

PRISÕES NO PROCESSO PENAL

Professor: Leonardo Marcondes Machado

- ✓ Instagram: www.instagram.com/leonardomarcondesmachado
- ✓ Telegram: https://t.me/processo_penal
- ✓ Youtube: <https://www.youtube.com/user/proflmm>
- ✓ Site Oficial: www.leonardomarcondesmachado.com.br

O. INTRODUÇÃO: A REALIDADE PRISIONAL BRASILEIRA

- *população prisional como escolha política*: “Cada país tem o número de presos que decide politicamente ter” (Zaffaroni).¹

a) SISDEPEN Prisional – Jan. a Jun. de 2020 (DEPEN/MJ):²

- 759.518 presos no Brasil / 30,15% de presos provisórios;
- vagas do sistema prisional: 446.738.

b) Monitor da Violência – 2021 (G1/NEV/FBSP):³

- 746,8 mil presos no Brasil (incluindo presos provisórios, regime fechado, regime semiaberto, regime aberto, presos em delegacias e “presos em medida de segurança e internação” / 31,9% de presos provisórios;
- vagas do sistema prisional: 440,5 mil.

- *caos nacional*: STF: sistema penitenciário brasileiro como “*estado de coisas inconstitucional*”.⁴

¹ EPSJV. FIOCRUZ. Entrevista: Eugenio Raúl Zaffaroni. 15 jul. 2013. Disponível em: <<https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/cada-pais-tem-o-numero-de-presos-que-decide-politicamente-ter>>. Acesso em 01.06.2021.

² BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Sisdepen – Janeiro a Junho de 2020*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>>. Acesso em: 01.06.2021.

³ G1. *Monitor da Violência - 2021. População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>>. Acesso em: 01.06.2021.

⁴ STF - Tribunal Pleno - ADPF 347 MC/DF Rel. Min. Marco Aurélio – j. em 09.09.2015 – DJe 031 de 18.02.2016.

1. TEORIA GERAL DA PRISÃO

1.1. Conceito

- prisão como “a anulação da liberdade de deslocação física em qualquer direção, o permanecer (por ordem e/ou execução) num local estritamente circunscrito”.⁵

1.2. Espécies

1.2.1. Prisão Penal (em sentido amplo)

- “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado” (art. 283, *caput*, do CPP).

1.2.1.1. Prisão Pena ou Prisão Definitiva

- prisão como decorrência (ou efeito) de sentença penal condenatória transitada em julgado.

1.2.1.2. Prisão Processual, Provisória, Cautelar ou Prisão sem Pena

- prisão como medida cautelar excepcional⁶ à tutela do procedimento de investigação criminal ou do processo penal, seja na sua fase de conhecimento, seja na sua fase de execução (hipotética).

- *espécies*: prisão temporária (Lei n. 7.960/1989) e prisão preventiva (arts. 311-316 do CPP) / prisão em flagrante (arts. 301-310 do CPP) como pré-cautelar.

1.2.1.2.1. Execução Provisória ou Antecipada da Pena

a) condenação em segunda instância / pendente julgamento de recurso especial ou extraordinário: inconstitucional (STF: ADCs n. 43/DF, 44/DF e 54/DF⁷ X HC n.

⁵ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. 02 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 209.

⁶ STF – Segunda Turma - HC n. 80.379/SP – Rel. Min. Celso de Mello – j. em 18.12.2000 - DJ em 25.05.2001.

⁷ “PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória” (STF - Tribunal Pleno – ADCs 43/DF, 44/DF e 54/DF - Rel. Min. Marco Aurélio - j. em 07.11.2019 - DJe 270 de 11.11.2020).

126.292/SP⁸).

b) condenação no júri (art. 492, I, “e”, do CPP): pendente de julgamento pelo STF (RE 1.235.340/SC)⁹.

1.2.2. Prisão Extra Penal

1.2.2.1. Prisão Civil

- “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (art. 5º, LXVII, da CF).

a) inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia

- limitação¹⁰;

- apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP)¹¹;

- crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/1990).¹²

b) depositário infiel

- inconvencionalidade.¹³

- súmula vinculante n. 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

- súmula n. 419 do STJ: “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

1.3. Regras Gerais Sobre Prisão no Brasil

1.3.1. Mandado

- prisão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente

⁸ “CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal” (STF - Tribunal Pleno - HC 126.292/SP - Rel. Min. Teori Zavaski - j. em 17.02.2016 - DJe 100 de 17.05.2016).

⁹ STF – Tribunal Pleno – RE 1.235.340/SC – Rel. Min. Roberto Barroso - sob julgamento com repercussão geral reconhecida (tema 1068).

¹⁰ STF - Primeira Turma - HC 121.426/SP - Rel. Min. Marco Aurélio - j. em 14.03.2017 - DJe 062 de 28.03.2017.

¹¹ STF - Segunda Turma - ARE 1.220.322 AgR-ED/SP - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - j. em 13.12.2019 - DJe 019 de 31.01.2020.

¹² STF - Tribunal Pleno - ARE 999.425 ED/SC - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - j. em 24.08.2020 - DJe 280 de 25.11.2020.

¹³ STF - Tribunal Pleno - HC 87.585/TO - Rel. Min. Marco Aurélio - j. em 03.12.2018 - DJe 118 de 25.06.2009.

