



NATAN BATISTA

**Direito
Processual
Penal I**

Legislação e Teoria

DireitoFacilitado.com.br



**DIREITO
PROCESSUAL
PENAL**

Sumário:

Capítulo 1 – Introdução	Página 1
1. Conceito	Página 1
2. Lide	Página 1
3. Meios de Resolução de Conflito	Página 1
3.1. Autotutela	Página 1
3.2. Autocomposição	Página 2
3.3. Heterotutela e Jurisdição	Página 3
4. Princípios do Direito Processual Penal	Página 5
4.1. Princípio do Devido Processo Legal	Página 5
4.2. Princípio do Juiz Natural e Imparcial	Página 5
4.3. Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa	Página 7
4.4. Princípio da Não Culpabilidade (Presunção de Inocência)	Página 8
4.5. Princípio da Verdade Real	Página 10
4.6. Princípio da Vedação da Prova Ilícita	Página 10
4.7. Princípio do Privilégio Contra Autoincriminação	Página 12
4.8. Princípio da Inércia ou Iniciativa das Partes	Página 15
4.9. Princípio da Oficiosidade ou do Impulso Oficial	Página 15
4.10. Princípio da <i>favor rei</i> ou <i>in dubio pro reu</i> ou <i>favor libertatis</i>	Página 15
4.11. Princípio da Identidade do Juiz	Página 16
4.12. Princípio da Publicidade	Página 16
4.13. Princípio do Duplo Grau de Jurisdição	Página 17
5. Fontes do Direito Processual Penal	Página 18
Capítulo 2 – Disposições Preliminares	Página 19
1. Lei Processual Penal no Espaço	Página 19
2. Lei Processual Penal no Tempo	Página 22
3. Da Interpretação das Normas Processuais Penais	Página 24
4. Da Persecução Penal	Página 25
4.1. Introdução	Página 25
4.2. Fases da Persecução Penal	Página 27
4.2.1. Inquérito Policial	Página 27
4.2.2. Processo Penal	Página 32
4.2.3. Execução Penal	Página 32
4.3. Do Inquérito Policial	Página 33
4.3.1. Elementos Introdutórios	Página 33
4.3.2. Características	Página 34
4.3.3. Da Instauração do Inquérito	Página 38
4.3.4. Das Diligências	Página 41
4.3.5. Do Indiciamento	Página 57
4.3.6. Do Relatório	Página 60

4.3.7. Do Arquivamento	Página 65
4.3.8. Inquérito Policial e Juizados Especiais	Página 67
4.4. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória	Página 67
4.4.1. Introdução	Página 67
4.4.2. Das Garantias Constitucionais dos Presos	Página 70
4.4.3. Do Momento da Prisão e da Inviolabilidade do Domicílio	Página 72
4.4.4. Da Prisão Especial	Página 75
4.4.5. Do Mandado de Prisão	Página 77
4.4.6. Da Prisão em Flagrante	Página 82
4.4.6.1. Introdução	Página 82
4.4.6.2. Espécies de Prisão em Flagrante	Página 84
4.4.6.3. Flagrante e Natureza do Crime	Página 87
4.4.6.4. Do Auto de Prisão em Flagrante	Página 88
4.4.6.5. Do Ato Judicial e da Audiência de Custódia	Página 91
4.4.7. Da Prisão Temporária	Página 93
4.4.8. Da Prisão Preventiva	Página 96
4.4.9. Da Prisão Domiciliar Preventiva	Página 103
4.4.10. Da Prisão por Pronúncia ou Condenação em 1º Grau	Página 106
4.4.11. Da Liberdade Provisória	Página 107
4.4.11.1. Introdução	Página 107
4.4.11.2. Das Medidas Cautelares	Página 110
4.4.11.3. Liberdade Provisória e Fiança	Página 118



**DIREITO
PROCESSUAL
PENAL**

Capítulo 1 – Introdução

1. Conceito

Segundo Edilson Mougenot:

O processo penal é o instrumento do Estado para o exercício da jurisdição em matéria penal. O direito processual penal, portanto, pode ser definido como o *ramo do direito público que se ocupa da forma e do modo (i.e.: o processo) pelos quais os órgãos estatais encarregados da administração da justiça concretizam a pretensão punitiva, por meio da persecução penal e consequente punição dos culpados*. Tem como **conteúdo** normas que disciplinam a organização dos órgãos da jurisdição e de seus auxiliares, o desenvolvimento da atividade persecutória e a aplicação da sanção penal.

Portanto, o Processo Penal tem como objetivo, através da estipulação legal da forma e do modo e dos órgãos que possuem competência no que se refere ao *jus puniendi*, resolver a lide (crime), punindo devidamente os culpados.

2. Lide

O conceito de lide já nos remete às palavras de Carnelluti, de que lide é o *conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida*.

No Direito Penal e, conseqüentemente, no Direito Processual Penal, não se aplica tal conceito, visto ser este referente às lides *civis*, comuns.

No Direito Penal a lide *se resume ao cometimento de crimes*, isto é, à incidência nos tipos penais e, com isso, o não respeito aos Direitos Fundamentais alheios.

Com a incidência nos tipos penais, cabe ao Estado, em regram, exercer a chamada *jurisdição*, meio principal de resolução das lides.

Além da jurisdição, porém, com o advento da Constituição Cidadã, a ascensão dos Direitos Fundamentais/Humanos e a superlotação de processos pendentes no Poder Judiciário brasileiro, o Estado vem indicando a resolução de conflitos por meios alternativos, posteriormente analisados por nós.

3. Meios de Resolução de Conflito

3.1. Autotutela

A autotutela, denominada comumente de *justiça com as próprias mãos*, é repudiada pelo Estado, visto que somente ele tem o poder-dever de resolver litígios mediante a punição dos indivíduos culpados.

O indivíduo que age por conta própria, não acionando o Estado, caso não incida em crime mais grave, cometerá o crime disposto no art. 345 do Código Penal – *exercício arbitrário das próprias razões*.

Ainda que repudiada pelo Estado, há dois casos específicos e dispostos em lei que, apesar de configurar ação própria do indivíduo, não incidem em ação criminosa, é o caso da *legítima defesa* (art. 25 do Código Penal) e o *estado de necessidade* (art. 24 do Código Penal).

3.2. Autocomposição

A autocomposição, meio em que as próprias partes resolvem o conflito mediante **acordo**, estabelecendo a paz entre elas, é o meio cuja aplicação é incentivada pelo Estado, visto se tratar de *meio alternativo de resolução de conflitos*.

São espécies de autotutela:

1) Submissão/Renúncia:

Uma das partes abre mão do seu direito material, extra ou judicialmente.

2) Desistência:

Uma das partes, apesar de ter a pretensão de impor a outra determinado pedido, desiste de fazê-lo, ou seja, é a renúncia ao direito processual.

3) Transação/Conciliação:

Ambas as partes apresentam elementos que, unidos, formam um acordo entre as partes, resolvendo o conflito.

Além da autocomposição, diferentemente do Direito Civil, não há o que se falar em mediação e conciliação no Direito Penal, visto que a incidência em fato criminoso não dá liberdade para negociação entre as partes, mas sim provoca o Estado, por meio do *jus puniendi*, resolver o litígio e penalizar as partes culpadas.

Diante de **lide penal**, são duas as possíveis composições, envolvendo o Estado e a parte criminosa:

1) JECRIM – Juizado Criminal de Pequenas Causas:

Nesta situação, é convocada uma *audiência admonitória*¹ na qual será feita uma **proposta**, podendo o juiz aceitar ou não a sua aplicação ao réu.

¹ **Art. 74 da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95)**. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Art. 81 da Lei dos Juizados Especiais. Aplicada exaustivamente pena de multa, sem cumprimento far-se-á mediante pagamento na Secretaria do Juizado.

Parágrafo único. Efetuado o pagamento, o Juiz declarará extinta a punibilidade, determinando que a condenação não fique constando dos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial.

2) Colaboração premiada²:

Situação em que o réu colabora com informações específicas, podendo o juiz beneficiá-lo com o instituto do *perdão judicial*, reduzir a sua pena em até 2/3 ou substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

3.3. Heterotutela e Jurisdição

A heterotutela é aquela em que há um terceiro responsável pela apreciação do conflito e a resolução deste. São dois os elementos da heterotutela:

1) Arbitragem:

Não presente no Direito Penal, ocorre quando um terceiro, normalmente um perito no assunto objeto da lide, é nomeado pelas partes, devendo este criar parecer sobre o caso, podendo as partes aceitá-lo ou não, visto não haver poder coativo por parte do árbitro.

2) Jurisdição:

Podemos conceituar *jurisdição* como: *função/poder/dever do Estado³ em aplicar a lei material ao caso concreto através do processo estabelecido em lei, resolvendo a lide e, em consequência, estabelecendo a paz social.*

Como dito anteriormente, o processo é o *instrumento/meio* segundo o qual o Estado exercerá a sua jurisdição.

A jurisdição, enquanto função, poder ou dever, é parcela das atividades que exerce o Estado. Esta atividade é dada ao Estado através da Constituição e, portanto, conferido ao Estado pelo povo, detentor do poder e representado pelos representantes eleitos ou diretamente, nos casos estabelecidos na Constituição (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal).

² **Art. 4º da Lei 12.850/13.** O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

[...]

³ **Art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal.** São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

Neste meio de resolução de conflitos é dever do Estado, representado pela figura do Juiz, buscar um meio que pacifique determinado conflito de forma **imparcial** e justa.

Características. Já nesta toada, convém que elenquemos as características da jurisdição, sendo elas:

- 1) **Substitutividade:** diferentemente da autocomposição, o juiz substitui a vontade das partes, resolvendo o litígio de acordo com o disposto na lei, proferindo sua decisão por meio de sentença;
- 2) **Imparcialidade:** como dito anteriormente, é dever do juiz agir de modo imparcial, dando causa à parte que, segundo a lei, possui direito;
- 3) **Lide:** para a efetiva provocação do Poder Judiciário, é necessário que, de fato, haja uma lide, isto é, no caso do Direito Penal, o cometimento de um crime e, em consequência, a violação de um Direito Fundamental da parte atingida pelo crime;
- 4) **Inércia:** o Poder Judiciário somente agirá se provocado pelas partes;
- 5) **Definitividade:** diferentemente da arbitragem, o Estado possui poder de coerção (através das leis) e coação, isto é, a decisão do juiz vincula as partes, não havendo qualquer opção quanto à renúncia da decisão, exceto nos casos de recursos.

Plea bargain. Há projeto para a aplicação de novo método de resolução de conflito no Direito Brasileiro é o instituto do *plea bargain*.

Segundo Luiz Flávio Gomes:

A origem desse sistema de Justiça reside na tradição do sistema jurídico anglo-americano. Chama-se “plea bargain” ou “plea bargaining” ou, ainda, “plea bargain agrément”, porque permite e incentiva o acordo, a negociação, entre o acusado de um crime e o Ministério Público (promotor ou procurado). Assim funciona nos EUA.

No Brasil, por força de uma decisão do STF (em 2018), o acordo também pode ser feito com o Delegado de Polícia, sem a presença do Ministério Público. No sistema americano o réu (defendant), necessariamente sob a orientação de advogado(a), admitindo a existência de provas mínimas sobre sua culpabilidade (responsabilidade), aceita fazer a negociação (o “agreement”).

É indispensável que confesse sua participação no crime (“pleading guilty”), com o propósito de alcançar algum tipo de benefício penal, como redução da pena, perdão judicial, regime mais favorável de cumprimento da pena etc. (ver G. Brindeira, *Estadão* 9/2/16). Em sua, “plea bargain” é a possibilidade de negociação no campo criminal que tem por objeto recíprocas concessões a partir da confissão do acusado (“guilty plea”).

4. Princípios do Direito Processual Penal

É o **conceito** de princípio, segundo Guilherme de Souza Nucci:

É um postulado que se irradia por todo o sistema de normas, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, estabelecendo uma meta maior a seguir.

Vamos aos elementos:

4.1. Princípio do Devido Processo Legal

Afirma o art. 5º, LIV, da Constituição Federal:

Art. 5º, LIV, da Constituição Federal. Ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Afirma Guilherme de Souza Nucci:

O devido processo legal, portanto, possui dois importantes aspectos: o lado substantivo (material), de direito penal, e o lado procedimental (processual), de processo penal. No primeiro, como já demonstrado, encaixa-se o princípio da legalidade, basicamente, além dos demais princípios penais. Quanto ao prisma processual, cria-se um espectro de garantias fundamentais para que o Estado apure e constate a culpa de alguém, em relação à prática de crime, passível de aplicação de sanção. Eis por que o devido processo legal coroa os princípios processuais, chamando a si todos os elementos estruturais do processo penal democrático, valendo dizer, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e imparcial, a publicidade, dentre outros, como forma de assegurar a justa aplicação da força estatal na repressão dos delitos existentes.

O **Devido Processo Legal** nada mais é que o respeito ao processo (regras) e a todos os princípios garantidores das partes envolvidas neste, fazendo com que os seus elementos e decisão sejam proferidos e executados de forma justa, imparcial e igualitária.

São os principais frutos, no que diz respeito ao Processo Penal, deste princípio geral: (1) *Princípio do Contraditório* e (2) *Princípio da Ampla Defesa*.

4.2. Princípio do Juiz Natural e Imparcial

Este princípio deve ser analisado sob a luz de dois elementos: (1) juiz natural e (2) imparcialidade.

Afirmam o art. 5º, LIII, da Constituição Federal e o art. 8º, item I, do Pacto de San José da Costa Rica/Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Art. 5º, LIII, da Constituição Federal. Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Art. 8º, item I, do Pacto de San José da Costa Rica. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação

penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos ou obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Isto é, é direito do réu que seu julgamento seja feito por autoridade competente e imparcial, previamente estabelecido o seu processo através de lei (juiz natural).

Em contraponto a este elemento, afirma o art. 5º, XXXVII, da Constituição Federal:

Art. 5º, XXXVII, da Constituição Federal. Não haverá juízo ou tribunal de exceção.

Tribunal ou Juízo de Exceção é a nomeação de um juiz ou criação de um tribunal específico em decorrência e para o julgamento de delito determinado. Notoriamente, não se trata de juízo natural, visto não apresentar disposição legal prévia e, segundo Nucci, *tem enorme possibilidade de não ser imparcial, justamente porque foi criado para analisar um caso concreto já ocorrido.*

Neste ponto, cabe esclarecermos alguns fatos cujo acontecimento causa dúvida em relação à observação ou não deste princípio:

A) Criação de Vara Especializada:

Neste caso, todos os processos referentes àquela matéria serão destinados ao juízo desta Vara.

Neste caso, **não há** o que se falar em infração ao *princípio do juiz natural*, uma vez que tal vara já fazia parte de uma estrutura prévia, apenas de caráter geral. Além disso, a criação de Vara Especializada tem como função, além de organizar e amenizar o acúmulo de demandas sobre determinada matéria, diminuir a parcialidade nas decisões, destinando-as a apreciadores especificamente selecionados para tanto.

B) Atuação de ofício por parte dos magistrados:

Afirma o art. 195 da Lei 7.210/84:

Art. 195 da Lei 7.210/84. O procedimento judicial iniciar-se-á de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa.

Tal dúvida surge devido à não observância do *Princípio da Inércia do Poder Judiciário*⁴, cogitando a nulidade dos processos pela imparcialidade do juiz que, ao mesmo tempo, inicia o processo e julga-o.

⁴ **Art. 2º do Código de Processo Civil.** O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

Novamente, **não há** o que se falar em nulidade pela não observância do elemento *imparcialidade*. Segundo Nucci, são dois os elementos que justificam tal posição:

- A) as Varas de Execução Penal, especializadas, apresentam magistrados diferentes daquele que condenou o réu;
- B) a **execução penal** é consequência do poder-dever do Estado em punir o culpado. Logo, uma vez condenado com trânsito em julgado, há de iniciar o processo de execução.

Elenquemos o procedimento segundo o qual se nomeiam os juízes no Brasil:

- A) **1ª Instância – juízes:**
 - a. Mediante aprovação em concurso público.
- B) **2ª Instância – desembargadores:**
 - a. Mediante promoção (juízes de carreira) – 80%;
 - b. Mediante indicação – 20%
 - i. Advogados – 10%;
 - ii. Membros do Ministério Público – 10%.
- C) **3ª Instância – ministros (STJ):**
 - a. Mediante promoção (juízes de carreira) – 2/3;
 - b. Mediante indicação – 1/3;
 - i. Advogados – 1/6;
 - ii. Membros do Ministério Público – 1/6.
- D) **Última instância – ministro (STF):**
 - a. Notório saber jurídico;
 - b. Reputação ilibada.

Por fim, convém fazermos uma **crítica** a esta sistema. Atualmente, é mais **comum** que se promova os indivíduos que alcançaram a carreira de magistrado através da indicação, visto a prevalência dos interesses políticos. Desta forma, além de deixar de lado a meritocracia envolvida em relação àqueles que se submeteram ao concurso público, faz com que os posicionamentos e decisões do Poder Judiciário se tornam cada vez mais politizadas, desrespeitando, muitas vezes, a parcialidade.

4.3. Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa

Afirma o art. 5º, LV, da Constituição Federal:

Art. 5º, LV, da Constituição Federal. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

1) Princípio do contraditório:

Em complemento, afirmam os arts. 9º, *caput*, e 10 do Código de Processo Civil:

Art. 9º, *caput*, do Código de Processo Civil. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

[...]

Art. 10 do Código de Processo Civil. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Explicando, o **Princípio do Contraditório** garante que toda alegação fática ou apresentação de prova dá a outra parte o direito de se manifestar em contrário. Desta forma, respeita-se o **equilíbrio** exigido durante o processo.

Há quem diga se tratar, inclusive, da efetividade do denominado **Princípio da Paridade de Armas**.

2) Princípio da ampla defesa:

Segundo tal princípio, ante a hipossuficiência das partes em relação ao Estado, é garantido a elas a utilização de todos os meios possíveis para que sejam efetivamente executadas suas pretensões perante o processo.

Ao réu é garantido o direito de se defender mediante a utilização de todos os **meios ilícitos**, bem como ao autor é garantido o direito de provar a responsabilidade do réu através de **qualquer elemento lícito**.

Ao **réu**, em especial, são duas as formas de defesa:

- A) **Defesa técnica:** irrenunciável, praticada por meio de advogado ou pela própria parte, se advogado for;
- B) **Autodefesa:** renunciável, caracterizada pela presença do réu no exercício do procedimento, ainda que sua presença não seja necessária. É direito do réu, por exemplo, a apresentação de versão própria do caso.

4.4. Princípio da Não Culpabilidade (Presunção de Inocência)

Afirma o art. 5º, LVII, da Constituição Federal:

Art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

É a incidência da famosa frase: “ninguém é culpado até que se prove o contrário”. De fato, diante o **princípio da culpabilidade** é **dever/ônus dos autores** da ação (acusação) a apresentação de provas que indiquem a ação de autoria do réu em questão, mediante dolo ou culpa – *actori incumbit probatio*.

Da prova da não culpabilidade derivam todos os tipos de cumprimento de pena existentes no Brasil, **salvo** as prisões cautelares/preventivas, nas quais o réu permanece detido, visto haver a possibilidade de atrapalhar as investigações. Estas, como já há pacificação na doutrina, não resultam em desrespeito a tal princípio.

O grande **problema** deste princípio reflete em seu texto base (art. 5º, LVII, da Constituição Federal). Ainda há discussões acerca da sua aplicação sistemática ou literal. Como bem sabemos, hoje está fixado o entendimento de que a condenação em segunda instância já basta para o início do cumprimento da pena, prevalecendo, portanto, a interpretação sistemática. Porém, há quem defenda a aplicação literária

da lei, visto se tratar de *cláusula pétrea*. Neste caso, somente se poderia iniciar o cumprimento da pena nos casos em que já houvesse trânsito em julgado.

Convém informarmos que o STF vem de reiteradas decisões no que se refere a este tema, havendo divergência de resultados. À título de exemplo, apresentemos o quadro feito por Pedro Lenza:

PRECEDENTES ⁵	DATA DO JULGAMENTO	PLACAR	É CABÍVEL A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO AINDA QUE SUJEITO A REsp E RE?
HC 68.726 – <i>leading case</i>	28.06.1991	8x0	SIM
HC 84.078 – viragem jurisprudencial	05.02.2009	7X4	NÃO
HC 126.292	17.02.2016	7x4 ⁶	SIM
ADCs 43 e 44 – medida cautelar	05.10.2016	6x5 ⁷	SIM
ARE 964.246	10.11.2016	6x4	SIM
HC 152.752	05.04.2018	6x5 ⁸	SIM

Nota-se uma discrepância no que diz respeito ao posicionamento de alguns ministros, fato este que gera *insegurança jurídica*, bem como atinge a parcialidade esperada pelo Poder Judiciário.

4.5. Princípio da Verdade Real

Três pontos devem ser analisados no que diz respeito a este princípio:

- 1) **Toda atividade processual penal deve ter como objetivo a elucidação de provas que levem ao conhecimento do que realmente se passou na realidade:**

Tratando-se de Direito Penal e Processual Penal, é dever do Estado visar a elucidação das provas que, de fato, indiquem os fatos que **realmente** ocorreram,

⁵ No dia 13/04/2019 o STF vai reanalisar este princípio.

⁶ A favor da execução da pena: *Carmén Lúcia, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Teori Zavascki (relator) e Dias Toffoli*. Contra a execução da pena: *Celso de Mello, Marco Aurélio Mello, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber*.

⁷ A favor da execução da pena: *Cármén Lúcia, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Teori Zavascki*. Contra a execução da pena: *Celso de Mello, Marco Aurélio Mello (relator), Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Dias Toffoli*.

⁸ A favor da execução da pena: *Edson Fachin, Alexandre de Moraes (substitui Teoria Zavascki), Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármén Lúcia*. Contra a execução da pena: *Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello*.

dando ao juiz a real visão sobre o acontecimento ou não de fato que possa vir a ser considerado ilícito.

2) **Difere-se do Princípio da Verdade Formal (Processo Civil):**

Levando em consideração o que já dissemos, **não há** o que se falar em produção de provas de verdade formal, isto é, não há o que se falar na utilização de provas que levam à mera presunção. Estas não bastam ao Direito Penal, visto se tratar de ações que podem atentar contra o Estado, bem como incidirem nos direitos fundamentais das partes envolvidas, como o direito de liberdade, por exemplo.

No Direito Processual Civil é diferente. Uma vez que o objeto apreciado é, normalmente, referente a *interesses patrimoniais disponíveis*, de menor relevância para o Estado. Neste caso, é possível que o juiz utilize de presunção para o proferimento de sentença favorável ou desfavorável.

No **Direito Penal** somente é possível a utilização do *Princípio da Verdade Formal* para a absolvição do réu, uma vez que não haja provas suficientes para incriminá-lo⁹.

3) **A possibilidade de o juiz buscar provas em favor da sociedade:**

Por fim, convém informarmos que, ainda que não apresentada pelas partes, é possível que o juiz, mediante ação fundamentada e em defesa dos interesses do Estado, busque a existência de outras provas que o auxiliem no melhor proferimento de sentença¹⁰, não havendo qualquer infração ao *Princípio da Não Culpabilidade*.

4.6. Princípio da Vedação da Prova Ilícita

Afirma o art. 5º, LVI, da Constituição Federal:

Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Prova ilícita é a prova obtida por meio de violação de norma constitucional ou legal, ou seja, obtidas por meio de violação de direito material, como a violação do sigilo de correspondência, violação do sigilo telefônico, prova adquirida por meio de furto, roubo, confissão por meio de coação absoluta etc.

Havendo esta espécie de prova no processo, como afirma o Código de Processo Penal, é necessário que sejam **desentranhadas** do processo, desconsiderando-as o juiz na sentença:

⁹ **Art. 386 do Código de Processo Penal.** O juiz absolverá o réu, mencionado a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

[...]

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

¹⁰ **Art. 209 do Código de Processo Penal.** O juiz, quando julgar necessários, poderá ouvir testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§1º. Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referem.

§2º. Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

Art. 157 do Código de Processo Penal. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º. Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§3º. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultando às partes acompanhar o incidente.

§4º. (VETADO)

No que se referem os §§ 1º e 2º, convém citarmos a **Teoria do the fruits of the poisoness tree** (Teoria das frutas da árvore envenenada). Neste caso, a obtenção da prova em si não é considerada ilícita, mas, sim, a origem da coleta destas provas, como, por exemplo, a busca e apreensão mediante mandado ilegal.

Nesta situação, a origem ilícita da produção da prova atinge a prova em si, tornando-a igualmente ilícita.

Tal teoria surgiu no caso *Silverthorne lumber & Co v. United States*:

“No caso em comento, a Suprema Corte Americana considerou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base em uma informação obtida por meio de uma busca ilegal. Desta forma, a acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente de busca ilegal, nem a obtida indiretamente por meio da intimação baseada nesta busca e apreensão.”¹¹

Convém citarmos as teorias produzidas pela jurisprudência no que diz respeito à utilização destas provas. São as teorias:

1) **Legítima defesa pro reo/Legítima defesa de direitos fundamentais:**

Afirma José Olindo Gil Barbosa em artigo intitulado *As provas ilícitas no processo brasileiro*¹²:

“A prova que venha a ser obtida por meios ilícitos, em matéria penal, quando favorável ao acusado, ou seja, *pro reo*, vem, sistematicamente, sendo acolhida com calma não apenas junto aos doutrinadores como também à jurisprudência, em obediência ao direito de defesa e ao princípio do *favor rei*. Como se vê, essa posição suaviza, indubitavelmente, o rigorismo da não aceitação incondicional das provas ilícitas. Nessas hipóteses o sujeito encontrar-se-ia em circunstância de verdadeiro estado

¹¹ Disponível em: <www.annacs.jusbrasil.com.br/artigos/152372951/teorias-norte-americanas-relacionadas-as-provas-ilicitas-por-derivacao/>

¹² Disponível em: <www.sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/AS%20PROVAS%20IL%20CDCITAS.pdf>

de necessidade, que é uma das causas, como sabemos, de exclusão da antijuridicidade, vendo-se compelido ao uso de prova ilícita em defesa da sua liberdade.”

2) Teoria da única prova:

Essa teoria afirma que, não havendo mais meios para que se prove fato revelado por prova ilícita, sendo este fato que exclui a culpabilidade do réu, poder-se-á utilizar tal prova, ainda que ilícita.

