UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

RENATA LAMEU BEDESCHI

PRISÃO TEMPORÁRIA

JUIZ DE FORA

2008

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

RENATA LAMEU BEDESCHI

PRISÃO TEMPORÁRIA

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao curso de ciências jurídicas da Faculdade de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Professor Rodrigo Ribeiro Rolli.

JUIZ DE FORA

2008

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9

1 DA PRISÃO 11
1.1 Célere histórico da prisão 11
1.2 Conceito 12
1.3 Motivo 12
1.4 Finalidade 13
1.5 Espécies 14
1.5.1 Prisão com pena 14
1.5.2 Prisão sem pena 15
1.5.2.1 Prisão Civil 16
1.5.2.2 Prisão Administrativa 16
1.5.2.3 Prisão Disciplinar 17

2 PRISÃO PROVISÓRIA 18
2.1 Previsão/Fundamentação Legal 18
2.2 Prisão definitiva 19
2.3 Medidas cautelares penais – Prisão Provisória Guarda alternada 20
2.4 Modalidades de prisões cautelares 23
2.4.1 Prisão por flagrante delito 23
2.4.2 Prisão Preventiva 25
2.4.3 Prisão Decorrente de Pronúncia 26
2.4.4 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível 27
2.4.5 Prisão temporária 28

3 DA PRISÃO TEMPORÁRIA 30
3.1 Generalidades 30
3.2 Conceito/Breve introdução 31
3.3 Natureza jurídica 32
3.4 A prisão temporária no direito comparado 32
3.4.1 Itália 32
3.4.2 França 33
3.4.3 Portugal 34
3.4.4 Espanha 35
3.4.5 Alemanha 36
3.4.6 Chile 37
3.5 Princípios Constitucionais 38
3.5.1 Presunção da Inocência 38
3.5.2 Devido processo legal 40
3.5.3 Proporcionalidade 41
3.6 Finalidades e elementos da medida cautelar 43
3.7 Procedimento 46
3.8 Cumprimento da prisão temporária 47
3.9 Crimes hediondos 47
3.10 A inconstitucionalidade formal da Lei nº 7.960/89 48
3.11 A inconstitucionalidade material da lei da prisão temporária 50

CONCLUSÃO 54

BIBLIOGRAFIA 58

Dedico este trabalho, aos meus pais, Roberto e Graça, que me proporcionaram a vida, a formação moral, as oportunidades, alegrias e vitórias.

AGRADECIMENTOS

Sendo Deus a maior fonte de amor e luz, gostaria de agradecer pela constante presença em minha vida e por ser força nos momentos difíceis.

Aos meus pais, Roberto e Graça, agradeço pelo amor incondicional, por estarem sempre ao meu lado, apoiando e acreditando nos meus sonhos. Obrigada por tudo, amo vocês!

À minha avó, Neuza (*in memoriam*), exemplo de vida, agradeço pelo apoio e carinho, por ter me ensinado a transformar cada obstáculo em uma forma de aprendizagem humana. *Eterna Saudade!*

De forma especial, ao meu avô Tuffy, pelo carinho, compreensão e amor.

À minha irmã, Rachel, que não mediu esforços para essa conquista, estando sempre ao meu lado em todos os momentos, amo você!

À amiga, Diana por compartilhar cada segundo desta vitória, sendo força nos momentos que se fizeram necessários, além de, ao decorrer dos cinco anos, tornar cada aula mais divertida.

Ao Professor Reinaldo e ao amigo Criatiano, pela grande contribuição para realização deste trabalho, minha eterna admiração!

Às amigas, Karen e Martha, pelo carinho, atenção e leal amizade.

Ao doce e fiel amigo Bobby, agradeço por tornar minha vida mais alegre, *light*!

Aos amigos Freitas, Plínio Mansur e Amaury, agradeço pela oportunidade do estágio, e por todo aprendizado, carinho, compreensão.

Ao Professor e Orientador Rodrigo Rolli, por toda colaboração!

Enfim, agradeço a todas as pessoas que sempre torceram por mim, muito obrigada!

"Temos um advogado junto ao Pai, Jesus Cristo, o justo".

(1 JO 2:1)

FOLHA DE APROVAÇÃO

Renata Lamen Bedeschi

Aluno

Prisão Temporária

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Rogéria Medin Geraldi Sant'Anna

Aprovada em 27/06/2008

RESUMO

Esse trabalho objetiva estabelecer discussões sobre a prisão temporária, prisão processual de caráter cautelar, que vem sendo utilizada por nossas autoridades com grande incidência no combate à criminalidade. Preocupando-se com a importância do controle do crescimento dos ilícitos penais, tal dispositivo legal desrespeita alguns parâmetros normativos e princípios constitucionais, como o devido processo legal, indispensável para o cerceamento de qualquer bem do cidadão, bem como, e mais claramente, ao princípio da presunção da inocência. Com o objetivo de garantir a eficácia dos procedimentos investigatórios, a prisão temporária retira a liberdade do cidadão impondo o encarceramento por tempo determinado na incidência de alguns tipos penais previamente estabelecidos em seu texto legal. A preocupação essencial desse trabalho é demonstrar a desconsideração aos ditames constitucionais expressos, determinando pontos a serem atacados quando da imposição desse tipo de prisão aos casos concretos.

Palavras-chave: prisão temporária – princípios – liberdade – prazo – inconstitucionalidade

ABSTRACT

The present study it has for target to analyze the temporary arrest, procedural arrest of action for a provisional remedy character, that comes being used for our authorities with great incidence in the combat to crime. Being worried about the importance of the illicit control of the growth of the criminal ones, such legal device disrespects some normative parameters and principles constitutional, as due process of law, indispensable for the method of clipping of any good of the citizen, as well as, and more clearly, at the outset of the swaggerer of the innocence. With the objective to guarantee the effectiveness of the investigatórios procedures, the temporary arrest removes the freedom of the citizen imposing the imprisonment for time determined in the incidence of some criminal types previously established in its legal text. The concern essential of this work is to demonstrate the disrespect to the express ditames constitutional, determining points to be attacked when of the imposition of this type of arrest the concrete cases.

Keywords: temporary arrest - principles - freedom - stated period - unconstitutionality

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por finalidade delinear sobre a prisão temporária. Foi sistematizado seu discurso em três capítulos.

No capítulo inicial, será feita uma abordagem sobre a evolução da prisão, seu conceito, seus motivos, suas finalidades e espécies, tomando como ponto partida o Direito Eclesiástico, até que o Código de Processo Penal de 1941, respaldado no Código italiano de 1930, veio sistematizar com rigor dogmático, a prisão provisória no processo penal brasileiro.

No capítulo seguinte estabeleceu-se sobre a prisão provisória, delimitando sua previsão legal, as medidas cautelares penais e, as diversas modalidades de prisão.

Por fim, no terceiro, e último capítulo, será feita uma análise mais detidamente acerca da prisão temporária, demonstrando a sua importância juntamente com os princípios constitucionais, sua aplicação, necessidade de fundamentação, além da inconstitucionalidade formal e material da Lei nº 7.960/89.

A prisão provisória é uma medida de natureza cautelar, tendo como função assegurar o controle social finalístico exercido pelo Direito Penal. Determinada no curso do processo penal é um fato nefasto na vida do acusado, quando esta privação da liberdade não for executada observando-se a forma dos preceitos legais. Uma vez decretada deve circunscrever-se rigidamente ao modelo jurídico – constitucional e atender seu fins sob pena dessa opressão embora temporária não se justificar.

O instituto da prisão provisória, por sua vez, já integra o direito brasileiro há tempos e tem como fundamento à medida cautelar com fins de controle social, assegurando assim, a ordem pública. De fato, adveio do atendimento aos anseios de certa esfera social que vinham sendo vítima de vários delitos contra seu patrimônio, quando não, de suas próprias vidas. Assim, a prisão em sendo uma necessidade social e encontra estribo no Direito Constitucional e em sendo decretada em

caráter provisório, cautelar deve estar estritamente submetida na previsão legal e rígida observância aos princípios constitucionais, sob pena de ilegalidade e abuso.

A prisão temporária, espécie da prisão provisória, segundo a doutrina processualística, surgiu para compor o quadro das medidas cautelares, juntamente com o advento da prisão em flagrante, conforme artigos 301 a 310 do Código de Processo Penal. Passou a existir no Ordenamento jurídico brasileiro a partir da Medida Provisória 111, de 24.11.1989, transformada em Lei 7.960 de 21.12.1989. Tendo se originado de uma Medida Provisória o Executivo através da Medida Provisória legislou sobre Processo Penal e Direito Penal, matérias que são privativas da União (Constituição Federal, art. 22, I) e, portanto, deveriam ser tratadas pelo Congresso Nacional, pois o art. 4° da lei de Prisão Temporária criou um tipo penal na lei 4.898/65. Assim sendo, a lei 7.960/89 traz um vício de iniciativa que não é sanado com a conversão da medida em lei. Há flagrante inconstitucionalidade por vício formal qual seja: a iniciativa da matéria.

É uma modalidade de prisão cautelar, que visa assegurar a utilidade do provimento jurisdicional final, a qual é revestida de provisoriedade e acessoriedade e instrumentabilidade (não necessariamente nesta ordem). É uma medida acautelatória, restringe a liberdade de locomoção por tempo determinado e tem como objetivo facilitar as investigações, durante o Inquérito Policial.

Instrumental, porque é um meio do judiciário alcançar o final do processo final; provisória, só se estende pelo tempo necessário ao alcance da finalidade principal; acessória, se vincula a uma medida cautelar que conseqüentemente está atrelada à principal, e sendo esta última cumprida, a prisão provisória perde sua eficácia.

Todavia, esta forma de prisão atende somente as finalidades investigatórias, ou seja, enquanto o processo ainda está na fase de investigação, pois na conclusão do inquérito, aquele que foi preso temporariamente pode nem mais ser o indiciado.

Neste trabalho, o que se pretende é a análise dos dispositivos da lei nº. 7.960/89 (criada com a finalidade de banir a prisão para averiguações), paralelamente à análise de Constituição Federal de 1988, criticando-a quando necessário, confrontando-a com os princípios da proporcionalidade, da inocência e do devido processo legal, inclusive o questionamento da constitucionalidade deste diploma legal, a que se pretende comentar, levando-se em conta os direitos e as garantias elencadas nas Constituições.

1. DA PRISÃO

1.1. Célere histórico da prisão

Já foi visto que a prisão como forma de apenamento é relativamente recente. Originada na penitência do direito eclesiástico, ao final do século XVI, passou a ser sistematizado como espécie de pena, enquanto punição judiciária, em fins do século XVIII. A bem da verdade, a prisão era utilizada como forma instrumentária de manutenção do acusado no distrito da culpa, a fim de assegurar a tramitação do processo e posterior aplicação das sanções definitivas, que quase sempre eram muito desumanas. Conclui-se, destarte, que, na sua origem mais remota, a prisão tinha apenas um caráter provisório e instrumental.

À guisa de ilustração, o direito romano, por exemplo, conheceu o arresto pessoal para garantir a presença do réu no processo após a *in jus vocátio* (citação). Na idade média, com o processo inquisitório, a custódia do acusado era absolutamente necessária para viabilizar a tortura como meio de prova. Na Grécia antiga, já havia referência à prisão preventiva, que tinha caráter provisório e facultativo, destinada sempre a atender os fins do processo. As Ordenações do Reino admitiam a prisão preventiva de forma excepcional e somente para autores de homicídio, feridas ou chagas graves, furto manifesto, britadores de igreja e outros. Ao tempo das Ordenações, aparentemente restritivas em relação à prisão preventiva, a custódia do acusado ficava ao arbítrio do juiz e era sempre facultativa.

No Brasil, com a proclamação da independência em 1822, a Constituição Imperial de 1824 admitiu a prisão provisória mediante ordem escrita do juiz. O Código de Processo Criminal do Império, de 1832, previu também a prisão sem culpa formada para os crimes inafiançáveis, por ordem escrita da autoridade legítima, até que o Código de Processo Penal de 1941, respaldado no Código italiano de 1930, veio sistematizar com rigor dogmático, a prisão provisória no processo

penal brasileiro.

1.2. Conceito

A palavra prisão vem do latim *prehensio, onis*, e em português do Brasil quer dizer, prender, que significa o ato privar a liberdade pessoal, capturar, prender, portanto, em princípio, prisão vem a ser a supressão da liberdade individual, mediante clausura, ou seja, à restrição ao direito de ir e vir.

A prisão é um dos institutos mais antigos empregado pela humanidade para coibir aquele que cometeu um crime, retirando-o do meio social. Muitos sociólogos e juristas discutem seu valor e suas características que são de suma importância para a sociedade.

Conforme ensina Capez[1],

"Prisão é a privação de liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito".

1.3. Motivo

A liberdade é um dos direito fundamentais inerentes ao ser humano, diante disso é natural que a Constituição Federal preserve-se esse direito, impedindo que o mau uso do Poder Público possa causar-lhes qualquer lesão.