(art. 5º, LXI, da CF e art. 283 do CPP).

- exceções (sem mandado): prisão em flagrante (art. 302 do CPP) e recaptura de réu evadido (art.684 do CPP).¹⁴

1.3.2. Comunicação da Prisão

- *previsão constitucional*: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (art. 5º, LXII, da CF).

- *regramento infraconstitucional*: “A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou” (art. 289-A, § 3º, do CPP).

1.3.3. Direitos Fundamentais do Preso

a) Direito à Informação

- *previsão constitucional*: “o preso será informado de seus direitos” (art. 5º, LXIII, primeira parte, da CF).

- *regramento infraconstitucional*: “O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5o da Constituição Federal (...)” (art. 289-A, § 4º, primeira parte, do CPP).

b) Direito ao Silêncio

- *previsão constitucional*: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (art. 5º, LXIII, segunda parte, da CF).

c) Direito de Assistência

- *previsão constitucional*: “o preso será informado de seus direitos (...) sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (art. 5º, LXIII, terceira parte, da CF).

¹⁴ STJ - Sexta Turma - HC 144.699/TO - Rel. Min. Og Fernandes - j. em 04.10.2012 - DJe de 10.10.2012.

d) Direito de Identificação

- *previsão constitucional*: “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão” (art. 5º, LXIV, da CF)

1.3.4. Prisão Ilegal

- a) agente público (Lei 13.869/2019);
- b) particular (art. 148 do CP).

1.3.5. Tempo e Local da Prisão

- *regra infraconstitucional*: “a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio” (art. 283, § 2º, do CPP).

- *garantia constitucional de inviolabilidade domiciliar*: “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” (art. 5º, XI, da CF).

- *conceito legal de casa*: a) afirmativo: “a expressão ‘casa’ compreende: I - qualquer compartimento habitado; II - aposento ocupado de habitação coletiva; III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade” (art. 150, § 4º, do CP); b) negativo: “não se compreendem na expressão ‘casa’: I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior; II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero” (art. 150, § 5º, do CP).

- *prisão em flagrante e violação de domicílio*: “Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências: II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser” (art. 150, § 3º, II, do CP).

- *prisão por mandado e violação de domicílio*: “Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências: I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência” (art. 150, § 3º, I, do CP).

- *regra do CPP*: “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. Parágrafo único. O morador que se recusar a entregar o réu oculto em sua casa será levado à presença da autoridade, para que se proceda contra ele como for de direito” (art. 293 do CPP).

- *prisão por mandado em domicílio e necessidade (ou não) de ordem judicial para ingresso na residência*: a) desnecessária ordem específica, bastando o mandado de prisão¹⁵ (STJ)¹⁶; b) necessário, além do mandado de prisão, autorização judicial específica para ingresso em domicílio¹⁷.

- *período diurno e período noturno*: a) definição horária tradicional;¹⁸ b) definição horária revista (art. 22, § 1º, III, da Lei 13.869/2019); c) definição solar.

- *exceções quanto ao período eleitoral (Lei 4.737/1965)*:

a) *eleitor* (art. 236, *caput*, do Código Eleitoral): “nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto”.

b) *membros das mesas receptoras e fiscais de partido* (art. 236, § 1º, primeira parte, do Código Eleitoral): “Os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito”; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição” (art. 236, § 1º, do Código Eleitoral).

c) *candidatos* (art. 236, § 1º, segunda parte, do Código Eleitoral): “(...) não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição”.

1.3.6. Uso de Algemas

- Súmula Vinculante n. 11 do STF: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da

¹⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 363.

¹⁶ STJ – Quinta Turma – HC 559.652/MA – Rel. Min. Ribeiro Dantas – j. em 23.06.2020 – DJe de 26.06.2020.

¹⁷ “(...) se o mandado de prisão não vier acompanhado de uma autorização para a entrada no domicílio e autorização judicial, os executores nada poderão fazer. Restar-lhes-á, apenas, cercar a casa e providenciar a autorização judicial” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 3. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 408).

¹⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 363.

responsabilidade civil do Estado”.

1.3.7. Uso de Força (Estritamente) Necessária (arts. 284 e 292 do CPP)

A lei autoriza (excepcionalmente) o uso da força (física), inclusive contra terceiros, na medida necessária para que se possa concretizar a prisão. No entanto, prevê a formalização mediante auto próprio (auto de resistência), bem como a possibilidade de eventual responsabilização do agente público em caso de excesso.

1.3.8. Mandado de Prisão (arts. 285 e seguintes do CPP)

- noção geral (art. 285, caput, do CPP).
- formalidades (conteúdo) (art. 285, § único, do CPP).
- formalidades (execução):
 - exibição ao preso (art. 286 do CPP)
 - infração inafiançável (art. 287 do CPP)
 - exibição ao carcereiro ou ao diretor do estabelecimento prisional (art. 288 do CPP).
- prisão deprecada (art. 289 do CPP).

1.3.8.1. BNMP: Banco Nacional de Mandado de Prisão - CNJ (art. 289-A do CPP)

- *regramento legal*: “O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade” (art. 289-A do CPP).