Por fim, citemos uma crítica que o Ministério Público faz em relação à incidência do *Princípio da Nulidade* quando da apresentação das provas ilícitas:

Ajustes nas nulidades penais

Esta medida propõe uma série de alterações no capítulo do Código de Processo Penal que trata de nulidades, com o objetivo de que a anulação e a exclusão de prova somente ocorram quando houver uma efetiva e real violação de direitos do réu. Busca-se evitar que o princípio da nulidade seja utilizado pela defesa para retardar ou comprometer o andamento do processo.

4.7. Princípio do Privilégio Contra Autoincriminação

Deriva do *Princípio da Presunção de Inocência*, tendo como previsão os arts. 5º, LXIII, da Constituição Federal e 8º, item 2, g, do Pacto de San José da Costa Rica:

Art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica. Garantias judiciais.

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

É derivado, além disso, do princípio geral do direito *nemo tenetur se detegere*, isto é, ninguém será obrigado a se degradar/denegrir, ou seja, ninguém será obrigado a realizar ato que o prejudique.

Portanto, segundo tal princípio o réu não é obrigado a ser *proativo* no que pese à produção de provas. Tal fato impede, por exemplo, que sejam utilizados meios invasivos de produção de provas, como o *exame de DNA*, utilização de *grafotécnico*, *bafômetro* etc. Quando da recusa da utilização destes elementos, não poderá o juiz considerar tal como ação autoincriminadora ou dar-lhe valor de prova, mas nada

impede, porém, que, juntando-a com provas distintas, leve em consideração esta recusa para a sua decisão final.

Quanto à omissão, a conclusão é simples: poderá o réu se recusar à utilização de tais elementos. Porém, surge uma dúvida: **podará o réu, diante de interrogatório, ao invés de omitir, mentir em relação às informações perguntadas?**

Para responder a esta pergunta, convém que analisemos o art. 187 do Código de Processo Penal:

Art. 187 do Código de Processo Penal. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§1º. Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

§2º. Na segunda parte será perguntado sobre:

I – ser verdadeira a acusação que lhe é feita;

II – não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

III – onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

IV – as provas já apuradas;

V – se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

VI – se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

VII – todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

VIII – se tem algo mais a alegar em sua defesa.

Em relação à primeira fase, afirma a Súmula nº 522 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula nº 522 do Superior Tribunal de Justiça. A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.

Ou seja, caso o réu atribua a si falsa identidade, incidirá no crime de *falsidade ideológica* – art. 299 do Código Penal.

Além disso, afirma o art. 68 da Lei das Contravenções Penais (Lei 3.688/41):

Art. 68 da Lei das Contravenções Penais. Recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Parágrafo único. Incorre na pena de prisão simples, de um a seis meses, e multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, se o fato não constitui infração penal mais grave, quem, nas mesmas circunstâncias, faz declarações inverídicas a respeito de sua identidade pessoal, estado, profissão, domicílio e residência.

O empecilho em relação à segunda fase não se encontra neste elemento, mas no novo investigatório que é feito posteriormente a este por parte do juiz. Neste caso, é comum que as versões contadas pelo réu em ambos os interrogatórios sejam divergentes.

Para que entendamos a ilicitude de tal elemento, é necessário que expliquemos as **duas espécies de autodefesa**:

1) Autodefesa defensiva:

Ocorre quando o réu omite fato que pode ensejar sua incriminação ou emite fatos que faltam com a verdade, somente com o intuito de se defender. Neste caso, **não há o que se falar em tipicidade**, visto que o Ordenamento Jurídico não prevê o crime de *perjúrio*¹³.

2) Autodefesa acusatória:

Ocorre quando o réu, para se defender, diz-se inocente, imputando o cometimento do crime a terceiro. Neste caso, não tendo provas para tanto, incorrerá no crime de **denúnciação caluniosa** (art. 339 do Código Penal¹⁴).

4.8. Princípio da Inércia ou Iniciativa das Partes

Afirma que o Poder Judiciário somente poderá conhecer do caso mediante provocação das partes ou do Ministério Público, não podendo fazê-lo de ofício, portanto, ou seja, é necessário que haja demanda para que o Poder Judiciário movimente a máquina estatal em prol da aplicação da jurisdição e resolução do conflito (*iudex ex officio; nemo iudex sine actore*).

¹³ **Perjúrio.** Do latim *perjurium*. Juramento falso, quebra de juramento. Afirmação falsa proferida por quem se acha sob juramento. Trata-se de delito peculiar ao Direito norte-americano que encontra similar, em nosso Direito Penal, no crime de falso testemunho (CP: art. 342), em que podem incorrer testemunhas, peritos, contadores, tradutores ou intérpretes em processo judicial ou administrativo, inquérito policial ou juízo arbitral.

¹⁴ **Art. 339 do Código Penal.** Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:
Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa.

Diante desta afirmação, convém informarmos que o art. 26 do Código de Processo Penal, apesar de se encontrar em vigor, **não fora recepcionado** pela Constituição Federal de 1988. É o seu teor:

Art. 26 do Código de Processo Penal. A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial.

4.9. Princípio da Oficiosidade ou do Impulso Oficial

É a continuação lógica do princípio anteriormente abordado. Não há o que se falar em movimentação do Poder Judiciário de ofício. Porém, havendo a provocação feita pelas partes ou pelo Ministério Público, é dever do Poder Judiciário movimentar a máquina, executando todos os atos procedimentais necessários para a realização da *tutela jurisdicional* e a *resolução* do caso em questão, mediante o *devido processo legal*.

4.10. Princípio da *favor rei* ou *in dubio pro reu* ou *favor libertatis*

Também encontra fundamentação a partir do *Princípio da Presunção de Inocência*.

Segundo este princípio, havendo dúvida quanto à culpabilidade do indivíduo, deverá o juiz *absolvê-lo*.

Convém informar, porém, que tal princípio encontra sua *antítese* no *Princípio in dubio pro societate*. Contudo, tal princípio terá aplicação somente em casos específicos, sendo eles, segundo Edilson Mougénou:

... o princípio *in dubio pro societate* somente tem aplicação em específicas oportunidades: quando do oferecimento da inicial acusatória (denúncia ou queixa), porquanto não se cobra certeza definitiva quanto à autoria criminosa, somente indícios de autoria; e nos processos do Júri, quando do encerramento da primeira fase (*judicium accusationis*), no momento da decisão de *pronúncia* pelo juiz (art. 413 do CPP).

Ou seja, tratando-se de **situação não definitiva**, prevalecerá o *Princípio in dubio pro societate*, devendo o juiz agir de modo a garantir que as provas possam ser produzidas, de acordo com o interesse do Estado em penalizar os culpados (*ius puniendi*). Encontrando-se em **etapa definitiva**, em que é necessário certeza quanto à autoria do réu, havendo dúvida prevalecerá o *Princípio in dubio pro reu*.

4.11. Princípio da Identidade Física do Juiz

Apresenta previsão no art. 399, §2º, do Código de Processo Penal:

Art. 399, §2º, do Código de Processo Penal. O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

Afirma, portanto, que o juiz que presidir a instrução, isto é, o juiz que tiver contato com a prova oral, com as partes, com os relatos, com as manifestações acerca do objeto do processo, os fatos narrados é quem deverá proferir a sentença desta ação.

Atualmente, para que seja efetivado este princípio, havendo a impossibilidade de presença física dos juízes e partes do processo, é comum que as audiências sejam feitas através de *vídeo conferência*, artifício segundo o qual o juiz tem a oportunidade de analisar os fatos com maior precisão.

4.12. Princípio da Publicidade

Afirmam os arts. 5º, XXXIII e LX, e 93, IX, da Constituição Federal:

Art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal. Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Art. 5º, LX, da Constituição Federal. A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Art. 93, IX, da Constituição Federal. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Segundo tal princípio, os atos processuais devem correr de modo público, dando oportunidade para que as atividades que o Poder Judiciário realiza sejam fiscalizadas pelo Estado e pela própria comunidade.

De acordo com as disposições constitucionais, **a publicidade é a regra**, porém, em **exceção**, poderá o juiz decretar o sigilo do processo quando houver *interesse público* neste sentido, bem como *exposição da intimidade* das partes. Nestes casos, poderá fechar os processos ao conhecimento das partes e de seus procuradores, assim como é possível, inclusive, o acesso somente aos advogados das partes.

Em relação a isto, comenta Nucci:

Note-se, no entanto, que jamais haverá sigilo total, fazendo com que o magistrado conduza o processo sem o acesso dos órgãos de acusação e defesa, bem como jamais realizará um ato processual válido sem a presença do promotor e do defensor.

4.13. Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

Apresenta previsão nos arts. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal e 8º, item 2, h, do Pacto de San José da Costa Rica:

Art. 5º, §2º, da Constituição Federal. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 5º, §3º, da Constituição Federal. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa

do Congresso Nacional; em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica. Garantias judiciais:

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Portanto, segundo tal princípio, é direito das partes o reexame da causa por órgão jurisdicional superior.

Analisando-se a Organização do Poder Judiciário Brasileiro, é fácil de se constatar a estruturação que visa o atendimento a tal princípio, visto que é organizado em instâncias hierarquicamente interpostas, possibilitando ao réu, através de recursos, acessá-los para uma segunda apreciação do caso, ocorrendo uma possível reforma nas decisões proferidas por órgãos inferiores.

Há, porém, **discussão** acerca da existência de *duplo grau de jurisdição* no que diz respeito aos processos que são julgados *originariamente* pelo Supremo Tribunal Federal, visto que o seu recurso é destinado ao mesmo órgão. Discute-se se isto configuraria ou não a incidência no *duplo grau* de jurisdição. Até o momento tal discussão não fora pacificada.

5. Fontes do Direito Processual Penal

Fontes materiais. Trata-se da averiguação dos fatos que ocorrem na sociedade, recebendo valor de tal forma a ensejar a proteção do Estado.

Neste caso, a quem cabe a função de avaliar as normas valoradas, criando normas de natureza penal? Neste caso, convém que observemos o disposto nos arts. 22, I, e 24, XI, da Constituição Federal:

Art. 22 da Constituição Federal. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, *penal*, *processual*, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, especial e do trabalho.

[...]

Art. 24 da Constituição Federal. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XI – procedimentos em matéria processual.

Fontes formais. Trata-se do modo pelo qual as normas processuais penais serão publicadas e dispostas no Ordenamento Jurídico. Neste caso, são duas as espécies:

- 1) **Fontes formais imediatas:** trata-se da lei federal;
- 2) **Fontes formais mediatas:** serão os costumes e princípios gerais do Direito.

Capítulo 2 – Disposições Preliminares

1. Lei Processual Penal no Espaço

Legislação. Afirma o art. 1º do Código de Processo Penal:

Art. 1º do Código de Processo Penal. O processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados.

I – os tratados, as convenções e regras de direito internacional;

II – as prerrogativas constitucionais do Presidente da República, dos ministros de Estado, nos crimes conexos com os do Presidente da República, e dos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade (Constituição, arts. 86, 89, §2º, e 100);

III – os processos da competência da Justiça Militar;

IV – os processos da competência do tribunal especial (Constituição, art. 122, nº 17);

V – os processos por crimes de imprensa. (Vide ADPF nº 130).

Parágrafo único. Aplicar-se-á, entretanto, este Código aos processos referidos nos nºs IV e V, quando as leis especiais que os regulam não dispuserem de modo diverso.

Princípio da territorialidade. Segundo tal princípio, aplicar-se-á a lei brasileira aos casos executados no território brasileiro. É neste sentido a redação do *caput* do art. 1º do Código de Processo Penal.

Como conceituação do termo *território*, convém que citeamos o disposto pelo art. 5º do Código Penal:

Art. 5º do Código Penal. Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

§1º. Para os efeitos penais, considera-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.

§2º. É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial.

Exceções. São as exceções, segundo os incisos do art. 1º do Código de Processo Penal:

1) **Tratados, convenções e regras de direito internacional:**

Uma vez que o Brasil adota a teoria monista, entendendo que normas *internas* e *externas* (ratificadas¹⁵) formam um único Ordenamento Jurídico, os tratados internacionais que dispuserem de forma diversa do Código de Processo Penal serão aplicados em detrimento deste. A título de exemplo, podemos citar a Convenção de Viena, incorporada ao Ordenamento Jurídico brasileiro através do Decreto 56.435/65, que dispõe sobre aplicação da lei brasileira quanto aos crimes cometidos por diplomatas e cônsules.

De forma diversa, também, será o **cumprimento de exigência de juiz estrangeiro**, através de carta rogatória previamente homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, permitindo o cumprimento da sentença proferida por este em território brasileiro.

Por fim, convém citarmos o **processo de extradição**, também disposto em tratados e convenções internacionais, além, claro, das disposições estabelecidas em lei brasileira.

2) **Jurisdição política:**

Não será aplicada a Lei Processual Penal no que se peses aos crimes de *responsabilidade* cuja competência para o julgamento e processo é de propriedade do *Poder Legislativo*.

É o caso, por exemplo, das atribuições *judiciárias* atribuídas ao Senado Federal, segundo disposição do art. 52, I e II, da Constituição Federal:

Art. 52 da Constituição Federal. Compete privativamente ao Senado:

I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.

¹⁵ **Art. 5º, §2º, da Constituição Federal.** Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 5º, §3º, da Constituição Federal. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

3) Justiça Especial:

Tratando-se de caso previsto em Código de Justiça Especial, como a Justiça Militar, não há o que se falar em aplicação da Lei Processual Penal Comum, **salvo** nos casos em que aquela for omissa.

4) Tribunal de Segurança Nacional:

Afirmava o art. 122, nº 17, da Constituição Federal de 1937:

Art. 122, nº 17, da Constituição Federal de 1937. Os crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular serão submetidos a processo e julgamento perante o tribunal especial, na forma que a lei instituir.

Não há o que se falar na exceção causada por tal elemento, visto não mais estar em vigor a Constituição de 1937. **Hoje**, é comum que os *crimes contra a segurança nacional* (Lei 7.170/83) sejam julgados pela Justiça Federal Comum, visto serem considerados *crimes políticos*.

5) Crimes de imprensa:

Quando da publicação do Código de Processo Penal, vigia a Lei de Imprensa, reguladora dos atos praticados pela *imprensa*, bem como previsor de *crimes* por tais indivíduos cometidos.

Após a ADPF nº 130/DF¹⁶, deixou claro a **não recepção** de tal lei ante a Constituição Federal de 1988, não mais possuindo eficácia.

¹⁶ EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO, REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA”, EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLOGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLOGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A *POSTERIORI* DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A *POSTERIORI*, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DA FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E

Portanto, após a constatação de sua *não recepção*, os crimes cometidos pela imprensa passaram a ser julgados através dos elementos previstos no Código Penal e Código de Processo Penal.

6) Leis especiais:

Por último, não há o que se falar em aplicação do Código de Processo Penal, uma vez que lei especial dispor em contrário, visto que, neste caso, aplicar-se-á a lei especial.

2. Lei Processual Penal no Tempo

Legislação. Afirma o art. 2º do Código de Processo Penal:

Art. 2º do Código de Processo Penal. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

Tempus regit actum. A regra, portanto, é clara, não poderá a Lei Processual Penal retroagir, surtindo **efeitos** a partir e desde a sua publicação, isto é, surtirá

MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BOLO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

[...]

10. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL.

10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e §5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado e seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema.

10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/1967 e a Constituição de 1989. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País.

10.3. São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/97 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de “interpretação conforme a Constituição”. A técnica da *interpretação conforma* não pode artificializar ou *forçar a descontaminação* da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo *pro indiviso*.

efeitos *ex nunc*, continuando válidos os atos praticados anteriormente a sua vigência, sem que se faça necessário a sua anulação. É a aplicação do brocardo *tempus regit actum*, isto é, o tempo rege o ato, ou seja, os atos serão regidos pela lei que estiver vigente no tempo em que foram executados, não havendo invalidade por lei posterior.

Cabe salientar, porém, que esta regra somente se aplicará às denominadas *normas genuinamente processuais*, isto é, às **leis de conteúdo puramente processual**, que não acarretem em mudanças quanto aos elementos materiais.

Demos um exemplo:

Um advogado de defesa é intimado da sentença condenatória de seu cliente. A partir deste momento inicia a contagem do prazo decadencial. Suponhamos que tal situação se passe em fevereiro, esteja em vigor a Lei A, segundo a qual o prazo decadencial é de 3 meses.

Em março, publica-se a Lei B, que revoga a Lei A, e redefine-se o prazo decadencial para o período de um mês.

Neste caso, ainda que tenha a publicação de lei nova/posterior, o prazo decadencial que será utilizado neste processo é o que estava previsto na Lei A, ou seja, o advogado terá até Maio para executar o ofício.

Exceção. A exceção se encontra na denominada **norma processual penal mista ou material**. Segundo Nucci, *são normas processuais, mas com reflexo no direito no contexto penal. Noutras palavras, a aplicação de determinada norma processual pode afetar, de maneira certa, o direito de punir do Estado ou alterar o status de liberdade do indivíduo. Nessas hipóteses, não se pode considerá-las meras e singelas normas tutoras de processo, visto representarem virtuais textos de direito penal embutidos em cenário processual. [...] ¹⁷.*

Tratando-se de norma desta espécie, não há o que se falar em retroatividade quando esta situação acarrete prejuízo ao réu. Por outro lado, **oferecendo benefício ao réu**, poderá a lei retroagir. É o conceito disposto pelo art. 5º, XL, da Constituição Federal:

Art. 5º, XL, da Constituição Federal. A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Neste sentido julgou o STF:

PROCESSO PENAL. FIXAÇÃO DO VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS (ART. 387, IV DO CPP). O INCISO IV DO ART. 387 DO CPP NÃO PODE SER APLICADO A FATOS ANTERIORES À LEI 11.719/2008. A previsão da indenização contida no inciso IV do art. 387 surgiu com a Lei 11.719/2008. Se o crime ocorreu antes dessa Lei e foi sentenciado após a sua vigência, o juiz não poderá aplicar esse dispositivo e fixar o valor mínimo de reparação dos danos. Segundo entendimento majoritário, o inciso IV do

¹⁷ Texto disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/leis-processuais-penais-materiais>>

art. 367 do CPP é **norma híbrida** (de direito material e processual) e, por ser mais gravosa ao réu, não pode ser aplicada a fatos praticados antes da vigência da Lei 11.719/2008. (STF. Plenário. RvC 5437/RO, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/12/2014 – Info 772).

Podemos citar, também, as alterações provocadas pela Lei 13.718/2018 no que se refere à *ação penal* nos crimes contra a dignidade sexual, estabelecendo a *ação pública incondicionada*.

3. Da Interpretação das Normas Processuais Penais

Afirma o art. 3º do Código de Processo Penal:

Art. 3º do Código de Processo Penal. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Interpretação extensiva. É a interpretação que adiciona à interpretação do texto da lei mais elementos do que o expressamente constante nele. Diz-se que esta interpretação é utilizada quando o legislador disse menos do que queria.

É exemplo de tal elemento o art. 254 do Código de Processo Penal:

Art. 254 do Código de Processo Penal. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I – se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II – se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III – se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV – se tiver aconselhado qualquer das partes;

V – se for credor ou devedor, tutor ou curatelado, de qualquer das partes;

VI – se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Neste caso, o legislador pretendia estabelecer dispositivo sobre o *jurado*, fato este que não ocorreu, porém é feito através da *interpretação extensiva*.

Interpretação analógica. É elemento da interpretação utilizado quando a própria lei indica alguns exemplos, finalizando com um rol aberto, permitindo a utilização de mais elementos (normalmente o texto expressa: “ou por outro meio”, “ou por qualquer outra forma”...) ou quando utiliza elementos cuja definição não se encontram no tipo penal.

Temos como exemplo o art. 80, parte final, do Código de Processo Penal:

Art. 80 do Código de Processo Penal. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

Analogia. Trata-se de método de integração e não de interpretação. A analogia é utilizada quando não há dispositivo legal que disponha sobre determinado assunto, encobertando a lacuna com a aplicação de lei semelhante.

É exemplo de analogia a aplicação do art. 265 do Código de Processo Civil no que diz respeito à forma de transmissão de *carta de ordem* ou *precatória*:

Art. 265 do Código de Processo Civil. O secretário do tribunal, o escrivão ou o chefe de secretaria o juízo deprecante transmitirá, por telefone, a carta de ordem ou a carta precatória ao juízo em que houver de se cumprir o ato, por intermédio do escrivão do primeiro ofício da primeira vara, se houver na comarca mais de um ofício ou de uma vara, observando-se, quanto aos requisitos, o disposto no art. 264.

§1º. O escrivão ou o chefe de secretaria, no mesmo dia ou no dia útil imediato, telefonará ou enviará mensagem eletrônica ao secretário do tribunal, ao escrivão ou ao chefe de secretaria do juízo deprecante, lendo-lhes os termos da carta e solicitando-lhe que os confirme.

§2º. Sendo confirmada, o escrivão ou o chefe de secretaria submeterá a carta a despacho.

Princípios gerais do direito. Segundo o Dicionário Jurídico Acquaviva, “*princípios gerais do direito são os que decorrem do próprio fundamento da legislação positiva, que, embora não se mostrando expressos, constituem os pressupostos lógicos necessários das normas legislativas.*”

4. Da Persecução Penal

4.1. Introdução

Sistemas processuais penais. Antes de entrarmos, de fato, no estudo acerca da persecução penal convém que demonstremos quais são os *sistemas processuais penais* existentes, indicando em qual deles se encaixa o Brasil para que, posteriormente, possamos entender o funcionamento do elemento principal.

São três os sistemas processuais penais:

1) Sistema inquisitório:

Neste sistema inquisitório, **não há o que se falar em contraditório** ou *ampla defesa* ao réu, considerando-se um **sistema primitivo**. Entende-se ser o procedimento mera ficção, visto que se concentram na mesma pessoa a qualidade de investigador e julgador (inquisidor) do indivíduo julgado (inquirido) – objeto da atividade do primeiro indivíduo, resultando, de forma quase unânime, na condenação do réu.

Visualiza-se, portanto, que **não há acusação ou defesa**, mas somente a apreciação do inquisidor sobre o objeto de sua atividade, o inquirido.

2) Sistema acusatório:

Trata-se do **sistema mais brando**, em que na totalidade do procedimento o réu apresenta o direito de *contraditório e ampla defesa*, sendo suas alegações julgadas por pessoa específica e imparcial, separada, portanto, daqueles que o acusam, detentores do ônus da prova.

3) Sistema misto ou francês:

Trata-se de sistema em que o procedimento é segmentado em duas etapas. A **primeira**, referente ao *sistema inquisitivo*, caracterizado pela investigação/inquérito, não podendo as partes interferirem nesta etapa. **Posteriormente**, colhidas as provas, inicia-se a fase acusatória, situação em que o caso é apreciado juntamente com o Poder Judiciário, gozando as partes de todos os direitos a elas conferidos.

Expostos os sistemas, cabe fazermos uma pergunta: **em qual sistema se encaixa o Brasil?**

Não há uma pacificação quanto ao sistema adotado pelo Brasil, havendo divergência quanto ao *Sistema Acusatório* e *Sistema Misto ou Francês*.

Afirma Mougenot acerca das interpretações quanto a adoção dos sistemas:

Para alguns autores (Hélio Tornaghi, p. ex.), a persecução penal é mista, já que se compõe de dois momentos ou fases:

- a) Uma *primeira fase, do inquérito policial*, apresentar-se-ia essencialmente inquisitiva, sigilosa e não contraditória, figurando a pessoa do suspeito ou indiciando como mero objeto da investigação;
- b) Uma *segunda fase, após o encerramento do inquérito, com o oferecimento da denúncia ou queixa e com a instauração da relação processual*, quando passariam a vigorar as garantias constitucionais das partes e, em especial, do acusado.

Outros autores, contudo, classificam o sistema brasileiro de acusatório (Mirabette, Tourinho, Scarance etc.), já que a fase investigatória, inquisitiva, não é propriamente processual, pois tem caráter administrativo. O processo, em si, desenvolveu-se inteiramente em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurando-se a paridade de armas entre as partes, separando-se o órgão responsável pela acusação daquele que julga, ao final, a lide penal.

De modo a dificultar ainda mais a distinção entre o sistema adotado, publicou-se a Lei 13.245/16, alterando a redação do art. 7º, XXI, *a*, do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), sendo, atualmente, o seu texto:

Art. 7º do Estatuto do Advogado. São direitos do advogado:

[...]

XXI – assistir a seus clientes investigador durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou

depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

- a) apresentar razões e quesitos;
- b) (VETADO)

Esta alteração é vista de formas diferentes por aqueles que se dividem quanto ao sistema adotado pelo Brasil. Para os que defendem a adoção do *Sistema Acusatório*, tal dispositivo é mais um indício da presença do *Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa* desde a apuração do crime. Para os que defendem a adoção do *Sistema Misto*, porém, tal dispositivo configura exceção à regra, que é a não atuação das partes nesta etapa da *persecução penal*, não havendo, em regra, o *contraditório* e a *ampla defesa* garantidos nesta fase.

4.2. Fases da Persecução Penal

De qualquer forma, são as fases que compõem a *persecução penal*:

4.2.1. Inquérito Policial

Trata-se da fase das **investigações**.

Averiguemos quais são os órgãos estatais responsáveis por tais fases. Afirma o art. 144 da Constituição Federal:

Art. 144 da Constituição Federal. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I – polícia federal;
- II – polícia rodoviária federal;
- III – polícia ferroviária federal;
- IV – polícias civis;
- V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Segundo o Dicionário Jurídico Acquaviva, é a **definição de polícia**:

Do grego *polis*, cidade-Estado, comunidade e, por extensão, administração pública.

Expressão *polissêmica*, ou seja, dotada de vários sentidos, no caso, análogos, conexos. Assim, tanto denomina as leis de uma comunidade política, com o respectivo dever de obediência, como os órgãos públicos incumbidos de garantir tal obediência e a própria ordem pública.

Polícia Federal. Afirma o art. 144, §1º, da Constituição Federal:

Art. 144, §1º, da Constituição Federal. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I – apurar informações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

Alegam outros dispositivos:

Art. 1º da Lei 10.446/2002. Na forma do inciso I do §1º do art. 144 da Constituição, quando houver repercussão interestadual que exija repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, em especial nas Polícias Militares e Cíveis dos Estados, proceder à investigação, dentre outras, das seguintes infrações penais:

I – sequestro, cárcere privado e extorsão mediante sequestro (arts. 148 e 159 do Código Penal), se o agente foi impelido por motivação política ou quando praticado em razão da função pública exercida pela vítima;

II – formação de cartel (incisos I, a, II, III e VII do art. 4º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990); e

III – relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte; e

IV – furto, roubo ou receptação de cargas, inclusive bens e valores, transportadas em operação interestadual ou internacional, quando houver indícios da atuação de quadrilha ou bando em mais de um Estado da Federação.

V – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto a fins terapêuticos ou medicinais e venda, inclusive pela internet, depósito ou distribuição do produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado (art. 273 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal).

VI – furto, roubo ou dano contra instituições financeiras, incluindo agências bancárias ou caixas eletrônicos, quando houver indícios da atuação de associação criminosa em mais de um Estado da Federação.

VII – quaisquer crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que dificultam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam ódio ou aversão às mulheres.

Parágrafo único. Atendidos os pressupostos do **caput**, o Departamento de Polícia Federal procederá à apuração de outros casos,

desde que tal providência seja autorizada ou determinada pelo Ministro de Estado da Justiça.

Art. 11 da Lei 13.260/2016. Para todos os efeitos legais, considera-se que os crimes previstos nesta Lei são praticados contra o interesse da União, cabendo à Polícia Federal a investigação criminal, em sede de inquérito policial, e à Justiça Federal o seu processamento e julgamento, nos termos do inciso IV do art. 109 da Constituição Federal.

Parágrafo único. (VETADO)

Polícia Rodoviária Federal. Afirma o §2º do art. 144 da Constituição Federal:

Art. 144, §2º, da Constituição Federal. A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

Polícia Ferroviária Federal. Afirma o §3º do art. 144 da Constituição Federal:

Art. 144, §3º, da Constituição Federal. A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

Polícia Civil. Afirma o §4º do art. 144 da Constituição Federal:

Art. 144, §4º, da Constituição Federal. Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Polícia Militar e Corpos de Bombeiros Militares. Afirmam os §§ 5º e 6º do art. 144 da Constituição Federal:

Art. 144, §5º, da Constituição Federal. Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

Art. 144, §6º, da Constituição Federal. As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Atividade policial. Como foi possível de perceber a partir da leitura dos parágrafos anteriormente elencados, a atividade policial pode ser dividida em três categorias, quais sejam:

- a) **Polícia preventiva:** apresenta como objetivo evitar o acontecimento de crimes e contravenções penais, mediante a realização de **patrulhamento ostensivo**. É a função atribuída à Polícia Rodoviária Federal, à Polícia Ferroviária Federal e Polícia Militar (art. 144, §§ 2º, 3º e 5º, da Constituição Federal);
- b) **Polícia administrativa:** tem como função a realização de atos que não se relacionam com a **persecução penal**, sendo, portanto, atos administrativos.

Trata-se, por exemplo, da competência da Polícia Federal para a expedição de passaportes;

- c) **Polícia judiciária:** é a função responsável pela apuração das infrações penais através do *inquérito policial*.

Somente a polícia tem a competência para investigar? A resposta é **não!** Há disposições legais que permitem a atuação de outros órgãos em investigação, sendo os casos:

- a) **CPI (Comissões Parlamentares de Inquérito):**

Afirma o art. 58, §3º, da Constituição Federal:

Art. 58 da Constituição Federal. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

[...]

§3º. As omissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

- b) **Investigações particulares:**

É a investigação disposta na Lei 13.432/2017.

- c) **Investigação defensiva, feita por advogados:**

É a investigação disposta no Provimento nº 188/2018, sendo o disposto no art.

1º:

Art. 1º do Provimento nº 188/2018 do Conselho Federal da OAB. Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor ou técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

- d) **Investigações feitas por agentes da Administração Pública:**

Investigação feita através das *sindicâncias* e *processos administrativos*.

- e) **Investigações promovidas pelo Ministério Público:**

Este elemento é de teor um pouco mais complexo.

Neste sentido, introduz Nucci:

O tema é, sem dúvida, controverso, comportando várias visões a respeito, mas cremos inviável que o promotor de justiça, titular da ação penal, assumida, *sozinho*, a postura de órgão investigatório, *sem qualquer fiscalização*, substituindo a polícia judiciária e produzindo inquéritos visando à apuração de infrações penais e de sua autoria. Esses procedimentos de investigação criminal (PIC), como regra, são conduzidos em absoluto sigilo, sem nenhuma previsão legal acerca do procedimento.

Nesta visão, não é possível que se concentre em um mesmo órgão o poder de investigação e figuração como parte acusatória do processo, visto que infringiria o equilíbrio processual, atentando contra a parcialidade. **Cabe ao Ministério Público**, segundo disposição legal, o *controle externo do inquérito policial*, podendo exigir diligências de maneira autônoma, bem como requisitar a *instauração* do inquérito. Não pode, portanto, de modo autônomo e independente, instaurar e conduzir o *inquérito policial*.

É nesse sentido o julgado do STF:

Em síntese, reafirmo que é legítimo o exercício do poder de investigar por parte do Ministério Público, porém, essa atuação *não pode ser exercida de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais*. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, mercê, por sua própria natureza, *vigilância e controle*. A atuação do *Parquet* deve ser, necessariamente, *subsidiária*, ocorrendo, apenas, quando não for possível, ou recomendável, se efetivem pela própria polícia, em *hipóteses específicas*, quando, por exemplo, se verificarem situações de *lesão ao patrimônio público, de excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais* (v.g. tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão, corrupção), de *intencional omissão da Polícia* na apuração de determinados delitos ou se configurar o *deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar*, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito.

Deve-se, ainda, observar: a) pertinência do sujeito investigado com a base territorial e com a natureza do fato investigado; b) formalizar o ato investigativo, delimitando seu objeto e razões que o fundamentem; c) comunicação imediata e formal ao Procurador-Chefe ou Procurador-Geral; d) autuação, numeração e controle de distribuição; e) publicidade de todos os atos, salvo sigilo decretado de forma fundamentada; f) juntada e formalização de todos os atos de investigação à parte e ao seu advogado, como bem afirmado na Súmula Vinculante 14; h) observar os princípios e regras que orientam o inquérito e os procedimentos administrativos sancionatórios; i) assegurar a ampla defesa e o contraditório, este ainda que de forma diferida, ou seja, respeitadas as hipóteses de diligências em curso e com potencial prejuízo acaso antecipado o conhecimento; j) prazo para conclusão e controle judicial no arquivamento. (RHC 97.926/GO, 2ª T., rel. Gilmar Mendes, 02.09.2014, v.u.).

Para acabar com tal divisão, surgiu na Câmara dos Deputados um Projeto de Emenda à Constituição (PEC) de nº 37/2011, cuja proposta era a alteração do texto do

§10 do art. 144 da Constituição para o seguinte: *A apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1º e 4º deste artigo, incumbem **privativamente** às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente.*

A proposta foi alvo de muitos protestos, evidenciando que nos encontramos num período de *pós-verdades*, os quais relatavam se tratar da PEC que reduzia os poderes do Ministério Público, sendo denominada PEC da *corrupção e da impunidade*.

Por tal motivo, esta proposta foi recusada pela Câmara.

Posteriormente, em 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 181, sendo a redação do art. 18, §2º:

Art. 18 da Resolução nº 181/CNMP. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstancialmente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente...

[...]

§2º. A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.

Ou seja, a partir desta resolução, veio à tona novamente a possibilidade de o MP realizar, de forma *autônoma e ampla*, a investigação. Tal situação, porém, ainda não passou pelo crivo do STF, sendo alvo de entendimentos divergentes.

4.2.2. Processo Penal

Trata-se da fase em que há a proposta da ação penal (denúncia ou queixa-crime). É a disposição sobre a competência para tanto:

Art. 129 da Constituição Federal. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

[...]

4.2.3. Execução Penal

Define-se pelo cumprimento da pena, no caso de condenação.

Como bem sabemos, é no Poder Judiciário que estão os órgãos responsáveis pela jurisdição:

Art. 2º da Constituição Federal. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[...]

Art. 92, caput, da Constituição Federal. São órgãos do Poder Judiciário:

I – o Supremo Tribunal Federal;

I-A – o Conselho Nacional de Justiça;

II – o Superior Tribunal de Justiça;

II-A – o Tribunal Superior do Trabalho;

III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V – os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI – os Tribunais e Juízes Militares;

VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

[...]

4.3. Do Inquérito Policial

Legislação. Encontra previsão nos arts. 4º a 23 do Código de Processo Penal.

4.3.1. Elementos Introdutórios

Conceito. Sobre tal elemento, afirma o art. 42 do Decreto 4.824/1871:

Art. 42 do Decreto 4.824/1871. O inquerito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices.

Ainda que de origem longínqua, para a exata definição, basta que insiramos o fato de se tratar de espécie de *investigação criminal*, sendo procedimento administrativo que antecede a ação penal.

Portanto, de forma completa, entende-se *inquérito policial por espécie de investigação criminal constituído por todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices, sendo procedimento administrativo que antecede a ação penal.*

Natureza jurídica. Como se pode retirar do conceito, trata-se de *procedimento administrativo prévio*, operado pela polícia judiciária.

Finalidade. Tem como objetivo a colheita de provas para a apuração da infração penal (*materialidade delitiva*) e sua autoria (*indiciamento*), fornecendo elementos tanto para a acusação (sustentando a *ação penal*), como para a defesa (oferecendo os elementos para a criação da tese contrária à acusação).

4.3.2. Características

São as características do *inquérito policial*:

- 1) **Instrumentalidade:** o *inquérito policial* serve de meio para o ajuizamento da ação penal. Não se trata, portanto, de elemento do processo, visto ser anterior a ele, bem como não apresenta a pretensão de acusar ou condenar o objeto da investigação;
- 2) **Obrigatoriedade ou indisponibilidade:** uma vez iniciado o *inquérito*, não poderá o delegado, de ofício, arquivá-lo, devendo sustentar a investigação até o término do prazo previsto em lei.

Neste sentido, é o texto do art. 17 do Código de Processo Penal:

Art. 17 do Código de Processo Penal. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

- 3) **Informativo:** em consequência da instrumentalidade, o *inquérito* apresenta característica informativa, visto que não tem como finalidade acusar ou condenar o objeto da investigação (não possui *juízo de valor*), mas somente juntar provas preliminares (*materialidade delitiva e autoria*);
- 4) **Discricionariedade:** não se utiliza o termo *discrissão* no sentido de preservar o sigilo, mas no sentido de *reserva*, indicando que cabe somente à autoridade competente (delegado de polícia) apontar a forma segundo a qual o *inquérito* se dará, ou seja, cabe ao delegado de polícia indicar quais são as diligências que serão tomadas durante tal procedimento¹⁸;
- 5) **Escrito:** Afirma o art. 9º do Código de Processo Penal:

Art. 9º do Código de Processo Penal. Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

¹⁸ **Art. 6º do Código de Processo Penal.** Logo que tiver conhecimento da prática de infração penal, a autoridade policial deverá:

I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV – ouvir o ofendido;

V – ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por outras testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI – proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua ficha de antecedentes;

IX – averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X – colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Art. 7º do Código de Processo Penal. Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

Portanto, a lei processual penal afirma que todas as peças do inquérito devem ser reduzidas a escrito. Há, contudo, a necessidade da aplicação de *interpretação extensiva* em tal dispositivo, visto que hoje é possível o registro mais eficiente das peças em questão, através, por exemplo, da gravação em mídias.

É o que afirma o art. 405, §1º, do Código de Processo Penal:

Art. 405, §1º, do Código de Processo Penal. Sempre que possível o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.

6) Sigiloso: afirma o art. 20 do Código de Processo Penal:

Art. 20 do Código de Processo Penal. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Parágrafo único. Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes.

Convém destacar, porém, que, ainda se tratando de *inquérito sigiloso*, terão acesso ilimitado o Ministério Público e os advogados da parte objeto do inquérito. É o que afirma o art. 7º, III, XIV e XXI, *a*, do Estatuto da Advocacia:

Art. 7º do Estatuto da Advocacia. São direitos do advogado:

[...]

III – comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

[...]

XIV – examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

[...]

XXI – assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

- a) apresentar razões e quesitos;
- b) (VETADO)

Além destes dispositivos, afirma a Súmula Vinculante nº 14:

Súmula Vinculante nº 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

- 7) **Inquisitivo:** não há o que se falar em *Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa* enquanto corre a investigação, ou seja, não poderão as partes proporem elementos referentes à acusação ou a defesa. Convém esclarecermos que permanecerão assegurados os direitos e garantias fundamentais da parte investigada, não havendo qualquer infração nesse sentido;
- 8) **Dispensável:** como vimos anteriormente, o *inquérito policial* é apenas uma espécie do gênero *investigação*. Neste caso, caracteriza-se por ser elemento dispensável, uma vez que outro tipo de *investigação* possa ser adotado ou no caso de o MP já possuir elementos suficientes para a proposta de ação penal.

Neste sentido, é a disposição de alguns institutos:

Art. 12 do Código de Processo Penal. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.

[...]

Art. 27 do Código de Processo Penal. Qualquer pessoa do povo poderá provocar o Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indiciando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

[...]

Art. 39, §5º, do Código de Processo Penal. O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.

[...]

Art. 46, §1º, do Código de Processo Penal. Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação.

- 9) **Oficial:** a presidência do *inquérito policial* é incumbência do Delegado de Polícia, não podendo ninguém fazê-lo em seu lugar.

Afirmam os seguintes artigos:

Art. 144, §1º, da Constituição Federal. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

[...]

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União;

Art. 2º da Lei 12.830/13. As funções da polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§1º. Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

§2º. Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

§3º. (VETADO)

§4º. O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação.

§5º. A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado.

§6º. O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

10) Oficioso: quando do conhecimento do delito, cabe à autoridade policial, ainda que inexistente o requerimento de *inquérito*, iniciar, de ofício, as investigações.

Neste sentido, afirma o art. 5º, I, do Código de Processo Penal:

Art. 5º do Código de Processo Penal. Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I – de ofício;

[...]

11) Legalidade: o *inquérito policial* não poderá ser arbitrário, devendo seguir as normas e procedimentos estipulados na lei, assegurando ao objeto da investigação os direitos e garantias fundamentais;

12) Temporário: o *inquérito policial* deverá respeitar os prazos estabelecidos em lei, sendo possível o pedido de prorrogação deste prazo.

É o que estipula o art. 10, §3º, do Código de Processo Penal:

Art. 10 do Código de Processo Penal. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

[...]

§3º. Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

4.3.3. Da Instauração do Inquérito

São as formas de instauração:

1) De ofício:

Afirma o art. 5º, I, do Código de Processo Penal:

Art. 5º do Código de Processo Penal. Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I – de ofício.

[...]

Neste caso, denominar-se-á *notícia criminis direta, espontânea ou de cognição imediata*.

O delegado, diante de seu poder-dever como representante do Estado, ao tomar conhecimento de fato possivelmente criminoso de **ação penal incondicionada** deverá iniciar investigação, instaurando inquérito policial de ofício.

Em se tratando de fato criminoso de **ação penal condicionada ou privada**, não poderá o delegado instaurar a investigação de ofício, sendo necessário que se observe a representação da vítima (*delatio criminis postulatória* – autorização) ou a apresentação de queixa-crime da mesma¹⁹.

2) Através de requisição do Ministério Público/Autoridade Judiciária:

Afirma o art. 5º, II, primeira parte, do Código de Processo Penal:

Art. 5º do Código de Processo Penal. Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

[...]

II – mediante requisição da autoridade judiciário ou do Ministério Público...

¹⁹ **Art. 5º, §4º, do Código de Processo Penal.** O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

Art. 5º, §5º, do Código de Processo Penal. Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

Denominar-se-á *noticia criminis indireta*, visto ter sido o crime notificado por terceiro, ou seja, *meditada/provocada*.

Trata-se da instauração de *inquérito policial* por **requisição/exigência legal** do Ministério Público ou da autoridade judiciária, uma vez que apresentem elementos suficientes para a suspeita de cometimento do crime, dando ensejo a investigação.

3) Através de requerimento da vítima:

Afirma o art. 5º, II, parte final, e §1º, a, b e c, do Código de Processo Penal:

Art. 5º do Código de Processo Penal. Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

[...]

II – ... a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§1º. O requerimento a que se refere o nº II conterà sempre que possível:

- a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;
- b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;
- c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

Da mesma forma que o elemento anterior, denominar-se-á *noticia criminis indireta*, visto ter sido provocada/meditada através da notificação de terceiro.

Neste caso, a **requisição é sinônimo de pedido**, cabendo ao delegado analisar os elementos oferecidos, iniciando ou não o inquérito policial e a consequente investigação. Da rejeição da queixa, caberá recurso ao Chefe de Polícia, segundo disposição do §2º do artigo anteriormente destacado²⁰. Tratando-se do âmbito civil, entende-se por chefe de Polícia o Secretário de Segurança Pública; tratando-se, porém, do âmbito federal, entende-se por chefe de Polícia a Superintendência da Polícia Federal.

4) Requerimento de terceiro:

Afirma o art. 5º, §3º, do Código de Processo Penal:

Art. 5º, §3º, do Código de Processo Penal. Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

Neste caso, tratar-se-á de *delatio criminis*, visto que a notificação de crime se dá por parte alheia aos supostos acontecimentos do fato delituoso, devendo o

²⁰ **Art. 5º, §2º, do Código de Processo Penal.** Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

delegado apurar de acordo com os elementos apresentados no requerimento, somente instaurando o inquérito se julgar ter a possibilidade da ocorrência de delito.

Diferentemente do caso anterior, quando da recusa do delegado e da não instauração de inquérito policial não caberá recurso.

Aqui convém que façamos um comentário acerca das **denúncias anônimas**. Diferentemente dos demais elementos, trata-se de *notícia criminis inqualificada*, visto não apresentar a autoria do requerimento, sendo esta pessoa, como o próprio nome do instituto informa, *anônima*. Tal artifício é **aprovado** pelo STJ e STF, porém se deve ter cautela quanto aos motivos que levaram à instauração do inquérito policial.

É o entendimento do STF, refletido pelo voto do Min. Dias Toffoli ante o HC 132.115/PR:

Logo, tenho que o procedimento tomado pela autoridade policial está em perfeita consonância com o entendimento desta Suprema Corte, segundo o qual, **a denúncia anônima, por si só, não serve para fundamentar a instauração de inquérito**, mas, a partir dela, poderá a autoridade competente realizar diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito.

5) Auto de prisão em flagrante:

Afirma o art. 8º do Código de Processo Penal:

Art. 8º do Código de Processo Penal. Havendo prisão em flagrante, será observado o disposto no Capítulo II do Título IX deste Livro.

Denomina-se *notícia criminis coersitiva*, uma vez que havendo a constatação de crime real e atual pela pessoa do delegado, é necessário que, de ofício, realize o *auto de prisão em flagrante*, respeitando o prazo estabelecido em lei²¹.

Inquérito policial e foro de prerrogativa de função. Não é possível que o delegado instaure, de ofício, inquérito policial contra autoridades com prerrogativa de foro. Nestes casos, deverá remeter os autos do inquérito ao juízo competente (STJ ou STF), sendo o inquérito presidido por Ministro destes Tribunais.

Segundo o STF, tal dispositivo somente seria cabível uma vez que o crime em questão se desse em decorrência do cargo que o privilegiado ocupa. Caso contrário a instauração do inquérito poderia ser efetivada normalmente.

Por último, há uma discussão quanto a aplicação deste instituto. Segundo precedentes do STF, somente os indivíduos que possuem prerrogativa de função que lhes garante o julgamento originário através deste Tribunal é que estariam protegidos por tal instituto. Em relação aos que possuem prerrogativa de foro, porém a originariedade de seus julgamentos pertence ao STJ, por exemplo, não

²¹ **Art. 306, §1º, do Código de Processo Penal.** Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para Defensoria Pública.

haveria o que se falar em impedimento de instauração de inquérito por parte do próprio delegado de polícia²².

Esta discussão ainda não fora pacificada, havendo, inclusive, recusa do STJ em relação à aplicação do entendimento do STJ, entendendo tal Tribunal que o instituto em questão cabe a todos os indivíduos que possuem prerrogativa de função, independentemente dos órgãos em que são julgados originariamente.

4.3.4. Das Diligências

Anteriormente ao estudo das diligências, convém que relembremos o fato de o delegado possuir o dever de averiguar toda e qualquer ocorrência que chegar ao seu conhecimento, ainda que tal informação tenha sido sabida por meio diverso da notificação de terceiro, ou seja, ainda que tenha adquirido conhecimento por ação própria, deverá instaurar inquérito policial e averiguar a ocorrência do delito.

É o que afirma o *caput* do art. 6º do Código de Processo Penal:

Art. 6º do Código de Processo Penal. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá...

Para tanto, o delegado utilizar-se-á das diligências.

Conceito. Tem-se por diligência todas as ações que o delegado faz com o intuito de obter a **materialidade delitiva** e **indícios de autoria** do crime em questão, ou seja, trata-se da *coleta de prova*.

Convém informarmos que o rol anteriormente destacado é apenas exemplificativo, podendo o delegado tomar outras medidas no que se refere à coleta de provas, tanto aquelas que estejam dispostas em normas esparsas, como aquelas que julgar de relevante importância para a obtenção da *materialidade delitiva* e *indícios de autoria do crime*.

Elementos. São os elementos destacados pelo Código de Processo Penal, anteriormente dispostos:

1) Preservação do local do crime:

Afirma o inciso I do art. 6º do Código de Processo Penal:

Art. 6º do Código de Processo Penal. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais.

O local do crime caracteriza-se por ser elemento de suma importância para o entendimento dos acontecimentos que ali ocorreram, uma vez que é comum que das

²² “Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, cabe apenas ao Supremo Tribunal Federal, e não a qualquer outro juízo, decidir sobre a cisão de investigações envolvendo autoridade com prerrogativa de foro na Corte, promovendo, ele próprio, deliberação a respeito do cabimento e dos contornos do referido desmembramento” (Reclamação nº 23.457/PR).

ações ali praticadas resem vestígios, tanto do modo como ocorreram os fatos, bem como quem os cometeu.

Além disso, dos elementos obtidos ou não no exame da cena do crime é que o delegado poderá dar ensejo às demais diligências plausíveis e que entenda necessárias para a obtenção de *indícios de autoria*.

Excepcionalmente, porém, é a disposição do art. 1º da Lei 5.970/73:

Art. 1º da Lei 5.970/73. Em caso de acidente de trânsito, a autoridade ou agente policial que primeiro tomar conhecimento do fato poderá autorizar, independentemente do exame do local, a imediata remoção das pessoas que tenham sofrido lesão, bem como dos veículos nele envolvidos, se estiverem no leito da via pública e prejudicarem o tráfego.

Parágrafo único. Para autorizar a remoção, a autoridade ou agente policial lavrará boletim da ocorrência, nele consignado o fato, as testemunhas que o presenciaram e todas as demais circunstâncias necessárias ao esclarecimento da verdade.

Neste caso, portanto, não há o que se falar em manutenção do local em que os fatos ocorreram, uma vez que resultaria no cerceamento do direito fundamental de locomoção dos indivíduos. Nesta situação, se a preservação do acontecido resultar na lesão do direito dos transeuntes, poderá ser requerida a remoção das pessoas, bem como dos veículos envolvidos no acidente.

2) **Apreensão de objetos que tiverem relação com o fato:**

Afirmam os arts. 6º, II, e 11 do Código de Processo Penal:

Art. 6º do Código de Processo Penal. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

[...]

II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais.

[...]

Art. 11 do Código de Processo Penal. Os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos do inquérito.

Aqui, poderá o delegado exigir, através do *auto de apreensão*, a apreensão/retenção de objetos relacionados ao crime, de fato, bem como qualquer outro objeto que julgar necessário e importante para o alcance da verdade (Princípio da Verdade Real).

Neste caso, não é necessário que haja mandado de busca para tanto, podendo, inclusive, tal ordem ser feita anteriormente à abertura do inquérito, em casos de urgência, visto haver a chance de se perder a oportunidade. Poderá, também, ser requerida quando da instauração do inquérito ou posteriormente a este.

Apreendidos os objetos, deverão ser encaminhados à perícia aqueles que permaneçam em bom estado²³, à avaliação aqueles que se encontram destruídos, deteriorados ou sejam produto do crime²⁴. Além disso, é possível que sobre tais objetos recaia a *pena de perdimento* em favor da União²⁵.

Por fim, a apreensão poderá ser uma medida de (1) *coerção real* (sobre coisa) ou (2) *coerção pessoal* (sobre pessoa).

3) Colheita de outras provas:

Afirma o art. 6º, III, do Código de Processo Penal:

Art. 6º do Código de Processo Penal. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

[...]

III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

Cabe ao delegado exigir que se averigüe todos os locais que se mostram importantes para o desenrolar dos fatos ocorridos, não necessariamente sendo objetos diretamente ligados ao crime em si, mas que possam auxiliar na determinação da culpabilidade do agente, por exemplo.

Há casos, inclusive, em que poderá o delegado agir de modo diverso do estipulado no CPP. Por exemplo:

Art. 11 da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06). No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências:

I – garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e o Poder Judiciário;

II – encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;

III – fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;

IV – se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;

V – informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis;

²³ **Art. 175 do Código de Processo Penal.** Serão sujeitos a exame os instrumentos empregados para a prática da infração, a fim de se lhes verificar a natureza e a eficiência.

²⁴ **Art. 172, caput, do Código de Processo Penal.** Proceder-se-á, quando necessário, à avaliação de coisas destruídas, deterioradas ou que constituam produto do crime.

²⁵ **Art. 122 do Código de Processo Penal.** Sem prejuízo do disposto nos arts. 120 e 133, decorrido o prazo de 90 dias, após transitar em julgado a sentença condenatória, o juiz decretará, se for caso, a perda, em favor da União, das coisas apreendidas (art. 74, II, *a* e *b*, do Código Penal) e ordenará que sejam vendidas em leilão público.

Art. 12 da Lei Maria da Penha. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I – ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

II – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;

III – remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

IV – determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;

V – ouvir o agressor e as testemunhas;

VI – ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;

VII – remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

[...]

4) Ouvir o ofendido:

Afirma o inciso IV do art. 6º do Código de Processo Penal:

Art. 6º do Código de Processo Penal. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

[...]

IV – ouvir o ofendido.

Aqui, poderá o delegado, se possível (quando a vítima não é objeto do crime) e relevante para o inquérito policial, ouvir a pessoa do ofendido, visto que sua declaração poderá ser crucial para o entendimento dos acontecimentos, bem como a identificação daquele que cometeu o crime.

