

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**

**SORAIA DA CÁS**

**O CONTROLE JURISDICIONAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE**

**Porto Alegre**

**2010**

**SORAIA DA CÁS**

**O CONTROLE JURISDICIONAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE**

Trabalho de conclusão do curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**Orientador: prof. Danilo Knijnik**

**Porto Alegre  
2010**

**SORAIA DA CÁS**

**O CONTROLE JURISDICIONAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE**

Trabalho de conclusão do curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

---

Prof. Danilo Knijnik  
Presidente da Comissão

---

Prof. Tupinambá Pinto de Azevedo  
Membro da Comissão

---

Prof. Odone Sanguiné  
Membro da Comissão

Conceito: A

Porto Alegre, 01 de julho de 2010.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao mestre Danilo Knijnik. Pela confiança que me foi depositada quanto a este trabalho e pela sabedoria compartilhada, não somente aqui, como em todas as aulas por ele ministradas. Sua visão do direito abriu minha própria visão para o direito e possibilitou uma análise antes não realizada.

Agradeço aos meus pais, pelo amor e pelos ensinamentos. Pelo exemplo que deram a mim e à minha irmã de perseverança e garra, nos mostrando que com dedicação e trabalho é possível alcançar todos os nossos objetivos. Agradeço ao meu pai por sempre ter priorizado nossa educação, acreditando em nosso potencial. À minha mãe pelo cuidado constante, o zelo e preocupação que sempre nos dedicou. À minha irmã pelo carinho, a amizade e pelos momentos de descontração em meio à confecção deste trabalho, sem os quais tudo teria sido bem mais difícil. Agradeço também ao Conrado, que esteve ao meu lado todo o tempo, ouvindo minhas constantes dúvidas e me dando apoio em tempo integral, sempre sabendo o que eu precisava.

Por fim, agradeço aos amigos, para os quais tive de estar ausente nesse tempo, pela compreensão e carinho. Tanto aos da velha infância, que até hoje estão presentes – mostrando que a falta de convivência não esmaece um sentimento verdadeiro –, quanto àqueles que conquistei nesse período acadêmico.

## **RESUMO**

Este trabalho tem o intuito de analisar a questão do controle efetuado pelo juiz quando da prisão em flagrante. Para tanto, far-se-á uma breve análise das prisões em geral, focalizando na prisão em flagrante, observando seus fundamentos de legitimidade e hipóteses de cabimento. Com base nesses conceitos, será debatida a análise feita pelo magistrado da constitucionalidade/legalidade da prisão em flagrante, bem como a investigação da necessidade de manutenção da privação de liberdade através de uma prisão preventiva. Para completar o estudo, serão observadas jurisprudências recentes dos mais altos Tribunais, a fim de constatar a aplicação desses critérios.

## **ABSTRACT**

The aim of this study is to discuss the control that it's done by the judge when concerning the citizen's arrest. Therefore, it will be done a brief analysis of the arrests in general, focusing in the citizen's arrest, its legitimacy basis and suitability hypothesis. Based on these concepts, the judgment about the legality of the citizen's arrest done by the magistrate will be debated, as well as the necessity of maintenance of the restriction of freedom through a provisional arrest. To complete the study, recent jurisprudence of the highest Courts will be considered, in order to observe the application of these criteria.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>I. ASPECTOS GERAIS DA PRISÃO EM FLAGRANTE</b> .....	10
<b>1. PRISÕES NO DIREITO BRASILEIRO: MODALIDADES E FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDADE</b> .....	10
<b>1.1. Das prisões em geral</b> .....	10
<b>1.2. Prisão Provisória</b> .....	12
1.2.1. Legitimidade da prisão provisória .....	13
1.2.2. Procedimento da prisão .....	15
1.2.3. Prisão preventiva .....	19
1.2.4. Prisão temporária .....	29
1.2.5. Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível .....	32
1.2.6. Prisão decorrente de pronúncia .....	33
1.2.7. Incomunicabilidade .....	34
<b>2. PRISÃO EM FLAGRANTE</b> .....	35
<b>2.1. Conceito</b> .....	36
<b>2.2. Fundamento</b> .....	38
<b>2.3. Espécies de Flagrante</b> .....	41
2.3.1. Flagrante próprio .....	42
2.3.2. Flagrante impróprio .....	42
2.3.3. Flagrante presumido .....	43
2.3.4. Flagrante obrigatório e flagrante facultativo .....	46
2.3.5. Flagrante preparado ou provocado .....	46
2.3.6. Flagrante esperado .....	47
2.3.7. Flagrante prorrogado ou retardado .....	48
2.3.8. Flagrante forjado .....	48
2.3.9. Flagrante nas várias espécies de crime .....	49
<b>2.4. Sujeitos da prisão em flagrante</b> .....	52
<b>2.5. Requisitos formais da prisão em flagrante</b> .....	54
<b>II. O CONTROLE JURISDICIONAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE</b> .....	
<b>1. OBJETO DO CONTROLE JURISDICIONAL</b> .....	67
<b>1.1. Análise da legalidade/constitucionalidade da prisão em flagrante</b> .....	68

<b>1.2. Análise da necessidade de manutenção da restrição à liberdade de locomoção</b>	71
1.2.1. Artigo 310 do CPP .....	71
1.2.2. Vedação de liberdade provisória .....	74
1.2.3. Necessidade de motivação .....	76
<b>1.3. Princípios Constitucionais Norteadores .....</b>	<b>77</b>
<b>2. MEIOS DE IMPUGNAÇÃO RELACIONADOS À PRISÃO EM FLAGRANTE .....</b>	<b>79</b>
<b>2.1. Habeas Corpus: origem, natureza jurídica e hipóteses de cabimento .....</b>	<b>80</b>
<b>2.2. Análise de jurisprudência acerca da aplicação do habeas corpus em matéria de prisão em flagrante .....</b>	<b>86</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>91</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>93</b>

## INTRODUÇÃO

A prisão constitui-se na maior restrição à liberdade de locomoção possível. Desde tempos quase imemoriais é utilizada pelo ser humano. O que antes era usado apenas para animais, passou a ser usado também para o próprio homem.

O aumento das populações, da criminalidade e dos próprios encarcerados, levou a esfera estatal a criar diferentes categorias de prisão. Além da prisão decorrente de uma sentença condenatória irrecorrível, o Estado deparou-se com a necessidade de prisões que socorressem ao processo mesmo, as chamadas prisões cautelares.

Por ser privação de liberdade de locomoção sem condenação definitiva, a prisão cautelar precisa estar cercada de pressupostos que garantam que os direitos fundamentais do acusado não serão violados, sob pena de desvirtuamento da atual visão do Processo Penal. Assim, as chamadas prisões provisórias *lato sensu* sustentam-se apenas na medida de sua essencialidade.

No que diz respeito especificamente à prisão em flagrante, por ser possível a sua realização por qualquer do povo, deve haver maior cautela quanto à sua efetuação. Por isso, somente será aceitável uma prisão em flagrante ocorrida nos estreitos limites das hipóteses legais, e que perdurará por tempo exíguo.

O presente trabalho foi dividido em duas partes. A primeira apresenta uma visão geral das prisões, delimitando seus fundamentos de legitimidade e, quanto à prisão em flagrante, aprofundando seu estudo para apresentar suas diferentes nuances, hipóteses de cabimento e procedimento. A segunda parte detém-se especificamente no controle que o magistrado faz da prisão em flagrante e a delimitação de seu objeto de apreciação, desde a legalidade da prisão até a observação da efetiva necessidade de eventual prisão preventiva como forma de manutenção da restrição de liberdade.

O principal objetivo do presente trabalho está em reexaminar a parêmia de que *o flagrante prende por si só*, demonstrando que ela somente subsiste até a análise pela autoridade judiciária de sua conformidade legal. A partir desse momento, qualquer restrição da liberdade de locomoção do indivíduo somente se sustentará se presentes os requisitos da prisão preventiva.

Partindo de tais premissas, se tentará demonstrar o que deve ser analisado pelo magistrado quando do recebimento do auto de prisão em flagrante e os princípios constitucionais envolvidos nessa decisão. Ainda, se analisará a maneira como a jurisprudência vem enfrentando esse assunto, nas diferentes hipóteses em que a prisão em flagrante se apresenta.

## I. ASPECTOS GERAIS DA PRISÃO EM FLAGRANTE

### 1. Prisões no direito brasileiro: modalidades e fundamento de legitimidade

#### 1.1. Das prisões em geral

A palavra “prisão” tem origem no latim *prensione*, que significa ato de prender, capturar. No entanto, ela passou a servir de significado também ao lugar em que o preso fica segregado, ao recolhimento deste ao cárcere, a sua guarda. Um conceito atual e coerente com o texto constitucional é o de que a prisão é a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito.<sup>1</sup>

Hélio Tornaghi separa em três categorias as prisões: quanto à natureza, quanto à finalidade e quanto à origem. Na primeira categoria, todas as prisões são iguais, sendo sempre uma privação da liberdade de ir e vir. Quanto à finalidade, a prisão pode ser sanção ou providência, distinguindo-se a prisão provisória da definitiva pelo caráter de providência da primeira, que é meio apenas, destinado a cessar logo que se atinge o fim, enquanto que a outra é fim (embora possa por sua vez ter certas finalidades). No que diz respeito à origem, o fundamento direto da prisão pode ser a própria lei (prisão em flagrante) ou a ordem da autoridade (demais casos).<sup>2</sup>

É possível fazer uma distinção entre “prisão-custódia” e “prisão-captura”, consistindo esta no próprio ato em que a prisão se efetiva e aquela na conservação da prisão para as

---

<sup>1</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 251

<sup>2</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 144-145

diversas finalidades do processo.<sup>3</sup>

Atualmente, a prisão possui as seguintes naturezas: penal, civil, administrativa, disciplinar e processual.

A *prisão pena*, medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado, resulta de condenação transitada em julgado. Como afirma Tourinho Filho:

Por mais que se queira negar, a pena é castigo. Diz-se, também, que sua finalidade precípua é reeducar para ressocializar, reinserir, reintegrar o condenado na comunidade. O cárcere, contudo, não tem função educativa; é simplesmente um castigo, e, como já se disse, esconder sua verdadeira e íntima essência sob outros rótulos é ridículo e vitoriano. Os condenados vivem ali como farrapos humanos, castrados até à esperança. Em face disso, a tendência no mundo de hoje é reservar a pena privativa de liberdade para os delitos mais graves.<sup>4</sup>

A *prisão civil* é coação executiva para compelir alguém ao cumprimento de um dever civil. Ocorre apenas no caso de dever de cumprimento da obrigação alimentar e da devolução da coisa pelo depositário infiel (art. 5º, LXVII, da CF e art. 320 do CPP). No entanto, cabe salientar que, quanto a este último caso, há polêmica sobre sua subsistência em face da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica.

A *prisão administrativa* é a medida coativa para compelir alguém ao cumprimento de um dever de direito público. Segundo Greco Filho ainda subsiste, depois da Constituição de 1988, nos casos em que é decretada pelo juiz. No entanto, não é mais admitida a prisão administrativa decretada por autoridade administrativa, como as previstas no Estatuto do Estrangeiro e em certos estatutos de funcionários públicos.<sup>5</sup>

A *prisão disciplinar* está prevista na Constituição, para transgressões militares e crimes propriamente militares (art. 5º, LXI e 142, §2º).

A *prisão provisória*, também chamada processual, é a prisão cautelar, em sentido amplo, e inclui a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão resultante de pronúncia, a prisão resultante de sentença penal condenatória e a prisão temporária.

---

<sup>3</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 63

<sup>4</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 515-516

<sup>5</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 250

Dentre as medidas cautelares, é a que atinge diretamente a liberdade do indivíduo. Resulta do flagrante ou de determinação judicial, em virtude de atuação da persecução penal ou processual penal ou processo penal, com os pressupostos de medida cautelar. Historicamente é a mais antiga.<sup>6</sup>

Em razão dessa finalidade cautelar, destina-se a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos.<sup>7</sup>

Dessa forma, em consonância com o artigo 282 do CPP, à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente, que, hoje, é apenas a autoridade judiciária (art. 5º, LXI, da CF). Por permissão do texto constitucional é possível a prisão sem mandado judicial nas hipóteses de flagrante (art. 5º, LXI), transgressão militar ou crime propriamente militar (art. 5º, LXI), prisão durante o Estado de Defesa (art. 136, §3º, I) e Estado de Sítio (art. 139, II). Ainda, o art. 684 do CPP permite a recaptura do foragido.

## 1.2. Prisão Provisória

A prisão provisória tem natureza cautelar, ou seja, visa a proteger bens jurídicos envolvidos no processo ou que o processo pode, hipoteticamente, assegurar.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 249

<sup>7</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 252

<sup>8</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 251

### 1.2.1. Legitimidade da prisão provisória

Afirma Hélio Tornaghi que a prisão provisória não possui nenhuma relação com a culpa. Ela não é pena, nem possui caráter retributivo. Conforme o autor:

Se se pretendesse que o fundamento dela é a responsabilidade do acusado, que ela nada mais é do que pena antecipada, então, toda vez que o réu fosse declarado inocente estaria patenteada a injustiça da prisão provisória. Mas esta se funda no direito que tem o Estado de exigir dos indivíduos certos sacrifícios para o bem comum (...). Podem eles recair sobre o patrimônio (impostos), podem consistir na prestação de serviços (jurados, testemunhas, soldados), podem até exigir o holocausto da própria vida (como no caso do militar que morre na defesa da Pátria). Ninguém diria que há injustiça em tudo isso, porque todos compreendem que esta abnegação é o preço da vida em sociedade e o homem somente na sociedade pode viver. Para o bem comum cada qual entra com uma parcela de si mesmo. Se, portanto, esse bem comum exige que o indivíduo seja segregado a fim de se poder apurar um fato e fazer justiça, não se pode tachar de injustiça essa segregação.<sup>9</sup>

No entanto, o mestre não deixa de reconhecer os males causados pela prisão, listando uma série de prejuízos que dela decorrem:

Tolhe a liberdade; lícitamente, mas tolhe, o que já é um mal; (...) o fato de ser a prisão provisória por tempo indeterminado, o que atinge o preso no seu ânimo e nos seus negócios; (...) a prisão provisória é para os bons (para os maus, então, nem se fale) ocasião (isto é, a circunstância favorecedora) próxima de corrupção e de pecado. Nela todos se nivelam, muitos imitam outros, e alguns chegam à miséria moral. Por melhor que seja, a prisão é escola do crime. (...) a prisão provisória não o deixa sem mácula: a mancha da infâmia o acompanha. (...) os inconvenientes são também de duas outras ordens: economia e financeira. (...) Finalmente, é inegável que a prisão provisória de alguém atinge interesses de terceiros: credores, dependentes, clientes, empregados, sobretudo, familiares.<sup>10</sup>

Assim, para que seja legítima a prisão processual, precisam estar presentes os

---

<sup>9</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 177

<sup>10</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 181-183

pressupostos das medidas cautelares, que são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro é a probabilidade de a ordem jurídica amparar o direito que, por essa razão, merece ser protegido. O segundo é o risco de perecer que corre o direito se a medida não for tomada para preservá-lo.<sup>11</sup>

Aury Lopes Jr. entende inadequada a utilização das expressões *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Para o autor, é necessário abandonar a doutrina civilista de Calamandrei para buscar conceitos próprios e que satisfaçam plenamente as necessidades do processo penal. Sendo assim, as medidas cautelares têm como requisito o *fumus comissi delicti* e como fundamento o perigo de fuga ou ao normal desenvolvimento do processo.<sup>12</sup>

O *fumus comissi delicti* consistiria na fumaça da existência de um delito. Não é necessário um juízo de certeza, mas de probabilidade razoável.<sup>13, 14</sup> Para a configuração de tal requisito, não é suficiente a tipicidade, é necessário que se demonstre que a conduta é provavelmente ilícita – por ausência de suas causas de justificação –, bem como a provável existência dos três elementos que integram a culpabilidade penal: imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Da mesma maneira, não podem existir requisitos negativos do delito, ou seja, não podem existir causas de exclusão da ilicitude ou de exclusão da culpabilidade.<sup>15</sup>

Quanto à expressão *periculum in mora*, Aury Lopes Jr. entende que o fator a ser observado não é o tempo, mas a “situação de perigo criada pela conduta do sujeito passivo do processo. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da pretensão punitiva (fuga), perigo social ou econômico ou graves prejuízos ao processo (ausência ou manipulação da prova)”.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 251

<sup>12</sup> LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares*. In: AJURIS. Porto Alegre v.25, n.72(mar. 1998), p. 223

<sup>13</sup> LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Fundamentos, requisito e princípios gerais das prisões cautelares*. In: AJURIS. Porto Alegre v.25, n.72(mar. 1998), p. 223

<sup>14</sup> O autor distingue, com base na lição de Carnelutti, a possibilidade da probabilidade. Para o processamento, seria suficiente um juízo de possibilidade, posto que no curso do processo deve o Ministério Público provar de forma plena, absoluta, a culpabilidade do réu. A sentença deve refletir um juízo de certeza para que possa o réu ser condenado. Caso contrário a absolvição é imperativa. Inobstante, para a aplicação de uma medida cautelar pessoal, é necessário mais do que isso, deve existir um juízo de probabilidade, uma predominância das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a detenção, pois o peso do processo se agrava notavelmente sobre as costas do imputado. LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Fundamentos, requisito e princípios gerais das prisões cautelares*. In: AJURIS. Porto Alegre v.25, n.72(mar. 1998), p. 224

<sup>15</sup> LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Fundamentos, requisito e princípios gerais das prisões cautelares*. In: AJURIS. Porto Alegre v.25, n.72(mar. 1998), p. 225

<sup>16</sup> LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Fundamentos, requisito e princípios gerais das prisões cautelares*. In: AJURIS. Porto Alegre v.25, n.72(mar. 1998), p. 226

As medidas cautelares devem se guiar pelos princípios da jurisdicionalidade, instrumentalidade, proporcionalidade, provisionalidade e, principalmente, pelo princípio da excepcionalidade<sup>17</sup>.

Assim, deve a prisão cautelar se traduzir em ultima *ratio* do sistema processual penal. Por ser um mal grave, deve ser utilizado com extrema prudência. O princípio da proporcionalidade deve ser respeitado na medida em que a prisão deve ser adequada ao fim que com ela se pretende lograr, não devendo a limitação do direito de liberdade supor um sacrifício excessivo e desnecessário, adotando-se medidas menos prejudiciais, quando possível. Além disso, toda decisão que determinar tal medida cautelar deve ser fundamentada.<sup>18</sup>

Por se tratar de providência excepcional, as normas que a regulam devem ser interpretadas restritivamente e não podem ser aplicadas por analogia, a não ser *in bonam partem*, isto é, quando sigam a regra (liberdade) e nunca quando consagrem a exceção (prisão provisória).<sup>19</sup>

### 1.2.2. Procedimento da prisão

Para que seja efetuada a prisão, alguns procedimentos devem ser seguidos, muitos deles, sob pena de nulidade do encarceramento.

A prisão poderá efetivar-se a qualquer dia e hora, respeitadas, porém, as restrições decorrentes da proteção constitucional do domicílio (CF, art. 5º, XI). Assim, se houver discordância do morador, salvo em caso de flagrante, a prisão não poderá ser efetivada

---

<sup>17</sup> LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Fundamentos, requisito e princípios gerais das prisões cautelares*. In: AJURIS. Porto Alegre v.25, n.72(mar. 1998), p. 229

<sup>18</sup> LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Fundamentos, requisito e princípios gerais das prisões cautelares*. In: AJURIS. Porto Alegre v.25, n.72(mar. 1998), p. 237

<sup>19</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 196

durante a noite, entendida esta como o período de falta de luz solar. Nesse caso, a autoridade deverá aguardar o amanhecer. Por tratar-se de medida drástica, se houver somente suspeita, ainda que fundada em boas razões, será necessário fazer antes a busca domiciliar (art. 240, §1º, *a*, do CPP), para a qual a lei exige mandado especial, de busca e apreensão (art. 243, I, II, III e seu §1º, do CPP).<sup>20</sup>

A lei permite o emprego de força se for necessária, ou seja, indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso (art. 284 do CPP).

Salvo o caso de flagrante, a prisão sempre se efetiva com mandado escrito da autoridade judicial competente (art. 282 do CPP). A exigência da ordem escrita da autoridade competente constitui-se em garantia para o cidadão, de modo a evitar o arbítrio e os excessos dos agentes estatais. E, por isso mesmo, para jugular e coibir possíveis abusos, a Constituição determina, no art. 5º, LXII: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente”, precisamente para que a Autoridade Judiciária, *incontinenti*, relaxe a prisão ilegal (CF, art. 5º, LXV).<sup>21</sup>

Considera-se consumada desde que o executor, fazendo-se conhecer do réu, lhe apresente o mandado e o intime a acompanhá-lo. Uma cópia deste deverá ser entregue ao preso, com declaração do dia, hora e lugar da diligência, e esse deverá assinar o recibo; se não quiser ou não puder assinar, o fato será mencionado em declaração assinada por duas testemunhas (art. 286 do CPP).

Essa duplicata do mandado equivale à nota de culpa expedida quando da prisão em flagrante (art. 306) e por ela o capturado se inteira do motivo da prisão. Quando da prisão deverão, ainda, ser tomadas as cautelas dos incisos LXII, LXIII e LXIV do art. 5º da Constituição. Se inafiançável a infração, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que a tiver determinado (art. 287 do CPP).