- *mandado de prisão com difusão vermelha (red notice da Interpol)* (Instrução Normativa 01/2010 do CNJ):

- Art. 1º da Instrução Normativa 01/2010 do CNJ: “Os magistrados estaduais, federais, do eleitoral ou militares, juízes de primeiro grau, desembargadores ou juízes de segundo grau e ministros de tribunal superior, ao expedirem ordem de prisão por mandado ou qualquer outra modalidade de instrumento judicial com esse efeito, tendo ciência própria ou por suspeita, referência, indicação, ou declaração de qualquer interessado ou agente público, que a pessoa a ser presa está fora do país, vai sair dele ou pode se encontrar no exterior, nele indicarão expressamente essa circunstância. Parágrafo único: A medida referida no caput deste artigo deve ser adotada nos casos de ordem de prisão por decisão judicial criminal definitiva, de sentença de pronúncia ou de qualquer caso de prisão preventiva em processo crime”.

- Art. 2º da Instrução Normativa 01/2010 do CNJ: “O mandado de prisão

ou o instrumento judicial com esse efeito, contendo a indicação referida no artigo anterior, será imediatamente encaminhado, por cópia autenticada, ao Superintendente Regional da Polícia Federal - SR/DPF no respectivo estado, com vista à difusão vermelha”.

1.3.9. Prisão em Perseguição (art. 290 do CPP)

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

1.3.10. Momento da Prisão (art. 291 do CPP)

1.4. Audiência de Custódia

1.4.1. Previsões Internacionais

- art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

- art. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.

- art. 5.3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos: “Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar

condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo”.

- Princípios 11.1 e 37 do Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas sujeitas a qualquer forma de Detenção ou Prisão de 1988: “Um indivíduo não deverá ser mantido detido sem que lhe seja dada oportunidade de ser ouvido prontamente por uma autoridade judicial ou outra (...)”; “Um indivíduo detido sob acusação criminal deverá ser trazido perante uma autoridade judicial ou outra prevista em lei, logo após a sua prisão. Essa autoridade deverá decidir, sem demora, sobre a legalidade e a necessidade da detenção. Nenhum indivíduo poderá ser mantido sob detenção enquanto a investigação ou o julgamento estiver pendente, exceto por ordem escrita de tal autoridade. Quando trazido perante uma autoridade, o indivíduo detido deverá ter o direito de fazer uma declaração sobre o tratamento recebido durante a custódia”.

1.4.2. Previsões Nacionais

- Resolução nº 213 de 15/12/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) + CPP (após Lei n. 13.964/19) (arts. 287 e 310 do CPP).

- em caso de *prisão por mandado*: o preso, sendo a infração inafiançável (ou afiançável – acrescenta a doutrina), “será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia” (art. 287, segunda parte, do CPP).

- em caso de *prisão em flagrante*: “após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público (...)” (art. 310, *caput*, do CPP).

1.4.3. Natureza Jurídica

- “direito subjetivo do preso”.¹⁹

1.4.4. Finalidades

- são basicamente duas: i) verificação da condição física e moral do preso, de modo a promover eventual responsabilização em face de supostas violências (ilegais) praticadas quando da detenção; b) controlar a legalidade da prisão e a necessidade

¹⁹ STF - Segunda Turma - HC 186.421/SC - Rel. Min. Celso de Mello - Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin - j. em 20.10.2020 - DJe 273 de 16.11.2020; STF - Primeira Turma - Rcl 46381 AgR/DF - Rel. Min. Rosa Weber - j. em 03.05.2021 - DJe 087 de 06.05.2021.

(ou não) de sua manutenção.²⁰

1.4.5. Aplicação

- incidência a qualquer tipo de prisão.²¹

1.4.6. Sanções pela Não Realização da Audiência de Custódia

- *responsabilização pessoal*: “A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão” (art. 310, § 3º, do CPP);

- *ilegalidade da prisão no caso de flagrante*: “Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva” (art. 310, § 4º, do CPP) / eficácia suspensa²².

- relativização suprema.²³

2. PRISÃO EM FLAGRANTE (arts. 301/310, CPP)

2.1. Noções Gerais e Conceito.

- *etimologia*: remete à ideia de algo queimante (ou ardente)²⁴ e, de igual modo, manifesto²⁵ (ou evidente).

- *definição clássica*: “flagrante delicto significa o delicto ainda queimante, o momento mesmo da perpetração – a plena posse da evidencia, a evidencia absoluta, o facto que acaba de commetter-se, que acaba de ser provado, que foi visto e ouvido e, em presença do qual, seria absurdo ou impossível nega-lo” (Nogent-Saint-

²⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Análise Crítica da Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011: proposta à luz de modelos estrangeiros e da Convenção Americana de Direitos Humanos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 129.

²¹ STF - Decisão Monocrática - Rcl 29.303 AgR/RJ - Rel. Min. Edson Fachin - j. em 10.12.2020 – DJe 291 de 11.12.2020. Também em relação às prisões preventivas: STF - Decisão Monocrática - Rcl 35.148/CE - Rel. Min. Alexandre de Moraes - j. em 11.06.2019 – DJe 128 de 12.06.2019; STF - Decisão Monocrática - Rcl 34.835/RJ - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - j. em 22.05.2019 – DJe 109 de 23.05.2019.