Diante do fato que o Poder Público existe para manter e assegurar o direito de todos, ele cria maneiras jurídicas para alcançar tal fim. A maneira legalmente possível de lograr êxito em manter a ordem social é por meio das leis que proíbem determinadas condutas, cominando, como sanção à privação da liberdade, pois, segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, "na defesa da ordem, em que o Estado deve preservar, natural tenha o Poder Público o dever de impor limitações mais ou menos intensas à liberdade individual, conquanto o faça dentro nos limites do tolerável"[2].

---

[1] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 9ª ed, 2003. SãoPaulo: Saraiva, p. 224.
[2] FILHO, Fernando Costa Tourinho. **Processo Penal**, 20ª ed, 1998. São Paulo: Saraiva, p. 387.

Liberdade difere-se de libertinagem esta é a devassidão, desregramento, é a prática de licenciosidade, aquela é o poder de agir, no seio de uma sociedade organizada, segundo a própria determinação, dentro dos limites impostos por normas definidas.

Dessa forma, não sendo a liberdade um direito de fazer o que bem quiser e entender, mas sim o de fazer o que a lei não proíbe, tendo em vista que a liberdade conde ao homem o efetivo exercício de sua essência em conjunto com os demais, sendo que tal situação se manifesta pela capacidade que tenha os homens de reconhecer, com amplitude sempre crescente, os condicionamentos, implicações e conseqüências das situações concretas em que se encontram aumentando com esse reconhecimento o poder de conservá-las ou transformá-las em seu próprio benefício.

Referente a isso se aplica princípio da reserva legal descrito na Constituição Federal, no art. 5º, LXI, que leciona que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada por autoridade judiciária.

Se não houvesse os freios da lei, a liberdade desenfreada levaria a sociedade para um tumulto, anarquia e caos social. Por esses motivos permite a Lei Maior à restrição da liberdade, nos casos previstos em lei e nos limites do indispensável e necessário assegurado às garantias fundamentais para que se evitem extralimitações do Poder Público.

1.4 Finalidade

A prisão tem por finalidade a prevenção de novos crimes e a reeducação do condenado para ressocializá-lo, reinseri-lo e reintegrá-lo na sociedade. Contudo é verdade que até os dias de hoje, mesmo o condenado que já cumpriu a pena imposta a ele não volte para o meio social totalmente reabilitado, provando-se isso diante dos altos índices de reincidências que ocorre, além do que o mesmo sofre preconceito para conseguir um emprego, tudo isso ao péssimo sistema carcerário do nosso país. O cárcere brasileiro não está tendo função educativa. Está se tornando simplesmente um castigo, além do que as casas de detenções penitenciárias são as verdadeiras *universidades* do crime. Os condenados vivem ali como farrapos humanos, castrados até as esperanças.

1.5 Espécies

Observa-se no ordenamento jurídico brasileiro que a prisão pode ser de duas espécies que possuem características diferentes e peculiares. A prisão classifica-se em prisão com pena e prisão sem pena.

1.5.1 Prisão com Pena

A prisão com pena também chamada de prisão-pena, prisão *ad poenam*, prisão penal ou prisão-sanção que é aquela imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, trata-se da privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade. Não tem finalidade acautelatória, nem natureza processual. Trata-se de medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado.

Essa prisão é utilizada como meio de repressão aos crimes e contravenções imposta a aquele indivíduo que for reconhecidamente culpado de haver cometido uma infração penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica alterada.

Jorge Assaf Maluly diz que a prisão com pena é "a retribuição que o Estado impinge àquele que infringiu a ordem jurídica, com o cometimento de uma infração penal"[3].

Sobre a prisão com pena salienta Fernando da Costa Tourinho Filho:

> *[...] por mais que se queira negar, a pena é castigo: se o cidadão comete um infração penal sujeita à pena privativa de liberdade, proferida sentença condenatória, uma vez transitada em julgado, deverá ele ser segregado, afastado do convívio social, com retribuição pelo mal cometido, e, ao mesmo tempo, serve de intimidação a todos os possíveis e futuros infratores da lei penal [..].*[4]

---

[3]MALULY, Jorge Assaf . **Curso de Processo Penal**, p. 179.
[4]FILHO, Fernando Costa Tourinho, *op. cit.*, p. 200

A prisão-pena possui 02 (duas) formas: a de reclusão e detenção estabelecidas no art. 33, *caput* do Código Penal, *in verbis*:

> Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado (grifo nosso).

A pena de reclusão é reservada as infrações de maior potencial ofensivo, podendo ser cumpridas em regime fechado, semi-aberto, que é reservado ao condenado não reincidente, quando a pena for superior a quatro e inferior a oito anos. Pode ainda em ser cumprida a pena de reclusão em regime aberto.

Já a pena de detenção é atribuída a delitos com menor potencial ofensivo, sendo que essa pena pode ser cumprida em regime semi-aberto, qualquer que seja a quantidade, desde que não reincidente, salvo se houver necessidade comprovada de transferência para o regime fechado. Também pode ser cumprida em regime aberto, apenas quando a pena for igual ou inferior a quatro anos.

Outrossim, existe a prisão pena na modalidade de prisão simples que ocorre na prática das contravenções penais. A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto, conforme reza o art. 6º da Lei das Contravenções Penais.

1.5.2 Prisão sem pena

É denominada de prisão sem pena, também conhecida como prisão sem o caráter de pena ou prisão processual. Trata-se de uma prisão de natureza puramente processual, não deflui de condenação penal, é imposta com finalidade 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. É uma espécie de autodefesa do próprio ordenamento jurídico, ante ao perigo de que seja burlado.

A prisão cautelar de natureza processual depende do preenchimento dos pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. É a chamada prisão provisória e se apresenta em cinco modalidades: prisão preventiva em sentido estrito; prisão temporária; prisão resultante de pronúncia; prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e, prisão em flagrante.

O ordenamento jurídico criminal brasileiro permite essa modalidade de prisão na prisão administrativa, civil e disciplinar.

1.5.2.1 Prisão Civil

É aquela imposta nas hipóteses de devedor de alimentos e depositário infiel, únicas autorizadas pela Carta Maior (art. 5º, LXVII). A respeito da possível revogação da prisão do depositário infiel, em face do Pacto de São José da Costa Rica, que não a admite, o STF já pacificou o entendimento, no sentido de que, em face da Constituição Federal de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, uma vez que o mencionado Tratado Internacional não pode contrapor-se à permissão prevista no art. 5º, LXVII, da CF (STF, 1ª Turma, v.u., rel. Min. Moreira Alves, RE 253071-GO, j. 29-05-2001, DJU, 29 jun. 2001, p.61).

1.5.2.2 Prisão Administrativa

É aquela decretada por autoridade administrativa para compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação. Esta modalidade de prisão foi abolida pela nova Constituição. Com efeito, o art. 319 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pelo art. 5º, LXI e LXVII, da Constituição Federal. Em sentido contrário, o STF já entendeu que ainda cabe a prisão administrativa do estrangeiro, durante o procedimento administrativo da extradição, disciplinado pela Lei nº 6.815/80, desde que decretada por autoridade judiciária.

1.5.2.3 Prisão Disciplinar

Permitida pela Constituição para o caso de transgressões militares e crimes militares (CF, art. 5º, LXI).

2. PRISÃO PROVISÓRIA

2.1 Previsão/Fundamentação legal

Todos os institutos jurídicos modernos somente possuem eficácia e legitimidade quando, em sua aplicação, são baseados nos princípios constitucionais que os regem e determinam seu funcionamento. Assim, pode-se notar que, de acordo com a Constituição Federal Brasileira de 1988, as leis nacionais devem ser invocadas e utilizadas sempre dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito, conforme determina o artigo 1°, *caput* da Carta Magna:

"Art. 1°. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)".

A prisão provisória, consubstanciada por normas penais e processuais penais, só possui legitimidade e razão de existência a partir do momento em que é nutrida pelo princípio da constitucionalidade, em sua vertente conhecida como princípio do devido processo legal. Quando são respeitados todos os elementos do princípio do devido processo legal, se pode proclamar a prisão provisória como válida; esse princípio é seu fundamento, e por conseguinte, a verdadeira ratio de sua existência.

Está prescrito no artigo 5°, LIV da Constituição Federal de 1988:

"Art.5°(...) LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Mais adiante, encontra-se outra determinação fundamental, no artigo 5°, LXI da Carta Magna de 1988:

"Art.5°(...) LXI "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente(...)".

A exegêse feita entre os dois artigos demonstra que há harmonia constitucional entre prisão provisória e princípio do devido processo legal. No artigo 5°, LXI a Constituição consagra a

existência da prisão provisória, que possui, a bem da verdade, várias razões extrínsecas. No entanto, à luz do artigo 5º, LIV, existe também uma razão intrínseca: o princípio do devido processo legal. A partir do momento que todas as diretrizes determinadas por esse princípio são observadas, não há como se questionar a legitimidade da prisão provisória, que ganha razão de existência, entrando em plena conformidade com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Portanto, a prisão provisória é válida porque, dentro do ordenamento jurídico, está em acordo com o princípio do devido processo legal, uma conquista constitucional que deriva principalmente dos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa, essenciais à afirmação da justiça. Sendo uma virtude basilar, deve ser garantida pelo direito, pois *iuris nomen a iustitia descendit*, o nome do direito descende da justiça.

2.2 Prisão definitiva

Importante uma breve distinção entre as medidas penais ditas cautelares, e as prisões decorrentes de sentença condenatória transitada em julgado, as definitivas – embora parte da doutrina discorde dessa expressão, por não reproduzir a realidade frente a sentenças condenatórias anuladas. Apesar de sua semelhança externa, diferenciam-se pela finalidade a que se propõem. Pretende esta tratar-se de mera execução da sanção imposta. É a prisão-pena.

Uma vez definida a questão processual, esgotadas as possibilidades de reformas, sua execução é a resposta do Estado ao cidadão e à sociedade, pela ilicitude do ato praticado.

Na ira da Lei se manifesta o *jus puniendi* Estatal. Na execução da sentença imposta ao réu, sua materialização.

Ocorre que nem sempre será submetido o agente à prisão definitiva. Ainda não decidida à questão, cuida a legislação processual penal de definir as diversas formas de prisão de caráter provisório, cuja finalidade e razão de ser diferem das penas relativas à execução criminal.

2.3 Medidas cautelares penais – prisão provisória

Ao contrário da prisão dita definitiva, a prisão provisória, cautelar, é *ad custodiam* ou *ad cautelam*, ou seja, advém de uma medida cautelar, não definitiva, portanto. Passível de reforma, inclusive.

Por ser cautelar a medida, encarrega-se parte da doutrina da exigibilidade dos pressupostos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, difundidos amplamente nas medidas cautelares da esfera civil para obtenção da tutela antecipada.

Data máxima venia, e sem perder de vista o objetivo principal, insere-se no presente estudo um posicionamento diferenciado dos que insistem aplicar os mesmos pressupostos necessários à cautelar civil à jurisdição penal .

Não se pode afirmar que o delito cometido é uma "fumaça do bom direito", quando na verdade o que se espera é a probabilidade da ocorrência de um delito, ou seja, o *fumus delicti*, ou como bem observa DELMANTO JÚNIOR[5], o *fumus commissi delicti*.

Desta forma é a provável ocorrência de um delito e os indícios da autoria que se fundem no pressuposto *fumus delicti*, e não a existência de um sinal, fumaça de um bom direito que deverá ser tutelado pelo Estado, o *fumus boni iuris*.

Tal incompatibilidade se opera, mais uma vez, com o segundo pressuposto que necessário se faz presente nas medidas cautelares civis: o *periculum in mora*.

O fator imprescindível encontrado nas cautelares penais não é o tempo que corre contra um Direito que supostamente existe e o conseqüente perigo da demora que tornaria ineficaz a medida ao final, como ocorre na tutela civil, mas a probabilidade de fuga ou a perigosidade da liberdade do réu é que conta.

É este, portanto, o *periculum libertatis* que se finda como pressuposto da cautelar penal, uma vez que solto, poderá o réu se eximir da aplicação da sanção penal, obstruir a instrução do processo ou ainda macular a manutenção da ordem pública e econômica.

Comunga dessa idéia GOMES FILHO[6]: "Na fundamentação das decisões sobre prisão cautelar é indispensável, quanto ao *fumus commissi delicti* (...) No que toca ao *periculum libertatis*...".

---

[5]DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GRINOVER[7] considera que a exigência do *periculum libertatis* é mais criteriosa do que o simples "perigo da demora". Já TOURINHO FILHO[8] entende serem os pressupostos semelhantes. Escreve o doutrinador: "O *periculum in mora*, ou *libertatis*, consistirá na circunstância de ser a medida imprescindível às investigações criminais".

Sobre estes dois elementos, verifica-se por demais sua abrangência, caracterizados pela sua generalidade e subjetivismo, cuja aplicação não se coaduna com o caráter singular de tão específica medida.

