

RBDGP

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO E GESTÃO PÚBLICA

- ARTIGO DE REVISÃO -

Da prisão ilegal: algumas considerações

Dulceia Maria dos Santos Assis

Diplomada em Direito pela UFCG, especialista em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública, e, pós-graduanda em Ciências Penais, pela Universidade Anhanguera-Uniderp

Resumo: Dentro da evolução da sanção penal, a prisão somente surgiu como pena em meados do século XVIII, pois embora se encontrem registros desde a Antiguidade da existência do encarceramento, esse sempre foi adotado com um sentido custodial. A prisão, por ser medida extrema contra o estado de liberdade do indivíduo, direito universalmente garantido, somente se admite quando determinada por ordem legal e emanada de autoridade competente e respeitado o devido processo legal. No Direito brasileiro existem espécies distintas de prisão. Temos a prisão-pena (penal), a prisão processual e a prisão extrapenal. Ademais, somente será admitida a decretação da prisão preventiva nos casos expressos no artigo 313 do Código de Processo Penal, ou seja, nos crimes dolosos. Por sua vez, a prisão ilegal se apresenta como toda providência decretada em processo penal que priva alguém de sua liberdade de locomoção, sem observância dos requisitos mínimos exigidos em lei. Toda prisão que não ocorre em flagrante delito ou com mandado judicial é ilegal, esta é uma regra que está na Constituição. Prisão ilegal, portanto, significa, antes de tudo, ilegalidade. Uma vez, portanto, submetido o réu à prisão ilegal, não importa o motivo, fará jus à indenização, às custas do Estado. A imperatividade da norma constitucional brasileira faz pensar em obrigação atribuída pela lei, afastando o questionamento acerca de elemento estranho à norma. Certo é que sua positivação teve por fundamento o respeito à liberdade individual. O encargo que assume o cofre público com a indenização por indevida supressão desta é que faz presumir a igualdade de todos, pois a recomposição patrimonial do lesado é obtida com dinheiro de impostos, indistintamente arrecadado.

Palavras-chave: Processual Penal. Prisão ilegal. Consequências jurídicas.

Illegal arrest: some considerations

Abstract: Within the evolution of criminal penalty, the prison only emerged as a penalty in the mid eighteenth century, for although they are records since antiquity the existence of incarceration, this has always been adopted with a custodial sense. The prison, for being extreme measure against the state of freedom of the individual, universally guaranteed right only when it is accepted by certain legal and emanating from the competent authority and respected due process. Under Brazilian law are distinct species in prison. We have a prison-pen (criminal), procedural extra-penal arrest and imprisonment. Furthermore, will only be permitted adjudication of probation in cases expressed in Article 313 of the Code of Criminal Procedure, the intentional crimes. In turn, the illegal arrest appears as every provision enacted in criminal proceedings to deprive someone of their freedom of movement, without compliance with the minimum requirements set by law. Every prison that does not occur in flagrante deflector or court order is illegal, this is a rule that is in the Constitution. Unlawful imprisonment therefore means, first of all, illegal. Since, therefore, the defendant subjected to illegal arrest, no matter the reason, will be entitled to compensation at the expense of the state. The imperative nature of Brazilian constitutional rule is reminiscent of duty assigned by law, away from the inquiry into the strange rule element. Certain is that his politicization was for its respect for individual liberty. The charge that assumes the public safe with compensation for unauthorized removal of this is that it presumes the equality of all, because the equity decomposition of the injured is obtained with money from taxes, indiscriminately levied.

Keywords: Criminal Procedure. Unlawful imprisonment. Legal consequences.

1 Introdução

A sanção penal pode ser definida como a reprimenda a uma conduta, previamente condenada pelo

ordenamento jurídico, mediante a promessa de restrição de um direito. Por sua vez, a prisão, em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito

de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal (MIRABETE, 1998).

A prisão, por ser medida extrema contra o estado de liberdade do indivíduo, direito universalmente garantido, somente se admite quando determinada por ordem legal e emanada de autoridade competente e respeitado o devido processo legal. Num autêntico estado de direito, nos quais as liberdades individuais devem ser respeitadas, a prisão de qualquer indivíduo antes que seja proferido julgamento definitivo (trânsito em julgado), somente se justifica por razões de necessidade em manter-se a ordem e segurança da sociedade em detrimento da liberdade individual, e deve ter por finalidade a efetividade do processo (NUCCI, 2004).

No Direito brasileiro existem espécies distintas de prisão. Temos a prisão-pena (penal), a prisão processual e a prisão extrapenal. A prisão penal é claramente repressiva, se dá quando após o trânsito em julgado é proferida uma sentença condenatória em que se impõe uma pena privativa de liberdade.

