

3

AS ESPÉCIES DE PRISÃO PROCESSUAL

3.1

Aspectos Iniciais

A prisão processual encontra-se amparada no art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal/88¹ e, regulamentada pelo Código de Processo Penal que previa, em sua redação original, quatro modalidades: a) prisão em flagrante delito; b) prisão preventiva; c) prisão decorrente de pronúncia e; d) prisão em virtude de sentença penal condenatória passível de recurso. Por fim, a Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, completando o elenco das modalidades de prisão processual, institui e regulamenta a prisão temporária.

Assevera Távora; Alencar:

O cardápio de prisões cautelares é por demais extenso. Tínhamos ao menos cinco prisões cautelares na legislação processual, quais sejam, a prisão em flagrante, a preventiva, a temporária, a prisão decorrente de pronúncia e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. Estas duas últimas, [...] foram retiradas do ordenamento pelas Leis n.º 11.689/08 e 11.719/08, sendo substituídas pela prisão preventiva. (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 523).

Assim, com o advento da Lei 11.689, de 09 de junho de 2008, a prisão decorrente de pronúncia restou revogada, persistindo, tão-somente, o momento processual, em que a necessidade da decretação ou da manutenção da prisão preventiva – uma vez decretada anteriormente – deverá ser verificada pelo magistrado à luz do art. 312 do Código de Processo Penal.

Explicita Rangel:

A reforma da Lei 11.689/08 não mais trata, e com acerto, a prisão como efeito da decisão de pronúncia. A prisão passa a ser decretada se houver necessidade e sempre, como já dizíamos, preventivamente. O juiz ao proferir a decisão de pronúncia verificando a necessidade de se decretar a prisão preventiva decide no corpo da pronúncia, tratando a prisão não como efeito da decisão de pronúncia, mas sim como prisão preventiva. [...] Hodiernamente, se o juiz verificar que não estão presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva deixa o acusado em

¹ Art. 5.º (...)

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

liberdade, se assim estiver. Se estiver preso preventivamente, solta-o revogando a prisão. (RANGEL, 2008, p. 710).

Também revogada, em face da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, a prisão em virtude de sentença penal condenatória não mais persiste no direito brasileiro, cedendo lugar à prisão preventiva, isto é, o juiz ao prolatar o decreto condenatório recorrível, deverá determinar o encarceramento do acusado, ou a manutenção da prisão – caso o réu já esteja preso provisoriamente – somente se verificar a presença dos motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Assevera Távora; Alencar:

Com o advento da Lei n. 11.719/08, o art. 594 do CPP que tratava da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível foi revogado expressamente, de sorte que a matéria passa a ser disciplinada pelo parágrafo único do art. 387, CPP, asseverando que na sentença condenatória o juiz “decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição da prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”. Deve o magistrado expressamente revelar a justificativa da prisão, para que esta não se transmude em ilegal, desafiando relaxamento. [...] Se o réu está preso, terá a obrigação de justificar a pertinência da manutenção do cárcere, ratificando na decisão os motivos da medida. Se o réu responde ao processo em liberdade, a justificação da prisão também é de rigor, e o móvel passa a ser basicamente a presença ou não dos fundamentos da preventiva [...]”. (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 497).

Portanto, em face das modificações realizadas pelas Leis n.º 11.690/08 e n.º 11.719/08, as espécies de prisão processual limitam-se a prisão em flagrante delito, a prisão preventiva e a prisão temporária. Entretanto, necessário se faz, ainda que de forma panorâmica, uma abordagem de todas as cinco modalidades de prisão processual, isto é, das três modalidades citadas – prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária – mais a prisão decorrente de pronúncia e a prisão em virtude de sentença condenatória recorrível.

3.2

A Prisão em Flagrante

A prisão em flagrante é a única modalidade de prisão processual que independe de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente

no ordenamento jurídico, consoante o exposto no art. 5.º, inciso LXI, da Constituição Federal/88².

Por prisão em flagrante entende-se a constrição da liberdade de locomoção no momento – ou imediatamente em seguida – em que o crime é praticado, onde o adjetivo flagrante qualifica o termo delito e não a palavra prisão.

A respeito do significado do termo flagrante, esclarece Tourinho Filho:

Flagrante, do latim *flagrans, flagrantis* (do verbo *flagrare*, queimar), significa ardente, que está em chamas, que arde, que está crepitando. Daí a expressão *flagrante delito*, para significar o delito no instante mesmo da sua perpetração, o delito que está sendo cometido, que ainda esta ardendo...[...]. (TOURINHO FILHO, 2007a, p. 437).

Nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal³, a prisão de quem é encontrado em flagrante delito poderá efetivar-se por qualquer pessoa, ou seja, tanto o particular tem a faculdade de realizá-la, como também, as autoridades policiais ou seus agentes deverão prender a pessoa surpreendida cometendo o delito.

Embora a prisão em flagrante seja uma modalidade de prisão processual, a prisão propriamente dita, isto é, a constrição da liberdade de locomoção, mesmo que realizada por particular, apresenta caráter nitidamente administrativo, uma vez que a conseqüente ratificação – da prisão em flagrante – cabe à autoridade administrativa: o delegado de polícia.

Esclarece Tourinho Filho:

[...] o ato de prender em flagrante não passa de simples ato administrativo levado a efeito, *grosso modo*, pela Polícia Judiciária, incumbida que é de zelar pela ordem pública. Pouco importa a qualidade do sujeito que efetive a prisão. É sempre um ato de natureza administrativa, e o cidadão estará exercendo um direito público subjetivo de natureza política. [...] Mesmo que a prisão se efetive pelo juiz, tal ato não perde o colorido de administrativo, pois o Magistrado estaria, então, exercendo uma função administrativa e não jurisdicional. (TOURINHO FILHO, 2007a, p. 444).

² Art. 5º [...]

[...]

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

³ Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Nota-se que a realização da prisão em flagrante exige a presença de dois elementos: a atualidade e a visibilidade. A atualidade refere-se ao estado de flagrância, ou seja, que o agente esteja cometendo o delito naquele presente momento. Já a visibilidade diz respeito à outra pessoa que presencie a prática do crime.

Na lição de Rangel:

[...] a prisão em flagrante delito exige, para sua configuração, dois elementos imprescindíveis: a atualidade e visibilidade. A atualidade é expressa pela própria situação flagrancial, ou seja, algo que está acontecendo naquele momento ou acabou de acontecer. A visibilidade é a ocorrência externa ao ato. É a situação de alguém atestar a ocorrência do fato ligando-o ao sujeito que o pratica. Portanto, somadas a atualidade e a visibilidade tem-se o flagrante delito. (RANGEL, 2008, p. 663).