Na Alemanha, StPO § 112 além da suspeita fundamentada de que o agente tenha cometido o crime, concorrentemente devem conter: perigo de fuga; perigo de ocultação de provas ou prejuízo ao processo e a gravidade do crime.

Em Portugal, a prisão cautelar só é possível em caso de delito doloso, e cuja pena máxima seja superior a três anos (art. 202 do CPP e 27.3 da Constituição Portuguesa). Determina ainda o Código de Processo Penal Português, art. 193.2, que a prisão preventiva somente pode ser aplicada quando todas as demais medidas resultem inadequadas ou insuficientes.

No mesmo sentido o art. 275, §3 do Codice de Procedura Penale da Itália, que oferece ampla gama de medidas cautelares e exige que a prisão seja uma exceção.

Já no sistema Espanhol, o perigo de fuga assume caráter quantitativo. Ainda que seja inaceitável qualquer presunção de fuga, sustenta-se que tal perigo é diretamente proporcional à pena prevista. Maior a pena, maior a probabilidade de fuga do acusado.

Num sistema onde a liberdade é a regra, constitui-lho direito subjetivo.

Não se manifesta, portanto, concebível prender-se provisoriamente uma pessoa sem que haja evidências vigorosas de que, ao final, venha ela ser condenada definitivamente, da mesma forma que só se fará legal nos casos e na forma prescritos em lei.

Como medida extrema, vale sempre lembrar, deve ser absolutamente necessária sua imposição, face ao grande malefício a que se exporá o acusado que, dentre suas inúmeras conseqüências, a mais ultrajante é quando, em sentença transitada em julgado, constatado o engodo ou a incompetência da ação policial, verifica-se que, após árduo período de encarceramento e pungente morte moral e social, é declarado inocente o acusado. E isso não raramente acontece, assim como a possibilidade de obtenção da liberdade após ser condenado. Como bem observa

---

[6] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

[7] GRINOVER, Ada Pellegrine, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

[8] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 3. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NORONHA[9]: "Não tem sentido que o acusado permaneça recolhido até ser julgado e condenado e, depois, venha a ser beneficiado com a liberdade, justamente quando já existe condenação".

Outra questão importante pertinente às cautelares é o cômputo de sua duração. Claro, se provisória, necessário se faz uma noção de medida de sua extensão temporal. Qual o prazo necessário de manter tal medida é outra discussão sócio-jurídica.

Prazos indefinidos acabam por deixarem 'mofando' nas celas os constitucionalmente não-culpáveis, piorando o Sistema, maculando ainda mais o paciente, desvirtuando a natureza cautelar da medida, transformando-a numa verdadeira execução antecipada da pena, diga-se de passagem, nem se sabe virá.

Como bem observa GOMES FILHO[10], tem se chegado ao reconhecimento da ilegalidade de prisões que superem os oitenta e um dias nos procedimento ordinários, ou os trinta e oito dias do rito especial (Lei 6.368/76), não obstante estes prazos não serem cumpridos face ao acúmulo de processos que gera inevitável morosidade judicial.

Em Portugal, e.g., o juiz tem a obrigação de revisar a cada 3 meses a medida cautelar decretada e se ainda permanecem os motivos e pressupostos que a autorizaram.

Na Alemanha, StPO § 121, a regra geral é a de que a prisão provisória não possa durar mais de 6 meses, salvo quando a especial dificuldade ou a extensão da investigação ou outro motivo importante não permita promulgar sentença e justifique a manutenção da prisão. Em caso de prorrogação, se poderá encomendar ao Tribunal Superior do 'Land' que faça um exame sobre a necessidade de manutenção da prisão no máximo a cada 3 meses.

Na Itália, o CPPI utiliza o critério de quantidade da pena em abstrato para determinar o tempo máximo de duração da prisão cautelar, conforme a gravidade do delito e a fase em que se encontra o processo. Deverá ainda o juiz, por força do art. 294.3 do CPP Italiano, revisar sua decisão que determinou a prisão em no máximo 5 dias após o início do cumprimento.

Já na Espanha, a Constituição – art. 17,§4 - é quem determina que as condições e prazos de duração das prisões provisórias serão determinadas por Lei, dando amplo respaldo constitucional à medida.

E a LECrim – espanhola – determina, em seu art. 504, o prazo máximo de duração[(39)] da cautelar, levando-se em conta a pena abstratamente cominada no tipo penal incriminador. Deste modo, e.g., poderá durar a provisória até 3 meses se a pena cominada for de 7 a 15 fins de semana;

---

[9]NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998

[10]Ob. Cit. Pág. 21.

até 1 ano quando a pena for de 6 meses a 3 anos; e até 2 anos de prisão provisória se a pena cominada for superior a 3 anos.

Claro demonstrado na legislação alienígena o caráter provisório da medida, de forma controlada, só admitida expressamente em nosso ordenamento na prisão temporária.

2.4 Modalidades de prisões cautelares

Nosso Código de Processo Penal prevê quatro formas de prisão cautelar: prisão em flagrante delito (arts. 301 a 310); prisão preventiva (arts. 311 a 316); prisão decorrente de pronúncia (art. 408, § 1º); prisão em virtude de sentença condenatória recorrível (arts. 393, I e 594). Soma-se a elas a prisão temporária, Lei nº 7.960/89.

2.4.1 Prisão por flagrante delito

Flagrante deriva do latim *flagrans, flagrantis*, do verbo *flagare*, que significa queimar, ardente, crepitante, que está em chamas, brilhando, incandescente[11].

No sentido jurídico, é o delito no momento de seu cometimento, no instante em que o sujeito percorre os elementos objetivos (descritivos e normativos) e subjetivos do tipo penal. É o delito patente, visível, irrecusável do ponto de vista de sua ocorrência. A prisão em flagrante delito dá-se no momento em que o indivíduo é surpreendido no cometimento da infração penal, sendo ela tentada ou consumada. Trata-se, como diz Espínola Filho[12], citando o Des. Raphael Magalhães, da certeza visual do crime.

Será considerado juridicamente como flagrante o delito que está sendo cometido, praticado; é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a certeza visual do crime.

---

[11] Rangel, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8ª ed..Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2004. Pág. 587

[12] idem.

Também chamada de cognição coercitiva, a prisão em flagrante representa uma exceção à regra de que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, como se constata pelo inciso LXI, do art. 5º de nossa Carta Política.

Como bem observa NORONHA[13], *"diz-se em flagrante delito o indivíduo que é surpreendido cometendo-o ou em situação que a lei considera equivalente"*.

É, última análise, a própria expressão do poder Estatal, iniciando inclusive a persecução penal, além de ser uma 'resposta' imediata ao agente pelo delito cometido há pouco.

Assim, a prisão em flagrante somente se justifica com o objetivo de restabelecer a ordem jurídica que foi violada com o comportamento nocivo do autor do fato. Trata-se de um mal necessário, que tem como escopo atender ao interesse público de manutenção da paz e da ordem. Sacrifica-se um bem menor (a liberdade de locomoção) em detrimento de um bem maio (a paz social). Portanto, sua natureza jurídica é de uma medida cautelar de autodefesa social.

Restou à legislação infra-constitucional deliberar a respeito. O art. 301 do CPP diz que "qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão render quem quer que seja encontrado em flagrante delito". E o artigo 302 do CPP em seus incisos define a ocorrência do flagrante próprio (incisos I e II), impróprio (inciso III) ou o presumido (inciso IV).

Se cuidada matéria no art. 302 CPP, é no art. 310 do mesmo diploma que será dada sua subsistência.

Só se mantém, portanto, a prisão em flagrante delito se, para além da situação flagrancial, as circunstâncias demonstrarem estar presentes os autorizativos legalmente tipificados, embora admite GRECO FILHO[14] que "se a prisão em flagrante é válida, não se decreta sobre ela a prisão preventiva".

Não importa se o autor agiu coberto por alguma excludente de ilicitude. Como bem explica TOURINHO FILHO[15], "... é problema para posterior estudo."

Nem a anulação do flagrante, por vício de forma, impede a decretação da prisão preventiva, com base nos arts. 311 e 312/CPP (STF, RT 514/446)

Deverá obrigatoriamente atuar o Estado e, poderá ser utilizada a força se houver resistência. É, enfim obrigação do Estado, faculdade do cidadão. E deverá ser o sujeito conduzido à autoridade do local de autuação, e não do local do crime (art. 308/CPP).

---

[13] Ob. Cit. 22

[14] GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

[15] Ob. Cit. Pág. 21

Lavrado o auto, deverá ser imediatamente comunicada autoridade judicial, que a relaxará se ilegal (art. 5°, LXII e LXV, CF/88), além de, no máximo em 24 horas da captura, expedir a nota de culpa ao detido (Ciência ao preso para cumprimento do disposto no art. 5°, LXIV, CF/88).

Se o juiz não concede liberdade provisória ao acusado, optando em manter a prisão, já não o faz porque mantém a prisão em flagrante, mas por achar estar presentes os autorizativos da prisão preventiva. Caso contrário, ouvido o Ministério Público, deverá lhe conceder liberdade provisória, submetendo-o ao comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação da medida.

Destarte, é assente que na mais abalizada hermenêutica jurídica que a terminologia 'pode' inserida no parágrafo único do art. 310/CPP pela Lei 6.416/77 não deve ser interpretada pelo juiz como mera faculdade, mas ação cogente, um dever do magistrado, já que a regra passou ser a defesa em liberdade, em sintonia ao que estabelece nossa Carta Magna em seu art. 5°, LXVI: "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança", consubstanciado pelo parágrafo único do art. 310/CPP.

Não obstante a força probatória do flagrante, mormente quanto à autoria e materialidade do delito, não se deve olvidar que igualmente concorre em favor do preso seu estado de inocência, de sua não-culpabilidade, no devido processo legal a que deverá ser submetido, assegurando-lhe o direito ao contraditório e à ampla defesa. – CF/88, art. 5°, LIV e LV.

Inegável, entretanto, sua razão de ser frente ao *periculum libertatis*, para sua imposição.

Duas, portanto, são as justificativas para sua existência: a reação social com conseqüente atuação Estatal e a captação de prova do delito (materialidade e autoria).

2.4.2 Prisão preventiva

O direito constitucional de liberdade, dentro de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, exige que se aguarde o desenrolar normal do processo a fim de que, havendo condenação do acusado, possa ser cerceado.

A comprovada e não apenas a alegada necessidade é o que fundamenta a existência da prisão preventiva. Na verdade, não só da prisão preventiva, mas de toda e qualquer prisão antes da pena.

A prisão preventiva é a que se efetiva sob decreto de magistrado, que a ordena quando houver prova da existência de crime e convincentes indícios de autoria. Existe para assegurar a aplicação da lei penal, acautelar a adequada fluência da instrução criminal, garantir a ordem pública ou, ainda, a ordem econômica.

É entre todas, a mais importante das cautelares de restrição à liberdade.

Trata-se a medida de exceção. É, como ensina Mirabete[16] "uma medida facultativa, devendo ser aplicada apenas quando necessária segundo os requisitos estabelecidos nas normas processuais".

Sua adoção exige a satisfação por completo dos pressupostos cautelares *fumus delicti* (prova de existência do crime e indício suficiente de sua autoria) e do *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal) presentes no caput do art. 312 do CPP.

Enquanto aqueles dirão a respeito da infração cometida e sua autoria, dirão estes relação com a possibilidade de fuga ou perigosidade de estar liberto.

Pode, enfim, ser a prisão preventiva decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal (art. 311/CPP).

Não cabe, como bem lembra Capez[17], "prisão preventiva em caso de crime culposo, contravenção penal, e crimes em que o réu se livre solto, independente de fiança. Não se decreta, também, no caso de ter o réu agido acobertado por causa de exclusão de ilicitude".

Excepcionalmente, como bem lembra Tornaghi[18], é cabível prisão preventiva "em crimes punidos com detenção nas seguintes hipóteses, previstas no art. 313, II e III do CPP".

2.4.3 Prisão Decorrente de Pronúncia

É a prisão advinda de uma sentença de pronúncia, voltada a submeter o acusado ao julgamento pelo júri popular nos crimes dolosos contra a vida. A hipótese legal está prevista no vigente Código de Processo Penal, no seu art. 408, § 1º do CPP e determina que, caso o réu seja reincidente, tenha maus antecedentes ou esteja presente algum dos

---

[16]MIRABETE, Júlio Fabbrine. **Código de processo penal interpretado**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
[17]CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 2ª ed, 1998. São Paulo: Saraiva, p.241
[18]TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. vol. 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980

requisitos para a prisão preventiva, o juiz deverá decretar a prisão, seja o crime inafiançável ou não. Entretanto, se o crime for afiançável, deverá decretá-la, arbitrando, porém, de imediato, o valor da fiança.

A função da pronúncia é admitir que há possibilidade de o acusado ser levado ao Júri, de forma que o juiz, para que não haja injustiça com o pronunciado, e sob pena de nulidade do ato em comento, deverá fundamentar as razões pelas quais criou seu juízo de admissibilidade. Deve também o julgador observar a classificação do crime e suas qualificadoras, também sob pena de nulidade, caso não o faça, ou o fazendo, não fundamente as razões que o motivaram a tal.