Poderá o delegado intimar o ofendido a prestar esclarecimentos, sendo possível sua condução coercitiva quando do não comparecimento não justificado. É que afirma o §1º do art. 201 do Código de Processo Penal:

Art. 201 do Código de Processo Penal. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tornando-se por termo as suas declarações.

§1º. Se, intimado esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

[...]

Para que não restasse dúvidas quanto à inconstitucionalidade de tal medida, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CONDUÇÃO DO INVESTIGADO À AUTORIDADE POLICIAL PARA ESCLARECIMENTOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 144, §4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 6º DO CPP. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE PRISÃO OU DE ESTADO DE FLAGRÂNCIA. DESNECESSIDADE DE INVOCAÇÃO DA TEORIA OU DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA POR DECISÃO JUDICIAL, APÓS A CONFISSÃO INFORMAL E O INTERROGATÓRIO DO INDICADO. LEGITIMIDADE. OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO. USO DE ALGEMAS DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS IDÔNEAS E SUFICIENTES. NULIDADE PROCESSUAIS NÃO VERIFICADAS. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA.

I – A própria Constituição Federal assegura, em seu art. 144, §4º, às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais.

II – O art. 6º do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece as providências que devem ser tomadas pela autoridade policial quando tiver conhecimento da ocorrência de um delito, todas dispostas nos incisos II a VI.

III – Legitimidade dos agentes policiais, sob o comando da autoridade policial competente (art. 4º do CPP), para tomar todas as providências necessárias à elucidação de um delito, incluindo-se aí a condução de pessoas para prestar esclarecimento, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos.

[...]

(STF, HC 107.644/SP. Min. Rel. Ricardo Lewandowski)

Por fim, deverá o delegado ter todas as cautelas quando da abordagem das vítimas, uma vez que, a depender do crime, merecem tratamento diferenciado. É o que dispõe, por exemplo, o Decreto 7.958/2013 e a Lei 12.845/2013:

Art. 1º do Decreto 7.958/13. Este Decreto estabelece diretrizes para o atendimento humanizado às vítimas de violência sexual pelos profissionais da área de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde – SUS, e as competências do Ministério da Justiça e do Ministério da Saúde para sua implementação.

Art. 1º da Lei 12.845/13. Os hospitais devem oferecer às vítimas de violência sexual emergencial, integral e multidisciplinar, visando ao controle e ao tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes de violência sexual, e encaminhando, se for o caso, aos serviços de assistência social.

5) Ouvir o indiciado:

Afirma o art. 6º, V, do Código de Processo Penal:

Art. 6º do Código de Processo Penal. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

[...]

V – ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura.

Se os elementos revelados durante o inquérito policial apontarem suspeitas de autoria em relação a determinado indivíduo, poderá o delegado intimá-lo a ser interrogado, caracterizando elemento do *indiciamento*. Neste caso, é necessário que se observem os parâmetros elencados nos arts. 185 e ss. do Código de Processo Penal. Se feita a intimação, porém não comparecer o indiciado, não é possível que o delegado o conduza coercitivamente para ser submetido a interrogatório.

Neste sentido é o entendimento do STF nas ADPFs 395 e 444²⁶:

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, constante do artigo 260 do Código de Processo Penal (CPP), não foi recepcionada pela Constituição de 1988. A decisão foi tomada no julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 395 e 444, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). O emprego da medida, segundo o entendimento majoritário, representa restrições à liberdade de locomoção e viola a presunção de não culpabilidade, sendo, portanto, incompatível com a Constituição Federal.

Pela decisão do Plenário, o agente ou a autoridade que desobedecerem a decisão poderão ser responsabilizados nos âmbitos disciplinar, civil e penal. As provas obtidas por meio do interrogatório ilegal também podem ser consideradas ilícitas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (...)

Portanto, diante de tal julgamento, decidiu-se não recepcionado pela Constituição de 1988 o art. 260 do Código de Processo Penal, cujo teor é:

Art. 260 do Código de Processo Penal. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

Convém que façamos uma pergunta: **é necessário que o advogado do indiciado esteja presente quando do interrogatório?** Depende.

²⁶ Texto disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>>

Em **regra**, segundo o art. 7º, XXI, *a*, do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94),
sim:

Art. 7º do Estatuto da Advocacia. São direitos do advogado:

[...]

XXI – assistir a seus clientes investigados durante a apuração de informações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos.

Excepcionalmente, porém, segundo a *Jurisprudência em TESES do STJ no que se refere à Prisão em Flagrante*, Edição nº 20, de 08 de março de 2019, não. É a situação:

[...]

6) Eventual nulidade no auto de prisão em flagrante devido à ausência de assistência por advogado se verifica caso não seja oportunizado ao conduzido o direito de ser assistido por defensor técnico, sendo suficiente a lembrança, pela autoridade policial, dos direitos do preso previstos no art. 5º, LXII, da Constituição²⁷.

Julgados: HC 442334/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018; HC 382872/TO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 15/05/2017; RHC 68502/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 26/04/2017; RHC 63063/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015; RHC 39284/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 26/09/2013.

[...]

Relembrando o Princípio ao Contraditório e à Ampla Defesa, deverá o delegado expressamente informar ao indiciado seus direitos constitucionais, elencados no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal:

Art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Mais um ponto deve ser informado. Citemos o art. 15 do Código de Processo Penal:

Art. 15 do Código de Processo Penal. Se o indiciado for menor, ser-lhe-á nomeado curador pela autoridade policial.

Aqui surge uma dúvida: ***diante do Ordenamento Jurídico atual, menor não cometerá crime, mas ato infracional, elemento cuja análise e penalização é de***

²⁷ **Art. 5º, LXII, da Constituição Federal.** 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.

responsabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente, não havendo qualquer inclusão do Código de Processo Penal. Diante disso, qual é o objetivo deste dispositivo?

Acontece que quando da publicação do atual Código de Processo Penal (1941), vigorava o Código Civil de 1916, sendo as disposições do segundo quanto a maioria:

Art. 5º do Código Civil de 1916. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos.

[...]

Art. 6º do Código Civil de 1916. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou á maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).

[...]

Art. 9º do Código Civil de 1916. Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.

Porém, no mesmo período, já estava em vigor o atual Código Penal (1940), cuja disposição era:

Art. 23 do Código Penal (Texto original de 1940). Os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Portanto, era a seguinte disposição: a maioria civil somente se estabelecia posteriormente aos 21 anos, porém o Código Penal fixava a irresponsabilidade somente aos menores de 18 anos. Nesta situação, os maiores de 18 anos e menores de 21 eram imputáveis, porém relativamente incapazes civilmente. Diante desta situação, o Código de Processo Penal previa a nomeação de curador para a tutela destes indivíduos.

Com o advento do Código Civil de 2002 e o estabelecimento da maioria posteriormente aos 18 anos, revogado tacitamente fora o dispositivo em questão.

Por fim, o descumprimento dos elementos acima expostos não causa a nulidade do Inquérito Policial, mas a ineficácia do ato em questão.

6) Reconhecimento de pessoas e coisas e a acareação:

Afirma o art. 6º, VI, do Código de Processo Penal:

Art. 6º do Código de Processo Penal. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

[...]

VI – proceder o reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações.

a) Reconhecimento de pessoas:

Trata-se de meios utilizados pela polícia, submetendo a vítima e/ou as testemunhas a testes que possam, de fato, identificar o autor do crime. É, por exemplo, o que ocorre quando são enfileirados vários indivíduos, identificados por números, sendo pedido para a vítima e/ou as testemunhas identificarem se dentre eles se encontra o autor do crime. É necessário que o delegado deixe claro que o autor do crime *poderá* estar entre os indivíduos, não pressionando a vítima ou as testemunhas para que escolha um parecido, sob o risco de identificarem pessoa errada.

Este elemento está disposto nos arts. 226 e 228 do Código de Processo Penal:

Art. 226 do Código de Processo Penal. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I – a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II – a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III – se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face de pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV – do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

[...]

Art. 228 do Código de Processo Penal. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

É possível, também, que o reconhecimento de pessoas seja feito através de fotografia. Trata-se de caso subsidiário. Segundo Edilson Mougenot, somente se poderá subsidiar o reconhecimento através da identificação da pessoa, de fato, diante dos seguintes elementos:

- i. *Quando, por razões alheias ao controle da autoridade policial, não for possível ou necessário realizar o reconhecimento pessoal;*
- ii. *Quando não exista um suspeito do ato delitivo;*
- iii. *Quando, existindo um suspeito, este se negar a participar do reconhecimento pessoal, ou o seu comportamento ou ausência impeça de realizar referido ato adequadamente;*

- iv. Quando existam razões para supor que o suspeito interromperá a realização do reconhecimento;
- v. A testemunha não aceita ou não é capaz de fazer o reconhecimento pessoal;
- vi. Não existam pessoas semelhantes ao suspeito para o reconhecimento pessoal, mas existam fotografias semelhantes ao suspeito para o reconhecimento fotográfico;
- vii. A prática do reconhecimento pessoal retarde a oportunidade da testemunha para tentar o reconhecimento enquanto sua memória é ainda recente, recomendando-se, nesse caso, o reconhecimento fotográfico.

b) Reconhecimento de coisas:

Afirmam os arts. 227 e 228 do Código de Processo Penal:

Art. 227 do Código de Processo Penal. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.

Art. 228 do Código de Processo Penal. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

Além da pessoa, efetivamente, é possível que outros meios sejam utilizados para a identificação da *materialidade delitiva* e *indícios de autoria do crime*. Por exemplo, além da fotografia, já mencionada, também será aceito o reconhecimento por filme, vídeo, gravação sonora, mas estas formas de reconhecimento não estão previstas, expressamente, no CPP; portanto, são consideradas espécies de forma indireta de realizar o reconhecimento²⁸.

Ainda em relação às coisas, é possível, por exemplo, que seja sabido possuir o suspeito tatuagem determinada, elemento segundo o qual se poderá realizar investigação para a identificação do acusado.

c) Acareações:

Afirmam os arts. 229 e 230 do Código de Processo Penal:

Art. 229 do Código de Processo Penal. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Parágrafo único. Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação.

Art. 230 do Código de Processo Penal. Se ausente alguma testemunha, cujas declarações divirjam das de outra, que esteja presente,

²⁸ Texto disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/direito-e-justica/2017/10/20/interna_direito_e_justica,910337/reconhecimento-de-coisas-pessoas-e-acareacao.shtml>

a esta se darão a conhecer os pontos da divergência, consignando-se no auto o que explicar ou observar. Se substituir a discordância, expedir-se-á precatória à autoridade do lugar onde resida a testemunha ausente, transcrevendo-se as declarações desta e as da testemunha presente, nos pontos em que divergem, bem como o texto do referido auto, a fim de que se complete a diligência, ouvindo-se a testemunha ausente, pela mesma forma estabelecida para a testemunha presente. Esta diligência só se realizará quando não importe demora prejudicial ao processo e o juiz a entenda conveniente.

Tal diligência, portanto, tem como objetivo o esclarecimento de declarações divergentes que possam ter sido proferidas pelos indivíduos envolvidos no inquérito policial.

7) **Determinação de realização do exame do corpo de delito e quaisquer perícias:**

Afirma o art. 6º, VII, do Código de Processo Penal:

Art. 6º do Código de Processo Penal. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

[...]

VII – determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias.

Primeiramente, convém que estabeleçamos o que, de fato, *corpo de delito*. É a definição segundo o Dicionário Jurídico Acquaviva:

Conjunto de elementos materiais resultantes da prática de um crime. No passado, a expressão indicava tão somente o cadáver da pessoa vitimada por homicídio, o qual deveria ser exibido ao juiz; daí, talvez, o sentido etimológico do corpo de delito. Posteriormente, a expressão passou a significar toda pessoa ou coisa sobre as quais indicia um ato delituoso, até que se chegou ao sentido moderno. O CPP adverte, no art. 158: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Portanto, diferentemente do que pode ser o entendimento comum acerca deste elemento, não se trata somente de “corpos”, efetivamente, ou seja, não se trata do objeto do crime de homicídio ou de crimes que gerem vestígios físicos, mas é referente a qualquer elemento material que tenha sido utilizado na prática do crime ou participado, de qualquer forma, deste acontecimento, não precisando, necessariamente, se encontrar diante da cena do crime.

Como visto, deverá o delegado exigir o **exame de corpo de delito** quando o crime deixar vestígios. Nestes casos, inclusive, há crimes cuja realização de corpo de delito se faz prioritárias. É o que estabelece o parágrafo único do art. 158 do Código de Processo Penal:

Art. 158, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva:

I – violência doméstica e familiar contra mulher;

II – violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência.

Poderá, porém, segundo disposição do art. 14 do Código de Processo Penal²⁹ o ofendido ou seu representante legal requerer que o delegado realize tal diligência. Neste caso, caberá a autoridade policial julgar necessário ou não, podendo recusar o pedido.

8) Identificação do indiciado:

Afirma o art. 6º, VIII, do Código de Processo Penal:

Art. 6º do Código de Processo Penal. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

[...]

VIII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes.

Para que entendamos a configuração atual deste elemento, convém que enunciemos a sua evolução.

Inicialmente, era de praxe a coleta de digitais e fotografia dos indiciados, comparando-os aos dados recolhidos pela polícia. Este método, porém, começou a ser criticado por alguns juristas, sob a alegação de se tratar de violação do *Princípio do Privilégio Contra a Autoincriminação*, visto que, neste caso, o indiciado, se compatível com qualquer dado que polícia já possuía, estaria produzindo provas contra si mesmo. Defendiam que a identificação do indiciado deveria tão somente ser realizada através do âmbito cível.

Tal discussão foi submetida a apreciação do STF, da qual resultou a criação da Súmula nº 568, cujo teor é:

Súmula nº 568 do Supremo Tribunal Federal. A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente.

Por um momento houve a pacificação deste assunto, estabelecendo-se de vez a coleta de digitais e fotografias dos indiciados.

²⁹ **Art. 14 do Código de Processo Penal.** O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, porém, entrou em vigor o **atual entendimento**, disposto pelo art. 5º, LVIII:

Art. 5º, LVIII, da Constituição Federal. O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

Estas hipóteses estão previstas na Lei 12.037/09, afirmando seus arts. 1º e 2º:

Art. 1º da Lei 12.037/09. O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta Lei.

Art. 2º da Lei 12.037/09. A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos:

I – carteira de identidade;

II – carteira de trabalho;

III – carteira profissional;

IV – passaporte;

V – carteira de identificação funcional;

VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado.

Parágrafo único. Para as finalidades desta Lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares.

As **exceções** previstas pela constituição estão dispostas no art 3º da lei acima exposta:

Art. 3º da Lei 12.037/09. Embora apresentando documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

Hoje, portanto, em **regra**, far-se-á a identificação dos indiciados de forma civil, isto é, através da apresentação de documento válido. Não o sendo ou incididas qualquer das disposições acima expostas, poderá o delegado de polícia realizar a identificação criminal do indivíduo.

9) **Averiguação da vida pregressa do investigado:**

Afirma o art. 6º, IX, do Código de Processo Penal:

Art. 6º do Código de Processo Penal. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

[...]

IX – averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

Trata-se de perguntas importantíssimas no que se refere ao entendimento do comportamento do indiciado, sendo usado não só tendo como objetivo o clareamento dos eventos ocorridos no delito investigado, como também no caso se condenação, sendo elementos considerados na dosimetria da pena³⁰.

10) **Recolher informações sobre a existência de filhos do indiciado:**

Afirma o art. 6º, X, do Código de Processo Penal:

Art. 6º do Código de Processo Penal. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

[...]

X – colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

Tal elemento, incorporado ao Código de Processo Penal através da Lei 13.257/2016 (Estatuto da Primeira Infância), não tem como pretensão adicionar novo

³⁰ **Art. 26 do Código Penal.** É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 59 do Código Penal. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

elemento ao rol já destacado. Tem como **objetivo**, porém, lembrar e frisar ao delegado a necessidade de identificação de filhos da pessoa do indiciado, devendo, se houver, garantir a sua tutela/proteção.

Outros elementos. São outros elementos que merecem a observância da autoridade policial:

1) Reprodução simulada dos fatos:

Afirma o art. 7º do Código de Processo Penal:

Art. 7º do Código de Processo Penal. Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

Poderá a autoridade policial *reconstituir* os fatos criminosos ocorridos com o intuito de esclarecer determinados pontos, buscando a identificação de detalhes e possíveis irregularidades nos elementos já estabelecidos no inquérito em relação ao crime em questão.

O indiciado poderá ser obrigado a **comparecer** no local da reconstituição, **não** podendo haver a mesma imposição quanto à sua **participação** na simulação, visto constituir infração ao *Princípio do Privilégio Contra a Autoincriminação*.

2) Outras atribuições da autoridade policial:

Afirmam os arts. 13, 13-A e 13-B, do Código de Processo Penal:

Art. 13 do Código de Processo Penal. Incumbirá ainda à autoridade policial:

I – fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos;

II – realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;

III – cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias;

IV – representar acerca da prisão preventiva.

Art. 13-A do Código de Processo Penal. Nos crimes previstos nos arts. 148, 149 e 149-A, no §3º do art. 158 e no art. 159 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e no art. 239 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderá requisitar, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos.

Parágrafo único. A requisição, que será atendida no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, conterá:

I – o nome da autoridade requisitante;

II – o número do inquérito policial; e

III – a identificação da unidade de polícia judiciária responsável pela investigação.

Art. 13-B do Código de Processo Penal. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.

§1º. Para os efeitos deste artigo, sinal significa posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência.

§2º. Na hipótese de que trata o **caput**, o sinal:

I – não permitirá acesso ao conteúdo da comunicação de qualquer natureza, que dependerá de autorização judicial, conforme disposto em lei;

II – deverá ser fornecido pela prestadora de telefonia móvel celular por período não superior a 30 (trinta) dias, renovável por uma única vez, por igual período;

III – para períodos superiores àquele de que trata o inciso II, será necessária a apresentação de ordem judicial.

§3º. Na hipótese prevista neste artigo, o inquérito policial deverá ser instaurado no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas, contado do registro da respectiva ocorrência policial.

§4º. Não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente requisitará às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, com imediata comunicação ao juiz.

a) Fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos:

Durante ou encerrada as investigações, é dever do delegado fornecer todas as informações que foram obtidas através do inquérito policial ao juízo competente.

b) Realizar diligências pelo juiz ou pelo Ministério Público:

É dever do delegado atender às requisições do juiz ou do Ministério Público que tenham como objetivo a *obtenção de elementos de prova para a punição daqueles que infringirem a norma penal*. Porém, não apresentando tal finalidade, poderá o delegado se recusar a realizar tal demanda, não acarretando a ele qualquer tipo de responsabilidade.

c) Cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias:

É dever da autoridade policial atender aos mandados de prisão que forem expedidos pela autoridade judiciária competente, não podendo se recusar a fazê-la.

d) Representar acerca da prisão preventiva:

Uma vez que o delegado possua motivos para a realização da prisão preventiva, deverá fazê-lo³¹, informando à autoridade judiciária acerca dos requisitos em questão.

Em relação aos elementos dispostos no **art. 13-A** do Código de Processo Penal, são aqueles cuja execução poderá ocorrer sem que seja necessária a autorização judicial. Neste caso, poderá o delegado ou o Ministério Público (se estiver realizando investigação conjunta) requisitar às empresas de iniciativa privada o fornecimento de dados e informações cadastrais dos indivíduos relacionados ao suposto crime investigado no inquérito policial.

Em relação aos elementos dispostos no **art. 13-B**, porém, são aqueles cuja execução somente poderá ocorrer se em decorrência de requisição e aprovação do poder judiciário. Trata-se do fornecimento de meios técnicos adequados, quais sejam, sinais, informações e outros elementos referentes aos serviços de telecomunicações e/ou telemáticas.

4.3.5. Do Indiciamento

Conceito. Segundo Edilson Mougenot, *é o ato pelo qual o delegado atribui a alguém a prática de uma infração penal, baseado em indícios suficientes e convergentes de autoria.*

É a conceituação do Dicionário Jurídico Acquaviva:

Ato pelo qual a autoridade considera suficientes os *indícios* da autoria de um ilícito penal para dar início ao respectivo inquérito policial.

Portanto, trata-se da fase em que a investigação se torna, efetivamente, **inquérito policial**, visto que o investigado passa a qualidade de **indiciado**, ou seja, *suspeito do cometimento de ilícito penal*.

³¹ **Art. 312 do Código de Processo Penal.** 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.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §2º).

Art. 313 do Código de Processo Penal. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

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

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV – (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outras hipóteses recomendar a manutenção da medida.

Competência. Afirma o art. 2º, §6º, da Lei 12.830/2013:

Art. 2º, §6º, da Lei 12.830/2013. O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Portanto, possui competência privativa do **delegado de polícia**.

Do momento. O indiciamento poderá ser realizado desde o auto de prisão em flagrante até o relatório final do inquérito policial, ou seja, durante a fase do inquérito policial. Se feita a denúncia, não poderá ocorrer o indiciamento.

Neste sentido é a declaração de Mougenot:

Têm ainda o Pretório Excelso e o Superior Tribunal de Justiça reconhecido que descabe o indiciamento após o recebimento da denúncia nos autos da ação penal, sob o fundamento de que o ato de indiciamento é próprio da fase inquisitória da persecução penal, sendo descabida sua realização quando já se houver instaurado a relação jurídica processual. Afigura-se coerente a postura jurisprudencial consignada, porquanto o indiciamento é ato próprio da fase policial, que nada acrescenta ao processo, uma vez que a *opinio delicti* do órgão do Ministério Público foi formada para o oferecimento da denúncia, bem como os indícios de autoria reconhecidos pelo magistrado ao recebê-la. Trata-se de ato extemporâneo e inócuo.

Da motivação. Como visualizado no art. 2º, §6º, da Lei 12.830/13, o indiciamento deverá demonstrar a **autoria, materialidade e suas circunstâncias**.

Do desindiciamento. Uma vez que **não haja justa causa** para o indiciamento, é possível que se impetre **habeas corpus** para a liberação do indiciado, se procedente o pedido.

Dos sujeitos passivos. Em regra, todos os indivíduos podem ser alvo do indiciamento, exceto:

- 1) **Menores de 18 anos**³²;
- 2) **Diplomatas estrangeiros**;
- 3) **Membros do Ministério Público**³³ e **da Magistratura**³⁴;

³² **Art. 104, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).** São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

³³ **Art. 41 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93).** Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

[...]

II – não ser indiciado em inquérito policial, observado o disposto no parágrafo único deste artigo.

[...]

Parágrafo único. Quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos aos Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.

³⁴ **Art. 33, parágrafo único, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35/79).** Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a

4) Deputados federais e senadores³⁵.

Da incomunicabilidade. Afirma o art. 21 do Código de Processo Penal:

Art. 21 do Código de Processo Penal. A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir.

Parágrafo único. A incomunicabilidade, que não excederá de três dias, será decretada por despacho fundamentado do Juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em

autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

³⁵ 1. Trata-se de **requerimento** formulado pelo Procurador-Geral da República visando à **instauração** de inquérito contra o **Senador da República José Serra**, detentor de **prerrogativa de foro** perante esta Suprema Corte (CF, artigos 53, §1º, e 102, I, “b”). Os autor foram **redistribuídos à minha relatoria** em razão do não reconhecimento de **conexão** com investigações **previamente** instauradas perante o eminente Ministro Edson Fachin no contexto da apelidada **Operação Lava a Jato**, da qual Sua Excelência é Relator (fls. 37-40).

[...]

6. Presente autoridade com **prerrogativa de foro** nesta Suprema Corte, o entendimento é que o ato de **instauração de inquérito** se sujeita à **autorização judicial** – inteligência do art. 21, XV, do RISTF, na parte em que prevê competir ao **Relator** determinar a **instauração de inquérito** a pedido do Procurador-Geral da República.

7. Essa **linha de compreensão** foi formada a partir do julgamento do QO no INQ 2411 (Rel. Orig. Min. Gilmar Mendes, DJE 25.04.2008), ocasião em que restou decidido que a atividade de **supervisão judicial** deve ser constitucionalmente desempenhada **durante toda a tramitação** das **investigações** (isto é, desde a **abertura** dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo *dominus litis*).

Colho a **fração da ementa** que interessa ao caso (original sem destaques):

iii) diferenças entre a regra geral, o inquérito policial disciplinado no Código de Processo Penal e o inquérito originário de competência do STF regido pelo art. 102, I, b, da CF e pelo RI/STF. A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para os interesses dos titulares dos cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições. Se, a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contatando com a supervisão do Ministro-Relator do STF. 5. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF). No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, “b” c/c Lei nº 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo dominus litis. 6. Questão de ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado. (INQ 2.411QO/MT, da minha relatoria, Pleno, DJe 24/4/2008).

qualquer hipótese, o disposto no art. 89, inciso II, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil³⁶ (Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963).

A incomunicabilidade será estabelecida pelo delegado ou pelo Ministério Público, depois de requerido e decretado por despacho fundamentado do Juiz.

Segundo disposição do artigo acima referido, o indiciado ficaria, de fato, incomunicável, não podendo ocorrer qualquer tipo de interação com outros indivíduos. Por esse motivo, não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988, visto a vigência dos seguintes dispositivos:

Art. 5º, LXII, da Constituição Federal. 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 indiciada.

Art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

[...]

Art. 136, §3º, IV, da Constituição Federal. Na vigência do estado de defesa:

[...]

IV – é vedada a incomunicabilidade do preso.

Diante desta discussão, indagou-se se o Regimento Disciplinar Diferenciado³⁷ não estaria ferindo tais dispositivos, visto que causa a incomunicabilidade do preso, ainda que provisório, desde que cometa crime doloso que constitui falta grave, ocasionando subversão da ordem ou disciplina nos presídios.

Entendem os Tribunais Superior de que a medida é sim válida, desde que os elementos por ela estabelecidos sejam aplicados com observância no princípio da

³⁶ **Art. 7º do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94) – correspondente ao art. 89 do antigo Estatuto da Advocacia.** São direitos do advogado:

[...]

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia.

³⁷ **Art. 52 da Lei de Execução Penal.** A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I – duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II – recolhimento em cela individual;

III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§1º. O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§2º. Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

proporcionalidade, evitando que tal medida seja desnecessária e desproporcional em relação às ações do detento.

4.3.6. Do Relatório

Do prazo para o encerramento do inquérito. O prazo para o término das investigações referentes ao inquérito policial não é definitivo, visto ter disposição em lei distintas, a depender do crime em questão e da dificuldade encontrada quando da realização das diligências para o alcance da *materialidade delitiva* e *indícios de autoria*.