Embora em alguns casos a falta de exibição de mandado não impeça a prisão, para recolhimento ao estabelecimento carcerário sempre será necessária a sua exibição ao responsável pela repartição prisional (art. 288 do CPP). Se a autoridade a quem foi

---

<sup>20</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 221

<sup>21</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 516

apresentado o preso tenha fundadas razões para duvidar da legitimidade da pessoa do executor ou da legalidade do mandado que apresentar, deverá, *ad cautelam*, pôr o réu em custódia, tomando, em seguida, as necessárias medidas, visando ao esclarecimento da dúvida.<sup>22</sup> Para Hélio Tornaghi, custodiar é “guardar, mas guardar com cuidado, com zelo. Custodiar não é prender, é proteger. Ao contrário da prisão, que é encarceramento, a custódia é o mínimo de privação da liberdade e até pode existir sem qualquer restrição da liberdade de ir e vir.”<sup>23</sup>

Encontrando-se o acusado fora da jurisdição, a prisão será deprecada ao juiz do foro em que se encontre, com as mesmas formalidades, podendo, porém, a prisão ser requisitada por meio de telecomunicações (art. 289 do CPP - embora o Código use a expressão “telegrama”, devido aos avanços tecnológicos, outros meios de comunicação igualmente idôneos devem ser aceitos).

No caso de perseguição, porém, não haverá necessidade de precatória, ainda que o acusado ultrapasse os limites da comarca. Todavia, torna-se imprescindível a estrita observância dos mandamentos contidos no art. 290, e seus parágrafos, onde se descreve, com minúcias, a forma de perseguição, exigindo-se várias cautelas por parte do executor. Em qualquer das hipóteses, desde que a prisão venha a ser efetivada fora do distrito da culpa, não poderá a autoridade local, que determinou ou autorizou essa prisão, deixar de remetê-lo imediatamente ao juiz competente. O prolongamento dessa prisão poderá constituir constrangimento ilegal sanável por *habeas corpus*.<sup>24</sup>

O CPP também regula as hipóteses em que a custódia do preso provisório pode ser efetuada em quartéis ou prisão especial, prerrogativa concedida a certas pessoas pelas funções que desempenham, por sua educação ou cultura, por serviços prestados, etc., evitando que fiquem em promiscuidade com outros presos durante o processo condenatório.<sup>25</sup> As pessoas mencionadas nos artigos 295 e 296 são consideradas como lista taxativa, não sendo permitida a ampliação por analogia. Ainda, o Presidente da República, na vigência do mandato, não está sujeito a nenhuma espécie de prisão provisória, em consonância com o art. 86, §3º da CF.

Essa prisão especial se mantém somente até o trânsito em julgado da sentença

---

<sup>22</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 522

<sup>23</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 169

<sup>24</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 102

<sup>25</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 370

condenatória. Após, o condenado será recolhido ao estabelecimento penal comum, com exceção do preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal; esse ficará em dependência separada (conforme dispõe o art. 84, §2º, da lei 7.210 - Lei de Execução Penal). Trata-se de norma destinada a evitar que esse condenado permaneça no meio dos demais que, eventualmente, poderão querer concretizar sentimentos de vingança ou praticar atos de represália contra o funcionário ou ex-funcionário.<sup>26</sup>

Sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das pessoas que já estiverem definitivamente condenadas (art. 300 do CPP). A expressão “sempre que possível” demonstra que a legislação levou em conta o aspecto prático da medida, que muitas vezes é de impossível realização.

Quanto à recaptura do réu evadido, matéria que não é tratada no título “Da prisão e da Liberdade Provisória”, mas no título “Da execução das penas em espécie” (no art. 684 do CPP), há discussão se poderia ser feita uma aplicação analógica do instituto. Para Hélio Tornaghi, não seria errado entender que o evadido está *de fato* em liberdade, mas *de iure* preso, não havendo violência ou arbitrariedade em recapturá-lo e reconduzi-lo à prisão sem lhe apresentar um mandado que já lhe foi mostrado, que ele conhece sobradamente e cujos efeitos até já sentiu.<sup>27</sup>

No que diz respeito ao cômputo do cumprimento da prisão provisória no *quantum* da prisão definitiva, a doutrina é unânime em entender que é possível.

Por fim, não é permitida a prisão do eleitor, desde 5 dias antes a 48 horas depois da eleição, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto (art. 236, *caput*, do Código Eleitoral – Lei n. 4.737). É inadmissível, portanto, nesse período, a execução do mandado de prisão provisória, ainda que esta tenha sido decretada anteriormente.<sup>28</sup>

Assim, no que diz respeito à forma de realização da prisão, essa deverá ser imediatamente relaxada pela autoridade se ocorrer qualquer das causas em virtude das quais a lei considera ilegal a prisão: falta de ordem escrita (mandado original), incompetência de quem expediu o mandado, excesso de prazo, cessação do motivo que autorizou a prisão, falta

---

<sup>26</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 371

<sup>27</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 218

<sup>28</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 364

de menção do *quantum* de fiança no mandado (tratando-se de infração afiançável), entre outros.<sup>29</sup>

A prisão processual (de acordo com a doutrina majoritária) se desdobra nas seguintes espécies: prisão preventiva, prisão em virtude de sentença condenatória recorrível, prisão em decorrência de pronúncia, prisão temporária e prisão em flagrante, esta última a ser estudada em capítulo específico.

### 1.2.3. Prisão Preventiva

A prisão preventiva é uma medida cautelar constituída da privação de liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal, em face da existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais de segurança.<sup>30</sup>

Apesar de não existir uma prisão preventiva “boa” para o acusado, é um instituto necessário, pois sempre se trata de uma resignação que se faz por razões práticas e devido ao fato de que se carece de outros meios capazes de assegurar as finalidades do processo<sup>31</sup>. Prova disso é o seu acolhimento em todas as legislações vigentes no mundo civilizado.<sup>32</sup>

Atualmente, é reconhecida a possibilidade de convivência entre a prisão preventiva e a presunção de inocência, uma vez que, na maior parte dos casos não há outros mecanismos que possam substituir a prisão preventiva. No entanto, a presunção de inocência, combinada com o princípio da liberdade pessoal, constitui o parâmetro determinante da legitimidade constitucional dos fins do encarceramento antes do julgamento, impondo ao legislador a demarcação entre pena e prisão cautelar, para evitar a equivalência entre imputado e

---

<sup>29</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 216

<sup>30</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 389

<sup>31</sup> SANGUINÉ, Odone. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 53

<sup>32</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 175

condenado e, assim mesmo, assinalando ao juiz a necessidade de controlar os casos em que não se tenha observado estes limites constitucionais de maneira que possa corrigir os excessos punitivos.<sup>33</sup>

Todavia, é de se levar em conta que a presunção de inocência não fora estabelecida com o objetivo de proscrever as medidas coercitivas, mas com o escopo de estabelecer uma base que evitasse toda coerção não necessária e todo rigor físico ou moral, capaz de constranger uma pessoa ainda não declarada culpada. E, em razão disso, é que se não pode presumir a necessidade de uso dessa medida, impondo-se, em respeito à liberdade pessoal - ainda que se admita a neutralidade, no assunto, do chamado *status* de imputado -, o exame dessa necessidade e conveniência em cada caso concreto.<sup>34</sup>

Do ponto de vista da presunção de inocência, os únicos fins cautelares constitucionalmente legítimos que podem cumprir a prisão preventiva consistem em assegurar a presença física do acusado no processo, com a finalidade de garantir o êxito da instrução e evitar que o imputado possa obstaculizar a investigação do delito, ocultando ou destruindo elementos probatórios, e impedir a fuga do acusado, permitindo a execução de uma pena que eventualmente lhe será imposta.<sup>35</sup>

Dessa maneira, o fundamento da prisão preventiva é a incontestável necessidade.<sup>36</sup> A instituição da prisão provisória, apesar de tudo, deve ser mantida e seu fundamento constitucional se apóia no princípio da necessidade dos Poderes Públicos de adotar as medidas indispensáveis, adequadas e suficientes no caso concreto, para assegurar a persecução penal eficaz no âmbito do processo penal, certamente dentro dos rigorosos limites indicados pelos direitos fundamentais.<sup>37</sup>

Diferente da prisão em flagrante, onde verificamos o fundamento de contestação da medida no preenchimento dos requisitos formais que têm por base exclusivamente a versão apresentada pelos responsáveis da prisão, o que acaba resultando em prejuízos, a preventiva também o faz, mas em função dos próprios fundamentos legais da medida, previstos no art.

---

<sup>33</sup> SANGUINÉ, Odone. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 446

<sup>34</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 184

<sup>35</sup> SANGUINÉ, Odone. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 452

<sup>36</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 542

<sup>37</sup> SANGUINÉ, Odone. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 54

312 do CPP.<sup>38</sup>

Assim, na nossa lei processual, deixou a prisão preventiva de ser obrigatória para determinadas hipóteses, como se previa na legislação anterior. É hoje uma medida facultativa, devendo ser decretada apenas quando necessária segundo os requisitos estabelecidos pelo direito objetivo. Embora providência de segurança, garantia da execução da pena e meio de instrução, o seu emprego é limitado a casos certos e determinados; não é ato discricionário e só pode ser decretada pelo juiz, órgão imparcial cuja função é distribuir justiça.<sup>39</sup>

Assim, observa-se que a prisão preventiva, como modalidade específica de restrição da liberdade, é uma medida cautelar submetida ao princípio da legalidade. Só pode ser imposta na medida em que esteja prevista expressamente pela lei, podendo-se formular a máxima *nulla custodia sine lege*. Esta regra obriga que a decisão judicial de decretar, manter ou prorrogar a prisão provisória esteja prevista em uma das hipóteses legais e se adote mediante o procedimento legalmente regulado.<sup>40</sup>

Tem como requisitos o *fumus boni iuris* (ou *fumus comissi delicti*) e o *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*)

O *fumus comissi delicti* é a indicação da perpetração do delito. Traduz-se por dois elementos: prova da materialidade (nos crimes materiais ou de resultado) e indícios suficientes de autoria.

A primeira exigência refere-se à materialidade do crime, ou seja, à existência do corpo de delito que prova a ocorrência do fato criminoso (laudos de exame de corpo de delito, documentos, prova testemunhal, etc.). Exigindo-se “prova” da existência do crime, não se justifica a decretação da prisão preventiva diante de mera suspeita ou indícios da ocorrência de ilícito penal.<sup>41</sup>

Quanto aos indícios suficientes de autoria, não se exige prova plena, bastando que se demonstre a probabilidade do réu ou indiciado ter sido o autor do fato delituoso. A dúvida,

---

<sup>38</sup> MOREIRA, David Alves. *Prisão provisória: as medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal: de sua indevida aplicação, consequências e fundamentos à sua reparação*, 1ª edição, Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 90

<sup>39</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 389

<sup>40</sup> SANGUINÉ, Odone. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 351

<sup>41</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 390

portanto, milita em favor da sociedade, e não do réu (princípio *in dubio pro societate*).<sup>42</sup> No entanto, esses indícios devem ser mais que a simples suspeita, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência.

Quanto ao *periculum libertatis*, está adstrito à tipicidade processual, estando taxativamente previsto na lei processual penal, não sendo uma cláusula aberta como a tutela cautelar não-penal. Não há juízo discricionário. São as hipóteses previstas no art. 312 do CPP:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

A prisão cautelar é decretada, sob o fundamento de *garantia da ordem pública*, com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, ou de acautelar o meio social.<sup>43</sup>

Embora não se tenha firmado na jurisprudência um conceito estratificado para a expressão garantia da ordem pública, a periculosidade do réu tem sido apontada como o fator preponderante para a custódia cautelar. Por isso, aberrante a interpretação do dispositivo que possibilita a prisão sob o argumento de proteger o agente de represálias da vítima ou da família desta.<sup>44</sup>

Não se pode confundir “ordem pública” com o “estardalhaço causado pela imprensa pelo inusitado do crime”. Nem mesmo a prática do crime definido como hediondo justifica a prisão preventiva se não estão presentes os pressupostos previstos no art. 312 do CPP.<sup>45</sup>

É apontada a ordem pública como a necessidade de resposta criminal a crimes que atentam contra o sentimento social básico de respeito ao próximo, como crimes praticados com violência desmedida, o praticado contra pessoas indefesas como crianças e idosos, os praticados com requintes de crueldade, ou aqueles que, inclusive tendo em vista o comportamento dissimulado, desafiador, repulsivamente frio ou análogo, causam justa revolta social e que, por essa razão, são incompatíveis com a permanência do agente em liberdade.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 279

<sup>43</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 279

<sup>44</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 391

<sup>45</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 391

<sup>46</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 262

No entanto, com relação ao clamor público é necessária muita cautela. Este pode ser revelador de uma repulsa social, indicativa de violação da ordem pública, mas pode, igualmente, significar vingança insufladora da massa ou revolta por interesses ilegítimos contrariados.<sup>47</sup> Assim, é ilegal o decreto de prisão preventiva baseado em exigência do clamor público e na credibilidade da justiça para o restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato.<sup>48</sup>

A cláusula da ordem pública ficaria reservada à ofensa a bens jurídicos extremamente relevantes, como por exemplo, a criminalidade organizada, mas sem confundir com a gravidade do crime, pois nesse caso seria apenas aplicação antecipada de pena.

Percebe-se que a garantia da ordem pública é uma cláusula bastante ampla e passível de abranger diferentes interpretações. No entanto, é de se ter em conta, para aplicá-la, as garantias da excepcionalidade da medida cautelar e da presunção de inocência do acusado.

*A conveniência da instrução criminal* diz basicamente com relação à proteção da prova.

Tratando-se de providência restritiva de liberdade, deve entender-se conveniente a prisão para a instrução criminal somente quando estritamente necessária, isto é, quando sem ela a instrução não se faria ou se deturparia.<sup>49</sup>

Visa impedir, basicamente, que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos etc. Evidente aqui o *periculum in mora*, pois não se chegará à verdade real se o réu permanecer solto até o final do processo.<sup>50</sup>

Perceba-se, no entanto, que para a conveniência da instrução criminal, a prisão somente poderá ser decretada quando houver indícios veementes de que possa o réu vir a obstruí-la. Não basta uma suposição, pois que a própria acusação, por exemplo, já seria motivo para se supor que o acusado queria prejudicar o andamento da instrução, mas é necessária a constatação de sua intenção através da existência de indícios de sua tentativa. Do

---

<sup>47</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 262

<sup>48</sup> Nesse sentido já se manifestou o STF: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 98776/SC*. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em: 08.09.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 03.06.2010.

<sup>49</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 337

<sup>50</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 280

contrário, em sendo a prisão decretada com base na hipótese de que possa o acusado vir a obstaculizar a instrução criminal, sem, no entanto, que existam indícios de alguma tentativa sua nesse sentido, a medida é ilegal e acabará por provocar sérios prejuízos aos acusados.<sup>51</sup>

A *garantia de aplicação da lei penal* significa a necessidade da prisão para que, posteriormente, possa ser eficaz a punição, porque a impunidade ofende a ordem pública.<sup>52</sup> Assim, ela é aplicável no caso de iminente fuga do agente do distrito da culpa, inviabilizando a futura execução da pena. Se o acusado ou indiciado não tem residência fixa, ocupação lícita, nada, enfim, que o radique no distrito da culpa, há um sério risco para a eficácia da futura decisão se ele permanecer solto até o final do processo, diante da sua provável evasão.<sup>53</sup>

A fuga não pode ser presunção judicial, mas sim fruto de elementos nos autos do processo que demonstrem, cabalmente, que o acusado deseja se subtrair à ação da justiça.<sup>54</sup> Esse perigo revela-se quando o indiciado se prepara para deixar o seu domicílio, desfazendo-se dos bens imóveis, demonstrando o desejo de empreender viagem ou revela a outrem esse seu propósito.<sup>55</sup>

Portanto, é inconcebível qualquer hipótese de presunção de fuga, principalmente nos delitos graves, até porque substancialmente inconstitucional frente à presunção de inocência. Toda decisão determinando a prisão do processado deve estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga. A presunção de inocência impõe ao Juiz que presuma também a obediência do acusado ao chamamento do Estado e só em caso de quebra dessa presunção é que se pode falar em uma medida restritiva da liberdade. Também deve existir uma valoração dos aspectos subjetivos, pois nesse tema não se pode dizer que todos são iguais perante a lei. A igualdade consistirá em tratar de forma desigual aos desiguais, valorando as circunstâncias do acusado, de moralidade, profissão, situação econômica, situação familiar, motivos para permanecer ou sair do País, etc.<sup>56</sup>

Será prisão indevida se nenhuma tentativa de fuga houver por parte do acusado, ao mesmo tempo em que tenha profissão definida e endereço conhecido, além de outros dados

---

<sup>51</sup> MOREIRA, David Alves. *Prisão provisória: as medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal: de sua indevida aplicação, consequências e fundamentos à sua reparação*, 1ª edição, Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 93

<sup>52</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 262

<sup>53</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 280

<sup>54</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 591

<sup>55</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 201

<sup>56</sup> Lopes Junior, Aury Celso Lima. *Fundamentos, requisito e princípios gerais das prisões cautelares*. In: AJURIS. Porto Alegre v.25, n.72(mar. 1998), p. 228

que dêem a entender que o mesmo não pretende evadir-se.<sup>57</sup> Ora, se mesmo assim, o acusado tiver a prisão decretada, evidente o erro cautelar de prejuízos inevitáveis e, portanto, inafastável será o direito à reparação caso venha a ser confirmado que a medida fora aplicada indevidamente.<sup>58</sup>

A *garantia da ordem econômica* foi incluída no art. 312 pelo art. 86 da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste), tratando-se de mera repetição do requisito “garantia da ordem pública”.

A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) incluiu também causa justificadora da prisão preventiva em seu art. 20.

Os motivos ou fundamentos da prisão preventiva, ainda que contendo conceitos abertos ou amplos como o de ordem pública, são taxativos, de modo que a sua utilização fora das hipóteses legais é ilegítima, ensejando o *habeas corpus*.<sup>59</sup>

As condições de admissibilidade da prisão preventiva estão no art. 313 do CPP.<sup>60</sup>

O inciso II do art. 313 do CPP não encontra harmonia com o princípio da razoabilidade e com a necessária homogeneidade de toda e qualquer medida cautelar.<sup>61</sup> Não é admissível que se decrete a prisão preventiva somente por ser o réu vadio ou por haver dúvida quanto à sua identidade. Até porque, em um País como o Brasil, a norma do art. 59 da LCP não tem mais utilidade social, ou seja, não há mais legitimidade para o Estado em dizer quem é ou não vadio. Do contrário, a massa de desempregados poderia ser considerada vadia.<sup>62</sup>

A decretação da prisão preventiva pode ocorrer em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, em virtude de requerimento do Ministério Público, representação da

<sup>57</sup> Em sentido contrário: “Desde que a prisão preventiva se revele necessária, na conformidade do artigo 312, não elidem a decretação da prisão preventiva as circunstâncias de ser o acusado primário e de bons antecedentes, de ter residência fixa e profissão definida, de ter instrução superior, ser industrial, ter família, etc.” MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 391

<sup>58</sup> MOREIRA, David Alves. *Prisão provisória: as medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal: de sua indevida aplicação, consequências e fundamentos à sua reparação*, 1ª edição, Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 94

<sup>59</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 262

<sup>60</sup> Art. 313. *Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: I - punidos com reclusão; II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal; IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.*

<sup>61</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 594

<sup>62</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 593

autoridade policial (seguida de manifestação do *parquet*), ou de ofício pelo juiz. Cabe tanto em ação penal pública quanto em ação privada.<sup>63</sup>

Se, recebidos os autos do inquérito policial relatados, o Ministério Público devolvê-los para diligências complementares, ao invés de oferecer, desde logo, a denúncia, o juiz não poderá decretar a prisão preventiva, pois, se ainda não há indícios de autoria suficientes para a denúncia, também não há para a decretação da prisão preventiva.<sup>64</sup> Só e unicamente deve admitir-se a adoção da prisão preventiva quando se trate de um sujeito sobre o qual haja recaído já o auto de processamento. É insustentável que decrete a prisão preventiva com anterioridade ao próprio auto.<sup>65</sup> No entanto, há opinião no sentido de que é perfeitamente possível que o Ministério Público tenha em mãos um processo administrativo que tenha apurado um desvio de conduta de um servidor público, que configure também ilícito penal. Assim, estando concluído o referido processo e nada mais tendo que se fazer para caracterizar o comportamento ofensivo à ordem jurídica do servidor, o Ministério Público deve oferecer denúncia e, se for o caso, requerer a prisão preventiva. Em outras palavras, haverá prisão preventiva no curso de um processo administrativo, sem que haja inquérito policial.<sup>66</sup>

No entanto, de ofício, somente será cabível prisão preventiva no curso do processo e não do inquérito policial, pois, face ao sistema acusatório vigente na ordem jurídica, o juiz foi afastado da fase pré-processual, deixando a investigação a cargo apenas do Ministério Público e da autoridade policial.<sup>67</sup>

Paulo Rangel distingue os pedidos de prisão preventiva feitos pelo Ministério Público e pela autoridade policial. O primeiro faria um requerimento, ao passo que o segundo uma representação. Para o autor, requerimento é pedido, solicitação, que pode ou não ser aceito. Se não o for, admitir-se-á recurso em sentido estrito. A representação é uma exposição articulada dos fatos feita pelo delegado de polícia, mostrando a necessidade da decretação da medida. Não é pedido, pois o delegado não pede prisão preventiva, mas, sim, representa pela mesma. Entretanto, se o juiz entender que não há necessidade de se decretar a medida extrema, deixa

---

<sup>63</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 281

<sup>64</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 281

<sup>65</sup> SANGUINÉ, Odone. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 470-471. Em sentido contrário: “a decretação, nessas condições, não constitui constrangimento ilegal quando, apesar do pedido de diligências, são obedecidos os prazos legais de conclusão do inquérito e oferecimento do requisitório público oficial”. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 394

<sup>66</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 589

<sup>67</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 589

de adotá-la, não havendo possibilidade jurídica de o delegado interpor recurso.<sup>68</sup>

Não está legitimado a pedir a prisão preventiva o assistente de acusação, pois seu interesse está restrito à formação de título executivo judicial, para futura reparação do dano cível.

