



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

VICTÓRIA BARROS DE SOUZA

AS PRISÕES CAUTELARES APÓS O PACOTE ANTICRIME

**Assis/SP
2022**



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

VICTÓRIA BARROS DE SOUZA

AS PRISÕES CAUTELARES APÓS O PACOTE ANTICRIME

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando(a): Victória Barros de Souza
Orientador(a): Me. Carlos Ricardo Fracasso

Assis/SP
2022

FICHA CATALOGRÁFICA

S729p Souza, Victoria Barros de.

As prisões cautelares após o pacote anticrime / Victoria Barros de Souza – Assis, SP: FEMA, 2022.

37 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, curso de Direito, Assis, 2022.

Orientador: Prof. M^e. Carlos Ricardo Fracasso.

1. Princípios. 2. Prisões. 3. Pacote anticrime. 4. Arbitragem. I. Título.

CDD 341.5

Biblioteca da FEMA

AS PRISÕES CAUTELARES APÓS O PACOTE ANTICRIME

VICTÓRIA BARROS DE SOUZA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Me. Carlos Ricardo Fracasso

Examinador: Cláudio José Palma Sanchez

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha amada família, a qual sempre me apoia, sem hesitar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, ao meu orientador, aos meus familiares e amigos que me incentivaram nesta fase tão importante de minha vida. Jamais esquecerei de toda atenção e carinho dedicados a mim.

Por fim, meu sincero agradecimento a todos que contribuíram de alguma forma para minha formação acadêmica.

RESUMO

O presente trabalho tem a finalidade de discorrer sobre as principais prisões cautelares existentes no Brasil e as alterações que estas sofreram por causa da entrada em vigor da LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019, que ficou conhecida como Pacote Anticrime. É sabido que, em um Estado Democrático de Direito, o direito de ir e vir, que está garantido no Art. 5º, XV, da Constituição Federal de 1988, é um bem jurídico muito importante e precisa ser respeitado. Neste sentido, a restrição da liberdade de qualquer pessoa em território nacional deve ser pautada na legalidade, sendo certo que sua inobservância fere diretamente a dignidade da pessoa humana e o exercício da cidadania.

Palavras-chave: princípios; prisões cautelares; pacote anticrime; flagrante; preventiva; temporária.

ABSTRACT

This work intends to discuss preventive arrests as prescribed in Brazil and the changes they have undergone with law nº 13964 from december 24th 2019, also known as "Anti-crime Package". It is accepted that as a State with the Rule of Law, the right to freedom of movement is guaranteed by article 5 of the Brazilian Constitution of 1988, and that it is an important right that must be respected. Therefore, any restrictions to that right must be done inside the confines of the law, being certain that its non-observance directly violates human dignity and the exercise of citizenship.

Keywords: principles; preventive arrests; anti-crime package; preventive; temporary.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS.....	11
2.1.PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	12
2.2.PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.....	13
2.3.PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.....	13
2.4.PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA.....	14
2.5. PRINCÍPIO PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	14
2.6. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE.....	15
2.7. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE OU RESERVA LEGAL.....	15
2.8. PRINCÍPIO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.....	16
2.9. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	17
2.10. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE.....	18
3. DAS PRISÕES CAUTELARES.....	19
3.1. DA PRISÃO EM FLAGRANTE.....	20
3.2. DA PRISÃO TEMPORÁRIA.....	22
3.3. DA PRISÃO PREVENTIVA.....	25
4. ALTERAÇÕES DO PACOTE ANTICRIME NAS PRISÕES CAUTELARES.....	28
4.1. QUANTO À PRISÃO EM FLAGRANTE.....	28
4.2. QUANTO À PRISÃO TEMPORÁRIA.....	30
4.3. QUANTO À PRISÃO PREVENTIVA.....	31
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	34
6. REFERÊNCIAS.....	35

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Este importante princípio é fundamental, em um Estado Democrático de direito, para que qualquer pessoa exerça seus direitos. No artigo 5º, inciso LXI da CF 88 temos que “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”, tal inciso está diretamente ligado às prisões cautelares, tema deste trabalho.

A prisão cautelar deve ser interpretada como uma restrição da liberdade não definitiva, porque não surgiu de uma decisão condenatória transitada em julgado.

No sistema processual penal brasileiro, temos 3 principais prisões cautelares: a prisão temporária, que está contemplada na Lei nº 7.960/89; a prisão em flagrante e a prisão preventiva, que estão no Código de Processo Penal - **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.**

O presente trabalho irá discorrer sobre os princípios relacionados às prisões cautelares, conceituará cada uma delas e pontuará as principais alterações trazidas pelo Pacote Anticrime.

2. PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS

Neste capítulo iremos abordar os princípios penais principais, aqueles que trazem influência na ordem constitucional quando se fala em prisões cautelares. Os princípios penais constitucionais se originam da constituição e podem ser implícitos e explícitos. Nos ensinamentos de Nucci, 2019, temos que:

“É a causa primária de algo ou o elemento predominante de um corpo. Juridicamente, o princípio é uma norma de conteúdo abrangente, servindo de instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo”. (NUCCI, 2019, p. 27).

Verifica-se que os princípios principais são essenciais dentro do ordenamento jurídico, seja para formá-lo, seja para mantê-lo. Podem ser constitucionais, isto é, estão na própria Constituição; infraconstitucionais, pois são encontrados em leis diversas da CF; implícitos ou explícitos. Os princípios são o alicerce do direito.