O art. 302 do Código de Processo Penal⁴ ao estabelecer as modalidades de prisão em flagrante estendeu o sentido do referido instituto jurídico, alcançando situações que a princípio não caracterizariam o estado de flagrância.

A doutrina reúne sob a denominação de flagrante próprio as situações de “está cometendo a infração” ou “acabar de cometê-la”, circunstâncias que denotam uma relação de imediatidade entre a efetivação da prisão e a prática da infração penal.

Na modalidade de prisão em flagrante prevista no inciso III do art. 302 do Código de Processo Penal, isto é, quando o agente “é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”, conceituada pela doutrina de flagrante impróprio, o estado de flagrância compreende o intervalo de tempo entre a prática do delito e a atividade de perseguição empreendida em face do agente.

Por fim, nos termos do art. 302, inciso IV, do Código de Processo Penal, denomina-se de flagrante presumido quando o agente “é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papeis que façam presumir ser ele o autor da infração. Nesta modalidade de prisão em flagrante não se exige a perseguição do agente, porém necessário se faz o encontro do agente portando os referidos itens. O estado de flagrância, nesta espécie de prisão em flagrante –

⁴ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido. Logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papeis que façam presumir ser ele autor da infração.

como no flagrante impróprio – também extrapola a relação de imediatidade entre a prática do crime e a realização da prisão do agente.

Na lição de Machado:

Pois bem, não há nenhuma dificuldade em se constatar o estado de flagrância no caso do flagrante próprio, porque nessa hipótese o agente é preso no momento do crime, quando ainda está realizando a ação criminosa ou quando acabou de concretizá-la. [...] O mesmo não acontece com o chamado flagrante impróprio, ou quase flagrante, ou ainda no caso do flagrante presumido, visto que nessas hipóteses o agente é capturado algum tempo após a prática criminosa, em que o lapso temporal entre o crime e a prisão pode se estender por horas e até mesmo dias. Portanto, nesses casos, sempre poderá haver alguma dificuldade em se estabelecer o estado de flagrância com a clareza e com a segurança que se deve exigir para a supressão da liberdade de alguém. (MACHADO, 2009, p. 508).

Uma vez ratificada a prisão em flagrante pela autoridade policial responsável, seja por meio do estado de flagrante próprio, do impróprio ou mesmo do presumido, impõe o art. 5.º, inciso LXII, da Constituição Federal/88⁵ que o juiz competente seja, imediatamente, comunicado a fim de possibilitar o necessário controle judicial desta modalidade de prisão processual.

Neste sentido, embora a prisão de alguém que se encontra em estado de flagrância prescindida de ordem judicial escrita e fundamentada para sua efetivação, uma vez realizada, esta – a prisão em flagrante – deverá submeter-se ao crivo da autoridade judiciária competente que verificará a presença dos elementos de fato e de direito que a autoriza.

Na lição de Machado:

O art. 5.º, LXII, da CF impõe que a prisão de qualquer pessoa, e o local onde se encontre, serão comunicados imediatamente ao juiz competente. Portanto, lavrado o auto e entregue a nota de culpa, a autoridade comunicará a prisão ao juiz no mesmo instante em que proceder ao encarceramento do indiciado. Essa comunicação se faz por meio da remessa de uma cópia do instrumento de flagrante ao juiz competente, é uma comunicação compulsória e deve ser imediata. (MACHADO, 2009, p. 523).

E conclui o autor:

À vista do auto de prisão em flagrante, o juiz deverá verificar pelo menos quatro aspectos da prisão: (a) num primeiro momento deve examinar os seus requisitos

⁵ Art. 5.º [...]]

[...]

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

formais e, havendo qualquer irregularidade que nulifique essa peça, deverá relaxar imediatamente a prisão, conforme imposição do art. 5º, LXV, da Lei Maior; (b) deve ainda verificar os aspectos materiais do flagrante, avaliando se houve mesmo estado de flagrância que justifique a prisão do indiciado, caso contrário deverá conceder a liberdade provisória; (c) ao receber o auto, o juiz precisa verificar se o agente praticou o delito ao abrigo de algumas das condições que excluem a ilicitude do fato, como a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito, ou alguma outra excludente supralegal, e em caso positivo deverá conceder a liberdade provisória ao preso, nos termos do art. 310, *caput*, do CPP; e, por fim, deve o magistrado examinar se estão presentes os pressupostos da prisão preventiva para decidir se o preso deve ser mantido ou não no cárcere. (MACHADO, 2009, p. 523).

Assim, recebendo o auto de prisão em flagrante, o magistrado deve, inicialmente, verificar a presença dos requisitos de fato e de direito que irão validar a prisão em flagrante, caso contrário, se ausente qualquer dos referidos requisitos, o juiz deve obrigatoriamente relaxar a prisão em flagrante, conseqüentemente, restituindo a liberdade de locomoção do autuado, tudo nos termos do art. 5º, inciso LXV, da Constituição Federal/88⁶.

Entretanto, uma vez homologada a prisão em flagrante – desde que presentes os requisitos de fato e de direito exigidos para sua validação – o juiz deve analisar a necessidade da manutenção da prisão do acusado, de acordo com o exposto no art. 310, *caput*, e parágrafo único, do Código de Processo Penal⁷.

Na hipótese do acusado ter agido amparado por uma causa excludente de ilicitude – legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito –, conforme o *caput* do art. 310 do Código de Processo Penal, o juiz deverá conceder a liberdade provisória.

Por outro lado, nos moldes do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, o juiz também deve conceder a liberdade provisória, caso não haja necessidade de se decretar a prisão preventiva, em outras palavras, o juiz deverá conceder a liberdade provisória, se ausentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva.

⁶ Art. 5º. [...]

[...]

LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

⁷ 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, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

Quanto à norma prevista no parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, assevera Jardim:

Não padece dúvida de que isso importou na consagração legislativa da natureza cautelar da prisão em flagrante. Agora, segundo cremos, a prisão em flagrante somente poderá subsistir se ficar constatada, em decisão fundamentada, a existência dos requisitos do art. 312, sem o que a sua manutenção será desnecessária e, por conseguinte arbitrária e ilegal. (JARDIM, 2007, p. 252).

Inadmissível, portanto, a continuidade da privação da liberdade de locomoção do acusado com base, unicamente, nos elementos de fato e de direito que permitem a efetivação da prisão em flagrante, ou seja, a mera manutenção da prisão em flagrante sem a necessária constatação dos motivos que autorizam a prisão preventiva.