Nada impede que o juiz, de ofício ou provocado, decrete a custódia logo após ter anulado o auto de prisão em flagrante delito. Tal só não é possível se houver o relaxamento do flagrante por excesso de prazo na instrução, já que, nessa hipótese, o recolhimento constitui constrangimento ilegal. Além disso, a prisão preventiva é incompatível com qualquer espécie de liberdade provisória; estando presentes os seus pressupostos e permanecendo válido seu fundamento, não se pode conceder liberdade provisória. Mas já se decidiu que, diante das circunstâncias fáticas do caso, a prisão preventiva pode ser substituída pela liberdade provisória, com fiança.<sup>69</sup>

O art. 315 do CPP traz o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais. Segundo esse artigo, o despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado.

Assim, o despacho deve conter exposição fundada em dados concretos, não sendo bastante para legitimar a custódia a genérica referência aos autos, vagas alusões ao acusado ou suposições negativas quanto ao seu caráter pessoal, ou, ainda, se reduzir a mera transcrição dos dizeres legais. É indispensável que se fundamente em fatos concretos que lhe proporcionem fomento, e não em meras suposições. Dependem de fundamentação adequada, inclusive, o despacho de prisão preventiva concomitante ao relaxamento da prisão em flagrante, ou de substituição da prisão temporária.<sup>70</sup>

A ausência de fundamentação acarreta a nulidade da decisão, que deverá ser reconhecida pelo Tribunal, via *habeas corpus*.

Se o juiz encontrar, nos autos do inquérito ou mesmo do processo, provas que o convençam de que o réu agiu em legítima defesa, própria ou de terceiro, em estado de necessidade, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de um direito, não

---

<sup>68</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 589-590

<sup>69</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 394

<sup>70</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 395

pode decretar o encarceramento provisório.<sup>71</sup> Nesse caso, a prisão preventiva deixa de ser necessária, pois seria um contra-senso jurídico dizer que a prisão preventiva do acusado é necessária e urgente, e, afinal, o absolve-lo. Nesta hipótese, há um *fumus boni iuris* a favor do acusado. O processo é para comprovar a existência desta fumaça e dar a ele a prestação jurisdicional certa e definitiva, qual seja: a sentença de mérito absolutória.<sup>72</sup>

Não são necessárias provas robustas, cabais, de que o réu encontra-se em uma das hipóteses do art. 23 do CP. Neste momento, não se realiza um juízo de culpabilidade e sim de periculosidade. Não se aprecia o mérito da imputação, mas, sim, se os requisitos da medida cautelar estão presentes.<sup>73</sup>

Com relação às contravenções penais, por mais grave que sejam, não será possível decretar-se a preventiva. Esta será sempre excluída quando a infração for contravencional. Pouco importa seja a contravenção inafiançável ou não. Ela é incompatível com a medida extrema da preventiva, mesmo porque, pelo princípio da proporcionalidade, não faz sentido uma medida tão grave para uma infração de tão pouca monta.<sup>74</sup> Além disso, o Código a exclui implicitamente, ao utilizar a expressão crime, que afasta a categoria da contravenção.

Ainda, não é possível a decretação da preventiva nos crimes em que o réu se livra solto independente de fiança, porque se ele se livrou solto do flagrante não tem cabimento outro fundamento de prisão processual, e nos crimes culposos, pois o art. 313 fala apenas em crimes dolosos.

A prisão preventiva apresenta o caráter *rebus sic standibus*, podendo ser revogada conforme o estado da causa.<sup>75</sup> Para que o juiz revogue a prisão, não é preciso que haja fato novo ou sequer novos elementos de prova. O reexame dos mesmos fatos é sempre possível e o juiz pode voltar atrás se, por ele, se convence de que a prisão é dispensável. A revogação pode ser pedida pelo réu, por seu curador ou pelo Ministério Público e pode ser concedida de ofício, pelo juiz.<sup>76</sup>

---

<sup>71</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 547

<sup>72</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 596

<sup>73</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 596-597

<sup>74</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 547

<sup>75</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 396

<sup>76</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 339

Da decisão que revoga a prisão preventiva cabe recurso em sentido estrito (art. 581, V). Não havendo recurso previsto contra o indeferimento do pedido de revogação ou contra a redecretação, pode-se impetrar *habeas corpus*.

Por fim, cabe ressaltar que a prisão preventiva não deve ser decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada outra medida mais favorável prevista em lei.

#### 1.2.4. Prisão Temporária

A prisão temporária foi editada pela Medida Provisória n. 111, de 24/11/1989, posteriormente substituída pela Lei n. 7.960/89.

Segundo muitos autores, a prisão temporária seria uma tentativa de reintrodução da prisão para averiguações. Para evitar que se acabe voltando a tal instituto, ela deve ser interpretada dentro dos princípios que regem todas as hipóteses de prisão processual. Ou seja, apesar de estabelecer certas situações objetivas de aparente prisão obrigatória, não é possível abstrair do princípio geral da prisão provisória, que é o da necessidade da restrição da liberdade.<sup>77</sup>

Para Greco Filho, a prisão temporária é uma antecipação da prisão preventiva; tem requisitos menos rigorosos que ela, mas não pode ser decretada se manifestamente não se decretaria aquela.<sup>78</sup>

Já Paulo Rangel entende que “a lei traz um vício de iniciativa que não é sanado com a conversão da medida em lei. Há flagrante inconstitucionalidade por vício formal, qual seja: a iniciativa da matéria”.<sup>79</sup> Além disso, o autor sustenta a inconstitucionalidade da prisão temporária, pois no Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar. Trata-se, assim, de medida de constrição da liberdade do

<sup>77</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 260

<sup>78</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 260

<sup>79</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 616

suspeito que, por não existir elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados.<sup>80</sup>

A prisão temporária só pode ser decretada pela autoridade judiciária e nas situações previstas no art. 1º da Lei n. 7.960/89: imprescindibilidade da medida para as investigações do inquérito policial (inc. I); indiciado não ter residência fixa ou não fornecer dados necessários ao esclarecimento de sua identidade (inc. II); fundadas razões da autoria ou participação do indiciado em qualquer um dos seguintes crimes: homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor; rapto violento (revogado pela lei 11.106/05), epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro (inc. III).

É possível perceber que, apesar da gravidade de tal prisão, possui uma abrangência muito ampla, e requisitos de duvidosa cautelaridade.

Quanto à exigência dos requisitos, a doutrina se divide. Para alguns autores é possível a prisão temporária em qualquer das situações previstas em lei, sendo os requisitos alternativos. Todavia, essa posição tornaria a prisão temporária uma prisão automática. Para outros, a prisão temporária somente pode ser decretada se presentes, de forma cumulativa, as três situações. A posição, no entanto, que parece prevalecer atualmente é a de que o requisito do inciso III é obrigatório, podendo haver alternatividade na existência dos requisitos dos incisos I e II. Nesse sentido, Fernando Capez afirma que

para a decretação da prisão temporária, o agente deve ser apontado como suspeito ou indiciado por um dos crimes constantes da enumeração legal, e, além disso, deve estar presente pelo menos um dos outros dois requisitos, evidenciadores do *periculum in mora*. Sem a presença de um destes dois requisitos ou fora do rol taxativo da lei, não se admitirá a prisão provisória.<sup>81</sup>

Conclui-se, assim, pela obrigatoriedade da combinação dos incisos I e III ou dos incisos II e III para a legitimidade da prisão temporária. Sem essa combinação não teremos os pressupostos de toda e qualquer medida cautelar: *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (*fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*).

<sup>80</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 616

<sup>81</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 284

O prazo é de cinco dias, prorrogáveis por igual período. No caso de crimes hediondos (definidos na Lei n. 8.072/90, que além desses, disciplina também o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e a tortura), o prazo da prisão será de trinta dias, prorrogáveis pelo mesmo tempo, em caso de comprovada necessidade. Não se computa este prazo naquele que deve ser respeitado para a conclusão da instrução criminal, “uma vez que a prisão temporária se distingue da prisão preventiva e é um *plus* em relação a esta, regida por regras diversas”.<sup>82</sup> Mirabete entende que a prorrogação exige uma razão maior do que o fundamento invocado para a prisão, ou seja, só pode ser determinada em casos extremos e não simplesmente por conveniência das investigações ou por se tratar de crime de maior gravidade.<sup>83</sup>

A prisão temporária pode ser decretada em face de representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, não podendo ser decretada de ofício pelo juiz. No caso de representação da autoridade policial, o Ministério Público deve ser ouvido previamente pela autoridade judicial, antes de decidir quanto à prisão. O juiz tem prazo de 24 horas, contados do recebimento da representação ou requerimento, para decidir, fundamentadamente, sobre a prisão. A exigência de fundadas razões é imprescindível, pois não existe cautelaridade sem esse requisito.

Quando da decretação da prisão ou depois de ter sido ela efetuada, 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. Essas providências são facultativas, e servem para o magistrado obter novos esclarecimentos sobre os fatos, verificando a necessidade ou conveniência da medida, para mantê-la ou não, e assegurando também que não tenha acontecido constrangimento ilegal contra o preso, determinando as medidas cabíveis diante dos esclarecimentos obtidos e do resultado do exame de corpo de delito.<sup>84</sup>

O momento em que pode ser decretada vai da ocorrência do fato até o recebimento da denúncia, pois uma vez instaurada a ação penal, será hipótese de prisão preventiva, segundo os pressupostos desta.

Decorrido o prazo legal, o preso deve ser colocado em liberdade, a não ser no caso de

---

<sup>82</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 398

<sup>83</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 402

<sup>84</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 402

ter sido decretada a sua prisão preventiva. Do contrário, estará configurado o crime de abuso de autoridade.

A lei ainda prevê que o preso temporário deve permanecer separado dos demais detentos.

#### 1.2.5. Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível

A prisão em virtude de decisão condenatória recorrível também possui natureza cautelar, visando a assegurar o resultado do processo, diante do perigo de fuga do condenado, em face de um primeiro pronunciamento jurisdicional desfavorável; tanto assim que se admite a fiança como medida de contracautela. Alguns autores, no entanto, preferem vislumbrar na hipótese uma execução provisória do julgado sujeito a recurso.<sup>85</sup>

Hélio Tornaghi afirma que a prisão como pena imposta em sentença recorrível é definitiva, embora sujeita a condição resolutiva que é a reforma da sentença. Para o autor, o próprio fato de a decisão da instância superior funcionar como condição resolutiva está a mostrar que a prisão não era provisória. *Definitivo* em linguagem do Código, como, aliás, na linguagem do processo penal ou civil, não significa final, irrecorrível, imutável, passado em julgado, tanto assim que a lei concede apelação das decisões definitivas, isto é, não interlocutórias.<sup>86</sup>

O Supremo Tribunal Federal também julgava no sentido de que o recolhimento à prisão do réu condenado não configuraria constrangimento ilegal, ainda que interposto recurso extraordinário ou especial, pois estes seriam desprovidos de efeito suspensivo.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 297

<sup>86</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 167

<sup>87</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 80939/MG*. Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 06.08.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03.06.2010.

Todavia, o STF mudou sua orientação, passando a entender que o modelo de execução penal atual dá concreção ao princípio da presunção de inocência. Aplicando-se também a LEP, a execução só pode começar com o trânsito em julgado da sentença.<sup>88</sup>

Em face das garantias asseguradas ao cidadão pela Constituição da República, a decretação não pode ser automática, diante do reconhecimento da existência do crime e de sua autoria, mas deve resultar, ainda, da apreciação sobre a presença do *periculum libertatis*, que autoriza excepcionalmente a prisão antes de uma condenação definitiva.<sup>89</sup> Assim, o critério, agora, é o da necessidade, definida pelos critérios da prisão preventiva, que é o parâmetro geral para a prisão processual. A decisão, então, de manter, ou não, o réu na prisão ou a de determinar o seu recolhimento quando até então solto será ditada pelos requisitos da preventiva.<sup>90</sup> É o que demonstra o parágrafo único do art. 387 do CPP.

Com isso, o art. 393, inc. I, do CPP foi revogado tacitamente, na medida em que a prisão deixou de ser um efeito automático da condenação.

#### 1.2.6. Prisão decorrente de pronúncia

A pronúncia, prevista no art. 413 do CPP, é uma decisão que tem o objetivo de submeter o acusado ao julgamento pelo júri sempre que o juiz estiver convencido da existência do crime e desde que haja indícios de sua autoria ou participação.

A pronúncia por crime inafiançável ou a condenação em crime dessa natureza, não sendo concedido o regime aberto, deveria, em tese, acarretar a ordem de prisão. Todavia, o art. 413, §3º, e o art. 387, parágrafo único, respectivamente, determinam que o juiz decida

---

<sup>88</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 84078/MG*. Rel. Min. Eros Grau, julgado em 05.02.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03.06.2010.

<sup>89</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 297

<sup>90</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 265

sobre a situação prisional do acusado.<sup>91</sup>

Assim, o benefício da liberdade provisória, salvo os casos em que a análise das próprias circunstâncias demonstrarem a inviabilidade da sua concessão, deverá ser reconhecido sempre ao réu, e não no sentido oposto, que coloca a prisão como decorrência lógica da pronúncia e a liberdade provisória como mera faculdade atribuída ao juiz, mesmo porque, a prisão, após a pronúncia, deverá se embasar nos seus próprios fundamentos e não nos que antecederam a pronúncia, salvo se ainda subsistirem aqueles mesmos fundamentos.<sup>92</sup>

Diante disso, também a prisão decorrente de pronúncia necessita fundamentação acerca de sua necessidade, sem a qual ocorrerá nulidade, uma vez que não preencheu requisitos típico das prisões cautelares.

#### 1.2.7. Incomunicabilidade

Já se afirmou que a incomunicabilidade seria mais uma hipótese de prisão processual. No entanto, ela é um incidente quanto ao modo de se executar a prisão em flagrante, a temporária ou mesmo a preventiva, não sendo adequado que pudesse subsistir ou ser aplicada em face de réu solto. Somente se preso por outro motivo é que se aplica a incomunicabilidade.<sup>93</sup>

Há quem se coloque contra a legitimidade da incomunicabilidade por entender que, se o acusador pode, desde o princípio das investigações, conhecer os autos do processo, comunicar-se com quem quiser, preparar as armas do ataque, não se concebe que o acusado não possa fazer o mesmo. Ainda, aponta-se a falta de conveniência porque a observação dos países em que a incomunicabilidade não é admitida (v.g., Inglaterra) mostra que a repressão

---

<sup>91</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 264

<sup>92</sup> MOREIRA, David Alves. *Prisão provisória: as medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal: de sua indevida aplicação, consequências e fundamentos à sua reparação*, 1ª edição, Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 72

<sup>93</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 251

pode ser eficaz sem ela. E ainda porque a incomunicabilidade representa modalidade de tortura.<sup>94</sup>

O prazo legal da incomunicabilidade é de três dias, não podendo ser prorrogado. A sua contagem efetiva-se nos termos do art. 8º do Código Penal (computando-se o dia do início). Por tratar-se de medida excepcional e restritiva da liberdade individual, não se poderia pretender fazer a contagem pela norma contida no art. 798, §§ 1º e 3º, do CPP. Em questão de contagem de prazos, toda dúvida deve ser resolvida em favor da liberdade. O parágrafo único do art. 21 determina que se respeite, em qualquer caso, a faculdade de o advogado comunicar-se com o preso. Trata-se de prerrogativa profissional do advogado e de um direito do preso. A entrevista é pessoal e reservada, cabendo à autoridade zelar pelo cumprimento da lei, sob pena de responsabilidade administrativa e penal.<sup>95</sup>

A incomunicabilidade somente poderá ser decretada por despacho fundamentado do juiz, que deverá demonstrar a necessidade de tal instituto, bem como apontar a prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria. Isso porque, num sistema jurídico em que qualquer restrição à liberdade individual somente é permitida através do processo, seria temerário admitir-se a prisão, ainda que mediante ordem escrita do juiz, sem que se demonstre a seriedade da acusação, mediante um exame, embora perfunctório, dos pressupostos imprescindíveis para a decretação da prisão.<sup>96</sup>

## **2. PRISÃO EM FLAGRANTE**

Romeu Pires de Barros assinala que com a evolução do direito penal, a forma pela qual o crime era cometido deixou de ser levada em consideração como função punitiva, para influenciar, exclusivamente, no tocante à declaração de responsabilidade. Portanto, desde

---

<sup>94</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 247-248

<sup>95</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 135-136

<sup>96</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 107-108

então, a finalidade do flagrante perdera o seu substrato de direito substancial para interessar ao direito processual, tanto no terreno probatório, quanto como medida cautelar.<sup>97</sup>

Para Hélio Tornaghi, a prisão em flagrante tem a seu favor o consenso universal e responde não ao desejo de represália, mas ao impulso natural do homem de bem, em prol da segurança e da ordem.<sup>98</sup>

Por tratar-se de instituto restritivo de um direito, qual seja, o direito constitucional de liberdade de locomoção (conforme o art. 5º, XV, da CF), a interpretação deve ser estrita. Portanto, não há que se estender seu alcance nem restringi-lo, muito menos admitir-se analogia, salvo se esta for *in bonam partem*. Trata-se da adoção, no campo das liberdades públicas, do princípio da proibição de excesso, ou seja, uma limitação preventiva feita aos poderes públicos quando se tratar de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias fundamentais, embasando, assim, o Estado Democrático de Direito.<sup>99</sup>

## 2.1. Conceito

No sentido jurídico, flagrante é o delito no momento de seu cometimento, no instante em que o sujeito percorre os elementos objetivos (descritivos e normativos) e subjetivos do tipo penal. É o delito patente, visível, irrecusável do ponto de vista de sua ocorrência. A prisão em flagrante delito dá-se no momento em que o indivíduo é surpreendido no cometimento da infração penal, sendo ela tentada ou consumada.<sup>100</sup>

Assinala Romeu Pires de Barros que o delito pode ser flagrante em relação a uma pessoa, e não em relação à outra, visto que depende para que se verifique essa situação que a pessoa possa comprová-lo, mediante prova direta. Acrescenta o mestre que, para completar a

---

<sup>97</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 122

<sup>98</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 261

<sup>99</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 561-562

<sup>100</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 562

idéia de flagrância, é preciso que se adicione à atualidade do delito também a sua visibilidade. Assim, para o conhecimento do elemento físico do delito é necessário que alguém perceba a ação do agente, em todo o seu desenvolvimento, e não apenas o evento.<sup>101</sup>

Tales Castelo Branco ressalta a importância de se observar com prudência o que vem a ser a flagrância, a fim de evitar confundi-la com diligências policiais, *post delictum*, cujo valor probante, por mais forte que pareça, não se encadeie em elos objetivos, que entrelacem, indissolavelmente, no tempo e no espaço, a prisão e a “atualidade ainda palpitante do crime”.<sup>102</sup> Para tal situação, o autor dá exemplo muito ilustrativo:

Mas se uma casa é assaltada, não se sabe por quem. Se chamada a Rádio Patrulha, nada se apura no momento. Se, em batidas pelo bairro, vem se prender, muitas horas depois, um homem em cujo poder se encontravam instrumentos do crime ou as coisas furtadas – esse homem não foi preso em flagrante –, em que pese ao entendimento em contrário da egrégia maioria desta casa. Pode ser que o delinquente seja, em tese, um mero receptor, ou que esteja incidindo, tão-só, no crime de favorecimento real. E basta essa possibilidade em tese, aliada à quebra da continuidade imediatamente objetiva dos fatos, para que não mais se dê o flagrante. Pouco importa que, em hipótese, o juiz se convença intimamente de que o preso é, em verdade o autor do assalto. Esse convencimento influirá no mérito da ação. Mas não tem a virtude de recompor, através de uma convicção subjetiva, os laços externos da flagrância, já rompidos.<sup>103</sup>

Assim, há de se ter muito cuidado com essa conceituação elástica que pode ser dada à flagrância. Pela falta de apoio em pressupostos objetivos, seus traços vão se esmaecendo e acabam por confundir-se com a prisão preventiva.

Por fim, é necessário que a situação de flagrância se integre pela verificação de um dos tipos modelados no art. 302 do CPP, tornando-se imprescindível a existência de uma infração penal para que isso ocorra, ou seja, sem a prévia adequação típica da conduta do agente numa norma preceptiva da nossa legislação penal não é possível a qualificação jurídica do fato processual.<sup>104</sup> Portanto, não basta a tipicidade processual (constante do art. 302 do CPP), mas também a tipicidade penal (a existência de um fato típico).

---

<sup>101</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 118

<sup>102</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 54

<sup>103</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 55

<sup>104</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 126

## 2.2. Fundamento

Não há dúvidas de que a prisão em flagrante configura-se em um mal necessário, que tem como escopo atender ao interesse público de manutenção da paz e da ordem. Sacrifica-se um bem menor (a liberdade de locomoção) em detrimento de um bem maior (a paz social).<sup>105</sup>

No entanto, para que seus fundamentos possam ser estabelecidos, é preciso, antes, delimitar sua natureza. E quanto a isso há divergência na doutrina.