Os princípios são divididos em diversos ramos, Nucci (2019) explica que:

“Divide-se em ramos, cada qual cuidando de assuntos próprios, como constitucional, penal, civil, processo penal, processo civil, administrativo, tributário, entre outros. Cada um desses ramos é regido por princípios e regras particulares, embora alguns princípios sejam considerados universais, como o da dignidade da pessoa humana. (NUCCI, 2019, p. 152)”.

Em meio a vários princípios, há dois que se destacam, o Princípio do Devido Processo Legal e Princípio da Dignidade Humana, estes são considerados muito importantes na formação e manutenção de um Estado Democrático de Direito, Nucci ensina que:

“O direito penal e o processo penal estruturam-se sob as bases de inúmeros princípios constitucionais e infraconstitucionais, porém é essencial destacar dois princípios governantes para que se obtenha a efetividade das propostas do Estado Democrático de Direito. O foco precisa voltar-se ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio do devido processo legal. Afinal, respeitada a dignidade da pessoa humana, seja do ângulo do acusado, seja do prisma da vítima do crime, além de assegurar a fiel aplicação do devido processo legal, para

a consideração da inocência ou da culpa, está-se cumprindo, na parte criminal, o objetivo do Estado de Direito e, com ênfase, democrático” (NUCCI, 2019, p. 153).

2.1. Princípio do Devido Processo Legal

Este princípio é tratado como um dos mais importantes princípios do direito, já que garante que as regras e garantias de um processo sejam respeitadas, a fim de que não exista ilegalidade, seja formalmente, seja materialmente falando.

Ele pode ser extraído do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que assim determina “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O eminente doutrinador e ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes preleciona:

A Constituição Federal de 1988 incorporou o princípio do devido processo legal, que remonta à Magna Charta Libertatum de 1215, de vital importância no direito anglo-saxão. Igualmente, o art. XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem. (MORAIS, 2022, p.138)

Ainda discorrendo em sua obra, explica que:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal). O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional exposto (art. 5º, LV). Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa. (MORAES, 2022, p. 139)

Nucci (2015) também aborda o tema em sua obra “Manual de Processo Penal e Execução Penal” e leciona que “o devido processo legal deita suas raízes no princípio da legalidade, garantindo ao indivíduo que somente seja processado e punido se houver lei penal anterior definindo determinada conduta como crime, cominando-lhe pena”.

O Princípio do Devido Processo Legal representa as garantias fundamentais, direitos que assegura à pessoa humana, tanto nos aspectos material quanto no processual. Sua origem é anterior a Constituição, por volta de 1215 com a Magna *Charta Libertatum*, e garante proteção a qualquer pessoa.

2.2. Princípio da Dignidade Humana

Conforme mencionado anteriormente, o Princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios mais importantes e que se deve ficar de olho quando se fala sobre Estado Democrático de Direito. O princípio da dignidade humana encontra-se disposto no artigo 1º inc. III, da CF, e carrega consigo o peso de ser um dos princípios de base para doutrina, por sua defesa à “honra, moral e dignidade” da pessoa humana. É sem dúvida considerado a base do ordenamento jurídico brasileiro. Existem dois aspectos importantes no Princípio da Dignidade Humana: o objetivo e o subjetivo. Nas lições de Nucci (2015), temos que:

“Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo art. 7.º, IV, da CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência.” (NUCCI, 2015, p 157)

2.3. Princípio da Intervenção Mínima

Trata-se de um princípio constitucional implícito, o qual é limitador do poder do estado no âmbito penal, impedindo que ocorra excesso de violência à pessoa humana. Este princípio ensina que o Estado em matéria penal deve intervir minimamente na vida em sociedade, devendo agir apenas quando for realmente necessário. Sobre esse importante princípio, Damásio (2020) ensina que:

Trata-se de reconhecer que o Direito Penal, por ter como característica a imposição das mais graves penas previstas no ordenamento jurídico, só deve ser utilizado quando absolutamente necessário, intervindo o mínimo possível. Esse

princípio encontra origem no pensamento iluminista clássico, a partir do qual se desenvolveu a ideia de que o Estado deve interferir na esfera individual somente o mínimo necessário. Daí decorre que o Direito Penal deve ser a ultima ratio, isto é, o último recurso a ser utilizado pelo Estado para proteger algum bem jurídico. (DAMÁSIO, 2020, p.54)

2.4. Princípio da Retroatividade da Lei Penal Benéfica

Este princípio explica que só haverá a retroatividade de uma nova lei penal, se esta for benéfica ao réu. Do contrário, a lei não irá retroagir. É o que traz o Código Penal em seu artigo 2º: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”.

