

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

MARISTELA ORTEGA HARTZ

A PRISÃO TEMPORÁRIA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Porto Alegre

2010

MARISTELA ORTEGA HARTZ

A PRISÃO TEMPORÁRIA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Trabalho de conclusão do curso de graduação
apresentado ao Departamento de Ciências Penais
da Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para
a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: prof. Danilo Knijnik

Porto Alegre
2010

MARISTELA ORTEGA HARTZ

A PRISÃO TEMPORÁRIA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Trabalho de conclusão do curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

.....
Danilo Knijnik

.....
Odone Sanguiné

.....
Humberto Jacques de Medeiros

Conceito:.....

Porto Alegre, 06 de dezembro de 2010.

Resumo

O presente trabalho apresenta a análise do princípio constitucional da presunção de inocência e o exame das prisões cautelares, demonstrando a impossibilidade teórica de coexistência entre tal princípio e as prisões que inexigem o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. O trabalho trata, em um primeiro momento, do princípio da presunção de inocência, narrando sua história, evolução e cuidando especialmente de suas dimensões no direito pátrio. Após, discorre sobre as prisões cautelares no sistema processual penal brasileiro, abordando, nesse ponto, com mais detalhamento, a prisão temporária. A realização da presente monografia exigiu pesquisa na melhor doutrina de direito penal e processual penal, bem como consulta a jurisprudência pátria sobre os temas aqui abordados. Disso, resultou a conclusão de que o princípio da presunção de inocência, se reconhecido em seu conceito mais amplo, implica a impossibilidade de aplicação das prisões cautelares, inclusive, pois, da prisão temporária, cuja lei, aliás, já sofreu duas contestações acerca de sua constitucionalidade por ações diretas junto ao Supremo Tribunal Federal, as quais foram apreciadas no trabalho. Diante de tal impossibilidade, a presente monografia apresenta medidas alternativas à decretação das medidas cautelares pessoais, na tentativa de propor soluções que visem a acabar com o desrespeito ao princípio constitucional da presunção de inocência no sistema processual penal brasileiro, cuja ocorrência, até então, não causa indignação suficiente no país, ao menos aparentemente, para que se passe a respeitá-lo.

Resumen

El presente trabajo presenta el análisis del principio constitucional de la presunción de inocencia y el examen de las prisiones cautelares, demostrando la imposibilidad teórica de coexistencia entre tal principio y las prisiones que no exigen el tránsito en juzgado de una sentencia penal condenatoria. El trabajo trata, en su primer momento, del principio de la presunción de inocencia, narrando su historia, evolución y cuidando especialmente de sus dimensiones nel derecho patrio. Luego, discurre acerca de las prisiones cautelares en el sistema procesal penal brasileño, abordando, neste punto, con más detallamento, la prisión temporaria. La realización de la presente monografía exigió pesquisa en la mejor doctrina de derecho penal e procesal penal, bien como consulta a la jurisprudencia patria sobre los temas abordados. Ha resuelto, de esto, la conclusión de que el principio de la presunción de inocencia, se reconocido en su concepto más amplio, implica la imposibilidad de aplicación de las prisiones cautelares, incluso, de la prisión temporaria, cuya ley, además, ya sufrió dos contestaciones acerca de su constitucionalidad por acciones directas junto al Supremo Tribunal Federal, las cuales fueron apreciadas en el trabajo. Delante tal imposibilidad, la presente monografía presenta medidas alternativas a la decretación de las medidas cautelares personales, con intento de proponer soluciones que visen a findar con la inobservancia del principio constitucional de la presunción de inocencia en el sistema procesal penal brasileño, cuya ocurrencia, hasta ahora, no causa indignación suficiente en el país, al menos aparentemente, a fin de que se pase a respectalo.

Sumário

Introdução.....	07
I - O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	
Capítulo 1	
1. Surgimento e evolução histórica do Princípio.....	08
1.1 Introdução.....	08
1.2 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 1789).....	12
1.3 O Princípio após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.....	15
1.4 Declaração Universal de Direitos Humanos (Paris, 1948).....	16
1.5 Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem (Roma, 1950).....	18
1.6 O Princípio após a Convenção Europeia de 1950.....	21
Capítulo 2	
2. Dimensões do Princípio no direito brasileiro e fundamentos constitucionais.....	25
2.1. Introdução.....	25
2.2. Como regra de tratamento do acusado.....	27
2.3. Como regra de juízo.....	32
2.4. Como regra especial de valoração probatória.....	35
II - DA PRISÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	
Capítulo 1	
1. Das medidas cautelares no processo penal.....	42
1.1. Introdução.....	42
1.2. Da Prisão Preventiva.....	45
1.3. Da Prisão em Flagrante.....	49
1.4. Da Prisão Preventiva Decorrente de Sentença de Pronúncia.....	54
1.5. Prisão Preventiva na sentença penal condenatória recorrível.....	58
1.6. Do poder de cautela do juiz penal.....	59
1.7. Pressupostos básicos de toda medida restritiva da liberdade.....	63

Capítulo 2

2. Da Prisão Temporária.....	67
2.1. Introdução.....	67
2.2. Lei 7.960.....	69
2.2.1. Procedimento.....	71
2.3. Momento de aplicação.....	71
2.4. Crimes aplicáveis.....	72
2.4.1. Tortura.....	74
2.4.2. Tráfico de Drogas.....	74
2.4.3. Terrorismo.....	76
2.5. Dos requisitos específicos para a decretação da Prisão Temporária.....	77
2.6. Prazo da medida.....	85
2.7. Diligências - Respeito à Dignidade da Pessoa Humana.....	90
2.8. Revogação da medida.....	91
2.9. Recursos cabíveis.....	93
2.10. Atual utilização do instituto.....	95

Capítulo 3

3. Inconstitucionalidade da Medida e possíveis alternativas às medidas penais violadoras da Presunção de Inocência.....	101
3.1. Introdução.....	101
3.2. Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra a Lei 7.960/89.....	103
3.3. Ausência de caráter cautelar da Medida: Possível/iminente banimento do instituto face à existência da Preventiva.....	109
3.4. Aplicação indevida de medida cautelar e presunção de inocência.....	116
3.5. Medidas alternativas à decretação das medidas cautelares pessoais.....	121
Conclusão.....	127
Referências Bibliográficas.....	129

Introdução

O objetivo central do presente trabalho é a análise do instituto da Prisão Temporária, uma das modalidades de prisão cautelar existentes no processo penal brasileiro, à luz do princípio constitucional da presunção de inocência do réu.

Afirma-se, com freqüência, a ausência de caráter cautelar da prisão temporária, concluindo-se que não mais deveria subsistir no estado brasileiro. Ademais, sabe-se que tramita na Suprema Corte deste país uma Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei nº 7.960/89 (Lei da Prisão Temporária), alegando, dentre outros motivos, a incompatibilidade de tal medida com o Estado Democrático de Direito, face à sua utilização única e exclusivamente na fase policial da persecução penal, sustentando-se, ainda, que seria a Prisão Temporária uma forma de se “prender, para somente depois investigar sobre a autoria de crimes graves”. Outra afirmação contrária ao instituto, tanto na doutrina quanto na jurisprudência nacionais, é a de que representaria o retorno da antiga “prisão para averiguações”, vigente no período da ditadura militar brasileira.

Com base em tais informações e ante à análise da evolução histórica do princípio da presunção de inocência e de suas dimensões no direito brasileiro, far-se-á um comparativo com a aplicação da prisão temporária e sua observação ou não aos direitos do preso, em especial, ao de ser tratado e visto como se inocente fosse, sem sofrer medidas antecipatórias de uma futura condenação penal.

Como pressuposto, ainda, necessário uma rápida análise das prisões cautelares existentes no processo penal brasileiro, quais sejam, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença de pronúncia e prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, bem como da sua aplicação pelos Tribunais nacionais.

