.2.2.3 Conveniência da instrução.....	33
4.2.2.4 Asseguramento da aplicação da lei penal.....	34
4.3 Prisão Temporária.....	34
4.3.1 Legitimidade para decretação da prisão temporária.....	35
4.4 Prisão Decorrente de Sentença de Pronúncia.....	37
4.5 Prisão Decorrente de Sentença Condenatória Recorrível.....	38
5 PRISÕES PROCESSUAIS COMO MEDIDAS CAUTELARES	39
5.1 Prisão Cautelar na Prisão Preventiva.....	41
5.2 Prisão Cautelar na Prisão em Flagrante.....	42
5.3 Prisão Cautelar na Prisão Temporária.....	43

6 CONCLUSÃO.....	44
BIBLIOGRAFIA.....	46

1 INTRODUÇÃO

No presente estudo, passamos a tratar as prisões processuais como medidas cautelares, sendo que estas deveriam exteriorizadas através de um processo autônomo, haja vista as situações de urgência pelas quais já se passou, mas antes de qualquer coisa devemos analisar as prisões provisórias em si.

A prisão nada mais é do que o cerceamento da liberdade de um indivíduo, quando este vem contrariar o ordenamento jurídico fazendo aquilo que não é permitido por lei. Assim, a prisão processual é uma medida cautelar visando assegurar que o processo chegue a um fim útil.

Por se tratar da privação da liberdade de um indivíduo, deve-se fazer uma análise em nosso ordenamento das normas processuais vigentes, visando a criação do processo cautelar no âmbito das prisões processuais, para que possa dar uma maior segurança à instrução criminal.

Para melhor assegurar a instrução criminal do processo, deve-se valer da tutela cautelar, buscando efetivar a prisão do réu.

O objetivo deste estudo é dar enfoque nas prisões provisórias fazendo com que elas deixem de apenas ter natureza cautelar a passem a realmente serem definidas juridicamente como medidas cautelares.

Isso, porque muitas vezes estamos diante de situações de extrema e comprovada necessidade para decretação de qualquer modalidade de prisão processual, sendo necessário um procedimento mais célere a fim de garantir a instrução criminal do processo.

Para conseguir alcançar tal objetivo foi necessária a utilização do método histórico, vendo a origem das prisões provisórias, e do método comparativo, fazendo uma comparação com a atual situação da prisão provisória e sua possível aplicação como medida cautelar.

A maior problemática encontrada se deu em virtude de que caso as prisões fossem consideradas medidas cautelares, estas estariam ferindo o princípio da presunção de inocência, tornando as prisões não uma medida cautelar, mas uma medida de segurança.

O trabalho está disposto em cinco seções principais, sendo abordado, na seguinte seqüência, os aspectos históricos das prisões provisórias; os princípios constitucionais para melhor encontrar fundamento para a aplicação de tais prisões; as cinco modalidades de prisões provisórias previstas em na legislação vigente; as prisões processuais como medidas cautelares e, por fim, a conclusão do presente estudo.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS

Antes de qualquer coisa, devemos nos reportar ao momento histórico em que surgiram as prisões processuais para melhor entendê-las, assim poderemos notar como se deu sua evolução e como foram melhorando com o passar do tempo.

Primeiramente devemos voltar ao tempo da Lei de Talião, a qual estabeleceu uma proporção entre a conduta e pena, sendo regida pela máxima “olho por olho, dente por dente”.

Após esse momento histórico a pena, que tinha caráter privado, passou ficar a cargo do Estado, com o fim de garantir os próprios interesses deste. Assim, com a retenção do infrator feita pelo Estado, se tornava possível que o delinqüente participasse do processo, bem como era possível garantir que ele não fugisse até a efetiva execução de sua pena.

Desta forma, podemos dizer que a prisão cautelar era anterior à própria prisão como pena, pois antigamente o infrator era retido até o fim de seu julgamento, para que, depois, pudesse ser executada a sua pena, a qual geralmente era pena corporal ou vexatória.

No direito romano os criminosos eram acorrentados ou isolados, sendo que tal fato podia ocorrer em estabelecimentos privados ou estatais, a fim de assegurar que o acusado não fugisse e que participasse do processo.

No direito eclesiástico a pena ganhou significado de vingança, sendo que nesse período eram cometidas atrocidades e violências sob o argumento de que era vontade divina. Assim, os acusados eram recolhidos para cumprir penitência e aguardar o momento da execução de sua pena.

A Idade Média foi marcada pela Inquisição, haja vista que nesse período o poder de punir qualquer indivíduo pertencia a Igreja. Nesta época a confissão era a rainha das provas, sendo que para conseguir obtê-la o acusado era submetido à tortura. Assim, foi necessária a prisão cautelar, para que, após recolhido, o acusado fosse submetido a tortura para que se pudesse obter a confissão da prática de algum crime.

Estes são os períodos mais importantes no que diz respeito a prisão cautelar no decorrer da história, sendo que em outros lugares não há tantos relatos de sua aplicação em tempos mais remotos.

A prisão como pena passa a surgir em 1595 na Holanda, com a construção de um presídio masculino e depois de um presídio feminino, sendo que apesar da construção de tais presídios, ainda não havia sido excluída a prisão cautelar.

No Brasil não se diferencia tanto do quanto já foi relatado, pois nossa legislação recebeu grande influência de outros países. Em sua época colonial o Brasil foi submetido as seguintes legislações: Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e por fim as Ordenações Filipinas, sendo que nesse período já subsistia a prisão cautelar em nosso país, não sendo esta tratada como uma sanção autônoma.

No Brasil, apesar de legislações anteriores, expressão “prisão preventiva”, somente veio a ser utilizada com o advento da Lei 2.033 de 20 de setembro de 1871, sendo que esta somente poderia ser decretada por um magistrado.

Nos tempos atuais a maioria dos Estados utiliza-se da prisão cautelar, sempre dentro dos limites legais para não ofender a integridade do indivíduo, bem como para não ferir qualquer direito ou garantia fundamental, com o fim de garantir que o infrator participe do processo.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais são os alicerces de todo o ordenamento jurídico, pois neles buscamos amparo para a construção de normas, tanto de direito material quanto de direito processual, sendo que nesta ocasião nos interessam mais as normas de direito processual.

Para este estudo apenas faremos menção a alguns desses princípios, os quais serão de suma importância para o desenvolvimento do presente trabalho.

3.1 Direito à Liberdade e à Igualdade

Taxados no artigo 3º, incisos I e IV, c.c. o artigo 5º, *caput*, todos da Constituição Federal de 1988, são princípios fundamentais para o homem, sendo tais princípios motivos de guerras e de revoluções.

O direito à liberdade aqui tratado não se restringe apenas a liberdade de locomoção, mas a vários outros tipos de liberdade, tais como liberdade de pensamento, liberdade de religião, liberdade de profissão, liberdade de informação, liberdade de associação e liberdade de reunião. No entanto para este estudo nos interessa apenas a liberdade de locomoção.

Este princípio garante que qualquer pessoa possa circular livremente pelo território nacional, no entanto devem-se observar certas exceções, tais como o direito de propriedade, segundo o qual não pode haver circulação em locais que sejam propriedade de outrem, bem como no caso de cometer algum ilícito penal, sendo certo que em ambos os casos tal direito será restringido, caso seja praticada a conduta reprovável.

Com relação à igualdade, estamos tratando-a de forma ampla, sem distinção de qualquer forma, ou seja, que todos devem ser tratados da mesma forma, sem distinção de cor, raça, religião, etc.