Nucci (2019) também nos ensina que:

Abre-se exceção à regra geral, existente em direito, acerca da irretroatividade quando se ingressa no campo das leis penais benéficas. Estas podem voltar no tempo para favorecer o agente, ainda que o fato tenha sido decidido por sentença condenatória, com trânsito em julgado (art. 5.º, XL, CF; art. 2.º, parágrafo único, CP). É também conhecido como o *princípio da irretroatividade da lei penal*, embora, nesse prisma, leve-se em consideração a lei incriminadora. (NUCCI, 2019, p. 162)

2.5. Princípio Presunção de Inocência

A presunção de inocência é direito de toda pessoa humana. Está disposto no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela ONU em 1948:

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.
2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte de que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Depois disso, passou a fazer parte do sistema jurídico de outros Estados. Por meio desse princípio, entende-se que todos são inocentes até que seja provado o contrário. No

sistema jurídico brasileiro, vem previsto no art. 5º, LVII da CF: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

2.6. Princípio da Culpabilidade

Este princípio está diretamente ligado à reprovação de um ato. Não basta ser o ato típico e ilegal, é necessário também que seja reprovável. Conforme a teoria da norma pura, a culpabilidade é dividida em três partes: imputabilidade, potencial de consciência sobre a ilicitude dos fatos e exigibilidade de obediência ao direito. Para Nucci (2019):

“Trata-se de uma conquista do direito penal moderno, voltado à ideia de que a liberdade é a regra, sendo exceção a prisão ou a restrição de direitos. Além disso, o próprio Código Penal estabelece que somente há crime quando estiver presente o dolo ou a culpa (art. 18). Note-se, ainda, a redação do parágrafo único deste artigo: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. (NUCCI, 2019, 225)”.

Nas palavras de Greco (2015), “culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente”.

2.7. Princípio da Legalidade ou Reserva Legal

Trata-se de princípio constitucional explícito, disposto no art. 5.º, XXXIX, CF (*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*), também pode ser encontrado no art. 1º do Código Penal. Quando o Princípio da Legalidade ou Reserva Legal é analisado em sentido estrito, podemos observar que se vincula ao Poder Legislativo, que é o responsável por fazer leis ordinárias, apenas estas tratam de infrações penais (crimes e contravenções penais) e cominação de penas. Em sentido penal, está vinculado ao princípio da reserva legal, assim como o sentido estrito, já que para que seja crime uma conduta, tem que existir expressa previsão numa lei.

Nos ensinamentos de Nucci (2019), temos que:

O termo lei, nessa hipótese, é reservado ao sentido estrito, ou seja, norma emanada do Poder Legislativo, dentro da sua esfera de competência. No caso penal, cuida-se de atribuição do Congresso Nacional, como regra. A matéria penal (definição de crime e cominação de pena) é *reserva de lei*, não se podendo acolher qualquer outra fonte normativa para tanto, pois seria inconstitucional. Portanto, decretos, portarias, leis municipais, resoluções, provimentos, regimentos, entre outros, estão completamente alheios aos campos penal e processual penal. (NUCCI, 2019, p. 221)

Para Masson (2019), o princípio da reserva legal, que também é conhecido como estrita legalidade:

Preceitua, basicamente, a exclusividade da lei para a criação de delitos (e contravenções penais) e cominação de penas, possuindo indiscutível dimensão democrática, pois revela a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal. De fato, não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal (*nullum crimen nulla poena sine lege*). (MASSON, 2019, p. 97)

2.8. Princípio do Contraditório e Ampla Defesa

Esse dois princípios, o do Contraditório e da Ampla Defesa, se originam do art. 5º, LV, da Constituição Federal, que possui a seguinte redação: “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”. Interessante mencionar ainda que esses dois princípios estão elencados no artigo 2º da Lei 9.784/99.

Para Távora (2017), o princípio do Contraditório é:

Traduzido no binômio ciência e participação, e de respaldo constitucional (art. 5º, LV, da CF/1988), impõe que às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual. O princípio do contraditório, ao qual está aliado o da ampla defesa, estudado no tópico seguinte, já existia de forma implícita no ordenamento jurídico brasileiro vigente sob a égide das Constituições anteriores a 1988. (TÁVORA, 2017, p.75)

Cada um deles tem seu próprio conceito, porém são interligados e utilizados em conjunto. Nucci (2015) discorre que o Contraditório “cuida-se de princípio ligado, essencialmente, à relação processual, servindo tanto à acusação quanto à defesa. Excepcionalmente, o contraditório pode ser exercitado quando houver alegação de direito”.

No tocante à Ampla Defesa, Nucci esclarece que “gera inúmeros direitos exclusivos do réu, como é o caso de ajuizamento de revisão criminal – instrumento vedado à acusação –, bem como a oportunidade de ser verificada a eficiência da defesa pelo magistrado, que pode desconstituir o advogado escolhido pelo réu, fazendo-o eleger outro ou nomeando-lhe um dativo, entre outros.”

Verifica-se que o contraditório é princípio que protege tanto autor quanto o réu, já a ampla defesa, a qual não deve ser confundida com o contraditório, tem o acusado como seu destinatário certo. Távora (2017) explica que:

A defesa pode ser subdividida em: (1) defesa técnica (defesa processual ou específica), efetuada por profissional habilitado; e (2) autodefesa (defesa material ou genérica), realizada pelo próprio imputado. A primeira é sempre obrigatória. A segunda está no âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio. A autodefesa comporta também subdivisão, representada pelo direito de audiência, "oportunidade de influir na defesa por intermédio do interrogatório", e no direito de presença, "consistente na possibilidade o réu tomar posição, a todo momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o defensor, o juiz e as provas". Deve ser assegurada a ampla possibilidade de defesa, lançando-se mão dos meios e recursos disponíveis e a ela inerentes (art. 5º, LV, CF/1988), sendo, ademais, dever do Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, CF/1988). (TÁVORA, 2017, p.78)

2.9. Princípio da Proporcionalidade

No direito penal, o princípio da proporcionalidade encontra relação direta com as penas. No sistema jurídico, ele assegura proporcionalidade entre a infração penal e a pena cominada. Nucci leciona para nós que:

A Constituição Federal sinaliza a preferência por determinadas sanções penais, no mesmo contexto indicativo do princípio da individualização das penas, a saber: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos” (art. 5.º, XLVI). Aponta-se, paralelamente, com perfeita identidade, devam as penas ser individualizadas, ao mesmo tempo que necessitam ser proporcionalmente aplicadas, conforme a gravidade da infração penal cometida. Por isso, há uma meta revelada em direção a dois objetivos: a) preservar a harmonia entre a cominação de penas e os modelos de condutas proibidas; b) fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime.