Como finalização, sugerir-se-á algumas medidas alternativas à decretação das prisões cautelares, como meios de assegurar a eficiência da persecução penal do Estado, sem ferir os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, propiciando-lhe sempre o contraditório, as amplas formas de defesa e, como postulado maior de todo o direito penal e processual penal, a proteção e respeito a sua liberdade individual.

PARTE I

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Capítulo 1 - Surgimento e evolução histórica do Princípio

1.1 Introdução

Um dos primeiros registros para o estudo da presunção de inocência pode ser encontrado no capítulo do Juízo (Questão LX – 2ª parte da 2ª parte) da obra *Suma Teológica*¹ de Santo Tomás de Aquino, relacionado a dois enfoques, quais sejam, primeiro, o da suspeita, no artigo 3º, e, segundo, o da necessidade do julgamento de acordo com a lei, no artigo 5º. O tema relativo à garantia do princípio da presunção de inocência, era, pois, desde o princípio, a ilicitude de um julgamento baseado única e simplesmente em suspeitas acerca da imputação de um delito a um determinado indivíduo (Questão LX, artigo III)².

Partindo para a evolução histórica do princípio da presunção de inocência, a partir de sua inserção em textos legais, encontramos a sua origem na Idade Média, com a edição da Magna Carta inglesa de 1215, em meio à supremacia do Rei sobre os senhores feudais, ocasião em que fora reconhecido o direito de nenhum homem livre ser “apreendido, feito prisioneiro, posto fora da lei ou exilado nem de forma alguma arruinado”, nem mesmo ser mandado “a ninguém contra ele, exceto mediante o juízo de seus pares ou pela lei da terra”.³ O artigo 39 da Magna Carta, em crescente afirmação dos direitos humanos e da instituição do regime democrático de direito, trouxe o princípio da presunção de inocência à lume como essência do princípio do devido processo legal (*due process of law*), abrangendo o

¹ Obra escrita entre os anos de 1265 e 1273, que tratou de questões morais, religiosas e, principalmente, ligadas à justiça, com especial definição da importância da presunção de inocência, da jurisdição, do processo e de seu desenvolvimento.

² AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. 1265-1273 *apud* BENTO, Ricardo Alves. **Da Presunção de Inocência no Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 19

³ OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 56

contraditório, a ampla defesa e a proibição de provas ilícitas, estando aquele também presente na 14ª Emenda da Constituição norte-americana de 1866.⁴

Após esse momento, mais precisamente no ano de 1670, quando da publicação da Ordenação Francesa, fez-se novamente presente o princípio da presunção de inocência sob a forma de regra dispositiva do seguinte: “a absolvição por falta de prova da culpabilidade trazia consigo uma presunção de inocência do réu”.

Ao final do século XVIII, sob influências do período iluminista, o continente europeu passou a reagir ao então vigente processo penal de natureza inquisitória⁵, originado no direito romano-canônico, o qual, no século XII, possuía como uma de suas características a supremacia do poder estatal sobre a liberdade individual do cidadão, além da natureza absolutamente secreta dos atos processuais e da ausência de qualquer forma de contraditório. Desse modo, nesse período, vigorava, ao contrário, a presunção de culpabilidade do réu, e não havia qualquer proteção ao seu estado de inocência⁶.

Com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, primeiro texto legal de natureza constitucional em que se reconhece literalmente o direito de todo homem, e, na França, cidadão, à presunção de inocência⁷, incluiu-se na regra “todo o homem inocente”, e não apenas o absolvido⁸, amenizando significativamente o caráter inquisitivo do processo penal até então vigente.

Como observa Ana María Ovejero Puente, a França do final do século XVIII, em vésperas de revolução, era, desde o século XIV, fortemente tomada por uma vontade política de retirar o poder estatal das mãos do Rei, então monarca absoluto e detentor de despótico

⁴ BENTO, Ricardo Alves. **Da Presunção de Inocência no Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 28

⁵ Vale, aqui, referir o conceito de Tourinho Filho acerca do tema: “O processo de tipo inquisitório é a antítese do acusatório. Não há o contraditório, e por isso mesmo inexistem as regras da igualdade e liberdade processuais. As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas numa só pessoa: o Juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e, a final, profere a decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado a torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito. Nenhuma garantia se confere ao acusado. Este aparece em uma situação de tal subordinação que se transfigura e se transmuta em objeto do processo e não em sujeito de direito. Em: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 4. ed., rev., atualiz. e aument. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 30

⁶ BENTO, Ricardo Alves. **Da Presunção de Inocência no Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 31-32

⁷ OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 21

⁸ FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 16-17

poder divino. Juntamente a isso, buscava-se alargar as liberdades dos cidadãos. Unidas nesse intento, as classes burguesa e aristocrática lograram a proclamação da Assembléia Nacional Constituinte de 1789, que culminou com a abolição do Antigo Regime Absolutista. Assim, pode-se dizer que a reforma que se operou foi fruto, mais que de um plano político, das circunstâncias históricas do continente europeu, no final do século XVIII, dado que não houve uma liderança homogênea que desse propulsão à revolução.⁹

A Revolução Francesa cuidou, por assim dizer, mediante a luta das classes insatisfeitas com a concentração do poder, de transformar a sociedade estamental em uma sociedade de iguais, retirando os privilégios do Rei. Ficava a cargo da Assembléia Nacional Constituinte, pois, a tarefa de redigir um texto que concedesse *status* jurídico aos homens, agora cidadãos, livres e verdadeiros membros da sociedade. Com isso, primeiro, surge a Declaração e, por consequência e com base nela, a elaboração da Constituição e das leis francesas destinadas à tutela dos cidadãos.

Importante papel no surgimento do princípio com o seu atual escopo, sem dúvida, ocupa a obra de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, intitulada *Dos Delitos e das Penas*¹⁰, publicada no ano de 1764. Isso porque, como lembra Antonio Marques da Silva¹¹, tal obra revolucionou todo o sistema punitivo, que, à época, trazia o ônus da prova da culpabilidade penal ao imputado, e não ao Estado, como é o sistema vigente hoje, sem dizer que preponderavam a tortura e a prisão provisória. De cunho abolicionista, a obra influenciou marcadamente os pensadores da época, tais como Voltaire e Montesquieu, disseminando-se pelo continente europeu e culminando com a abolição, em 1780, pelo rei francês Luis XVI, do emprego da tortura como meio para a obtenção da confissão. Em 1788, por fim, dando origem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, veio a reforma de todo o regramento criminal, até então vigente.

Curioso lembrar que, inicialmente, o princípio da presunção de inocência não constava em nenhum dos projetos apresentados na Assembleia Constituinte, tendo sido incluído, como se verá com mais detalhes adiante, no texto da Declaração por um penalista pertencente ao

⁹ OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 25

¹⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: Lúcia Giudicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes. 1991. p. 34

¹¹ MARQUES DA SILVA, Antonio. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2001. p. 67

partido constitucionalista (conservador) chamado Adrien Duport, quando da discussão acerca do princípio da legalidade penal, este, sim, já constante no artigo 14 do projeto da Declaração, que, primeiramente, ocupou um parágrafo deste artigo 14, para, depois, constituir o atual artigo 9º da Declaração.¹²

Ainda quanto ao período final do século XVIII, vale referir que o primeiro texto francês que relacionou o princípio da presunção de inocência com as garantias do procedimento penal foi o Tratado de Pastoret, datado de 1790, o qual uniu as reivindicações reformistas do final do século XVIII à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, através de um texto propriamente jurídico.¹³

No ano de 1948, em meio a novas revoluções – pois após a Segunda Guerra Mundial, evento com consequências destruidoras à dignidade da pessoa humana – e à inadiável necessidade de mudanças nos princípios de processo penal dos ordenamentos de todo o mundo, proclamou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Nações Unidas, a qual, em seu artigo 11.1, ratificava o ideal da Revolução Francesa, dispondo que “toda pessoa acusada de delito tem o direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prove sua culpabilidade, de acordo com a lei, e em processo público, no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias para a sua defesa”. Como se vê, estavam aí também consagradas as garantias do contraditório e da ampla defesa, inerentes ao exercício das liberdades fundamentais.