3.3

A Prisão Preventiva

A prisão preventiva apresenta, tal qual as demais espécies de prisão processual, como fundamento de validade o art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal/88 e, encontra-se regulamentada pelos arts. 311 e seguintes do Código de Processo Penal.

Inegável a importância atual da prisão preventiva no processo penal, além de sua amplitude, alcançando todo o desenrolar do inquérito policial, bem como, a instrução criminal, presta, sobretudo, a orientar a aplicabilidade das demais modalidades de prisão processual.

Discorre Delmanto Júnior:

Com o advento da Lei nº 5.349, de 3.11.67, que extingui a prisão preventiva obrigatória, dando nova redação ao art. 312 do Código de Processo Penal, e, quase dez anos depois, com a promulgação da Lei 6.416, de 24.5.77, que acrescentou parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, impossibilitando a manutenção da prisão em flagrante quando não verificados os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, ela passou a ser a principal modalidade de prisão cautelar de nosso ordenamento. Sendo decretável a qualquer momento, mesmo antes do oferecimento de denúncia, ela projetou sobre as outras modalidades de prisão provisória, afigurando-se quase que suficiente, de per si, a tutelar o bom andamento do processo penal e a eficácia de suas decisões. (DELMANTO JÚNIOR, 2001, p.161-162).

A redação original do Código de Processo Penal previa, no art. 312, a prisão preventiva obrigatória, “decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 anos”.

Assim, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, existindo indícios suficientes de autoria e prova de materialidade do delito e, tratando-se de crime de maior gravidade, o magistrado, não tinha outra alternativa, senão decretar a prisão preventiva.

Quanto à prisão preventiva obrigatória, assevera Espinola Filho:

Os termos do art. 312 [conforme redação original do CPP], em exame, são categóricos, retirando todo poder de apreciação do juiz, salvo quanto à verificação dessas duas condições. Provado haver infração da lei penal, apontada a autoria, por indícios suficientes, se o crime for punido, no grau máximo, com pena igual ou superior a dez anos de reclusão, cessa, para o juiz, todo o poder de considerar a conveniência, ou a necessidade de tal medida; a decretação da prisão preventiva passa a constituir um dever do magistrado. (ESPINOLA FILHO, 2000, p. 440-441).

A prisão preventiva obrigatória repousava, então, na presunção de fuga, que ao lado da presunção de culpa, recaiam sobre a pessoa do acusado e, constituíam os principais pilares sobre os quais o Código de Processo Penal de 1941 – ainda em vigor – fora erguido.

Ressalta Tourinho Filho:

O legislador, no caso, presumiu *juris et de jure* tal perigo, [*periculum libertatis*] dada a circunstância de que, sendo a pena demasiadamente grave, o normal é o imputado, ante a iminência de um decreto condenatório, fugir, desaparecer. O excepcional é ficar aguardando a decisão da Justiça e, se condenado for, apresentar-se à prisão. Por essas razões, todas as vezes em que estavam satisfeitos os pressupostos da prisão preventiva compulsória, o juiz não tinha o poder de julgar da conveniência ou não de decretar essa medida cautelar. Devia decretá-la. (TOURINHO FILHO, 2007a, p. 498).

A prisão preventiva obrigatória persistiu até o final da década de 60, mais precisamente até a edição da Lei n.º 5.349, de 03 de novembro de 1967, que modificou a redação do art. 312 do Código de Processo Penal, abolindo esse brutal e odioso instituto processual penal.

A partir de então, para a decretação da prisão preventiva passou-se a exigir a verificação, pela autoridade judicial, da presença, no caso concreto, dos pressupostos e requisitos legais, isto é, o *periculum libertatis*, antes presumido pela lei, nos crimes de maior gravidade, cedeu lugar ao prudente arbítrio do juiz para a análise da necessidade ou não, da prisão preventiva em face das peculiaridades do caso concreto.

O art. 312 do Código de Processo Penal estabelece os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, quando proclama que:

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.

Note-se que para a decretação da prisão preventiva, necessário se faz a existência de prova da materialidade do crime e de indício suficiente de autoria, elementos que constituem o *fumus commissi delicti* das medidas cautelares no âmbito do processo penal.

A respeito da prova da existência do crime como pressuposto da prisão preventiva, esclarece Machado:

[...] a prova da existência material do crime é um dos pressupostos fundamentais para a imposição da prisão preventiva. A dizer que a certeza do crime deve estar cumpridamente demonstrada, no processo ou no inquérito, como condição de admissibilidade daquela medida cautelar. Logo, não bastam meros indícios ou simples presunções sobre a ocorrência do fato delituoso – a lei exige absoluta segurança quanto a essa realidade fática. [...] Portanto, a certeza material do crime é requisito indispensável à aplicação da medida cautelar em questão. Não se prende preventivamente o autor de um crime que teria supostamente ocorrido, é preciso que essa ocorrência seja certa e esteja devidamente provada. (MACHADO, 2009, p. 469-470).

Complementa o *fumus commissi delicti* para a decretação da prisão preventiva, a existência também de “indício suficiente de autoria”, denotando a probabilidade do agente ter participado na realização da infração penal.

Ressalta-se que não se exige a certeza de ter o agente concorrido para o delito, mas imprescindível a existência de elementos concretos que superem a convicção de mera possibilidade e apontem o agente como autor do delito.

Explicita Lopes Júnior:

Para a decretação de uma prisão preventiva (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notadamente sobre as costas do imputado. A probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao vero, verdadeiro) de todos os requisitos positivos e, por consequência, de inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 95).

Porém, não basta para a decretação da prisão preventiva a presença do *fumus commissi delicti* – representado pela prova da materialidade do crime e indício suficiente de autoria –, necessário também a demonstração do *periculum libertatis*, isto é, que a liberdade do agente oferece risco “a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”, justificando a adoção da medida constritiva de liberdade. Não se faz necessário a presença concomitante de todas as referidas hipóteses, suficiente para a caracterização do *periculum libertatis* a constatação de tão-somente uma das citadas condições.

Embora seja um conceito bastante indeterminado, havendo, inclusive, fortes divergências doutrinárias sobre seu significado, existem autores que sustentam que a expressão “ordem pública” denota a sensação de tranqüilidade e paz que deve existir no meio da sociedade, assim o prognóstico de que solto, o agente continuará praticando novos crimes, caracterizaria o risco a “ordem pública” levando, conseqüentemente, a imposição da prisão preventiva.