Em determinados casos nem sempre se pode tratar as situações de formas iguais, haja vista haverem situações em que há grande diferença social entre um indivíduo e outro.

Os professores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 55), tem o seguinte posicionamento sobre o assunto:

A absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais.

Portanto, o tratamento igual é utilizado para situações iguais e o mesmo ocorre com situações desiguais. A razão de ocorrer um tratamento desigual em situações desiguais é justamente para que a igualdade possa ser alcançada.

3.2 Direito ao Reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana

Previsto no artigo 1º, inciso III de nossa Carta Magna, este princípio leva em consideração a pessoa em si, sendo que para melhor entendermos a definição de dignidade e pessoa humana, vejamos seus significados literais:

- a. Dignidade: respeitabilidade;
- b. Pessoa: homem ou mulher; ser moral ou jurídico; personagem, individualidade;
- c. Humana: próprio do homem; relativo ao homem.

Por estas três definições temos que, como ser munido de personalidade e valores morais, a pessoa humana deve ter o mínimo de respeito, não podendo, desta forma, ser alvo de humilhações ou ofensas.

Nos dizeres de André Ramos Tavares (2003, p. 406): "Ademais, o princípio da dignidade é o reconhecimento de que todos detêm qualidades morais que exigem um respeito, definidoras que são de um ser único na espécie".

Assim sendo, devem ser resguardos os direitos do acusado, tratando-o com o mínimo de respeito, não o colocando em situações degradantes ou fazendo com que sofra ou passe humilhações.

3.3 Garantia da Desconsideração da Prévia Culpabilidade

Também conhecido como princípio da presunção de inocência, este garante que até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória ninguém será considerado culpado. Somente após o trânsito em julgado é que o indivíduo poder ser considerado culpado de uma conduta delitiva.

Isso ocorre para evitar que qualquer pessoa, acusada de ter cometido um ilícito penal, sofra qualquer tipo de sanção ou tenha sua imagem denegrida sem antes ter sido julgada por um magistrado.

Além desta situação, este princípio busca preservar a liberdade de locomoção do indivíduo, sendo que esta somente poderá ser restringida caso surjam provas confirmando a autoria do delito ou nos casos em que este tenta evadir-se para não responder a processo.

3.4 Da Inviolabilidade da Imagem e da Respectiva Indenização

Neste princípio, disposto no artigo 5º, inciso X da nossa Carta Magna, tratamos da imagem do acusado, bem como direito a eventual indenização por danos sofridos caso não venha a ser condenado criminalmente.

Para entendermos o que vem a ser imagem temos o entendimento de Alexandre de Moraes (2003, p. 224), o qual diz que “o conceito de imagem relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade.”

Aqui buscamos preservar a imagem do indivíduo nos casos em que este venha a ser acusado de algum ilícito penal e que acabe por ter grande repercussão social, sendo que nestes casos a imagem desse indivíduo acaba denegrida.

Diante de tal fato surge o direito a indenização, haja vista que o indivíduo foi difamado perante toda a sociedade, sendo acusado de algo que não cometeu.

3.5 Da Integridade Física e Moral do Preso

Este princípio garante que nenhum preso poder sofrer qualquer tipo de lesão, seja ela corporal ou moral.

Em tempos antigos os presos eram torturados para que se pudesse obter a sua confissão ou eram expostos em praças públicas para servirem de exemplo a outras pessoas, sendo desmoralizados perante toda a sociedade.

Com o passar do tempo veio a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual veio a dar maior segurança a todas as pessoas, seja ela um preso ou não. Isso ocorre porque mesmo o indivíduo sendo um criminoso deve ele ter o mínimo de direitos garantidos.

Em nosso ordenamento é vedado qualquer tipo de agressão ao preso, sendo que isso pode ser configurado como abuso de autoridade. Assim não pode o preso sofrer qualquer tipo de lesão ou mesmo ser exposto a situações vexatórias com o fim de que seja ridicularizado.

3.6 Da Legalidade

Trata-se de um dos princípios mais importante para o estudo em tela. Há um entendimento sobre este princípio afirmando que ele se desdobra em outros três sub-princípios, sendo eles:

3.6.1 Da reserva legal

Previsto no artigo 5º, inciso XXXIX da Lei Maior, este princípio prevê que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Portanto, aplicando analogia a este princípio para o ramo do direito processual, podemos dizer que não haverá qualquer tipo de prisão sem que haja previsão legal, sob o risco de ser considerada uma prisão ilegal.

Assim, pelo postulado da Reserva Legal, para que alguém possa ser preso cautelarmente há a necessidade de que haja um dispositivo previamente previsto em nossa legislação.

3.6.2 Da taxatividade

O princípio da taxatividade é mais voltado ao legislador, para que este ao criar as normas jurídicas o faça de maneira que estas sejam claras e precisas, com o fim de evitar a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas.

Nesse entendimento Luiz Luisi (2003, p. 24):

Sem esse corolário o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada da clareza e certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei.

Isso ocorre para que em nossa legislação não hajam lacunas, bem como para que não ocorram diferentes tipos de interpretações.

Assim, no âmbito do direito processual para que seja aplicada uma modalidade de prisão provisória, esta deve estar previamente elencada em nosso diploma legal, pois caso não esteja essa modalidade de prisão será considerada ilegal.

3.6.3 Da irretroatividade

O princípio da irretroatividade da lei está intimamente ligado ao tempo em que os dispositivos foram elaborados, pois por ele não se pode aplicar qualquer tipo de dispositivo penal ou processual penal se tal dispositivo foi elaborado posteriormente a prática de determinada conduta que autorizaria a sua aplicação.

Em se tratando de norma processual esta não irá retroagir, sendo que a nova lei será aplicada imediatamente as novas fases do processo.

Segundo Mirabete (2007, p. 39), “a lei processual não está regulando o fato criminoso, esse sim anterior a ela, mas o processo a partir do momento em que ela passa a vigor.”

Portanto, com a entrada em vigor da nova lei processual, esta será aplicada imediatamente às novas fases do processo, haja vista que ela regula apenas o processo e não o fato criminoso.

3.7 Do Juiz Natural

Previsto no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal, assegura que ninguém será submetido a julgamento senão por um juiz competente, sem que haja júízo ou tribunal de exceção.

O juiz natural será qualquer pessoa integrada no Poder Judiciário, indicada pelas normas constitucionais e legais, sendo que tal indivíduo será investido em jurisdição e a partir deste momento passará a apreciar toda e qualquer causa levada ao judiciário.

No estudo tem grande relevância, pois, salvo a prisão em flagrante delito, somente o juiz natural é que poderá decretar qualquer outra modalidade de prisão processual, desde que está seja feita devidamente fundamentada.

3.8 Da Comunicação da Prisão em Flagrante ao Juiz Competente

Taxado no artigo 5º, inciso LXII da nossa Carta Magna este princípio prevê que toda prisão em flagrante delito deverá ser comunicada imediatamente ao juiz competente.

Essa comunicação é necessária, pois cabe ao juiz analisar todos os requisitos para que seja efetuada a prisão em flagrante, sendo certo que caso falte quaisquer dos requisitos da prisão, esta padecerá de vício, o qual acarretará no relaxamento da prisão do acusado.

O termo imediatamente foi usado porque tal comunicação deve ser feita no menor tempo possível, sendo que nunca poderá ultrapassar o prazo limite

de vinte e quatro horas, prazo este necessário para a formalização do auto de prisão em flagrante delito.