Para Mirabete, a possibilidade de se prender alguém em flagrante delito é um sistema de autodefesa da sociedade, derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem jurídica, tendo também o sentido de salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria.<sup>106</sup>

Também para Paulo Rangel a prisão em flagrante busca evitar a fuga do autor do crime; resguardar a sociedade, dando-lhe confiança na lei; servir de exemplo para aqueles que desafiam a ordem jurídica e acautelar as provas que, eventualmente, serão colhidas no curso do inquérito policial ou na instrução criminal, quer quanto à materialidade, quer quanto à autoria. Portanto, sua natureza jurídica é de uma medida cautelar de autodefesa social.<sup>107</sup>

No entanto, ao contrário do que defende a maioria da doutrina, alguns autores entendem que a prisão em flagrante não é uma prisão tipicamente cautelar.

Marcelo Cardozo da Silva refuta os argumentos acima apontados ao entender que não há imprescindibilidade da proteção da persecução penal por parte da prisão em flagrante. Primeiro, porque os depoimentos do condutor e das testemunhas (artigo 304, primeira parte, do CPP), bem como a colheita das demais provas, não dependem da segregação do indiciado. Segundo, porque o interrogatório do indiciado não depende de sua prisão, sendo-lhe facultado, ademais, o direito fundamental a permanecer em silêncio (inciso LXIII do artigo 5º da CF). Para ele, caso se justificasse uma presumida imprescindibilidade de colheita de prova, todos os inquéritos policiais que não tivessem como força motriz uma prisão em flagrante

---

<sup>105</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 562

<sup>106</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 374

<sup>107</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 562-563

exigiriam que fosse decretada a segregação provisória dos investigados para a oitiva de testemunhas e para a realização dos interrogatórios.<sup>108</sup>

Romeu Pires de Barros vê na prisão em flagrante mais do que uma medida cautelar. Para o autor, é patente o caráter instrumental dessa prisão visto que objetiva ela tornar possível o interrogatório e a qualificação do indiciado desenvolvendo uma função cautelar indireta ou mediata, através da qual se desenvolve a fase investigatória da persecução penal.<sup>109</sup> Conforme o mestre:

É justamente a instrumentalidade da medida cautelar de referência ao processo, em toda a sua complexidade, que possibilita um concurso entre vários tipos de cautelas, sofrendo estas mutações que o desenvolvimento da relação processual ocasiona, ensejando a conversão de um tipo de cautela em outro, atentas as variações das circunstâncias ocorrentes. Assim, a prisão em flagrante representa pela sua instrumentalidade pré-cautela em relação à prisão preventiva, podendo-se afirmar que, desde o momento em que a prisão-captura se converte em prisão-custódia, a tutela cautelar mediata se transforma num meio de tutela cautelar provido de uma verdadeira e própria cognição, no qual foram reconhecidos os seus pressupostos básicos, ou sejam, a urgência (*periculum in mora*) e a aparência jurídica da possibilidade de êxito contra o indiciado (*fumus boni juris*).<sup>110</sup> (grifo nosso)

Aury Lopes Jr. segue na mesma linha de raciocínio. No entanto, esse vai mais longe, para afirmar que a prisão em flagrante possui, em verdade, natureza pré-cautelar:

A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não. A instrumentalidade manifesta-se no fato de o flagrante ser um *strumenti dello strumento* – a prisão preventiva; ao passo que a autonomia explica as situações em que o flagrante não gera a prisão preventiva ou nos demais casos, em que a prisão preventiva existe sem prévio flagrante. Por isso, qualquer pessoa ou a autoridade policial podem prender em flagrante sem ordem judicial.<sup>111, 112</sup>

<sup>108</sup> SILVA, Marcelo Cardozo da. *A prisão em flagrante na constituição*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 71

<sup>109</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 123

<sup>110</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 124-125

<sup>111</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, 1ª edição, Rio de

Assim, o fundamento de legitimidade da prisão em flagrante depende da natureza pela qual ela é tomada.

Para aqueles que a entendem como prisão cautelar, a prisão em flagrante se justifica não só pela atualidade e evidência do delito, senão pelo temor de fuga e perigo de sucessivas desordens, a necessidade de acautelar a prova, ou, ainda, evitar represálias do ofendido e seus parentes, impedindo mais a consumação do delito, quando se trate de simples tentativa. Também, alguns autores admitem a providência para a salvaguarda da pessoa do autor do fato.

Para os que a concebem como medida pré-cautelar, ela destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar.<sup>113</sup>

Marcelo Cardozo da Silva, por fim, entende que a prisão em flagrante encontra-se disposta, constitucionalmente, para a defesa imediata e urgente do direito fundamental/bem coletivo constitucional pela norma penal incriminadora.<sup>114</sup>

---

Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 72

<sup>112</sup> Refutando também a natureza pré-cautelar da prisão em flagrante, Marcelo Cardozo da Silva entende que, se a prisão em flagrante tivesse qualquer natureza pré-cautelar, todos os crimes que se apenam com detenção (com relação aos quais seria impossível a decretação de uma prisão preventiva, a teor do disposto do artigo 313, I, do CPP) e que não se encontram no rol daqueles passíveis de prisão temporária (artigo 1º da Lei 7.960/89), vale dizer, todos os crimes com relação aos quais jamais seria possível a emissão de um decreto de prisão cautelar na fase pré-processual, não autorizariam, por conseguinte, qualquer segregação em flagrante. Impingir-lhe uma função pré-cautelar presumida, ademais, é medida que, em nossa Constituição, não encontra sustentação. Um direito fundamental não pode ser restringido com a finalidade de que assim seja mantido até que se decida acerca de se deve, ou não, ser restringido. Seria uma contradição em termos: prender-se-ia, de imediato, alguém para que, somente após, fosse decidido se se devia ter prendido este alguém, invertendo-se, assim, os elementos da equação. A se aceitar a possibilidade de uma medida pré-cautelar como hábil a justificar a restrição à liberdade de locomoção, conduzir-se-ia a uma insustentável situação: sem que se soubesse se seria possível a própria restrição, esta seria levada a efeito de antemão, ficando na dependência de um juízo futuro a ser realizado acerca das próprias condições de sua possibilidade. SILVA, Marcelo Cardozo da. *A prisão em flagrante na constituição*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 68

<sup>113</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 70

<sup>114</sup> SILVA, Marcelo Cardozo da. *A prisão em flagrante na constituição*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 69

### 2.3. Espécies de flagrante

São quatro situações de flagrância. Não poderão elas ser ampliadas, sob pena de violar a idéia da prisão em relação ao fato punível, essencial ao flagrante, aspecto que deve ser levado em consideração, também, na interpretação dos dispositivos legais.<sup>115</sup> Do contrário, a prisão será atípica e ilegal, devendo ser, imediatamente, relaxada pela autoridade judiciária.

A legislação brasileira não estabeleceu diversidade de tratamento ou nomenclatura, sendo todas as hipóteses equiparadas, mas a doutrina e a jurisprudência, em razão da diferença de intensidade probatória, passaram a fazer distinções denominativas.

Em realidade, só há flagrante, na acepção técnica da palavra, quando a chama está acesa, queimando, incandescente. Porém, o legislador impõe a todos que, nos casos que diz, há flagrante, criando uma ficção jurídica. A diferença que deve ser percebida é que, no caso do inciso I do art. 302, o delito é atual, presente, é visível, ou seja, está sendo praticado. A chama está acesa, queimando. Entretanto, nas outras três hipóteses (incisos II, III e IV) o delito é passado, já ocorreu, não é mais visível, não havendo mais a certeza visual do crime. Portanto, percebe-se que a chama, no inc. II, começou a se apagar, até chegarmos às cinzas no inc. IV. Nesta última hipótese, há apenas a fumaça deixada pelo atuar do autor do fato, que, ligada à situação fática, faz presumir ser ele o autor da infração.<sup>116</sup>

São três as espécies de flagrante: flagrante próprio (incs. I e II), flagrante impróprio ou quase-flagrante (inc. III) e flagrante presumido ou ficto (inc. IV).

---

<sup>115</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255

<sup>116</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 568

### 2.3.1. Flagrante próprio

Conforme o art. 302 do CPP, considera-se em flagrante delito quem está cometendo a infração penal (inc. I) ou acaba de cometê-la (inc. II). Em que pese a única forma real de flagrante ser a do inc. I, a maior parte da doutrina coloca a hipótese do inc. II também como de flagrante próprio.

Devemos interpretar a expressão “acaba de cometê-la” de forma restritiva, no sentido de uma absoluta imediatidade, ou seja, o agente deve ser encontrado imediatamente após o cometimento da infração penal (sem qualquer intervalo de tempo).<sup>117</sup>

### 2.3.2. Flagrante impróprio

O flagrante impróprio se dá quando, conforme o inc. III do art. 302 do CPP, o agente é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração.

Para que o flagrante seja legítimo nesse caso, é necessário que a perseguição se inicie imediatamente após o fato e que seja contínua até a efetivação da prisão. A expressão “logo após” compreende todo o espaço de tempo necessário para a polícia chegar ao local, colher as provas elucidadoras da ocorrência do delito e dar início à perseguição do autor. No caso do flagrante impróprio, a perseguição pode levar até dias, desde que ininterrupta.<sup>118</sup> Haverá essa continuidade se o agente não teve, em nenhum momento, condições de decidir sobre o seu paradeiro, ou seja, se permanentemente ficou submetido à perseguição. Não há tempo legalmente determinado para a perseguição, mas, quanto maior o tempo, mais difícil fica a

---

<sup>117</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 264

<sup>118</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 264

caracterização da continuidade. No entanto, ela não é quebrada pela substituição ou alternância de perseguidores, desde que não haja interrupção da perseguição.<sup>119</sup>

Perceba-se, portanto, que o que vem logo após o crime não é a prisão, é a perseguição. A prisão pode, eventualmente, realizar-se algum tempo depois, sem ser logo após. Mas não basta que o sujeito seja perseguido logo após o crime; é necessário que as circunstâncias que cercam a perseguição sejam tais que façam presumir ser ele o autor da infração.<sup>120</sup>

Paulo Rangel entende que deva ser um lapso de tempo entre duas ou três horas, pois, do contrário, a perseguição não seria logo em seguida, sem tardança, imediatamente, com maior brevidade, *incontinenti*.<sup>121</sup> No entanto, entendemos que não é possível estabelecer o número de horas especificamente. Tudo está a depender do caso concreto, da maneira como os fatos se apresentam e são conduzidos.

Ainda, a perseguição dita pelo legislador deve ser entendida nos precisos termos do que preceitua o art. 290, §1º, *a* e *b*, do CPP, aplicado por analogia. Não sendo ininterrupta e contínua, não haverá prisão em flagrante, sendo caso de relaxamento de prisão, nos termos do que preceitua o art. 5º, LXV.<sup>122</sup>

### 2.3.3. Flagrante presumido

Por fim, será flagrante o delito quando, a teor do inc. IV do art. 302 do CPP, o agente é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Nesse caso, não há imediatidade visual da infração penal. Além disso, o sujeito não é

---

<sup>119</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255

<sup>120</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 266

<sup>121</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 569

<sup>122</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 569

perseguido, mas encontrado. Portanto, na hipótese do inciso IV, menor é o arbítrio na apreciação do elemento cronológico, precisamente porque falta a circunstância objetiva, concreta, visível, da perseguição. Essa hipótese é muito mais delicada que a do inciso III. Por ser mais perigosa, está mais sujeita à arbitrariedade e a ampliações desmedidas que tornem seus limites sem contornos.<sup>123</sup>

Embora ambas as expressões tenham o mesmo significado, a doutrina tem entendido que o “logo depois”, do flagrante presumido, comporta um lapso temporal maior do que o “logo após”, do flagrante impróprio. Portanto, o que difere o flagrante impróprio do flagrante presumido é o elemento volitivo no impróprio, que não há no presumido; o lapso de tempo da expressão *logo depois*, que é maior do que a expressão *logo após*, e os vestígios encontrados com o autor da infração penal no presumido (instrumentos, armas, objetos ou papéis), que não são exigidos no impróprio.<sup>124</sup>

Como todos os dispositivos que acarretem qualquer espécie de prejuízo, as expressões *logo após* e *logo depois* devem ser interpretadas de forma restritiva, não podendo o agente ter passado à prática de atos estranhos à infração penal.

A atualidade ainda “palpitante” do crime e as circunstâncias que evidenciam sua relação com este é que justificam a chamada quase-flagrância (em sentido amplo). Ela há de resultar, pois, de condições objetivas, externas, de fatos tão visíveis e imediatamente ligados à prática do delito, que autorizem equiparar a situação do agente, assim perseguido, ou preso, à do que é apanhado no momento mesmo da ação criminosa. Não alude ao que é capturado com objetos relacionados ao delito. Nem ao que é encontrado depois, mas ‘logo depois’.<sup>125</sup>

Greco Filho entende que, apesar de ser possível o engano, uma vez que a existência de objetos em poder de alguém pode ser absolutamente desvinculada da autoria da infração penal, tal questão é de prova a ser resolvida na futura ação penal.<sup>126</sup> No entanto, não é apenas o encontro de um indivíduo em situação suspeita, mas sim, com vestígios da prática da infração penal que sustentam a prisão em flagrante. É o encontro do sujeito, em lapso de tempo razoável, com instrumentos utilizados na infração penal, em uma verdadeira relação de

---

<sup>123</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 56

<sup>124</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 572

<sup>125</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 53-54

<sup>126</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255-256

causalidade, sem a qual não haverá flagrante.<sup>127</sup>

Conforme Helio Tornaghi, a consagração da quase-flagrância em lei advém não de sua perfeita identidade com a flagrância, mas do fato de que dela se aproxima: não torna certa a autoria, mas a faz provável; e tal como na flagrância verdadeira, também na quase-flagrância é grande a indignação dos circunstantes, o escândalo, o desassossego. Além disso, a necessidade de colher de imediato os elementos de prova, os vestígios materiais deixados pelo fato ainda recente, antes que eles desapareçam, que eles se extingam, e a possibilidade de obter a versão do indiciado, de fazer os reconhecimentos, tudo isso leva a considerar flagrante o que na verdade é parecido com o flagrante, quase-flagrante, e a permitir a prisão daquele contra o qual há indícios de autoria.<sup>128</sup>

Justamente pela maior fragilidade da prova nesses casos, o flagrante impróprio e o presumido representam as modalidades de flagrante que mais possibilitam a ocorrência de danos aos acusados, já que os fatos podem facilmente ser narrados segundo os interesses daqueles que fizeram a prisão. Como o suspeito pela prática do crime poderá ser preso em flagrante tendo sido encontrado não praticando o crime, mas perseguido, logo após, em situação que faça presumir ser ele o seu autor, ou ainda, tendo sido encontrado com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir a autoria, ocorrerá a realização de uma prisão com base em indícios, nem sempre suficientes, mas considerada legal, se se verificar o preenchimento dos requisitos formais que vinculam-se ao próprio auto de prisão em flagrante que, por sua vez, fica adstrito unicamente aos fatos narrados pelos autores da prisão.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 573

<sup>128</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 268

<sup>129</sup> MOREIRA, David Alves. *Prisão provisória: as medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal: de sua indevida aplicação, consequências e fundamentos à sua reparação*, 1ª edição, Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 87

#### 2.3.4. Flagrante Obrigatório e Flagrante Facultativo

No flagrante obrigatório o agente não tem discricionariedade sobre a conveniência de efetuar ou não a prisão em flagrante. É estrito cumprimento de dever legal, uma vez que é a prisão em flagrante efetivada pela autoridade.

Já o flagrante facultativo é um caso especial de exercício de função pública transitória exercida por particular, em caráter facultativo e, portanto, de exercício regular de direito. Embora a lei não seja expressa, admite-se que o particular, autor da prisão, que pode ser o ofendido, possa apreender coisas em poder do preso desde que relacionadas com a prova do crime e da autoria.<sup>130</sup>

#### 2.3.5. Flagrante preparado ou provocado

O flagrante é preparado ou provocado quando o agente, policial ou terceiro, conhecido como agente provocador, induz o autor à prática do crime, viciando a sua vontade, e, logo em seguida, o prende em flagrante. Preceitua a Súmula 145 do STF: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Fernando Capez entende que o flagrante provocado é modalidade de crime impossível, pois, embora o meio empregado e o objeto material sejam idôneos, há um conjunto de circunstâncias previamente preparadas que eliminam totalmente a possibilidade da produção do resultado.<sup>131</sup>

Já para Mirabete, a solução é a de não se considerar crime impossível, já que o

---

<sup>130</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 381

<sup>131</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265-266

atuado realmente executou a conduta típica. Entretanto, a prova material do crime, por ser obtida por meio ilícito, não pode servir de suporte para a autuação em flagrante delito. Havendo consumação, ou mesmo atos de execução com possibilidade de consumação, ainda que ténue, justifica-se a prisão em flagrante delito nos termos do artigo 302 do Código de Processo Penal.<sup>132</sup>

Da mesma forma, Paulo Rangel afirma que a Súmula 145 do STF exige dois requisitos indispensáveis: preparação e não consumação do crime. Assim, se o flagrante for preparado, mas o crime se consumir, haverá crime e o agente pode ser preso em flagrante. Portanto, necessária é a conjugação dos dois elementos mencionados na súmula, sem os quais não há incidência da mesma.<sup>133</sup>

Há uma ténue linha que separa a ação controlada do flagrante preparado. Para que não seja crime impossível é preciso que se constate a predisposição do agente para a efetivação da conduta e a produção do resultado.

### 2.3.6. Flagrante Esperado

No flagrante esperado, a atividade do policial ou de terceiro consiste em simples aguardo do momento do cometimento do crime, sem qualquer atitude de induzimento ou instigação. O agente comete o crime e, portanto, poderá ser efetuada a prisão em flagrante.

Nesse caso, a prisão é manifestamente legal e o instituto da contracautela será a liberdade provisória, nos precisos termos do art. 310 do CPP.<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 380

<sup>133</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 578

<sup>134</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 579

### 2.3.7. Flagrante Prorrogado ou Retardado

A Lei 9.034, de 03 de maio de 1995, instituiu a chamada ação controlada. Através desse instituto, é possível retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a elas vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações (art. 2º, inc. II).

Da mesma forma, a Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, prevê a possibilidade de não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível (art. 53, inc. II).

Assim, o flagrante prorrogado ocorre quando o agente policial detém discricionariedade para deixar de efetuar a prisão em flagrante no momento em que presencia a prática da infração penal, podendo aguardar um momento mais importante do ponto de vista da investigação criminal ou da colheita de prova.<sup>135</sup>

Por ser medida mais prejudicial, somente é possível nos casos de crime organizado e em relação aos crimes previstos na Lei de Drogas.

### 2.3.8. Flagrante Forjado

No flagrante forjado os policiais ou particulares criam provas de um crime inexistente.

---

<sup>135</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 266

O exemplo mais comum é a implantação de entorpecentes em veículos ou residências. Obviamente, nesse caso, a prisão em flagrante será ilegal e deverá ser relaxada.

Embora se trate de questão que interfere na análise de provas, nada impede que possa ser examinada na sede de *habeas corpus*, devendo a ordem ser concedida quando os elementos probatórios oferecidos com o pedido demonstrarem que era impossível a prática do crime pelo qual foi preso o paciente.<sup>136</sup>

### 2.3.9. Flagrante nas várias espécies de crime

No *crime permanente* é poder do sujeito ativo sustar o procedimento criminoso, embora sem aptidão para fazer desaparecer a infração cometida.

Assim, são permanentes os delitos quando a ação delituosa permita, por suas características, que se possa prolongar voluntariamente no tempo, de modo que seja identicamente violadora do direito em cada um dos seus momentos, ou seja, quando em todos os momentos de sua duração possa ser entendida como consumação. Para Greco Filho, em virtude disso, se pode ter uma flagrância parcial, quando se trata de delitos permanentes, visto que a flagrância total seria a percepção por parte de alguém da ação em seu inteiro desenvolvimento. As expressões constantes do artigo 303 do CPP possibilitariam um entendimento de que em tais figuras delitivas basta a assistência a uma parte do *iter actiones*, ou a flagrância parcial.<sup>137</sup>

Portanto, o delito de natureza permanente é flagrante até o momento de cessar a permanência, podendo o delinqüente ser preso em flagrante enquanto perdurar a ação antijurídica. A adoção desse ponto de vista encontra seguro respaldo doutrinário, pois, se a flagrância existe enquanto o delito está sendo cometido, e, nas infrações permanentes, está

---

<sup>136</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 194

<sup>137</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 254

sendo cometido enquanto dura a atividade criminosa, justifica-se essa ampliação repressiva, desde que aplicada sem precipitadas generalizações.<sup>138</sup>

Tales Castelo Branco ressalta, no entanto, a inconveniência do instituto, na medida em que pode acarretar injustiças. Segundo o autor, enquanto a imaginação do legislador não resolver, praticamente, a questão da prisão em flagrante delito nos crimes permanentes, caberá ao prudente arbítrio dos juízes utilizarem-se da flexibilidade dos modernos mecanismos de política criminal para atenuar autuações injustas, incertas ou inseguras, caso já não tenham sido mais parcimoniosas as autoridades que primeiro conheceram da prisão em flagrante.<sup>139</sup>

No *crime habitual* há divergência da doutrina quanto ao cabimento da prisão em flagrante.