Nas palavras de Damásio (2020), é “chamado também de “princípio da proibição de excesso”, determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena.”.

2.10. Princípio da Anterioridade

Com previsão no art. 5.º, XXXIX, CF, esse princípio diz que uma lei penal incriminadora apenas será utilizada em um fato concreto, caso tenha sido criada por processo legislativo adequado antes de o agente ter praticado uma conduta, seja ela por ação, seja ela por omissão. Além disso, tal conduta precisar estar tipificada como uma infração penal. Trata-se de um princípio explícito na Constituição Federal e no art. 1.º do Código Penal (*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*). Segundo Masson, observa-se que:

A lei penal produz efeitos a partir da data em que entra em vigor. Daí deriva a sua irretroatividade: não se aplica a comportamentos pretéritos, salvo se beneficiar o réu (CF, art. 5º, XL). É proibida a aplicação da lei penal inclusive aos fatos praticados durante seu período de *vacatio*. Embora já publicada e formalmente válida, a lei ainda não estará em vigor e não alcançará as condutas praticadas em tal período. (MASSON, 2019, p.101)

3. DAS PRISÕES CAUTELARES

Como já dito anteriormente, no sistema processual penal brasileiro, temos 3 principais prisões cautelares: a prisão temporária, que está contemplada na Lei nº 7.960/89; a prisão em flagrante e a prisão preventiva, que estão no Código de Processo Penal - **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Embora exista divergência doutrinária a respeito de a prisão em flagrante ser prisão cautelar ou pré-cautelar, não entraremos no mérito da discussão aqui. Para demonstrar tal divergência, seguem as palavras de Aury (2020):

E quais são as prisões cautelares recepcionadas atualmente? Prisão Preventiva e Prisão Temporária. A prisão em flagrante também costuma ser considerada “cautelar” por parte da doutrina tradicional. Divergimos neste ponto, por considerar a prisão em flagrante como “pré-cautelar, como explicaremos ao tratar dela. De qualquer forma, essas são as três modalidades de prisão que podem ocorrer antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Não existem mais, após a reforma de 2011, a prisão decorrente da pronúncia e a prisão decorrente da sentença penal condenatória recorrível. Elas agora, como determinam os respectivos arts. 413, § 3º, e 387, § 1º, do CPP, passam a ser tratadas como prisão preventiva (não só porque somente podem ser decretadas se presentes o requisito e fundamento, mas também devem ser assim nominadas).

Temos, de modo amplo, que prisão é a restrição da liberdade de se locomover, isto é, do direito de ir e vir. Pode surgir de uma decisão condenatória transitada em julgado, nesse caso é chamada prisão pena, é tratada no Código Penal, há um sistema de cumprimento, é a resposta do Estado em decorrência de uma infração penal.

No entanto, poderão ocorrer prisões que não são frutos de uma decisão condenatória, ou seja, não se trata de prisão pena, são as chamadas prisões cautelares. Távora (2017) nos ensina que:

No transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado. Surge assim a possibilidade da prisão sem pena, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra

é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII da CF, pois "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

As prisões cautelares possuem natureza provisória, por conta disso não são decorrentes do trânsito julgado, mas sim durante a persecução penal, ou seja, nas fases de investigação ou da ação penal. Têm caráter excepcional e não podem ser tidas como causa de antecipação de pena. Nas palavras do professor Afrânio Silva Jardim, temos que:

"A prisão provisória em nosso direito tem a natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final, bem como a possibilidade regular de instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela". (JARDIM, 2007)

O remédio constitucional *habeas corpus* é utilizado para atacar, prevenir ou revogar as prisões cautelares. Em que pese ser um valioso instrumento constitucional para esse fim, não será abordado nesse trabalho monográfico. De qualquer modo, nas palavras de Ishida (2015), temos que HC é:

"Remédio jurídico destinado a tutelar a liberdade física do indivíduo, a liberdade de ir, ficar e vir, tendo por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder (o conceito em geral é fornecido pelo art. 647 do CPP). Nas palavras de Pontes de Miranda: "Restringir a liberdade pessoal é limitar, abarrear, comedir, por quaisquer meios empecivos, o movimento de alguém; obrigar o indivíduo a não ir, não ficar ou a não vir de algum lugar; constrangê-lo a mover-se ou a caminhar; impedir- -lhe que não fique, vá ou venha" (ob. cit., tomo I, p. 39)". (ISHIDA, 2015, p.22).