A prisão processual de natureza cautelar, cuja finalidade é resguardar a efetividade dos fins da persecução criminal, caracteriza-se pela provisoriedade, incluindo a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão resultante de pronúncia, a prisão resultante de sentença penal condenatória e a prisão temporária (QUIRINO, 1999).

Já a prisão extrapenal inclui a prisão civil que é decretada em casos de devedor de alimentos e de depositário infiel, únicas, na esfera do Direito civil permitida pela constituição. A prisão administrativa, que após a constituição de 1988 só pode ser decretada por autoridade judiciária, é prevista pelo artigo 319, inc. I do CPP e leis especiais. Por fim, existe a prisão disciplinar permitida na própria constituição para as transgressões militares, crimes propriamente militares (TOURINHO FILHO, 2003).

Assim, segundo o Código de Processo Penal em vigor, com exceção do flagrante delito, a prisão somente poderá efetuar-se nos casos determinados em lei e mediante ordem escrita de autoridade competente. Esta ordem escrita livra o cidadão de arbítrios e excessos cometidos por parte de agentes do Estado.

Diante dessas considerações, o presente artigo tem por objetivo mostrar quando a prisão pode ser considerada ilegal e quais os efeitos jurídicos decorrentes deste ato.

2 Revisão de Literatura

2.1 Prisão-pena

Prisão pena é a prisão definitiva fundada no cumprimento de uma sentença penal condenatória, transitada em julgado, oriunda de processo crime. Tem ela caráter verdadeiramente repressor, punitivo, sancionador, aparecendo no ordenamento jurídico brasileiro sob várias formas, que pode ser de reclusão, detenção e prisão simples (TOURINHO FILHO, 2003).

A prisão resultante de sentença condenatória transitada em julgado é imposta através de um processo criminal no qual, deve ser efetuado sob a égide dos princípios constitucionais do devido processo legal, da

presunção da inocência e do contraditório e ampla defesa, sob pena e nulidade do processo desde o início, por manifesto cerceamento de defesa (NUCCI, 2004).

O julgador, ao condenar o réu, deve fundamentar sua decisão, não podendo levar em conta meramente indícios, mas provas sérias e robustas produzidas no processo. Ao final, se esgotadas todas as possibilidades de modificação do destino do processo, com as vias recursais devidamente ultrapassadas, o Estado deve, por sua vez, cumprir seu papel perante a sociedade, com a imposição da devida execução da pena por ele mesmo imposta.

Neste diapasão cite-se o conceito de prisão-pena elaborado por Quirino (1999, p. 22):

A prisão-pena é, portanto, a restrição da liberdade individual em razão da aplicação de uma pena ou sanção definitiva ao infrator da lei penal, decorrente do legítimo exercício do direito punitivo do Estado e que tem como premissa maior a proteção da sociedade, livrando-a dos maus cidadãos transgressores da norma penal, e num segundo plano, sempre que possível, tentar a reintegração desses cidadãos à vida social.

Dentro da evolução da sanção penal, a prisão somente surgiu como pena em meados do século XVIII, pois embora se encontrem registros desde a Antiguidade da existência do encarceramento, esse sempre foi adotado com um sentido custodial.

Na Idade Média também não se viu a prisão com o caráter de pena. Nesse momento histórico, perpetuou-se a prisão custodial como forma de guardar os condenados até o momento da ostentação da sua punição, normalmente amputações, mutilações e queimaduras, ocorridas a céu aberto, como forma de espetáculo para um público fiel. No entanto, já na Idade Média, havia a prisão destinada à detenção temporária ou perpétua de inimigos de Estado, além da prisão eclesiástica, cujo surgimento era propício para uma época em que a religiosidade se manifestava de forma exacerbada (TOURINHO FILHO, 2003).

Com a afirmação do catolicismo, seus preceitos se estenderam a religiosos e leigos e gradativamente formaram o corpo jurídico da Igreja Católica, cominando com o surgimento do direito canônico, cuja contribuição se deu pela adoção dos princípios humanitários na aplicação da pena, à qual era dado o sentido de correção e reabilitação do delincente (NUCCI, 2004).

Durante a Idade Moderna, em face do desenvolvimento das cidades, a crescente criminalidade e ante a impossibilidade de se dizimar toda uma população de delinquentes, a autoridade do direito penal viu-se obrigada a limitar os casos de adoção da pena de morte. Essa conjuntura social permitiu o surgimento das casas de correção, nas quais se pretendiam reformar o infrator, notadamente, através de um regime de disciplina e trabalho. Outro antecedente na Modernidade da pena de prisão foi a pena das galés, na qual os criminosos eram condenados a cumprir a pena de trabalhos forçados em embarcações de velas, remando sob a coerção de castigos corporais.