Assim deve o juiz tipificar o delito e suas qualificadoras, a fim de que o acusado saiba pelo que está sendo levado a julgamento popular.

2.4.4 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível

Esta modalidade de prisão é um dos efeitos da sentença penal condenatória recorrível, ou seja, a sentença da qual ainda cabe recurso. Esta prisão também possui natureza cautelar, e objetiva resguardar o resultado em definitivo do processo, face ao provável perigo de fuga, para se eximir da aplicação da sanção penal que, em primeiro grau já lhe fora imposta. E essa pronúncia deveria acarretar a ordem de prisão.

A prisão provisória é uma medida cautelar pessoal detentiva, de caráter excepcional, que só se justifica como um meio indispensável para assegurar a eficácia de um futuro provimento jurisdicional, presentes que estejam o ***fumus boni iuris*** e o ***periculum in mora***.

Ausentes os requisitos gerais da tutela cautelar, e, não servindo apenas como instrumento do processo, a prisão provisória não seria nada mais do que uma execução antecipada da pena privativa de liberdade, e, isto, violaria o princípio da presunção de inocência.

Ocorre que o arts. 408, § 2° e, 594 do CPP, respectivamente, autorizam a não-expedição do mandado de prisão se o acusado for primário e de bons antecedentes.

Isto significa que se o acusado não for primário e de bons antecedentes, há apenas uma presunção *juris tantum* de necessidade da medida.

Contrario sensu, sendo ele primário e de bons antecedentes, a expressão 'pode' no texto legal não desperta discricionariedade no juiz, que 'deve' não utilizar-se da medida.

É, porém, discutida essa posição. Para alguns julgados, a expressão 'poderá' trata-se de mera faculdade do juiz, enquanto que em outros , um dever jurisdicional face aos preceitos constitucionais, em face ainda da gravidade da medida. Greco Filho[19] entende incabível tal discussão. Para ele, a liberdade é um direito do acusado, estando presente a situação legal.

Certo é que tal medida poderá deixar de existir se reformada a sentença condenatória. Consoante ao entendimento da súmula 09 do STJ, "a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência."

Entendimento contrário teve Delmanto Júnior[20]. Para ele, a forma como está prevista o art. 594 do CPP atenta não só contra a presunção de inocência como ao duplo grau de jurisdição, preceitos constitucionais.

Não obstante a esse entendimento do Pretório, vários julgados se manifestam quanto à exigibilidade da demonstração da efetiva necessidade da cautela, uma vez que a condenação provisória, por si só, não impõe a restrição à liberdade.

Lembra ainda Grinover[21]:

> "A falta de efetiva apreciação da necessidade da cautela importará, também quanto à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, vício de fundamentação, capaz de fazer incidir a sanção de nulidade por desatendimento aos preceitos constitucionais já indicados."

2.4.5 Prisão temporária

Esta prisão teve surgimento por intermédio da medida provisória nº. 111, de 24 de novembro de 1989, posteriormente convertida na Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, ao argumento de combater a crescente criminalidade organizada, sobretudo, nos grandes centros urbanos.

Instituiu-se com o objetivo de banir a prisão para averiguações, que nunca existiu na lei, mas muito praticada pela polícia, e como uma forma de auxiliar o trabalho de investigação dos órgãos policiais. Como espécie de prisão pré-processual que é, deve ser interpretada em consonância com os princípios constitucionais que regem qualquer espécie de prisão cautelar.

---

[19] Ob. Cit. Pág. 25
[20] Ob. Cit. Pág. 20
[21] Ob. Cit. Pág. 21

Uma das maiores dificuldades encontradas pela doutrina na interpretação da Lei 7.960/89 é quanto ao âmbito do seu cabimento, tendo em vista a má elaboração do art. 1° e seus três incisos.

Existem quatro correntes doutrinárias acerca da interpretação do artigo supra citado. A primeira corrente, dirigida por Tourinho Filho sustenta que os incisos são aplicados isoladamente, para Antônio Scarance Fernandes eles são cumulativos (I,II,III). Ada Pellegrini Grinover, sustenta que só poderá ocorrer a prisão temporária nos crimes capitulados no inciso III. Por último, encontramos doutrinadores que acreditam que o certo é a combinação dos incisos I com o II e I com o III.

Consistindo uma prisão de natureza cautelar, a prisão temporária de alguém apenas por estar sendo suspeito pela prática de um delito grave, capitulado no art. 1°, inciso III da Lei 7.960/89, contemplando exclusivamente este argumento, afronta o princípio constitucional da presunção de inocência. Isto porque, não se encontra presente neste decreto nenhum dos requisitos autorizadores da medida. Por isso, deve-se conjugar o inciso III, com o inciso I ou com o inciso II, evidenciadores do ***periculum in mora***.

A prisão temporária é decretada pelo Juiz de Direito, fundamentando a sua necessidade, de acordo com a justificativa da autoridade policial que representou pela medida.

Em razão do prazo pouco extenso, cinco dias prorrogável por mais cinco, o Juiz deve analisá-la com muita cautela para que não pratique uma arbitrariedade, haja vista que o remédio constitucional hábil para combater as prisões arbitrárias e ilegais, o *habeas corpus*, seria ineficaz, devido a exigüidade do tempo. Apenas nos crimes intitulados hediondos, Lei 8.072 de 25 de julho de 1990, o prazo da prisão é de trinta dias prorrogáveis por mais trinta, em havendo necessidade, o que daria tempo para o advogado impetrar o remédio heróico e conseguir uma ordem em favor do Paciente.

3. PRISÃO TEMPORÁRIA

3.1. Generalidades

A prisão temporária tem origem no direito estrangeiro. Hélio Tornaghi, com a mestria que lhe é peculiar, ensina: "na Itália, a permissão de reter (*fermare*) o investigado em casos excepcionais de necessidade e de urgência".

Diz o ilustrado doutrinador que a prisão provisória, na Itália, é concedida às autoridades de segurança pública pela própria constituição. Após firmar a regra de que a restrição da liberdade só é admitida mercê do ato motivado do Poder judiciário, a Constituição italiana permite às autoridades de segurança tomar providências cautelares, entre as quais a do *'fermo'*, isto é, da retenção do investigando. Nas quarenta e oito horas seguintes, a polícia pede ao juiz a convalidação do ato.

Na França, o Code de Procédure Pénale disciplina a garde à vue nos seguintes termos:

> "Se contra uma pessoa existem indícios graves e concordantes, de modo a fundamentar sua inculpação,o oficial de polícia judiciária deve conduzi-la à presença do Procurador da República, não podendo retê-la por mais de 24 horas".

Sabe-se que institutos similares são encontrados no direito alemão, espanhol, português, inglês e americano.

Em nosso ordenamento jurídico penal, o instituto de prisão temporária ganhou ênfase com a elaboração do Projeto de Código de Processo Penal (ainda nesta data em tramitação no Congresso Nacional), sendo combatida por alguns doutrinadores. Contudo, a morosidade da tramitação do referido projeto ensejou a possibilidade de, mediante medida provisória, ser criado em nosso direito o instituto da prisão provisória. Mais tarde, a medida provisória 111/89 foi transformada em lei.

Bruno Teixeira Lino[22] menciona a respeito da impropriedade do termo "TEMPORÁRIA" que:

---

[22]LINO, Bruno Teixeira. **Prisão Temporária. Lei nº 7.960/89.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 19.

"Constatamos que, sob o adjetivo temporária, o legislador, escondeu sob a retórica, a finalidade da prisão, que não é outra senão de investigar. Estamos diante da prisão para investigação, e esta expressão não foi utilizada para estampar flagrante violação dos direitos e garantias individuais, consagrados na Constituição da República de 1988".

3.2. Conceito/Breve introdução

A base legal para a prisão temporária encontra-se na Medida Provisória nº. 111 editada em 24 de novembro de 1989 e substituida pela Lei 7.960 de 21 de dezembro do mesmo ano.

A prisão temporária, especificamente, espécie de prisão anterior à condenação transitada em julgado, tem o inquérito policial como âmbito de decretação.

David Alves Moreira[23] considera que a prisão temporária representa a verdadeira prisão para averiguações, sempre presente no cotidiano de nossas delegacias, apoiando-se "na necessidade e conveniência de sua utilização para a realização de investigações na fase do inquérito policial e, quando indemonstrada essa necessidade, a medida fica prejudicada".

Fazendo distinção entre prisão para investigação e prisão para averiguação, Diaulas Costa Ribeiro[24] expõe: "A prisão para investigações, que é a nossa prisão temporária, parte de um fato criminoso para uma pessoa determinada. Já a prisão para averiguações parte de pessoas para levantar fatos, aleatoriamente".

O conceito de prisão temporária é o de prisão cautelar de natureza processual, que detém o acusado para que assim as investigações possam ser facilitadas durante o inquérito possível. Põe-se em prática a prisão temporária em crimes graves, e a decretação só pode advir de autoridade judiciária.

Considerando sua finalidade, a prisão temporária pode ser vista, segundo Rogério Lauria Tucci[25], como o encarceramento prévio do indiciado no lapso temporal entre a iniciação da *informatio delicti* mediante portaria (inocorrente, portanto, a prisão em flagrante delito) e o momento em que se verifica a possibilidade de imediata reunião dos elementos necessários à decretação da prisão preventiva.

Consideramos a prisão temporária, ou prisão para investigação, uma espécie de natureza cautelar, decretada pelo juiz durante o inquérito policial contra aquele que o Estado suspeita ter praticado determinado crime.

---

[23]Ob. Cit. P. 33.
[24]Ob. Cit. P. 31.
[25]Ob. Cit. P. 31

De acordo com Bruno Teixeira Lino, não há unanimidade entre os autores a respeito da emissão de um conceito de prisão temporária. Os diplomas normativos não definem o instituto. O seu conceito não merece ser compreendido isoladamente, mesmo porque depende de outros e da interpretação dos elementos que o informam.

3.3 Natureza Jurídica

Fernando Capez[26] afirma a natureza cautelar da prisão temporária, sustentando:

> "A prisão temporária, que exclusivamente serve o inquérito policial é, como ele diz, *medida cautelar*. Somente se justifica porque as investigações precisam se realizar antes do desvanecimento dos elementos de convicção, sob pena de sua completa inutilidade. Se imprescindível ou útil às investigações, a prisão temporária tem natureza cautelar, porque urgente - e, portanto, sumária formal e materialmente – e baseada na aparência. Além disso, é temporária e incapaz de gerar a coisa julgada material. É, por fim, referível a pretensão de direito material que arrima o processo penal condenatório".

3.4 A prisão temporária no direito comparado

A legislação alienígena nos fornece exemplos de formas de prender (durante a investigação) que, mesmo com características próprias, nos fazem lembrar da prisão temporária.

3.4.1 Itália

Na Itália, prevê-se inicialmente que nenhuma pessoa pode ser submetida à prisão quando não existirem graves indícios de culpabilidade ou quando estiver presente alguma causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade (art. 273, *Codice di Procedura Penale*).

Nos termos do art. 274, a prisão pode ser imposta: a) quando existirem riscos concretos contra a aquisição ou a integridade de provas; b) em decorrência da fuga ou do risco de fuga,

---

[26] Ob. Cit. P. 32

sempre que possível à imposição de pena superior a dois anos de reclusão; c) quando, consideradas as circunstâncias e a natureza do fato bem como a personalidade do investigado, deduzir-se do seu comportamento e de seus antecedentes a existência de perigo concreto de que vá cometer delitos graves com utilização de arma ou de outra forma de violência contra pessoas, delitos contra a ordem constitucional ou de organização criminosa, ou delitos semelhantes ao que responde (neste caso - risco de reiteração de delitos semelhantes ao que responde - exige-se que a pena máxima prevista seja superior a quatro anos).

Ademais disso, a prisão provisória só é cabível quando cominada ao crime pena de prisão perpétua ou prisão cujo máximo não seja inferior a três anos, exigência que é excepcionada quando houver transgressão às determinações de outras medidas cautelares (art. 280, *commas* 2 e 3).

Determina-se que a prisão só poderá ser decretada se proporcional ao fato e à punição correspondente (art. 275, *comma* 2, na redação da Lei n° 128/2001). O Código de Processo Penal contém casuística em que não se admite a prisão provisória. Assim, ela não poderá ser imposta se provável que na sentença seja concedida a suspensão condicional da pena (art. 275, *comma* 2-*bis*) ou quando cabíveis outras medidas cautelares (art. 275, *comma* 3), o que é pré-excluído pela legislação italiana quando se trata de associação do tipo mafiosa (art. 416-*bis*, CP).

O fermo di indiziati di reato, ou retenção, previsto nos arts. 384 a 391 do Código de Processo Penal italiano, pode ser determinado (na hipótese de fortes indícios da prática de graves delitos e fundado perigo de fuga do indiciado) pelo Ministério Público, encarregado de dirigir as investigações, bem como pode ser imposto pela polícia judiciária (nas hipóteses de emergência decorrente de sucessivas identificações do indiciado e do perigo de que o indiciado fuja e não seja possível, pela urgência, aguardar o provimento do Ministério Público).