Passaremos as diferentes disposições que tal elemento possui:

1) Código de Processo Penal – regra geral:

Afirma o art. 10, *caput* e §3º, do Código de Processo Penal:

Art. 10, *caput*, do Código de Processo Penal. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado do prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

[...]

§3º. Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

Portanto, é a disposição:

- a) **10 dias** (a contar da data da instauração do inquérito policial), se o indiciado estiver preso;
- b) **30 dias** (a contar da data da instauração do inquérito policial), se o indiciado estiver solto.

A prorrogação de tal prazo somente ocorrerá quando o fato for de *difícil elucidação* e o preso estiver solto. Na prática, porém, contata-se que no caso de difícil elucidação dos fatos e diante de preso que traria grande período à segurança pública é possível que, ainda que o indivíduo esteja preso, seja concedida a prorrogação.

2) Justiça Federal:

Afirma o art. 66 da Lei 5.010/66:

Art. 66 da Lei 5.010/66. O prazo para conclusão do inquérito policial será de quinze dias, quando o indiciado estiver preso, podendo ser prorrogado por mais quinze dias, a pedido, devidamente fundamentado, da autoridade policial e deferido pelo Juiz a que competir o conhecimento do processo.

Parágrafo único. Ao requerer a prorrogação do prazo para conclusão do inquérito, a autoridade policial deverá apresentar o preso ao Juiz.

Neste caso, portanto, em se tratando de crime cuja competência de análise é da Justiça Federal, o inquérito terá os seguintes prazos:

- 1) **15 dias**, se o indiciado estiver preso;
- 2) **30 dias**, se o indiciado estiver solto.

Em qualquer um dos prazos é possível a prorrogação pelo dobro do tempo se o indiciado estiver preso, ou seja, se preso o indiciado, poderá haver a prorrogação por mais 15 dias.

3) **Lei de drogas:**

Afirma o art. 51 da Lei 11.343/06:

Art. 51 da Lei de Drogas. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.

Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

Portanto, em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, são os prazos:

- a) 30 dias, se o indiciado estiver preso;
- b) 90 dias, se o indiciado estiver solto.

É possível que ambos os prazos sejam prorrogados pelo mesmo período, ou seja, se preso o indiciado, é possível que haja a prorrogação por mais 30 dias; se solto o indiciado, porém, é possível que haja a prorrogação por mais 90 dias.

4) **Lei de Crimes Contra a Economia Popular:**

Afirma o art. 10, §1º, da Lei 1.521/51:

Art. 10, §1º, da Lei 1.521/51. Os atos policiais (inquérito ou processo iniciado por portaria) deverão terminar no prazo de 10 (dez) dias.

Portanto, neste caso, independentemente da situação em que indiciado se encontra, o inquérito policial não poderá exceder 10 dias, não havendo qualquer possibilidade de prorrogação deste período.

5) **Prisão temporária e Crime Hediondo:**

Afirma o art. 2º, §4º, da Lei dos Crimes Hediondos:

Art. 2º, §4º, da Lei dos Crimes Hediondos. A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 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.

Neste caso, portanto, o prazo será de 30 dias, prorrogável por mais 30 dias.

Da contagem. Em relação à contagem deste prazo diverge a doutrina, sendo duas as correntes:

1) **Contagem material:** afirma o art. 10 do Código Penal:

Art. 10 do Código Penal. O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.

Os que defendem esta corrente, e são a maioria, entendem ser mais plausível a adoção de tal contagem, visto beneficiar o réu.

São adeptos desta corrente, por exemplo, Nucci e Tourinho Filho.

2) **Contagem processual:** afirma o art. 798, §1º, do Código de Processo Penal:

Art. 798, §1º, do Código de Processo Penal. Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento.

É adepto desta corrente, por exemplo, Julio Fabbrini Mirabete.

Do procedimento. Afirma o art. 10, §§1º e 2º, 11 e 23 do Código de Processo Penal:

Art. 10 do Código de Processo Penal. (...)

§1º. A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.

§2º. No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.

[...]

Art. 11 do Código de Processo Penal. Os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos do inquérito.

[...]

Art. 23 do Código de Processo Penal. Ao fazer arremessa dos autos do inquérito ao juiz competente, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, mencionando o juízo a que tiverem sido distribuídos, e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado.

Portanto, após a conclusão das investigações, ainda que não tenha a autoridade policial realizado todas as diligências que pretendia pelo esgotamento do prazo, sendo possível, inclusive, que não tenha sido coletados elementos suficientes para a constatação da *materialidade delitiva* e *indícios de autoria*, deverá o delegado fazer *minucioso relatório* do que foi apurado no inquérito policial, não podendo emitir qualquer tipo de *juízo de opinião ou de valor*, apenas transpondo os fatos, devendo justificar todas as diligências que não foram realizadas.

Os fatos deverão ser narrados de forma objetiva e descritiva, não havendo, como dito anteriormente, qualquer elemento/classificação jurídica que possa, de

qualquer forma, vincular o entendimento do Ministério Público e do Juiz. Além disso, poderá o delegado indicar testemunhas que não tenham sido inquiridas, bem como anexar nos autos os instrumentos do crime e objetos ligados a ele.

Em relação à destinação do relatório há uma **crítica**. A lei exige que o relatório seja enviado para o juiz competente. Aqueles que criticam tal ação afirmam que tal fato não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois fere a imparcialidade do processo, uma vez que o juiz nada poderá fazer com o relatório, senão enviá-lo ao Ministério Público (autor da ação). Por esse motivo, entende-se que seria mais adequado que o delegado remetesse o relatório imediatamente ao Ministério Público³⁸.

Em relação à Justiça Federal, já existe Resolução que dispõe sobre tal assunto³⁹. Em relação à Justiça Estadual, porém, é necessário a participação do Juiz no inquérito policial.

Ações do Ministério Público diante do relatório. São as providências que poderá tomar:

1) Oferecer a denúncia:

Neste caso, é necessário que entenda estarem constantes no inquérito policial a *materialidade delitiva e indícios de autoria*.

Convém informarmos que quando da denúncia, uma vez que o Ministério Público omite algum fato determinado ou algum dos indiciados sem justificativa expressa, entender-se-á ter ocorrido o *arquivamento implícito*.

2) Devolvê-lo à autoridade policial:

Afirma o art. 16 do Código de Processo Penal:

Art. 16 do Código de Processo Penal. O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindível ao oferecimento da denúncia.

Portanto, somente poderá ocorrer a *devolução à autoridade policial*, uma vez que o Ministério Público entender ser imprescindível para a formação da *opinio delicti* a realização de novas diligências. Nesse caso, é necessário que especifique à autoridade policial quais são as diligências exigidas, cabendo ao delegado fazê-las.

³⁸ **Art. 129 da Constituição Federal.** São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

³⁹ **Art. 2º da Resolução 63/2009 do Conselho da Justiça Nacional.** Os autos de inquérito policial, concluídos ou com requerimento de prorrogação de prazo para o seu encerramento, quando da primeira remessa ao Ministério Público Federal, serão previamente levados ao Poder Judiciário tão-somente para o seu registro, que será efetuado respeitando-se a numeração de origem atribuído na Polícia Federal.

3) Requerer a permanência dos autos em cartório:

Afirma o art. 19 do Código de Processo Penal:

Art. 19 do Código de Processo Penal. Nos crimes em que não couber ação pública, os autos do inquérito serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado.

Nesse caso, poderá o Ministério Público requerer a permanência dos autos em cartório, tratando-se de *ação privada*.

4) Requerer a remessa dos autos ao juízo competente:

Poderá o Ministério Público requerer que os autos sejam remetidos ao juízo competente, uma vez que a investigação do crime seja de competência exclusiva de determinado âmbito da justiça (estadual ou federal, por exemplo). Nesse caso, denominar-se-á *arquivamento indireto*.

5) Requerer o arquivamento do inquérito:

Por julgar não ter apresentado o inquérito a *materialidade delitiva* e os *indícios de autoria*, sendo, portanto, impossível o oferecimento da denúncia ou quando há a *extinção da punibilidade*. Nesses casos, denomina-se *arquivamento direto ou explícito*.

4.3.7. Do Arquivamento

Do pedido de arquivamento. Para tanto, é necessário que se observe o procedimento disposto em lei:

Art. 17 do Código de Processo Penal. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

[...]

Art. 28 do Código de Processo Penal. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

O pedido de arquivamento deverá ser expresso, sendo o procedimento para tanto:

- a) Como não é possível que a autoridade policial archive o inquérito policial, é necessário que este seja requerido ao juiz competente. Este poderá:
 - a. Deferir o requerimento, havendo o *arquivamento* do inquérito policial e, portanto, a interrupção das investigações;

- b. Indeferir o requerimento. Nesse caso, remeterá o inquérito policial ao chefe do Ministério Público⁴⁰. Este terá as seguintes opções:
 - i. Manter o pedido de arquivamento, sem que este seja submetido ao crivo do juiz novamente;
 - ii. Denuncia ele próprio ou nomeia outro órgão do Ministério Público, não sendo possível que este se recuse a apresentar a denúncia.

Em se tratando de pedido de arquivamento por atipicidade da conduta ou prescrição da pretensão punitiva, porém, será necessário que este seja analisado pelo Tribunal de Justiça.

Do desarquivamento do inquérito policial. Primeiramente, citemos a Súmula nº 524 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula nº 524 do Supremo Tribunal Federal. Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.

Além dessa súmula, convém observarmos a disposição do art. 18 do Código de Processo Penal:

Art. 18 do Código de Processo Penal. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

Em se tratando de arquivamento por ausência de elementos suficientes que comprovem a *materialidade delitiva* ou os *indícios de autoria*, poderá o delegado requerer o “desarquivamento” do inquérito policial, uma vez que tenha notícia de outras provas, ou seja, somente poderá haver a continuação das investigações, uma vez que surjam provas novas.

Segundo Edilson Mougenot, são os três critérios fixados pela jurisprudência:

- a) As provas devem ser formalmente novas, isto é, é necessário que apresentem fatos anteriormente desconhecidos;
- b) É necessário que as provas sejam substancialmente novas, isto é, convém que tenham idoneidade para alterar o juízo anteriormente proferido sobre a desnecessidade da persecução penal;
- c) A prova deverá ser apta a produzir alteração no panorama probatório dentro do qual foi concebido e acolhido o pedido de arquivamento.

Portanto, não há o que se falar em “desarquivamento” de inquérito policial que assim se condicionou por atipicidade da conduta ou por extinção da punibilidade.

⁴⁰ Câmara de Coordenação e Revisão, se no âmbito federal, ou o Procurador-Geral de Justiça, no âmbito estadual.

Tipos de arquivamento. Como já dito anteriormente, são três os tipos de arquivamento:

- 1) **Arquivamento direto ou explícito:** ocorre quando o Ministério Público não reconhece elementos suficientes para a proposta da ação penal, pedindo o arquivamento e/ou a extinção da punibilidade;
- 2) **Arquivamento indireto:** ocorre quando o Ministério Público requer que o inquérito policial seja remetido ao juízo competente, tratando-se de crime cuja competência é específica de determinada Justiça;
- 3) **Arquivamento implícito:** ocorre quando o Ministério Público omite da denúncia determinados fatos que foram investigados, bem como quando não cita determinado indiciado, sem que haja qualquer justificativa.

Do trancamento do inquérito policial. Trata-se da extinção do inquérito policial que se mostre *abusivo/arbitrário* ou que cause constrangimento ao acusado, por meio da impetração de *habeas corpus*.

Pergunta-se, neste caso, quem será a autoridade coatora responsabilizada pelos abusos. Este fato dependerá de quem foi, efetivamente, o instaurador desse inquérito. Portanto, sendo o delegado, este será acusado pelo abuso, sendo julgado em 1ª instância, visto não haver prerrogativa de foro; sendo o inquérito, porém, instaurado por meio de requerimento do Ministério Público ou Juiz, responsabilizados serão, havendo o julgamento pela 2ª instância, visto haver prerrogativa de foro.

4.3.8. Inquérito Policial e Juizados Especiais

Afirmam os arts. 69, *caput*, e 77, §1º, da Lei 9.099/95:

Art. 69, *caput*, da Lei dos Juizados Especiais. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

[...]

Art. 77, §1º, da Lei dos Juizados Especiais. Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

Nesse caso, sendo o crime de pequena monta, não há o que se falar em inquérito policial, mas em *Termo Circunstanciado* (TC), que narrará de forma *suscinta* os fatos, com a indicação da vítima, do autor do fato e das testemunhas, seguindo um boletim médico ou prova equivalente, dispensando exame de corpo de delito.

O acusado livra-se solto, ou seja, livra-se da prisão em flagrante, uma vez que se comprometa a comparecer em juízo nos atos do processo.

4.4. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória

4.4.1. Introdução

Legislação. Têm sua disposição nos arts. 282 a 350 do Código de Processo Penal.

Conceito. Segundo Guilherme de Souza Nucci, trata-se da *privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere.*

Tipos de prisão: São três os tipos de prisão:

1) Prisão extrapenal:

Trata-se da prisão sem caráter penal, como as prisões civis.

Nesse sentido, é a disposição do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 25, criada a partir da análise do RE 466.343-1/SP⁴¹:

Art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia⁴² e a do depositário infiel.

Súmula Vinculante nº 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito⁴³.

2) Prisão administrativa:

Convém citarmos a *prisão administrativa*, apesar de que não mais vige no Ordenamento Jurídico Brasileiro, visto não ter sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Afirmava o art. 319 do Código de Processo Penal anteriormente à alteração realizada pela Lei 12.403/2011:

⁴¹ I – **Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos**

Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente.

O art. 7º (nº 7), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, dispõe desta forma:

“Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

⁴² **Art. 528 do Código de Processo Civil.** No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

[...]

§3º. Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do §1º, decretará a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§4º. A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.

⁴³ **Súmula nº 419 do Superior Tribunal de Justiça.** Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel.

Art. 319 do Código de Processo Penal (Texto Original). A prisão administrativa terá cabimento:

I – contra remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam;

II – contra estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional;

III – nos demais casos previstos em lei.

§1º. A prisão administrativa será requisitada à autoridade policial nos casos dos ns. I e III, pela autoridade que a tiver decretado e, no caso do no. II, pelo cônsul do país a que pertença o navio.

§2º. A prisão dos desertores não poderá durar mais de três meses e será comunicada aos cônsules.

§3º. Os que forem presos à requisição de autoridade administrativa ficarão à sua disposição.

Portanto, tratava-se de prisão originária de uma ordem administrativa.

3) Prisão provisória/cautelar/processual:

Trata-se da prisão que visa garantir a eficácia do inquérito policial ou do processo penal, não se baseando, portanto, na *culpabilidade* do agente. Pode ser definida como uma medida coativa cautelar pessoal que implica uma provisória limitação da liberdade, em um estabelecimento penitenciário, de uma pessoa contra quem, embora considerada juridicamente inocente, se formula uma imputação de ter cometido um delito de especial gravidade, decretada motivadamente por um órgão jurisdicional, na fase investigatória ou no curso do processo penal, em caráter excepcional e com duração limitada, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória penal, para garantir o desenvolvimento do processo penal de cognição e de execução e, segundo tendência geral da legislação continental, para evitar uma tríade clássica de fatores de risco: (a) *de ocultação, alteração ou destruição das fontes de prova ou de colocação em perigo da vítima e outros sujeitos processuais*; (b) *de fuga*; (c) *de reiteração delitiva*⁴⁴. Convém mencionarmos que se trata da exceção, visto que é regra a *liberdade provisória* durante o processo, visto determinação do *Princípio da Presunção de Inocência*.

Paira sobre tal *prisão* a discussão acerca do momento em que esta poderá ocorrer.

Como bem sabemos, o STF vem de reiteradas decisões alternativas em relação à consideração do início da prisão para o cumprimento efetivo de pena, sendo a última fixação referente à condenação em segunda instância (HC 126.292/SP e ADCs 43 e 44). Portanto, atualmente, a prisão provisória pode ser executada até a

⁴⁴ Texto disponível em: <https://tj-ac.jusbrasil.com.br/noticias/100035057/artigo-da-semana-presos-provisorio-deve-participar-das-eleicoes?ref=topic_feed>

condenação em 2ª instância. Posteriormente a este momento, tratar-se-á de *prisão penal*.

4) **Prisão penal:**

Trata-se da prisão destinada ao cumprimento de pena proferida por sentença condenatória transitada em julgado, tendo como fundamento, portanto, a culpabilidade do agente. Nesse tipo, não há o que se falar em *Princípio da Presunção de Inocência*, visto já ter sido proferida sentença condenatória, uma vez que o juiz entendeu, pela disposição dos fatos apresentados no processo, ter sido o réu culpado pelos crimes a ele imputados.

Dados das prisões no Brasil. Segundo disposição do *Banco Nacional de Mandados de Prisão*, o Brasil possui, atualmente, aproximadamente 600.000 presos, sendo que 95% deles são homens e 5% são mulheres.

Destas prisões, vê-se como as principais causas o cometimento dos crimes de roubo (27%), tráfico de drogas (24%), homicídio (11%), furto (8%), posse, disparo e comércio de arma de fogo ilegal (4%) e estupro (3%).

Quanto à natureza penal, 40% são presos provisórios, 24% são condenados em execução provisória e 35% são condenados em execução definitiva.

Quanto ao tipo de regime, 74% cumprem a pena em regime fechado, 24% cumprem a pena em regime semiaberto e 1% cumpre a pena em regime aberto.

4.4.2. **Das Garantias Constitucionais dos Presos**

São elas, segundo disposição da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos:

1) **Prisão e ordem judicial:**

Afirma o art. 5º, LXI, da Constituição Federal:

Art. 5º, LXI, da Constituição Federal. 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.

Portanto, todas as prisões deverão ocorrer mediante *ordem escrita e fundamentada*, salvo nos casos de *flagrante delito* (art. 301 e ss. do Código de Processo Penal).

2) **Liberdade provisória:**

Afirma o art. 5º, LXVI, da Constituição Federal:

Art. 5º, LXVI, da Constituição Federal. Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Portanto, não haverá prisão quando a lei permitir a liberdade provisória.

Convém destacarmos que o dispositivo apresenta redação falha. Não se trata apenas de pena com ou sem fiança, mas em pena com ou sem *medida cautelar* (arts. 321 e ss. do Código de Processo Penal), sendo a fiança uma dessas medidas cabíveis. Faz-se, nesse caso, portanto, uma *interpretação extensiva*.

3) **Cumprimento de pena em estabelecimentos distintos:**

Afirma o art. 5º, XLVIII, da Constituição Federal:

Art. 5º, XLVIII, da Constituição Federal. A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Portanto, é dever dos presos o cumprimento da pena em alas da penitenciária em que se concentram indivíduos que se assemelham quanto à natureza do delito, a idade e o sexo.

4) **Integridade física e moral do preso:**

Afirma o art. 5º, XLI, da Constituição Federal:

Art. 5º, XLI, da Constituição Federal. A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Aqui, veda-se qualquer disposição que gere danos à integridade física e moral do preso, ou seja, não é possível por exemplo, que estes permaneçam em local inapropriado/insalubre/desumano, bem como é vedada a atuação violenta dos policiais em casos em que o preso não demonstra periculosidade considerável. Por esse motivo, inclusive, toda pessoa que for presa deverá, imediatamente, ser submetida a *exame de corpo de delito*.

Convém citarmos a Súmula Vinculante nº 11:

Súmula Vinculante nº 11. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

5) **Comunicação imediata da prisão ao Juiz competente e ao Ministério Público:**

Afirma o art. 5º, LXII, da Constituição Federal, sendo no mesmo sentido o art. 306 do Código de Processo Penal:

Art. 5º, LXII, da Constituição Federal. 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 indiciada.

Evitando-se qualquer possibilidade de cerceamento dos direitos fundamentais do preso, diante da prisão, é necessário que a autoridade policial comunique ao Juiz e à família do preso o local onde este se encontra, salvo nos casos de *incomunicabilidade por interesse coletivo ou conveniência da investigação*.

6) Direito à informação de seus direitos:

Afirma o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal:

Art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Portanto, é necessário que a autoridade policial, bem como o juiz competente, quando da investigação ou das audiências, informe ao réu seus direitos, sendo-lhe reservado o direito de permanecer em silêncio (Princípio do *nemo tenetur se detegere*), além da assistência da família e de advogado (vide tópico 4.3.5. Das Diligências, item 5) Ouvir o indiciado).

Em relação ao direito à assistência de advogado, não havendo advogado o investigado, será remetida cópia integral da prisão à Defensoria Pública⁴⁵.

7) Relaxamento da prisão ilegal:

Afirma o art. 5º, LXV, da Constituição Federal:

Art. 5º, LXV, da Constituição Federal. A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

8) Identificação dos responsáveis pela prisão:

Afirma o art. 5º, LVIII, da Constituição Federal:

Art. 5º, LVIII, da Constituição Federal. O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

Como vimos anteriormente, não poderá a autoridade policial executar a identificação criminal do indiciado, uma vez que seja possível sua identificação civil, salvo nos casos em que:

- a) O documento apresente rasura ou tenha indício de falsificação;
- b) O documento apresentado seja insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;
- c) O indiciado porte documentos de identidades distintos, com informações conflitantes entre si;
- d) A identificação criminal for essencial às investigações policiais;
- e) Constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
- f) O estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

⁴⁵ **Art. 306, §1º, do Código de Processo Penal.** Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

4.4.3. Do Momento da Prisão e da Inviolabilidade do Domicílio

Afirma o art. 283, §2º, do Código de Processo Penal:

Art. 283, §2º, do Código de Processo Penal. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

Portanto, vê-se que a prisão poderá ocorrer *em qualquer dia* e a *qualquer hora*, uma vez que se respeite os dispositivos referentes à inviolabilidade do domicílio.

Primeiramente, convém que conceituemos a palavra *domicílio*. Para tanto, citemos trechos de acórdãos do STF:

Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a **qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado** (CP, art. 150, §4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel (STF – RHC: 90376 RJ, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 03/04/2007, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 1-05-2007 PP-0011 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RT v. 96, n. 964, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147).

Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a **qualquer compartimento privado não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade** (CP, art. 150, §4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, “embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita” (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes (STF – HC: 103325 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 03/04/2012. Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

Portanto, entende-se casa como *qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado*, bem como *qualquer compartimento privado não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade*. Diante dessa definição, podemos citar como exemplos de casa, além da casa propriamente dita: escritório profissional, consultório médico, quarto de hotel ou motel, empresas, lojas etc.

Em relação à *inviolabilidade do domicílio*, afirma o art. 5º, XI, da Constituição Federal:

Art. 5º, XI, da Constituição Federal. A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

São, portanto, quatro motivos que permitem a violação do domicílio. Em relação ao Direito Penal e Processual Penal, é importante frisarmos em dois deles, quais sejam:

1) Prisão em flagrante:

Afirma o art. 150, §3º, II, do Código Penal:

Art. 150, §3º, do Código Penal. Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

[...]

II – a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

Nesse caso, inclusive, não é necessário que haja mandado de prisão.

2) Prisão com ordem judicial:

Afirma o art. 293, *caput*, do Código de Processo Penal:

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

Portanto, à vista do mandado de prisão, cabe à autoridade policial e aos agentes policiais intimar ao morador da casa que entregue o réu.

Se a recusa ocorrer durante o dia, poderá incidir aquele que se negar a entregar nos crimes dispostos nos arts. 329, 330 e 348 do Código Penal (*Resistência, Desobediência e Favorecimento Pessoal*, respectivamente).

Nesse sentido é o parágrafo único do artigo anteriormente citado:

Art. 293, parágrafo único, do Código de Processo Penal. O morador que se recusar a entregar o réu oculto em sua casa será levado à presença da autoridade, para que se proceda contra ele como for de direito.

Além disso, caberá à autoridade policial convocar duas testemunhas para a ciência deste fato, arrombando as portas, se preciso, para a realização da prisão.

Se, contudo, a recusa ocorrer durante a noite, não haverá crime algum, visto que o texto da lei é claro em afirmar que a prisão somente poderá ocorrer, mediante apresentação de mandado, durante o dia. Portanto, neste caso, deverá a autoridade policial guardar todas as saídas da casa, tornando-a incomunicável, devendo esperar até que amanheça o dia, realizando, então, a prisão.

Convém que informemos o tempo que delimita o que se entende por dia. São duas as correntes, não havendo pacificação quanto à utilização correta de um das duas:

- 1) *Critério físico-astronômico*: trata-se do período compreendido entre a aurora e o pôr do sol;
- 2) *Critério objetivo*: trata-se do período compreendido entre as 6h da manhã e as 18h.

Por fim, citemos uma exceção à regra. Afirma o art. 236 da Lei 4.737/65:

Art. 236 da Lei 4.737/65. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 28 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

Portanto, em período de eleição, não é possível que se prenda os eleitores nos cinco dias anteriores e 2 dias posteriores à realização desta, salvo no caso de *flagrante delito, sentença criminal condenatória por crime inafiançável* ou *desrespeito a salvo-conduto*.

4.4.4. Da Prisão Especial

Conceito e configuração. Primeiramente, convém que expliquemos o que é, de fato, a *prisão especial*. Para tanto, convém que observemos o disposto nos §§ 1º a 5º do art. 295 do Código de Processo Penal:

Art. 295 do Código de Processo Penal. (...)

§1º. A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum.

§2º. Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.

§3º. A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.

§4º. O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum.

§5º. Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum.

Portanto, a *prisão especial* configura-se pelo recolhimento do preso provisório/ cautelar em local separado dos presos comuns ou, não havendo estabelecimento específico, em celas distintas do mesmo estabelecimento.

Além disso, a *prisão especial* garante ao preso o transporte separado dos presos comuns, somente sendo transportado, portanto, juntamente com outros presos especiais.

A quem se aplica. Explicado no que se consiste a *prisão especial*, convém que elenquemos os indivíduos que possuem tal direito. Nesse sentido, afirma o art. 295,

caput e incisos, do Código de Processo Penal, art. 7º, V, da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB), art. 18, II, e, da Lei Complementar 75/93, art. 33, III, da Lei Complementar 35/79 e art. 1º da Lei 3.988/61:

Art. 295 do Código de Processo Penal. Serão recolhidos a quarteis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:

I – os ministros de Estado;

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

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

IV – os cidadãos inscritos no “Livro de Mérito”;

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

VI – os magistrados;

VII – os diplomatas por qualquer das faculdades superiores da República;

VIII – os ministros de confissão religiosa;

IX – os ministros do Tribunal de Contas;

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

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

Art. 7º do Estatuto da OAB. São direitos do advogado:

[...]