²² STF - Min. Luiz Fux - ADI/MC 6298 6299 6300 6305/DF - j. em 22.01.2020.

²³ STF – Primeira Turma - Rcl 46.045 AgR/PR – Rel. Min. Dias Toffoli – j. em 12.05.2021 – DJe 107 de 04.06.2021. Na mesma linha: STF – Primeira Turma - HC 196.846/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio – j. em 22.03.2021 – DJe 070 de 13.04.2021.

²⁴ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. 02 ed. v. 1. São Paulo: Francisco Alves & Cia, 1911, p. 280; BRANCO, Tales Castelo. *Da Prisão em Flagrante*. 04 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 16.

²⁵ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1354.

Laurents).²⁶

2.2. Fases ou Momentos da Prisão em Flagrante

- a) captura;
- b) condução imediata;
- c) tríplice comunicação imediata da prisão: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (art. 306, *caput*, do CPP);
- d) lavratura do auto de prisão em flagrante;
- e) entrega da nota de culpa ao preso em até 24 horas após a prisão captura: “No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas”. (art. 306, § 2º, do CPP).
- f) recolhimento ao cárcere ou concessão de liberdade mediante fiança (prestação ou dispensa);
- g) remessa, em até 24 horas após a prisão captura, do auto de prisão em flagrante: “Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública” (art. 306, § 1º, do CPP).

2.3. Natureza Jurídica da Prisão em Flagrante

- a) espécie de detenção administrativa;²⁷
- b) medida pré-cautelar;²⁸
- c) espécie de prisão cautelar²⁹.

2.4. Sujeitos da Prisão em Flagrante

2.4.1. Sujeito Ativo: condutor (art. 301 do CPP).

²⁶ MALTA, Tostes. *Do Flagrante Delicto*. Rio de Janeiro: Edição da Revista A Epoca, 1930, p. 17.

²⁷ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Teoria Constitucional do Direito Processual Penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005, p. 805.

²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 602.

²⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 4. Campinas: Bookseller, 1997, p. 40.

2.4.2. Sujeito Passivo: conduzido

Regra Geral: qualquer pessoa.

2.4.2.1. Exceções: Não podem ser presos em flagrante (dispensa de flagrante):

- a) Menor de Idade (arts. 171 e ss. da Lei n. 8.069/90);
- b) Presidente da República (art. 86, § 3º, da CF);
- c) Diplomatas Estrangeiros (imunidade diplomática);
- d) Autor de acidente automobilístico culposo que preste pronto e integral socorro à vítima (art. 301 do CTB/Lei n. 9.503/97);
- e) Autor de infração penal de menor potencial ofensivo (art. 69, § único, da Lei n. 9.099/95);
- f) Usuário de Drogas (arts. 28 e 48, § 2º, da Lei n. 11.343/06).

2.4.2.2. Exceções: Podem ser presos em flagrante apenas nos crimes inafiançáveis:

- a) membros do Congresso Nacional: Senador e Deputado Federal (art. 53, § 2º, CF);
- b) Deputados Estaduais ou Distritais (art. 27, § 1º, CF);
- c) magistrados e membros do Ministério Público (art. 33 da LC n. 35/79 e art. 40, III, da Lei n. 8.625/93);
- d) advogados no exercício da profissão (art. 7º, IV, da Lei n. 8.906/94).

2.5. Espécies de Flagrante

2.5.1. Art. 302 do CPP

a) *Flagrante Próprio ou flagrante propriamente dito, real, verdadeiro ou perfeito* (art. 302, I e II, do CPP: “Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la”).

b) *Flagrante Impróprio ou flagrante irreal, imperfeito ou “quase-flagrante”* (art. 302, III, do CPP: “Considera-se em flagrante delito quem: III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”).

c) *Flagrante Presumido ou flagrante ficto ou assimilado* (art. 302, IV, do CPP: “Considera-se em flagrante delito quem: IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.”).

2.5.2. Flagrante Compulsório (ou obrigatório) X Flagrante Facultativo

2.5.3. Flagrante Preparado ou Provocado

- também chamado delito de ensaio, delito de experiência ou delito putativo por obra do agente provocador.
- súmula n. 145 do STF.

2.5.4. Flagrante Esperado

2.5.5. Flagrante Prorrogado ou Retardado

- também denominado de flagrante diferido, postergado ou ação controlada.
- art. 4º-B da Lei n. 9.613/98 (Lei de Lavagem de Capitais) e art. 53, II, c.c. § único, da Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas) *depende de autorização judicial*
- arts. 3º, III, 8º e 9º, todos da Lei n. 12.850/13 (Lei de Organização Criminosa) *supervisão judicial*

2.5.6. Flagrante Forjado ou Flagrante Maquinado, Fabricado ou Urdido

2.6. O Flagrante nos mais diversos tipos de crimes:

- a) Crime Permanente (art. 303 do CPP)
- b) Crime Habitual
- c) Crime Formal
- d) Crimes de Ação Penal Privada ou Pública Condicionada
- e) Causas Justificantes (art. 310, § 1º, do CPP).

- art. 310, § 1º, do CPP: “Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação”.