Por todos, discorre Rangel:

Por ordem pública, deve-se entender a paz e a tranqüilidade social, que deve existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade. Assim, se o indiciado ou o acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais. (RANGEL, 2008, p. 693).

Observa-se que a vagueza da expressão “ordem pública” induz também ao questionamento do próprio caráter cautelar da prisão preventiva decretada sob tal fundamentação, isto é, duras críticas são dirigidas à prisão preventiva decretada sob o fundamento da garantia da “ordem pública”, por ausência de natureza cautelar.

Neste sentido, assevera Tourinho Filho:

“Ordem pública” é fundamento geralmente invocado, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de que ela é uma coação cautelar, e sem cautelaridade não se admite, à luz da Constituição, prisão provisória. “Perigosidade do réu”, “crime perverso”, “insensibilidade moral”, “os espalhafatos da mídia”, “reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão”, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se àquela expressão genérica “ordem pública”. E a prisão preventiva, nesses casos, não passa de uma execução sumária. O réu é condenado antes de ser julgado, uma vez que tais situações nada têm de cautelar. (TOURINHO FILHO, 2007a, p. 511).

O *periculum libertatis* estará configurado também quando a liberdade do acusado colocar em risco o regular desenvolvimento do processo, seja turbando a marcha processual, seja destruindo provas, bem como, ameaçando vítima e/ou testemunhas.

Sob o pretexto da “conveniência da instrução criminal” a prisão preventiva não pode ser imposta a fim de, unicamente, garantir a presença física do acusado durante o processo, uma vez que ao acusado é assegurado o direito e não o dever de estar presente durante a realização de todo e qualquer ato processual, seja pessoalmente, seja representado por seu defensor.

Assevera Lopes Júnior sobre a conveniência da instrução criminal como hipótese de *periculum libertatis*:

Aqui, o estado de liberdade do imputado coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque ele está destruindo documentos ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constrangendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos. Também se invoca esse fundamento quando o imputado ameaça ou intimida o juiz ou promotor do feito, tumultuando o regular andamento do processo. Por fim, não se justifica a prisão do imputado em nome da conveniência da instrução quando o que se pretende é prendê-lo para ser interrogado ou forçá-lo a participar de algum ato probatório (acareação, reconhecimento etc.). Isso porque, no primeiro caso (interrogatório), o sujeito passivo não é mais visto como um “objeto de prova”, fazendo com que o interrogatório seja, essencialmente, um momento de defesa pessoal. Logo, absurdo prender-se alguém para assegurar o seu direito de defesa. No segundo caso, a prisão para obrigá-lo a participar de determinado ato probatório é também ilegal, pois viola o direito de silêncio e, principalmente, o *nemo tenetur se detegere*. Daí porque incabível a prisão preventiva com esses fins. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 99).

De todas as hipóteses que configuram o *periculum libertatis* e que, concorrendo os demais pressupostos legais, autorizam a decretação da prisão preventiva, a “conveniência da instrução criminal” é aquela onde o caráter instrumental da medida constritiva de liberdade mais se destaca, caracterizando nítida medida cautelar.

Como terceira hipótese de caracterização do *periculum libertatis*, encontra-se a garantia de aplicação da lei penal, que ocorre quando o acusado, a fim de se eximir da responsabilidade penal, dilapida seu patrimônio para não indenizar os danos decorrentes da prática do crime, ou demonstra, de modo inequívoco, que pretende empenhar fuga.

Ensina Oliveira:

A prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal contempla as hipóteses em que haja risco real de fuga do acusado e, assim, risco de não-

aplicação da lei na hipótese de decisão condenatória. É bem de ver, porém que semelhante modalidade de prisão há de se fundar em dados concretos da realidade, não podendo revelar-se fruto de mera especulação teórica dos agentes públicos, como ocorre com a simples alegação fundada na riqueza do réu. É claro que em tal situação, e a realidade tem nos mostrado isso, o risco é sempre maior, mas, ainda assim, não é suficiente, por si só, para a decretação da prisão. (OLIVEIRA, 2008, p. 415-416).

A “garantia da ordem econômica” como hipótese de caracterização de *periculum libertatis*, foi introduzida na redação do art. 312 do Código de Processo Penal pela Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a decretação da prisão preventiva com fundamento nesta hipótese, somente explica-se pelo receio de que o acusado, em liberdade, pratique novos delitos, abalando ainda mais a ordem econômica.

A prisão preventiva com base na “garantia da ordem econômica” também não se apresenta imune de crítica em face do caráter aberto e impreciso de tal expressão, bem como, da total ausência de qualquer finalidade instrumental. Assim discorre Tourinho Filho:

À primeira vista, tal circunstância é um tanto quanto esdrúxula. Não porque ofenda à ordem jurídica, mas por ser extravagante tal acréscimo. Na verdade, se a prisão preventiva deve ter uma finalidade eminentemente cautelar, no sentido de instrumento para a realização do processo (preservação da instrução criminal) ou para garantir o cumprimento da decisão (assegurar a aplicação da lei penal), parece um não-senso decretar a prisão preventiva para a garantia da ordem econômica. (TOURINHO FILHO, 2007a, p. 514).

Ressalta-se, ainda, que a prisão preventiva, nos termos do art. 313 do Código de Processo Penal⁸, somente poderá ser decretada, em regra, para os crimes dolosos punidos com pena de reclusão, apenas excepcionalmente, para os crimes punidos com pena de detenção e, em nenhuma hipótese, para os crimes culposos e as contravenções penais.

⁸ 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.

3.4

A Prisão Temporária

A prisão temporária foi instituída no direito brasileiro através da Medida Provisória n.º 111, de 24 de novembro de 1989, posteriormente, substituída pela Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, atualmente em vigor, e que disciplina a matéria.

Nota-se que a prisão temporária integrou o ordenamento jurídico já sob a nova ordem constitucional estabelecida pela Carta Política/88, que não mais permitia a “prisão para averiguações” largamente utilizada nos meios policiais do regime político anterior.

A prisão temporária tem por finalidade assegurar o êxito da investigação policial de crimes de maior complexidade e apenados mais severamente, em que o encarceramento do suspeito torna-se essencial para a elucidação dos fatos.

Na lição de Machado:

A finalidade da custódia temporária é tão-somente a de proporcionar meios e condições necessários para a realização de algum ato de investigação que não seria possível sem a detenção do indiciado. Ou seja, somente se justifica a prisão temporária, segundo a própria lei, se ela for absolutamente indispensável para a prática de alguma diligência investigatória que ficaria prejudicada se o autor do crime estivesse solto. (MACHADO, 2009, p. 527).