V – não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, ~~assim reconhecidas pela OAB~~⁴⁶, e, na sua falta, em prisão domiciliar.

Art. 18 da Lei Complementar 75/93. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União:

[...]

II – processuais:

e) ser recolhido à prisão especial ou à sala especial de Estado-Maior, com direito a privacidade e à disposição do tribunal competente para o

⁴⁶ Revogado pela ADIN 1.127-8.

juízo, quando sujeito a prisão antes da decisão final; e a dependência separada no estabelecimento em que tiver de ser cumprida a pena.

Art. 33 da Lei Complementar 35/79. São prerrogativas do magistrado:

[...]

III – ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final.

Art. 1º da Lei 3.988/61. Aos pilotos de aeronaves mercantes nacionais, que já tiverem exercido efetivamente as funções de comando, estende-se a regalia concedida pelo art. 295 do Código de Processo Penal.

É de se notar, portanto, não ser o art. 295 do Código de Processo Penal um dispositivo taxativo, mas exemplificativos, abrangendo indivíduos nele não previstos. São, logo, os favorecidos por tal norma:

- 1) Ministros de Estado;
- 2) Governadores ou interventores de Estados ou Territórios;
- 3) Prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários;
- 4) Prefeitos municipais;
- 5) Vereadores;
- 6) Chefes de Polícia;
- 7) Cidadãos que tenham seu nome inscrito no “Livro de Mérito”;
- 8) Oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;
- 9) Magistrados;
- 10) Diplomados;
- 11) Ministros do Tribunal de Contas;
- 12) Cidadãos que já exerceram função de jurado;
- 13) Delegados de Polícia;
- 14) Guardas-civis dos Estados e Territórios;
- 15) Advogados;
- 16) Membros do Ministério Público;
- 17) Pilotos de aeronaves mercantes nacionais;
- 18) ...

Da cessação da prisão especial. A prisão especial cessará com o início do cumprimento de pena por parte do condenado (2ª instância ou trânsito em julgado?), devendo este ser encaminhado para cela em conjunto com os presos comuns.

4.4.5. Do Mandado de Prisão

Afirmam os arts. 285 a 289-A, art. 291, 297 e 299 do Código de Processo Penal:

Art. 285 do Código de Processo Penal. A autoridade que ordenar a prisão fará expedir o respectivo mandado.

Parágrafo único. O mandado de prisão:

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

Art. 286 do Código de Processo Penal. O mandado será passado em duplicata, e o executor entregará ao preso, logo depois da prisão, um dos exemplares com declaração do dia, hora e lugar da diligência. Da entrega deverá o preso passar recibo no outro exemplar, se recusar, não souber ou não puder escrever, o fato será mencionado em declaração, assinada por duas testemunhas.

Art. 287 do Código de Processo Penal. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado.

Art. 288 do Código de Processo Penal. Ninguém será recolhido à prisão, sem que seja exibido o mandado ao respectivo diretor ou carcereiro, a quem será entregue cópia assinada pelo executor ou apresentada a guia expedida pela autoridade competente, devendo ser passado da entrega do preso, com declaração de dia e hora.

Parágrafo único. O recibo poderá ser passado no próprio exemplar do mandado, se este for o documento exibido.

Art. 289 do Código de Processo Penal. Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.

§1º. Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada.

§2º. A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação.

§3º. O juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida.

Art. 289-A do Código de Processo Penal. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade.

§1º. Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.

§2º. Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do *caput* deste artigo.

§3º. A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do

registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou.

§4º. O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública.

§5º. Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no §2º do art. 290 deste Código.

§6º. O Conselho Nacional de Justiça regulamentará o registro do mandado de prisão a que se refere o caput deste artigo.

Art. 290 do Código de Processo Penal. Se o réu, sendo perseguido, passar ao território de outro município ou comarca, o executor poderá efetuar-lhe a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade local, que, depois de lavrado, se for o caso, o auto de flagrante, providenciará para a remoção do preso.

§1º. Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando:

- a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;
- b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.

§2º. Quando as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade da pessoa do executor ou da legalidade do mandado que apresentar, poderão pôr em custódia o réu, até que fique esclarecida a dúvida.

Art. 291 do Código de Processo Penal. A prisão em virtude de mandado entender-se-á feita desde que o executor, fazendo-se conhecer do réu, lhe apresente o mandado e o intime a acompanhá-lo.

[...]

Art. 297 do Código de Processo Penal. Para o cumprimento de mandado expedido pela autoridade judiciária, a autoridade policial poderá expedir tantos outros quantos necessários às diligências, devendo neles ser fielmente reproduzido o teor do mandado original.

[...]

Art. 299 do Código de Processo Penal. A captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por qualquer meio de comunicação, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta.

Aplicação. O mandado será aplicado em qualquer prisão, exceto nas que forem realizadas quando em estado de defesa, estado de sítio ou em prisões em flagrante.

Elementos do mandado de prisão. São os elementos que deverão constar no mandado:

- 1) Lavratura feita pelo escrivão e assinado pela autoridade;
- 2) Designação da pessoa que deverá ser presa (nome, alcunha ou sinais característicos);
- 3) Menção da infração penal que motiva a prisão;
- 4) Declaração do valor da fiança, em se tratando de crime afiançável;
- 5) Direção a quem tiver qualidade para executar o mandado.

Apresentação do mandado. Quando da prisão, deverá ser passado em duplicata, sendo entregue uma das cópias para o preso.

A apresentação do mandado ao preso é obrigatória, salvo nos casos de crime inafiançável, situação em que o preso deverá ser apresentado imediatamente ao juiz que expediu a ordem.

Preso em local diverso. Uma vez que o preso esteja em território brasileiro, porém em local diverso de onde tenha sido expedido o mandado, poderá a prisão ser realizada:

- 1) Por carta *precatória*, devendo constar o inteiro teor do mandado;
- 2) Por requisição realizada por qualquer meio de comunicação. Nesse caso, deverá constar (a) o motivo da prisão e (b) o valor da fiança.

Sendo o indivíduo preso em local diverso, deverá o juiz processante providenciar sua remoção para o local onde fora expedido o mandado em um período de 30 dias.

Sobre tal assunto, afirma Edilson Mougenot:

Frise-se que o prazo de 30 (trinta) dias é estabelecido para que o juiz providencie a remoção, e não para que esta efetivamente ocorra, o que dependerá muitas vezes do sistema de administração penitenciária e de outros órgãos, que zelarão pela segurança e eficiência no deslocamento do preso.

Possíveis ações da autoridade policial. Diante da execução do mandado, poderá a autoridade policial:

- 1) Tirar quantas cópias do mandado forem necessárias para o cumprimento da prisão;
- 2) Se inafiançável o crime, poderá requisitar à outra autoridade a captura do indivíduo por qualquer meio de comunicação.

Da resistência à prisão. Afirmam os arts. 284, 292 e 293 do Código de Processo Penal:

Art. 284 do Código de Processo Penal. Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.

[...]

Art. 292 do Código de Processo Penal. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parte, bem como mulheres durante o período de puerpério imediato.

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

Em relação ao artigo 292, havendo a resistência à prisão, ainda que de terceiro, poderá a autoridade policial e seus agentes utilizarem dos meios necessários para se defender ou para vencer a resistência. Nesse caso, é necessário que o uso da força seja justificado e provado através da lavratura do auto com a assinatura de duas testemunhas.

Em relação ao artigo 293, porém, já mencionado quando o *momento da prisão*, a resistência será dividida entre os períodos do dia. Se apresentado o mandado e, ainda assim, não entregar o morador aquele que é *alvo* da ação policial, poderão os agentes, arrombando as portas, adentrarem a propriedade e realizar a prisão.

Se a resistência se der no período noturno, porém, nada poderá fazer a autoridade policial e seus agentes, devendo tornar a casa incomunicável, esperando pelo dia para a realização da prisão. Nesse caso, amanhecendo o dia, não é necessário que, novamente, requeira ao morador que entregue o indivíduo, sendo possível que arrombe as portas de imediato.

Da perseguição e da prisão em território de outro município ou comarca. Quando ocorrer uma perseguição, ou seja, (1) quando avistar o perseguido, permanecer em seu encalço, ainda que depois o tenha perdido de vista ou (2) sabendo que o réu tinha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço, e esta se deslocar até outro município ou comarca, poderá a autoridade policial realizar a prisão nestes locais, sem infração de competência, levando-o até a autoridade local. Nesse caso, a prisão ocorrerá no local onde for feita, porém o inquérito continuará no local onde ocorreram os fatos criminosos.

Banco de dados do Conselho Nacional de Justiça. Afirma o art. 289-A do Código de Processo Penal:

Art. 289-A do Código de Processo Penal. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade.

§1º. Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.

§2º. Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo.

§3º. A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou.

§4º. O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública.

§5º. Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no §2º do art. 290 deste Código.

§6º. O Conselho Nacional de Justiça regulamentará o registro do mandado de prisão a que se refere o caput deste artigo.

Trata-se da criação do *Banco Nacional de Monitoramento de Presos* (BNMP), criado pela Resolução 137/2011 do CNJ. Segundo a disposição do artigo acima referido, o mandado expedido pela autoridade judiciária deverá ser registrado junto ao Conselho Nacional de Justiça. Dessa forma, poderá a prisão ocorrer em qualquer local do Brasil, devendo haver a sua identificação no registro e a remoção do preso para o local da expedição do mandado posteriormente à prisão.

Não havendo registro, poderá a autoridade policial que o fizer, assegurando a veracidade da ordem prisional, comunicar ao juiz e realizar o devido registro.

Tal sistema tem como objetivo a unificação das informações referentes aos presos, sendo possível que mandado e a prisão sejam executados em qualquer local do território brasileiro.

Mandado de prisão no estrangeiro. Trata-se de mandado registrado como *red notice* (notícia/difusão vermelha) pelas autoridades competentes nacionais ou tribunais penais internacionais perante a Interpol (*International Police Cooperation*). A Interpol trata-se da cooperação entre diversos órgãos policiais dos países de todo o mundo. Dessa forma, o mandado divulgado através do seu banco de registro poderá ser cumprido em qualquer país em que haja a atuação desta corporação policial.

4.4.6. Da Prisão em Flagrante

4.4.6.1. Introdução

Origem. Introduce Edilson Mougenot:

Em razão da etimologia do termo “flagrante”, do latim *flagrare* (queimar) e *flagrantes* (ardente, abrasador, que queima), a doutrina costuma definir prisão em flagrante como detenção do indivíduo no momento de maior certeza visual da prática do crime. Esse conceito, contudo, não abarca todas as hipóteses de flagrante.

Conceito. Trata-se da prisão do indivíduo flagrado diante do cometimento de ilícito penal ou diante da presunção de que tenha, justificadamente, cometido crime à pouco, realizada sem que seja necessária a apresentação de *mandado*⁴⁷, em decorrência da tutela/autodefesa da sociedade.

Objetivo. A prisão em flagrante tem os seguintes objetivos:

- 1) Evitar a fuga do agente;
- 2) Auxiliar na colheita de elementos informativos para a configuração do *inquérito policial*;
- 3) Impedir a consumação do delito, quando ainda não praticado, ou de seu exaurimento, quando já iniciada a execução do crime.

Natureza jurídica. Há divergência na doutrina, sendo as posições:

- 1) Espécie de prisão cautelar – Tourinho Filho – posição predominante;
- 2) Medida pré-cautelar – Luiz Flávio Gomes e Renato Brasileiro;
- 3) Ato administrativo – Walter Nunes da Silva Júnior;
- 4) Prisão penal cautelar administrativa – José Frederico Marquês.

Sujeito ativo. Afirma o art. 301 do Código de Processo Penal:

Art. 301 do Código de Processo Penal. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Diante do disposto em tal artigo, é possível que dividamos tal elemento em dois outros:

- 1) **Flagrante facultativo:** trata-se do flagrante delito executado por qualquer do povo;
- 2) **Flagrante obrigatório/compulsório/coercitivo:** trata-se do flagrante delito executado pelas autoridades policiais e seus agentes.

Sujeito passivo. Em regra, qualquer pessoa poderá ser alvo da prisão em flagrante, salvo os indivíduos elencados a seguir:

- 1) **Menores de 18 anos:** submetidos às regras do ECA;

⁴⁷ **Art. 5º, LXI, da Constituição Federal.** Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

- 2) **Diplomatas estrangeiros:** em decorrência dos tratados internacionais firmados pelo Brasil;
- 3) **Presidente da República:** afirma o art. 86, §3º, da Constituição Federal:

Art. 86, §3º, da Constituição Federal. Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito à prisão.

- 4) **Condutor de veículo que prestar socorro à vítima:** afirma o art. 301 da Lei 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro:

Art. 301 do Código de Trânsito Brasileiro. Ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se importará a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela.

- 5) **Aquele que se apresenta à autoridade policial:** não existe a prisão em flagrante por apresentação do agente;

- 6) **Se cometerem crimes afiançáveis:**

- a. **Senadores e deputados federais:** afirma o art. 53, §2º, da Constituição Federal:

Art. 53, §2º, da Constituição Federal. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

- b. **Deputados estaduais:** previsto nas Constituições Estaduais;

- c. **Membros do Ministério Público:** afirma o art. 40, III, da LONMP:

Art. 40 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica:

[...]

III – ser preso somente por ordem judicial escrita, salvo em flagrante delito de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará, no prazo máximo de vinte e quatro horas, a comunicação e a apresentação do membro do Ministério Público ao Procurador-Geral de Justiça.

- d. **Magistrados:** afirma o art. 33, II, da LOMAN:

Art. 33 da Lei Orgânica da Magistratura. São prerrogativas do magistrado:

[...]

II – não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do Órgão Especial competente para o julgamento, salvo em flagrante delito de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado (VETADO).

e. Advogados: afirma o art. 7º, §3º, da Lei 8.906/94:

Art. 7º, §3º, do Estatuto do Advogado. O advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo.

Duração. Afirmam os §§1º e 2º do art. 306 do Código de Processo Penal:

Art. 306 do Código de Processo Penal. (...)

§1º. Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§2º. No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, como o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

Apesar de a legislação não informar diretamente o prazo para a finalização da prisão em flagrante, toma-se como base o prazo para a realização de suas diligências, qual seja, 24 horas. Nesse período, é necessário que a autoridade policial:

- 1) Encaminhe o auto de prisão em flagrante ao juiz competente;
- 2) Entregue a nota de culpa ao preso;
- 3) Avise a Defensoria Pública quando da não presença de advogado.

4.4.6.2. Espécies de Prisão em Flagrante

Afirma o art. 302 do Código de Processo Penal:

Art. 302 do Código de Processo Penal. Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

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

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

Portanto, são as espécies:

1) Flagrante próprio/perfeito/real/prpriamente dito:

Trata-se do texto disposto nos incs. I e II, ou seja, trata-se da situação em que o agente:

- a) É pego cometendo o crime, de fato; ou
- b) É pego imediatamente quando da consumação do crime.

2) Flagrante impróprio/imperfeito/irreal/quase flagrante:

Trata-se do flagrante disposto no inc. III. Neste, o indivíduo é pego:

- a) Logo após ter cometido a infração (requisito temporal);
- b) Posteriormente à *perseguição* (requisito de atividade);
- c) Presumindo-se ter sido o autor do crime (requisito circunstancial).

3) Flagrante presumido/ficto/assimilado:

Trata-se do disposto no inc. IV. Aqui, o agente é pego:

- a) Logo depois de ter cometido a infração;
- b) Presumindo-se ser o autor do crime, visto ter sido encontrado com ele instrumentos, armas, objetos ou papeis que indicam ter sido ele o sujeito ativo do delito;
- c) Não se exige ter sido o agente *perseguido*.

4) Flagrante preparado/provocado/crime de ensaio/delito de experiência/delito putativo por obra do agente provocador:

Trata-se do cometimento do crime em decorrência de ação do agente policial que instigue o sujeito alvo a cometê-lo.

Em relação a tal elemento, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Súmula nº 145 do Supremo Tribunal Federal. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

Acarretará, portanto, em *crime impossível pela ineficácia absoluta do meio empregado*, qual seja, a ação do agente provocador. Ou seja, para que seja possível tal artifício, é necessário que o delito não se dê diretamente em decorrência da *preparação*, mas por motivo diverso.

Podemos citar como exemplo e como exceção o que ocorre na Lei de Tóxicos. Ainda que seja ensaiada a ação policial, não poderá o vendedor de drogas ser preso pela incidência no tipo *vender* do art. 33 da Lei de Tóxicos⁴⁸, uma vez que agente policial se passe por comprador, esperando-se o cometimento de tal ilícito. Nada impede, porém, que seja preso em flagrante pela incidência dos tipos *trazer consigo* ou *ter em depósito*.

⁴⁸ **Art. 33, caput, da Lei de Tóxicos.** Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

5) **Flagrante esperado:**

Ocorre quando a polícia, por ação prévia da própria polícia ou informação concedida por terceiro, sabe do possível cometimento de um crime. Nesse caso, dirige-se ao local e, aguardando a sua execução, efetua a prisão em flagrante.

Nota-se que nesse caso não há o que se falar em *agente provocador*.

6) **Flagrante prorrogado/protelado/retardado/diferido/de ação controlada:**

Como sabemos, segundo o Princípio da Oficiosidade, cabe à autoridade policial, quando da ciência da prática de ato ilícito, realizar as ações necessárias para efetuar a prisão dos agentes. Excepcionalmente, porém, poderá a autoridade policial, ciente do cometimento de um crime, entender não ser o momento oportuno para a realização da prisão, visto ser possível que acarrete no encerramento das ações policiais sem que seja atingido o resultado esperado.

São exemplos:

Art. 8º, caput, da Lei 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado). Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

[...]

Art. 9º da Lei 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado). Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

Art. 53 da Lei 11.343/2006 (Lei de Tóxicos). Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

[...]

II – a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem em 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.

7) **Flagrante forjado/fabricado/maquiado/urdido:**

Trata-se da ocasião em que o agente policial ou particular forja a incriminação do indivíduo, recolhendo-o em flagrante, induzindo as autoridades a erro. Não se trata de flagrante, visto a ilegalidade.

Sendo executado por agente policial, cometerá o crime de *abuso de autoridade* (Lei 4.898/65); sendo executado por particular, porém, cometerá o crime de *denúncia caluniosa* (art. 339 do Código Penal).

Para que se evite tais ocorrências, criou-se a *audiência de custódia*, tendo como uma das responsabilidades constatar a lícita ação dos policiais.

4.4.6.3. Flagrante e Natureza do Crime

Analisaremos, agora, a interação, a possibilidade e o momento em que poderá ocorrer a prisão em flagrante, a depender da natureza do crime:

1) Crime permanente:

Afirma o art. 303 do Código de Processo Penal:

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

Primeiramente, convém que informemos do que se trata o crime permanente. Trata-se do crime cuja consumação se prolonga no tempo, somente cessando quando do encerramento da ação delituosa. Podemos citar como exemplo de crime permanente o sequestro. Tal modalidade consumir-se-á enquanto durar o sequestro, somente cessando com o fim do mesmo.

Nesse caso, entende-se que o flagrante poderá ocorrer enquanto o crime estiver se consumando.

2) Crime habitual:

Entende-se por crime habitual a pluralidade de ações que, em conjunto, configuram um crime específico. Podemos citar como exemplo o curandeirismo.

Aqui, o flagrante somente poderá ocorrer diante de novo cometimento de crime, uma vez que haja ciência da reiteração da execução do delito.

3) Crimes de ação privada ou de ação pública condicionada à representação da vítima:

Entende-se que o flagrante poderá ocorrer quando do cometimento do crime ou de acordo com as disposições anteriormente explicadas. Contudo, a lavratura do *auto de prisão em flagrante* somente poderá ser feita a partir da autorização da vítima ou de seu representante legal.

Não o fazendo no prazo de 24h, relaxa-se a pena.

4) Crime continuado:

Entende-se por crime continuado o cometimento do mesmo crime reiteradas vezes num curto período. Podemos citar como exemplo o cometimento de vários furtos da mesma natureza e num curto período.

Nesse caso, o flagrante pode ocorrer isoladamente em cada ação delituosa.

4.4.6.4. Do Auto de Prisão em Flagrante

Legislação. Afirma o art. 304 do Código de Processo Penal:

Art. 304 do Código de Processo Penal. 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.

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

§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.

§3º. Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste.

§4º. Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Conceito. Trata-se do documento confeccionado pela autoridade policial, objetivando o registro da ocorrência da prisão em flagrante.

Antes de partirmos para a análise dos elementos que constituem o *auto de prisão em flagrante*, convém informar que a sua nulidade não acarreta na impossibilidade do prosseguimento do *inquérito policial*, mas apenas na impossibilidade da sua prisão em flagrante, devendo haver o imediato retardamento.

Do local. Afirmam os arts. 290, *caput*, e 308 do Código de Processo Penal:

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

[...]

Art. 308 do Código de Processo Penal. Não havendo autoridade no lugar em que estiver efetuado a prisão, o preso será logo apresentado á do lugar mais próximo.

Portanto, em regra, o auto de prisão em flagrante será realizado no local onde o indivíduo for capturado. Tratando-se de local diverso de onde se deram os atos ilícitos, deverá ser encaminhado imediatamente à autoridade local, onde será feito o auto e, posteriormente, será removido ao local do crime.

Excepcionalmente, sendo capturado em local onde não haja autoridade policial, deverá ser encaminhado à autoridade do lugar mais próximo.

Não será necessário o auto de prisão em flagrante. Além do disposto no art. 304, §1º, acima referido, afirma o art. 309 do Código de Processo Penal:

Art. 309 do Código de Processo Penal. Se o réu se livrar solto, deverá ser posto em liberdade, depois de lavrado o auto de prisão em flagrante.

São as hipóteses em que o indiciado livrar-se-á solto:

Art. 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais). Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Art. 28, caput, da Lei 11.434/2006 (Lei de Tóxicos). Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, droga sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Art. 301 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito). Ao condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela.

Não há o que se falar em prisão em flagrante nesses casos, visto que, ainda que sejam condenados, não há o que se falar em prisão penal.

Rito do auto de prisão em flagrante (do crime cometido na presença ou contra autoridade policial). São as etapas do auto de prisão em flagrante, na ordem em que serão dispostas:

1) Oitiva do condutor:

Entende-se por condutor aquele que conduz o indiciado até a autoridade policial local.

Convém informar que tendo sido o crime cometido na presença ou contra a autoridade policial, não há o que se falar em oitiva do condutor, visto a inexistência desta figura.

2) Oitiva das testemunhas:

Realizada a prisão, o condutor deverá fazê-lo acompanhar no mínimo duas testemunhas, sendo estas ouvidas pela autoridade policial. Convém informar que se entende ser o condutor uma das testemunhas da infração (RHC 10.220/SP, STJ).

Não havendo testemunhas da infração, poderá a autoridade policial realizar a oitiva de duas testemunhas, excetuando-se o condutor, que tenham presenciado a apresentação do indiciado na delegacia (testemunhas de apresentação).

3) Oitiva da vítima:

Ainda que o Código se faça silente quanto a este elemento, sendo possível que a vítima acompanhe o condutor até a delegacia, é imprescindível que a autoridade policial realize sua oitiva.

4) Interrogatório:

Cabe a autoridade policial interrogar o indiciado, cientificando-lhe acerca de seus direitos constitucionais.

Aqui, o Código frisa à autoridade policial a necessidade de perguntar ao indiciado acerca da existência de filhos e a nomeação dos indivíduos que se responsabilizarão por eles diante de uma possível prisão.

Além disso, recusando-se, não sabendo ou não podendo assinar o *auto de prisão* o denunciado, tal ato será feito por duas testemunhas instrumentárias que tenham ouvido a leitura na presença do acusado.

Fracionamento do auto de prisão em flagrante. É possível que se colham as assinaturas daqueles que tiverem que se manifestar no procedimento do auto de prisão em flagrante logo que se encerrar a sua oitiva, liberando tais indivíduos para suas atividades habituais ou, tratando-se de agente policial, para o retorno ao serviço.

Da nota de culpa. Afirma o art. 306, §2º, do Código de Processo Penal:

Art. 306, §2º, do Código de Processo Penal. No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

Trata-se de documento que informa ao preso a razão pela qual fora preso, bem como identifica o indivíduo que o fez. Este documento deverá ser apresentado ao indiciado num prazo de 24h a partir da realização da prisão em flagrante.

4.4.6.5. Do Ato Judicial e da Audiência de Custódia

Legislação. Afirma o art. 310 do Código de Processo Penal e a Resolução nº 213/15 do CNJ⁴⁹:

Art. 1º, caput, da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça.

Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24h da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou a prisão ou apreensão.

Art. 310 do Código de Processo Penal. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I – relaxar a prisão ilegal; ou

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes no art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Objetivos da audiência de custódia. Podemos definir, portanto, como objetivos da audiência de custódia, a diminuição do número de presos provisórios no Brasil que, como vimos anteriormente, configuram 40% de todos os presidiários do Brasil.