Daí por diante, o princípio se fez presente na Convenção Européia dos Direitos do Homem (Roma, 1950); no Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos (Nova Iorque, 1966); e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969). Sem olvidar que é afirmada em diversas Cartas Políticas do mundo (dentre elas, a Convenção Européia de Direito Humanos, de 1990, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, de 2000) e, desde 1988, o Texto nacional também a incorporou entre os direitos e garantias individuais e coletivas.

Passemos à análise, pois, de como evoluiu o princípio da presunção de inocência ao longo de cada um desses períodos históricos.

¹² OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 26

¹³ OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 33

1.2 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 1789)

A reforma iniciada com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e transportada ao sistema repressivo francês e europeu, como um todo, o qual era extraordinariamente cruel e desumano, refletiu os pensamentos político-filosóficos revolucionários da época. Era a expressão de um desejo de ruptura com o poder arbitrário que, descontroladamente, “julgava, castigava, encarcerava e dispunha da vida, da propriedade e da liberdade dos súditos”¹⁴.

O Rei, supremo e absoluto, exercia o papel de juiz, sendo, também, a lei em si. Nas palavras de Ovejero Puente, o Rei é a Lei e, paradigmaticamente, o juiz da Lei. Os demais juízes não são senão “delegados”: oficiais criados para administrar um Direito que emanava diretamente do próprio Rei; um “funcionário” da Coroa, designado arbitrariamente pelo Rei e a quem o monarca ascende, transfere, suspende ou retira discricionariamente¹⁵.

Buscavam-se novas bases para fundamentar o Direito Penal, bases mais humanistas e iluminadas, por assim dizer, que lograssem reprimir os excessos do sistema vigente até o século XVIII. O processo penal de então, marcadamente inquisitorial, tinha como finalidade máxima a obtenção da confissão e de provas testemunhais mediante a prática regulada e institucionalizada da tortura¹⁶. Também a pena de morte vigorava nesse sistema, assim como cruéis métodos de execução, tais como enforcamento, decapitação, corte do corpo em pedaços, queima do corpo, dentre outros¹⁷. A pena era um castigo físico causador de dor e

¹⁴ OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 38

¹⁵ OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 24

¹⁶ OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 24

¹⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: Lúcia Giudicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes. 1991. p. 46

sofrimento, de modo que a estada na prisão não era considerada uma pena, senão o momento em que eram postos juntos os acusados ainda não julgados, os loucos, aqueles à espera da execução de sua sentença, dentro outros¹⁸. A detenção era um direito divino do Rei sobre a liberdade de seus súditos, sendo arbitrária e de duração ilimitada. Nesse contexto, vale lembrar que a influência e a intervenção religiosas eram tamanhas, que o delituoso confundia-se com o pecaminoso, transferindo-se essa visão também ao processo penal.

Ocorre que, muito embora as atuais garantias e princípios informadores do processo penal já habitassem o pensamento dos doutrinadores da época, tais idéias não chegavam ao plano dos fatos, ou seja, não eram aplicadas, ou mesmo, respeitadas pelos juízes e autoridades. Em suma, o processo estava baseado nos usos e costumes de cada região, as leis não eram gerais e determinantes, ao contrário, eram particularizadas, o rol de crimes era incerto, e o acusado ficava à mercê do maior ou menor conhecimento do magistrado acerca das leis a serem aplicadas ao caso.

O que fez Adrien Duport, penalista pertencente à ala conservadora da Assembleia Nacional, em meio a tamanho anseio social por mudanças, expondo o então quadro social, durante uma das reuniões da Assembleia Constituinte, foi elevar o princípio da presunção de inocência a direito autônomo, capaz de transformar o sistema penal da época, tornando-o mais humanitário e racional. Desse modo, propôs, inicialmente, a diferenciação entre os termos *acusado/imputado* e *culpado*, defendendo que cada um implicava consequências jurídicas diversas, devendo ser respeitada a liberdade dos cidadãos ainda não declarados culpados. Afirmava, para tanto, que o modo francês de castigar os acusados desde o momento de sua captura era um uso bárbaro e juridicamente inadequado, e que os meios de assegurar o castigo aos *acusados/imputados*, embora necessários, deveriam ser os mais benignos possíveis enquanto não se lhes condenassem, dado que não eram sanções, mas cautelas para assegurar uma sanção futura.¹⁹ Faziam-se necessárias, a partir desse contexto, precauções para proteger a figura do cidadão, inocente de investigações e condenações injustas, levando-se em consideração a possibilidade do erro, os princípios humanistas de presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, como ditames de um procedimento penal orientado aos fundamentos de um Estado Democrático de Direito. Seu projeto versava o seguinte:

¹⁸ OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 25

¹⁹ OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 35.

Dois princípios são a base: a igualdade das penas pelos mesmos delitos e a benignidade nos meios de assegurar aos culpados: Art. 1: A lei não pode estabelecer mais penas que aquelas que são estrita e evidentemente necessárias, e o culpado não pode ser preso senão em virtude de uma lei estabelecida anteriormente e aplicada de forma legal. Art. 2: Todo homem segue sendo inocente até que seja condenado; se se crê indispensável sua detenção, todo rigor que não seja necessário para o asseguramento de sua pessoa deverá ser severamente reprimido.²⁰

Assim, a proposta converteu-se no atual artigo 9^o²¹ da DDHC²², trazendo o princípio da presunção de inocência, não como um novo e desconhecido princípio, dado que desde Ulpiano “ninguém podia ser condenado por suspeitas, porque é melhor que se deixe impune o delito de um culpado que condenar um inocente”²³, mas dando a ele um novo sentido e relacionando-o aos demais direitos subjetivos e princípios constitucionais. Trata-se de uma nova concepção do princípio, em direção à defesa da liberdade pessoal do acusado, ainda não declarado culpado, no caso de medidas cautelares pessoais, segundo previa o artigo 4^o²⁴ da própria Declaração. A medida cautelar penal, a partir de então, deveria ser assecuratória, e não sancionatória, segundo Duport.

A presunção de inocência não foi consagrada na DDHC como aquele princípio jurídico, de conteúdo estritamente processual, que protegia ao indivíduo durante um juízo, mas que é um direito de conteúdo mais amplo, cuja verdadeira proteção parece alcançar justamente o momento anterior ao início do juízo, impedindo que o indivíduo/cidadão sofra

²⁰ OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 35

²¹ *Artigo 9º. Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo rigor desnecessário, empregado a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.*

²² Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

²³ Digesto. 48, 19.5. *apud* OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 36

²⁴ *Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.*

restrições a sua liberdade como se houvesse sido sancionado, quando ainda não há declaração firme de culpabilidade e portanto imposição da pena.²⁵

O direito à presunção de inocência de 1789 diz à proteção da liberdade pessoal enquanto bem jurídico, sem que se suceda, porém, a abolição do sistema repressivo vigente à época. Garantir-se-ia o desfrute do estado de inocência, reprimindo-se intromissões injustificadas do Poder Executivo na liberdade do indivíduo. Não era um direito do cidadão frente ao Poder Judiciário, dado que se entendia ser justamente a atuação do juiz o fato ensejador da garantia da liberdade e demais direitos do cidadão, traduzindo-se, assim, em um direito pré-processual, destinado a proteger o acusado/processado dos abusos do Poder do Rei. Esse direito continha, ainda, influências políticas formadoras dos direitos liberais e de princípios de configuração do Poder Judiciário.²⁶

1.3 O Princípio após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

Após a DDHC de 1789, proclama-se a chamada Nova Declaração, em 1793, de cunho ainda mais revolucionário e republicano, mas que, no entanto, manteve os direitos em matéria penal constantes da DDHC de 1789. O direito à presunção de inocência passa a integrar o artigo 13 da Nova Declaração, e não mais o artigo 9º.

Houve retrocesso durante o período napoleônico, dado que a Constituição de 1795 não reconheceu o direito à presunção de inocência, mas tão somente o direito de o detido não ser impedido do gozo de seus direitos, salvo no que for estritamente necessário.