Ademais, outra raiz do surgimento da privação da liberdade como pena se encontra no contratualismo do

século XVIII. O contrato social, se violado, mereceria uma sanção, entretanto, como a sociedade daquele tempo não dispunha de grandes riquezas, decidiu-se privar o indivíduo daquilo que lhe era mais precioso, sobretudo no Iluminismo: a liberdade (TOURINHO FILHO, 2003).

Todavia, para muitos doutrinadores, a exemplo de Quirino (1999), o surgimento da pena de prisão teria ocorrido muito menos motivado por ideais reformadores e mais como reflexos do capitalismo. Para uma época em que não se admitia o desperdício de mão de obra, as prisões celulares, nas quais se impunham trabalhos forçados, tornaram-se uma ótima proposta de via punitiva.

Por prisão processual entende-se toda a forma de prisão provisória ou cautelar em sentido amplo, assim considerada em razão de recair sobre o indivíduo mesmo sem que haja sentença definitiva. É revestida de caráter precário, por não ser definitiva, podendo ser decretada ou cassada a qualquer tempo, no curso da fase informativa ou da instrução processual.

Sua decretação não deflui de condenação e tem como finalidade resguardar o processo de conhecimento, pois, em alguns casos, se esta medida não for adotada, privando assim o indivíduo de sua liberdade mesmo sem uma sentença definitiva, quando esta for proferida, já não será possível a aplicação da lei penal (RANGEL, 2000).

Tem, pois, a natureza da prisão provisória, caráter de urgência e necessidade, que serve de instrumento para se atingir o fim esperado pelo processo de conhecimento, ou seja, a satisfação da pretensão.

É aquela prisão anterior à condenação e que consiste em uma limitação mais ou menos intensa da liberdade física de uma pessoa, por uma finalidade processual penal. Pode ser considerada como uma espécie de autodefesa do próprio ordenamento jurídico, ante o perigo de que seja burlado.

Saliente-se que, a prisão provisória ou cautelar não pode ser vista como um reconhecimento antecipado da culpa, pois o juízo que se faz, ao decretá-la, é de periculosidade e não de culpabilidade. Ao se verificar a decretação da medida cautelar, sem que se exponha, fundamentadamente, a justa causa para tal, estará se cometendo uma coação ilegal, segundo o artigo 648, inc. I, do Código de Processo Penal (BRASIL, 2001).

Isso significa que o instituto da prisão cautelar, considerada a função processual que lhe é inerente não pode ser utilizado com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento do princípio da liberdade. Ao contrário, constitui instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal.

Conforme preleciona o Capez (2005, p. 229), a prisão processual:

Trata-se de prisão de natureza puramente processual, de natureza cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos. Depende do

preenchimento do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Por conseguinte, verifica-se um juízo de probabilidade, ou seja, se houver probabilidade de condenação, e o interesse social assim requerer, a providência cautelar poderá ser decretada antecipadamente.

De acordo com o entendimento de Quirino (1999, p. 23):

Para evitar abusos e arbitrariedades, a mais autorizada doutrina reconhece princípios informadores concernentes às medidas de cautela adotadas no processo penal, que devem ser observados pelos operadores do Direito, principalmente para aferir a necessidade de restrição da liberdade de locomoção por meio da prisão provisória.

Princípio da legalidade: o princípio da legalidade determina que as medidas de cautela impostas ao indivíduo somente podem ser aquelas previstas expressamente pela lei e devem possuir pressupostos de cabimento próprios, não podendo a liberdade pessoal de o indivíduo ser restringida ou limitada por outro meio.

Princípio da adequação e proporcionalidade: segundo esse princípio, as medidas de cautela adotadas para garantir a efetividade do processo penal devem ser adequadas ao caso concreto e proporcionais a gravidade do crime e a pena que possivelmente possa ser aplicada ao mesmo. Para atender a esse princípio o legislador deve colocar à disposição do magistrado tantas medidas de cautela quanto sejam possíveis, para que, em razão da gravidade do crime e a situação de fato possa haver um elenco maior de medidas, aplicando-se aquela que melhor seja adequada ao caso concreto, ao mesmo tempo em que seja uma garantia da efetividade do processo penal, restrinja o menos possível a liberdade pessoal do indivíduo.

Princípio da precariedade: segundo o preceito deste princípio, as medidas de cautela são sempre precárias (notadamente quanto à prisão provisória), em razão do *princípio da presunção de inocência* que não admite a antecipação do cumprimento de pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pois tal antecipação representaria uma inversão de valores (por pressupor a *presunção de culpa* do indivíduo).

Princípio da subsidiariedade: o enunciado desse princípio informa que essa espécie de custódia deve ser de caráter subsidiário, somente aplicando-se em casos nos quais outras medidas de cautela sejam inadequadas e ineficientes em face da presença de algumas condições, a saber: a gravidade do crime praticado; a pena a este cominada; os obstáculos causados pelo agente do fato delituoso para a efetividade do processo penal; o perigo de grave perturbação da ordem pública ou continuação da atividade criminosa. Decorre naturalmente deste princípio também o *princípio*

da necessidade, segundo o qual as prisões processuais somente se efetivam se o caso concreto determinar a sua real necessidade.