3.1. Da Prisão em Flagrante.

A prisão em flagrante encontra-se disposta na lei Nº 3.689.41, dos artigos 301 a 310 do capítulo II, do Código de Processo Penal. A prisão em flagrante assim como as outras tem natureza cautelar, tem natureza processual e não precisa de ordem judicial, pode inclusive ser realizada por qualquer pessoa, desde que esta seja flagrada cometendo algum delito dentro da hipóteses de flagrante do artigo 302 do CPP. Aury (2020) ensina que:

Como explica CARNELUTTI³⁰, a noção de flagrância está diretamente relacionada a “la llama, que denota con certeza la combustión; cuando se ve la llama, es indudable que alguna cosa arde”. Essa chama, que denota com certeza a existência de uma combustão, coincide com a possibilidade para uma pessoa de comprová-lo mediante a prova direta. Como sintetiza o mestre italiano: a flagrância não é outra coisa que a visibilidade do delito³¹. Na mesma linha é a advertência de CORDERO³², no sentido de que o flagrante traz à mente a ideia de coisas percebidas enquanto ocorrem; no participio, capta a sincronia fato-percepção, como uma qualidade do primeiro. Essa certeza visual da prática do crime gera a obrigação para os órgãos públicos, e a faculdade para os particulares, de evitar a continuidade da ação delitiva, podendo, para tanto, deter o autor.

Para Capez (2014), a prisão em flagrante deve “Medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente”

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

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

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

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

A doutrina traz várias modalidades de flagrante, seguem abaixo algumas delas:

1. Flagrante próprio: o agente é flagrado cometendo um crime ou acaba de cometê-lo;
2. Flagrante impróprio: o agente é preso logo após ter cometido o crime e é preso após uma perseguição;
3. Flagrante Presumido: o agente é preso posteriormente com provas que presumem ser ele o autor do delito (armas ou objetos usados no crime);
4. Flagrante esperado: a polícia espera (campanas) o agente cometer o crime espontaneamente;
5. Flagrante obrigatório: feito pelas forças policiais;
6. Flagrante facultativo: pode ser realizado por qualquer pessoa;
7. Flagrante preparado: o agente é provocado a cometer o delito;

8. Flagrante prorrogado ou retardado: a polícia espera o melhor momento de efetuar a prisão, para produzir mais provas ou identificar mais autores;
9. Flagrante Forjado: há a criação de cenário falso para incriminar o agente.

Na prisão em flagrante é possível liberdade provisória via de regra, esta foi criada para possibilitar que o réu aguarde seu julgamento em liberdade, é possível ser com ou sem fiança. Sobre o tema, Nucci explica que:

“A Constituição Federal estabelece que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5.º, LXVI), significando, nitidamente, que a prisão é exceção e a liberdade, regra. Aliás, não poderia ser diferente em face do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5.º, LVII)”. (NUCCI, 2019, p.410).

3.2. Da Prisão Temporária

Essa importante modalidade de prisão cautelar não está consagrada no CPP do mesmo modo que a prisão em flagrante e a prisão preventiva. Ela está prevista em lei específica, na Lei de Nº 7960/89. Essa lei traz um rol taxativo de crimes suscetíveis de decretação de prisão temporária, de acordo com o artigo 1º da referida lei:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso ([art. 121, caput, e seu § 2º](#));
 - b) seqüestro ou cárcere privado ([art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º](#));
 - c) roubo ([art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º](#));
 - d) extorsão ([art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º](#));
 - e) extorsão mediante seqüestro ([art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º](#));
 - f) estupro ([art. 213, caput](#), e sua combinação com o [art. 223, caput, e parágrafo único](#)); ([Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940](#))

- g) atentado violento ao pudor ([art. 214, caput](#), e sua combinação com o [art. 223, caput, e parágrafo único](#)); ([Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940](#))
- h) rapto violento ([art. 219](#), e sua combinação com o [art. 223 caput, e parágrafo único](#)); ([Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940](#))
- i) epidemia com resultado de morte ([art. 267, § 1º](#));
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte ([art. 270, caput](#), combinado com [art. 285](#));
- l) quadrilha ou bando ([art. 288](#)), todos do Código Penal;
- m) genocídio ([arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956](#)), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas ([art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976](#));
- o) crimes contra o sistema financeiro ([Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986](#)).
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. ([Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016](#))

A prisão temporária só é possível ocorrer durante a fase de investigação do inquérito policial ou do PIC (procedimento investigatório criminal - realizado pelo Ministério Público), sendo o juiz responsável pela decretação de seu prazo, este será fixado em 5 dias como previsto em lei, porém caso seja preciso, poderá haver prorrogação, conforme artigo 2º da lei:

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

NUCCI (2019) conceitua de modo claro, sendo possível captar o porquê da existência dessa modalidade de prisão e qual é sua função no mundo jurídico processual penal:

É uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave. O prazo da prisão temporária será, como regra, de cinco dias, podendo ser prorrogado por outros cinco, em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2.º, caput, da Lei 7.960/89). Quando se tratar de crimes hediondos e equiparados, o prazo sobe para 30 dias, prorrogáveis por outros 30 (art. 2.º, § 4.º, da Lei 8.072/90). Não há decretação de ofício pela autoridade judiciária, devendo haver requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. (NUCCI, 2019, p. 382).

Importante destacar que “decorrido o prazo contido no mandado de prisão, a autoridade responsável pela custódia deverá, independentemente de nova ordem da autoridade judicial, pôr imediatamente o preso em liberdade, salvo se já tiver sido comunicada da prorrogação da prisão temporária ou da decretação da prisão preventiva.”.