Percebe-se, também, que a validade constitucional da prisão temporária é bastante questionada, uma vez que esta medida de constrição da liberdade de locomoção ingressou no ordenamento jurídico através de Medida Provisória, instrumento típico do Poder Executivo – ainda que posteriormente tenha sido substituída por Lei –, quando a Carta Política/88 determina que a competência para legislar sobre Direito Penal e Direito Processual Penal pertence, exclusivamente, à União.

Quanto a este defeito de natureza formal, Clèmerson Merlin Clève, citado por Rangel, esclarece, “chama a isto de inconstitucionalidade orgânica, ou seja, quando a lei é elaborada por órgão incompetente, pois a inconstitucionalidade decorre de vício de incompetência do órgão de que promana o ato normativo”. (RANGEL, 2008. p. 714).

E complementa Rangel:

A prisão temporária é também inconstitucional por uma razão muito simples: no Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é o autor do delito. Trata-se de medida de constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados. (RANGEL, 2008, p. 714).

Embora a validade constitucional da prisão temporária seja duvidosa, tal medida coercitiva da liberdade individual segue em vigor, no direito brasileiro, tornando-se imperioso a análise dos requisitos legais necessários à sua imposição.

Conforme o exposto no art. 1º da Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989⁹, a prisão temporária será decretada quando: I – imprescindível para as investigações do inquérito policial; II – o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III – houver fundadas razões de autoria ou participação do suspeito, nos seguintes crimes: homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado de morte envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro, acrescenta-se a este rol, os crimes hediondos e assemelhados.

⁹ Art. 1º. Caberá prisão temporária:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei 2.889, de 1.10.1956), em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368, de 21.10.1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492, de 16.06.1986).

Muito se discute na doutrina processual penal a necessidade do preenchimento de apenas um, ou de todos os requisitos, concomitantemente, previstos no art. 1º da Lei 7.960/89 para a decretação da prisão temporária.

Segundo o entendimento majoritário, sustentado, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, a decretação da prisão temporária, exige a ocorrência de algum dos crimes elencados no inciso III, mais a existência da situação descrita ou no inciso I – “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” –, ou no inciso II – “quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos para sua identificação”, todos do art. 1º da Lei 7.960/89.

Assegura Nucci:

Enfim, não se pode decretar a temporária somente porque o inciso I foi preenchido, pois isso implicaria viabilizar a prisão para qualquer delito, inclusive os de menor potencial ofensivo, desde que fosse imprescindível para a investigação policial, o que soa despropositado. Não parece lógico, ainda, decretar a temporária unicamente porque o agente não tem residência fixa ou não é corretamente identificado, em qualquer delito. Logo, o mais acertado é combinar essas duas situações com os crimes enumerados no inciso III, e outras leis especiais, de natureza grave, o que justifica a segregação cautelar do indiciado. (NUCCI, 2008, p. 565).

A partir deste entendimento, garante-se a presença dos pressupostos sobre os quais se assentam toda e qualquer medida cautelar na processualística penal, ou seja, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, também na imposição da prisão temporária.

As situações previstas nos incisos I e II do art. 1º, da Lei n.º 7.960/89, isto é, a imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial, ou então, não apresentar, o suspeito, residência fixa ou não fornecer elementos necessários à sua identificação civil, denotam o *periculum libertatis*, uma vez que, a liberdade do suspeito pode, em tais circunstâncias, inviabilizar a elucidação da infração penal.

Os crimes elencados no inciso III do art. 1º, da Lei n.º 7.960/89, acrescidos dos crimes hediondos e assemelhados, denotam o *fumus commissi delicti*, igualmente necessário para a decretação da prisão temporária, e que pode ser entendido como juízo de probabilidade do suspeito ter concorrido para a prática do delito.

Discorre Rangel:

A prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar, exigindo, para a sua configuração, os requisitos de toda e qualquer medida cautelar, quais sejam: o *fumus boni iuris* (*fumus commissi delicti*) e o *periculum in mora* (*periculum libertatis*).

[...] Quando a lei diz ser “imprescindível para as investigações do inquérito policial”, claro nos parece que a imprescindibilidade configura o *periculum in mora* (*periculum libertatis*), pois, se não for decretada a medida odiosa, porém necessária, o inquérito não poderá ser concluído. [...] Entretanto, mister se faz, [...] a existência cumulativa do *fumus boni iuris* (*fumus commissi delicti*), representado pelo inciso III, ou seja, a probabilidade do indiciado ser autor ou partícipe. [...] O inciso II (“quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”) é, também, *periculum in mora* (*periculum libertatis*), pois o fato do indiciado não ter residência fixa ou haver dúvida quanto à sua identidade, por si só, dificulta as investigações do inquérito policial. (RANGEL, 2008, p. 715-716).

Salienta-se que a prisão temporária, conforme determina o art. 2º da Lei n.º 7.960/89¹⁰, somente poderá ser decretada pela autoridade judiciária, seja mediante requerimento do Ministério Público, seja através de representação da autoridade policial, o que denota a expressão máxima da judicialidade como característica inerente a toda medida cautelar.

A prisão temporária, ao contrário das demais espécies de prisão processual, apresenta prazo de duração estabelecido em lei, sendo de 5 dias, em regra, podendo ser prorrogado por igual período, “em caso de extrema e comprovada necessidade”. Nos crimes hediondos¹¹ e assemelhados, o prazo de duração da prisão preventiva será de 30 dias, podendo também ser renovado por igual período.

Assevera Távora; Nestor:

A prisão “temporária” é assim adjetivada por ter prazo predefinido em lei quanto à sua duração. É importante atentar que a prisão em flagrante e a preventiva não encontram restrição desta ordem, perdurando, supostamente, enquanto se fizerem necessárias. Já na temporária, o indiciado ao menos saberá o dia em que será liberado, salvo se, ao final da mesma, for decretada a prisão preventiva, o que é plenamente possível, se presentes os requisitos desta medida. (TÁVORA; NESTOR, 2009, p. 492).

Portanto, esgotado o prazo da prisão temporária, seja de 5 dias, em regra, seja de 30 dias, nos crimes hediondos ou assemelhados, – podendo tal prazo ser prorrogado por igual período em ambas as hipóteses – o suspeito deverá

¹⁰ Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

¹¹ Art. 2º [...]

[...]