3.9 Da Fundamentação das Decisões Judiciais

Previsto no artigo 5º, inciso LXI e artigo 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal, estamos diante de outro princípio importante, sendo certo que por este princípio toda e qualquer decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de ser considerada nula.

A fundamentação das decisões, em verdade, é uma garantia das partes e também para o juiz. Para as partes garante que estas possam impugnar a decisão proferida requerendo, assim, sua reforma, já para o julgador é uma maneira deste demonstrar sua imparcialidade no julgamento, expondo todos os motivos de seu convencimento.

Para demonstrar a fundamentação de uma decisão o julgador não pode fazer uma simples menção a documentos, oitivas de testemunhas ou até transcrição dos argumentos dos advogados, mas sim deve fazer uma análise concreta de todos os elementos e provas dos autos.

A não fundamentação de qualquer decisão do julgador acarreta na anulação da mesma, isso ocorre em razão de se evitar que as decisões possam ser proferidas em desprezo aos preceitos constitucionais.

Assim, ao decretar qualquer tipo de prisão o julgador deve expor todos os motivos de seu convencimento, fazendo uma análise concreta dos elementos e das provas até então colhidas, pois caso não o faça tal decisão padecerá de nulidade.

3.10 Da Apreciação da Legalidade da Prisão através de *habeas corpus*

A apreciação aqui tratada, a qual esta prevista no artigo 5º, inciso LXVIII, da nossa Constituição Federal se dá em razão de que pode ocorrer do indivíduo ficar preso por tempo superior ao que foi determinado ou nos casos em

que sua prisão padece de algum vício, sendo que nestes casos estamos diante de uma prisão ilegal.

Assim, diante de tal fato, e para ter seu direito de liberdade de locomoção garantido, todo indivíduo que se encontrar preso ilegalmente se valerá do *habeas corpus*, o qual poderá ser apreciado pelo juiz singular ou por um tribunal superior dependendo de quem tenha praticado o ato que levou a tal prisão ilegal.

3.11 Da Identificação dos Responsáveis por sua Prisão

A identificação dos responsáveis pela prisão de qualquer indivíduo deve ocorrer para que esses possam ser identificados em caso de cometimento de abuso de poder no exercício de suas atividades.

Assim, como foi visto anteriormente, nestes casos a identificação será necessária para saber contra quem será impetrado o *habeas corpus*, sendo que a autoridade coatora pode ser tanto um delegado quanto um magistrado.

4 MODALIDADE DE PRISÕES PROCESSUAIS

Em nosso sistema processual brasileiro temos diversas modalidades de prisões, sendo que elas podem ser: Prisão Pena; Prisão Civil; Prisão Administrativa; Prisão Disciplinar; Prisão Constitucional e Prisão Processual, sendo que será a partir desta última modalidade que passaremos a desenvolver os estudos.

Nosso Código de Processo Penal traz cinco modalidades de prisões processuais, sendo elas: Prisão em Flagrante Delito, Prisão Preventiva, Prisão Temporária, Prisão Decorrente de Sentença de Pronúncia e Prisão Decorrente de Sentença Condenatória Recorrível.

Cada uma das prisões acima citadas tem procedimentos diferentes para que possam ser aplicadas ao caso concreto, sendo que passaremos a analisar cada uma destas prisões a seguir:

4.1 Prisão em Flagrante Delito

A prisão em flagrante delito é a modalidade de prisão que restringe o direito a liberdade de locomoção do indivíduo quando este vem a ser surpreendido cometendo algum ilícito penal, sendo que esta restrição independe de ordem fundamentada do juiz, bastando apenas que o indivíduo seja pego no momento em que está cometendo o crime ou que acabou de cometê-lo, ou que seja perseguido logo após; ou que seja surpreendido, logo depois, com objetos que façam presumir ser o indivíduo o autor do crime.

A palavra Flagrante vem do latim, que significa queimar, aquilo que esta ardendo, que esta em chamas, assim dessas expressões derivou a palavra “flagrante”, que em outros termos é aquilo que está acontecendo.

Podemos dizer então que flagrante delito é o estado em que se encontra aquele que é surpreendido no instante em que executa a conduta prevista como infração penal.

Para MIRABETE (2007, p. 374):

A prisão em flagrante é um ato administrativo, como deixa entrever o artigo 301, é uma medida cautelar de natureza processual que dispensa ordem escrita e é prevista expressamente pela Constituição Federal (art. 5º, LXI). Cabe não só com relação à prática de crime, em sentido estrito, como também de contravenção, aplicando-se igualmente a estas os preceitos do Código de Processo Penal que se referem à prisão em flagrante delito quando da prática de “infração”.

O Código de Processo Penal considera em flagrante delito, quem está cometendo a infração penal, acaba de cometê-la, quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa em situação que faça presumir ser o autor da infração ou que seja encontrado logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papeis que façam presumir ser ele autor da infração.

Por ser algo que está acontecendo o prazo para a lavratura do auto de prisão em flagrante deve ser feito de imediato, mas levado em consideração toda sua elaboração é adotado o prazo de vinte e quatro horas para sua conclusão, pois dentro deste período deve-se entregar a nota de culpa ao acusado.

Esta modalidade de prisão compreende uma classificação de suas espécies devido ao fato de poder ocorrer em diversas situações, assim passamos a classificar as espécies de prisão em flagrante delito:

4.1.1 Espécies de prisão em flagrante delito

Em nossa lei temos três principais espécies de prisão em flagrante delito, sendo elas:

- a) **Flagrante próprio:** é aquele que em que o sujeito é surpreendido cometendo o delito ou que tenha acabado de cometê-lo, sendo tal espécie prevista no artigo 302, incisos I e II do Código de Processo Penal;
- b) **Flagrante impróprio:** é a situação em que o agente não é surpreendido cometendo o delito ou tendo acabado de cometê-lo, mas, sim, é perseguido logo após ter cometido o crime, sendo tal

espécie prevista no artigo 302, inciso III, do Código de Processo Penal;

- c) Flagrante presumido: são os casos em que o indivíduo é surpreendido logo depois de ter cometido o crime com objetos, armas, papéis que façam presumir que o indivíduo seja o autor do delito, sendo que neste caso não necessita de perseguição, mas apenas que seja encontrado em tais circunstâncias. Tal espécie encontra-se tipificada no artigo 302, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Além destas três principais espécies de flagrante temos várias outras, quais sejam:

- a) Flagrante total: ocorre quando o crime é percebido por alguém “em seu inteiro desenvolvimento”;
- b) Flagrante parcial: ocorre quando este já iniciou a consumação delitiva, ou seja, é assistido apenas na parte do *inter criminis*;
- c) Flagrante facultativo: trata-se do flagrante que pode ser feito por qualquer pessoa do povo, pois é facultado ao particular efetuar ou não a prisão, haja vista que este não tem dever jurídico de agir e sim uma faculdade de fazê-lo. Caso não efetue a prisão o particular não fica sujeito a qualquer tipo de sanção ou responsabilização, seja administrativa, seja criminal;
- d) Flagrante obrigatório: é o flagrante feito pela autoridade policial ou qualquer de seus agentes. Aqui a lei impõe que a autoridade policial e seus agentes (policiais civis e militares) prendam qualquer pessoa que for encontrada numa das situações do art. 302 do Código Processo Penal. Essa espécie é obrigatória, pois estes têm o dever jurídico de agir, não podendo se omitir ante a prática de qualquer conduta delitiva, sendo certo que o descumprimento dessa obrigação pode gerar responsabilidade administrativa e até mesmo penal, neste caso pelo crime de prevaricação;
- e) Flagrante esperado: é aquele em que, chegada a notícia de que o agente vai praticar determinada conduta delitiva, a autoridade policial ou seus agentes colocam-se estrategicamente e prendem-

no no momento da prática dos atos de execução, sendo certo que aqui a iniciativa do crime é do agente, diferentemente do que ocorre no flagrante preparado, quando a iniciativa parte do provocador. Nessa espécie de flagrante é imprescindível que não haja qualquer indução ou instigação do autor do delito à sua prática, seja pela autoridade policial, por seus agentes, ou por qualquer pessoa, afim de que venha a ser surpreendido no momento em que está a perpetrá-lo;