3.4.2 França

Na França, a *garde à vue* (guarda sob a vista da autoridade policial), prevista nos arts. 64, 65, 77 e 78 do Código de Processo Penal francês permite que o oficial da polícia judiciária, durante a investigação preliminar, necessitando, mantenha o suspeito detido por vinte e quatro horas, prorrogáveis por igual período, se autorizado pelo procurador da República ou pelo juiz de instrução.

Além disso, a prisão provisória só poderá ser decretada se houver previsão de pena criminal ou de pena correcional superior a três anos (art. 143-1, com as alterações da Lei 1138/2002). É admissível se constituir o único meio apto a conservar as provas e os indícios da materialidade, evitar pressões sobre as testemunhas ou as vítimas, ou impedir conspiração fraudulenta ("concertation frauduleuse") entre pessoas investigadas ("personnes mises en examen") e cúmplices; proteger a pessoa investigada, assegurar que ela permaneça à disposição da Justiça, por fim ao delito ou prevenir a sua reiteração; por fim a um distúrbio excepcional e persistente da ordem pública provocado pela gravidade da infração, pelas circunstâncias em que cometida ou pela extensão dos danos que causou (art. 144, com as alterações da Lei 1.549/2005).

Poderá ainda ser ordenada se a pessoa acusada tiver voluntariamente descumprido as obrigações estabelecidas no denominada controle *judiciaire* (art. 141-2), e que podem ser, dentre outras, de não se ausentar do seu domicílio ou sair de um limite territorial indicado, apresentar-se periodicamente, fornecer documentos de identificação e passaporte, abster-se de dirigir veículos, não se encontrar com pessoas indicadas, submeter-se a tratamento médico, pagar uma fiança, não exercer certos cargos profissionais etc. (art. 138).

Se o Procurador da República discordar do pedido, caberá ao juiz de instrução, nos cinco dias seguintes, remeter o pedido para análise do juiz da liberdade e das detenções, que deverá proferir decisão no prazo de três dias, fundamentando-a de acordo com os motivos que autorizam a decretação da prisão provisória, previstas no art. 144 (art. 148).

Quando concedido o pedido de liberdade em contrariedade ao parecer do Ministério Público, este órgão deverá ser imediatamente comunicado, não se admitindo que nas quatro horas seguintes ao recebimento dessa notificação seja a ordem de livramento executada. Isso porque, nesse prazo, é possível a interposição de apelação junto ao juiz de instrução ou ao juiz das liberdades e da detenção e, simultaneamente, um recurso urgente *("référé-détention")* perante o 1° Presidente da Corte de Apelação. A interposição desses recursos tem o efeito de suspender a concessão da liberdade (art. 148-1-1, com as alterações da Lei 204/2004).

3.4.3 Portugal

Em Portugal, é previsto inicialmente que a liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar (art. 191, CPP português), dependendo de prévio indiciamento do indivíduo - "prévia constituição como argüido"

(art. 192, 1). Devem ademais as medidas de coação ser adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente possam ser aplicadas (art. 193).

As medidas de coação são aplicadas por despacho do juiz, durante o inquérito a requerimento do Ministério Público e, depois do inquérito, oficiosamente, ouvido o Ministério Público (art. 194, 1). São precedidas, sempre que possível e conveniente, de audição do argüido e podem ter lugar no primeiro interrogatório judicial (art. 194, 2).

Se inadequadas ou insuficientes às medidas referidas, o juiz pode impor a prisão preventiva quando houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos; ou se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou de expulsão.

Nenhuma medida de coação pode ser aplicada se em concreto não se verificar:

a) fuga ou perigo de fuga; b) perigo de perturbação do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou c) perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do argüido, de perturbação da ordem e da tranqüilidade públicas ou de continuação da atividade criminosa (art. 204).

3.4.4 Espanha

Em cumprimento à orientação do Tribunal Constitucional, que desde o ano de 2000 advertira o legislador da necessidade de adequar a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* - LECrim - às exigências constitucionais , foi aprovada na Espanha em outubro de 2003 a Lei Orgânica nº. 13, modificando a regulamentação da previsão provisória para impedir que o suspeito se subtraia à ação da Justiça ou impeça a futura execução Penal.

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo[27] expõe que:

Duas razoes a autorizam. Primeira, quando a pessoa se achar processada por delito sancionado com prisão, não correcional, presumindo-se que se tornará revel (nº 2 do art. 492). Segunda, quando a pessoa se encontrar, razoavelmente, como suspeita de algum delito (nº. 4 do art.

[27] Ob. Cit. P. 33

492). Em 24 horas a autoridade policial deve entregar o preso ao juiz, ou pô-lo em liberdade (art. 496).

Está também prevista uma modalidade de prisão provisória que se assemelha à nossa prisão temporária. Trata-se da *prisión incomunicada*, que pode ser decretada pelo tribunal ou pelo juiz de instrução e que tem por fim evitar que se subtraiam da ação da justiça pessoas supostamente envolvidas nos fatos investigados, ou que elas atuem contra bens jurídicos da vítima, que ocultem, alterem ou suprimam provas ou que cometam novos delitos (art. 509, 1).

3.4.5 Alemanha

Na Alemanha, admite-se que qualquer pessoa realize a prisão em flagrante de alguém surpreendido cometendo um delito, se houver risco de fuga ou não for possível identificá-lo imediatamente (§ 127, I, StPO - *Strafprozeßordnung*). O membro do Ministério Público e as autoridade policias poderão nesses casos determinar a prisão se satisfeitos os pressupostos da prisão provisória (§ 127, II), quando o tempo necessário à obtenção de ordem judicial puder comprometer as investigações.

A prisão provisória (*Untersuchungshaft*) não será cabível quando desproporcional ao crime ou à pena que provavelmente será imposta (§ 112, I, StPO). Ela pode ser decretada por um juiz em qualquer momento do processo ou da fase investigatória se existir um alto grau de probabilidade de que o suspeito cometeu um crime e se estiverem presentes todos os pressupostos de punibilidade e condições de procedibilidade. É necessária ainda a presença de algum dos seguintes motivos:

a) o suspeito fugiu ou se escondeu (§ 112, II, 1, StPO); b) consideradas as circunstâncias do caso, concluir-se que há o risco de o acusado evadir-se - risco de fuga (§ 112, II, 2, StPO); c) a conduta do acusado provoque sérias suspeitas de que ele vá, pessoalmente ou por terceiros: *c.1)* destruir, remover, suprimir ou falsificar provas (§ 112, II, 3, "a", StPO); *c.2)* indevidamente influenciar co-acusado, testemunhas ou peritos (§ 112, II, 3, "b", StPO); d) se existir perigo de que a descoberta da verdade se torne mais difícil - risco de obstrução do procedimento (§ 112, II, 3, "c", StPO).

A prisão não poderá durar mais do que seis meses pelo mesmo fato sem que o réu tenha sido julgado e condenado, salvo se existirem dificuldades especiais, se a investigação for complexa

ou se estiver presente alguma outra razão importante ("anderer wichtiger Grund") a impedir o julgamento (§ 121, III, StPO).

Em qualquer caso, realizada a prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz até o dia seguinte em que foi detido (§§ 115 e 115a, StPO). O juiz poderá suspender a execução da prisão quando, decretada diante do risco de fuga, outras medidas forem suficientes ao fim visado, como a obrigação de apresentação periódica, a proibição de ausentar-se sem autorização ou de sair de sua residência desacompanhado de uma pessoa designada.

3.4.6 Chile

Aprovado no ano de 2000, dispõe o recente Código de Processo Penal do Chile que, uma vez formalizada a investigação, a prisão preventiva poderá ser decretada, a pedido do Ministério Público ou do querelante, sempre que presentes as seguintes condições: a) indícios da existência do delito; b) indícios que permitam concluir que o acusado para ele concorreu como autor ou cúmplice ou que procurou encobri-lo; c) indícios segundo os quais a prisão seja indispensável para o êxito de diligências específicas da investigação, ou que a liberdade do acusado é perigosa para a segurança da sociedade ou do ofendido.

É explicitado que a prisão preventiva é indispensável para o êxito da investigação quando existir fundada suspeita de que o acusado poderá obstaculizá-la mediante a destruição, modificação, ocultação ou falsificação de provas ou induzindo co-acusados, testemunhas, peritos ou terceiros para que dêem informações falsas ou se comportem de maneira desleal ou reticente.

Estabelece ainda o preceito que para estimar se a liberdade do acusado resulta ou não perigosa para a segurança da sociedade, o tribunal deverá considerar especialmente alguma das seguintes circunstâncias: a gravidade da pena assinalada ao delito; o número de delitos de que é acusado e a natureza destes; a existência de processos pendentes; o fato de se encontrar o acusado sujeito a alguma medida cautelar, em liberdade condicional ou gozando de algum dos benefícios alternativos à pena privativa de liberdade; a existência de condenações anteriores cujas execuções estejam pendentes, considerando-se a gravidade dos delitos ou o fato de terem sido praticados em quadrilha. Por fim, segundo o dispositivo, entender-se-á que a liberdade do acusado representa risco para o ofendido quando existirem antecedentes que permitam presumir que ele realizará novas agressões contra este, ou contra a sua família e os seus bens (art. 140).

Com as alterações da Lei 20.074, de 14 de novembro de 2005, o art. 141 do Código de Processo Penal chileno assenta que não se poderá ordenar a prisão preventiva quando ao delito forem cominadas exclusivamente penas pecuniárias ou restritivas de direitos, quando se tratar de delito sujeito à ação privada ou quando o acusado estiver efetivamente cumprindo pena privativa de liberdade. Neste caso, se o Ministério Público ou o querelante estimarem necessária a prisão preventiva, poderão solicitá-la antecipadamente, a fim de que seja executada, sem solução de continuidade, quando cessado o cumprimento da pena privativa. Será decretada a prisão do acusado que não comparecer à audiência de juízo oral.

3.5 Princípios constitucionais

Necessário se faz aqui analisar brevemente os dispositivos da lei 7960/89 à luz de uma interpretação conforme a Constituição da República, objetivando proceder a uma crítica desta lei, confrontando-a com os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e, da proporcionalidade. Com efeito, todos os valores e preconceitos do intérprete-aplicador do direito influenciam na construção da norma jurídica a ser extraída desta lei.

3.5.1 Presunção de inocência

Passamos a uma breve análise acerca da prisão temporária juntamente com o princípio da presunção de inocência consagrado nas diversas cartas de direitos fundamentais, encontrado abrigo na Constituição Federal no seu art. 5º, inciso LVII assim redigido: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". A Constituição consagra aqui um estado natural de inocência de todos os cidadãos. Os doutos converteram este estado de inocência em presunção militante a favor do acusado. A presunção de inocência não é absoluta, e sim *juris tantum*, podendo ser relativizada, dando abertura a restrições cautelares da liberdade de ir e vir do indivíduo. O pretório excelso, neste sentido, já se manifestou:

"É inquestionável que a antecipação cautelar da prisão - qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento jurídico positivo (prisão temporária, preventiva ou prisão decorrente

de sentença de pronúncia) - não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.(...). Impõe-se advertir, no entanto, que a prisão cautelar - que não se confunde com a prisão penal (*carcer ad poenam*)- não objetiva infligir punição à pessoa que sofre a sua decretação. Não traduz, a prisão cautelar, em face da estrita finalidade a que se destina, qualquer idéia de sanção. Constitui, ao contrário, instrumento destinado a atuar 'em benefício da atividade desenvolvida no processo penal'[28]

Havendo elementos probatórios razoáveis que indiquem autoria ou participação num daqueles delitos elencados no art. 1°, inciso III da Lei 7960/89, e demais requisitos da medida cautelar, não há incompatibilidade com a presunção de inocência, desde que a restrição da liberdade atue "em benefício da atividade desenvolvida no processo penal", conforme o aresto acima. Mas que processo se ainda estamos em fase de investigação? Não estaria o homem sendo "coisificado" pelo Estado, quando este o trata como "objeto de investigação?". Não seria atentar contra a dignidade humana prender para reunir provas de um suposto fato delituoso? Se a prisão é necessária na fase investigatória, que se pugne pela prisão preventiva e seus requisitos mais rigorosos. A malícia do legislador é de clareza solar quando dispõe no art. 2, & 7° desta odiosa lei que comentamos: "Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua **prisão** preventiva" (grifei). Pesquisando a jurisprudência do STJ, verificamos que o julgamento de vários Hábeas corpus fora prejudicado, pois o título jurídico a legitimar a prisão já não era mais a prisão temporária e sim a preventiva!