§4º a prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

ser, imediatamente, colocado em liberdade, salvo se a prisão preventiva tiver sido decretada.

3.5

A Prisão Decorrente de Pronúncia

A pronúncia constitui-se uma das possíveis modalidades de decisão que encerra a primeira etapa do procedimento afeto ao Tribunal do Júri e, que determina, entre outras providências, a sujeição do acusado ao julgamento popular.

O Tribunal do Júri como órgão do Poder Judiciário previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal/88 e, competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e aqueles conexos, apresenta procedimento escalonado, isto é, o procedimento relativo ao Tribunal do Júri constitui-se de duas etapas bem definidas: o *judicium accusationis* e o *judicium causae*.

A primeira fase (*judicium accusationis*), desenvolve-se perante o juízo singular, iniciando-se com a denúncia ou queixa-crime e, concluindo com a decisão de pronúncia. A segunda fase (*judicium causae*), de acordo com a redação original do Código de Processo Penal, iniciava-se com o libelo e terminava com o julgamento em Plenário¹².

Quanto ao Tribunal do Júri apresentar rito procedimental dividido em duas fases, esclarece Tourinho Filho:

Trata-se de procedimento escalonado. A primeira fase encerra-se com a sentença de pronúncia, e a segunda inicia-se e termina com o julgamento pelo Tribunal do Júri. Na primeira etapa, a acusação procura demonstrar que houve o crime doloso contra a vida, consumado ou tentado, e que o réu foi o seu autor. Sendo assim, evidente que a sentença de pronúncia, que encerra essa primeira fase, limitar-se-á a julgar procedente o *jus accusationis* do estado. (TOURINHO FILHO, 2007c, p. 674).

Salienta-se que além da pronúncia, a primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri pode encerrar com uma decisão de impronúncia, de absolvição sumária, ou de desclassificação.

Na lição de Tourinho Filho:

¹² Com o advento da Lei n.º 11.689/08, o libelo-crime restou extinto. Assim, após a preclusão da decisão de pronúncia, o juiz presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão encarregado de promover a acusação e, do defensor, para no prazo de 05 dias, arrolar testemunhas que irão depor em plenário, bem como juntar documentos e requerer diligências.

Se o Magistrado não se convencer da existência do crime ou de indício suficiente de que seja o réu o seu autor, julgará a peça acusatória improcedente. É o que se denomina impronúncia. [...] Poderá também o Juiz proferir sentença absolutória [...]. Se entender que no ato praticado pelo réu está ausente a culpabilidade, ou não foi antijurídico, poderá absolvê-lo sumariamente, desde que, no particular, as provas sejam estremes de dúvida. Poderá o Juiz, também, desclassificar (imprópria ou propriamente) a infração para outra da competência do Júri, ou para outra que não se inclua na sua competência. Na primeira hipótese, limitar-se-á a pronunciar o réu como incurso nas penas do artigo que entender tenha sido violado. (TOURINHO FILHO, 2007c, p. 675-676).

Desta forma, a decisão de pronúncia assenta-se no juízo de materialidade do crime e na existência de indício de autoria, ou seja, na lição de Lima, “a pronúncia espelha uma apreciação pelo juiz de que existe prova da materialidade e indícios suficientes da autoria do crime imputado”. (LIMA, 2005, p. 280).

Nota-se que, nos termos da redação original do art. 408 do Código de Processo Penal¹³, a decretação da prisão era efeito automático da decisão de pronúncia, exceto quando se tratava de infração penal afiançável, com sensível fundamento na presunção de culpa, bem como, na presunção de fuga que recaiam sobre o acusado.

Com a edição da Lei n.º 5.941, de 23 de novembro de 1973, que modificou a redação do § 2º, do art. 408, do Código de Processo Penal, determinando que “se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso”, a prisão decorrente da decisão de pronúncia adquiriu – ainda que tênue – feição cautelar.

Assevera Afrânio Silva Jardim, citado por Lima:

A prisão resultante de pronúncia ganhou maior identidade com as medidas cautelares, pois o passado do réu, sua personalidade e condições de adaptação à vida social, verificados através de um juízo sobre seus antecedentes, derrubam a

¹³ Art. 408. Se o juiz se convencer do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciar-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

§ 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar o nome no rol dos culpados, recomendá-lo-á, na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura.

§ 2º Se o crime for afiançável, será, desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão.

§ 3º O juiz não ficará adstrito à classificação do crime, feita, na queixa ou denúncia, embora fique o réu sujeito à penas mais grave, atendido, se for o caso, o disposto no art. 410 e seu parágrafo.

§ 4º Se dos autos constarem elementos de culpabilidade de outros indivíduos não compreendidos na queixa ou na denúncia, o juiz, ao proferir a pronúncia ou impronúncia, ordenará que os autos voltem ao Ministério Público, para aditamento da peça inicial do processo e demais diligências do sumário.

presunção anterior que justificava a decretação de sua prisão provisória em qualquer hipótese. (LIMA, 2005, p. 281).

Ocorre, todavia, que a partir da nova ordem constitucional instaurada pela Carta Política/88, a constrição da liberdade de locomoção – no âmbito penal – somente será válida em duas hipóteses bem definidas: primeira, a prisão decorre de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado (prisão-pena); segunda, a prisão processual (prisão sem pena) com nítido caráter cautelar, ou seja, o cerceamento da liberdade individual com o fim de assegurar a regular prestação jurisdicional penal.

Embora, existissem entendimentos no sentido de que a prisão decorrente de decisão de pronúncia não apresentava caráter cautelar, e assim, afrontava o princípio constitucional da presunção de inocência¹⁴, significativa parcela doutrinária e jurisprudencial defendia a natureza cautelar de tal medida restritiva de liberdade.

Neste sentido, o *fumus commissi delicti* da prisão decorrente de decisão de pronúncia repousava na prova da materialidade do crime e indício suficiente de autoria, já o *periculum libertatis* assentava, de regra, na necessidade da presença física do réu, tanto para se efetivar a intimação da decisão de pronúncia, quanto para a realização do plenário de julgamento, salvo nos crimes afiançáveis.

Isto porque, nos termos dos arts. 413 e 414 do Código de Processo Penal¹⁵, nos crimes inafiançáveis, o acusado deveria ser intimado da decisão de pronúncia pessoalmente e, enquanto o referido ato processual não se consumasse, o rito procedimental permanecia sobrestado.