- f) **Flagrante preparado:** aqui o agente é induzido ou instigado à prática da conduta delitiva, sendo que tomando o particular, a autoridade policial ou seus agentes, simultaneamente, as providências necessárias para que aquele seja “surpreendido na flagrância de execução”, frustrando ou impossibilitando a consumação do ilícito penal. Há um problema com essa espécie de flagrante, sendo que esta não é válida, pois o que temos aqui é um delito de ensaio, ou seja, caso não houvesse o induzimento ou instigação o agente não cometeria tal conduta, sendo assim não existiria o flagrante. Não há que se confundir o flagrante esperado com o flagrante preparado, pois no primeiro é tomada ciência de que se está prestes a ocorrer um ilícito penal, já no segundo o agente é provocado a cometê-lo, portanto como visto na espécie de flagrante anterior a iniciativa no flagrante esperado é do agente, já no flagrante preparado há o induzimento ou instigação par que o agente cometa o delito;
- g) **Flagrante forjado:** dá-se acerca de crime inexistente, no qual o particular, a autoridade policial ou seus agentes criam provas contra o suposto autor que, caso fossem autênticas, legitimariam a prisão e a responsabilidade criminal, assim nessa espécie de flagrante são criadas provas para incriminar um indivíduo da prática de uma conduta delitiva que não cometeu, sendo que quem efetuou a prisão poderá responder por denúncia caluniosa, concussão, abuso de autoridade, entre outros delitos. Portanto, no flagrante forjado não há crime algum, bem com não há qualquer ação de suposto agente;

- h) Flagrante prorrogado: essa espécie de flagrante ocorre nos casos em que a autoridade policial e seus agentes não se vêem obrigados a efetuar a prisão em flagrante daquele que for surpreendido cometendo algum delito, se ainda não for o momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações, visando à responsabilidade criminal não só do autuado, mas também de todos aqueles que integram a conduta delitiva. Assim a autoridade policial pode retardar ou prorrogar no tempo o momento da prisão; do contrário pode não se obter prova que alcance os demais integrantes do delito. Portanto, apenas em determinados casos é que se pode proceder desta forma, podendo ser nos casos de organização criminosa (artigo 2º, inciso II, da Lei 9.034/95) ou no caso de tráfico de entorpecentes (artigo 53, parágrafo único, inciso II, da Lei 11.343/2006), sendo que para esta última o seu retardamento depende de prévia autorização judicial, devendo o Ministério Público ser ouvido antes.

4.1.2 A prisão em flagrante e os vários tipos de crimes

Pelo fato de ocorrer em várias situações o flagrante também pode se dar em vários tipos de crime, mas em razão disso deve-se analisar o seu cabimento, pois em determinado tipo de crime o flagrante pode ou não ser cabível. Assim, para melhor entendermos o assunto passemos a ver como se dá o flagrante nos diferentes tipos de crime que temos.

- a) Flagrante em crime permanente: os crimes permanentes são aqueles em que a sua consumação perdura com o tempo, assim, o crime permanente se consuma a todo o momento, portanto o delito ainda está sendo cometido e como visto anteriormente no flagrante próprio, para que seja feito o flagrante é necessário que o agente seja surpreendido cometendo o delito, sendo que nesse caso é perfeitamente cabível o flagrante.

- b) Flagrante em crime habitual e profissional: entende-se por crime habitual a reiteração da mesma conduta ilícita, e quando a conduta tem o fim de obter lucro fala-se em crime profissional, portanto, aqui é um pouco mais complicado ocorrer o flagrante, haja vista que em se tratando de crime habitual, deve ser comprovada a habitualidade para que possa ocorrer a prisão em flagrante e caso não o possa não há que se falar em flagrante;
- c) Flagrante em crime continuado: é perfeitamente possível, em razão de que cada uma das ações praticadas constitui em si um crime, sendo que neste caso não há que se falar apenas em uma conduta delitiva, mas sim em uma pluralidade de condutas;
- d) Flagrante em crime de ação penal pública condicionada: em se tratando de crime referente à ação penal pública condicionada a promoção da mesma é de titularidade do Ministério Público e depende de representação do ofendido ou seu representante legal. Portanto, se para a promoção da ação depende de representação do ofendido ou seu representante legal, o mesmo ocorre para que seja feita a prisão em flagrante delito, assim é possível ocorrer o flagrante desde que haja representação o ofendido;
- e) Flagrante em crime de ação penal privada: neste caso a titularidade da ação é do ofendido ou seu representante legal e não do Ministério Público, sendo que para se efetuar a prisão em flagrante delito é necessário que seja colhido o requerimento do ofendido;
- f) Flagrante nas infrações de menor potencial ofensivo: as infrações de menor potencial ofensivo foram estabelecidas de acordo com a Lei 9.099/95 (Juizado Especial Criminal), sendo que segundo seu artigo 69, parágrafo único não será preso em flagrante se o preso for apresentado a juízo ou se comprometer a comparecer neste;
- g) Flagrante em crime exaurido: em se tratando de crime exaurido, o seu mero exaurimento não configura o flagrante, pois o delito já foi praticado e pela própria natureza da prisão em flagrante esta deve ser feita em um breve intervalo de tempo, não podendo ser demorado a sua efetivação.

4.1.3 Sujeitos do flagrante

Existem dois tipos de sujeito: sujeito passivo e sujeito ativo. O primeiro é aquele que sofre a restrição de sua liberdade de locomoção por ter praticado um delito, já o segundo “é aquele que a efetua, e, no nosso Direito, tem essa qualidade qualquer cidadão, quer como particular, *ut civis*, quer como autoridade.” (TOURINHO, 2006, p. 600).

Essa é a regra, mas como toda regra tem uma exceção, neste caso não seria diferente. Existem situações em que não podem ser sujeitos passivos da prisão em flagrante ou que somente podem ser presos em flagrante quando se tratar de crime inafiançável.

Alguns exemplos de que não podem ser sujeitos passivos do flagrante são os casos dos menores de 16 anos, diplomatas estrangeiros, o Presidente da República, autor de infração penal de menor potencial ofensivo, autor de acidente de trânsito que socorre a vítima e também o autor de delito que se apresenta espontaneamente confessando crime de autoria ignorada ou desconhecida.

Temos também os exemplos de casos em que somente o agente pode ser preso em flagrante delito por crime inafiançável, sendo nos casos de crime cometidos por membros do Congresso Nacional, Deputados Estaduais, Magistrados, os membros do Ministério Público e o advogado em razão de sua profissão.

4.1.4 Autoridade competente

De acordo com o crime e o local onde este ocorreu, pode ter diferentes autoridades competentes para a lavratura do auto de prisão em flagrante delito.

Via de regra, é a autoridade policial do local onde ocorreu a infração, mas caso não haja será a autoridade do local mais próximo. Nada impede que possa ser feito por autoridade judiciária, sendo que neste caso tal não poderá julgar o caso em razão da suspeição.