- súmula nº 8 do I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo: “Constitui poder-dever do Delegado de Polícia reconhecer eventual causa de exclusão de ilicitude e, fundamentadamente, abster-se de elaborar auto de prisão em flagrante delito em desfavor do indivíduo autor do fato meramente típico, sem prejuízo da imediata instauração de inquérito policial”.³⁰

³⁰ I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo: Repercussões da Lei n. 12.830 na Investigação Criminal. São Paulo: Acadepol, 26 de setembro de 2013.

2.7. Flagrante de Bagatela

- questão sobre a aplicação do princípio (ou critério) da insignificância pelo delegado de polícia.

- *doutrina favorável*: Alexandre Morais da Rosa e Salah Hassan Khaled Jr.³¹, André Luiz Nicolitt³², Aury Lopes Jr.³³, Cleber Masson³⁴, Francisco Sannini³⁵, Guilherme de Souza Nucci³⁶, Guilherme Merolli³⁷, Leonardo Marcondes Machado³⁸ e Rafael Moraes³⁹.

* *posicionamento*: “É evidente que o delegado de polícia não só pode como deve garantir a liberdade em situações de bagatela. Não pode haver ‘auto de prisão em flagrante delito’ se não há crime. Ninguém pode ser preso se o fato não constitui injusto penal. O princípio (ou critério) da insignificância exclui justamente a natureza criminosa do fato, uma vez que afasta a tipicidade (material). Abusivo mesmo seria o delegado prender alguém por fato atípico”.⁴⁰

2.8. Procedimento do Flagrante (arts. 304 a 309 do CPP)

2.8.1. Standard Flagrancial (art. 304, § 1º, do CPP)⁴¹

- *standard* probatório⁴² ou informativo necessário à lavratura do auto de prisão em flagrante.

³¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre; KHALED JÚNIOR, Salah. *Neopenalismo e Constrangimentos Democráticos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 69-72.

³² NICOLITT, André. O delegado de polícia e o juízo de tipicidade: um olhar sob a ótica da insignificância. In: CASARA, Rubens R. R.; LIMA, Joel Corrêa de (org). *Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 127-131.

³³ LOPES JR., Aury. *Controle da Insignificância pela Polícia e de Não Realização da Prisão em Flagrante em caso de Manifesta Causa de Exclusão da Ilicitude*. Disponível em: “http://www.adpf.org.br/adpf/admin/painelcontrole/materia/materia_portal.wsp?tmp.edt.materia_codigo=7192&wi.redirect=C36X3D3UOBO4PP9M6OK6#”. Publicado em 11 de dezembro de 2014. Acesso em 04.02.2019.

³⁴ MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018, p. 48-49.

³⁵ SANNINI NETO, Francisco. *Inquérito Policial e Prisões Provisórias: teoria e prática de polícia judiciária*. 01 ed. São Paulo: Ideias&Letras, 2014, p. 202-206.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 545-546.

³⁷ MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos Críticos de Direito Penal: dos princípios penais de garantia*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 319.

³⁸ MACHADO, Leonardo Marcondes. *Manual de Inquérito Policial*. 01 ed. Belo Horizonte: Editora CEL, 2020, p. 217-230.

³⁹ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em Flagrante Delito Constitucional*. São Paulo: Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 250-256.

⁴⁰ MACHADO, Leonardo Marcondes. *Manual de Inquérito Policial...*, p. 227-228.

⁴¹ MACHADO, Leonardo Marcondes. *Standard Informativo da Prisão em Flagrante*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-28/academia-policia-standard-informativo-prisao-flagrante>>.

⁴² LAUDAN, Larry. Por qué un Estándar de Prueba Subjetivo y Ambiguo no es un Estándar. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, p. 95-113, 2005, p. 104.

- *base legal*: art. 304, § 1º, do CPP: “resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja”.

- polêmica “fundada suspeita”.⁴³

- *releitura constitucional*: epistemologia jurídica + garantias processuais penais (presunção de inocência).

2.9. Função Jurisdicional de Controle da Prisão em Flagrante (art. 310 do CPP)

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

I - relaxar a prisão ilegal (art. 5º, LXV, da CF); ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança”.

3. MEDIDAS CAUTELARES (PESSOAIS) NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.1. Medidas Cautelares Penais

- discurso tradicional (caráter instrumental)⁴⁴ X visão crítica (abandono da doutrina civilista de Calamandrei)⁴⁵.

- *regramento processual penal*: inexistência de um processo penal cautelar no CPP de 1941, porém de medidas cautelares.

3.2. Características Gerais da Tutela Cautelar e sua Relação com o Processo Penal

A doutrina costuma ressaltar as seguintes características das medidas (ou provimentos) cautelares: a) jurisdicionalidade; b) motivação; c) instrumentalidade hipotética; d) acessoriedade; e) preventividade; f) sumariedade; g) provisoriedade; h)

⁴³ FREITAS, Felipe da Silva. *Racismo e Polícia: uma discussão sobre mandato policial*. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020, p. 159.

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 4. Campinas: Bookseller, 1997, p. 31-32

⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 584.

provisionalidade (art. 282, §§ 4º e 5º, do CPP); i) referibilidade; j) contraditorialidade (art. 282, § 3º, do CPP); k) proporcionalidade (arts. 282 e 283, § 1º, do CPP); l) cumulatividade possível (art. 282, § 1º, do CPP).