Outro ponto importante a ser destacado quanto o assunto é prisão temporária é a Lei 8.072/90, a famosa lei de Crimes Hediondos. A lei traz um rol taxativo de crimes, consumados ou tentados, em seu artigo 1º e equipara os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo a crimes hediondos:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#), consumados ou tentados: [\(Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994\)](#) [\(Vide Lei nº 7.210, de 1984\)](#)

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII e IX); [\(Redação dada pela Lei nº 14.344, de 2022\)](#) [Vigência](#)

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos [arts. 142 e 144 da Constituição Federal](#), integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; [\(Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015\)](#)

II - roubo: [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

a) circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V); [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

b) circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B); [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

c) qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º); [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

III - extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º); [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, **caput**, e §§ 1º, 2º e 3º); [\(Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994\)](#)

V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º); [\(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); [\(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009\)](#)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). [\(Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994\)](#)

VII-A – (VETADO) [\(Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998\)](#)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, **caput** e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a

redação dada pela [Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998](#)). [\(Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998\)](#)

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º). [\(Incluído pela Lei nº 12.978, de 2014\)](#)

IX - furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A). [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

Parágrafo único. Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados: [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

I - o crime de genocídio, previsto nos [arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956](#); [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

II - o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, previsto no [art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003](#); [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

III - o crime de comércio ilegal de armas de fogo, previsto no [art. 17 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003](#); [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

IV - o crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, previsto no [art. 18 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003](#); [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

V - o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.

Importante frisar que esses crimes são suscetíveis de prisão temporária, no parágrafo 4º temos que “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.”.

Sendo assim, verifica-se que a prisão temporária pode ter prazo de 5 dias, prorrogáveis por mais 5; ou 30 dias, prorrogáveis por mais 30, no caso de crimes hediondos ou equiparados, a depender do caso concreto.

3.3. Da Prisão Preventiva

Conforme dito anteriormente, a prisão preventiva está consagrada no Título IX, capítulo III, do artigo 311 ao 316, do Código de Processo Penal. Essa modalidade de prisão pode ocorrer durante a fase de investigação preliminar ou durante o processo propriamente dito, pode ainda ser decretada depois da sentença condenatória recorrível. Também, caso haja necessidade, durante fase recursal, poderá ocorrer a decretação da preventiva, tendo como base a garantia da aplicação da lei penal (AURY, 2020). O artigo 311 do CPP

traz que “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”. No art. 312 temos que a 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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado; ainda diz que “também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares e que a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. Na sequência o art. 313 explica em quais situações poderá ocorrer sua decretação:

Art. 313. 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;

§ 1º 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.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

Com as brilhantes lições de Aury (2020), entendemos que:

A prisão preventiva somente pode ser decretada por juiz ou tribunal competente, em decisão fundamentada, a partir de prévio pedido expresso (requerimento) do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. Estabelece ainda o art. 311 que caberá a prisão preventiva a partir de requerimento do querelante, o que pode induzir o leitor em erro. Não se pode esquecer do disposto no art. 313, I, ou seja, do não cabimento de prisão preventiva quando a pena for igual ou inferior a 4 anos. Portanto, incompatível com os crimes em que cabe ação penal privada (nos quais o apenamento é inferior ao exigido pelo art. 313, I). (AURY, 2020, p.983)

Verifica-se, portanto, que a prisão preventiva foi criada para que seja a liberdade de alguém seja restringida antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Importante salientar, do mesmo modo que qualquer outra prisão cautelar, a preventiva é uma medida que deve ser tomada quando estritamente necessário e

“Prova da materialidade (existência) do crime: é a certeza da ocorrência da infração penal; é demonstrada por meio do exame de corpo de delito; se não deixar vestígios ou desaparecerem, supre a falta do exame a prova testemunhal; Índícios suficientes de autoria: é necessária existência de indícios (fato conhecido e provado que, por raciocínio, leva ao conhecimento de um fato desconhecido) convincentes que levem a uma suspeita fundada e não à prova plena da culpa. É a probabilidade de ser o acusado ou indiciado o autor do crime. A lei processual penal exige indícios sólidos de autoria e não a prova cabal desta, que somente poderá ser verificada em eventual decurso condenatório, após a devida instrução dos autos”. (MESSA, 2020, p. 276).

Messa (2020) leciona ainda que:

“A fundamentação deve ser relacionada com o caso concreto, não bastando meras conjecturas ou fatos abstratos invocados pelo magistrado. A decretação da prisão preventiva deve reger-se sempre pela demonstração da efetiva necessidade da medida no caso em concreto, não se confundindo com a simples reprodução de expressões ou termos legais ou com a demonstração de argumentos abstratos, desprovidos de qualquer suporte fático”. (MESSA, 2020, p. 278).

Ao analisar o que foi exposto sobre preventiva, podemos entender que a prisão preventiva “somente pode ser decretada por juiz ou tribunal competente, em decisão fundamentada, a partir de prévio pedido expresso (requerimento) do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial” (AURY, 2020) e nos estrito termos da lei, do contrário será ilegal.

4. ALTERAÇÕES DO PACOTE ANTICRIME NAS PRISÕES CAUTELARES

Em 24 de dezembro do ano de 2019 foi aprovada a lei 13.964/19, que ficou conhecida como PACOTE ANTICRIME. Ela trouxe novas perceptivas para o Direito, tanto no ramo do Direito Penal como no Processual Penal. No entanto, entrou em vigor apenas em 23 de janeiro de 2020, por causa da *vacatio legis*.