Ainda que seja considerada autoridade o membro do Ministério Público não pode fazer o auto de prisão em flagrante delito.

Além destas existem outras situações como as de infrações militares onde a autoridade competente para autuar em flagrante será o oficial militar designado para a função de presidente do Inquérito Policial Militar, também temos casos em que quando o crime é cometido nas dependências do Congresso Nacional a lavratura do auto caberá a mesa da respectiva casa ou por parlamentar previamente designado pelo regimento interno, dentre outros casos que temos no nosso ordenamento jurídico.

4.1.5 Nota de culpa

A nota de culpa é a peça pela qual chega a conhecimento do agente os motivos de sua prisão, sendo que nesta deve constar a identificação da autoridade que o prendeu.

Tal ato deve ser assinado pelo agente, confirmando a sua ciência. No momento de sua assinatura deve fazer constar a hora em que a recebeu, pois deve ser observado o prazo estabelecimento para sua entrega, o qual deverá ser feito no prazo máximo de vinte e quatro horas.

Segundo MIRABETE (2007, p. 388): “a finalidade da denominada nota de culpa é comunicar ao preso o motivo da prisão, bem como a identidade de quem o prendeu, num breve relato do fato criminoso de que é acusado.”

No entanto, a questão quanto ao retardamento ou ausência da entrega da nota de culpa, este gera divergências doutrinárias, sendo que para alguns doutrinadores não passa de mera irregularidade formal, já para outros o ato gera nulidade, devendo, assim, haver o relaxamento da prisão.

4.2 Prisão Preventiva

A prisão preventiva também é uma modalidade prisão de natureza cautelar que antecede a prisão definitiva, sendo que esta pode ocorrer tanto na fase do inquérito policial quanto na tramitação do processo judicial.

Para melhor esclarecer o que vem a ser prisão preventiva temos a definição de MIRABETE (2007, p. 389), qual seja:

[...] é uma medida cautelar, constituída da privação de liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou instrução criminal em face da existência de pressupostos legais para resguardar os interesses sociais de segurança.

Com exceção a prisão em flagrante delito, todas as prisões processuais dependem de ordem fundamentada do juiz, o que não é diferente com esta modalidade de prisão processual. Assim a decretação da prisão preventiva somente pode ocorrer mediante decisão fundamentada de um magistrado.

A legitimidade para requerer a decretação da prisão preventiva pertence ao Ministério Público e ao querelante, conforme dispõe o artigo 311 do Código de Processo Penal. Autoridade policial apenas pode representar pela decretação da prisão, nunca podendo requerê-la.

A legitimação destes decorre do fato de serem os autores da ação, portanto sempre que estejam presentes quaisquer requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, poderão requerer a decretação da prisão. Com relação a autoridade policial, pelo fato desta ser a responsável pelas investigações não pode ficar inerte ante qualquer conduta do indiciado que venha a prejudicar o andamento das investigações, assim é dado a autoridade policial a possibilidade de representar pela decretação de prisão preventiva.

Como em todas as prisões processuais para poder decretar a prisão preventiva devem estar presente dois pressupostos importantes, quais sejam o *fumus boni jûris* e o *periculum in mora*.

Seu cabimento se dá quando se tratar de crime doloso punido com reclusão; ou sendo apenado com pena de detenção tem que ser comprovado que o indiciado ou réu seja vadio ou, havendo dúvida sobre sua identidade, não forneça elementos suficientes para sua identificação ou indicar elementos que a esclareça; e por fim pode ser cabível quando o indicado ou réu for reincidente.

A prisão preventiva poderá ser instrumental, quando sua decretação tiver por fundamento a preservação da instrução criminal, ou poderá ser final, quando sua decretação tiver por fundamento a aplicação da lei penal.

Ela pode ser decretada desde a data do fato até o fim da instrução criminal. Caso ela seja decretada no inquérito policial este deverá ser concluído em até dez dias após sua decretação.

Não foi fixado, em lei, um prazo de duração determinado para preventiva, mas entende-se que esta somente pode perdurar enquanto estiverem presentes os motivos ensejadores que deram causa a sua decretação. Caso desapareçam tais motivos deve ser decretada a revogação da prisão, podendo ser feita de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes, sendo que caso não haja qualquer manifestação destes quanto a revogação da prisão cabe ao preso a via do *habeas corpus*.

Nesse entendimento TOURINHO (2006, p. 621):

Já vimos que a prisão preventiva é medida excepcional e, por isso mesmo, decretável em casos de extrema necessidade. Segue-se, pois, que se durante o processo o Juiz constatar que o motivo ou os motivos que a ditaram já não subsistem, poderá revogá-la.

Passemos agora a análise dos pressupostos necessários para a decretação da prisão preventiva.

4.2.1 Pressupostos para decretação da prisão preventiva

Para a decretação preventiva são necessários dois pressupostos quais sejam os indícios de autoria e a materialidade delitiva.

Somente com a presença destes pressupostos é que poderá ser decretada a prisão preventiva, portanto eles são cumulativos e não alternativos, ou seja, não há que se falar em prisão preventiva se apenas estiver presente o pressuposto de indício de autoria e não estiver presente o pressuposto da materialidade delitiva ou vice-versa.

Aqui não se exige nem a prova definitiva de existência do crime, bem como não se exige prova definitiva dos indícios de autoria, pois, caso contrário, estaria sendo feito um julgamento antecipado do acusado ou réu.

Os indícios de autoria devem ser suficientes para comprovar que a pessoa contra quem será decretada a prisão é a possível autora de um crime.

Nesse sentido Hidejalma Muccio :

[...] Tocantemente à autoria, nos próprios termos da lei, é necessários que haja suficiência de indício, em outras palavras, que os indícios seja razoáveis, que traduzam um juízo de probabilidade de que é a pessoa contra quem se decreta a preventiva a autora do fato delituoso”.(Muccio, 2003, p. 147)

Em relação às provas de materialidade, estas não precisam demonstrar quem efetivamente praticou a conduta delitiva, mas ao menos reconhecer a prática delitiva, bem como que indique quem foi o se autor.

Estes pressupostos nada mais são do que um dos requisitos para que seja decretada a prisão, qual seja o *fumus boni juris*.

4.2.2 Circunstâncias que autorizam sua decretação

Tratam-se de circunstâncias em face das quais se permite a prisão preventiva, sendo que tais circunstâncias estão previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, quais sejam a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e o assecuramento da aplicação da lei penal

“Não há necessidade da coexistência dessas circunstâncias ou condições. A presença de pelo menos uma delas é suficiente para se decretar a prisão preventiva” (MUCCIO, 2003, p. 150). Caso não estejam presentes quaisquer destas circunstâncias a prisão preventiva fica proibida.

Passemos agora a analisar melhor as circunstâncias que permitem a decretação da prisão preventiva.

4.2.2.1 Garantia da ordem pública

Existem determinados casos em que se o acusado ou réu, no curso do inquérito policial ou da ação penal, continuar solto haja a possibilidade de que este continue a praticar crimes abalando assim a ordem pública.

Neste caso é decretada a prisão do acusado ou réu continuar a fim de evitar que este continue a praticar condutas delitivas, sendo que tal medida não serve somente para o caso de continuidade delitiva, mas também para aquelas situações que tenham grande repercussão social.

No entanto, para se chegar a essa conclusão o magistrado deve se valer de provas existentes para poder demonstrar por que a ordem pública esta sendo ameaçada com o acusado ou réu em liberdade. Assim após conseguir provar tal fato poderá o magistrado decretar a prisão preventiva do agente.