3.3. Legalidade (Processual Penal) e Poder Geral de Cautela

- questão formulada a respeito de um “*poder cautelar geral*”.⁴⁶
- *(in)existência no campo penal?* doutrina pela inaplicabilidade⁴⁷ / jurisprudência do STF (divergência)⁴⁸⁴⁹.

4. PRISÃO PREVENTIVA (arts. 311/316 do CPP)

4.1. Introdução

- *noção geral*: toda “privação de liberdade física, antes da condenação transitada em julgado, praticada com fins processuais e por determinação judicial”.⁵⁰
- mal necessário⁵¹ X visão crítica⁵².
- *tema deprimente*⁵³ do processo penal.

4.2. Cabimento/Momento

- art. 311 do CPP.

4.3. Decretação

- art. 311 do CPP.
- vedação à decretação de ofício (Lei n. 13.964/2019), inclusive quando se tratar de conversão da prisão em flagrante em preventiva (STF⁵⁴ e STJ⁵⁵⁵⁶).
- *superção* (ou invalidade) da iniciativa judicial prevista na Lei Maria da

⁴⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 77.

⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 585-587.

⁴⁸ STF - HC 189507 AgR / MG – Segunda Turma - Voto Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin – j. em 04.11.2020 – DJe 287 de 04.12.2020; STF - HC 75.662/SP – Segunda Turma - Rel. Min. Marco Aurélio – j. em 03.03.1998 – DJ de 17.04.1998.

⁴⁹ STF - ARE 1.226.891 AgR/SP – Segunda Turma - Voto Rel. Min. Celso de Mello – j. em 04.05.2020 – DJe 123 de 18.05.2020.

⁵⁰ ROCHA, João Luís de Moraes. *Ordem Pública e Liberdade Individual: um estudo sobre a prisão preventiva*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 16-17.

⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 3. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 476.

⁵² BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 153.

⁵³ CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. Roma: UTET, 1986, p. 262.

⁵⁴ STF – Segunda Turma - HC 192.532 AgR/GO – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. em 24.02.2021 – DJe-038 de 01.03.2021.

⁵⁵ STJ – Terceira Seção - RHC 131.263/GO – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – j. em 24.02.2021 – DJe de 15.04.2021.

⁵⁶ STJ. *Jurisprudência em Teses*. Enunciado n. 7. Edição n. 184 (Do Pacote Anticrime). Brasília, 21 jan. 2022.

Penha: revogação tática do art. 20 da Lei n. 11.340/06 pela Lei n. 13.964/2019.⁵⁷

- *relativização jurisprudencial* sobre vício na decretação de ofício em face de posterior provocação ministerial ou policial (STJ).⁵⁸

4.4. Características Fundamentais da Prisão Preventiva

A prisão preventiva, além de se submeter às características gerais das medidas cautelares, apresenta traços distintivos próprios: a) excepcionalidade (art. 282, § 6º, do CPP); b) proporcionalidade (art. 313, § 2º, do CPP); c) contemporaneidade⁵⁹ (arts. 313, § 2º e 315, § 1º, ambos do CPP).

* *Lei 13.964/2019: reforço quanto ao dever de fundamentação* na decretação da preventiva: *motivação concreta*⁶⁰ e *autêntica + relação de contemporaneidade*⁶¹.

- *motivações inautênticas/inválidas*: não se considera fundamentada, conforme art. 315, § 2º, do CPP, qualquer decisão judicial que: “I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

4.5. Pressupostos (art. 312 do CPP)

⁵⁷ STJ – Sexta Turma - AgRg no RHC 142.376/MG – Rel. Min. Olindo Menezes (Des. Convocado do TRF 1ª Região) – j. em 01.06.2021 – DJe de 08.06.2021; STJ – Sexta Turma - AgRg no AgRg no RHC 131.667/MT– Rel. Min. Olindo Menezes (Des. Convocado do TRF 1ª Região) – j. em 27.04.2021 – DJe de 30.04.2021.

⁵⁸ STJ. *Jurisprudência em Teses*. Enunciado n. 8. Edição n. 184 (Do Pacote Anticrime). Brasília, 21 jan. 2022.

⁵⁹ STJ – Sexta Turma - RHC 67.534/RJ – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – j. em 17.03.2016 – DJe de 31.03.2016; STF – Primeira Turma - HC 126.815/MG – Rel. Min. Marco Aurélio – Rel. do acórdão Min. Edson Fachin – j. em 04.08.2015 – DJe 169 de 27.08.2015.

⁶⁰ STJ - Sexta Turma - HC 509.030/RJ - Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro - j. em 14.05.2019 - DJe de 30.05.2019.

⁶¹ STJ - Sexta Turma - PExt no HC 442.954/RJ - Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - j. em 18.10.2018 - DJe de 19.11.2018.

4.5.1. *Fumus Comissi Delicti*

- a) prova da existência do crime;
- b) indícios suficientes de autoria.

4.5.2. *Periculum Libertatis*

- a) garantia da ordem pública;
- b) garantia da ordem econômica;
- c) conveniência da instrução criminal;
- d) garantia quanto à aplicação da lei penal.