No ano de 1812, é a vez de a Constituição espanhola agregar em seu texto o tema dos chamados Direitos do Homem.

²⁵ OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 37

²⁶ OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 53

A partir de 1848, época do final da era das revoluções e da queda definitiva do Antigo Regime, ascende a Revolução Socialista no continente europeu, numa época denominada “Primavera dos Povos”. As garantias processuais trazidas desde Beccaria, no entanto, permaneceriam apenas parcialmente nas constituições seguintes, como se depreende da redação do artigo 5º da Constituição Francesa de 1848²⁷, que trata da pena de morte e, portanto, admite-a. Desse modo, o reconhecimento das liberdades públicas legalizou-se, passando a não mais preencher os textos constitucionais e ficando a cargo do legislador ordinário o estabelecimento e regulação de tais garantias.

Até a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU, de 1948, a presunção de inocência não seria reconhecida em nenhuma outra declaração de direitos.

1.4 Declaração Universal de Direitos Humanos (Paris, 1948)

Como se viu nos tópicos anteriores, os princípios e garantias fundamentais não foram desde sempre universais. Até o século XX, viveu-se o auge dos nacionalismos, de modo que a defesa dos direitos humanos era responsabilidade dos diferentes Estados nacionais. Para melhor explicar o tratamento dado à presunção de inocência nesse período, vale lembrar Luigi Ferrajoli²⁸, ao mencionar que com o advento do fascismo, a presunção de inocência entrou francamente em crise, não houve mais freios ao uso e abuso da prisão preventiva e à sua aberta legitimação sem jogos de palavras ingênuas, como “medida de segurança processual, “necessária para a defesa social” e indispensável sempre que o delito tenha desencadeado “grave clamor público”.

A referida universalização iniciou-se, pois, somente após a Segunda Guerra Mundial, momento em que as ideologias que guiavam as grandes potências uniram-se contra o fascismo, a despeito de partirem de premissas diferentes, umas de vertente liberal individual,

²⁷ *Art. 5. A pena de morte para crimes políticos é abolida.*

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 444

outras, sócio-econômica coletiva, formando verdadeiras Nações Unidas. Isso permite, de certa forma, com a Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, em 1948, o desenvolvimento do Direito Internacional dos direitos humanos, que passa a integrar o Direito Internacional clássico.

A redação do artigo XI da Declaração Universal de Direitos Humanos assim dispõe:

Artigo XI

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Definitivamente, o princípio da presunção de inocência passa a ser associado ao direito à tutela jurisdicional, pela qual deva ser demonstrada a culpabilidade do acusado mediante procedimento público e legal, no qual lhe sejam oportunizados o contraditório e a plena possibilidade de defesa.²⁹

Assim também foi o escopo dado à presunção de inocência pela Constituição brasileira, conforme se verifica do texto dos incisos LIV, LV e LVII do art. 5º da Carta de 1988³⁰.

²⁹ BENTO, Ricardo Alves. **Da Presunção de Inocência no Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 42

³⁰ *Art. 5º (...): LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...)*

1.5 Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem (Roma, 1950)

A Convenção Europeia de Direitos Humanos cujo nome oficial é Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, foi promulgada em 1950 pelo Conselho da Europa e entrou em vigor em 1953. Com o fito de permitir verdadeiro controle jurisdicional do respeito aos direitos humanos, nesses incluído o princípio da presunção de inocência, em 1953, a Convenção instituiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (ou Corte Europeia de Direitos Humanos), bem como o Comitê de Ministros do Conselho da Europa.

O texto da Convenção faz menção direta à Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e em seu artigo 6º trata do direito à justiça equitativa, refletindo diretamente no princípio da presunção de inocência, *in verbis*:

Artigo 6.º

(Direito a um processo equitativo)

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;

b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;

c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;

d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;

e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

Antes de tudo, o postulado da presunção de inocência, na Convenção Européia, é um direito fundamental, de modo que enuncia tanto um princípio quanto um direito subjetivo, segundo a estrutura das normas proposta por Alexy cuja teoria afirma que os princípios estabelecem o que é devido, sendo, por isso, por ele denominados “mandados de otimização”, dado que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida de seu cumprimento não depende somente das possibilidades reais, mas também das jurídicas³¹. Dessa forma, a Convenção Européia trata a presunção de inocência como um valor, sendo critério informador do ordenamento punitivo material e formal. Reconhece-se, pois, o seu conteúdo constitucional e político de ordenação do poder.

Outra matiz que assume o princípio a partir da Convenção Européia de 1950 é o seu caráter prático e objetivo, ao ter como função proteger a todo homem de ser *tratado* como acusado, e não de ser meramente *considerado* acusado.

Por fim, é um princípio que se coloca frente a todos os poderes do Estado, ao mencionar os *agentes da administração pública*, incluindo nessa expressão todos os funcionários públicos que exerçam poder estatal em razão de seu cargo.

³¹ OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 255

A situação de especial proteção, segundo a Convenção, deve manter-se até o estabelecimento da culpabilidade do agente, ou seja, supõe-se não somente a prova da culpabilidade, mas também a declaração do juiz de estar a situação conforme regras jurídicas predeterminadas, incluindo o direito a uma prova de culpa e também o direito a um juízo específico para declarar a culpabilidade. De tal modo que, ainda que havendo prova de culpa, se o juízo não for válido, não se transporá a presunção de inocência, não sendo possível declarar o agente culpado.

O direito à presunção de inocência passa a ser aplicado toda vez que o interessado seja objeto de uma imputação estatal que o declare culpado de um fato, e não apenas no âmbito do processo judicial. E essa perspectiva pode ser justificada de duas maneiras: segundo um princípio interpretativo, pode-se dizer que a Convenção Européia tem por objetivo proteger os direitos não de forma teórica, mas de modo efetivo e concreto. Assim, se a presunção de inocência defendesse apenas o formalmente acusado, não se poderia definir como um direito do Homem, dado que já antes da acusação formal e, ainda, do processo em si, já é o homem afetado em seus direitos subjetivos, em sua honra, imagem, intimidade e liberdade pessoal. Para isso, pois, vale-se a presunção de inocência como direito efetivo do cidadão, ou seja, para a garantia e proteção do suposto infrator, antes mesmo de sua acusação formal. E mesmo nos casos de medidas cautelares pessoais permitidas como exceções ao direito de liberdade, restariam afetados pelo *ius puniendi* do Estado os demais direitos subjetivos do acusado, não fosse a atuação do princípio.

A segunda maneira de se justificar a perspectiva extra-processual dada à presunção de inocência pela Convenção Européia, traduz-se no imperativo da coerência. São os casos em que o processo judicial extingue-se sem uma declaração definitiva de culpabilidade, como, por exemplo, quando da ocorrência de alguma das exceções processuais, tais como falta de provas ou transação penal. A despeito disso, o inicialmente acusado da infração permanece lembrado por todos como suspeito/culpado, ainda que não tenha havido condenação. Dessa forma, é coerente exigir-se que a proteção dada pela presunção de inocência estenda-se para além do processo, como forma de proteção da honra e da liberdade do indivíduo não declarado culpado, mas apenas acusado de algum ato ilícito.³²

³² OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 258

Ademais disso, o princípio passa a ser efetivamente aplicado aos meios de comunicação de massa, assim como ao papel da imprensa na divulgação das informações acerca de investigações criminais. O que, de todo modo, não supõe a abstenção das autoridades em informar à população as investigações em curso, mas, sim, que há de ser a presunção de inocência o limite a ser respeitado pelo direito à informação e à liberdade de expressão, direitos estes que não permitem a emissão de todo e qualquer tipo de opinião, inclusive aquelas tendentes a difamar o cidadão ou a imputá-lo delitos, dado que feito por quem não tem poder para tanto (poder judicial). Há de ser, ainda, a proteção aos direitos fundamentais da pessoa, em especial o de não sofrer as consequências de uma declaração de culpabilidade antes da celebração de um juízo com todas as garantias constitucionais e com a devida intervenção judicial³³.