4.2.2.2 Garantia da ordem econômica

Para muitos doutrinadores esta circunstância já está englobada na circunstância supracitada.

Fazendo uma melhor análise vemos que existem casos em que pode ser aplicada a garantia da ordem econômica, sendo que alguns destes estão previstos na Lei 8.137/90 que trata dos crimes contra a ordem tributária, bem como na Lei 8.884/90 em seu artigo 20, entre outras disposições legais.

As condutas delitivas previstas nestas leis não afetam apenas uma pessoa, mas sim um grande número de pessoas. Portanto, em razão de trazer problemas a economia de determinado lugar é que se poder decretar a prisão preventiva pela garantia da ordem econômica.

4.2.2.3 Conveniência da instrução criminal

Neste tipo de circunstância a decretação da prisão fica autorizada quando o acusado ou réu visa perturbar ou causar empecilhos, bem como utilizar-se de manobras com o fim de prejudicar o prosseguimento da instrução criminal.

Nestas situações a preventiva somente poderá ser decretada quando o ato a ser produzido for indispensável ou que a prisão seja realmente necessária para a realização do ato, sendo que após a tal ato ser realizado e não ensejando mais os

motivos que levariam o indivíduo a ser preso preventivamente, o mesmo deverá ser posto em liberdade.

4.2.2.4 Asseguramento da aplicação da lei penal

Está circunstância é mais voltada para os casos em que o indivíduo tenta evadir-se a fim de fugir de sua responsabilidade perante a sociedade

Aqui se busca satisfazer aplicação da pena que venha a ser imposta ao acusado ou réu caso venha a ser condenado.

Somente se consegue demonstrar essa circunstância quando o acusado ou réu der provas de que não deseja se submeter ao possível resultado desfavorável do processo.

4.3 Prisão Temporária

Criada pela lei 7.960/89, trata-se de prisão de natureza cautelar, por período determinado, sendo que sua decretação depende de ordem fundamentada da autoridade judiciária, tendo preenchido os requisitos legais para sua decretação, e somente poder ocorrer durante o inquérito policial.

A prisão temporária “só poderá ser decretada pela autoridade judiciária, conforme imposição constitucional” (MIRABETE, 2007, p. 398), sob pena de ser considerada prisão ilegal. Para a sua decretação o magistrado não pode decretá-la de ofício e sim mediante requerimento do Ministério Público ou por meio da representação da Autoridade Policial.

O requerimento para a decretação da prisão temporária foi regulado pela Lei 7.960/89, sendo que este somente pode ser requerido pelo Ministério Público. Como na prisão preventiva a autoridade policial apenas pode representar para a sua decretação e nunca fazer o seu requerimento. Isso se dá pelo fato desta autoridade ser a responsável pelas investigações, não podendo ficar inerte ante qualquer conduta do indiciado que venha a prejudicar o andamento das investigações, assim é dada a autoridade policial a possibilidade de representar pela

decretação de prisão preventiva. Quanto às figuras do querelante e do assistente de acusação, estes em hipótese alguma poderão requerer a decretação da prisão preventiva, isso ocorre por duas razões:

- a) A lei não possibilitou tal requerimento, portanto não se pode estender o alcance da norma;
- b) Na fase de inquérito policial ainda não existem as figuras do querelante e do assistente de acusação.

É por estas duas razões que não se admite que estas duas figuras tenham legitimidade para requerer a decretação da prisão temporária.

Essa modalidade de prisão somente pode ser decretada durante o inquérito policial, isso ocorre quando se faz necessário o recolhimento do investigado para poder possibilitar a investigação de crimes graves, caso possam ser concluídas as investigações com o investigado solto, sua prisão não será decretada.

Seu prazo pode ser de cinco dias, podendo ser prorrogado por igual período, sendo certo que isso é com relação a crimes comuns, já quando se tratar de crimes hediondos ou equiparados, seu prazo pode ser de até trinta dias, podendo ser prorrogado por igual período. Findo o prazo da prisão ou o de sua prorrogação o preso deverá ser posto em liberdade imediatamente.

Esses prazos estabelecidos são apenas limites estabelecidos, sendo que não se pode ultrapassá-los, bem como nada impede que o prazo da prisão seja decretado em período inferior ao máximo estabelecido.

A prorrogação somente pode ocorrer desde que seja extrema e comprovada necessidade, sendo que esta poderá ser prorrogada por igual período ou até mesmo por prazo inferior ao estabelecido na decisão que decretou a prisão temporária do agente.

Durante o prazo da prisão, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, revogá-la desde que tenham desaparecido os elementos que ensejaram a decretação da referida prisão.

4.3.1 Requisitos para decretação da prisão temporária

Para que se possa decretar a prisão preventiva de qualquer indivíduo é necessário preencher alguns requisitos, os quais estão dispostos nos incisos I a III do artigo 1º, da Lei 7.960/89, sendo eles:

- a) A prisão somente pode ser decretada quando for imprescindível para as investigações;
- b) Que o indiciado não tenha residência fixa ou que não forneça elementos suficientes para sua identificação;
- c) Que recaia sobre o investigado a suspeita, em razão de provas já produzidas da prática ou de participação dos crimes relacionados no inciso III do artigo supracitado.

Quanto a estes requisitos existe uma divergência doutrinária, sendo que dessa divergência surgem cinco correntes:

- a) Os requisitos para a decretação da prisão são alternativos, bastando estar presente apenas um deles;
- b) Os requisitos são cumulativos, sendo necessários que todos estejam presentes, caso contrário não poderá ser decretada a prisão;
- c) Que além de serem cumulativos, ainda deverão concorrer com os requisitos da prisão preventiva, ou seja, além de ter que estar presentes todos os requisitos da prisão temporária ainda vão ter que estar presentes os requisitos da prisão preventiva;
- d) A prisão poderá ser decretada se estiverem presentes os requisitos do inciso I ou II mais o requisito do inciso III do artigo 1º da Lei 7.960/89;
- e) Tem-se admitido que estando presentes os requisitos do inciso I ou II, mas em se tratando de crime hediondo ou equiparado, mesmo que não arrolado no inciso III, a Lei 8.072/9 deixa claro a possibilidade que a prisão temporária, nesses casos, terá o prazo de 30 dias, prorrogável por igual período em casos de extrema e comprovada necessidade.

Dentre estas cinco correntes a mais adotada pelos doutrinadores é a de que devem estar presentes os requisitos do inciso I ou II mais os requisitos do inciso III.

4.4 Prisão Decorrente de Sentença de Pronúncia

Antes de qualquer coisa devemos fazer algumas breves observações sobre o procedimento do júri.

O processo do júri possui duas etapas, sendo a primeira etapa a *judicium accusationis*, a qual tem início com o oferecimento da denúncia, tendo seu término com a sentença de pronúncia, e a segunda etapa a *judicium causae*, a qual tem início com o libelo crime acusatório e tem seu fim com o julgamento em plenário.

A sentença de pronúncia somente é proferida quando estiverem presentes os indícios de autoria ou provas da materialidade delitiva, não sendo necessário que haja uma prova cabal quanto a sua autoria ou até mesmo quanto a existência do delito.

Essa sentença não faz coisa julgada, sendo que ela apenas habilita o réu para ser julgado em plenário do júri. Ela também define os limites da acusação, sendo que qualquer matéria que não conste na sentença de pronúncia não poderá ser sustentada como tese no plenário.