A presunção de inocência opera ao mesmo tempo no processo penal como uma regra de juízo e como regra de tratamento: regra de juízo, porquanto os indícios de autoria ou participação haverão de ser fortes o suficiente a amparar a medida cautela restritiva de liberdade (*fumus boni iuri ou fumus comissi delicti*). O juízo de valor positivo acerca da autoria do imputado deverá ser maior que o juízo negativo correspondente. Regra de tratamento, pois não perderá o detido suas garantias processuais penais, nem atenderá a restrição cautelar da liberdade a finalidades retributivas antecipando a pena. Tais limites infranqueáveis se impõem a todos, tanto ao poder executivo através da ação da Polícia judiciária quanto ao Poder Judiciário.

---

[28] HC 80719. Informativo STF 221. Rel. Celso de Mello.

3.5.2 Devido processo legal

Maria Brochardo [29] ensina-nos que, o devido processo legal tem sua origem no direito anglo-saxônico do século XIII com a Magna carta do Rei João sem terra. Os direitos de liberdade, propriedade e à vida dos barões ingleses só poderiam sofrer limitações consoante a *law of the land*, de acordo com os costumes da terra e sedimentado nos precedentes jurisprudenciais. Mais tarde a locução *law of the land* foi substituída pelo *due process of law*. Assumindo uma face adjetiva, este devido processo legal encerra as garantias do réu com exigência de um procedimento regular, contraditório, ampla defesa, da representação por advogado, entre outros.

Neste ponto reside um dos pontos nevrálgicos do debate que ora travamos. Se, como diz a Carta Magna de 1988 no inciso LIV do art. 5° que: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", a priori a prisão temporária de alguém se apresenta manifestamente inconstitucional. No inquérito policial, entendimento dominante da doutrina e jurisprudência, não há assento para o contraditório, porquanto se trata de procedimento administrativo destinado apurar autoria e materialidade de infração penal, não havendo acusação formal contra quem quer que seja. Se a prisão temporária só é cabível no curso de investigações policiais, o encarceramento sob este título afrontaria o disposto no art. 5°, inciso LIV da CF/88. Não houve atendimento ao devido processo legal para efetivação da privação da liberdade.

O entendimento não poderia ser tão simples quanto *prima facie* parece, pois a mesma lei magna excepciona o mandamento quando cuida dos casos de prisão em flagrante ou por ordem de autoridade judiciária competente (art. 5°, inciso LXI). A privação da liberdade de forma provisória ainda no curso da *informatio delicti* também pode se afigurar legítima e constitucional, desde que encontre amparo nos interesses superiores da higidez da coletividade. Desde que encontre amparo no bem comum a ser preservado. Faz parte das restrições a direitos individuais que ao Estado é lícito adotar, quando sua finalidade primária é a tutela do interesse público. Desta forma compreende-se que havendo *periculum libertatis*, com risco efetivo de frustração da aquisição de provas causada pelo suposto infrator, o direito de liberdade do cidadão deve ceder ao interesse punitivo do corpo social. Se este cidadão ameaçado em sua liberdade tem em seu desfavor elementos probatórios que o indique como provável autor ou partícipe daquelas infrações referidas no inciso III do art. 1° da lei 7960/89 (*fumus comissi delicti*), não havendo à disposição da

[29] BROCHARDO, Maria. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 39 n.155 jul/set. 2002. Pág. 128.

autoridade outros meios de provas aptos a impulsionar as investigações, havendo recusa do imputado em fornecer elementos de sua identificação e residência, esta prisão, em tese, é constitucional. O pedido de prisão temporária deverá estar fundamentado e demonstrar da real necessidade da medida. Note-se que cogito da fundamentação do pedido e não exclusivamente do decreto prisional. Só o juiz criminal poderá decretar tal prisão. Não há afronta ao *due process of law*, em tese, por se tratar de exceção contemplada pela própria lei magna do país.

3.5.3. Princípio da proporcionalidade

Cuidaremos doravante de outro aspecto sensível da prisão temporária quando cotejamos com o princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade). PAULO BONAVIDES[30] ensina que, este princípio deita raízes na doutrina administrativista, encontrando abrigo nas modernas constituições. Para este douto professor a proporcionalidade está implícita no texto constitucional de 1988 . A doutrina identifica no princípio da proporcionalidade três elementos, adiante resumidos: o da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*. A adequação, tem conhecida como pertinência ou aptidão, nos deve dizer se determinada medida tomada pelo poder público representa o meio certo para concretização de um fim de interesse público, se existe adequação entre o meio e o fim colimado pelo Estado . O segundo elemento é o da *necessidade*, pois por este subprincípio, "a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja" . Se existem outros meios de alcançar o objetivo pretendido pelo poder público, devem ser utilizados os menos gravosos para os cidadãos, os que menos restringem a esfera dos direitos individuais. Por fim a proporcionalidade em sentido estrito no qual "a escolha recai sobre o meio ou conjunto de meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto dos interesses em jogo".

Se a prisão de alguém é um meio de que o Estado lança mão para investigação dos delitos, evidente que esta prisão deve atender ao princípio da proporcionalidade no caso concreto. Mister se faz aferir se esta prisão é o meio investigatório idôneo para instrução do inquérito (adequação), se é o meio menos gravoso de que dispõe autoridade para conduzir suas investigações (necessidade) e se no conjunto dos interesses em jogo esta prisão é a medida proporcional a atender fins de interesse público. Uma resposta negativa a esta indagações inquina de inconstitucionalidade a prisão

[30] BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. Pág. 362.

temporária, por se afigurar medida excessiva, injustificável que "não cabe na moldura da proporcionalidade" [31].

Vale salientar com o magistério do ministro do STF GILMAR MENDES[32] que "na prática, adequação e necessidade não tem o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação". Adiante, fulcrado em lições de Pieroth e Schlink arremata: "a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste da adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final.

Se nos afigura inconstitucional, neste particular, por afrontar a razoabilidade, o art. 2°, §3° da Lei 8072/90 que preconiza a duração de 30 dias para a prisão temporária naqueles delitos, prorrogáveis por mais trinta dias! Lembremos que a prisão temporária tem cunho investigatório e sessenta dias para alcançar tal intento é excessiva e gravosa demais. Imagine se o cidadão em nada contribuiu para aquele fato criminoso. Até o julgamento do hábeas corpus, o vexame e a humilhação já restaram consolidados.

HÉLIO TORNAGHI[33] quando formula orientações em matéria de prisão provisória não poderia ser mais lúcido: "O Juiz deve ser prudente e mesmo avaro na decretação. Há alguns perigos contra os quais deveriam premunir-se todos o juízes, ao menos os de bem: *o perigo do calo profissional*, que insensibiliza. De tanto mandar prender, há juízes que terminam esquecendo os inconvenientes da prisão. Fazem aquilo como ato de rotina... *o perigo da precipitação*, do açodamento, que impede o exame maduro das circunstâncias e conduz a erros".

A Lei 7960/90 incentiva a precipitação, quando fixa o prazo de 24 horas para o juiz decidir do pedido, após oitiva do Ministério Público, se este não requereu a medida (art. 2°, § 2°). Continua o ilustre mestre TORNAGHI[34] em suas lições advertindo de outro perigo: "*o perigo do exagero*, que conduz o juiz a ver fantasmas, a temer danos imaginários, a transformar suspeitas vagas em indícios veementes, a supor que é zelo o que na verdade é exacerbação do escrúpulo". Vale dizer, quando se trata de julgar acerca da liberdade alheia a precipitação e o exagero devem ser cuidadosamente avaliados.

---

[31] Idem, Op. Cit. pág. 361.

[32] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires ; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e Direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 2000. Pág. 250.

[33] TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Tomo III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. Pág. 1092.

[34] TORNAGHI, Hélio. Op. Cit. Págs. 1080-1081

3.6. Finalidade e elementos da medida cautelar

Praticada uma infração penal, o provimento jurisdicional de mérito não é instantâneo, mas dependente das atividades, que se desdobram no tempo, indispensáveis para sua declaração e execução. Como salienta Weber Martins Batista[35]:"o interessado corre o risco de obter uma sentença que, embora favorável, não mais consegue dar-lhe a vantagem pretendida".

Assim para evitar o provimento ilusório, ineficaz, acrescenta-se uma terceira espécie de provimento para assegurar o êxito dos outros dois [os provimentos jurisdicionais de conhecimento (o órgão jurisdicional declara qual das partes tem razão) e de execução (o órgão jurisdicional torna efetiva a sanção)]: o provimento cautelar.

Assinala Humberto Theodoro Júnior:

"Se os órgãos jurisdicionais não contassem com um meio pronto e eficaz para assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingindo o estágio último da prestação jurisdicional, esta correria o risco de cair no vazio, ou de transfomar-se em providência inócua.

Surge, então, o processo cautelar como uma nova fase da jurisdição e como um *tertium genus*, contendo ' a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução' e tendo por elemento específico 'a prevenção'.

Diante da existência de um futuro provimento jurisdicional e do perigo de difícil ou impossível realização do direito, o provimento cautelar busca evitar a frustração daquele em seus efeitos.

A prisão temporária, de natureza cautelar, ou, com maior precisão, pré-cautelar, de caráter provisório e pré-processual, assenta-se, a par dos requisitos inerentes a toda medida cautelar (acessoriedade, preventividade, instrumentalidade hipotética e provisoriedade), sobre o binômio *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

A fumaça do bom direito, inerente a qualquer prisão cautelar, consubstancia-se na presença de elementos de convicção que demonstram a verossimilhança da imputação iminente e que, portanto, tornam plausível admitir a participação delitiva do indiciado no fato objeto da apuração.

---

[35] Ob. Cit. 33.

A seu turno, o *periculum in mora* se materializa na própria necessidade da constrição ao *ius libertatis* do indivíduo, ante o receio de que, solto, possa o inculpado produzir danos à ordem pública, à instrução do processo ou à aplicação da lei penal.

No que pertine especificamente à prisão temporária, embora já se tenha sustentado que sua decretação condiciona-se aos mesmos requisitos da prisão preventiva, parece-nos mais acertado o entendimento que a coloca em posição diferenciada em relação a esta última modalidade de prisão cautelar. Não fora assim, haveríamos de admitir que estas duas espécies de prisão provisória se distinguiriam unicamente pelo prazo de duração e pela oportunidade da decretação, o que não se nos afigura sensato.

De qualquer modo, seja na prisão preventiva, seja na prisão temporária, é imposição constitucional (art. 93, inc. IX, da Carta Política de 1988) que o magistrado explicite o seu convencimento quanto à necessidade da segregação cautelar. Tal fundamentação somente será, a seu turno, possível se o Delegado de Polícia ou o membro do Ministério Público indicarem os motivos pelos quais se postula a prisão, não sendo satisfatório, evidentemente, limitar-se a autoridade a dizer que a prisão temporária é imprescindível para as investigações do inquérito policial (inciso I do art. 1° da Lei 7.960/89), ou que o indiciado não tenha residência fixa ou que não forneça elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (inc. II). Cumpre, sim, ao postulante da medida indicar ao juiz o porquê de estas duas variantes, ou uma delas, justificarem o encarceramento do suspeito ou indiciado, já que nem sempre é tal medida indispensável ao sucesso das investigações policiais.

Neste sentido se alinha o pensamento sempre lúcido de Hélio Tornaghi[36] acerca da prisão preventiva (válido, evidentemente, para a prisão temporária), ao lecionar que "o juiz deve ainda mencionar de maneira clara e precisa os fatos que o levam a considerar necessária à prisão para garantir a ordem pública ou para assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal substantiva. Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, frauda a finalidade da lei e ilude as garantias da liberdade o fato de o juiz dizer apenas: considerando que a prisão é necessária para a garantia da ordem pública ou então a prova dos autos revela que a prisão é conveniente para a instrução criminal. Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou ignorância, pois além de tudo envolvem petição de princípio: com elas o juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar".

Assim, de acordo com o artigo 1° da Lei 7.960 caberá prisão temporária nos seguintes casos:

---

[36] TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**, vol. 2, p. 87, Saraiva.

> I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
> II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários de sua identificação;
> III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação nos seguintes crimes: homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão mediante seqüestro, 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 (artigo 12 da lei 6.368/76) e crimes contra o sistema financeiro (Lei 7492/86).

A prisão temporária se decreta, baseada em fundamentos onde as situações previstas pelo artigo 1° da Lei 7.960/89 (acima exposto)

Os três fundamentos da prisão temporária, segundo Sérgio Médici, citado por Fernando Capez[37] aponta a existência de quatro posições sobre o assunto em tela, todos publicados no Caderno de Doutrina e Jurisprudência[38].

No entendimento de Tourinho Filho e Júlio Mirabete[39], todas as três situações previstas na Lei 7.960 são cabíveis à prisão temporária. Observa os dois autores que os requisitos são alternativos, valendo tanto um, quanto outro.

Antonio Scarance Fernandes[40] por sua vez defende que a prisão temporária só poderá ser decretada se as três situações estiverem presentes, ou seja, os requisitos são cumulativos. Este posicionamento contraria o entendimento de Mirabete e Tourinho Filho, quando estes últimos afirmam serem os requisitos, alternativos.