Para Fernando Capez, não cabe prisão em flagrante, pois o crime só se aperfeiçoa com a reiteração da conduta, o que não é possível verificar em um ato ou momento isolado.<sup>140</sup> Essa é também a opinião de Tourinho Filho: “(...) se alguém for preso por um crime habitual, o flagrante vai retratar, apenas, aquele ato insulado. Ora, aquele ato isolado constitui um indiferente legal...”.<sup>141</sup> Também comunga desse entendimento Paulo Rangel: “(...) sendo o ato isolado um indiferente penal, não há que se falar em prisão em flagrante”.<sup>142</sup>

Mirabete, contudo, entende viável a prisão em flagrante nesses crimes, se for possível, no ato, comprovar-se a habitualidade. Para o autor, não se negaria a situação de flagrância no caso de prisão de responsável por bordel onde se encontram inúmeros casais para fim libidinoso, de pessoa que exerce ilegalmente a medicina quando se encontra atendendo vários pacientes, etc.<sup>143</sup>

Tales Castelo Branco entende ser difícil, mas não impossível, a comprovação da habitualidade. Ressalta que, costumeiramente, nas infrações habituais, a polícia faz anteceder a prisão em flagrante de uma sindicância, com o fito de positivar a habitualidade.<sup>144</sup>

---

<sup>138</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 67

<sup>139</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 70

<sup>140</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 267

<sup>141</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 534

<sup>142</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 576

<sup>143</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 379

<sup>144</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em*

Quanto aos *crimes de ação penal privada* ou de *ação penal pública condicionada à representação*, em razão da omissão do Código de Processo Penal, mais uma vez a doutrina se divide quanto ao cabimento da prisão em flagrante.

Para Romeu Pires de Barros, dispendo o CPP que, nos casos de ação pública, dependentes de representação, ou no de ação privada, o inquérito policial somente poderá ser iniciado depois de satisfeitas determinadas formalidades, seria evidente abuso e desrespeito ao direito de liberdade do cidadão, a *prisão-captura* nas hipóteses focalizadas por não se ajustar ao comando legal. Para ele, assim, salvo a hipótese de autocautela privada, consistente na prisão em flagrante pelo próprio ofendido, seria inadmissível nos crimes de ação pública dependentes de representação ou nos crimes de ação privada.<sup>145</sup> Nesse sentido, também se manifesta o mestre Hélio Tornaghi.<sup>146</sup>

Tales Castelo Branco, no entanto, entende, ao contrário, que seria muito iníquo não admitir, por simples amor ao formalismo, que o estuprador de uma criança não pudesse ser capturado sem a presença de seu representante legal. Para ele, justifica-se a captura, porém, a lavratura do auto de prisão em flagrante só ocorrerá se a vítima ou seu representante legal demonstrar o seu interesse nesse sentido, dentro do prazo improrrogável de vinte e quatro horas, que é aquele destinado para o encerramento da peça coativa, uma vez que, nesse lapso temporal, o autuado já deverá ter recebido a Nota de Culpa.<sup>147</sup>

Acompanhando esse entendimento, também as opiniões de Greco Filho<sup>148</sup>, Fernando Capez<sup>149</sup> e Paulo Rangel<sup>150</sup>.

Efetuada a prisão sem a representação, há flagrante ilegalidade que não pode ser sanada com ulterior manifestação de vontade do ofendido. Tratando-se de norma cogente, que versa sobre a instauração da *persecutio criminis* (art. 8º do CPP), com clara restrição à liberdade de locomoção, o vício é insanável, passível de ser remediado via remédio heróico. Neste caso, o flagrante serve de peça de informação, porém perde seu caráter coercitivo,

---

*casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 71

<sup>145</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 135

<sup>146</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 287

<sup>147</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 65

<sup>148</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 254

<sup>149</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 267

<sup>150</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 573

devendo o indiciado ser colocado em liberdade.<sup>151</sup>

Nos casos de *crime continuado*, por consistir o delito em várias ações independentes, é pacífico que sobre elas incide, isoladamente, a possibilidade de se efetuar a prisão em flagrante.

#### **2.4. Sujeitos da Prisão em Flagrante**

O flagrante tem como sujeito ativo a pessoa que efetua a prisão, conforme o art. 301 do CPP.

O sujeito passivo é o indivíduo detido em situação de flagrância. Não podem ser sujeitos passivos da prisão em flagrante, contudo: menores de 18 anos, pois inimputáveis (art. 228 da CF e art. 27 do CP); diplomatas estrangeiros, em decorrência de tratados e convenções internacionais; o presidente da República (CF, art. 86, §3º); o agente que socorre vítima de acidente de trânsito (CTB, art. 301); aquele que se apresentar à autoridade, após cometer o delito.

Podem ser autuados em flagrante somente nos crimes inafiançáveis os membros do Congresso Nacional (CF, art. 53, §2º), os deputados estaduais (CF, art. 27, §1º), os magistrados (art. 33, inc. II, da LOMAN), os membros do Ministério Público (art. 40, inc. III, da LONMP), o advogado (Lei 8.906/94, art. 7º, §3º).

A EC 35/01 acabou com a imunidade processual dos parlamentares. Com ela os congressistas perderam a prerrogativa de não serem processados sem prévia licença de sua respectiva Casa. A imunidade que se aplicava aos congressistas era devida também aos Deputados estaduais. Com a retirada dessa dos congressistas, também a perderam os

---

<sup>151</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 573

últimos.<sup>152</sup>

Ainda, nos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais, ao autor do fato que, após a lavratura do termo circunstanciado, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança (Lei 9.099/95, art. 69, parágrafo único). Há, no entanto, duas particularidades: a conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/06) jamais imporá prisão em flagrante, ainda que o agente se recuse a assumir compromisso de comparecer à sede dos Juizados; com relação aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, quando presente uma das situações do §1º do art. 291, será instaurado inquérito policial no lugar do termo circunstanciado, autorizando-se, nesse caso, a prisão em flagrante.

Com relação à espontaneidade, como assevera Tales Castelo Branco, não há regras matemáticas para seu aferimento, tudo dependendo das variações concretas de cada caso. O que impede a lavratura do auto de prisão não é a inexistência da flagrância, mas o interesse político-criminal de não desvalorizar todos os gestos do acusado que tenham relevância moral e jurídica. Seria injusto que a lei tratasse igualmente tanto o agente que foge ou, de alguma forma, procura dificultar ou inutilizar o trabalho de persecução criminal, quanto aquele que, espontaneamente, se apresenta, facilitando-lhe a investigação.<sup>153</sup>

A questão se resume, assim, a determinar até que momento a apresentação é espontânea. Tales Castelo Branco entende que, conforme os elementos circunstanciais, até a apresentação à autoridade por parte do sujeito que esteja sendo perseguido materialmente poderá ser considerada espontânea. Enquanto restar uma possibilidade de fuga e se fizer notar que a apresentação ocorreu de modo próprio e sem ser fruto exclusivo da coação estranha, a espontaneidade deve ser reconhecida. Até a desistência da fuga, durante a perseguição, dirigindo-se o acusado, voluntariamente, numa mudança espontânea de rumo, que indique a sua decisão de apresentar-se à autoridade, deverá militar em seu favor, não se lavrando o flagrante.<sup>154</sup>

Fugindo o acusado depois de haver sido preso, mas antes de haver ocorrido a lavratura do auto, não se tem como consumado o flagrante, e a formalização deste, dias após, quando

---

<sup>152</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 565

<sup>153</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 77

<sup>154</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 77

da apresentação voluntária daquele à polícia, também constitui constrangimento ilegal, sanável por meio do remédio heróico.<sup>155</sup> Diversa, obviamente, é a situação daquele acusado contra o qual já houver sido lavrado o flagrante, dado que a prisão provisória já está formalizada e a sua fuga não tem poderes derogativos.<sup>156</sup>

## 2.5. Requisitos Formais da Prisão em Flagrante

Após a captura do agente, deve ser ele apresentado à autoridade competente para a lavratura do respectivo auto. Sendo a autuação em flagrante uma das modalidades de *notitia criminis*, capaz de iniciar a persecução criminal por meio da instauração de inquérito policial, a autoridade competente a que se refere a lei é a policial.

Caso a infração seja praticada em um lugar e a prisão tenha ocorrido em outro, a competência é da autoridade do último. Se não houver autoridade no local onde foi efetuada a prisão, o capturado será apresentado à do lugar mais próximo (art. 308 do CPP).

No caso de infração penal prevista no Código Penal Militar, a autoridade competente para lavar o auto de prisão em flagrante será o oficial militar, presidente do inquérito policial militar, designado para essa função. Na hipótese de ser cometido um crime nas dependências da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a autoridade competente para a lavratura do flagrante e a presidência do inquérito será a da respectiva Mesa ou a autoridade parlamentar previamente indicada de acordo com o que dispuser o regimento interno (Súmula 397 do STF).<sup>157</sup>

Consiste a apresentação à autoridade competente não apenas num desdobramento do ato estatal de força, representado pela prisão em flagrante, com o intuito de documentar a

---

<sup>155</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 77

<sup>156</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 79

<sup>157</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 270

infração penal, mas, também, no oferecimento de uma primeira oportunidade para que a “autoridade competente” aprecie a legitimidade do flagrante.<sup>158</sup>

Conforme o art. 304 do CPP, “apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto”.

Esse artigo suscita divergência na doutrina. Para Greco Filho a intenção da lei é clara: a validade do flagrante depende da existência do condutor e de pelo menos duas testemunhas.<sup>159</sup>

Já Tales Castelo Branco entende que, embora a lei fale em a autoridade ouvir “o condutor e as testemunhas que o acompanharam”, deixando entrever que há necessidade de pluralidade de testemunhas, firmou-se, radicalmente, o entendimento de que, sendo o condutor uma testemunha, bastará, apenas, mais uma testemunha para que se perfaça a vontade da lei.<sup>160</sup>

Ainda, na dicção do art. 304, §2º, “a falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade”.

Obviamente, se a necessidade de pluralidade de testemunhas, para parte da doutrina, já é motivo suficiente para invalidar o auto de prisão, com mais razão será este nulo se não há testemunhas nem da infração nem da apresentação, pois constitui elemento essencial do ato a assistência à apresentação do preso à autoridade.

Infelizmente, é muito comum a existência de autos de prisão em flagrante que são lavrados com testemunhas que não assistiram à apresentação do preso à autoridade, nem aos depoimentos do condutor e do acusado. Sempre que a prova do cumprimento dessa formalidade legal for duvidosa (como, por exemplo, quando só se faz menção às testemunhas de apresentação no encerramento do auto) a prisão deve ser considerada ilegal. Não há como

---

<sup>158</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 84

<sup>159</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 257

<sup>160</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 87

transigir diante do formalismo legal, que visa cercar de insuspeições essa dura e excepcional restrição da liberdade humana.<sup>161</sup>

Paulo Rangel entende que os depoimentos tanto do condutor como das testemunhas devam ser prestados na presença do preso a fim de que, conhecendo do teor dos depoimentos, possa se defender da suspeita que recai sobre ele. Tal feito ocorrerá, obviamente, desde que a presença do detido não vá influir no ânimo da testemunha (art. 217 do CPP). O autor ressalta que não se trata de exercício do contraditório, pois não há acusação, mas simplesmente do direito de resposta inerente a toda e qualquer pessoa humana (art. 5º, V, da CR). Até porque poderá permanecer em silêncio (art. 5º, LXIII, da CR), diante de tudo que for apontado contra ele.<sup>162</sup>

Ainda, o ofendido deve depor, sempre, antes do acusado, em decorrência de um reclamo natural e lógico que aconselha que este tenha a oportunidade ampla de responder à inteireza da imputação que lhe é formulada, como afirma Tales Castelo Branco. A jurisprudência não vê problema na vítima ser ouvida depois do autuado. No entanto, para o autor, tal concessão é muito prejudicial à concisão probatória do flagrante. Considerando que tal inversão atinge a plenitude e a liberdade do interrogatório do indiciado, ela é passível de invalidar e tornar nulo o auto de prisão em flagrante.<sup>163</sup>

Entendem alguns, dentre os quais Hélio Tornaghi, que a inquirição do condutor, das testemunhas e mesmo do conduzido não é formal nem deve obrigatoriamente ser feita nos moldes das disposições legais sobre a prova, tratando-se apenas de um meio dado à autoridade para inteirar-se dos fatos a fim de prelibar se resultam ou não fundadas suspeitas contra o conduzido. Tales Castelo Branco, no entanto, diverge dessa posição. Para ele, as testemunhas estão sempre obrigadas ao mesmo regime de tratamento, pois a lei não faz qualquer distinção sobre os seus deveres na fase policial ou judicial. Dessa forma, durante a lavratura do auto de prisão em flagrante, aproveitam-se, integralmente, no que for aplicável, todos os dispositivos sobre o depoimento de testemunhas em juízo, inclusive no que pertine às dispensas e proibições de depor.<sup>164</sup> Da mesma forma, com relação ao interrogatório do

---

<sup>161</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 89

<sup>162</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 586

<sup>163</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 87

<sup>164</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 88

conduzido.<sup>165</sup>

Em uma posição intermediária, Romeu Pires de Barros assevera que, apesar de não tomar como formalidades indeclináveis as exigidas para a produção das provas em geral, nem as do interrogatório, na ausência de outras regras por essas deverá guiar-se a autoridade que presidir o flagrante. No entanto, de sua inobservância, segundo o autor, somente poderá advir a nulidade do auto, quando dela resultar prejuízo para a autenticidade do ato.<sup>166</sup>

Diante da nova redação do art. 304, o auto deverá ser assinado pela autoridade e pelo acusado, tornando-se desnecessárias as assinaturas do condutor, das testemunhas e do ofendido, que podem ser liberados após suas oitivas.<sup>167</sup> Não havendo funcionário oficial, a autoridade deverá nomear escrivão *ad hoc*, especificamente para o ato, prestando compromisso.

Se o preso não quiser ou não puder assinar, o auto será assinado por duas testemunhas, chamadas instrumentárias, que ouvirem a leitura do auto na presença do acusado, do condutor e das testemunhas. Essas testemunhas deverão ser pessoas diferentes do condutor, testemunhas do fato ou da apresentação, se existirem.<sup>168</sup> Tal providência serve para os casos em que, por exemplo, o conduzido, quando da lavratura do auto, não foi interrogado por estar embriagado, hospitalizado ou ferido e, dentro das 24 horas seguintes à prisão (prazo máximo para a lavratura do auto) não foi possível realizar tal diligência.

No caso de ser a vítima ou qualquer das testemunhas quem não puder ou não souber assinar, deverá ser tomada a rogo a assinatura de alguém que ouça a leitura do auto, na presença da pessoa por quem assina. Em que pese o capítulo “Da Prisão em Flagrante” do CPP não contemplar tal situação, essa interpretação decorre da aplicação do art. 216.<sup>169</sup>

Embora inexista disposição expressa da lei processual penal vigente quanto à nomeação de curador aos acusados que, embora maiores, sofram de perturbações mentais que os tornem incapazes, ainda que parcial e relativamente, para os atos da vida civil, essa providência, amparada nos suplementos da lei processual civil, é obrigatória, segundo Tales

---

<sup>165</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 102

<sup>166</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 151

<sup>167</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 386

<sup>168</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 257-258

<sup>169</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 89

Castelo Branco.<sup>170</sup>

Questão delicada é a relativa à validade do testemunho de policiais, muito comum nos casos de prisão em flagrante. Para Romeu Pires de Barros, o condutor é também testemunha do flagrante, sendo essa participação do policial mais assídua, mas nem por isso merecedora da eiva de suspeição. No entanto, quando existirem testemunhas tanto do crime, como da flagrância ou, ainda, instrumentárias, estranhas ao aparelhamento policial, a estas deve preferir a autoridade autuante.<sup>171</sup>

Tales Castelo Branco é mais radical, ao afirmar que os depoimentos dos agentes policiais que prendem, que algemam e, por vezes, batem nos indiciados não podem, de nenhum modo, por si sós, e desacompanhados de outros elementos de convicção, servir de base para a condenação de quem quer que seja.<sup>172</sup> No entanto, o que, realmente, está em jogo não é a credibilidade, a moral e o valor dos policiais, mas, sim, o valor processual, a validade técnica, em termos de transmissão da certeza probatória, que deva merecer os depoimentos dos policiais que participaram, direta ou indiretamente, da prisão em flagrante.<sup>173</sup> Assim, caberá sempre ao juiz a tarefa de apreciar os depoimentos e valorá-los, em face das condições pessoais da testemunhas e das próprias circunstâncias dos casos que examina.

Determina a primeira parte do §1º do art. 304 do CPP que, resultando das respostas fundada suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão.

Para Romeu Pires de Barros, a possibilidade de a autoridade policial deixar de ordenar a prisão se ausente a fundada suspeita estaria em conflito com o texto expresso no art. 310, do CPP, que estabelece ser esse exame da exclusiva competência do juiz, tornando a providência ali prevista o mais autêntico caso de cognição cautelar posterior pelo juiz, o que torna evidente o respeito ao direito de liberdade.<sup>174</sup>

No entanto, a maior parte da doutrina entende que é possível o relaxamento da prisão

---

<sup>170</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 110

<sup>171</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 157-158

<sup>172</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 93

<sup>173</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 97

<sup>174</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 154

por parte da autoridade policial.<sup>175</sup>

Assim, quando da lavratura do auto, se não resultar, das respostas dadas pelo condutor, pelas testemunhas e pelo próprio conduzido, fundada suspeita contra este, a autoridade não poderá mandar recolhê-lo à prisão. E, se não pode assim proceder, a autoridade policial deve relaxar a prisão, sem, contudo, descumprir o preceito constitucional inserto no art. 5º, LXII.<sup>176</sup>

Impende ressaltar que a fundada suspeita dá-se quando os fatos apontados pelas pessoas que depuseram perante a autoridade autorizam a ter como provável que o conduzido seja autor da infração. Não basta a suspeita, a suposição, a conjetura, a dúvida; é necessária a suspeita fundada em fatos, em realidades. Evidentemente só quem pode saber se há suspeita, ou não, é a autoridade que preside ao ato e à qual a lei deixou a valoração das provas nesse primeiro momento. Mas esse, como todos os atos da autoridade policial, está sujeito ao posterior controle do juiz a quem a prisão é comunicada.<sup>177</sup>

Vê-se, claramente, que se exige certa função judicativa da autoridade que presidir o auto de prisão em flagrante, pois a noção do que seja fundada suspeita implica uma objetiva apreciação dos acontecimentos que lhe forem narrados.<sup>178</sup>

A eventual classificação errônea ou inadequada feita pela polícia quanto ao fato delituoso não chega a justificar a anulação do flagrante, entretanto, justifica-se, plenamente, que o Poder Judiciário, antes mesmo do oferecimento da denúncia ou queixa, retifique os eventuais excessos, para o fim de conceder a liberdade provisória.<sup>179</sup>

O art. 307 do CPP dispõe que “quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de

---

<sup>175</sup> Para Capez, o relaxamento da prisão em flagrante só é possível quando o auto da prisão em flagrante chegou a ser consumado. Para ele, sem a ratificação, o sujeito se encontra apenas detido, aguardando a formalização por meio da ordem de prisão em flagrante determinada pela autoridade policial. CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 270 Nesse sentido, também Tales Castelo Branco entende que, se a autoridade policial, após a análise da *notitia criminis*, chega à conclusão de que inexistente crime a punir, o inquérito não será aberto, vale dizer: o auto de prisão em flagrante não será lavrado. BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 138

<sup>176</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 539

<sup>177</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 302

<sup>178</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 120

<sup>179</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 141

prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto”.

Entende Greco Filho que somente a autoridade policial ou aquela concorrentemente legitimada para instaurar o inquérito é autoridade competente para lavrar o auto a que se refere o art. 307. Sendo a infração praticada na presença do juiz ou do membro do Ministério Público, a detenção será efetivada, mas o preso deverá ser apresentado à autoridade policial competente. Contudo, ainda que se admita que o juiz possa lavrar o flagrante, jamais poderá atuar na ação penal que se seguir, o mesmo acontecendo se foi testemunha do fato.<sup>180</sup>

O intuito da lei foi o de prestigiar a autoridade como representação do próprio Estado. Poderá ocorrer, no entanto, que, efetuada a prisão e se devendo passar à lavratura do auto, verifique-se que a autoridade em causa, pelas atribuições que a lei lhe confere, não tenha qualidade para presidi-lo. Nessas circunstâncias, sob pena de efetiva nulidade, a autoridade conduzirá ou fará conduzir o preso à presença da autoridade competente para a lavratura do auto de prisão em flagrante.<sup>181</sup>

No entanto, para Hélio Tornaghi, se o sujeito é preso em flagrante de infração praticada na presença de autoridade, não há que conduzi-lo a parte alguma: o flagrante deve ser lavrado ali mesmo. Para ele, a atitude de juízes que fazem apresentar o preso à autoridade policial para que essa lavre o flagrante, complica e frauda a intenção da lei, deixando, inclusive, sem explicação a parte final do art. 307.<sup>182</sup>

Todavia, se a autoridade que houver presidido o auto for também competente para tomar conhecimento do fato, a comunicação da prisão deverá ser feita, em obediência ao preceito constitucional, à autoridade judiciária competente para dizer da legalidade ou não do ato coercitivo. Essa determinação legal é claramente proibitiva. A *mens legis* parece ser preservativa de toda a lisura dessa flagrância excepcional, em que a imparcialidade da autoridade, pelas contingências humanas, deva ser vista com reserva.<sup>183</sup>

---

<sup>180</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 258

<sup>181</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 74

<sup>182</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 324

<sup>183</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em*

Lavrado o auto, conforme o art. 5º, inc. LXII da Constituição, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente. Já o art. 306 do CPP dispõe que dentro de 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante. Esses dispositivos despertam diferentes interpretações.