Para qualquer uma das modalidades de prisão provisória, é necessário a observância do devido processo legal por exigência indeclinável do art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República, segundo o qual "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Deste modo, a decretação da prisão provisória, seja qual for à espécie e independentemente do momento processual em que é decretada, até mesmo antes do processo, deverá atender não somente aos pressupostos legais, mas também aos requisitos processuais da autoridade competente e ordem escrita e fundamentada, sob pena de ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária competente (artigo 5º, inc. LXV, da Constituição Federal), ou ter sua decretação revogada, além da garantia do remédio constitucional do *habeas corpus*, nos casos em que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder (artigo 5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal).

De acordo com Jesus (2003), atualmente tem-se cinco espécies de prisão cautelar, quais sejam: a decorrente de flagrante; a preventiva; a temporária; por sentença de pronúncia, e por sentença pena condenatória recorrível, que adiante são analisados seus pressupostos e eficácia.

Prisão em flagrante é a prisão provisória efetuada quando a infração penal está ocorrendo ou acaba de ocorrer, quando o delito está flamando, queimando. É o que se denomina de estado de flagrância. A prisão em flagrante está prevista nos artigos 301 a 310, do Código de Processo Penal. É um ato administrativo, no entendimento do artigo 301, CPP, revestindo-se como uma medida acautelatória de natureza processual que dispensa ordem escrita e tem previsão expressa na Carta Política de 1988 em seu artigo 5º, inc. LXI (RANGEL, 2000).

A prisão em flagrante é a única exceção à necessidade de ordem escrita e fundamentada de juiz competente. Da mesma forma, também é única prisão que pode ser executada por *qualquer do povo*. Tanto assim é que preleciona o artigo 310 do CPP que qualquer do povo *poderá* e as autoridades policiais e seus agentes *deverão* efetuar prisão daquele que se encontrar em estado de flagrância (NUCCI, 2004). Para tal, por certo que poderá o popular empregar a força necessária, dentro dos limites da lei, pois atua no exercício regular de um direito.

Mirabete (1998, p.367) ressalta que são três os estados de flagrância que autorizam a prisão:

[...] a) o flagrante próprio, que ocorre quando o agente está cometendo a infração ou acaba de cometê-la; b) o flagrante impróprio ou quase flagrante, que se dá quando o agente é perseguido logo após o ilícito, em situação que se faça presumir ser ele o autor da infração; e, c) o flagrante presumido, que é aquele em que o agente é encontrado logo depois, com instrumentos,

armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Fala-se, ainda, em flagrantes preparados e esperados. A primeira forma tem sido identificada com as situações nas quais existe a indução do agente ao delito, ostentando, portando, caráter de ilegalidade. Mas diversa é a situação do flagrante esperado, no qual inexistente a figura do agente provocador, ou seja, a atividade das autoridades reside em colocar-se em posição de vigilância, não havendo atuação positiva na cadeia causal. Por outras palavras, a ação é somente monitorada, sem interferência direta da autoridade policial.

O flagrante não pode ser revogado, revogar é retirar o comando, e na prisão em flagrante não há um comando, uma decisão anterior, já que ela decorre do fato em si. Ao receber o flagrante, o juiz o homologa ou não, e no segundo caso temos um relaxamento da prisão, pois a ilegalidade da constrição enseja o seu relaxamento.

No entanto, se o flagrante é homologado, ou seja, se é afastado o relaxamento, cabe, então, analisar se a hipótese é de liberdade provisória ou não. Atualmente, consoante a redação do artigo 310, parágrafo único, do CPP, a manutenção da prisão somente ocorrerá se estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva ou se houver vedação legal à liberdade provisória (NUCCI, 2004).

No que diz respeito à prisão preventiva, com previsão nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal, é medida cabível, por despacho fundamentado da autoridade judiciária, em qualquer fase do inquérito policial ou da ação penal, antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, podendo ser decretada de ofício pelo Juiz ou a pedido do Ministério Público, do querelante ou por representação da autoridade policial.

De acordo com Tourinho Filho (2003), somente será admitida a decretação da prisão preventiva nos casos expressos no artigo 313 do Código de Processo Penal, ou seja, nos crimes dolosos:

- a) punidos com reclusão;
- b) punidos com detenção, quando o indiciado é vadio ou existe dúvida sobre a sua identidade; e,
- c) se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado, salvo a hipótese descrita no parágrafo único do artigo 46 do Código Penal.

Entretanto, em se deparando o Juiz com uma das hipóteses acima mencionadas, ainda assim deverá analisar o caso concreto, uma vez que a prisão preventiva só é cabível em casos excepcionais.