Assim, viu-se que a presunção de inocência, a partir da Convenção Europeia de 1950, parece ser mais uma garantia do princípio geral de liberdade e do princípio da dignidade humana, que uma garantia do próprio juízo penal, entendida a liberdade no seu sentido mais amplo, para além da liberdade de circulação e movimento, alcançando, por exemplo, a honra, a intimidade e a imagem da pessoa. Vejamos, agora, como se manifestou o princípio, após essa Convenção e até os dias atuais.

1.6 O princípio após a Convenção Europeia de 1950

O primeiro texto legal a confirmar o princípio da Presunção de Inocência após 1950 foi o Pacto Internacional sobre Direitos Civis, celebrado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 16 de dezembro de 1966, em Nova Iorque. Esse texto seria aprovado, no Brasil, somente em 12 de dezembro de 1991, pelo Decreto Legislativo n.º 266, o qual seria promulgado a 6 de julho de 1992 pelo então Presidente da República Fernando Collor de

³³ *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;*

Mello, através do Decreto n.º 592, cujo texto, especificamente sobre a presunção de inocência, versava o seguinte: “Toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Após, seguiu-se a aprovação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e vigente internacionalmente desde 18 de julho de 1978, no qual igualmente garantiu-se a presunção de inocência do acusado, no seu artigo 8º³⁴. O ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, somente incorporou o Pacto em 06 de novembro de 1992, quando o Congresso Nacional determinou o seu cumprimento através do Decreto Legislativo n.º 678. Nesse texto, foram acrescentadas algumas regras processuais penais, como a suspensão do prazo prescricional e do próprio processo quando, citado por edital, o acusado não comparecer, nem constituir advogado, disposição esta inserida no Código de Processo Penal brasileiro somente em 1996, através da Lei n.º 9.271, que modificou a redação do artigo 366 daquele diploma³⁵. Cumpre aqui referir, como bem observa Ricardo Alves Bento³⁶, que, a despeito de o princípio da presunção de inocência não constar expressamente nas Constituições brasileiras anteriores a 1988, seu postulado já vinha sendo aplicado como decorrência das garantias do contraditório, pelo qual não deveria haver qualquer vantagem à acusação, e da ampla defesa, que permitia ao imputado a produção de todo meio de prova tendente a demonstrar a improcedência da imputação, ambos já objetivamente presentes no ordenamento jurídico nacional de até então. Na Constituição de 1988, além de constar expressamente o princípio no inciso LVII, do art.

³⁴ *Art. 8, I - Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. II - Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas (...).* Em GOMES. Luiz Flávio; PIOVESAN. Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 401

³⁵ *Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.*

³⁶ BENTO, Ricardo Alves. **Da Presunção de Inocência no Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 46

5º³⁷, conferiu-se *status* constitucional às normas constantes de tratados internacionais ratificados pela República Brasileira³⁸, aplicável, no caso, ao comentado Pacto de São José da Costa Rica.

O próximo texto internacional a tratar do assunto das garantias individuais do acusado, em especial da presunção de inocência, seria a Convenção Europeia de Direitos Humanos, aprovada em 1990. Em seu artigo 5.1, alínea *a*, está disposto que “toda pessoa tem direito à liberdade e segurança e, como observância do devido processo legal, que ninguém poderá ter a sua liberdade privada, salvo se for preso em consequência de condenação por tribunal competente”, garantia que complementa o disposto no artigo 6.2 da Convenção, cuja redação estabelece que “qualquer pessoa acusada de uma infração é presumida inocente, enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”, contemplando expressamente a presunção de inocência.

O último diploma internacional a adotar o princípio da presunção de inocência, dentre outras garantias individuais, foi a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a 18 de dezembro de 2000, em Nice, mais precisamente em seu artigo 48, assim transcrito: “Artigo 48.º Presunção de inocência e direitos de defesa 1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa. 2. É garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa”³⁹. Dentre outros direitos fundamentais assegurados nesse

³⁷ Aqui, no entanto, certa parte da doutrina entende ter sido adotado não exatamente o princípio da presunção de inocência, mas o da não-culpabilidade ou estado de inocência, pelo qual, diz-se, ter menor abrangência do que aquele, por trabalhar com a ideia negativa da culpa do acusado, e não com a ideia positiva de sua inocência, havendo apenas uma *tendência* à inocência. Em MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed., rev. e atual. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini até 31 de dezembro de 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 23

³⁸ *Art. 5º (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

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

³⁹ Carta de direitos fundamentais da União Europeia. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 76

diploma, em defesa dos direitos humanos, encontra-se a vedação da tortura⁴⁰, prática esta expressamente proibida no Brasil desde a Constituição de 1988⁴¹.

A partir desse histórico e da análise da evolução do princípio da presunção de inocência, podemos explorar as dimensões objetivas que o princípio da presunção de inocência ocupa no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua aplicação pelos tribunais nacionais, em especial no caso de prisões cautelares (e, como objetivo maior do presente trabalho, da prisão temporária), e sua verdadeira eficácia na proteção das garantias individuais inerentes à condição do acusado da prática de um delito.

⁴⁰ *Artigo 4º Proibição de tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes – Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas desumanos ou degradantes.*

⁴¹ *Art. 5º (...): III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (...)*

Capítulo 2 - Dimensões do Princípio no direito brasileiro e fundamentos constitucionais

2.1 Introdução

Segundo Luiz Flávio Gomes⁴², a evolução constitucional da presunção de inocência, no país, sofreu a influência das Escolas Penais Italianas capitaneadas por Francesco Carrara. Daí a causa da dúbia redação constitucional dada ao princípio, com base nas idéias daquelas escolas, cujo ponto de partida foi a Escola Clássica, a qual teve como expoentes, dentre outros, Carmignani e, posteriormente, o próprio Carrara, os quais conceberam, fortemente influenciados pelo Iluminismo, o modelo liberal de processo penal, calcados no “dualismo” segundo o qual o processo existe para castigar o delinqüente, por um lado e, por outro, como princípio orientador e fundamentador de todo o processo penal, de modo que todos e cada um dos momentos do processo penal, bem como as regras que o disciplinam, têm seu fundamento na proteção da inocência, de tal forma que a violação a qualquer dessas regras significa objetivamente um ataque contra a própria presunção de inocência.

Fruto de histórica polêmica travada entre liberais e antiliberais, o princípio da presunção de inocência foi introduzido no texto constitucional brasileiro com a mesma redação dúbia do princípio no direito italiano. Daí porque a aparente neutralidade do texto constitucional brasileiro não consegue esconder (muito menos impedir) o manancial limitador e garantista que emerge do princípio da presunção de inocência⁴³. Nas explicações de Flavio Gomes⁴⁴:

Cuida-se de uma postura que vê o imputado numa situação “neutra”,
é dizer, nem é culpado, nem é inocente. É um imputado (ou indiciado).

[...]

⁴² GOMES. Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência**. Em: Revista dos Tribunais: São Paulo. São Paulo, n. 729, n. 85, julho de 1996, p. 378

⁴³ GOMES. Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência**. Em: Revista dos Tribunais: São Paulo. São Paulo, v. 729, n. 85, julho de 1996, p. 380

⁴⁴ GOMES. Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência**. Em: Revista dos Tribunais: São Paulo. São Paulo, v. 729, n. 85, julho de 1996, p. 380

Agora já sabemos porque nosso Constituinte evitou a utilização da locução “presunção de inocência”. Quis adotar uma postura “neutra”, asséptica, no que concerne à posição do acusado frente ao processo penal. Essa sua pretensão, no entanto, longe está do verdadeiro (e atualmente tríplice) significado processual que o princípio da presunção de inocência possui. A *mens legislatoris* não corresponde, sabemos, muitas vezes, ao texto escrito.

Assim, uma Constituição que tem dentre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana⁴⁵ e afirma a inviolabilidade da liberdade, exigindo fundamentos para a decretação da prisão, evidentemente, parte da premissa de que a liberdade individual, no processo penal, vem em primeiro lugar, de modo que, somente em casos excepcionais há de haver a privação ou restrição dessa liberdade.