De acordo com a proposta desse trabalho, não iremos fazer um estudo aprofundado do Pacote Anticrime, apenas abordaremos as alterações que tiveram reflexo direto nas prisões cautelares.

4.1. Quanto à Prisão em Flagrante

Em relação a prisão em flagrante, o pacote anticrime operou algumas alterações, seguem o antes e o depois:

- Antes: “Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente;”;
 - Depois: “Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)”;
 - Antes: “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. [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).”;
 - Depois: “§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos [incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação. [\(Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)”;
- § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)
- § 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá

administrativa, civil e penalmente pela omissão. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#) [\(Vide ADI 6.298\)](#) [\(Vide ADI 6.300\)](#) [\(Vide ADI 6.305\)](#)

Podemos destacar no artigo 310 a introdução da audiência de custódia, que deverá ser feita dentro de 24h após a realização da prisão. A sua não realização deve ter motivação idônea, podendo ocorrer responsabilização (§ 3º) da autoridade responsável. O parágrafo 4º, do art. 310, que dispõe sobre a ilegalidade da prisão após o decurso do prazo para a realização da audiência de custódia está suspenso pelo STF.

A não conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva pelo juiz, sem dúvida foi a alteração mais importante. Basicamente nas palavras de Aury (2020) temos que:

No primeiro momento, o que faz o juiz é avaliar a situação de flagrância, se realmente ocorreu alguma das situações dos arts. 302 ou 303 anteriormente analisados, e ainda, se todo o procedimento para elaboração do auto de prisão em flagrante foi devidamente desenvolvido, especialmente no que tange à comunicação imediata da prisão ao juiz, a entrega da nota de culpa ao preso e a remessa ao juízo no prazo de 24 horas. É, em última análise, a fiscalização da efetivação do disposto no art. 306. Superada a análise formal, vem o ponto mais importante: a decretação de alguma das medidas cautelares pessoais. A “conversão” da prisão em flagrante em preventiva não é automática e tampouco despida de fundamentação. E mais, a fundamentação deverá apontar – além do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* – os motivos pelos quais o juiz entendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas do art. 319, cuja aplicação poderá ser isolada ou cumulativa. Mas o ponto mais importante é: não pode haver conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva (ou mesmo em prisão temporária). É imprescindível que exista a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público. A “conversão” do flagrante em preventiva equivale à decretação da prisão preventiva. Portanto, à luz das regras constitucionais do sistema acusatório (*ne procedat iudex ex officio*) e da imposição de imparcialidade do juiz (juiz ator = parcial), não lhe incumbe “prender de ofício”. Para evitar repetições, remetemos o leitor a tudo o que já dissemos, anteriormente, sobre essas duas garantias. (AURY, 2020, p.959)

Por fim, vale pontuar que cometerá crime de abuso de autoridade quem “decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais”, isso inclui também a autoridade judiciária, caso não relaxe uma prisão ilegal (inciso I, do art. 310 do CPP). É o que se pode concluir do art. 9º da Lei 13.869/2019:

Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de:

I - relaxar a prisão manifestamente ilegal;

II - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;

III - deferir liminar ou ordem de **habeas corpus**, quando manifestamente cabível.

4.2. Quanto à Prisão Temporária

No tocante a prisão temporária, LEI Nº 7.960, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989, o pacote anticrime não operou qualquer tipo de alteração, porém o STF decidiu, em 11/02/2022, ao julgar as ADIs 4109/DF e ADI 3360/DF, que a decretação de prisão temporária somente é cabível quando:

(i) for imprescindível para as investigações do inquérito policial;

(ii) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado;

(iii) for justificada em fatos novos ou contemporâneos;

(iv) for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado; e

(v) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas.

Embora essa interpretação não tenha sido operada pelo pacote anticrime, teve profunda repercussão no sistema jurídico.

Vale salientar que o Pacote Anticrime alterou alguns dispositivos da Lei de Hediondos, mas não trataremos do assunto nesse trabalho.

4.3. Quanto à Prisão Preventiva

Em relação à prisão preventiva houve as seguintes alterações:

- Antes: Art. 311. 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011);
 - Depois: Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019);
 - Antes: Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011);
 - Depois: Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019);
 - Antes: 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, § 4o](#)). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011);
 - Depois: § 1º 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](#)). ([Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011](#)). ([Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019](#)) ([Vigência](#))
- § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);
- Antes: 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. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011);
 - Depois: § 1º 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. ([Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011](#)). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
- § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019);

- Antes: Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011);

- Depois: Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019);

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

- Antes: Art. 316. 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. (Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967);

- Depois: Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#)

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) [\(Vigência\)](#) [\(Vide ADI 6581\)](#) [\(Vide ADI 6582\)](#)

Como já dito anteriormente o ponto mais importante de alteração na prisão preventiva foi a não conversão da prisão em flagrante pelo juiz. Aury (2020) explica que:

Portanto, não há nenhuma hipótese⁵⁸ de decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, sem pedido do MP ou representação da autoridade policial. Havendo pedido expresso de decretação da preventiva, deverá o juiz analisar o requisito (*fumus commissi delicti*) e o fundamento (*periculum libertatis*).