Vale lembrar que a representação da autoridade policial não difere do requerimento do Ministério Público. Ambos devem expor os fatos, enquadrá-los dentro dos permissivos legais, declinando as razões da custódia e formulando seu pedido. A particularidade reside no fato de que a representação da autoridade policial é remetida ao Ministério Público para parecer prévio.

Informa Rangel (2000), que para decretação da prisão mister a presença de dois requisitos basilares, dentre outros. Há necessidade de prova da existência do

delito e indícios suficientes de autoria (artigo 312 do CPP).

Deverá haver, portanto, prova segura de que ocorreu fato apto a caracterizar crime, ficando sua exata comprovação, sob crivo do contraditório, e qualificação postergada para fase seguinte.

Já quanto à autoria, bastam indícios, significa dizer, fatos provados sumariamente, ou conhecidos, que indiretamente apontem para o acusado. É evidente que fica um largo campo dentro do qual o julgador pode transitar a fim de considerar ou não presentes indícios suficientes de autoria. Toda a cautela é recomendada, portanto, pois trata-se da liberdade de uma pessoa que ainda não pode ser considerada culpada (TOURINHO FILHO, 2003).

Além da presença destes requisitos básicos, devem estar presentes os fundamentos da custódia que são referidos também no artigo 312 do CPP. São eles: garantia da ordem pública ou ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Contudo, há ainda outros requisitos, estes previstos no artigo 313 do CPP, conforme exposto anteriormente, onde em regra, somente os delitos apenados com reclusão admitem a prisão preventiva. Por exceção, os delitos apenados com pena de detenção a admitem quando o acusado é vadio e há dúvida sobre sua identificação, não fornecendo elementos para seu esclarecimento.

Assim, como ocorre com a prisão em flagrante, a prisão preventiva é incompatível com a presença das excludentes da ilicitude, conforme o artigo 314 do CPP.

A prisão preventiva poderá ser relaxada, se ilegal, ou revogada, se houver alteração da situação fática.

Ainda segundo Rangel (2000), a prisão temporária é uma modalidade de custódia cautelar que tem fundamento na Lei nº 7.960/89. Trata-se de uma modalidade de custódia que é exclusiva da fase inquisitorial, e tem por pressuposto a existência de um procedimento de inquérito policial, consoante se depreende do artigo 1º, inc. I, da referida lei.

A prisão temporária é mais uma espécie de prisão provisória ou cautelar. É uma medida acautelatória, restringe a liberdade de locomoção por tempo determinado e tem como objetivo facilitar as investigações a respeito de determinados crimes, durante o inquérito policial. Assim, podemos dizer que a prisão provisória decorre de norma processual de caráter instrumental.

É certo que a prisão temporária somente pode ser decretada pelo juiz, não pode ser decretada de ofício, carecendo representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, ao contrário da prisão preventiva. Também está limitada a um requisito temporal, no caso 5 dias, no máximo, prorrogável, em caso de necessidade fundamentada, por igual prazo. Com exceção da lei dos crimes hediondos que estabelece um prazo de trinta dias (artigo 2º, § 3º da citada lei), podendo ser igualmente prorrogado por igual período, em casos de extrema necessidade. Este prazo somente se conta a partir da execução da ordem, ou

seja, a partir da prisão, pois são prazos de duração máxima da custódia (CRUZ, 2006).

O artigo 1º da Lei n. 7.960/89 é taxativo ao enumerar as situações em que pode ser decretada a prisão temporária, quais sejam: quando imprescindível para as investigações do Inquérito Policial; quando o indiciado não tiver residência fixa ou ainda não fornecer os elementos necessários para o esclarecimento de sua identidade; quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova legalmente admitida, que aponte o indiciado como autor ou partícipe de homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o Sistema Financeiro.

Capez (2005, p. 248) entende que:

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

A prisão temporária poderá ser relaxada ou revogada. O relaxamento se destina aos casos de ilegalidade, inclusive de falta notória dos pressupostos, pois a prisão realizada sem os requisitos formais ou materiais é ilegal. A revogação, ao revés, destina-se aos casos de alteração da situação fática que façam desaparecer os motivos ensejadores da prisão.

Por outro lado, em relação à prisão decorrente de pronúncia, Tourinho Filho (2003) afirma que o procedimento do Júri, destinado aos delitos dolosos contra a vida, tentados ou consumados, apresenta-se dividido em duas fases no primeiro grau de jurisdição. O *judicium acusationis*, que inicia com o recebimento da denúncia e vai até a fase dos artigos 408 e seguintes, e o *judicium causae*, que terá início a partir do trânsito em julgado da sentença de pronúncia.