Conforme a Constituição, a comunicação deve ser imediata, isto é, sem mediar tempo algum entre ela e a prisão, a não ser o materialmente necessário. Nessa linha, Pontes de Miranda, apreciando o artigo 153, parágrafo 12, da Constituição de 1967, já sob a égide da emenda nº 1 de 1969, sobre as origens do dever de comunicação imediata, expôs que:

“Imediatamente”, que se lê no texto, é mais do que logo; logo era o que estava no Anteprojeto da Constituição de 1934 e tirou-se logo, para se pôr imediatamente, que não admite apreciação subjetiva do que deva ocorrer após a prisão ou detenção. A autoridade prende ou detém, mas imediatamente comunica. Não passou a concessão do prazo de vinte quatro horas, que se propusera, para que se comunicasse o juiz da prisão ou detenção; o que venceu foi a comunicação imediata. Assim, terminada a lavratura do auto de flagrante, deve a autoridade comunicar, ato contínuo, a prisão ao juiz competente.<sup>184</sup>

No entanto, em que pese a literalidade do dispositivo no sentido da imediatidade da comunicação, a doutrina e a jurisprudência têm entendido ser possível a comunicação até o prazo de 24 horas, prazo estabelecido para a entrega do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa ao preso.

Em que pesem as diferentes interpretações, importa ressaltar que se não se der a comunicação, a prisão em flagrante deve ser reputada nula. Toda prisão em flagrante corre em direção à fase judicial, na qual encontrará seu irremediável fim. Sua fragilidade, de que dão conta suas excepcionalidades, impõe-lhe curtíssima duração, não se sustentando a restrição de *per si*: no âmbito da reserva de jurisdição, apenas poderá ser mantida a restrição à liberdade de locomoção uma vez demonstrada, concretamente, cautelaridade hábil a justificar a medida.<sup>185</sup>

Apesar disso, muitos autores não vêm na ausência ou demora na comunicação uma

---

*casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 75

<sup>184</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 : com a emenda n. 1, de 1969*. 2.ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. v. 5. p. 225

<sup>185</sup> SILVA, Marcelo Cardozo da. *A prisão em flagrante na constituição*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 145

ilegalidade.<sup>186</sup> Tourinho Filho entende que a falta de comunicação não invalida o auto, pois não é requisito da legalidade da prisão, mas um meio de se evitarem prisões ilegais. Ainda, se a prisão ou detenção for ilegal e o juiz deixar de relaxá-la, incidirá na reprovação que se contém na letra *d* do art. 4º da Lei n. 4.898/65.<sup>187</sup> Assim também Hélio Tornaghi, para quem a falta ou o retardamento do aviso constituirá sempre ilícito disciplinar e poderá configurar crime de prevaricação previsto no art. 319 do Código Penal, se motivado pelo desejo de satisfazer interesse ou sentimento pessoal.<sup>188</sup>

Não obstante os motivos invocados para justificar dilações, além do prazo de vinte e quatro horas ser até excessivo, todo prolongamento da prisão, justa ou injusta, sem o preenchimento das formalidades legais e a aplicação dos requisitos da lei, representa uma coação ilegal exercida contra o cidadão e propicia oportunidades maiores para a violência, a fraude e a arbitrariedade. A prisão em flagrante não é tortura nem castigo, é apenas modalidade coercitiva da notícia do crime, simples providência cautelar, que deve ser exercida com dignidade e respeito por parte daqueles que detêm o poder.<sup>189</sup>

Da mesma forma, apesar do entendimento dominante no sentido de que a ausência de comunicação não invalida a prisão em flagrante, há, sim, nulidade, considerando a manifesta intenção que teve o legislador de submeter imediatamente a prisão de qualquer pessoa ao crivo fiscalizador e corretivo do juiz competente. Como assevera Tales Castelo Branco, a Lei Maior não poderia conter dispositivos vãos. Se mencionou essa determinação é porque a ela subordinou a legalidade da prisão. Prisão que não é comunicada, mesmo que, aparentemente, preenchidos os requisitos formais e materiais de legalidade, é prisão inconstitucional e, portanto, ilegal. O nosso sistema processual, através de dispositivo constitucional, não exigiu a apresentação física do preso ao juiz competente, mas exigiu a apresentação imediata dos motivos dessa prisão; restringiu o sistema de garantias, mas não o aboliu, como pretensamente se vem entendendo, numa orientação muito concessiva ao despotismo e à força.<sup>190</sup>

---

<sup>186</sup> Nesse sentido: CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 274 e MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008. p. 383 e 386

<sup>187</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 537

<sup>188</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 256

<sup>189</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 117

<sup>190</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 129

Importa frisar que o juiz competente, ao receber a comunicação da prisão, deve, com presteza, manifestar-se sobre a sua legalidade, ou seja, sobre a sua adequação ao modelo legal. Se a prisão não preencher os requisitos legais, ou se tiver ocorrido qualquer das excludentes de criminalidade, o juiz deverá relaxá-la. Se legal, o juiz se manifestará sobre a possibilidade liberdade provisória.

Ainda dentro do prazo de 24 horas, ao preso deverá ser entregue a nota de culpa, que é comunicação escrita, assinada pela autoridade, com a menção do motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas. A nota de culpa é a peça inicial do auto de prisão em flagrante e tem por finalidade comunicar ao preso o motivo de sua prisão, bem como a identidade do responsável por essa prisão. Sua falta caracteriza omissão de ato essencial e prova a nulidade e o relaxamento da prisão. O mesmo ocorrerá de sua irregularidade.<sup>191</sup>

Tales Castelo Branco entende que a maior concessão que se poderia fazer, em caso de prisão em flagrante, seria tolerar a inexistência ou ineficácia da Nota de Culpa, desde que, comprovadamente, pelo recibo a que alude a lei, o acusado tenha recebido cópia integral do auto.<sup>192</sup>

A Constituição também estatui que ao preso será “assegurada” a assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII). A redação do dispositivo constitucional não permite concluir-se pela obrigatoriedade de uma efetiva assistência familiar ou profissional; o que se garante é a comunicação, a possibilidade da referida assistência. Assim, só haverá nulidade se for negado ao preso o exercício dessa faculdade.<sup>193</sup>

Para Tourinho Filho, no entanto, se o preso quiser a assistência e a autoridade não o

---

<sup>191</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 270. Para Tales Castelo Branco, no entanto, a falta de entrega da Nota de Culpa ou a sua irregularidade, obscurantismo ou ambigüidade, por afrontarem o princípio constitucional da ampla defesa, constituem motivo para soltura do acusado, pois a prisão se tornou ilegal, mas não se trata, porém, de nulidade absoluta, mas apenas relativa, contingenciada ao momento da prisão e que deve ser argüida oportunamente. BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 126

Nesse mesmo sentido: (...) entende-se, todavia, que a sua inexistência ou irregularidade (como, por exemplo, a falta de menção do motivo da prisão) não acarreta nulidade absoluta do auto de flagrante, dependendo a invalidação de demonstração do prejuízo; aliás, não se tratando atualmente de previsão constitucional, nem de formalidade essencial arrolada pelo art. 564, III, CPP, o mais correto é considerar o vício como irregularidade que pode conduzir à nulidade simplesmente relativa. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 289

<sup>192</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 127

<sup>193</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 292

atender, o flagrante, como peça coercitiva, perde o seu valor, porquanto se trata de uma formalidade. Quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, devem ser obedecidas todas as formalidades legais, sob pena de o auto tornar-se imprestável como peça coercitiva, sem prejuízo, entretanto, do seu valor como peça informativa, apta a instruir a propositura da ação penal. As formalidades estabelecidas em lei para o flagrante constituem, inegavelmente, elemento essencial da regularidade do ato, em virtude de ser a prisão, principalmente aquela de que se cuida, medida excepcional.<sup>194</sup> Nesse sentido, também Rogério Lauria Tucci.<sup>195</sup>

Acompanhando tal entendimento, a garantia de assistência do advogado passou a ter plena aplicabilidade com o advento da Lei n. 11.449/07, uma vez que, se o advogado do preso não for informado de sua prisão, a autoridade policial será obrigada a remeter o auto de prisão em flagrante, no prazo de 24 horas da prisão, à Defensoria Pública.<sup>196</sup>

Tem o preso, também, direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF). A advertência sobre esse direito deve constar obrigatoriamente do auto; tratando-se de norma constitucional processual estabelecida no interesse público, sua inobservância implicará nulidade absoluta, que deverá ser decretada de ofício, independentemente de provocação do interessado.<sup>197</sup>

Ocorrendo a prisão em flagrante, a autoridade não poderá, legalmente, recolher o conduzido à prisão, tratando-se de hipóteses em que o mesmo se livre solto ou de infração afiançável, pois ninguém deverá ser levado à prisão ou nesta conservado, se prestar fiança, nos casos em que a lei não a proibir.

O acusado se livra solto, independentemente de fiança, nos seguintes casos (art. 321 do CPP): a) no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade (inc. I); b) quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a três meses (inc. II). Quando não ocorrer nenhuma destas hipóteses, o autuado obterá a sua liberdade, também já na fase policial, mediante o pagamento de fiança, nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples.

---

<sup>194</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 536

<sup>195</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 309

<sup>196</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 275

<sup>197</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 289

A lei veda, todavia, o benefício da fiança, nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a dois anos (art. 323, inc. I); nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais (vadiagem e mendicância) (inc. II); nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o acusado já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado (inc. III); em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o acusado vadio (inc. IV); nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça (inc. V). Nesses casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em quarenta e oito horas.

Não será, igualmente, concedida fiança aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350 (art. 324, inc. I); em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão domiciliar, administrativa ou militar (inc. II); ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança (inc. III); quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (inc. IV).

De acordo com o art. 350 do CPP, a fiança poderá ser dispensada pelo juiz em caso de pobreza. Embora a lei seja explícita, mencionando que o juiz é que poderá, em tais casos, conceder a liberdade provisória, parece humano e racional que se admita a extensão desse poder também ao delegado de polícia responsável pela autuação, interpretando-se o dispositivo legal com benignidade compatível com a sua própria essência.<sup>198</sup>

Os dispositivos de política criminal (como é a fiança) devem, costumeiramente, ser aplicados em favor do *status libertatis*, principalmente em questão tão delicada e que envolve odiosa discriminação social, decorrente da situação econômica do autuado.<sup>199</sup>

Depois de a fiança haver sido tomada por termo, o afiançado ficará obrigado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para julgamento, sob pena de a fiança ser havida como quebrada. O acusado afiançado, também sob pena de quebra da fiança, não poderá mudar de residência,

---

<sup>198</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 172

<sup>199</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 173

sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de oito dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

Atualmente, no entanto, o instituto da fiança perdeu espaço, uma vez que há construção do STF no sentido de que a liberdade é a regra e a prisão é a exceção.

Por fim, sendo a prisão em flagrante uma das modalidades da prisão provisória, o tempo de sua duração computa-se na pena privativa de liberdade. Trata-se de ditame de equidade. Embora a pena seja atípica e o regime de custódia especial, importa privação da liberdade determinada pelo crime e quase sempre decorrente de motivos não imputáveis ao réu, mas de precaução judicial.<sup>200</sup> O tempo de prisão em flagrante computável na pena deve ser contado do dia em que o agente foi preso.

---

<sup>200</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 224

## II. O CONTROLE JURISDICIONAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Ultrapassada a fase administrativa (ou policial) da prisão em flagrante, ela deve ser comunicada ao juiz competente, nos ditames da norma constitucional presente no art. 5º, inc. LXII.

Mais importante do que a comunicação em si, no conjunto das garantias constitucionais, é a inafastabilidade da efetiva apreciação judicial sobre os pressupostos da privação do direito à liberdade de locomoção.<sup>201</sup>

### 1. OBJETO DO CONTROLE JURISDICIONAL

A doutrina majoritária, talvez por força do hábito, entende que basta ao juiz homologar a prisão. A prisão em flagrante, portanto, prenderia por si só. No entanto, há uma corrente que entende que o juiz, após homologar a prisão em flagrante, deve examinar se estão presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva. Isso demonstra que após seu exame pelo juiz, a prisão em flagrante não subsiste, ela não é uma prisão automática, devendo o magistrado analisar se subsiste a necessidade de privação da liberdade do conduzido, agora sob a forma de prisão preventiva.

Assim, quando a prisão em flagrante foi devidamente formalizada e está em condições de ser homologada, mas estão ausentes os requisitos da prisão preventiva, o juiz deveria conceder, fundamentadamente, a liberdade provisória. Ou, fundamentadamente, manter o réu preso, demonstrando a presença dos requisitos da prisão preventiva. A doutrina mais recente tem advogado a tese de que prisão, antes do título executivo, só é cabível se estiverem

---

<sup>201</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 291

presentes os requisitos da prisão preventiva. Assim, a prisão em flagrante, na verdade, não prende por si só, sob pena de se criar uma figura de prisão automática sem os requisitos da cautelar, em contradição com o princípio da presunção de inocência.

Sendo assim, cabe ao juiz fazer a apuração da legalidade/constitucionalidade da medida e da necessidade da prisão preventiva. Analisaremos cada aspecto em separado.

### **1.1. Análise da legalidade/constitucionalidade da prisão em flagrante**

O objeto da manifestação judicial neste momento é apenas a legalidade (não a injustiça ou inconveniência da prisão). Não cabe ao juiz perquirir se o preso é culpado ou inocente; não lhe compete fazer qualquer consideração de política penal ou processual. Prisão legal é a prisão adequada à lei. O que o juiz verifica ao receber a comunicação, portanto, é apenas isto: se a prisão se enquadra no esquema da lei, na moldura legal, feita abstração de saber se no caso concreto ela é justa ou injusta, equa ou iníqua.<sup>202</sup> Assim, exara manifestação, tão-somente, sobre a restrição à liberdade de locomoção baseada em uma prisão em flagrante, mais especificamente, sobre a prisão-administrativa.<sup>203</sup>

A licitude de uma prisão-administrativa está a depender, em linha direta, tanto da licitude da prisão-captura quanto de uma série de atos vinculados que passam a ser exigidos a partir de dados momentos. O juízo de verificação da constitucionalidade/legalidade da restrição à liberdade de locomoção consubstanciada na prisão em flagrante, tal como exigido pelo inciso LXV do artigo 5º da CF, dá-se, pois, tendo diversas normas que lhe servem de parâmetro, dentre as quais se encontram tanto normas constitucionais quanto normas infraconstitucionais. Ao lado do princípio constitucional da liberdade de locomoção, que, à evidência, sempre estará restringido, outras normas constitucionais, regras e princípios,

---

<sup>202</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 257

<sup>203</sup> SILVA, Marcelo Cardozo da. *A prisão em flagrante na constituição*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 104

também incidirão nas hipóteses da prisão em flagrante, moldando, com mais especificidades, os contornos da licitude da restrição à liberdade de locomoção nesses casos.<sup>204</sup>

De modo geral, como já foi analisado, a prisão em flagrante será ilegal ou nula nas seguintes hipóteses: *a)* quando não tenha ocorrido flagrância em nenhuma das suas modalidades; quando o acusado tenha se apresentado, espontaneamente, à autoridade; *b)* quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; por ilegitimidade da parte, ou falta de representação nos crimes de ação penal privada ou pública condicionada; *c)* quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei autoriza, ou for mantido preso quando a lei permita que se livre solto; *d)* quando o auto de prisão em flagrante houver sido lavrado com o descumprimento dos requisitos legais; se o escrivão, não sendo o de ofício, deixou de prestar o compromisso legal; se o condutor e as testemunhas não foram compromissados na forma da lei; se não foi ouvido primeiramente o condutor, depois as duas testemunhas, eventualmente a vítima e, finalmente, o acusado; se faltar, no interrogatório do acusado, a sua qualificação ou se não lhe for dado conhecimento da acusação; se, não podendo, não sabendo ou não querendo o acusado assinar o auto, o mesmo não estiver assinado por duas testemunhas instrumentárias, depois de ouvir à leitura na presença do mesmo; se as testemunhas não foram ouvidas uma de cada vez, de forma que umas não soubessem nem ouvissem os depoimentos das outras; se não foi dado curador ao acusado, nos casos em que a lei o exige, ou defensor, quando o contraditório começar no auto de prisão em flagrante; se não se comprovar, pelas devidas assinaturas, a presença daqueles que deveriam intervir na lavratura do auto; se não estão presentes as provas do corpo de delito, quando as mesmas forem indispensáveis para a comprovação da materialidade do fato; *e)* quando o auto de prisão em flagrante houver sido lavrado depois de vinte e quatro horas da captura; *f)* quando o flagrante tenha sido forjado, provocado ou preparado, tornando o crime impossível; *g)* quando não haja fundada suspeita contra o acusado; *h)* quando o fato, em tese, não constitua crime (falta de justa causa, por atipicidade, ou ocorrência de excludente de criminalidade); *i)* quando a prova da flagrância tenha sido obtida com violações aos dispositivos da lei; *j)* quando a prisão não houver sido comunicada ao juiz competente; *l)* quando não tenha sido dada Nota de Culpa ao acusado dentro do prazo de vinte e quatro horas, a partir de sua captura; *m)* quando o prazo legal para remessa dos autos de prisão em flagrante ou de inquérito policial tenha sido ultrapassado; *n)* quando o fato que houver

---

<sup>204</sup> SILVA, Marcelo Cardozo da. *A prisão em flagrante na constituição*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 102-103

determinado a prisão deixar de ser crime ou merecer abrandamento que justifique a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança (*novatio legis*).<sup>205</sup>

Importa ressaltar, ainda, que da homologação da prisão em flagrante não provém nenhum juízo definitivo sobre tal matéria. Da mesma forma, o relaxamento da prisão não impede o prosseguimento da investigação (a não ser na hipótese em que o juiz determinar o trancamento do inquérito policial, para o que expedindo uma ordem de *habeas corpus* de ofício).

Portanto, homologa-se, tão-somente, a prisão-administrativa, que perfaz o reconhecimento administrativo da licitude de uma restrição à liberdade de locomoção fundada em uma prisão em flagrante, e não os fatos sobre que se assenta. Igualmente, não se homologa a colheita dos elementos de informação retratados no auto de prisão em flagrante para quaisquer fins probatórios: em face do sistema acusatório, por direta derivação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, tecnicamente, para fundar um juízo condenatório, todos os elementos de informação colhidos deverão passar pelo crivo do devido processo, refazendo-se, então, toda a colheita da prova testemunhal em juízo.<sup>206</sup>

Assim, se estiverem presentes os requisitos formais do flagrante, o juiz deverá homologá-lo, chancelando a legalidade do ato. Contudo, se o flagrante for ilegal, seja porque a situação fática de flagrância não estava presente ou porque há alguma falha formal, o juiz deverá relaxar a prisão, determinando a imediata soltura do detido. Homologando o flagrante, passa o juiz para um segundo momento, obedecendo ao disposto no art. 310 do CPP, especialmente no seu parágrafo único: deverá verificar a necessidade da prisão cautelar.<sup>207</sup>

---

<sup>205</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 186-187

<sup>206</sup> SILVA, Marcelo Cardozo da. *A prisão em flagrante na constituição*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 105

<sup>207</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 91

## 1.2. Análise da necessidade de manutenção da restrição à liberdade de locomoção

É característica da restrição à liberdade de locomoção com base em prisão em flagrante sua curtíssima duração. Em face do disposto no inciso LXVI do artigo 5º da CF, é vedada a manutenção de alguém preso quando for devida a liberdade provisória, o que somente não ocorrerá se for caso de prisão cautelar. Por conseguinte, a restrição com base na prisão em flagrante apresenta estreito momento de incidência, começando o seu encerramento necessário quando o juiz, vencido o teste do inciso LXV do artigo 5º da CF, passa a fazer a análise constante no inciso LXVI do artigo 5º da CF. Assim, feita a apreciação retrospectiva, se não for caso de relaxamento da prisão, passa-se a uma análise perspectiva da restrição à liberdade de locomoção: analisa-se, no caso concreto, se o sistema normativo das prisões cautelares autoriza que seja mantida a restrição, o que se dará, somente, se for verificada a presença dos requisitos autorizadores das prisões cautelares e a ausência dos requisitos suficientes à concessão da liberdade.<sup>208</sup>

### 1.2.1. Artigo 310 do CPP

Estabelece o art. 310 do CPP:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar,

---

<sup>208</sup> SILVA, Marcelo Cardozo da. *A prisão em flagrante na constituição*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 101

pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

Da mesma forma que o *caput*, o parágrafo único obriga o juiz a, recebendo o auto de prisão em flagrante, dar vista ao Ministério Público e, após, verificar se está presente alguma das situações de perigo prevista no art. 312 do CPP. Se estiver presente o *periculum libertatis*, poderá o juiz (desde que exista pedido do Ministério Público, pois incompatível com o sistema acusatório a prisão decretada de ofício)<sup>209</sup> decretar a prisão preventiva (decisão fundamentada). Caso não exista pedido de prisão por parte do Ministério Público ou, havendo, não esteja presente o *periculum libertatis*, deverá o juiz conceder a liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo. Qualquer que seja o caso, o que resulta absolutamente inadmissível é a simples manutenção da prisão em virtude da mera homologação da prisão em flagrante.<sup>210</sup>

Romeu Pires de Barros, no entanto, vê nesse dispositivo uma faculdade atribuída ao juiz. Assim, para o autor, se o juiz deixar de relaxar a prisão no caso de ilegalidade do flagrante, torna-se autoridade coatora, justificando a impetração de uma ordem de *habeas corpus*, por esse ato omissivo. Todavia, se deixar de examinar de ofício a conveniência da prisão cautelar não estará causando constrangimento algum a quem se encontre preso, mas com direito à liberdade. Nesta hipótese, apenas ensejará ao interessado postular a concessão de contracautela.<sup>211</sup>

Também para Hélio Tornaghi seria apenas uma faculdade do juiz não manter a prisão, uma vez que já encontra o réu preso e, por outro lado, a única peça de convicção com a qual se depara é o auto de prisão em flagrante. Por isso, a lei teria lhe deixado a alternativa de conceder liberdade provisória ou de conservar as coisas no pé em que estão.<sup>212</sup>

Em que pese a opinião dos dois grandes mestres, entendemos que ninguém pode permanecer preso somente em função da prisão em flagrante, sendo, portanto, um dever do juiz conceder a liberdade provisória caso estejam ausentes os requisitos que conduzem à

---

<sup>209</sup> O entendimento de que a prisão preventiva não pode ser decretada de ofício, no entanto, não é unânime.