O *fumus commissi delicti* não constitui o maior problema, na medida em que o próprio flagrante já é a visibilidade do delito, ou seja, já constitui a verossimilhança de autoria e materialidade necessárias neste momento. O ponto nevrálgico é a avaliação da existência de *periculum libertatis*, ou seja, a demonstração da existência de um perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

São conceitos que pretendem designar situações fáticas cuja proteção se faz necessária, constituindo, assim, o fundamento *periculum libertatis*, sem o qual nenhuma prisão preventiva poderá ser decretada. Tais situações, para a decretação da prisão, são alternativas e não cumulativas, de modo que basta uma delas para justificar-se a medida cautelar. Qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida.

Sem o *periculum libertatis*, a prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar (art. 319) não poderá ser decretada (ainda que se tenha a fumaça do crime). Mas, mesmo que se tenha uma situação de perigo a ser cautelarmente tutelado, é imprescindível que o juiz o analise à luz dos princípios da necessidade, excepcionalidade e proporcionalidade, anteriormente explicados, se não existe medida cautelar diversa, que aplicada de forma isolada ou cumulativa, se revele adequada e suficiente para tutelar a situação de perigo. (AURY, 2020, p.960)

Na jurisprudência em teses do STJ podemos encontrar que “não é possível a decretação da prisão preventiva de ofício em face do que dispõe a Lei n. 13.964/2019, mesmo se decorrente de conversão da prisão em flagrante.”. Sendo que “a posterior manifestação do órgão ministerial ou da autoridade policial pela conversão ou decretação de prisão cautelar supre o vício de não observância da formalidade do prévio requerimento para a prisão preventiva decretada de ofício” (Juris em Teses STJ 184).

Também se observa que “o Pacote Anticrime, atento à jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, introduziu, no § 1º do art. 315 do CPP, o requisito da contemporaneidade dos fatos como fundamento para decisão que decretar, substituir ou denegar prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar diversa da prisão, vedada a exposição de motivos genéricos e abstratos.”.

Por fim no artigo 316, temos o prazo de 90 dias para ocorrer a revisão da necessidade de manutenção da prisão preventiva. O tema também foi tratado pela jurisprudência em teses do STJ: “o prazo de 90 dias previsto no parágrafo único do art. 316 do CPP para revisão da prisão preventiva não é peremptório, de modo que eventual atraso na

execução do ato não implica reconhecimento automático da ilegalidade da prisão, tampouco a imediata colocação do custodiado cautelar em liberdade.”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se, no decorrer do desenvolvimento deste trabalho a importância da Constituição Federal no tema prisões. Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Este importante princípio é fundamental, em um Estado Democrático de direito. Em seu artigo 5º, inciso LXI da CF tem-se que “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”. Aqui entra as modalidades de prisões às prisões cautelares, tema deste trabalho.

Ficou claro que no sistema processual penal brasileiro, há 3 principais prisões cautelares: a prisão temporária, que está contemplada na Lei nº 7.960/89; a prisão em flagrante e a prisão preventiva, que estão no Código de Processo Penal - DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.

Constatou-se que, em 24 de dezembro do ano de 2019, foi aprovada a lei 13.964/19, que ficou conhecida como PACOTE ANTICRIME. Com o advento dessa nova legislação, surgiram novas perceptivas para o Direito, tanto no ramo do Direito Penal como no Processual Penal. Foram operadas mudanças importantes, como a audiência de custódia e a não conversão de ofício pelo juiz da prisão preventiva e a exigência do “prazo nonagesimal” para rever a necessidade de manutenção da prisão preventiva.

Por fim, concluiu-se que uma prisão cautelar deve ser interpretada como uma restrição da liberdade não definitiva, porque não surgiu de uma decisão condenatória transitada em julgado e que se houver qualquer ilegalidade deverá ser relaxada pelo juiz competente. Também deve ser decretada somente se outra medida cautelar diversa da prisão não for suficiente; e sua revogação poderá se dar de ofício sempre que o juiz entender não mais necessária.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Pacote anticrime. LEI Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 8 ago. 2022.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 8 ago. 2022.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 8 ago. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 ago. 2022.

BRASIL. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869compilado.htm. Acesso em: 8 ago.2022.

BRASIL. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Lei nº 8072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm. Acesso em: 8 ago.2022.

BRASIL. Dispõe sobre prisão temporária. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 8 ago. 2022.

BRASIL. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. LEI Nº 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 1 ago. 2022.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DO DIREITO HUMANOS. Unicef, 2022. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 15 ago 2022.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

ISHIDA, Válder K. Prática Jurídica de Habeas Corpus. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2015. E-book. 9788522496266. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522496266>

JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal: 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JESUS, Damásio de Parte geral / Damásio de Jesus ; atualização André Estefam. – Direito penal vol. 1- 37. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120), 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MESSA, Ana F. Prisão e Liberdade. [Digite o Local da Editora]: Grupo Almedina (Portugal), 2020. E-book. 9788584935765. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935765/>

MORAES, Alexandre D. Direito Constitucional. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2022. 9786559771868. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771868>

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal, 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de S. Manual de Processo Penal. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. 9786559640119. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640119>.

NUCCI, Guilherme de S. Manual de Processo Penal e Execução Penal, Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 2015.

REQUISITOS ESTIPULADOS PELO STF PARA A VALIDADE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA. Dizer o Direito, 2022. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2022/02/requisitos-estipulados-pelo-stf-para.html>. Acesso em: 8 ago. 2022.

STJ. Jurisprudência em teses, 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/issue/archive>. Acesso em: 8 ago. 2022.

TÁVORA, Nestor. Curso de direito processual penal/ Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar - 12. ed. rev. e atual - Salvador: Ed. JusPodivm. 2017.