Na sentença de pronúncia o juiz decidirá se o acusado responderá em liberdade ou não. Apesar de não apreciar o mérito da causa, de não reconhecer a culpa, bem como não há imposição de pena, nela o magistrado deverá decidir se o réu deverá ou não ser preso. Aqui não há que se falar em pena, portanto estamos diante de outra modalidade de prisão processual.

A regra geral é a de que o réu deverá aguardar o julgamento em plenário preso, mas segundo o artigo 408, § 2º, do Código de Processo Penal, caso o réu seja primário ou tenha bons antecedentes o juiz poderá deixar de decretar a sua prisão ou poderá revogá-la caso já se encontre preso.

Existe um entendimento doutrinário afirmando que, na pronúncia, a prisão só poderá ser decretada se estiverem presentes as circunstâncias autorizadas da prisão preventiva, caso não estejam presentes tais circunstâncias o juiz não poderá decretar a prisão. Os que defendem esse entendimento, sustentam que ela só poderá ocorrer em caso de extrema e comprovada necessidade, não sendo possível sem a presença das circunstâncias autorizadas.

4.5 Prisão Decorrente de Sentença Condenatória Recorrível

Trata-se de uma prisão cautelar, determinada pela autoridade judiciária em sentença condenatória recorrível.

Para alguns doutrinadores este tipo de prisão é de natureza cautelar, pois enquanto perdurar até o trânsito em julgado da sentença ainda será considerada uma prisão de natureza processual, sendo que somente quando ocorrer o trânsito em julgado é que esta passará a ser considerada uma prisão-pena.

Outros doutrinadores sustentam que o artigo 594 deve ser revogado, haja vista que ele feriria o princípio constitucional da presunção de inocência, o qual prevê que ninguém era considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Neste tipo de prisão é necessário que estejam presentes os requisitos da prisão preventiva, mas, diferentemente desta, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível ocorre após a instrução criminal e não é como a prisão preventiva que pode ocorrer desde o momento do fato criminoso até antes de ser proferida a sentença.

Dispõe o artigo 594 do Código de Processo Penal e o artigo 59 da Lei 11.343/2006 que o réu não poderá apelar sem se recolher a 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.

A expressão “sem se recolher a prisão” pressupõe que o réu esteja livre, portanto, caso esteja preso, seja por prisão em flagrante, seja por sentença de pronúncia, não há a possibilidade de recorrer em liberdade nesse caso.

O réu primário e de bons antecedentes poderá apelar em liberdade da sentença que o condenou. Apesar de o referido artigo dizer que o réu não poderá apelar sem ser recolhido, tal disposição não funciona exatamente desta forma, pois o réu poderá, sim, apelar em liberdade a não ser que o juiz decrete sua prisão expondo seus motivos com base nos requisitos da prisão preventiva.

5 PRISÕES PROCESSUAIS COMO MEDIDAS CAUTELARES

Sempre entre o início da ação e o seu provimento final podem existir situações que podem comprometer a atuação da jurisdição ou mesmo que afetem a eficácia ou utilidade do julgado.

Desta forma verifica-se a importância de uma medida que visa assegurar a obtenção ou a satisfação da tutela jurisdicional pretendida, sendo assim, para poder alcançar tal meta faz-se uso das medidas cautelares.

Em regra, as medidas cautelares são dadas em processos autônomos, os quais estão vinculados a um outro processo, no entanto, esta pode ocorrer em outros processos como meio de incidente, como é o caso das prisões processuais previstas em nosso ordenamento jurídico. Desta forma pretende-se que estas prisões corram em processos autônomos, visando a melhoria da instrução criminal do processo principal.

As medidas cautelares são tutelas de urgência que visam assegurar o fim útil do processo principal, sendo que caso não sejam tomadas as medidas necessárias a decisão da causa pode não mais satisfazer o direito da parte.

Sempre que falamos em medidas cautelares temos que observar se estão presentes dois pressupostos para que possa ocorrer sua efetivação, sendo eles o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* ou *periculum libertatis*.

O pressuposto *fumus boni juris* está relacionado aos indícios de autoria e as provas da materialidade delitiva, sendo certo de que não há necessidade de prova cabal quanto a autoria do crime, bem como quanto a existência do próprio crime.

Já o pressuposto *periculum in mora* está relacionado ao lapso temporal, ou seja, o perigo na demora está presente quando há demora na tomada qualquer medida com o fim de evitar que devido o lapso temporal possa afetar a satisfação do provimento jurisdicional pretendido.

A maior discussão doutrinária acerca deste assunto está ligada a autonomia da ação cautelar, pois, se assim o fosse, esta passaria a ser um terceiro gênero de processo, juntamente com os processos de conhecimento e de execução.

No entanto, a ação cautelar está vinculada a outro processo, seja ele de conhecimento ou de execução, somente se justificando em razão dele.

A tutela cautelar tem natureza instrumental, pois é o instrumento utilizado para garantir que a tutela jurisdicional dada no processo principal possa ser útil.

Em nosso sistema penal as medidas cautelares podem ser classificadas em:

- a) Medidas cautelares pessoais, as quais estão relacionados ao suspeito do crime;
- b) Medidas cautelares de natureza civil, relacionadas a reparação do dano causado ao ofendido;
- c) Medidas cautelares relativas a prova, tanto para efeito penal como para efeito civil.

No presente estudo, daremos foco às medidas cautelares pessoais, já que está envolve as modalidades de prisão processual.

A Carta Magna trata da cautelaridade da prisão em vários dispositivos, sendo o de maior relevância o artigo 5º, inciso LXI, o qual diz que toda e qualquer tipo de prisão dependerá de ordem escrita e fundamentada, salvo a prisão em flagrante delito que pode ser feita pela autoridade policial.

Outro princípio de grande importância é o previsto no artigo 5º, inciso LVII do mesmo diploma legal, o qual prevê que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Este último princípio está intimamente ligado a cautelaridade das prisões, pois, por ele, o réu não precisa fazer prova de sua inocência, cabendo ao Ministério Público conseguir provar sua culpa. Desta forma, como ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não pode aplicar a prisão-pena antes de ser confirmada sua culpa, portando, desde que seja necessário em face das circunstâncias do caso concreto, pode ser justificada a aplicação da prisão cautelar durante o curso do processo.

Agora passemos a analisar a prisão cautelar nas modalidades de prisões processuais.

5.1 Prisão Cautelar na Prisão Preventiva

A mais clássica prisão cautelar em nosso sistema penal é a prisão preventiva.

O artigo 312 do Código de Processo Penal traz consigo os pressupostos necessários para a decretação da prisão preventiva, quais sejam o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni juris* encontramos na segunda parte do artigo retro citado, sendo que para a decretação da prisão é necessário que haja provas existência do crime, bem como indícios de sua autoria.

Enquanto isso, o *periculum in mora* está previsto na primeira parte do mesmo dispositivo legal, sendo configurado pela garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução e pelo asseguramento da aplicação da lei penal.

Pela garantia da ordem pública busca-se evitar a prática reiterada da ofensa a ordem já constituída. No entanto, há grande oposição quanto a cautelaridade da prisão preventiva em face da dificuldade de se justificar doutrinariamente esta prisão ante a teoria da cautelaridade, sendo que quem se opõe o faz sob o argumento de que a prisão deixará de ser medida cautelar, passando a ser medida de segurança.

Para derrubar esse argumento temos o posicionamento de SCARANCE (1999, p. 290):

Procura-se justificar a prisão como forma de assegurar o resultado útil do processo, ou seja, se a sentença visa, com a pena privativa de liberdade, impedir que o réu possa continuar a cometer delitos, esse objetivo seria acautelado através da prisão preventiva.