4.6. Requisitos/Condições de Admissibilidade

a) art. 313, I, do CPP: “nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos”;

b) art. 313, II, do CPP: “se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal”;

c) art. 313, III, do CPP: “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”;

d) art. 312, § 1º, do CPP: “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)”;

e) art. 310, II, do CPP: “Após receber o auto de prisão em flagrante (...), o juiz deverá, fundamentadamente: converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”;

f) Art. 313, § 1º, do CPP: “Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida”;

g) Art. 366, *caput*, do CPP - “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312”.

4.7. Vedação: Excludente de Ilicitude

- art. 314 do CPP: “A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal”.

4.8. Apresentação Espontânea

- revogado art. 317 do CPP.

4.9. Provisoriedade, Provisionalidade e Revisão Periódica da Medida

- *prisão situacional*: “O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” (art. 316, *caput*, do CPP).

- *dever judicial de reavaliação periódica da medida decretada*: “Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal” (art. 316, § único, do CPP).

- *relativização jurisprudencial*: a) quanto aos entes obrigados (inaplicabilidade aos Tribunais quando órgão revisor - STJ⁶²); b) quanto ao prazo e as consequências pelo descumprimento (STF⁶³ e STJ⁶⁴).

4.10. Motivação (art. 315 do CPP e art. 93, IX, da CF)

4.11. Prazo

- inexistência de lapso temporal máximo de duração previsto em lei.
- sobre excesso de prazo (súmulas números 21, 52 e 64 do STJ).

⁶² STJ. *Jurisprudência em Teses*. Enunciado n. 6. Edição n. 184 (Do Pacote Anticrime). Brasília, 21 jan. 2022.

⁶³ STF – Tribunal Pleno - SL 1395 MC-Ref/SP – Rel. Min. Luiz Fuz – j. em 15.10.2020 – DJe 021 de 03.02.2021.

⁶⁴ STJ. *Jurisprudência em Teses*. Enunciado n. 5. Edição n. 184 (Do Pacote Anticrime). Brasília, 21 jan. 2022.

5. PRISÃO TEMPORÁRIA (Lei n.º 7.960/1989)

5.1. Noção Geral

5.1.1. Introdução (Polêmica): prender para investigar?

- *motivação declarada*: “preocupação com a complexidade das investigações de determinadas infrações penais, mais gravemente apenadas”.⁶⁵

- *visão crítica*: “abusiva prática policial de encarceramento de suspeito previamente à conformação de indícios de autoria da prática delituosa”.⁶⁶

5.1.2. Conceito

- prisão penal, com natureza dita cautelar, duração legalmente fixada, cabível apenas na fase investigatória preliminar, em face de certas e determinadas infrações penais.⁶⁷

5.2. (In)Constitucionalidade?

- origem na Medida Provisória n. 111/1989, posteriormente convertida na Lei n. 7.960/1989.

- *questionamentos* (possíveis) de inconstitucionalidade: vício formal ou de iniciativa e violação material (proporcionalidade/presunção de inocência).

- *doutrina*: a) pela *inconstitucionalidade* (não convalidada em face da posterior conversão em lei): Paulo Rangel⁶⁸, Rômulo de Andrade Moreira⁶⁹, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar⁷⁰; b) pela *constitucionalidade*: Marcellus Polastri Lima⁷¹.

- *STF*: ADI 162/DF (julgou a questão prejudicada) / ADI 4109 (aguardando julgamento).

⁶⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 536.

⁶⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 223. Na mesma linha crítica: GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 128; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 676-677.

⁶⁷ Na jurisprudência do STF: STF – Segunda Turma – HC 102.974/SP – Rel. Min. Ellen Gracie – j. em 14.12.2010 – DJe 024 de 04.02.2011; STF – Segunda Turma – RHC 92.873/SP – Rel. Min. Joaquim Barbosa – j. em 12.08.2008 – DJe de 18.02.2008.

⁶⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 843-844.

⁶⁹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Curso Temático de Direito Processual Penal*. 02 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 365.

⁷⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Processo Penal e Execução Penal*. 16 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 987.

⁷¹ LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. v. II. 04 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 109-110.

5.3. Cabimento

- admissível em *outros procedimentos de investigação criminal* para além do inquérito policial?

5.4. Decretação / Legitimados Ativos

- art. 2º, caput, da Lei n. 7.960/1989;
- art. 2º, § 1º, da Lei n. 7.960/1989.

5.5. Prazo da Prisão

- regra geral: art. 2º, *caput*, da Lei n. 7.960/1989.
- exceção: crimes hediondos (art. 2º, § 4º, da Lei n. 8.072/1990).
- referência temporal expressa no próprio mandado: art. 2º, § 4º-A, da Lei n. 7.960/1989.
- regra de contagem: inclusão do dia inicial (art. 2º, § 8º, da Lei n. 7.960/1989).
- lapso prisional e prazo para conclusão do inquérito policial.
- liberação imediata: “decorrido o prazo contido no mandado de prisão, a autoridade responsável pela custódia deverá, independentemente de nova ordem da autoridade judicial, pôr imediatamente o preso em liberdade, salvo se já tiver sido comunicada a prorrogação da prisão temporária ou a decretação da prisão preventiva” (art. 2º, § 7º, Lei n. 7.960/1989) / sob pena de abuso de autoridade (art. 12, § único, IV, da Lei n. 13.869/2019).
- soltura antecipada: possibilidade jurisdicional e controvérsia policial (divergência doutrinária: Lopes Jr⁷² X Nucci⁷³).