Para tanto, realiza-se *audiência de custódia* em que o juiz, na presença do indiciado, de acordo com as alegações, poderá:

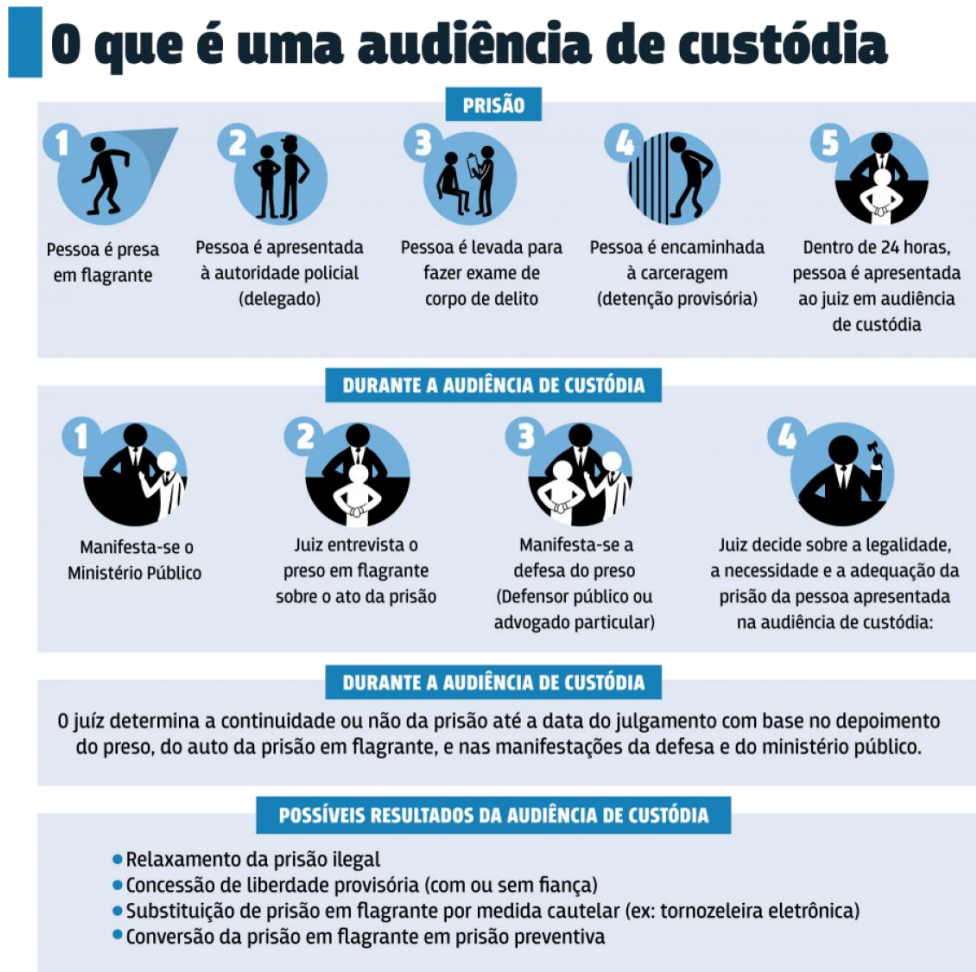
- 1) Analisando os aspectos formais (legalidade), relaxar a sua pena, diante de prisão ilegal;
- 2) Em regra, conceder a liberdade provisória com ou sem fiança ou adotar medidas cautelares, como a tornozeleira eletrônica; ou

⁴⁹ **Art. 7º do Pacto de San José da Costa Rica.** Direito à liberdade pessoa: (...) 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

3) Excepcionalmente, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Segue o esquema do CNJ que exemplifica a *audiência de custódia*:



Fonte: Conselho Nacional de Justiça

Arte CNJ

Especificidades. Segundo alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

- 1) Diante do não comparecimento do Ministério Público, poderá o juiz, de ofício, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ou declarar a liberdade provisória;
- 2) Realizada pelo juiz a conversão da prisão em flagrante em preventiva, fica superada a alegação de nulidade porventura existente em relação à ausência de audiência de custódia.

Regularidade da audiência de custódia. Houve discussão acerca da constitucionalidade da *audiência de custódia*, visto ter sido instituída através de uma Resolução que, à princípio, não possui abrangência para a publicação de tal elemento.

Através da ADPF nº 347, porém, entendeu o STF que a Resolução somente foi publicada com o intuito de regularizar dispositivo que já estava incorporado no Ordenamento Jurídico Brasileiro através de Tratados Internacionais (vide tratados acima).

É o acórdão em comenta:

Decisão: O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civil e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas...

4.4.7. Da Prisão Temporária

Legislação. Tal espécie de prisão é disposta pela Lei 7.960/89.

Finalidade. Espécie de prisão cautelar, tem como objetivo permitir a investigação (inquérito policial) de crimes considerados graves, evitando que o possível autor venha a atrapalhar a realização das diligências.

Cabimento. Afirma o art. 1º da Lei 7.960/89:

Art. 1º da Lei 7.960/89. 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) sequestro 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 sequestro (art. 159, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor⁵⁰ (art. 214, *caput*, e sua combinação com o art. 233, *caput*, e parágrafo único);
- h) rapto violento⁵¹ (art. 219, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, §1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando⁵² (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

⁵⁰ REVOGADO

⁵¹ REVOGADO

⁵² Refere à Associação Criminosa – art. 288 do Código Penal.

- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976⁵³);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986);
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Além desses crimes, entende-se ter havido uma ampliação nesse rol, por força do art. 2º, 4º, da Lei dos Crimes Hediondos:

Art. 2º, §4º, da Lei dos Crimes Hediondos. A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 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.

Portanto, além dos crimes dispostos na Lei da Prisão Temporária, também estarão incluídos os crimes hediondos. Podemos concluir, ainda, que não será cabível a Prisão Temporária diante de crimes culposos, contravenções penais, crimes não incluídos no art. 1º, III, da Lei 7.960/89 ou que não sejam hediondos ou o sejam de forma equiparada.

São, logo, as ocasiões em que se faz cabível a ocorrência da Prisão Temporária:

- 1) Quando for imprescindível para as investigações;
- 2) Quando o indiciado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos suficientes para a sua identidade – *periculum libertatis*;
- 3) Quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes indicados na lei ou crimes hediondos – *fumus comissi delicti*.

Convém destacar que não haverá a possibilidade de ocorrência da Prisão Temporária diante da incidência de apenas um dos incisos acima destacados. Para tanto, será necessário que pelo menos dois deles tenham sido atingidos. Para tanto, portanto, são as possibilidades da ocorrência da prisão em flagrante:

- 1) Quando imprescindível para investigações do inquérito, havendo fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes indicados na lei ou crimes hediondos (I c/c III);
- 2) Quando o indiciado não possuir residência fixa, havendo fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes indicados na lei ou crimes hediondos (II c/c III).

Da audiência de custódia. Afirma o art. 13 da Resolução 213/15 do CNJ:

Art. 13 da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas pressas em decorrência de cumprimento de

⁵³ Referentes aos arts. 33 e 37 da Lei 11.343/2006 (atual Lei de Tóxicos).

mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

Parágrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local.

Portanto, igualmente à prisão em flagrante, a *audiência de custódia* deverá ocorrer em 24 horas.

Da competência e do prazo. Afirma o art. 2º, *caput*, da Lei 7.960/89 e art. 2º, §4º, da Lei de Drogas:

Art. 2º, *caput*, da Lei 7.960/89. 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.

Art. 2º, §4º, da Lei dos Crimes Hediondos. A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 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.

Portanto, a Prisão Temporária deverá ser decretada pelo juiz, *em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público*, ou seja, não poderá ser decretada de ofício pelo juiz. Convém destacar, porém, que diante do requerimento do Delegado, o juiz deverá dar a oportunidade para que o MP se manifeste.

Em relação aos prazos, porém, são duas as disposições:

- 1) **Rol da Lei 7.960/89:** 5 dias, prorrogáveis por mais 5;
- 2) **Crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo:** 30 dias, prorrogáveis por mais 30.

Ambas as prorrogações se darão em virtude de casos extremos e comprovada necessidade, devendo ser fundamentada.

Isolamento dos presos. Afirma o art. 3º da Lei 7.960/89:

Art. 3º da Lei 7.960/89. Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.

Do término da prisão temporária. A prisão temporária terminará em dois momentos:

- 1) Quando do término do prazo estipulado;
- 2) Diante da denúncia do indiciado, uma vez que a prisão temporária somente subsiste ao inquérito policial.

4.4.8. Da Prisão Preventiva

Legislação. Afirmam os arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal:

Art. 311 do Código de Processo Penal. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Art. 312 do Código de Processo Penal. 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.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Art. 313 do Código de Processo Penal. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

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

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantia a execução das medidas protetivas de urgência;

IV – (REVOGADO)

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Art. 314 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal⁵⁴.

Art. 315 do Código de Processo Penal. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

⁵⁴ **Art. 23 do Código Penal.** Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Art. 316 do Código de Processo Penal. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Conceito. Trata-se de espécie de prisão cautelar que pode ser decretada em qualquer momento da investigação policial (pelo juiz, representando a autoridade policial ou de acordo com o requerimento do MP, querelante ou do assistente) ou durante o processo (podendo ser decretado de ofício pelo juiz), uma vez que as medidas cautelares sejam inadequadas ou insuficientes, tendo como objetivo garantir a ordem pública, a ordem econômica ou assegurar a aplicação da lei penal, quando houver *materialidade delitiva* e *indícios de autoria*, respeitados os requisitos dispostos em lei.

Natureza jurídico. Como especificado no conceito, trata-se de espécie de *prisão cautelar*.

Legitimidade. São os elementos acerca da legitimidade:

- 1) **Decretação durante o processo:**
 - a. Pedido de prisão requerido pelo:
 - i. Ministério Público;
 - ii. Delegado (autoridade policial).
 - b. Decretação de ofício pelo juiz.
- 2) **Decretação durante a investigação policial:**
 - a. Ministério Público;
 - b. Querelado;
 - c. Assistente de acusação;
 - d. Delegado.

Nota-se que em relação à *decretação durante a investigação policial* não há o que se falar em ação de ofício do juiz, somente podendo agir diante da representação da autoridade policial ou do requerimento feito pelo Ministério Público, querelado ou assistente de acusação.

Convém informar, ainda, que a decretação da prisão preventiva deverá ser fundamentada, não cabendo a simples menção aos dispositivos legais.

Como situação excepcional, é possível que o juiz decrete, de ofício, a prisão preventiva, uma vez que o Ministério Público não compareça na *audiência de custódia*.

Dos pressupostos e fundamentos. Como afirma o art. 312, *in fine*, do Código de Processo Penal, é necessário que estejam caracterizados a *materialidade delitiva* e *indícios de autoria*. Para a decretação da prisão preventiva, ainda, é necessário que estejam presentes os seguintes elementos:

- 1) **Fumus commissi delicti:** trata-se da presença de *materialidade delitiva* e *indícios de autoria*, ou seja, tal elemento se caracteriza pelo *juízo de certeza*, havendo, de fato, conduta típica, ilícita e culpável;
- 2) **Periculum libertatis:** trata-se dos fundamentos da prisão preventiva. Estes representam o iminente perigo diante da liberdade do indiciado, justificando, portanto, a sua prisão:
 - a. **Garantia da ordem pública:** são três correntes acerca deste elemento:
 - i. **Corrente minoritária (Odone Sanguiné):** segundo tal corrente, a prisão preventiva se dá por *inequívoca modalidade de cumprimento antecipado da pena*;
 - ii. **Corrente majoritária (Scarance Fernandes) – caráter restritivo:** tal corrente afirma que a prisão preventiva leva em consideração a periculosidade do autor, não sendo possível afirmar que tal medida será tomada em decorrência da gravidade em abstrato do delito ou da repercussão que o mesmo causara na sociedade;
 - iii. **3ª Corrente (Fernando Capez) – caráter ampliativo:** afirma que, além da periculosidade do agente, a prisão cautelar apresenta como objetivo impedir que, enquanto solto, tal delito volte a ser cometido, dando especial relevância à repercussão social em relação a estes fatos, sendo este um elemento levado em consideração no julgamento do delito.
 - b. **Garantia da ordem econômica:** tal elemento tem como objetivo evitar a reincidência de crimes empresariais, como o abuso de poder, dominação de mercados, eliminação de concorrência, aumento arbitrário dos lucros etc. Resumem-se, portanto, aos crimes de natureza econômica. São exemplos:
 - i. **Lei 1.521/51** – Crimes contra a economia popular;
 - ii. **Lei 7.134/83** – Crimes de aplicação ilegal de créditos, financiamentos e incentivos fiscais;
 - iii. **Lei 7.492/86** – Crimes contra o sistema financeiro nacional;
 - iv. **Lei 8.078/90** – Código de Defesa do Consumidor;
 - v. **Lei 8.137/90** – Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo;
 - vi. **Leis 8.176/91 e 12.259/11** – Crimes contra a ordem econômica;
 - vii. **Lei 9.279/96** – Crimes em matéria de propriedade industrial;
 - viii. **Lei 9.613/98** – Crimes de lavagem de capitais.
 - c. **Garantia da aplicação de lei penal:** será utilizada quando houver iminente fuga do agente, impossibilitando futura execução da pena. Para tanto, é necessário que existam elementos concretos que levem à tal conclusão – *periculum in libertatis*.
Obs!: a ausência momentânea do agente, objetivando evitar a prisão em flagrante ou uma prisão decretada de forma arbitrária não justifica a utilização deste elemento;

Obs².: caso a decretação de determinada prisão tenha sua validade contestada, a fuga do agente posteriormente a este decreto não justifica a utilização deste elemento.

d. Conveniência da instrução criminal: tal elemento tem como objetivo assegurar o bom funcionamento das investigações, impedindo que o acusado, se solto, impeça ou perturba as ações policiais, seja ameaçando testemunhas ou destruindo ou alterando as provas. Ocorrendo a prisão em decorrência deste elemento, deverá o juiz, quando do encerramento da *instrução processual* (fase de produção de provas), revogar a prisão.

3) Descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares ou quando a aplicação de medida cautelar for ineficaz ou impossível: diante da adoção das medidas cautelares diversas da prisão (art. 284, §4º, do Código de Processo Penal), quando do seu descumprimento, é possível que haja a decretação da prisão preventiva. Convém informar, porém, que também é possível que, diante do descumprimento da medida, o juiz a substitua ou a cumule com outras medidas, sendo a prisão a última das alternativas ou somente aplicada quando as medidas não se fizerem necessárias e úteis ou sua aplicação for impossível ou ineficaz. Para tanto, o descumprimento deverá ser injustificado e comprovado mediante devido processo legal, devendo a decisão ser fundamentada com base nos *Princípios da Legalidade, Razoabilidade e Proporcionalidade*.

Hipóteses de cabimento da prisão preventiva. Segundo disposição do art. 313 do Código de Processo Penal, são as hipóteses:

1) Crimes dolosos punidos com pena máxima superior a quatro anos:

Quando em crimes de pena máxima inferior a 4 anos, ainda que haja sentença condenatória, o cumprimento da pena será iniciado em regime aberto, ou seja, não é possível que haja a decretação de prisão de qualquer tipo. Observa-se, aqui, portanto, o *Princípio da Proporcionalidade*, ou seja, não seria proporcional a decretação de prisão preventiva em crime cuja condenação não acarrete na prisão do autor.

Nos crimes cuja pena máxima excede 4 anos, porém, é possível que haja a prisão, ainda que fixado o regime semiaberto de cumprimento de pena. Nesse caso é possível que se aplique a prisão preventiva por período integral.

Convém destacar que a pena na qual se baseia a prisão preventiva leva em consideração as qualificadoras, porém não levará em consideração as agravantes ou atenuantes.

Por fim, convém destacarmos a afirmação de Edilson Mougenot:

Referido requisito foi acrescentado pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Verifica-se que, diferentemente do previsto no art. 313, I, que foi revogado, o CPP não só exige que o crime seja doloso, mas também que seja punido com pena privativa de liberdade (tal requisito também é

necessário para imposição de qualquer medida cautelar) e que a pena máxima prevista seja superior a 4 (quatro) anos de reclusão.

Tal inovação legal não nos parece acertada no tocante à pena máxima prevista, haja vista que muitos crimes graves impossibilitarão que o réu seja preso preventivamente no curso do processo.

Assim, não comportam a prisão, seja originariamente ou em conversão por medida cautelar descumprida: crime de quadrilha ou bando, lesão corporal, autoaborto, furto, fraude, receptação, resistência, desobediência, desacato, falso testemunho ou falsa perícia, contrabando ou descaminho, maus-tratos, abandono de incapaz, entre outros, todos ainda que consumados.

Não se admitirá prisão, ainda, em alguns crimes tentados, dependendo do *iter criminis* percorrido pelo agente e da quantidade de redução na fixação da pena, tais como, *verbi gratia*: homicídio simples, infanticídio, lesão corporal seguida de morte, furto qualificado, roubo, extorsão, apropriação indébita, estupro, peculato, corrupção passiva, concussão, alguns crimes da Lei de Drogas, dentre outros.

2) Diante da reincidência em crime doloso:

O mesmo raciocínio é adotado quando do concurso de crimes ou da reincidência, ou seja, somente se poderá decretar a prisão preventiva quando a condenação for superior a 4 anos. Não caberá tal elemento, portanto, quando a reincidência ocorrer em período superior a 5 anos, visto que os efeitos da reincidência já teriam sido exauridos⁵⁵.

3) Se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher:

Quando do cometimento de crimes dolosos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, é possível que haja a decretação da prisão preventiva para que se garanta a execução das medidas protetivas de urgência. Para tanto, é necessário que os requisitos do art. 312 estejam caracterizados.

4) Dúvida acerca da identidade civil da pessoa ou não fornecimento de elementos suficientes para seu esclarecimento:

Não havendo a identificação do indivíduo e sendo possível que a soltura deste cause qualquer impedimento ou empecilho à aplicação da lei penal, é possível que haja a decretação da prisão preventiva, corroborando para a *instrução criminal*.

Como já visto anteriormente, quando do estudo das diligências realizadas durante o inquérito policial, foi afirmado que diante da não identificação civil do indiciado ou da apresentação de elementos insuficientes para tal identificação, é

⁵⁵ **Art. 64 do Código Penal.** Para efeitos de reincidência:

I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

possível que se realize a *identificação criminal*, caracterizada pelo processo datiloscópico e fotográfico.

Hipóteses em que não caberá a prisão preventiva. Analisando-se *a contrario sensu*, são as hipóteses em que não caberá a prisão preventiva:

- 1) **Diante de crimes culposos;**
- 2) **Diante de contravenções penais;**
- 3) **Diante da reincidência em crimes culposos;**
- 4) **Diante da reincidência em crimes dolosos cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos;**
- 5) **Diante de ação executada em legítima defesa, estado de necessidade ou estrito cumprimento do dever legal – excludente de ilicitude.**

Da fundamentação. Como dispõe o art. 315 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva deverá ser decretada com base em elementos concretos e contemporâneos, atendendo à necessidade da devida fundamentação.

Convém informar, também, que diante da impetração de *habeas corpus* em segundo grau de jurisdição, não poderá o Tribunal em questão inovar ou suprir a falta de fundamentação referente à decisão de juiz singular que decretar a prisão preventiva.

Da revogação da prisão preventiva. Como dito anteriormente, a prisão preventiva deverá ser fundamentada e mantida somente durante o período em que os elementos que a motivaram continuarem existentes. Diante da falta ou cessação destes motivos, é possível que seja invocada a cláusula *rebus sic stantibus* (teoria da imprevisão), segundo disposição do art. 316 do Código de Processo Penal, exigindo a análise da necessidade ou não da continuidade da prisão preventiva.

Se se notar a inexistência de motivos que fundamentem a sua continuação, é possível que a prisão seja revogada.

Prazo. Como dito anteriormente, a prisão preventiva é baseada em um dos fundamentos já estudados, devendo durar pelo tempo em que perdurarem tais elementos ou até que seja decretado o início da prisão penal e, em consequência, o cumprimento sumário da pena, visto que tal prisão não tem natureza de cumprimento de pena.

Ainda que não haja previsão legal, criou-se prazo baseado no procedimento hoje vigente no Código de Processo Penal (Lei 11.719/2008). Segue a tabela:

ATOS PROCESSUAIS	PRAZOS EM DIAS		
	RITO ORDINÁRIO	RITO SUMÁRIO	JUSTIÇA FEDERAL
Inquérito	10	10	30
Oferecimento da peça acusatória	5	5	5
Recebimento da peça acusatória	5	5	5
Defesa preliminar	10	10	10
Análise da defesa preliminar	5	5	5
Designação de audiência una	60	30	60
Alegações na forma de memoriais	5	5	5
Sentença	10/20	10/20	10/20
Tempo máximo	120	90	140

Contudo, a duração da prisão preventiva deverá ser averiguada à luz do *Princípio da Proporcionalidade*, não sendo possível que seja mantida com justificativa baseada na simples soma dos prazos legais fixados para a prática dos atos processuais.

Cabe salientar que tal prisão tem caráter cautelar, ou seja, não tem a pretensão de iniciar o cumprimento da pena, como dito. Logo, a *indeterminação do prazo de duração* viola a natureza provisória da prisão, bem como o *Princípio da Presunção de Inocência* e o *Princípio do Direito à Razoável Duração do Processo*⁵⁶.

Analisando a prisão preventiva segundo o *Princípio da Razoabilidade*, o prazo de sua duração deverá ser averiguado caso a caso, devendo a manutenção da prisão por tempo superior ser fundamentada com base na complexidade do processo em questão ou em decorrência de qualquer incidente ou realização de trâmite processual necessário. Como dito, portanto, não apenas poderá ser fixado de acordo com a soma dos prazos legais.

Convém citarmos três súmulas do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula nº 21 do Superior Tribunal de Justiça. Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.

Súmula nº 52 do Superior Tribunal de Justiça. Encerrada a instrução criminal⁵⁷, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

⁵⁶ **Art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.** A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

⁵⁷ **Instrução do processo penal.** A instrução criminal se destina a *instruir, preparar* o juiz para o julgamento, especialmente no que se refere a provas documentais e perícias. A instrução será contraditória, sendo natural que se inicie com o interrogatório do acusado. Se o réu, devidamente intimado, não comparecer, terá decretada sua revelia. (Dicionário Jurídico Acquaviva)

Súmula nº 64 do Superior Tribunal de Justiça. Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.

Em relação às duas primeiras súmulas, afirma Renato Brasileiro⁵⁸ que os Tribunais já vêm suprimindo a utilização delas, vez que a Constituição Federal assegura a razoabilidade da duração do processo durante todo o procedimento, não sendo possível que o excesso de prazo somente possa ser alegado até determinado ponto.

Em relação à terceira súmula, fica expresso que a morosidade causada pela defesa não constituirá constrangimento ilegal.

Nesse ponto, podemos afirmar que são três os elementos que justificam a alegação do constrangimento por excesso de prazo:

- 1) Diligências suscitadas exclusivamente pela acusação;
- 2) Inércia do Poder Judiciário;
- 3) Incompatibilidade com o *Princípio da Razoabilidade*.

4.4.9. Da Prisão Domiciliar Preventiva

Legislação. É a disposição dos arts. 317 a 318-B do Código de Processo Penal:

Art. 317 do Código de Processo Penal. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Art. 318 do Código de Processo Penal. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

- I – maior de 80 (oitenta) anos;
- II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- IV – gestante;
- V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
- VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Art. 318-A do Código de Processo Penal. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por criança ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

- I – não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

⁵⁸ https://www.youtube.com/watch?v=736vHg_O2Ow

II – não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Art. 318-B do Código de Processo Penal. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

Natureza jurídica. Igualmente às prisões anteriormente estudadas, a prisão domiciliar tem caráter de prisão preventiva, baseando-se especificamente em questões de *natureza humanitária*.

Prisão preventiva domiciliar ≠ Medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno⁵⁹. A primeira tem caráter de prisão, somente podendo o acusado sair de sua residência mediante autorização judicial. A segunda, porém, não se trata de prisão, mas medida cautelar que exige que o indivíduo permaneça em sua residência durante o período noturno, não havendo tal imposição durante as demais horas do dia.

Faculdade do juiz. Segundo disposição do art. 318 do CPP, é notável a faculdade dada ao juiz de acordo com a inserção do termo *poderá*.

Nesse sentido é o HC 368.277/STJ:

IV – A Lei n. 13.257/16 acrescentou ao artigo 318, do Código de Processo Penal, o inciso V, o qual prevê que o juiz poderá realizar a substituição da **prisão preventiva** por **domiciliar** de “mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos”. V – Não obstante a novel modificação legislativa, permanece inalterado o verbo contido no caput do art. 318, que revela a possibilidade, não a **obrigatoriedade**, da concessão do benefício, que deve se revelar consentâneo com os parâmetros de necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais e adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, tudo nos termos do art. 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal.

Cabimento da prisão domiciliar. São as hipóteses, segundo a disposição do art. 318 do CPP:

- 1) **Ser o autor maior de 80 anos:** segundo a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), a aplicação da prisão domiciliar poderá ocorrer se o réu for maior de 70 anos⁶⁰;

⁵⁹ **Art. 319 do Código de Processo Penal.** São medidas cautelares diversas da prisão:

[...]

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos.

⁶⁰ **Art. 117 da Lei de Execução Penal.** Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I – condenado maior de 70 (setenta) anos;

II – condenado acometido de doença grave;

III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV – condenada gestante.

- 2) **Ser o autor acometido por doença grave:** segundo precedente do STJ, somente será considerada uma vez que a unidade prisional não apresente capacidade para lhe fornecer atendimento adequado ao preso. Nesse sentido é a publicação do próprio STJ⁶¹:

Segundo o colegiado do STJ, o cumprimento de pena em prisão domiciliar por causa de doença grave pode ser concedido a condenado submetido ao regime aberto e, em casos especiais, a réu condenado em regime fechado ou semiaberto. Para que o segundo caso seja possível (réu em regime fechado ou semiaberto), é imprescindível que a defesa do condenado comprove a impossibilidade da prestação da assistência médica no estabelecimento prisional.

- 3) **Ser o autor, quando homem ou mulher, imprescindível para cuidar de menor de 6 anos de idade ou deficiente:** esta disposição se pôs em desuso quanto ao menor de 6 anos, visto que as disposições posteriores já a incluem. Hoje, é comum a utilização deste elemento somente em relação aos cuidados voltados a deficiente;
- 4) **Ser o autor, quando mulher, gestante;**
- 5) **Ter o autor, quando mulher, filho de até 12 anos incompletos:** nesse sentido foi o HC 143641/STF:

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, na sessão desta terça-feira (20), por maioria de votos, conceder Habeas Corpus (HC 143641) coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP)⁶².

- 6) **Ser o autor, quando homem, o único responsável pelos cuidados a filho de até 12 anos incompletos:** nesse caso, deverá provar ser o único responsável.

Modificação legislativa de 2018. A legislação referente à prisão preventiva domiciliar teve seu texto acrescido dos arts. 318-A e B a partir da publicação da Lei 13.769.

Em relação ao art. 318-A, houve uma limitação à concessão da prisão domiciliar à mãe de criança de até 12 anos incompletos ou de pessoa deficiente. Ainda que conste tal situação, não haverá a substituição pela prisão domiciliar diante de duas hipóteses:

- 1) Ter a autora cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
- 2) Ter a autora cometido crime contra seu filho ou dependente.

Em relação ao art. 318-B, houve a garantia de que a prisão preventiva domiciliar em nada impede a concessão cumulada com qualquer das medidas

⁶¹ Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/1199676/stj-nega-prisao-domiciliar-a-condenado-que-alegou-doenca-grave>>.

⁶² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>

cautelares dispostas no art. 319. Esta disposição possibilitou, por exemplo, que a prisão domiciliar seja adotada juntamente com a utilização de *tornozeleira eletrônica*, aumentando a eficácia da prisão.