¹⁴ Por todos, a lição de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, citado por Lima: “[...] as prisões, decorrentes de sentença condenatória recorrível e de pronúncia, não guardam as características fundamentais da prisão de natureza cautelar, encerradas no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, como já bem demonstrou Afrânio Silva Jardim. [...] Não previu a Constituição qualquer outro fundamento para a prisão que estes: a cautelaridade e a pena. Ora. Se o acusado não pode ser considerado culpado antes de assim declarado judicialmente, com que título se justifica encarcerá-lo antes da prolação da sentença final, fora dos dois casos permitidos, cautelaridade e pena? Trata-se de prisão cautelar? Não, não estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Trata-se de pena? Não, pois não há pena sem o trânsito em julgado da sentença. Então, essas modalidades de prisão – decorrente da sentença penal condenatória recorrível e decorrente da sentença de pronúncia – não são constitucionalmente admitidas; não se enquadram nas modalidades de prisão aceitas pela Constituição como exceções necessárias ao direito de liberdade. (LIMA, 2005, p. 284).

¹⁵ Art. 413. O processo não prosseguirá até que o réu seja intimado da sentença de pronúncia. Parágrafo único. Se houver mais de um réu, somente em relação ao que for intimado prosseguirá o feito.

Art. 414. A intimação da sentença de pronúncia, se o crime for inafiançável, será sempre feita ao réu pessoalmente.

Quanto ao plenário de julgamento – nos crimes inafiançáveis – a ausência física do acusado impedia sua realização, tudo conforme o exposto no art. 451, § 1.º, do Código de Processo Penal¹⁶.

Explicita Nucci:

Outra das razões que podem levar o magistrado a não permitir a permanência do acusado em liberdade, aguardando o julgamento pelo Tribunal Popular, é a sua situação de ausente. Sabe-se, por certo, que não acompanhar a instrução, fazendo-se ausente, é um direito do réu, decorrência do seu direito ao silêncio e da ampla defesa. Entretanto, no procedimento do júri, deve o réu ser intimado pessoalmente da pronúncia quando o crime for inafiançável – o que ocorre na maioria dos casos, pois o homicídio é o delito mais julgado pelo Tribunal Popular –, sob pena de não haver andamento processual (art. 413 em combinação com o art. 414, CPP), razão pela qual se está foragido ou ausente, pode ter sua prisão decretada pelo magistrado. [...] Por outro lado, o julgamento no Tribunal do Júri somente ocorre quando o réu está presente, no caso dos crimes inafiançáveis (art. 451, § 1, CPP), motivo pelo qual, estando ausente, é bem possível que não seja localizado para intimação da pronúncia ou mesmo para a entrega do libelo e, finalmente, para o indispensável comparecimento à sessão de julgamento. Tal situação justifica a necessidade de sua prisão, ao menos enquanto a lei fizer persistir a obrigatoriedade de sua presença no plenário. (NUCCI, 2008, p. 593-594).

Entretanto, a Lei n.º 11.689, de 9 de junho de 2008, realizou profundas modificações no procedimento do Tribunal do Júri, entre outras, a extinção da obrigatoriedade de intimação pessoal do acusado da decisão de pronúncia, bem como, a autorização de se realizar o plenário de julgamento sem a necessária presença física do acusado, tanto nos crimes afiançáveis, quanto nos inafiançáveis, alterando os fundamentos de validade sobre os quais se assentava toda a sistemática cautelar da prisão decorrente de decisão de pronúncia.

Observa-se que, antes disciplinada no art. 408 do Código de Processo Penal, a partir da Lei n.º 11.689/08, a prisão decorrente de decisão de pronúncia passou a ser disciplinada pelo art. 413 do mesmo Codex, nos seguintes termos:

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

¹⁶ Art. 451. Não comparecendo o réu ou o acusador particular, com justa causa, o julgamento será adiado para a seguinte sessão periódica, se não puder realizar-se na que estiver em curso.
§1.º Se se tratar de crime afiançável, e o não-comparecimento do réu ocorrer sem legítimo, far-se-á o julgamento à sua revelia.

§ 2º Se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória.

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

Portanto, a partir de então, a prisão deixa de constituir efeito da decisão de pronúncia. A constrição da liberdade poderá ser imposta pelo juiz, na decisão de pronúncia, desde que haja fundada necessidade, ou seja, a decretação da prisão poderá resultar da decisão de pronúncia caso presentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva. Por outro lado, a situação de primário e o *status* de portador de bons antecedentes também perdem importância para a concessão da liberdade provisória.

Esclarece Lopes Júnior:

A prisão quando da decisão de pronúncia não é obrigatória (como já o foi no passado), estando subordinada ao fundamento e requisito que norteiam as prisões cautelares, nos termos do art. 312 do CPP. Assim, nenhuma relevância tem o fato de o agente ser primário ou reincidente, senão que deverá o juiz fundamentar a necessidade da prisão cautelar demonstrando a existência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. [...] de modo que, havendo necessidade e preenchidos os requisitos legais, poderá o juiz determinar a prisão preventiva do réu pronunciado ou mantê-lo preso, se assim já se encontrar. Em qualquer caso, deverá fundamentar a decisão. Não estando preenchidos os requisitos da prisão preventiva, deverá o réu permanecer em liberdade. Poderá ser preso, neste momento, caso exista a real necessidade e demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 133).

Então, a decisão de pronúncia deixa de ser a causa – numa relação de causa e efeito conseqüente – do encarceramento do acusado e passa a representar, conforme a redação do art. 413, § 3º, do Código de Processo Penal, um momento processual em que o magistrado deve obrigatoriamente analisar a necessidade da prisão processual do acusado. Se presentes os motivos que determinam a prisão preventiva, a constrição da liberdade individual impõe-se, caso contrário, não.

3.6

A Prisão em Virtude de Sentença Penal Condenatória Recorrível

O tratamento da prisão em virtude de sentença penal recorrível está, hodiernamente, disciplinado pelo art. 387, parágrafo único, do Código de

Processo Penal – com a redação alterada pela Lei n.º 11.719/08 –, mas, sobretudo, pelos princípios e regras decorrentes da nova ordem constitucional imposta pela Carta Política/88.

Entretanto, na sistemática original do Código de Processo Penal a realidade era diversa, a prolação de decreto condenatório recorrível acarretava automaticamente a decretação da prisão do acusado e, ainda, exigia-se o encarceramento do condenado para a interposição do recurso de apelação, exceto nos crimes afiançáveis e naqueles “em que o réu se livra solto”.

Está é a razão que o estudo da prisão em virtude de sentença penal condenatória recorrível demandava, para a integral compreensão do assunto, a análise conjunta dos arts. 393, I, e 594, ambos do Código de Processo Penal¹⁷.