5.6. Hipóteses Legais e Requisitos/Fundamentos

“Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado 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 (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

⁷² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 678.

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal...*, p. 532.

- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único) (transformado em estupro pela Lei n.º 12.015/09 / readequação típica, e não “abolitio criminis”);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único) (abolido pela Lei n.º 11.106/05)
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n.º 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976) (atual art. 33 da Lei n. 11.343/06);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986)
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo (Incluído pela Lei n.º 13.260, de 2016)”.

Obs. Também deve-se incluir no rol de crimes que autorizam a prisão temporária os delitos hediondos próprios e por equiparação (art. 2º, § 4º, da Lei n. 8.072/1990).

a) *Primeira corrente* (Julio Fabbrini Mirabete⁷⁴) afirma que os requisitos são alternativos (inciso I ou inciso II ou inciso III).

b) *Segunda corrente* (posição inicial de Antonio Scarance Fernandes⁷⁵), estabelece que os requisitos são cumulativos e que todos devem estar presentes para que seja decretada a temporária (inciso I + inciso II + inciso III). Inviabiliza, na prática, a aplicação da lei.

c) *Terceira corrente* (Vicente Greco Filho⁷⁶) entende que os requisitos gozam de

⁷⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 393-394.

⁷⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Prisão Temporária e “Fermo”: estudo comparativo. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 79-89, jul./set. 1992.

⁷⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 09 ed. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 305-306.

alternatividade mitigada, uma vez que o juiz só poderá decretar a prisão temporária se possível cumular quaisquer dos incisos da prisão temporária com as hipóteses de prisão preventiva ou se possível cumular os incisos da prisão temporária entre si.

d) *Quarta corrente e majoritária* (Antônio Scarance Fernandes (posição revista)⁷⁷, Fernando da Costa Tourinho Filho⁷⁸, Guilherme de Souza Nucci⁷⁹ e Paulo Rangel⁸⁰), afirma que, como em toda prisão cautelar, devem estar presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Na temporária, o *periculum libertatis* encontra-se no art. 1.º, incisos I ou II, da Lei n. 7.960/1989, ao passo que o *fumus comissi delicti* no art. 1.º, inciso III, da Lei 7.960/1989. O juiz, portanto, no caso concreto, vai decretar a temporária se estiverem presentes: o inciso III combinado com o inciso I ou o inciso III combinado com o inciso II.

e) *Quinta corrente* (Aury Lopes Jr.,⁸¹ Luiz Flávio Gomes⁸² e Marcellus Polastri Lima⁸³), afirma que a presença cumulativa dos incisos I e III é indispensável para a decretação da prisão temporária, sendo o inciso II meramente subsidiário (contingencial ou redundante). Em suma: inciso I + inciso III (inciso II dispensável).

f) *Sexta corrente* (Elmir Duclerc⁸⁴) não admite a incidência da prisão temporária em nenhum dos incisos (os quais seriam passíveis de análise da prisão preventiva).

5.7. Procedimento

- fase de investigação preliminar;
- requerimento do MP ou representação da autoridade policial;
- plantão: “Em todas as comarcas e seções judiciárias haverá um plantão permanente de vinte e quatro horas do Poder Judiciário e do Ministério Público para apreciação dos pedidos de prisão temporária” (art. 5º da Lei n. 7.960/1989).
- motivação e prazo para deliberação judicial: “O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e

⁷⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 07 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 303-304.

⁷⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 3. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 470-471.

⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal...*, p. 532.

⁸⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22 ed..., p. 845-846.

⁸¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 679-681.

⁸² GOMES, Luiz Flávio. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: IELF, 2005, p. 248.

⁸³ LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. v. II. 04 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 110-114.

⁸⁴ DUCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal*. 03 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 421-422.

quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento” (art. 2º, § 2º, da Lei n. 7.960/1989);

- expedição de mandado: “Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa” (art. 2º, § 4º, Lei n. 7.960/1989);

- conteúdo obrigatório do mandado: “O mandado de prisão conterá necessariamente o período de duração da prisão temporária estabelecido no caput deste artigo, bem como o dia em que o preso deverá ser libertado” (art. 2º, § 4º-A, da Lei n. 7.960/1989);

- execução da prisão: “A prisão somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial” (art. 2º, § 5º, da Lei n. 7.960/1989).

- ciência dos direitos básicos: “Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal” (art. 2º, § 6º, da Lei n. 7.960/1989);

- local de cumprimento/separação: “Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos” (art. 3º da Lei n. 7.960/1989).

- fiscalização judicial: “O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito” (art. 2º, § 3º, da Lei n. 7.960/1989);

- decorrido o prazo legal (e judicial): liberdade imediata.

5.8. Quadro Comparativo

<i>Prisão Temporária</i>	<i>Prisão Preventiva</i>
prevista em lei especial;	prevista no CPP;
só pode ser decretada durante a fase investigatória preliminar;	pode ser decretada na fase investigatória preliminar e na fase processual;
tem prazo determinado.	não tem prazo determinado.