Fiscalização da prisão domiciliar. É comum, principalmente a partir da publicação da Lei 13.769/2018, que se adote a prisão domiciliar juntamente com a imposição da *tornozeleira eletrônica*.

O único empecilho a tal disposição ocorre quando não há estrutura suficiente para fazer valer tal ordem.

Detração. Afirma o art. 42 do Código Penal:

Art. 42 do Código Penal. Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

Uma vez que a lei dispõe da detração referente ao tempo em que vigeu a prisão provisória, a prisão preventiva domiciliar será computada como tendo sido pena cumprida.

4.4.10. Da Prisão por Pronúncia ou Condenação em 1º Grau

Revogação e legislação. Esta espécie de prisão não mais existe, visto ter sido revogada pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008.

Era a sua disposição:

Art. 408 do Código de Processo Penal (redação original). Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

§1º. Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar o incurso o réu, mandará lançar-lhe 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.

[...]

Art. 594 do Código de Processo Penal (redação original). O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.

Natureza jurídica. Tratava-se de prisão aplicada a indiciado com maus antecedentes e reincidência.

Princípio da presunção de inocência⁶³. Quando da vigência de tal disposição, eram duas as correntes dominantes:

1) **Jurisprudência:** é a disposição da Súmula nº 9 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula nº 9 do Superior Tribunal de Justiça. A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

2) **Doutrina:** contrariando a jurisprudência, a doutrina acreditava que tal prisão era baseada na *culpabilidade* do agente, não observando o *princípio em questão*. Logo, a prisão seria inconstitucional.

Atualmente, como já visto, a prisão preventiva somente poderá ocorrer quando do preenchimento dos requisitos legais estipulados no art. 312 do Código de Processo Penal.

4.4.11. Da Liberdade Provisória

4.4.11.1. Introdução

Legislação. Tem disposição nos arts. 321 a 350 do Código de Processo Penal.

Conceito. É a definição de Fernando da Costa Tourinho Filho: *é a medida intermediária entre a prisão provisória e a liberdade completa*.

Regra. Afirma o art. 5º, LXVI, da Constituição Federal:

Art. 5º, LXVI, da Constituição Federal. Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Portanto, a liberdade provisória é a regra, somente se aplicando a prisão em casos excepcionais.

Convém destacar, ainda, o fato de a redação deste artigo não demonstrar aquilo que verdadeiramente se intencionou. Apesar da redação mencionar *com ou sem fiança*, leia-se *com ou sem medida cautelar diversa da prisão*.

No mesmo sentido é o art. 321 do Código de Processo Penal:

Art. 321 do Código de Processo Penal. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

Trata-se, portanto, de direito subjetivo do réu, vez que se trata da regra.

É o comentário de Edilson Mougenot:

Partindo dessa linha, a liberdade provisória deve ser entendida como uma verdadeira medida “contracautelar” alternativa à decretação da

⁶³ **Art. 5º, LVII, da Constituição Federal.** Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

prisão preventiva, justamente visando impedir que o acusado, preso em flagrante, tenha sua detenção convertida em prisão preventiva.

[...]

Como se viu, a liberdade provisória é medida que se sobrepõe à prisão provisória, cautelar, sendo compatível com a prisão em flagrante legal. Não se aplica, em razão mesmo de incompatibilidade essencial – em substituição à prisão preventiva e à prisão temporária (uma vez ausente qualquer um de seus requisitos, devem ser revogadas), bem como à prisão em flagrante ilegal (que deve ser relaxada).

É o raciocínio, portanto:

REGRA	EXCEÇÃO
Aplicação da liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares diversas da prisão	Aplicação das prisões em flagrante, temporária, provisória, preventiva.

Base. Tal elemento tem como base o *Princípio da Presunção da Inocência*.

Classificação. São as classificações:

1) Liberdade provisória permitida:

É a liberdade provisória prevista no art. 321 do Código de Processo Penal. Segundo tal disposição, será permitida a liberdade provisória diante do não preenchimento dos requisitos relacionados às prisões estabelecidas em lei. Diante de tal situação, é direito subjetivo do indiciado ser beneficiado com tal benesse.

2) Liberdade provisória obrigatória:

É a liberdade provisória aplicada quando o indiciado livrar-se solto, comprometendo-se a comparecer a qualquer ato do processo, como dispõe, por exemplo a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais)⁶⁴, ou diante de crime cujo regime inicial de cumprimento de pena seja aberto. Tal medida será aplicada independentemente do pagamento da fiança.

3) Liberdade provisória proibida:

Como dito anteriormente, a liberdade provisória somente ocorrerá uma vez que não for cabível a prisão preventiva do indiciado. Logo, diante do preenchimento dos requisitos referentes à prisão, não há o que se falar em adoção da *liberdade provisória*.

Diante do exposto, convém esclarecermos que será proibida toda e qualquer lei que impeça a concessão da liberdade provisória (vedação da proibição *ex lege*), visto que somente o Poder Judiciário, através da análise do caso concreto, é capaz

⁶⁴ **Art. 69, parágrafo único, da Lei dos Juizados Especiais.** Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

de averiguar a plausibilidade ou não da decretação da liberdade provisória. À título de exemplo, podemos citar as seguintes leis, julgadas inconstitucionais por impedirem a adoção deste benefício:

a) Art. 44 da Lei de Tóxicos:

Art. 44 da Lei de Tóxicos. 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.

É o acórdão do HC 104.339/SP do STF:

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria dos votos: **declarar**, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” do caput do art. 44 da Lei 11.343/2006; **conceder**, parcialmente, a ordem; e, ainda, **autorizar** os senhores ministros a decidir, monocraticamente, *habeas corpus* quando o único fundamento da impetração for o art. 44 da mencionada lei, nos termos do voto do Relator.

b) Art. 2º, II, da Lei dos Crimes Hediondos – anteriormente à alteração pela Lei 11.464/07:

Art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos (redação original). Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

II – fiança e liberdade provisória.

c) Art. 7º da Lei 9.034/95 – anteriormente à revogação pela lei 12.850/2013:

Art. 7º da Lei 9.034/95. Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa.

d) Art. 3º da Lei 9.613/98 – anteriormente à revogação pela Lei 12.638/2012:

Art. 3º da Lei 9.613/98 (Lei da Lavagem de Dinheiro). Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

e) Arts. 14 e 15 da Lei 10.826/2003:

Art. 14 da Lei de Armas. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.

Art. 15 da Lei de Armas. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável.

É o sentido da ADI 3112 do STF:

Por maioria dos votos, os ministros anularam dois dispositivos do Estatuto que proibiam a concessão de liberdade, mediante o pagamento de fiança, no caso de porte ilegal de arma (parágrafo único do artigo 14) e disparo de arma de fogo (parágrafo único do artigo 15)⁶⁵.

Relaxamento da prisão ≠ Revogação da prisão cautelar ≠ Liberdade provisória. Segue a tabela:

	RELAXAMENTO DA PRISÃO	REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR	LIBERDADE PROVISÓRIA
Contramedida:	Contrapõe-se às prisões ilegais	Contrapõe-se às prisões legais, porém desnecessárias	Contrapõe-se às prisões legais, porém desnecessárias
Hipóteses:	Ocorrerá nas prisões cautelares ilegais ou que não possuírem requisitos para a sua decretação	Ocorrerá nas prisões preventivas e temporárias cujos fundamentos não mais existem, injustificando a manutenção das mesmas	Ocorrerá em contraponto às prisões cautelares (prisão em flagrante, temporária e preventiva)

4.4.11.2. Das Medidas Cautelares

Decretação. As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz mediante decisão fundamentada, sendo necessário que haja provocação de outrem. Excepcionalmente, porém, o juiz poderá, de ofício, decretar a adoção de medidas cautelares diversas da prisão. Tal ato ocorrerá diante da audiência de custódia em que não se faz presente o Ministério Público.

⁶⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69810>>

Nesse sentido é o art. 282, §2º, do Código de Processo Penal:

Art. 282, §2º, do Código de Processo Penal. As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Requisitos. Afirma o art. 282, *caput*, do Código de Processo Penal:

Art. 282 do Código de Processo Penal. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Os requisitos referentes às medidas cautelares deverão ser acionados cumulativamente.

- 1) **Necessidade – art. 282, I, CPP:** constatar-se-á a necessidade da aplicação das medidas cautelares quando:
 - a. **Forem decretadas para garantir a aplicação da lei penal:** por exemplo quando há iminência da fuga do indiciado;
 - b. **Forem decretadas para garantir a execução das investigações ou instrução criminal:** por exemplo quando a total liberdade do agente resultar em perigo para a continuidade destes elementos, visto que é possível que aquele, segundo as circunstâncias do caso, aja de modo a dificultá-los ou impedi-los;
 - c. **Forem decretadas para evitar a prática de infrações penais:** leva-se em consideração a periculosidade do agente e a possibilidade da reiteração criminal. Além disso, é comum que se utilize do clamor social para a decretação das medidas cautelares, nesse caso.
- 2) **Adequação – art. 282, II, CPP:** a aplicação das medidas cautelares será adequada, observando-se os seguintes elementos:
 - a. **Gravidade do crime:** através da análise do caso concreto;
 - b. **Circunstâncias do fato:** observa-se as qualificadoras, privilégios, causas de aumento de pena e diminuição da pena que recaem sobre o ilícito;
 - c. **Condições pessoais do indiciado ou acusado:** tem-se como objetivo individualizar a implementação das medidas cautelares, analisando-se o caso concreto e aplicando o elemento mais adequado ao fato.

Duração. Não há previsão legal acerca do prazo em que vigorará a liberdade provisória do indiciado. Deverá continuar enquanto permanecerem existentes os elementos que justifiquem a constatação da necessidade e da adequação da aplicação das medidas.

Havendo a alteração dessa situação, como veremos a seguir, é possível que o juiz realize a revisão de tal decretação, podendo alterá-la.

Disposições gerais acerca das medidas cautelares. É a disposição da lei:

1) Aplicação: afirma o art. 282, §1º, do Código de Processo Penal:

Art. 282, §1º, do Código de Processo Penal. As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

Convém esclarecer que, igualmente à prisão preventiva e de acordo com o *Princípio da Razoabilidade*, não há o que se falar em adoção das medidas cautelares quando o crime em questão não abranger a condenação por pena privativa de liberdade.

2) Da defesa: afirma o art. 282, §3º, do Código de Processo Penal:

Art. 282, §3º, do Código de Processo Penal. Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

Aqui, cabe ao juiz decidir intimar a parte contrária logo quando do recebimento do pedido da aplicação da medida cautelar, ouvindo-a anteriormente à aplicação da medida, visto não haver qualquer urgência ou perigo da ineficácia no caso da aplicação posterior, ou seja, há a realização da *defesa do indiciado ou do réu*, ou decidir por ouvi-la posteriormente, aplicando a medida imediatamente, ocasião em que ocorre o *contraditório diferido*.

3) De revisão: afirma o art. 282, §5º, do Código de Processo Penal:

Art. 282, §5º, do Código de Processo Penal. O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Ou seja, é possível que o juiz, a qualquer tempo, reverta ou mantenha a decretação anteriormente realizada ou decrete outra medida cautelar autônoma ou cumulativamente. Como dito anteriormente, a decretação das medidas cautelares ocorrerá de acordo com a análise do caso concreto, ou seja, aplicar-se-á a medida cautelar mais adequada ao caso, de acordo com a existência de determinados elementos que a justifiquem. Diante da não mais existência destes elementos, é possível que o juiz, através do brocardo *rebus sic stantibus* (teoria da imprevisão), revise a decretação da medida em questão.

4) Detração: afirma o art. 42 do Código Penal:

Art. 42 do Código Penal. Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

Como visto no dispositivo acima exposto, não há previsão legal para a detração diante da decretação de medidas cautelares diversas da prisão. Logo, não será possível a aplicação da benesse.

Há, porém, doutrinadores que afirmam ser possível o benefício da detração diante da medida cautelares referente à internação provisória do acusado.

Do descumprimento das medidas cautelares. Afirma o §4º do art. 282 do Código de Processo Penal:

Art. 282, §4º, do Código de Processo Penal. No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único⁶⁶).

Portanto, diante do descumprimento o juiz poderá, de ofício ou a requerimento do MP, seu assistente ou do querelante:

- 1) Substituir a medida cautelar em questão por outra;
- 2) Impor outra medida cautelar cumulativamente;
- 3) Em último caso, decretar a prisão preventiva do indiciado.

Características. São as características das medidas cautelares:

- 1) **Acessoriedade:** as medidas cautelares não podem ser aplicadas como se fossem elementos principais. A sua aplicação depende da existência anterior de um processo ou inquérito policial que necessite da decretação das medidas para o seu bom andamento;
- 2) **Preventividade:** como já mencionado, as medidas cautelares serão decretadas com o objetivo de evitar a ocorrência de qualquer ação que venha a impedir ou dificultar os atos referentes ao inquérito policial ou ao processo penal;
- 3) **Provisoriedade:** como dito anteriormente, a medida provisória tem como objetivo, juntamente com a liberdade provisória e a prisão preventiva, garantirem o bom funcionamento do processo, das investigações e da instrução criminal como um todo. Dessa forma, para a aplicação das medidas cautelares é necessário que sejam observados elementos que justifiquem a sua aplicação. Diante da inexistência da necessidade da manutenção das medidas ou diante do encerramento do processo em questão, não há o que se falar em manutenção das medidas cautelares;
- 4) **Revogabilidade:** como já visto anteriormente, a manutenção das medidas cautelares enseja a continuidade dos elementos que a justifiquem. Diante da alteração dessa realidade e da observância da *Teoria da Imprevisão (rebus sic stantibus)*, é possível que o juiz analise o caso, revogando as medidas em questão. Da mesma forma, sobrevivendo as razões para a manutenção das medidas, assim fará o juiz;
- 5) **Jurisdicionalidade:** as medidas cautelares somente poderão ser decretadas pelo magistrado, podendo este fazê-las quando da provocação de terceiros;

⁶⁶ **Art. 312, parágrafo único, do Código de Processo Penal.** A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º).

- 6) **Sumariedade:** quando da decretação das medidas cautelares, o juiz não buscará uma *cognição de certeza*, mas apenas levará em consideração a *probabilidade da existência do direito*, analisando a concessão das medidas de acordo com os brocardos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Espécies de medida cautelar. Afirma o art. 319, *caput*, do Código de Processo Penal:

Art. 319 do Código de Processo Penal. São medidas cautelares diversas da prisão:

I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX – monitoração eletrônica.

São, portanto, as medidas cautelares em espécie:

1) Comparecimento periódico em juízo:

Deverá o juiz, observando o *Princípio da Razoabilidade*, estabelecer prazo para que o indiciado compareça a juízo, justificando e informando suas atividades. Tal medida tem como objetivo fiscalizar a licitude ou qualquer suspeita referente às atividades por ele praticadas.

2) Proibição do acesso ou frequência a determinados lugares:

Tem como objetivo afastar o indiciado de locais cuja frequência possa acarretar no cometimento de novos ilícitos. Segundo Edilson Mougnot, o *acesso é*

mais limitativo, impedindo que o acusado adentro o estabelecimento, ainda que por uma única vez, durante o prazo de imposição cautelar.

3) Proibição de manter contato com pessoa determinada:

O juiz deverá fixar limitação máxima e mínima de proximidade que o indiciado deverá respeitar em relação a pessoa determinada que, por circunstâncias do fato, deve se manter afastado.

4) Proibição de ausentar-se da Comarca ou do País:

Conforme a necessidade para a aplicação da lei penal, investigações, processo e instrução criminal, é possível que o juiz impeça o indiciado de ausentar-se da Comarca ou do País. Em relação à não ausência do país, poderá o juiz intimar o indiciado a entregar-lhe o passaporte.

Em relação a tal medida, é a disposição do art. 320 do Código de Processo Penal:

Art. 320 do Código de Processo Penal. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

5) Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga:

Primeiramente, não se confunde, como já dissemos, este elemento com a *Prisão Preventiva Domiciliar*.

Para a aplicação de tal medida, é necessário que o indiciado cumpra dois requisitos, quais sejam: (1) possuir residência fixa e (2) possuir trabalho fixo.

6) Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira:

Tal medida somente poderá ser imposta quando o crime em questão for de natureza econômica ou relacionados ao cargo público que o indiciado exerce. Podemos citar como exemplo os crimes contra a Administração Pública (peculato, concussão, corrupção etc), bem como os crimes contra a economia popular, entre outros.

7) Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça:

Tal medida será tomada diante do indiciado inimputável ou semi-imputável, segundo definição do Código Penal, uma vez que haja a possibilidade da reincidência diante da não internação do agente.

São alguns dispositivos relacionados a tal medida:

Art. 26, caput, do Código Penal. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era,

ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 149, caput, do Código de Processo Penal. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

8) Fiança:

Somente se aplicará a fiança quando for possível assegurar que o indiciado compareça aos atos do processo, bem como seja assegurado a não ocorrência de qualquer ação capaz de obstruir o inquérito policial ou o processo ou diante de resistência injustificada à ordem judicial.

9) Monitoração eletrônica:

A monitoração eletrônica, originalmente, possui três objetivos principais, quais sejam: (1) *detenção* – forçando o indivíduo a permanecer em determinado local; (2) *restrição* – evitando que o indivíduo frequente determinados locais; (3) *vigilância* – monitorar os locais por onde o indivíduo passa, não havendo qualquer restrição na sua liberdade de locomoção.

Poderá ser aplicada de duas formas:

- a) **Isoladamente:** tendo como objetivo evitar a fuga do agente;
- b) **Cumulativamente com outra medida cautelar ou com a prisão domiciliar**⁶⁷.

Medidas cautelares alternativas. As medidas cautelares não somente estão dispostas no Código de Processo Penal. São medidas cautelares previstas em legislações diversas:

1) Código de Trânsito Brasileiro: afirmam os arts. 278-A, §2º, e 294:

Art. 278-A do Código de Trânsito Brasileiro. O condutor que se utilize de veículo para a prática do crime de receptação, descaminho, contrabando, previstos nos arts. 180, 334 e 334-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), condenado por um desses crimes em decisão judicial transitada em julgado, terá cassado seu documento de habilitação ou será proibido de obter a habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 5 (cinco) anos.

[...]

§2º. No caso do condutor preso em flagrante na prática dos crimes de que trata o **caput** deste artigo, poderá o juiz, em qualquer fase da investigação ou da ação penal, se houver necessidade para a garantia da ordem pública, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial,

⁶⁷ **Art. 318-B do Código de Processo Penal.** A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.

[...]

Art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro. Em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.

2) **Lei Maria da Pena:** afirma o art. 22:

Art. 22 da Lei Maria da Penha. Constatada a prática de violência doméstica ou familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação do órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§1º. As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§2º. Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§3º. Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer tempo, auxílio da força policial.

§4°. Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§5° e 6° do art. 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

3) **Lei de Tóxicos:** afirma o art. 56, §1°:

Art. 56, §1°, do Código de Processo Penal. Tratando-se de condutas tipificadas como infração do disposto nos arts. 33, caput e §1°, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, se for funcionário público, comunicando ao órgão respectivo.

Poder geral de cautela. Convém que façamos uma pergunta: *podem os juízes criarem medida cautelar diversa das dispostas em lei?* Há divergência neste ponto.

Segundo a maioria da doutrina, não é possível que juiz crie medida cautelar diversa das previstas em dispositivos legais, visto a taxatividade das já fixadas, bem como o respeito ao *Princípio da Legalidade*.

Contudo, o STF, de acordo com o acórdão emitido no HC 125.752/STF, admite que, com o intuito de evitar a prisão provisória do acusado, é sim possível que o juiz crie medida cautelar diversa das definidas em lei.

Condução coercitiva. Continuando com o tema da criação de novas medidas cautelares, a *condução coercitiva* seria uma medida cautelar atípica? Diante de investigações recentes, tornou-se comum adoção da *condução coercitiva* dos investigados até a delegacia, dando margem para que os agentes policiais realizassem as devidas diligências. Posteriormente ao final das diligências o acusado era liberado. Deste modo, o acusado não seria, de fato, preso e, da mesma forma, não atrapalharia no andamento das investigações.

Pergunta-se: *esse tipo de abordagem é constitucional?* Nesse sentido é o acórdão do STF referente às ADPFs nº 395 e 444⁶⁸:

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, constante do artigo 260 do Código de Processo Penal (CPP), não foi recepcionada pela Constituição de 1988. A decisão foi tomada no julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 395 e 444, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). O empregado da medida, segundo o entendimento majoritário, representa restrições à liberdade de locomoção e viola a presunção de não culpabilidade, sendo, portanto, incompatível com a Constituição Federal.

Pela decisão do Plenário, o agente ou a autoridade que desobedecerem a decisão poderão ser responsabilizados nos âmbitos disciplinar, civil e penal. As provas obtidas por meio do interrogatório ilegal também podem ser consideradas ilícitas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (...)

⁶⁸ Texto disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>>

4.4.11.3. Liberdade Provisória e Fiança

Redação da Constituição. Afirma o art. 5º, LXVI, da Constituição Federal:

Art. 5º, LXVI, da Constituição Federal. Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

O primeiro comentário a se fazer é que quando a Constituição diz *com ou sem fiança*, leia-se *com ou sem medida cautelar diversa da prisão*.

Crimes inafiançáveis. Diante da redação errônea da Constituição Federal, surgiu uma *dúvida* em relação aos crimes inafiançáveis.

Entendia-se que diante do cometimento dos crimes de (1) racismo⁶⁹; (2) tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins, crimes hediondos e terrorismo⁷⁰; (3) delitos ligados à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático⁷¹; (4) crimes contra o sistema financeiro⁷²; (5) crimes de lavagem de dinheiro⁷³, não seria possível que o juiz aplicasse as fianças (medidas cautelares) e, portanto, não seria possível, igualmente, que se adotasse a liberdade provisória.

Hoje, porém, entende-se que somente não se pode, diante de tais crimes, adotar a medida provisória *fiança*, não havendo qualquer impedimento em relação à adoção da liberdade provisória com a decretação de medidas cautelares diversas da fiança.

Uma incongruência, porém, surgiu: *não é possível que se estabeleça a medida cautelar fiança diante de tais crimes, ainda que o agente tenha condições para tanto*.

Crimes afiançáveis. Diante da adoção da liberdade provisória, podem cumular qualquer das medidas cautelares dispostas em lei.

⁶⁹ **Art. 5º, XLII, da Constituição Federal.** A prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Art. 323 do Código de Processo Penal. Não será concedida fiança:

I – nos crimes de racismo.

⁷⁰ **Art. 5º, XLIII, da Constituição Federal.** A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Art. 323, II, do Código de Processo Penal. Nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos.

⁷¹ **Art. 5º, XLIV, da Constituição Federal.** Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Art. 323, III, do Código de Processo Penal. Nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

⁷² **Art. 31 da Lei 7.492/86.** Nos crimes revistos nesta lei e punidos com pena de reclusão, o réu não poderá prestar fiança, nem apelar antes de ser recolhido à prisão, ainda que primário e de bons antecedentes, se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva.

⁷³ **Art. 3º da Lei 9.613/98 (revogado).** ~~Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.~~

Liberdade provisória sem fiança (medida cautelar). São três as situações que permitem tal disposição:

- 1) Verificar o juiz ter o agente praticado o fato ilícito acobertado pela *legítima defesa, estado de necessidade e estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito*⁷⁴;
- 2) Quando não for possível aplicar a prisão preventiva e, portanto, não for possível substituí-la;
- 3) Quando o acusado não tiver condições de pagar a fiança⁷⁵.

Em relação a esta última hipótese, convém destacar que há posicionamento doutrinário no sentido de manter a aplicação da fiança, ainda que o preso não tenha condições para pagá-la. Justifica-se tal posição devido ao fato de que a aplicação da fiança acarreta na realização de outras diligências. Desse modo, a aplicação as asseguraria.

Por fim, convém citarmos que, de acordo com disposição da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, poderá o juiz averiguar tais elementos diante da *audiência de custódia*.

Do pagamento da fiança. Afirma o art. 330 do Código de Processo Penal:

Art. 330 do Código de Processo Penal. A fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, título da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

§1º. A avaliação de imóvel, ou de pedras, objetos ou metais preciosos será feita imediatamente por perito nomeado pela autoridade.

§2º. Quando a fiança consistir em caução de títulos da dívida pública, o valor será determinado pela sua cotação em Bolsa, e, sendo nominativos, exigir-se-á prova de que se acham livres de ônus.

Portanto, trata-se de garantia que assegura ao indiciado o direito de permanecer em liberdade durante o trâmite do processo criminal.

⁷⁴ **Art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal.** Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Art. 23 do Código Penal. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

⁷⁵ **Art. 350 do Código de Processo Penal.** Nos casos em que couber fiança, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeito-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Valor da fiança. Afirma o art. 325 do Código de Processo Penal:

Art. 325 do Código de Processo Penal. O valor da fiança será ficado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

- a) (revogada);
- b) (revogada);
- c) (revogada).

I – de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

II – de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

§1º. Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

I – dispensada, na forma do art. 350 deste Código;

II – reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III – aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

§2º. (Revogado):

I – (revogado);

II – (revogado);

III – (revogado).

Portanto, são os valores:

- 1) **Crime cuja pena máxima não exceda 4 anos de prisão:** de 1 a 100 salários mínimos;
- 2) **Crime cuja pena máxima exceda 4 anos de prisão:** 10 a 200 salários mínimos.

A depender da situação econômica do preso, poderá o juiz:

- 1) **Dispensar a fiança;**
- 2) **Reduzi-la de até 2/3;**
- 3) **Aumentá-la em até 1.000 vezes.**

Elementos analisados na decretação da fiança. Afirma o art. 326 do Código de Processo Penal:

Art. 326 do Código de Processo Penal. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

São, portanto, os elementos analisados:

- 1) Natureza da infração;
- 2) Condições pessoais de fortuna;

- 3) Vida pgressa;
- 4) Periculosidade;
- 5) Custas processuais.

Destinação da fiança. Afirmam os arts. 336 e 337 do Código de Processo Penal:

Art. 336 do Código de Processo Penal. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (~~art. 110 do Código Penal~~).

Art. 337 do Código de Processo Penal. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.

São as situações:

- 1) **Condenação do réu:** a fiança é destinada a:
 - a. Pagamento das custas;
 - b. Pagamento da indenização do dano;
 - c. Pagamento da prestação pecuniária e multa.
- 2) **Absolvição do réu:** há a devolução, atualizada e sem desconto, do valor da fiança, salvo no caso de extinção do processo por prescrição referente à execução da pena.