Lembra Flávio Gomes⁴⁶, ainda, que a inserção do princípio no Texto Constitucional de 1988 representou um avanço extraordinário frente ao Código de Processo Penal então vigente, marcadamente autoritário e fascista, o qual fazia preponderar o dever do Estado em reprimir a delinqüência sobre as liberdades e garantias do indivíduo.

Podemos, assim, dizer que o princípio possui três dimensões no processo penal brasileiro, na busca de atender aos anseios de um Estado Democrático de Direito, em respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Tais dimensões, como ensina o douto mestre Odone Sanguine⁴⁷, são “exigências concretas em matéria de adoção de medidas cautelares” que a presunção de inocência impõe, enquanto direito fundamental vinculado à prisão provisória durante o processo penal, sendo assim divididas: enquanto regra de tratamento do acusado, pela qual deve ser este tratado, no curso do processo judicial penal, como se inocente fosse, não se admitindo a prática de atos restritivos de seus direitos fundamentais, dentre eles, qualquer medida tendente a antecipar uma futura pena por que

⁴⁵ *Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...)*

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência**. Em: Revista dos Tribunais: São Paulo. São Paulo, v. 729, n. 85, julho de 1996, p. 380

⁴⁷ SANGUINE, Odone. **Prisión provisional y derechos fundamentales**. 2003. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 432

venha a ser condenado; enquanto regra de valoração probatória, o que faz com que o réu não tenha o dever de provar a sua inocência, cabendo, sim, ao acusador a comprovação da culpabilidade, de modo que a dúvida a respeito dessa, aproveita-se em favor do réu, culminando com a sua absolvição (*in dubio pro reo*); enquanto regra de juízo, pela qual o juiz, ao decretar uma prisão provisória, deve estar convicto de ser o preso o responsável pelo delito, de modo que, a restrição a sua liberdade antes da sentença definitiva só deve ser admitida em casos excepcionalíssimos, de necessidade ou conveniência, devidamente fundamentados, segundo estabelece a lei processual penal⁴⁸.

Analisemos, pois, separadamente, cada uma das aplicações dadas à presunção de inocência pela doutrina e ordenamento jurídico brasileiros.

2.2 Como regra de tratamento do acusado

De acordo com essa dimensão do princípio da presunção de inocência, deve-se ter em consideração a vulnerabilidade do indivíduo face ao poder de punição (*ius puniendi*) do Estado, que possui, antes de tudo, o dever de exercer a punição dos infratores das normas jurídicas, em especial no caso do presente trabalho, das normas penais. Apesar disso, é de se observar, em todo procedimento judicial, o respeito a critérios constitucionais protetores dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, de modo a não os reduzir à condição de meros objetos de um processo judicial, mas, sim, de os tratar como verdadeiros sujeitos de direito. Segundo leciona Luiz Flávio Gomes⁴⁹, o acusado tem o direito de receber a devida consideração, o direito de ser tratado como não participante do fato imputado, sendo vedada qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos, etc. Cita como exemplos a inadequação em se manter o acusado em situação humilhante no banco dos réus, o uso de

⁴⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed., rev. e atual. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini até 31 de dezembro de 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 23-24

⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência**. Em: CUNHA, Rodrigo Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. **Limites constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 252

algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária e a exigência de se recolher à prisão para apelar⁵⁰. Refere, ainda, a impossibilidade de o civilmente identificado ser submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei, conforme preceito constitucional⁵¹, e a necessidade de haver sentença condenatória com trânsito em julgado para o lançamento do nome do réu no *rol dos culpados*, pelo que se impõe uma releitura do art. 393, inciso II, do Código de Processo Penal⁵², à luz da Constituição.

A despeito da existência dessa dimensão do princípio, como leciona o mestre Odone Sanguiné⁵³, “por sua própria natureza de *verdade interina e provisória*, a presunção de inocência não chega a evitar a prisão preventiva, que supõe um grave sacrifício para o suspeito presumido inocente com alto custo para sua liberdade pessoal (...)”. Nesse sentido, explica o professor Romeu Pires de Campos Barros⁵⁴ sobre a possível violação da presunção de inocência, quando da aplicação das medidas cautelares penais:

A identidade estrutural entre algumas das medidas cautelares e a pena, em especial a prisão preventiva, a imposição provisória das penas acessórias e medidas de segurança, embora com distinção funcional, levam a uma concepção de que permitindo-se essas restrições a direitos fundamentais do acusado, no curso do processo, afastam o princípio da presunção de inocência, admitido como orientação sistemática na Convenção Internacional do Direitos Humanos.

Assim, a presunção de inocência, enquanto regra de tratamento dispensado ao acusado, deve ser tida com ressalvas em nosso ordenamento, em especial ante à situação das medidas cautelares pessoais em contraste com a execução provisória de sentença, esta, porém,

⁵⁰ Nesse sentido também: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Significados da presunção de inocência**. Em: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 328-329

⁵¹ *Art. 5º (...): LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; (...)*

⁵² *Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: (...) II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.*

⁵³ SANGUINE, Odone. **Prisión provisional y derechos fundamentales**. 2003. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 433

⁵⁴ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 501

adiante-se, de aplicação vedada no ordenamento penal brasileiro, justamente face à presunção de inocência⁵⁵. Assim é a posição do Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende do seguinte julgado:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. WRIT IMPETRADO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU MEDIDA LIMINAR NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VERBETE QUE SÓ PODE SER FLEXIBILIZADO EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. RECURSOS E MEDIDAS COM CARÁTER MERAMENTE PROCRASTINATÓRIO. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. LIMINAR REVOGADA. I - Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de writ impetrado contra decisão que, em habeas corpus requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar. Incidência da Súmula 691 do STF. II - O pleito não pode ser conhecido, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal. III - **O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a execução provisória da pena, ausente a justificativa da segregação cautelar, fere o princípio da presunção de inocência (...)** (grifo nosso)⁵⁶.

Ao justificar as medidas cautelares, por outro lado, o Tribunal refere a necessidade de eficiência do Estado ao garantir a segurança da sociedade:

⁵⁵ Nesse sentido: “(...) excluir a possibilidade de qualquer tipo de “execução provisória” do julgado penal, pela evidente contradição com a presunção de inocência, especialmente diante das intromissões que o denominado tratamento penitenciário estabelece nas esferas mais íntimas da personalidade do sujeito” GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Significados da presunção de inocência**. Em: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 330

⁵⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 100346/SP**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 14.09.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01.11.2010.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE QUADRILHA. DENÚNCIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. PRECEDENTES STF. DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR IDÔNEO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES E RESIDÊNCIA FIXA NÃO IMPEDEM A PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA. (...) 4. Há substrato fático-probatório suficiente para o início e desenvolvimento da ação penal de forma legítima, afastando a alegação de ausência de justa causa, sendo certo que a efetiva participação do paciente na prática do delito merecerá análise muito mais detida por ocasião do julgamento do mérito da ação penal. (...) 6. Houve fundamentação idônea para decretação da custódia cautelar do paciente, já que, diante do conjunto probatório dos autos da ação penal, **a prisão se justifica para a garantia da ordem pública**, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 7. A decretação da prisão cautelar se baseou em fatos concretos, notadamente a periculosidade do paciente e dos demais denunciados, não só em razão da gravidade dos crimes perpetrados, mas também pelo modus operandi da quadrilha. 8. **Como já decidiu esta Corte, "a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos"** (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/06/2005). Nessa linha deve-se considerar o "perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação" (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/05/2007). 9. A "primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão lícita" são "circunstâncias que, por si sós, não afastam a possibilidade da preventiva". Precedentes. 10. Habeas corpus denegado.⁵⁷

Ademais, evidente se torna o reconhecimento da vulnerabilidade do acusado no âmbito do Direito Processual Penal brasileiro, na medida em que existem institutos recursais voltados exclusivamente àquele, como os embargos infringentes, por exemplo⁵⁸. Além disso,

⁵⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 98157/RJ. Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 05.10.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01.11.2010.