Já Damásio de Jesus e Magalhães Filho[41], a prisão temporária só pode ser decretada quando os crimes apontados estejam presentes na Lei. Em tais crimes, desde que ocorra uma das duas primeiras situações, caberá a prisão temporária. Desse modo, em casos em que a medida for necessária para as investigações, e em casos em que o endereço ou a identificação do indiciado forem incertos, caberá a prática da prisão cautelar, porém, desde que o crime esteja elencado na Lei.

Entretanto, segundo o posicionamento de Fernando Capez[42],

> "a prisão provisória do indivíduo apenas por ser um suspeito da prática de um determinado delito grave, é afrontar ao princípio constitucional do estado de inocência. Assim sendo,

[37] CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 231.
[38] Caderno de Doutrina e Jurisprudência, Associação Paulista do Ministério Público de São Paulo, nº 29 in CAPEZ, Fernando. *Op.* Cit p. 231
[39] Idem
[40] Idem
[41] JESUS, Damásio E de Jesus e GOMES FILHO, Antonio Magalhães Caderno de Doutrina e Jurisprudência, Associação Paulista do Ministério Público de São Paulo, nº 29 in CAPEZ, Fernando. *Op.* Cit p. 231
[42] Capez, Fernando. *Op.* Cit.

> para que prisão temporária seja decretada quando o indivíduo seja realmente apontado como agente de um dos crimes previstos na lei concernente, além de que para justificar tal medida cautelar, ao menos dois dos requisitos evidenciadores do *periculum in mora* estejam presentes. Sem isso, não se admitirá a prisão provisória".

3.5. Procedimento

A prisão temporária pode ser solicitada tanto pelo Ministério Público, quanto pela autoridade policial. Não há previsão para a decretação de ofício, aquele emitido pelo juiz, até porque a medida cautelar só se justifica ao longo do inquérito policial. Sendo assim, o juiz por si só não pode decretar a prisão provisória, a não ser em atendimento ao pedido do Ministério Público ou da autoridade policial.

Quando a representação é apresentada pela autoridade policial, o juiz, antes decretar a medida cautelar ainda ouvirá o Ministério público, antes de tomar sua decisão. Por certo que a representação, advinda de qualquer um dos dois órgãos, deverá estar devidamente fundamentada em razões que indiquem a necessidade ou a conveniência da cautelar.[43]

Após o recebimento do pedido, o juiz têm 24 (vinte e quatro) horas para tomar sua decisão sobre a prisão. Essa decisão deverá ser proferida em despacho, devidamente fundamentado, sob pena de nulidade.

A medida cautelar se justifica pela urgência necessária para os devidos esclarecimentos dos fatos, razão pela qual – ao menos é o que manda a lei (artigo 5°)– que em todas as comarcas e seções judiciárias deverá haver pessoas em plantão permanente (24 horas), tanto do Poder Judiciário quanto do Ministério Público para apreciação deste tipo de questão, como é o caso da prisão temporária[44].

O mandado de prisão será expedido em duas vias de igual teor, sendo que uma delas deverá ser entregue o indiciado, representando uma nota de culpa[45].

Após ter sido a prisão provisória efetuada, a autoridade policial – que é quem fará a prisão – deverá advertir o preso do seu direito constitucional de permanecer calado[46].

Quando a prisão for decretada pelo juiz, o mesmo poderá solicitar – caso seja sua vontade - que o preso lhe seja apresentado com fins de solicitação de informações da autoridade policial ou então para submetê-lo ao exame de corpo de delito[47].

---

[43] MIRABETE, Julio Fabrini . *Op.*cit.
[44] Idem
[45] CAPEZ, Fernando. *Op.* Cit.
[46] Idem

3.6 Cumprimento da prisão temporária

O prazo que o indiciado cumpre a título de prisão provisória é de cinco (05) dias, prorrogáveis por igual período, "em caso de extrema e comprovada necessidade"[48]. Se é de extrema necessidade, a solicitação de prorrogação deverá estar fundado em uma razão muito maior que o fundamento que fora invocado para a prisão provisória. Sendo assim, a dilatação do período de cumprimento da prisão provisória não poderá simplesmente ser uma manobra que atenda convenientemente as investigações[49].

Segundo o artigo 3° da Lei 7.960 o preso em regime de prisão temporária deve ser mantido separado dos demais detentos. No período em que o individuo ficar detido poderá receber visita de advogados e de pessoas, sejam da família ou não, desde que respeitados todos os regulamentos inerentes às visitas a estabelecimentos penais[50].

Para os crimes hediondos, nos termos dos artigos 2° §3° da Lei 8.072, o prazo de cumprimento da prisão temporária será de trinta dias, podendo ser prorrogado por mais trinta, em caso de comprovada e extrema necessidade como nos demais crimes.

Evidenciado o aumento do prazo de prisão nas hipóteses elencadas, não há justificativa razoável para que fosse modificado o prazo da prisão temporária, pois os tipos penais que compõem o conjunto de crimes hediondos foram contemplados na Lei n° 7.960/89, onde o prazo é de cinco dias, prorrogável por igual período.

Vale ressaltar que o prazo para encerramento da instrução não se computa neste prazo, seja de trinta ou de sessenta dias.

3.7. Crimes hediondos

Os crimes hediondos são aqueles definidos pela Lei 8.072 de julho de 1990, quais sejam: homicídio qualificado; homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio – ainda que cometido por um só agente; latrocínio; extorsão qualificada pelo resultado morte; extorsão mediante

---

[47]Idem
[48]Artigo 2° *in fine*
[49]MIRABETE, Julio Fabrini. *Op.*Cit.
[50]Idem

seqüestro – na forma simples e qualificada; estupro; atentado violento ao pudor – na forma simples e qualificada; epidemia com resultado morte e genocídio[51].

O ponto nuclear do estudo dos crimes hediondos, em cede de prisão temporária, é o que dispõe a Lei n.° 8.072/90, no art. 2 § 3°, in verbis: *§3° - " A prisão temporária sobre a qual dispõe a Lei 7.960/89, nos crimes previsto neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade."*

A prisão temporária decretada pelo prazo de trinta dias (prorrogável por igual período – art. 2°), estipulado na lei dos crimes hediondos, acarreta ao paciente constrangimento ilegal, tendo em vista na hipótese de estar o indiciado preso, o prazo de conclusão do inquérito policial é de 10 dias (art. 10, caput, do CPP) e,assim, a violação do *status libertatis* ocorre quando a investigação não está concluída no décimo dia.

Na opinião de Bruno Teixeira Lino, não há dúvida de que os prazos de prisão temporária e de conclusão do inquérito policial são distintos. Contudo, se a prisão temporária é desertada nos auto do inquérito policial, aquela não pode ultrapassar o prazo de conclusão deste, sob pena de configurar-se o constrangimento ilegal.

Além disso, fazendo-se um paralelo, se o prazo de conclusão do inquérito policial de indiciado preso em flagrante delito é de dez dias, menor razão terá a conclusão do inquérito policial de investigado preso temporariamente em prazo maior que aquele.

3.10 A inconstitucionalidade formal da Lei 7.960/89

Analisando a gênese da lei em comento, fruto formal, pelo menos que em um primeiro instante, da iniciativa do Poder Executivo, percebemos que há uma série de desrespeitos aos princípios que regulam o processo legislativo pátrio, pois, como já comentado, a da Medida Provisória n° 111, de 24 de novembro de 1989, estabeleceu todos os procedimentos constantes na lei que regula a prisão temporária, sendo fruto da conversão daquela, menos de um mês após sua implantação.

[51]Nova redação dada pelo artigo primeiro pela Lei 8.930 de 1994.

O processo legislativo pode ser definido como o conjunto de disposições Constitucionais reguladores do procedimento a ser obedecido pela Câmara, pelo Senado e pelo Presidente da República, quando da produção de atos normativos derivados diretamente da Constituição.

Como sabemos, o processo legislativo é composto de uma série de fases solenes, que vão desde a iniciativa até a promulgação da lei. No caso das medidas provisórias, estas nunca poderão ser confundidas com leis, mesmo tendo similitude de valor com estas por tempo escasso. Mota e Spitzcovisky[52] definem o instrumento como espécie normativa com força de lei, editadas pelo Presidente da República, nos casos expressamente previstos na Constituição. Outrossim, submetem-se, de imediato, ao crivo do Congresso Nacional, que poderá, ou não, convertê-los em lei.

A Constituição de 1988 retirou do processo legislativo a figura do decreto-lei, criando a figura da medida provisória, com força de lei, que poderão ser adotadas pelo Presidente da República em caso de relevância e urgência, tal afirmação consta do art. 62 da Constituição Federal.

Os pré-requisitos da "relevância" e da "urgência" dão um entendimento muito amplo sobre os poderes do Presidente da República para legislar, interpretando-se, em uma primeira análise, que não haveria limites de competência, desde que estivessem presentes os pressupostos da "relevância" e da "urgência". Tal controvérsia foi solucionada pelo próprio Congresso Nacional, como bem nos lembra Mota e Spitzcovisky[53] :

> "Sem embargo, essa questão foi pacificada pela EC nº 32/2000 que vedou a edição de medidas provisórias sobre matérias relacionadas no parágrafo 1º do art. 62, dentre as quais destacamos: Cidadania, Direito Penal, Processual Penal, Processual Civil, bem como as reservadas à lei complementar".

Assim, tendo sido a Prisão Temporária instituída por Medida Provisória, viciou-se de inconstitucionalidade. Gonçalves preceitua que a doutrina divide o princípio da legalidade em dois sub-princípios: o da anterioridade e o da reserva legal, sendo que neste somente a lei em sentido formal poderia tipificar condutas criminosas, vedando assim, ao legislador, utilizar-se de decretos, medidas provisórias ou outras formas legislativas para incriminar condutas.

---

[52]MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.
http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_924_Prisao_temporaria_consideracoes_sobre_sua_inconsti

[53]MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

Delmanto[54] também leciona sobre o assunto, ao estabelecer que a medida provisória não poderá jamais ser aplicada ao campo penal porque não é lei, contrariando, assim, dispositivo constitucional (art. 5º, XXXIX).

Rangel[55], com as palavras de Clève, denomina a formação de lei por órgão incompetente para tanto de inconstitucionalidade orgânica, pois a inconstitucionalidade decorre de vício de incompetência do órgão de que promana o ato normativo. Trata-se de uma das hipóteses da inconstitucionalidade formal.

Sendo assim, a simples conversão da medida provisória em lei não retira seus vícios de inconstitucionalidade ao tratar de matéria de competência vedada ao Poder Executivo, sendo descabida sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro.

3.11. A inconstitucionalidade material da lei da prisão temporária

A prisão temporária, como qualquer outra prisão cautelar, deve trazer consigo todas as características que a moldam ao rol de prisões cautelares. Com já foi aludido, deve apresentar o "fumus boni iuris" e o "periculum in mora", ou seja, o "fumus comissi delicti" e o "periculum libertatis".

Da maneira como tal instrumento legal vem sendo usado, não se pode considerar que estão sendo analisadas a necessidade para o cerceamento da liberdade do indiciado nem mesmo os indícios veementes de participação nos crimes narrados nas alíneas do inciso III do artigo inicial da lei em comento.

O Estado Democrático de Direito não pode aceitar que se lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é autor do delito. Neste sentido, e no desrespeito a outros princípios legais, é que encontramos a inconstitucionalidade material da lei 7.960/89, que regula a prisão temporária.

O art. 5º, LVII da Constituição Federal dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando o princípio da presunção de inocência, segundo o qual os efeitos da condenação criminal não poderão ser suportados pelo

[54] DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 3. ed. Rio de Janeiro: Edição Renovar, 1991.
[55] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

sujeito passivo da ação até que sua autoria seja comprovada e auferida sua culpabilidade. A juíza Simone Schreiber[56] preceitua que:

> "(...) o princípio da presunção da inocência, agora positivado, muito embora já fosse arrolado pela doutrina pátria dentre os princípios gerais que regiam o direito processual penal. A forma como está enunciado na constituição, entretanto, ensejou por si mesma alguns debates a respeito do seu alcance. Isso porque não se repetiu a fórmula consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional Francesa, em 26 de agosto de 1789, bem como pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969".

A magistrada estabelece ainda que tal dispositivo constitucional não estabelece uma idéia absolutista, versando:

> "(...) a presunção de inocência não afirma que todo o homem se presumirá inocente, até que seja condenado, mas sim que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em vista disso, não se estaria consagrando propriamente o princípio da presunção da inocência, mas sim o da desconsideração prévia da culpabilidade, de aplicação mais restrita".

Estando presentes os elementos probatórios razoáveis, que indiquem a autoria ou a participação do indiciado em um dos delitos elencados no art. 1°, inciso III da lei 7960/89, bem como, estando presentes os demais requisitos da medida cautelar, não há que se falar em incompatibilidade da prisão temporária com a presunção de inocência, desde que a restrição da liberdade atue em benefício da atividade desenvolvida no processo penal, conforme o julgado posto Silva Junior[57] faz o seguinte questionamento:

> "Mas que processo se ainda estamos em fase de investigação? Não estaria o homem sendo "coisificado" pelo Estado, quando este o trata como "objeto de investigação"?. Não seria atentar contra a dignidade humana prender para reunir provas de um suposto fato delituoso? Se a prisão é necessária na fase investigatória, que se pugne pela prisão preventiva e seus requisitos mais rigorosos. A malícia do legislador é de clareza solar quando dispõe no art. 2, & 7° desta odiosa lei que comentamos: "Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já

[56]SCHREIBER, Simone. O princípio da presunção de inocência. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7198>. Acesso em: 15 janeiro 2007.