Ao julgador, colocam-se quatro alternativas ao fim do *judicium acusationis*. Se estiver convencido da existência de crime e de indícios de autoria na(s) pessoa(s) do (s) acusado(s), acolherá a denúncia pronunciando, ocasião em que determinará os dispositivos legais nos quais incidiu o réu, sejam ou não exatamente os da denúncia, recomendando-o na prisão ou decretando-lhe a prisão, salvo se primário e de bons antecedentes.

Observa Delmanto Júnior (2001), que se estiver cabalmente comprovada causa de exclusão da ilicitude ou dirimente da culpabilidade, absolverá sumariamente o réu, remetendo, de ofício, esta decisão a reexame pelo segundo grau de jurisdição.

Se não se convencer da existência de crime ou de indícios de autoria, impronuncia. Por fim, se o magistrado se convence de que o delito não é crime

doloso contra a vida, procederá à desclassificação do delito, remetendo o feito ao juiz competente, se ele não o for, ocasião em que será reaberto prazo para defesa e oitiva de novas testemunhas. A prisão por pronúncia somente ocorrerá em caso de ser o réu pronunciado. Nesta hipótese, a prisão por pronúncia passa a ser o novo fundamento da custódia se o réu já estava preso preventivamente ou por força de flagrante (CRUZ, 2006).

A prisão decorrente da sentença de pronúncia está prevista no Código de Processo Penal, no Capítulo destinado ao procedimento de crimes de competência do Tribunal do Júri, mais especificamente em seu artigo 408. Estabelece o artigo em apreço que, se o Juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja seu autor, pronúncia-lo-á, dando os motivos de seu convencimento, proclamando, desta forma, ser admissível a acusação para que esta seja decidida pelo Plenário do Júri.

A pronúncia é instituto processual admitido hoje apenas para os crimes dolosos, consumados ou tentados, contra a vida e conexos com estes. Assim, é certo que a pronúncia é uma medida processual que se exercita unicamente nos casos a serem julgados pelo tribunal do júri. A pronúncia é uma decisão tomada pelo juiz presidente do tribunal do júri em que pronunciará o réu, ou seja, admitirá a acusação, com a procedência da denúncia ou queixa, se estiver convencido da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor (DELMANTO JÚNIOR, 2001).

Nesta caso, o juiz não julga o mérito, mas, por decisão, apenas emite um juízo de admissibilidade remetendo o julgamento para o tribunal do júri. A decisão de pronúncia, como toda decisão judicial, deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, devendo-se limitar a indicar os elementos probatórios que comprovem a existência dos requisitos legais, enquadrando o acusado nos dispositivos da infração penal. O Juiz, assim, deve ater-se apenas a indicar os dispositivos infringidos, a prova encontrada quanto à existência do crime e referir-se aos indícios da existência da autoria (CRUZ, 2006).

No que diz respeito à prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, esta forma de custódia cautelar encontra fundamento nos artigos 393, inc. I, e 594 do CPP (BRASIL, 2001).

Ao ser proferida a sentença final, em ação penal, em qualquer juízo, poderá ele, se for condenatória, impor penas privativas de liberdade, restritivas de direito ou multa. Em algumas situações, poderá, antes mesmo de transitar em julgado a sentença penal condenatória, haver o recolhimento do réu à prisão ou a conservação do mesmo lá, se já estiver preso. Sendo assim, após condenar o réu, o magistrado, analisando as condições concretas do caso, deverá conceder ao réu, ou não, o direito de apelar em liberdade.

O que não se pode admitir é o simples fato de alguém ter sido condenado, decisão esta ainda sujeita a reforma, servir de base exclusiva para um encarceramento, o mesmo argumento valendo para a sentença de pronúncia (DELMANTO JÚNIOR, 2001).

O artigo 669, do Código de Processo Penal estabelece que, a sentença só será exequível depois de passar em julgado. Assim, em regra, a prisão penal só terá início quando transitada em julgado o comando judicial que impuser a pena privativa de liberdade. Contudo, determina o artigo 594, do mesmo *codex*, que não poderá o réu apelar sem recolher-se a prisão, ou prestar fiança, salvo se ficar reconhecido na sentença que é primário e de bons antecedentes, ou se condenado por crime que se livre solto (BRASIL, 2001).

Assim, antes mesmo do trânsito em julgado da sentença, é possível o recolhimento do réu à prisão, ou a sua conservação ali, se já estiver preso, salvo se for caso de livrar-se solto sem fiança, se for beneficiado com a suspensão da pena ou se a sentença condenatória reconhecer que o acusado é primário e de bons antecedentes, caso em que poderá apelar sem recolher-se à prisão (NUCCI, 2004).

A prisão decorrente de sentença penal condenatória poderá ser relaxada, se ilegal, ou revogada, sempre que na instância *ad quem*, seja apreciada a questão como matéria de apelação (preferencialmente como preliminar), ou como objeto de *habeas corpus*.