A garantia da ordem econômica visa evitar que sejam praticados delitos de que perturbem a ordem econômica, os quais geralmente são delitos praticados contra a ordem tributária.

A cautela para assegurar a aplicação da lei penal geralmente é utilizada para evitar a fuga do réu ou o seu desaparecimento. É facilmente demonstrada quando existem provas de que há a possibilidade do acusado evadir-

se para não ser responsabilizado penalmente, assim faz-se necessário que seja dada a medida cautelar o mais rápido possível para evitar a fuga do réu, caso não seja dada essa medida não há como assegurar a aplicação da lei penal.

A conveniência da instrução visa preservar a produção de provas no processo, assim caso seja imprescindível a prisão preventiva do réu para que seja realizado determinado ato processual deve-se fazer uso da medida cautelar a fim de assegurar a sua produção.

5.2 Prisão Cautelar na Prisão em Flagrante

Na prisão em flagrante é necessário que estejam presentes dois requisitos essenciais, quais sejam a atualidade e a visibilidade.

A atualidade é a prova da prática do delito em si, ou seja, é aquilo que está acontecendo, já a visibilidade está voltada ao fato da consumação da conduta delitiva ser presenciada por alguém.

Em relação ao pressuposto *fumus boni juris* não fica difícil justificar a necessidade da medida cautelar, haja vista que para tanto deve o agente da conduta delitiva ser surpreendido em uma das hipóteses do artigo 302 do Código de Processo Penal, quais sejam: I. está cometendo a infração penal; II acaba de cometer a conduta delitiva; 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 o indivíduo o autor da infração.

Conforme visto no item 4.1.1 do presente estudo, os dois primeiros incisos do referido artigo tratam da hipótese de flagrante próprio, já o terceiro inciso trata da hipótese de flagrante impróprio e, por fim, o quarto inciso diz respeito ao flagrante presumido.

Diferente do *fumus boni juris* o *periculum libertatis* é mais complicado de ser justificado, haja vista que nem sempre quem é pego em flagrante delito deve ser recolhido ao cárcere. Assim, aquele que seja primário, de bons antecedentes, que tenha residência fixa pode ser preso pelo simples fato de ser pego na circunstância do flagrante.

Para não perder sua natureza, busca-se apoio no artigo 5º inciso LXII da Lei Maior, o qual prevê a rápida comunicação do flagrante ao juiz. Assim, com essa comunicação o indivíduo apenas fica retido temporariamente para que o juiz possa, através de cópia do auto de prisão em flagrante, verificar a necessidade ou não de que o acusado continue retido.

5.3 Prisão Cautelar na Prisão Temporária

Os requisitos necessários para a decretação da prisão temporária estão previstos nos artigo 1º da Lei 7.960/89.

Para sua decretação não é possível o preenchimento de apenas um dos três requisitos, pois, se assim o fosse, bastaria apenas que houvesse a necessidade da prisão pra a investigação ou que alguém não tivesse residência fixa.

O *fumus boni juris* está previsto no inciso III do retro citado artigo, quando este exige que haja razão para atribuir a autoria do delito ao acusado ou que haja provas da existência do crime. Desta forma pelo inciso terceiro está presente um dos pressupostos para a aplicação da medida cautelar.

Para poder configurá-la completamente falta o pressuposto *periculum libertatis*, o qual está previsto nos incisos I e II do mesmo dispositivo legal. Pelo inciso I, a aplicação da medida cautelar se justifica pela necessidade de se aplicar o recolhimento ao cárcere com o objetivo de assegurar o fim útil do processo, pois caso não seja feito, podem não ser colhidos elementos para demonstrar a existência do crime, bem como sua autoria. No inciso II a medida é aplicada tendo em vista que a falta de residência fixa ou de elementos que identifiquem o acusado, podem demonstrar um possível caso de fuga ou de desaparecimento, sendo assim poderá ocorrer prejuízo a uma futura instrução criminal ou até mesmo que não possa ser aplicada a lei penal.

Ante o exposto, para que possa ser aplicada a medida cautelar, é necessário que estejam presentes os requisitos do inciso III, bem como os requisitos do inciso I ou II do artigo 1º da Lei 7.960/89.

6 CONCLUSÃO

Em conclusão, é importante ressaltar alguns aspectos referentes à aplicação da tutela cautelar às prisões processuais, que merecem destaque.

Aqui se pretende que a medida cautelar seja feita mediante um processo autônomo, não sendo apenas um mero incidente no processo principal.

Desta forma, por se tratar de um processo, esse deve estar acobertado por alguns dos princípios constitucionais mais relevantes para o caso, sendo eles o direito de ação e o princípio do contraditório e ampla defesa.

Como todo processo, este somente terá início com a provocação das partes em face da inércia inerente à prestação jurisdicional. Assim, dentro do processo cautelar as prisões somente poderão ser decretadas caso haja provocação da parte interessada na sua decretação.

Para ficar caracterizada a relação jurídica é necessário que estejam presentes os sujeitos do processo, quais sejam, autor, Estado-Juiz e réu.

No moderno Estado democrático de direito, temos que levar em consideração o fato de que se é dado o direito de ação ao autor da lide, para que ele possa ver sua pretensão satisfeita, qual seja, que o réu seja preso provisoriamente. No entanto, também deve ser dada a oportunidade ao réu de se defender, tendo a chance de demonstrar que não há a necessidade de seu recolhimento ao cárcere.

Sendo assim, por se tratar de um processo autônomo, antes de ser decretada a prisão do réu, deverão ser dadas a ele todas as garantias constitucionais de defesa que puder dispor.

Outro ponto importante está relacionado ao princípio da presunção de inocência, pois sendo interpretado erroneamente daria a entender que a medida cautelar seria uma antecipação do mérito da lide principal. Isso não ocorre, pois a medida cautelar não faz nada além de assegurar que o processo principal tenha o seu fim útil.

Tanto é verdade que no processo cautelar não será discutido o mérito da causa, mas apenas serão analisados os requisitos necessários para que seja decreta ou não as prisões provisórias.

Assim, o processo cautelar visa tão somente assegurar que o processo principal tenha um fim útil, seja pela condenação do réu, seja por sua absolvição.

Há que se dizer também que, quando decretada uma prisão provisória no processo principal, ela será tida como um incidente processual, sendo que a tramitação dele ficará suspensa até a decisão de tal incidente.

Portanto, a medida cautelar, como processo autônomo que é, aparece para dar maior celeridade à tramitação do processo principal, haja vista que como a apreciação da decretação da prisão será feita em outro processo, a tramitação do processo principal poderá correr normalmente, não impedindo o prosseguimento da instrução criminal.

Por fim, nos reportamos ao Código de Processo Penal, onde, observando suas normas referentes às prisões processuais, vemos que deve ser feita uma alteração no referido diploma legal, a fim de que sejam introduzidas normas mais claras e específicas quanto ao instituto das prisões processuais, para que estas não fiquem a mercê de interpretações jurisprudências.

E assim, neste trabalho, foi possível demonstrar, de forma precisa, a eficácia que a tutela cautelar traria às modalidades de prisões processuais.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da república federativa do Brasil anotada**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FLACH, Norberto. **Prisão processual penal: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MUCCIO, Hidejalma. **Prisão e liberdade provisória: teoria e prática**. Jaú, SP: HM Editora, 2003.

NOGUEIRA JUNIOR, Geraldo. **A evolução histórica das prisões cautelares**. Disponível em <http://www.papiniestudos.com.br/ler_estudos.php?idNoticia=23>. Acesso em 21 jan 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.