⁵⁸ BENTO, Ricardo Alves. **Da Presunção de Inocência no Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 134

a previsão da revisão criminal, por prazo indeterminado, ou seja, mesmo após o trânsito em julgado da decisão, conforme o disposto no art. 622, do Código de Processo Penal⁵⁹, também evidencia a dimensão de regra de tratamento da presunção de inocência no ordenamento nacional.

Por fim, a conhecida vedação constitucional à chamada *reformatio in pejus*⁶⁰, também prevista no Código de Processo Penal⁶¹, quando do julgamento de recursos ou da concessão de liberdade ao réu para recorrer, por exemplo, também demonstra o caráter material dado à presunção de inocência no ordenamento nacional. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO. SENTENÇA. EXECUÇÃO DA PENA CONDICIONADA AO TRÂNSITO EM JULGADO. APELAÇÃO EXCLUSIVA DO RÉU. TRIBUNAL A QUO. SANÇÃO. DETERMINAÇÃO. EXECUÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. **Diante dos princípios constitucionais do estado de inocência e devido processo legal e Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), não é possível executar provisoriamente a pena, exceto quando, v. g., os recursos interpostos não objetivem afastar - em qualquer aspecto - a sanção imposta; 2. Dispondo a sentença condenatória - transitada em julgado para a acusação - que o réu pode recorrer em liberdade, condicionando a execução da pena ao trânsito em julgado, não pode o Tribunal a quo, em apelação exclusiva da defesa, piorar a situação do condenado, para determinar a imediata execução da reprimenda, pois caracteriza *reformatio in pejus*; 3. Ainda que o Tribunal de 2º grau não esteja vinculado ao juízo de primeira instância, não está autorizado a reformá-lo, em qualquer de seus dispositivos, sem motivada fundamentação (art. 93, IX,**

⁵⁹ Art. 622. *A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após. (...)*

⁶⁰ Art. 5º (...): *XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; (...)*

⁶¹ Art. 617. *O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.*

CRFB); 4. Ordem concedida para determinar a suspensão da execução da pena até o trânsito em julgado. (grifo nosso)⁶²

Assim, passemos a analisar a presunção de inocência em sua segunda vertente, qual seja, como regra de juízo.

2.3 Como regra de juízo

Também chamada de garantia de jurisdicionalidade ou reserva de jurisdição em matéria penal⁶³, explica-se pelo fato de que se “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória” (art. 5º, LVII, CF), somente depois de um julgamento proferido por órgão judiciário regularmente instituído – e realizado com observância das regras do *devido processo* – será admissível a imposição de qualquer sanção punitiva. Em outras palavras, se nenhum crime pode ser considerado praticado e ninguém pode ser considerado culpado nem sujeito à pena antes de um julgamento regular, a jurisdição é a atividade necessária para que se possa obter a prova da culpabilidade⁶⁴. Assim, nesse âmbito, a presunção de inocência tutela a imunidade do cidadão não apenas contra punições determinadas por outras esferas de poder, mas garante que a culpa somente lhe será atribuída mediante um *processo regular*, ou seja, sob a direção dos órgãos judiciais do Estado⁶⁵. Apoiado em Luigi Ferrajoli, Gomes Filho refere ainda que a *jurisdicionalidade* possui dois sentidos, um, *lato*, pelo qual indica a necessidade de um julgamento, e outro, *stricto*, que se

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n° 34794/RJ*. Relator: Min. Paulo Medina. Julgado em 01.07.2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 01.11.2010

⁶³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Significados da presunção de inocência**. Em: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 323

⁶⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Significados da presunção de inocência**. Em: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 323

⁶⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Significados da presunção de inocência**. Em: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 323

desdobra nas exigências de haver acusação, prova e defesa, para haver declaração de culpabilidade⁶⁶.

Como bem lembra Ricardo Alves Bento⁶⁷, “a presunção de inocência não está para impedir a custódia do infrator, mas para reforçar os critérios para sua decretação, dentre eles, perigo à atividade processual ou policial, como medida extrema, subordinada a requisitos diretos de legalidade.”

Ainda assim, sobre a decretação de prisões provisórias, lembra-nos Gomes Filho⁶⁸ que “é necessário que o juiz realize uma efetiva cognição, ainda que sumária, superficial ou não exauriente sobre o direito afirmado pelo interessado no provimento, e, ao mesmo tempo, também constata a efetiva existência de um perigo para a incolumidade desse direito, em face da natural demora para a obtenção do provimento definitivo (...).”

Sobre este prisma, lembra Alves Bento⁶⁹ sobre o dualismo sempre presente no processo penal entre a necessidade de punir o delinqüente e a garantia de evitar que sejam castigados os inocentes, afirmando que, como possível solução a tal entrave, “a presunção de inocência aparece como **princípio orientador de todo o processo penal**, equiparado a um Direito Fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro” (grifo nosso). Asseverando ser necessária a conciliação entre a liberdade do acusado e o direito do Estado de decretar prisões cautelares, tendo por base “medidas alternativas de natureza provisória, que observem a dignidade da pessoa humana, posto que o processo penal deve servir mais à liberdade do réu do que à pretensão estatal de eventual sentença penal condenatória”⁷⁰.

Sobre esse mesmo dualismo, importante referir o que assevera Grinover⁷¹

⁶⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Significados da presunção de inocência**. Em: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 324

⁶⁷ BENTO, Ricardo Alves. **Da Presunção de Inocência no Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 152

⁶⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 219

⁶⁹ BENTO, Ricardo Alves. **Da Presunção de Inocência no Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 16

⁷⁰ BENTO, Ricardo Alves. **Da Presunção de Inocência no Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 17

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 28

A lei do processo é o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre direitos fundamentais e suas garantias. Segundo a teoria dualista da escola clássica, o processo penal tende a dois extremos: de um lado, o interesse público à repressão do crime e, de outro, o do indivíduo ao reconhecimento de sua inocência. A escola clássica não tentou conciliar este dualismo, mas antes o acentuou, fixando no reconhecimento desses dois interesses – e no prevalecimento do segundo – o princípio filosófico do processo penal, do qual derivava todo e qualquer corolário (presunção de inocência, método probatório em sua função garantia, princípio do contraditório etc.).

Assim também é como aplica o Princípio o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONHECIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO CONDICIONADO AO RECOLHIMENTO À PRISÃO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. 1. **Prevalecendo a interpretação mais substancial do princípio constitucional da presunção de inocência, tem-se que a regra é o direito de o réu apelar da sentença penal condenatória em liberdade**; a exceção, recolher-se à prisão. A custódia cautelar somente será decretada quando presentes seus pressupostos (art. 312, CPP), os quais deverão ser declinados pelo juiz sentenciante, fundamentando a medida extrema, o que não ocorreu na espécie. 2. Evidenciada de plano a existência de constrangimento ilegal em se exigir o recolhimento do réu ao cárcere como requisito de admissibilidade do seu recurso de apelação, diante da incompatibilidade do art. 595 do Código de Processo Penal com os princípios constitucionais da ampla defesa, do devido processo legal e do direito ao duplo grau de jurisdição. Precedentes dos Tribunais Superiores. 3. Ordem concedida para revogar a prisão cautelar do ora Paciente, se por outro

motivo não estiver preso, bem como para afastar a exigência de seu recolhimento à prisão como requisito de admissibilidade do apelo defensivo pela Corte a quo, julgando o recurso como entender de direito.⁷²

Como se vê, a presunção de inocência, enquanto regra de juízo, manifesta-se como uma emanção do princípio, também constitucional (por que diferente não poderia ser), do devido processo legal, em que asseguradas todas as garantias inerentes ao indivíduo submetido a processo judicial. E é em razão disso, também, que a presunção de inocência assume a sua terceira dimensão no processo penal brasileiro, qual seja, a de regra especial de valoração probatória, como passaremos a analisar a seguir.