Importante ressaltar que a prisão de que trata o artigo em comento é prisão processual, sem pena, pois o réu ainda pode interpor recurso.

Conforme preleciona Quirino (1999, p. 38) a prisão extrapenal é assim denominada por não possuir natureza de pena imposta em consequência de prática de ilícito penal, dividindo-se em:

- a) prisão administrativa, atualmente prevista no artigo 329, incisos I e II, do Código de Processo Penal e leis especiais, como a Lei nº. 6.815/80 (artigos 61, 69 e 81), que, com o advento da Constituição Federal de 1988, somente é permitida quando determinada por autoridade judiciária competente;
- b) prisão civil, nos casos previstos expressamente pela lei civil e que atualmente são restritos ao alimentante inadimplente injustificado e ao depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal);
- c) prisão disciplinar, aplicável excepcionalmente aos casos de transgressões militares, cujo permissivo legal está no artigo 5º, inciso LXI e 142, § 2º, da Constituição Federal e artigo 18 da Lei nº 1.002/69.

A prisão administrativa tem cabimento contra aqueles que retardam a entrega do que é seu dever de ofício recolher aos cofres públicos e àqueles que não os entrega. Assim dispõe o artigo 319 do CPP: “terá cabimento contra os remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam”. Caberá ainda, “contra estrangeiros desertos de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional” (BRASIL, 2001, P. 134). Nesse caso a prisão administrativa será solicitada ao juiz pelo cônsul do país a que pertença o navio.

Em relação à prisão administrativa alguns discutem a legitimidade dessa modalidade de custódia em face da atual Constituição Federal, entendendo que após o seu advento somente pode haver a restrição da liberdade em decorrência da prática de infração penal, transgressão ou crime militar, e, tratando-se do descumprimento de obrigações civis, somente nos casos de devedor voluntário e inescusável de alimentos e do depositário infiel (artigo 5º, inc. LXI e LXVII, da C. F.).

A Constituição Federal de 1988 parece não ter recepcionado a prisão administrativa. Quanto à prisão civil o art. 5º, inc. LXVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preconiza que não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (CRUZ, 2006).

A prisão civil configura meio coercitivo para obter a execução da obrigação alimentar ou restituir o depósito, cessando de imediato sua eficácia tão logo o executado cumpra a obrigação imposta, sendo certo que, por isso mesmo não pode ser confundida com a prisão penal (TEIXEIRA, 1997).

Em se tratando de delitos de natureza militar, tem-se, de logo, como incompetentes para apurá-los, as instituições policiais civis, notadamente pelo disposto na Carta Política vigente que, de forma taxativa, excepciona tais crimes, ao disciplinar a competência da polícia civil, conforme adiante disposto: “Art. 144, § 4º - As 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” (BRASIL, 2000, p. 61).

A competência da Justiça Militar vem traçada na Carta Política, em seu art. 124, *caput*, que estabelece o seguinte: “Compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei” (BRASIL, 2000, p. 57).

Assim é que, o crime só será militar: primeiro se estiver disciplinado no Código Penal Militar, na sua parte especial; segundo, se subsumir-se a uma das hipóteses previstas no art. 9º, incisos II e III do mesmo Diploma.

2.2 Da Prisão Ilegal

A prisão ilegal se apresenta como toda providência decretada em processo penal que priva alguém de sua liberdade de locomoção, sem observância dos requisitos mínimos exigidos em lei. Toda prisão que não ocorre em flagrante delito ou com mandado judicial é ilegal, esta é uma regra que está na Constituição. Prisão ilegal, portanto, significa, antes de tudo, ilegalidade e invasão lesante do *status dignitatis e libertatis* (TEIXEIRA, 1997).

O legislador constitucional brasileiro trouxe para o direito positivo norma de garantia, inscrevendo em dispositivo apropriado que a indevida privação de liberdade, como direito fundamental do cidadão, seria alvo de recomposição por conta do Estado, ao lado da garantia que também outorgou quanto ao erro judiciário (art. 5º, LXXV, "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença") (BRASIL, 2000, p. 11).

O erro judiciário é aquele advindo de ato jurisdicional que ocorre por equivocada apreciação dos

fatos ou do Direito aplicável, levando o juiz a proferir sentença passível de revisão. Enquanto o excesso de prisão ocorre no período da execução da pena, quando o condenado por dessoria ou erro não é liberado do presídio após regular cumprimento de pena fixada em sentença condenatória (TEIXEIRA, 1997).

Cabe advertir, que a Constituição Federal, ao garantir o direito a indenização pela atuação do Judiciário o fez em nome apenas da denominada prisão indevida, visto que a doutrina entende que a prisão indevida constitui gênero, da qual são espécies, as prisões advindas do erro judiciário e a que excede o tempo de cumprimento de pena estabelecida em sentença condenatória, deixando de lembrar, explicitamente da prisão ilegal, desta forma, resta-nos indagar a respeito do cabimento da indenização em se tratando de prisão ilegal que por sua vez encontra-se intimamente ligada à decretação de prisões provisórias.