<sup>210</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 72-73

<sup>211</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 109-110

<sup>212</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 330

prisão preventiva.<sup>213</sup>

Assim, preenchidos os requisitos legais, a expressão *poderá*, utilizada pela lei, passa a ser entendida como *deverá*. O benefício legal se transforma em direito do preso. Portanto, no sistema adotado entre nós, reflexo dos princípios que informam o direito processual moderno, e, mais que isso, expressão concreta dos direitos e garantias constitucionais, a liberdade do processado é a regra, sua prisão antes de declarado culpado, a exceção.<sup>214</sup> Tales Castelo Branco ressalta que esta importante ampliação do mecanismo da liberdade provisória veio ao encontro dos velhos reclamos dos nossos estudiosos do direito processual penal, que, incansavelmente, proclamavam a necessidade de alterar o bárbaro processo vigente, evitando o recolhimento à prisão, precoce e inútil, de muitos acusados.<sup>215</sup>

Tanto a hipótese constante do *caput* como a do parágrafo único do art. 310 importam na concessão de liberdade provisória vinculada. Refere-se o *caput* do art. 310 à verificação, pelo juiz, de ter praticado a infração penal nas condições do art. 23, I, II e III do CP, e o parágrafo único à de inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, casos em que deverá ser firmado, pelo contemplado, termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.<sup>216</sup>

Assim, o legislador consagrou o sistema da concessão de liberdade provisória sem fiança, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação, depois de ouvido o Ministério Público, no caso de verificação, pelo Juiz, no auto de prisão em flagrante, da inoccorrência dos motivos determinantes da prisão preventiva. Essa liberdade provisória sucede, portanto, como garantia processual, a prisão em flagrante.<sup>217</sup>

Assinala Odone Sanguiné que somente através dessa interpretação haverá a compatibilização entre o direito do Estado de prisão preventiva e o do indivíduo em não ser

<sup>213</sup> Nesse sentido, Aury Lopes Jr.: “Logo, ninguém pode permanecer preso sob o fundamento ‘prisão em flagrante’, pois esse não é um título judicial suficiente. A restrição da liberdade a título de prisão em flagrante não pode superar as 24h (prazo máximo para que o auto de prisão em flagrante seja enviado para o juiz competente, nos termos do art. 306 do CPP). LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 73

<sup>214</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 180

<sup>215</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 175

<sup>216</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 265

<sup>217</sup> BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 176

levado à prisão ou ser nela mantido, com ou sem fiança, através do direito de liberdade provisória. Qualquer ponderação restritiva fere o princípio da unidade da Constituição, porquanto não se devem obedecer outros princípios garantidores nela estabelecidos.<sup>218</sup>

Segundo o autor, como a prisão preventiva está situada entre o dever legal de perseguir eficazmente o delito, por um lado, e o dever de assegurar o âmbito da liberdade do cidadão, por outro, é o próprio Estado quem está obrigado a conseguir ambas as metas em tensão, e isso só é possível através da justa ponderação pelo juiz dos valores em conflito, optando pelo princípio que resulta mais atendível no caso concreto. Dita síntese se alcança através da busca do equilíbrio entre a proteção da liberdade e da segurança, de um lado, a concessão de faculdades para garantir ambas, de outro, e a proteção frente à arbitrariedade na utilização das faculdades conferidas à polícia.<sup>219</sup>

Romeu Pires de Barros defende que a liberdade provisória ocorre para evitar a prisão provisória ou para substituí-la, afastando os efeitos prejudiciais dessa medida, melhor preservando o *status libertatis* do indiciado ou acusado, mas assegurando, por outra forma, o processo de conhecimento condenatório a que está preordenada. A natureza das normas processuais que admitem a liberdade provisória caracteriza a situação jurídica do indiciado ou réu, consistente numa obrigação assumida com o processo, seja para substituir o status coercitivo, seja para evitá-lo.<sup>220</sup>

### 1.2.2. Vedação de liberdade provisória

A lei 8.072/90 estabelecia, em seu art. 2º, que os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo eram insuscetíveis de fiança e liberdade provisória (inc. II). A reforma do dispositivo pela Lei 11.464/07 excluiu a

---

<sup>218</sup> SANGUINÉ, Odone. *Inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória do inciso II do artigo 2.º da lei 8.072, de 25 de julho de 1990*. In: Revista dos Tribunais : São Paulo. São Paulo vol. 80, n. 667 (maio 1991), p. 254-255

<sup>219</sup> SANGUINÉ, Odone. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 40

<sup>220</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 286

proibição de liberdade provisória para esses crimes, mas se construíram dois posicionamentos com relação a ele.

Para uma linha doutrinária, não haveria qualquer inconstitucionalidade nesse dispositivo. A proibição de fiança abarcaria a de liberdade provisória.

Outra corrente, no entanto, entende que a disposição, conquanto tenha conferido eficácia ao art. 5º, XLIII, da CF, na parte em que estabelece a inafiançabilidade desses delitos, é inconciliável, no que toca à proibição da liberdade provisória sem fiança, com admissão irrestrita da liberdade provisória pelo texto constitucional (art. 5º, LXVI), além de representar evidente afronta aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal.<sup>221</sup>

Como aponta Odone Sanguiné, o próprio constituinte, em outro inciso, faz a distinção entre a liberdade provisória com ou sem fiança (inc. LXVI), de modo que, se desejasse abranger as duas hipóteses com a proibição, teria se referido a elas expressamente. Portanto, seria um retrocesso, incompatível com o sistema geral de garantias da pessoa, manter alguém na prisão em virtude de situação meramente formal, que seria a de flagrância.<sup>222</sup> Com base nisso, o autor afirma que o inc. II, última parte, do art. 2º da Lei 8.072/90 é inconstitucional por violação aos princípios da liberdade provisória, do Estado Democrático de Direito, do devido processo legal e da presunção de inocência.<sup>223</sup> Foi esse o entendimento que predominou, culminando na modificação do inc. II para conter apenas a inafiançabilidade no caso de crimes hediondos.

Da mesma forma, dispõe o art. 21 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03):

Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.

A ação direta de inconstitucionalidade 3112-1 determinou a inconstitucionalidade desse artigo.

À semelhança do que fez o Estatuto do Desarmamento, o art. 44 da Lei 11.343/06

---

<sup>221</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 291

<sup>222</sup> SANGUINÉ, Odone. *Inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória do inciso II do artigo 2. da lei 8.072, de 25 de julho de 1990*. In: Revista dos Tribunais : São Paulo. São Paulo vol. 80, n. 667 (maio 1991), p. 254

<sup>223</sup> SANGUINÉ, Odone. *Inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória do inciso II do artigo 2. da lei 8.072, de 25 de julho de 1990*. In: Revista dos Tribunais : São Paulo. São Paulo vol. 80, n. 667 (maio 1991), p. 256

também vedou a liberdade provisória:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Especificamente no que se refere a essa lei há a questão de ser lei especial em relação à lei 8.072/90. No entanto, entendemos que seria possível, mais uma vez, sustentar a inconstitucionalidade desse artigo, como ocorreu com o art. 21 da Lei 10.826/03.

### 1.2.3. Necessidade de motivação

A efetividade da cognição judicial só pode ser constatada por meio da *motivação* do provimento, garantia de caráter instrumental em relação a todos os demais preceitos que devem ser obedecidos. É através da fundamentação, com efeito, que se expressam os aspectos mais importantes considerados pelo julgador ao longo do caminho percorrido até a conclusão última, representando, por isso, o ponto de referência para a verificação da justiça, imparcialidade, atendimento às prescrições legais e efetivo exame das questões suscitadas pelos interessados no pronunciamento judicial.<sup>224</sup>

É, portanto, mediante a motivação que o magistrado pronunciante de ato decisório mostra como apreendeu os fatos e interpretou a lei que sobre eles incide, propiciando, com as indispensáveis clareza, lógica e precisão, a perfeita compreensão da abordagem de todos os pontos questionados e, conseqüente e precipuamente, a conclusão atingida.<sup>225</sup>

Daí, a afirmada imprescindibilidade da motivação de todos os atos dos órgãos jurisdicionais que tenham conteúdo decisório, consubstanciado no dever funcional de

---

<sup>224</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 294

<sup>225</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 189

justificação do comportamento profissional dos agentes do Poder Judiciário, que, pela sua natureza, inadmite qualquer limitação.<sup>226</sup>

Tratando-se, na realidade, de grave vício do ato decisório, em virtude de contrariar preceito de ordem pública, não tem como ser arredado, e deve, inclusive, ser sobrelevado *ex officio* pelo órgão jurisdicional que dele conhecer.<sup>227</sup>

### 1.3. Princípios Constitucionais Norteadores

Com base no processo penal atual, a ausência de necessidade da prisão, como fundamento da liberdade provisória, deve prevalecer sobre os requisitos formais da prisão em flagrante, sob pena de se priorizar o correto preenchimento dos requisitos que legalizam o ato de prender em detrimento de um bem juridicamente protegido pela lei maior, que é a liberdade do cidadão.<sup>228</sup>

Assim, para evitar as prisões indevidas, hão de ser respeitados os princípios e garantias constitucionais, como o devido processo legal, a presunção de inocência e a necessidade de motivação.

O devido processo legal, elencado no art. 5º, inc. LIV, da Constituição, trata-se de um conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, assegura às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, é indispensável ao correto exercício da função jurisdicional, o que em outras palavras representa um verdadeiro instrumento contra possíveis arbitrariedades.<sup>229</sup>

---

<sup>226</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 190

<sup>227</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 194

<sup>228</sup> MOREIRA, David Alves. *Prisão provisória: as medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal: de sua indevida aplicação, consequências e fundamentos à sua reparação*, 1ª edição, Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 89

<sup>229</sup> MOREIRA, David Alves. *Prisão provisória: as medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal:*

Assim, a privação de liberdade depende de todo um processo e que, ignorado através da antecipação daquela privação, acabaria por representar uma infração frente à referida norma.<sup>230</sup>

Ao estabelecer que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inc. LIV), o texto fundamental ressalta que a ordem judicial exigida não pode ser resultado de uma apreciação puramente discricionária do juiz, mas de decisão adotada após um procedimento qualificado por garantias mínimas, que possibilitem uma análise dos pressupostos da medida cautelar com imparcialidade e tendo em conta as razões dos integrantes do contraditório, ainda que este – em face da urgência – nem sempre possa ser exercido prévia e plenamente. Daí a necessidade indeclinável de obediência às formalidades essenciais previstas em lei para a adoção de cada uma das espécies de prisão, pois a regulamentação das formas processuais constitui garantia das partes e da correta prestação jurisdicional.

Do mesmo modo, a fundamentação configura exigência básica de todos os provimentos relacionados à restrição antecipada do direito de liberdade do réu. Somente através da declaração expressa dos motivos da decisão será possível reconstituir o caminho percorrido pelo magistrado para a decretação da medida extrema, aferindo-se, assim, o atendimento das prescrições legais e o efetivo exame das questões suscitadas pelos interessados no provimento.<sup>231</sup>

Ainda com relação aos direitos fundamentais do acusado, o dispositivo constitucional da presunção de inocência é garantia fundamental, constituindo, de fato, uma norma com eficácia absoluta e, tendo, portanto, uma força capaz de neutralizar outras disposições contrárias a ela.<sup>232</sup> Podemos ver a violação a esse princípio quando um dispositivo legal impede a liberdade provisória na medida em que isso importa numa antecipada qualificação de culpabilidade.<sup>233</sup>

---

*de sua indevida aplicação, consequências e fundamentos à sua reparação*, 1ª edição, Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 111

<sup>230</sup> MOREIRA, David Alves. *Prisão provisória: as medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal: de sua indevida aplicação, consequências e fundamentos à sua reparação*, 1ª edição, Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 113

<sup>231</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 283

<sup>232</sup> MOREIRA, David Alves. *Prisão provisória: as medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal: de sua indevida aplicação, consequências e fundamentos à sua reparação*, 1ª edição, Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 128

<sup>233</sup> SANGUINE, Odone. *Inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória do inciso II do artigo 2.*

Hélio Tornaghi aponta que para resguardar o réu contra a prepotência ou o rigor demasiado, o caminho certo não é o de presumir-se a inocência em todos os casos, sempre, haja o que houver; mas o de considerá-lo sujeito de uma relação jurídica, com direitos subjetivos que lhe permitam defender-se amplamente e exigir do estado o devido tratamento.<sup>234</sup>

O autor afirma que os danos causados pela prisão provisória nunca podem ser totalmente corrigidos. Todavia, aponta meios de contrabalançá-los parcialmente, como no caso de absolvição, indenização ao inocente. Outro remédio para os males da prisão provisória é o *procedimento examinatório*. Algumas legislações (como a alemã) determinam que o juiz de tempos em tempos reexamine de ofício a situação, para ver se a prisão deve ser mantida. Em alguns sistemas legislativos há também fixação do tempo máximo de prisão provisória (por exemplo, na Itália). Outra providência que atenua os males da prisão provisória consiste em recolher o preso a prisão especial.<sup>235</sup>

Portanto, respeitadas as garantias constitucionais do acusado, a prisão será legal e perfeita. No entanto, o desrespeito a tais normas torna ilegal o encarceramento, podendo, inclusive, gerar o direito à indenização.

## 2. MEIOS DE IMPUGNAÇÃO RELACIONADOS À PRISÃO EM FLAGRANTE

A cognição judicial própria do procedimento da prisão em flagrante, que ocorre quando da comunicação dessa à autoridade judicial, não é a única maneira para que o magistrado tome conhecimento de eventuais ilegalidades, ou até mesmo a desnecessidade de uma restrição de liberdade.

---

da lei 8.072, de 25 de julho de 1990. In: Revista dos Tribunais : São Paulo. São Paulo vol. 80, n. 667 (maio 1991), p. 256

<sup>234</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 188

<sup>235</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978. p. 185-186

Assim, frente à prisão em flagrante, o meio de impugnação que tem lugar é o *habeas corpus*. Por ser esta prisão, primeiramente, ato praticado por qualquer pessoa, submetido, após, ao crivo da autoridade policial, nesse momento, apenas o *habeas corpus* é capaz de impugnar a restrição à liberdade de locomoção.

Quando da inércia de apreciação pelo juiz da legalidade da prisão em flagrante e a necessidade de manutenção da segregação do conduzido através da prisão preventiva, mais uma vez o *habeas corpus* traduz-se na forma mais eficiente e rápida para aplacar a restrição ao direito à liberdade de locomoção imposto pela manutenção de uma prisão ilegal ou desnecessária.

Assim, estudaremos esse remédio constitucional frente à prisão em flagrante, analisando a sua repercussão na jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

## **2.1. Habeas Corpus: origem, natureza jurídica e hipóteses de cabimento**

Originário da Carta Magna, mas definitivamente consagrado nas declarações universais de direitos, constitui-se o *habeas corpus* no mais eficiente remédio para a correção do abuso de poder que compromete a liberdade de locomoção. Sua definição encontra-se no art. 5º, LXVIII, da Constituição, que dispõe: “Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. A compreensão de seu nome já dá os contornos básicos do instituto. *Habeas corpus* significa “tome o corpo”, isto é, submeta-se o paciente à vista do juiz para que verifique a coação e o liberte, se for o caso. A liberdade protegida é a liberdade física. Tem por finalidade a proteção da liberdade de locomoção, a liberdade de ir e vir, natural e primária, atingida ou ameaçada por ato ilegal ou abusivo (outras liberdades públicas terão amparo pelo mandado de segurança, previsto no inciso seguinte do

mesmo artigo da Constituição).<sup>236</sup>

O CPP coloca o *habeas corpus* no Livro III, Título II, Capítulo X, ou seja, dos recursos em geral, dando a idéia de que se trata de uma espécie de recurso. Entretanto, não se trata de recurso. Primeiro porque o recurso pressupõe decisão não transitada em julgado e o *habeas corpus* pode ser impetrado de decisão que já transitou em julgado. Segundo, porque o recurso é interposto sempre de decisão judicial e o *habeas corpus* pode ser impetrado contra ato de autoridade administrativa ou até mesmo de ato de particular. Terceiro, porque o recurso é interposto dentro da mesma relação jurídico-processual e o *habeas corpus* instaura uma nova relação jurídica, independentemente daquela que deu origem à sua instauração. Ou, até mesmo, sem que haja relação jurídica instaurada.<sup>237</sup>

Hoje, portanto, é dominante o entendimento de que a impetração é verdadeira ação, ainda que tenha por objeto impedir a coação ilegal da própria autoridade judiciária. No *habeas corpus* o pedido é autônomo e originário, e se desenvolve em procedimento independente. A pretensão do paciente é a correção da violência à liberdade, que pode ou não decorrer de um processo, mas não se submete aos seus trâmites procedimentais.<sup>238</sup>

Nas hipóteses previstas nos incisos II, III, IV e V do art. 649 do CPP, o *habeas corpus* assume a função de verdadeira ação penal cautelar. Nos incisos VI e VII do mesmo artigo funciona como ação rescisória (constitutiva negativa), se a sentença já tiver transitado em julgado, ou como ação declaratória, se o processo estiver em andamento. No inciso I, é possível ter ação cautelar, declaratória ou constitutiva, dependendo do caso.<sup>239</sup>

O remédio pode ser impetrado após a consumação da coação ilegal e será, neste caso, repressivo, corretivo, ou liberativo. Se for antes que a coação se consuma, desde que haja receio de que venha a concretizar-se, chama-se preventivo.<sup>240</sup> Nesta hipótese, expede-se salvo-conduto.<sup>241</sup>

O Código de Processo Penal regula o cabimento da medida nos artigos 647 e 648:

Art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos

<sup>236</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 422

<sup>237</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 772

<sup>238</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 423

<sup>239</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 760

<sup>240</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 425

<sup>241</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 760

casos de punição disciplinar.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI - quando o processo for manifestamente nulo;

VII - quando extinta a punibilidade.

A enumeração não é taxativa. Não só porque a falta de “justa causa” que é prevista no inciso I é suficientemente ampla para abranger outros casos não previstos, mas também porque qualquer restrição que pretendesse a lei ordinária fazer seria inconstitucional, em face da amplitude do texto da Constituição.<sup>242</sup>

Qualquer pessoa natural pode ser impetrante de *habeas corpus* e, mesmo, uma pessoa pode impetrar por outra, ou o Ministério Público, e o próprio órgão judiciário pode concedê-lo de ofício. Pessoa jurídica não pode ser beneficiária da medida, porquanto não tem liberdade de locomoção a ser protegida<sup>243</sup>. O benefício da ordem, portanto, é privativo da pessoa natural, podendo, porém, pessoa jurídica impetrar em favor desta. O *writ* nasceu para reparar a violação da liberdade de ir e vir praticada por autoridade, por agente público e, normalmente, é ela que figura como coatora. Todavia, a jurisprudência e a doutrina têm admitido a impetração contra ato de particular que esteja causando restrição da liberdade de outrem.<sup>244</sup>

A medida é dirigida diretamente contra a autoridade coatora por ato pessoal seu, sendo autoridade coatora aquela sob as ordens de quem se encontra preso o paciente ou que determinou a restrição de liberdade. Qualquer autoridade, por mais especial que seja, pode ser sujeito passivo de *habeas corpus*, inclusive a judicial.<sup>245</sup>

A coação para ser legítima deve sempre respeitar o prazo legalmente admitido. Assim, da prisão em flagrante até a sentença penal condenatória, o CPP prevê prazos máximos para a prática dos atos processuais. Se esses prazos forem excedidos, salvo justo motivo, a prisão

<sup>242</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 423

<sup>243</sup> No entanto, vem se formando o entendimento de que haveria legitimidade da pessoa jurídica nos casos de crimes ambientais.

<sup>244</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 423

<sup>245</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 423

provisória torna-se ilegal, ensejando seu relaxamento por *habeas corpus* se o próprio juiz não o determinar. Igualmente, decorrido o prazo fixado na sentença para o cumprimento da pena, não mais é legítima a manutenção da prisão. Neste caso, para o cálculo da pena, devem ser levadas em consideração todas as normas do CP a respeito da detração penal ou de benefícios que possam acarretar a diminuição da pena.<sup>246</sup>

Se cessou o motivo que legitimava a ordem de coação, da mesma forma tornou-se ilegal a restrição à liberdade, ainda que anteriormente tivesse subsistência. É o caso, por exemplo, de uma lei nova que anistiasse crime anterior ou mesmo que deixasse de considerar crime fato anteriormente considerado criminoso. Na mesma hipótese estaria, também, o fato de ser alguém mantido na prisão por força de mandado de captura já cassado pelo juiz, mas que ainda fosse considerado em vigor pela autoridade penitenciária.<sup>247</sup>

Outra hipótese de cabimento do pedido de *habeas corpus*, prevista no inciso V do artigo 648, é a da recusa por parte da autoridade policial ou judicial em admitir a alguém prestar fiança quando a lei o permite. Tal ato torna ilegal a prisão.