[57]SILVA JÚNIOR, Antoniel Souza Ribeiro da. Prisão temporária: uma interpretação conforme a Constituição da República. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 311, 14 maio 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5199>. Acesso em: 15 de janeiro de 2008

> tiver sido decretada sua prisão preventiva" (grifei). Pesquisando a jurisprudência do STJ, verificamos que o julgamento de vários Hábeas corpus fora prejudicado, pois o título jurídico a legitimar a prisão já não era mais a prisão temporária e sim a preventiva".

O direito de ir e vir, de liberdade de locomoção do cidadão submetido aos ditames de um Estado Democrático de Direito, não pode ser limitado sem uma razão claramente palpável, formadora da opinião quanto à autoria e à materialidade dos delitos constantes no rol legal, devendo o indiciado gozar de todas as suas prerrogativas inerentes ao seu estado de inocência, pelo menos que transitório. Silva Junior[58] expõe mais uma vez esse entendimento:

> "A presunção de inocência opera ao mesmo tempo no processo penal como uma regra de juízo e como regra de tratamento: regra de juízo, porquanto os indícios de autoria ou participação haverão de ser fortes o suficiente a amparar a medida cautelar restritiva de liberdade (fumus boni iuris ou fumus comissi delicti). O juízo de valor positivo acerca da autoria do imputado deverá ser maior que o juízo negativo correspondente. Regra de tratamento, pois não perderá o detido suas garantias processuais penais, nem atenderá a restrição cautelar da liberdade a finalidades retributivas antecipando a pena. Tais limites infranqueáveis se impõem a todos, tanto ao poder executivo através da ação da Polícia judiciária quanto ao Poder Judiciário".

Bem, se a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, inciso LIV, prevê que: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, assim, a prisão temporária deve ser considerada inconstitucional, haja vista que, mesmo com a possibilidade de vistas do advogado do indiciado conforme reza o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, é pacífico que durante a fase de inquérito não há a incidência do contraditório, pois se trata de procedimento administrativo destinado à apuração da autoria de materialidade de infrações penais. Assim, na ausência de um processo, não há como se falar em devido processo legal por razões lógicas.

Silva Junior[59] diverge de tal entendimento, estabelecendo:

> "(...) entendimento não poderia ser tão simples quanto prima face parece, pois a mesma lei magna excepciona o mandamento quando cuida dos casos de prisão em flagrante ou por ordem de autoridade judiciária competente (art. 5º, inciso LXI). A privação da liberdade de forma provisória ainda no curso da *informatio delicti* também pode se afigurar legítima e constitucional, desde que encontre amparo nos interesses superiores da higidez da coletividade. Desde que encontre amparo no bem comum a ser preservado. Faz parte das restrições a direitos individuais que ao Estado é lícito adotar, quando sua finalidade primária é a tutela do interesse público. Desta forma compreende-se que havendo periculum libertatis, com risco efetivo de frustração da aquisição de provas causada pelo

[58] Idem ob. Cit.
[59] Idem, ob. Cit.

> suposto infrator, o direito de liberdade do cidadão deve ceder ao interesse punitivo do corpo social. Se este cidadão ameaçado em sua liberdade tem em seu desfavor elementos probatórios que o indique como provável autor ou partícipe daqueias infrações referidas no inciso III do art. 1º da lei 7960/89 (fumus comissi delicti), não havendo à disposição da autoridade outros meios de provas aptos a impulsionar as investigações, havendo recusa do imputado em fornecer elementos de sua identificação e residência, esta prisão, em tese, é constitucional. O pedido de prisão temporária deverá estar fundamentado e demonstrar da real necessidade da medida. Note-se que cogito da fundamentação do pedido e não exclusivamente do decreto prisional. Só o juiz criminal poderá decretar tal prisão. Não há afronta ao due process of law, em tese, por se tratar de exceção contemplada pela própria lei magna do país".

Com isso, percebe-se a incidência da inconstitucionalidade material da Lei 7.960/89 frente ao desrespeito aos princípios constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência, mesmo que tal dispositivo legal esteja sendo adotado regularmente pelos operadores do Direito.

CONCLUSÃO

A prisão em tese revela que serão punidos com detenção, os indivíduos, cujo resultado da apuração lhe aponte como vadio, ou havendo dúvida sobre sua identidade, ou então, não fornecer ou indicar elementos para esclarecê-la. Infelizmente a prisão é uma amarga, grave e imprescindível necessidade social.

Um tema que sempre despertou e sempre despertará profundos debates refere-se à admissibilidade da *prisão provisória* no processo penal - entendido esse termo, aqui, simplesmente como a prisão antes de condenação definitiva. Tem sido constante, principalmente nos últimos anos, um intenso embate entre um grupo que defende a limitação ao máximo da admissibilidade da prisão provisória (senão a sua própria extinção), e uma outra corrente que procura manter ou ampliar os seus contornos atuais.

O vocábulo *temporária* é imprópria para especificar a prisão. Todas as prisões cautelares são delimitadas no tempo. O termo constitui esconderijo da real finalidade da prisão: investigar.

Se inexistentes os elementos de convicção para decretação da prisão preventiva, constata-se que não há indício suficiente de autoria (art. 312 do CPP), mas mera suspeita, o que afasta qualquer abordagem sobre a concessão da liberdade provisória, violando o art. 5º, LXVI, da Constituição Federal de 1988, pois a liberdade provisória é o reverso da medalha da prisão preventiva. Só perderá a liberdade se presentes pelo menos as hipóteses da prisão preventiva. Só perderá a liberdade se presentes pelo menos as hipóteses da prisão preventiva e não outras com menos requisitos de deferimento.

A prisão temporária deve estar fundamentada no binômio *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Para a análise do cabimento da prisão temporária, dever-se-á atentar para a presença indispensável dos requisitos do inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89 e, ao depois, para a presença, alternada ou cumulativa, dos requisitos previstos nos incisos I e II do mesmo dispositivo legal.

Não ter o indiciado residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento da sua identidade (inciso II do art. 1º da Lei nº 7.960/89) constituir requisito para a supressão de sua

liberdade, fere o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF/88), pois não se pode fazer distinção entre as pessoas que têm ou não residência fixa. Além disso, ninguém está obrigado a ter residência fixa, nos termos do art. 5º, II, da Constituição Federal.

A prisão temporária só pode ser analisada quando vinculada à prática dos crimes enumerados, taxativamente, no inc. III do art. 1º. A lista dos crimes há de ser interpretada restritivamente, não comportando outras figuras típicas (afastada, também, a modalidade tentada, por ausência de previsão legal).

Fundadas razões não são indícios, pois se assim consideradas estaríamos no campo da prisão preventiva. A expressão *"fundadas razões"* constitui circunlóquio para substituir a expressão *fundada suspeita*.

É preciso que haja fundamentação do Ministério Público para solicitar à autoridade policial que proceda à prisão temporária do acusado (previsto no artigo III da Lei 7.960/89, sendo inclusive necessário que haja o *periculum libertais*.O representante do Ministério Público que não postule ou opine pelo indeferimento das representações de prisão temporária (e assim deve proceder) não está impedido, verificados os requisitos da prisão preventiva (art. 312, CPP), de oferecer a denúncia e requerer o encarceramento cautelar.

Para que um juiz possa decretar a prisão temporária é preciso estar munido de fundamentos concretos, conforme reza o artigo segundo § 2º da Lei 7960/89, inclusive expostas as razões pelas quais o indivíduo deverá ter sua liberdade cerceada, mesmo que provisoriamente, conforme mostra a decisão do Rel. Edson Vidigal RHC 11.992/RJ.

Amplamente conhecido o fato de que há prevalência da constituição sobre quaisquer outras demais normas que compõem o ordenamento jurídico. Assim instituiu a Constituição Federal, a Presunção de Inocência, mas permitiu a existência das medidas de restrição de liberdade em caráter excepcional.

Ocorre que existem interesses divergentes, o indivíduo que quer ver valer seu direito de não ser recolhido preso antes de sentença penal condenatória transitada em julgado e os da sociedade. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça assentou a súmula 09, que diz que a existência da prisão provisória não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência, inclusive para apelar. È certo que a prisão provisória vem apesar de sua inconstitucionalidade flagrante fincando cada dia mais raízes em nosso ordenamento jurídico.

O grande enigma da questão é que embora admitido pelo ordenamento jurídico o instituto vem sendo banalizado. A fundamentação deve consubstanciar-se em elementos objetivos e a prisão

restringir-se a atingir a sua finalidade. No entanto, a sua aplicação vem ocorrendo num "automatismo" jurídico, desconsiderando-se inclusive os elementos subjetivos, tais como os antecedentes criminais, residência fixa e etc. Não basta a previsão legal pura e simplesmente para a sua aplicação, mas principalmente a necessidade da utilização da medida. Não se pode remeter indivíduos ao cárcere fundamentando tal decisão sob o receio genérico de ofensa a ordem pública.

É mister que o risco seja iminente, que o cárcere seja a última opção e não adotado tal como hodiernamente por conveniência, comodismo ou o que é ainda pior, por incompetência.

As leis abarcadas neste trabalho têm a seu favor a presunção da constitucionalidade, apesar de que atos normativos só estarão realmente de acordo com a Constituição, quando estes não ferirem o que está constitucionalmente estabelecido. Ao contrário disso, com raras exceções, os tribunais submetem os "apontados", ainda inocente, considerando-se que este foi preso sob "indícios" à humilhação do cárcere e ao deleite do sensacionalismo do jornalismo.

Há, em casos desta natureza, a criação de pânico no seio da sociedade, quando – geralmente por parte da imprensa – uma mistura de preconceito, adicionado a todos os requisitos necessários para garantir o fundamento da "garantia da ordem pública". E conseqüentemente a privação da liberdade do cidadão, baseados em critérios puramente discricionários, escondidos sob o manto dos critérios aparentemente objetivos.

O fundamento para a prisão temporária, alicerçado simplesmente na "garantia da ordem pública" é muito pouco para que um cidadão, da qual ainda não foi provada sua culpabilidade, seja encarcerado. Não há uma amplitude ou um aprofundamento do que seja "garantia da ordem pública". São hipóteses, sem o devido estabelecimento dos critérios legais objetivos que possam rigidamente disciplinar a matéria.

A prisão temporária representa um alargamento abusivo da função repressiva estatal, e a Lei nº 7.960/89, há de ser ab-rogada.

Por fim, acrescenta-se que a prisão temporária, alicerçada no fundamento da garantia da ordem pública, da forma como hoje se encontra disciplinada, viola garantias constitucionais do cidadão.

Há, portanto, uma insuficiência do fundamento da "garantia da ordem pública", cabendo ao juiz, julgar ou não a suficiência de dados para decretação da prisão provisória. Seria mais fácil, mais justa e mais célere, se as leis concernentes fossem mais claras e mais objetivas. Se assim o fosse,

muitos cidadãos seriam poupados da humilhação de serem encarcerados sem culpa e não se demoraria tanto tempo para conclusão de inquéritos policiais, além, é claro de poupar o tempo dos julgadores.

Todo cidadão é inocente até que se prove o contrário, porém no CPP, da forma como está, todo cidadão é culpado até que ele mesmo prove o contrário.

BIBLIOGRAFIA

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal.* 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Código de Processo Penal.

Constituição Federal de 1988.

DWORKIN, Robert. *Levando os direitos a sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FILHO, FERNANDO DA Costa Tourinho. *Processo Penal.* 20 ed. Saraiva: São Paulo, 1998.

GOMES, Luiz Flavio. *Direito de apelar em liberdade.* Revista dos Tribunais, 2.ed.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. *A (des) razão da prisão provisória.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de1989 – Dispõe sobre prisão temporária – Disponível em: *www.planalto.gov.br*

Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990 – Dispõe sobre os crimes hediondos - Disponível em: *www.planalto.gov.br*

LINO, Bruno Teixeira. *Prisão temporária – Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

_____. *Código de Processo penal interpretado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1995.

NETO, Augusto Cavalheiro Augusto. A insuficiência da garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisão provisória. Disponível em: < http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5039> Acesso em: 25 set. 2006.

PORTAL UNIMONTE – CENTRO UNIVERSITÁRIO MONTE SERRAT. STJ manda soltar Suzane von Richthofen, 26 de maio de 2006. Disponível em: <http:www.unimonte.Br/comum/imprime/asp?matéria=4821> . Fonte: Redação Terra.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: < http://www.stj.gov.br > Acesso em: 25 set. 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: < http://www.stf.gov.br > Acesso em: 25 set. 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 23 ed., revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, v. III, 2001.