Quirino (1999, p. 53) elucida que:

O art. 5º, inciso LXXV, assegura o direito à indenização ao “condenado” por erro judiciário e àquele que ficar preso por tempo superior ao fixado em “sentença”. A primeira parte do dispositivo assegura a indenização, restringindo-a à “efetiva condenação do acusado pelo judiciário”. A segunda parte restringe a indenização aos casos em que a prisão, justificada e decretada por “sentença”, tenha excedido o prazo de sua duração. Pela análise do dispositivo nos ocorre que o constituinte se esqueceu de amparar de forma mais enfática os outros casos de prisão ilegal (nos quais não é respeitado o “*princípio do devido processo legal*”, prestigiado pelo art. 5º inciso LIV), notadamente aqueles creditados a má apreciação dos pressupostos fáticos que fundamentam as prisões cautelares, pois, nestas situações a rigor, não podemos falar na existência de “condenação” (principalmente em face do “*princípio do estado de inocência*”, previsto no art. 5º inciso LVII da Constituição Federal), nem muito menos em “*prisão justificada por sentença*”.

Interpretando o art. 5º, inc. LXXV, alguns autores entendem que a intenção do legislador constituinte foi clara o suficiente ao delimitar taxativamente os casos que comporta indenização por conta do Estado, na esfera do Poder Judiciário: prisão indevida (advinda de sentença penal condenatória com trânsito em julgado) e no caso do erro judiciário.

Porém, o referido permissivo legal não obsteu a possibilidade do Estado vir a indenizar o particular por prisões ilegais. Pois, apesar da Constituição ter previsto explicitamente a indenização em casos de erro judiciário e prisão indevida, o que ocorre com maior frequência é a ilegalidade da prisão, surgida com os decretos de prisões cautelares, em face disso é que atualmente se tem questionado muito acerca da responsabilidade civil do Estado nos vários tipos de prisões cautelares, quando determinadas, especialmente, sem a observância dos requisitos mínimos exigidos para sua efetivação. Ademais, quando a Constituição Federal previu estas duas possibilidades, não proibiu outras.

3 Considerações Finais

Apresente da presente produção acadêmica, pode-se observar que a prisão ilegal viola a Constituição Federal quando esta garante a "dignidade da pessoa humana", estabelecendo seu art. 5º que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", e seu inciso X, que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Por outro lado, ao inserir a cláusula de garantia no rol dos direitos individuais, a legislação avançou na direção reclamada pelo Direito, reconhecendo imposição do dever de indenização ao Estado.

Ao entender necessário, para a boa convivência entre o poder do Estado e o respeito ao direito do cidadão, a menção explícita da possibilidade de indenização por qualquer violação a esses direitos, o legislador buscou um equilíbrio indispensável à vida social por intermédio da boa aplicação do Direito.

Desse modo, da atuação do Estado não pode advir à coletividade senão benefícios. E a prisão de alguém, sem correspondência com a condenação legítima emanada do órgão estatal com poderes para tanto, fere não só o direito abstratamente considerado, mas também a esfera de direitos do cidadão protegidos constitucionalmente, como se dá com a liberdade.

Evidente que além da ilegalidade e da lesão ao status de dignidade e liberdade decorrentes do ato praticado, existem, em virtude do sistema penitenciário brasileiro, riscos de maior gravidade que colocam em jogo a integridade física e mental do preso. Tais riscos são de amplo e geral conhecimento, pois, a prisão traz hoje consigo, risco de mal grave, perigo de lesão intensa.

Uma vez, portanto, submetido o réu à prisão ilegal, não importa o motivo, fará jus à indenização, às custas do Estado. A imperatividade da norma constitucional brasileira faz pensar em obrigação atribuída pela lei, afastando o questionamento acerca de elemento estranho à norma. Certo é que sua positivação teve por fundamento o respeito à liberdade individual.

O encargo que assume o cofre público com a indenização por indevida supressão desta é que faz presumir a igualdade de todos, pois a recomposição patrimonial do lesado é obtida com dinheiro de impostos, indistintamente arrecadado. Mas a responsabilidade pública, essa, decorre da lei.

4 Referências

BRASIL. **Código de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar, dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 7. ed. São Paulo, Atlas, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.

QUIRINO, Arnaldo. **Prisão ilegal e responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Atlas, 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

TEIXEIRA, Renildo do Carmo. **Teoria, prática e jurisprudência da prisão em flagrante**. São Paulo, Editora de Direito, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003

Artigo submetido em 21/06/2013
Aprovado em 08/08/2013