É, ainda, coação ilegal a manutenção de processo manifestamente nulo contra alguém. A nulidade pode decorrer de qualquer causa, como falta de condição de procedibilidade, incompetência do juízo, ilegitimidade *ad causam*, etc.

Por fim, caberá *habeas corpus* quando estiver extinta a punibilidade do acusado.

A natureza processual do *habeas corpus* não permite maior dilação probatória, já que ao paciente compete o ônus de provar a ilegalidade que alega em sua petição inicial. A ilegalidade já tem que estar patente, existir antes da impetração, pois a sua liberdade de locomoção (direito líquido e certo) está sendo violada. Por isso, diz-se que no *habeas corpus* não cabe a análise de provas, discussão probatória.<sup>248</sup>

Todavia, aliando-se o inciso VI do art. 648 com o inciso I, que considera ilegal a coação sem justa causa, a jurisprudência e a doutrina têm trancado a ação penal quando não houver base para a acusação, fazendo, assim, análise das provas. O exame, contudo, não é o mesmo que seria feito pelo juiz ao proferir sentença condenatória ou absolutória. Trata-se de um exame que deve resultar, inequivocamente, a ausência, em tese, de possibilidade da

---

<sup>246</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 424

<sup>247</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 424

<sup>248</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 785

acusação, de forma que a absoluta inviabilidade de processo signifique constrangimento indevido. É certo que, às vezes, os tribunais têm examinado, para apurar a justa causa, amplamente, o material probatório dos autos, mas, entendida nos termos acima, a análise da justa causa constitui uma garantia da liberdade, porquanto não teria sentido submeter-se alguém a um processo penal absolutamente inviável e, portanto, abusivo.<sup>249</sup>

O *habeas corpus* corrige a coação ilegal ainda que decorrente de sentença penal transitada em julgado. Não fará, é claro, o exame da prova do processo para a correção do erro judiciário, o que deve ser providenciado através de outra ação prevista na legislação penal, que é a revisão criminal. Mas a nulidade, a extinção da punibilidade, a falta de justa causa são examinadas no *habeas corpus*, ainda que se tenha de desfazer a coisa julgada. Prevalece, *in casu*, a proteção ao direito individual da liberdade sobre a imutabilidade da *res judicata*, que é, na hipótese, relativa.<sup>250</sup>

Deverá ser proposto contra a autoridade por ordem da qual se encontra o paciente detido ou sob a responsabilidade de quem foi expedida a ordem ilegal. Assim, por exemplo, se houve uma prisão em flagrante fora dos requisitos legais e o inquérito policial já foi concluído, encontrando-se em juízo, mesmo que o juiz não se manifeste a respeito confirmando a prisão, é ele a autoridade coatora, porque aceitou a manutenção da coação, assumindo, portanto, a responsabilidade sobre ela. Neste caso, se o juiz não relaxar a prisão caberá *habeas corpus* contra ele perante o tribunal competente para o julgamento da eventual ação penal que possa decorrer do inquérito.<sup>251</sup>

É inadmissível a impetração de *habeas corpus* durante o estado de sítio (CF, art. 138, caput, e 139, I e II). A vedação se dirige apenas contra o mérito da decisão do executor da medida, podendo ser impetrado o remédio se a coação tiver emanado de autoridade incompetente, ou em desacordo com as formalidades legais. No caso de transgressão disciplinar, só não cabe a impetração se a punição for militar (CF, art. 142, §2º). Também não cabe *habeas corpus* contra imposição da pena de exclusão de militar ou de perda da patente ou de função pública (Súmula 694 do STF). Não caberá o remédio heróico contra dosimetria de pena de multa, uma vez que essa não é mais convertida em pena privativa de liberdade em caso de descumprimento. Por fim, não caberá, também, contra omissão de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem

---

<sup>249</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 425

<sup>250</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 424

<sup>251</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 426

foi ele provocado a respeito, conforme a Súmula 692 do STF.<sup>252</sup>

O *habeas corpus* possui procedimento simplificado, com vistas à celeridade e eficiência. Recebida a petição, o juiz, se necessário, e se estiver preso o paciente, poderá mandar que este lhe seja imediatamente apresentado, em dia e hora que designar (CPP, art. 656), ou, se necessário, poderá locomover-se ao local em que o paciente se encontrar. O juiz poderá, também, solicitar informações da autoridade apontada como coatora, no prazo que estabelecer, e, ainda, se achar conveniente, interrogar o beneficiário, decidindo, em seguida, em 24 horas.

Não há, na lei, de forma expressa, concessão de medida liminar de *habeas corpus* como existe no mandado de segurança, mas é evidente que, se necessário e com fundamento, poderá ser expedida imediatamente para evitar a consumação da coação ou o seu prosseguimento.<sup>253</sup> Assim, verificada pelo órgão judiciário competente a ilegalidade do constrangimento, caberá ao mesmo expedir ordem para que o provimento seja imediatamente cumprido pelo responsável pela coação ou ameaça, configurando-se, em caso contrário, o delito de desobediência (art. 330 do CPP).<sup>254</sup>

A esse respeito, como forma de evitar a supressão de instância imediatamente inferior, o STF editou a Súmula 691, estabelecendo que “não compete ao STF conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere liminar”. No entanto o enunciado dessa súmula tem sido superado em hipóteses excepcionais, quando há manifesta ilegalidade, abuso de poder, ou teratologia, como nos casos em que, por exemplo, o despacho que indefere a liminar não contém qualquer fundamentação, há tratamento anti-isonômico entre presos em situações semelhantes, a conduta é materialmente atípica, não se demonstrou a necessidade de prisão preventiva, em razão da necessidade de razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII) etc.<sup>255</sup>

Os procedimentos de *habeas corpus* têm preferência sobre todos os demais, em primeira e em segunda instância, a fim de que sejam julgados o mais depressa possível. É competente para o processo e julgamento da medida a autoridade judiciária imediatamente

---

<sup>252</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 761

<sup>253</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 426

<sup>254</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no Processo Penal*. Teoria Geral dos Recursos – Recursos em espécie – Ações de impugnação: Revisão Criminal, Habeas Corpus, Mandado de Segurança contra ato jurisdicional penal – Reclamação aos Tribunais, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 350

<sup>255</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 426-427

superior à que determinou a coação.

Na concessão do *habeas corpus* em primeira instância, o juiz deverá recorrer de ofício para o reexame do processo pelo tribunal, conforme preceitua o art. 574, I, do CPP, e, se for o caso, determinar a responsabilização da autoridade coatora, no caso de vislumbrar abuso de poder criminoso.<sup>256</sup>

A sentença denegatória de *habeas corpus* não faz coisa julgada, podendo a impetração, pois, ser repetida.<sup>257</sup> No entanto, a reiteração de pedido só é possível quando haja novos fundamentos de fato ou de direito, que já não tenham sido analisados no pedido anterior.<sup>258</sup>

## **2.2. Análise de jurisprudência acerca da aplicação do *Habeas Corpus* em matéria de prisão em flagrante**

Em que pese os esforços da doutrina para a consolidação de determinados entendimentos no que concerne à prisão em flagrante, as jurisprudências do STF e do STJ vêm se posicionando em sentido diverso com relação a certas matérias.

Com relação ao relaxamento da prisão em flagrante por falta de comunicação imediata ao juiz competente, conforme já foi apontado, tal comunicação constitui mandamento constitucional para a garantia dos direitos do preso em flagrante. Todavia, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça entendem que o atraso na comunicação da prisão, se não demonstrado o prejuízo, não acarreta a ilegalidade do encarceramento.

Exemplo disso é o julgado do STF em que se postulou a concessão de *habeas corpus* diante da irregularidade da prisão em flagrante, uma vez que o auto de prisão foi remetido à

---

<sup>256</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 427

<sup>257</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 427

<sup>258</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 767. Nesse sentido: RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 787

autoridade judicial após decorrido o prazo máximo de 24 horas<sup>259</sup>. Em que pese a ausência do auto de prisão em flagrante dentre as provas que instruíam o *writ*<sup>260</sup>, impossibilitando a análise do prazo da comunicação, foi ressaltado no acórdão o entendimento pacífico da Corte, no sentido de que a ausência de demonstração de prejuízo para a defesa impede a declaração de nulidade do auto de prisão em flagrante. Conforme afirmou a relatora, Min. Ellen Gracie, “no sistema de nulidades do nosso processo penal o princípio basilar é o de que só devem elas ser declaradas quando trouxerem prejuízo efetivo para a defesa. É o que resulta do art. 563 do Código de Processo Penal”. Assim, quanto a esse argumento, não foi reconhecida a necessidade de concessão de *habeas corpus*. Foi concedida, em parte, a ordem, para reconhecer o excesso de prazo na formação da culpa do paciente.

Da mesma maneira julgou o Superior Tribunal de Justiça, em *habeas corpus* impetrado em razão da demora na comunicação do flagrante.<sup>261</sup> O argumento utilizado pelo STJ para denegar a ordem foi o de que o atraso na comunicação, desde que inserido em tempo razoável, constitui mera irregularidade, se respeitados os demais requisitos legais.

Com o mesmo argumento, de que a nulidade só é decretada em caso de prejuízo à defesa, o STJ também entendeu não ser caso de concessão de *habeas corpus* contra prisão efetuada sem a assistência de advogado ou intimação da Defensoria Pública, que ocorreu dias após.<sup>262</sup> Entendeu o Min. Relator que o atraso na comunicação do órgão de defesa constitui-se em mera irregularidade que não tem o condão de ensejar o relaxamento de sua segregação. Ademais, não tendo logrado a defesa a demonstração de prejuízo concreto para o recorrente que pudesse macular o auto de prisão em flagrante, não restariam violados os preceitos inscritos no art. 5º, LXII, da Constituição Federal e o art. 306 do Código de Processo Penal.

O mesmo entendimento é aplicado com relação a eventuais nulidades na formação ou na entrega da Nota de Culpa.<sup>263</sup>

Assim, é possível perceber a disparidade entre o entendimento da doutrina e a

---

<sup>259</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 102069/PE*. Relator: Min. Ellen Gracie. Julgado em 04.05.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14.06.2010.

<sup>260</sup> Conforme já analisado, é essencial que o *habeas corpus* tenha prova pré-constituída, tendo em vista que a ilegalidade deve ser patente para a concessão da ordem.

<sup>261</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 85071/MG*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 17.04.2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14.06.2010.

<sup>262</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 25633/SP*. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em 13.08.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14.06.2010.

<sup>263</sup> Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 75114/MT*. Relator: Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG). Julgado em 29.08.2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14.06.2010.

aplicação do direito na jurisprudência nesses quesitos. Percebe-se que a visão mais conservadora prevalece nos Tribunais Superiores, o que acarreta grandes prejuízos para os acusados presos em flagrante.

Todavia, não possuem uma visão conservadora em todos os aspectos relacionados à prisão em flagrante. Prova disso é concessão de *habeas corpus* no caso de ausência de fundamentação suficiente para manutenção de prisão pelos requisitos do art. 312 do CPP.<sup>264</sup> Nesse caso, em que foi concedida a ordem por maioria para soltura de acusada por crime de roubo circunstanciado, a tese vencedora sustentou que o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado à paciente, isoladamente, não constitui fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, posto que desvinculado de qualquer fato concreto, que não a própria conduta, em tese, delituosa, cuja gravidade já é prevista na definição legal. Salientou que a prisão provisória deve ser sustentada por fatos concretos que demonstrem a sua real necessidade, conforme o art. 312 do CPP e a jurisprudência dominante.<sup>265</sup>

Assim, percebe-se que resta aplicada na jurisprudência o entendimento de que a prisão em flagrante não prende por si só, necessitando de fundamentação idônea a respeito dos requisitos autorizadores da prisão preventiva para que seja mantido o encarceramento do acusado.

Quanto à análise da presença de situação flagrancial, o Supremo Tribunal Federal fica adstrito ao art. 302, impossibilitando interpretações extensivas das situações que geram o flagrante. Um exemplo foi a concessão de ofício da ordem em caso de acusado preso devido às diligências policiais<sup>266</sup>. Entendeu a Primeira Turma do Colendo Tribunal que a prisão em flagrante não se deu pela perseguição da suposta criminosa, conforme os ditames do inciso III do art. 302 do CPP, mas sim como resultado de procedimentos investigatórios por parte da Polícia. Segundo o acórdão, tais elementos não são suficientes para configurar as hipóteses de flagrante impróprio e flagrante presumido. É ressaltado o fato de que, embora as diligências policiais tenham sido efetivas para a prisão rápida da acusada, é preciso que o aprisionamento

---

<sup>264</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 108821/PR*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 21.05.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15.06.2010.

<sup>265</sup> Importante apontar que nesse mesmo acórdão foi enfrentada a tese da nulidade do flagrante por demora na captura, uma vez que o paciente foi preso dois dias após o crime. No entanto, o STJ também entende possível a captura após um determinado lapso temporal, tendo em vista que a expressão “logo após” comporta certa elasticidade.

<sup>266</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 92924/SP*. Relator: Min. Carlos Brito. Julgado em 01.04.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15.06.2010.

se dê em situação que faça presumir ser o preso o autor do fato, o que não foi constatado no caso.

Questão ainda não sedimentada no âmbito jurisprudencial, no entanto, diz respeito à concessão de liberdade provisória em caso de prisão em flagrante por crimes tipificados nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas).

No Superior Tribunal de Justiça, o posicionamento é de que não é cabível a concessão de liberdade provisória em razão da vedação feita pela própria Lei 11.343/06, bem como pelo art. 5º, inc. XLIII, da CF, que diz ser o crime de tráfico de entorpecentes inafiançável<sup>267</sup>. De acordo com julgado recente, a Terceira Seção da Corte, por ocasião do julgamento do HC 76.779/MT, Rel. Min. Felix Fischer publicado no DJ de 4/4/08, consolidou o entendimento de que a vedação imposta pelo art. 2º, II, da Lei 8.072/90 é, por si só, fundamento idôneo para a não concessão da liberdade provisória nos casos de flagrante de crimes hediondos ou a ele equiparados, dispensando, dessa forma, o exame dos pressupostos de que trata o art. 312 do CPP.

No mesmo sentido vem julgando a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal<sup>268</sup>. De acordo com o entendimento dessa Turma, é legítima a proibição de liberdade provisória nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes, uma vez que ela decorre da inafiançabilidade prevista no art. 5º, LXIII, da CF, e da vedação estabelecida no art. 44 da Lei 11.343/06.

Em sentido contrário, no entanto, há julgamentos da Segunda Turma do STF, entendendo que é inconstitucional a vedação da liberdade provisória pelo art. 44 da Lei de Drogas. Em julgado contemporâneo ao acima referido, a Segunda Turma concedeu a ordem a paciente acusado de tráfico ilícito de entorpecentes.<sup>269</sup> O argumento utilizado foi o de que a inafiançabilidade prevista na Constituição não pode e não deve constituir causa impeditiva da liberdade provisória, consoante os princípios da presunção de inocência, dignidade da pessoa humana, ampla defesa e devido processo legal. O relator, Ministro Eros Grau, assinalou que não se está negando a nocividade da conduta do traficante de entorpecentes, mas a regra do nosso ordenamento jurídico é a liberdade, sendo a prisão uma exceção. Dessa forma, o juiz

---

<sup>267</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 158308/SP*. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 06.05.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15.06.2010.

<sup>268</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 101281/RN*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 16.03.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15.06.2010.

<sup>269</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 100872/MG*. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em 09.03.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15.06.2010.

deve sempre explicitar a necessidade de alguém ser preso cautelarmente, ou assim permanecer.

Em que pese a divergência ainda presente nesse aspecto, esperamos que a jurisprudência caminhe para a consolidação desse último entendimento, uma vez que outro argumento levaria a uma hipótese de prisão automática, fato que não é aceitável, como já discutido.

Como é possível perceber, a doutrina e a jurisprudência não andam sempre juntas no que se refere ao tema da prisão em flagrante. Muitos pontos já foram sedimentados, mas muitos aspectos ainda precisam ser trabalhados de forma a se chegar à aplicação completa dos princípios informadores do processo penal.

## CONCLUSÕES

A liberdade é direito fundamental da pessoa humana e por isso deve ser cercada de todas as garantias possíveis, sendo a sua restrição uma medida necessária e regulada.

É nesse contexto que entram as prisões em geral, especialmente as prisões provisórias, que devem ser aplicadas de forma a respeitar os direitos do acusado, pois, do contrário, serão apenas uma antecipação de pena.

A prisão em flagrante, por seu turno, é um instituto que, apesar de terrivelmente prejudicial àqueles que a sofrem, é necessário para a manutenção da vida em sociedade. No entanto, justamente por esse caráter extremamente aflitivo, ela é cercada de pressupostos e garantias que tornam seu cumprimento o menos prejudicial possível.

Assim, sem que estejam preenchidos os pressupostos do art. 302 do CPP, não é possível a prisão em flagrante. Como ela é medida passível de ser levada a efeito por qualquer pessoa do povo, o eventual erro cometido pelo leigo deve ser corrigido prontamente pela autoridade policial. Dessa forma, não estando numa das situações do art. 302 ou estando ausente a fundada suspeita contra o indigitado autor do crime, deve a autoridade policial relaxar de pronto a prisão.

Isso não significa que não é preciso o posterior controle pela autoridade judiciária. Por ordem constitucional, toda prisão em flagrante deve ser imediatamente comunicada ao juiz. Essa comunicação tem por fim garantir o respeito à legalidade do ato e às garantias constitucionais do acusado.

Com a comunicação à autoridade judiciária, surge para essa o dever de analisar se a prisão em flagrante é legal e, sucessivamente, se estão presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva.

Assim, não basta ao juiz apenas homologar uma prisão em flagrante formalmente perfeita para que ela se sustente. É preciso que ele vá além, observando se subsiste a necessidade de manutenção da privação da liberdade de locomoção pela presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Isso porque a prisão em flagrante é prisão de curtíssima duração. Seu inexorável fim ocorre quando de sua comunicação ao juiz. A partir daí, só se sustenta uma restrição de liberdade mediante os requisitos do art. 312. A prisão em flagrante, colocando-se à parte a discussão sobre sua natureza, se cautelar, pré-cautelar, ou nenhuma das duas, nunca subsiste após a análise pelo juiz de sua legalidade. Seu fundamento está satisfeito já nesse momento. A partir desse ponto do processo, a prisão deve ser regrada pelos requisitos da preventiva.

Em que pese a jurisprudência ser mais flexível do que a doutrina no que diz respeito à obediência das formalidades do flagrante (como os julgamentos no sentido de que o atraso na comunicação ao juiz ou ao defensor do acusado, ou irregularidades na entrega da nota de culpa não invalidam o flagrante), isso fere os princípios norteadores dessa prisão e do próprio processo penal. Isso porque – conforme é inclusive ressaltado pela própria jurisprudência –, no atual contexto, o processo penal é marcadamente constitucional, e, para a Constituição, a liberdade é a regra e a prisão, a exceção. Assim, qualquer formalidade desrespeitada deveria conduzir à nulidade do auto de flagrante e ao relaxamento da prisão. Nada impediria a decretação de prisão preventiva, mas com fundamentos totalmente diferentes.

Portanto, depreende-se que a jurisprudência, e até mesmo a doutrina (que ainda possui representantes mais conservadores) ainda precisa avaliar melhor certos aspectos da prisão em flagrante, levando em conta principalmente a presunção de inocência e o devido processo legal, a fim de evitar prisões que terminam por ser arbitrárias, sem prazo certo e que apenas ajudam a aumentar as estatísticas dos presídios.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982.

BRANCO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 98776/SC*. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em: 08.09.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 03.06.2010.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus n. 102069/PE*. Relator: Min. Ellen Gracie. Julgado em 04.05. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14.06.2010.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus n. 92924/SP*. Relator: Min. Carlos Brito. Julgado em 01.04.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15.06.2010.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus n. 101281/RN*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 16.03.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15.06.2010.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus n. 100872/MG*. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em 09.03.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15.06.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 85071/MG*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 17.04.2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14.06.2010.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus n. 25633/SP*. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em 13.08.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14.06.2010.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus n. 75114/MT*. Relator: Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG). Julgado em 29.08.2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14.06.2010.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus n. 108821/PR*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 21.05.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15.06.2010.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus n. 158308/SP*. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 06.05.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15.06.2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

\_\_\_\_\_. *Recursos no Processo Penal. Teoria Geral dos Recursos – Recursos em espécie – Ações de impugnação: Revisão Criminal, Habeas Corpus, Mandado de Segurança contra ato jurisdicional penal – Reclamação aos Tribunais*, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares*. AJURIS. Porto Alegre, v.25, n.72, p. 219-238, mar. 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967: com a emenda n. 1, de 1969*. 2.ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. v. 5.

MOREIRA, David Alves. *Prisão provisória: as medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal: de sua indevida aplicação, consequências e fundamentos à sua reparação*, 1ª edição, Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANGUINÉ, Odone. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

\_\_\_\_\_. *Inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória do inciso II do artigo 2. da lei 8.072, de 25 de julho de 1990*. Revista dos Tribunais: São Paulo, vol. 80, n. 667, p. 253-258, maio 1991.

SILVA, Marcelo Cardozo da. *A prisão em flagrante na constituição*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.