Na lição de Bandeira:

Como se percebe facilmente, ante simples cotejo dos dispositivos em comento [arts. 393, I, e 594 do CPP], a prisão decorrente de sentença condenatória era medida de efeito automático, que surgia quando da prolação do decreto condenatório, condicionando-se, inclusive, a interposição do apelo do condenado a seu recolhimento ao cárcere, salvo nas hipóteses em que o condenado livrava-se solto ou era admitido a prestar fiança. A prisão como resultado de condenação, portanto, não exigia nenhuma comprovação de *necessidade* do recolhimento ao cárcere, revelando-se, pois, em verdadeira medida antecipatória dos efeitos da sentença condenatória ainda passível de impugnação. [...] A prisão decorrente de sentença condenatória, dessa forma, ainda que não transitada em julgado, significava *execução provisória do título judicial*, mesmo diante da possibilidade de a sentença tornar-se ineficaz, seja por força de reforma da decisão, reconhecimento da prescrição retroativa, dentre outras hipóteses. (BANDEIRA, 2003, p. 10-11).

Nota-se, entretanto, que a Lei n.º 5.941, de 23 de novembro de 1973, alterando a redação do art. 594 do Código de Processo Penal¹⁸, permitiu ao réu, condenado por sentença recorrível, interpor o recurso de apelação, sem a obrigação de se recolher à prisão, desde que primário e portador de bons antecedentes.

Embora as modificações produzidas pela Lei n.º 5.941/73 tenham abrandado o tratamento da prisão em virtude de sentença condenatória recorrível, permaneceu nítido seu caráter de execução antecipada de pena.

¹⁷ Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se a prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.

¹⁸ Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

Neste Sentido, assevera Jardim:

Fácil perceber que esta prisão [em virtude de sentença condenatória recorrível] não visa a prevenir danos prováveis (*periculum in mora*), pois a prisão se efetiva independentemente de qualquer consideração outra que não os pressupostos objetivos alinhados na regra do art. 594 do Código de Processo Penal, que devem estar presentes apenas no momento da medida coercitiva. Por outro lado, não há aqui qualquer conotação de instrumentalidade, vez que se trata da outorga da própria prestação jurisdicional pedida na denúncia ou queixa, ainda que sujeita à condição resolutiva. Ademais, a sentença condenatória, por ser de mérito, não se limitava a exame superficial do direito punitivo alegado (*fumus boni iuris*), mas o reconhece expressamente, declarando-o. (JARDIM, 2007, p. 266-267).

Entretanto, tal como a prisão decorrente da decisão de pronúncia, a prisão em virtude de sentença condenatória recorrível deve apresentar – em face de exigências constitucionais já demonstradas no presente estudo¹⁹ – natureza cautelar, embora, com aquela não se confunda.

A respeito da diferença entre a prisão decorrente da decisão de pronúncia e da prisão em virtude de sentença condenatória, esclarece Delmanto Júnior:

Desde logo, constata-se que uma das diferenças primordiais entre a prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível e aquela em virtude de decisão de pronúncia reside no fato de que esta se verificaria no momento em que o magistrado entende *viável* a acusação, levando-a à apreciação do Tribunal do Júri, enquanto aquela se daria quando o Tribunal Popular, ao depois, a julga procedente, ou na oportunidade em que o juiz singular, nos casos da sua competência, também julga *procedente* a pretensão acusatória. Assim, a carga cognitiva no momento da decretação de prisão em virtude de pronúncia já era acentuada, ela é muito mais expressiva quando da prolação de sentença condenatória. (DELMANTO JÚNIOR, 2001, p. 202-203).

Ocorre que, a necessária compatibilização da prisão em virtude de sentença condenatória recorrível com os princípios e regras constitucionais vigentes, realiza-se através do reconhecimento da necessidade da prisão do acusado a fim de assegurar a efetividade e a utilidade da prestação jurisdicional.

Assim, a privação da liberdade do acusado não pode constituir efeito automático da sentença penal condenatória recorrível, dependerá, outrossim, da demonstração clara de que a liberdade do condenado colocará em risco o julgamento do recurso.

¹⁹ Neste sentido, já dito anteriormente, a partir da nova ordem constitucional instaurada pela Carta Política/88, a constrição da liberdade de locomoção – no âmbito penal – somente será válida em duas hipóteses bem definidas: primeira, a prisão decorre de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado (prisão-pena); segunda, a prisão processual (prisão sem pena) com nítido caráter cautelar, ou seja, o cerceamento da liberdade com o fim de assegurar a regular prestação jurisdicional penal.

Embora a materialidade da infração penal e os indícios suficientes de autoria configurem o *fumus commissi delicti*, o segundo pressuposto das medidas cautelares no âmbito do processo penal, ou seja, o *periculum libertatis*, não pode ser presumido pelo legislador, como fundamento de validade da prisão em virtude de sentença penal condenatória recorrível.

A propósito, Grinover; Fernandes; Gomes Filho esclarecem:

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 [...] em face das garantias asseguradas ao cidadão pela Constituição da República, sua 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. [...] A falta de efetiva apreciação da necessidade da cautela importará, também quanto à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, vício de fundamentação capaz de fazer incidir a sanção de nulidade por desatendimento aos preceitos constitucionais já indicados. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 362-363).

Por fim, a Lei 11.719/08, alterando a redação do art. 387²⁰ e, revogando o art. 594, ambos do Código de Processo Penal, encerrou a discussão quanto a natureza jurídica da prisão decorrente de decreto condenatório recorrível, determinado que o magistrado deverá analisar a necessidade da manutenção ou da decretação da prisão do acusado, conforme os fundamentos de validade da prisão preventiva.

Explicita Machado:

A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, tal como ocorre com a prisão decorrente da pronúncia, nada mais é do que um momento processual destinado a que o juiz reavalie a necessidade de impor ou de manter a prisão preventiva do réu. Essa avaliação, naturalmente, está submetida ao critério da facultatividade e aos pressupostos da prisão cautelar, definidos no art. 312 do CPP [...]. Isso confirma mais uma vez a preponderância da prisão preventiva como custódia cautelar autêntica no processo penal brasileiro. (MACHADO, 2009, p. 539).

Assim, a prisão do acusado deixa, peremptoriamente, de ser uma consequência compulsória da sentença condenatória recorrível e, passa a

²⁰ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

(...)

Parágrafo único: O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

constituir uma possibilidade, desde que presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva, por ocasião da prolação do decreto condenatório não definitivo.