2.4 Como regra especial de valoração probatória

Este aspecto processual da presunção de inocência justifica-se na necessidade de obtenção de uma prova *para além da dúvida razoável* para a condenação do imputado. Como explica Alves Bento, deve haver um paralelo com a dúvida razoável oriunda do Direito Inglês e do País de Gales (*reasonable doubt*), em que vige o sistema acusatório, observando a presunção de não-culpabilidade, para que a acusação somente prospere quando inexistir qualquer dúvida razoável a favor do acusado. É a dúvida que se coloca em relação ao fato questionado, de modo que “a pertinência da dúvida razoável após a produção da prova tem de atuar em sentido favorável ao arguido” (*in dubio pro reo*).⁷³

Por outro lado, é de se ter que não há prova que permita a obtenção de uma certeza absoluta, de modo que a presunção de inocência, enquanto regra especial de valoração probatória, que exige a obtenção de uma prova com um grau de certeza elevado, dever ser compreendida “dentro dos limites da natureza humana, do normal suceder dos acontecimentos

⁷² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 89.269/GO**. Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 11.03.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06.11.2010.

⁷³ BENTO, Ricardo Alves. **Da Presunção de Inocência no Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 183-184

e da sociedade de cada tempo”⁷⁴. Nesse sentido, afirma com ilustradas palavras o mestre Odone Sanguiné⁷⁵ que, “por seu caráter probatório, e não de verdadeira presunção em sentido técnico, o direito fundamental à presunção de inocência, desde a perspectiva da *teoria clássica das provas*, está conectado com a noção de probabilidade”.

Uma possível solução dada ao caso, segundo parte da doutrina, diria à aplicação da teoria dos princípios, na medida em que, no âmbito do processo penal, avulta-se “uma possível tensão entre um bem coletivo (o dever de eficiência persecutória) e um direito individual (a proteção da inocência), que deve ser colocada sob a forma de uma colisão de princípios”⁷⁶. Nessa medida, diz-se que o acusado não poderá sofrer as consequências da não-comprovação do fato a ele imputado, de modo que, mesmo que permaneça ele inerte com relação à produção da prova para a sua inocência, poderá ser absolvido, na hipótese de as provas nas quais se baseiem a imputação não serem suficientes para confirmar a tese acusatória. Daí a afirmação frequente de que a condenação penal deve ser precedida de uma mínima atividade probatória⁷⁷ a cargo do órgão acusador. Isso porque a atribuição de força à tese acusatória é fruto, não apenas do valor intrínseco a ela atribuído, mas também da ponderação entre os pesos das provas de acusação e de defesa.⁷⁸ Por outro lado, vale lembrar que a mencionada inércia do acusado também pode lhe trazer consequências negativas na medida em que, com isso, se desperdiça a oportunidade de enfraquecer a imputação que lhe é atribuída. Nas palavras de Paulo Márcio Canabarro Trois Neto⁷⁹, com apoio em Marina Gascón Abellán

⁷⁴ BENTO, Ricardo Alves. **Da Presunção de Inocência no Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 17 *apud* ALCOY, Pastor Francisco. **Prueba de indicios, credibilidad del acusado**. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanc, 2003, p. 147. Tradução do Autor

⁷⁵ SANGUINE, Odone. **Prisión provisional y derechos fundamentales**. 2003. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 431

⁷⁶ TROIS NETO, Paulo Márcio Canabarro. **Eficiência persecutória, proteção da inocência e a fixação judicial dos fatos no processo penal**. Em: HIROSE. Tadaaqui; BALTAZAR JUNIOR. José Paulo. **Curso Modular de Direito Processual Penal**. Florianópolis: Conceito Editorial, EMAGIS, 2010. p. 87

⁷⁷ Nota do Autor: “JAÉN VALLEJO, Manuel. “La presunción de inocencia”. *Revista de derecho penal y proceso penal*, Buenos Aires, 2004, fasc. 2, p. 356.”

⁷⁸ TROIS NETO, Paulo Márcio Canabarro. **Eficiência persecutória, proteção da inocência e a fixação judicial dos fatos no processo penal**. Em: HIROSE. Tadaaqui; BALTAZAR JUNIOR. José Paulo. **Curso Modular de Direito Processual Penal**. Florianópolis: Conceito Editorial, EMAGIS, 2010. pp. 87-89

⁷⁹ TROIS NETO, Paulo Márcio Canabarro. **Eficiência persecutória, proteção da inocência e a fixação judicial dos fatos no processo penal**. Em: HIROSE. Tadaaqui; BALTAZAR JUNIOR. José Paulo. **Curso Modular de Direito Processual Penal**. Florianópolis: Conceito Editorial, EMAGIS, 2010. p. 90

(...) se as provas incriminantes e corroborantes das incriminantes não tiverem força *prima facie* para determinar a condenação do réu, nenhuma atividade probatória pode ser requerida da defesa; mas se ditas provas tiverem força inicial suficiente para fazê-lo, caberá ao acusado, guiado pelo interesse em sua absolvição, produzir provas dirimentes, infirmantes das incriminantes e, eventualmente, corroborantes das dirimentes.

Em contraposição à liberdade fundamental do acusado está a eficiência da atividade persecutória do Estado, que não está afetada pela aplicação da presunção de inocência do imputado, quando da valoração da prova penal. Com efeito, ao recair o ônus da prova sob a acusação, assegura-se ao imputado o direito de se negar a produzir ou participar da produção de provas em seu desfavor, de modo que algumas proibições de provas fundadas na proteção contra a autoincriminação, como a inadmissibilidade de confissões obtidas mediante tortura, em vez de colidir com o princípio da eficiência persecutória, podem favorecer o seu alcance, pois, como afirma Trois Neto, com apoio em Forner, “ao mesmo tempo em que visa à proteção da personalidade do acusado, também se justifica para evitar a obtenção de uma verdade distorcida”.⁸⁰

Também Gomes Filho discorre sobre a patente relação da presunção de inocência com o direito ao silêncio do acusado, garantido constitucionalmente (art. 5º, inc. LXIII). Afirma o autor que as restrições dos artigos 186 e 198 do Código de Processo Penal⁸¹, quais sejam, respectivamente, referir-se somente ao *preso*, e não a toda e qualquer pessoa, e admitir a valoração do silêncio como elemento para a formação do convencimento do juiz, “devem ser tidas como *não recepcionadas* pelo texto constitucional”⁸², tendo em vista a garantia maior da

⁸⁰ TROIS NETO, Paulo Márcio Canabarro. **Eficiência persecutória, proteção da inocência e a fixação judicial dos fatos no processo penal**. Em: HIROSE. Tadaaqui; BALTAZAR JUNIOR. José Paulo. **Curso Modular de Direito Processual Penal**. Florianópolis: Conceito Editorial, EMAGIS, 2010. p. 91

⁸¹ *Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.*

Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

⁸² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Significados da presunção de inocência**. Em: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 327

presunção de inocência. Também Flávio Gomes⁸³ afirma a presunção de inocência como derivação da auto-incriminação, citando como exemplo o direito de o acusado não produzir nenhuma prova que envolva o seu corpo (exame de sangue, exame de urina, bafômetro etc.).

Fazendo-se um paralelo com o processo civil, diz-se que a valoração da prova e o convencimento do órgão judiciário, no processo penal, devem ocorrer de acordo com um modelo de compreensão que dê ao réu uma proteção maior que a conferida ao réu da ação não-penal. De fato, ao passo que na esfera cível a “mera preponderância de prova” pode ser suficiente para que a parte onerada desincumba-se do seu ônus probatório, na esfera penal, exige-se que o reconhecimento da culpabilidade do acusado ocorra sob um juízo de altíssima probabilidade, pelo qual a dúvida sobre o fato delituoso, ou mesmo sobre ocasionais circunstâncias excludentes, dirimentes ou eximentes, sempre favoreça o réu⁸⁴.

Assim, resta claro que a exigência de elevado grau de confirmação dos fatos apurados pelo órgão acusatório não afeta a eficiência da persecução penal do Estado, dado que esta diz respeito à eficiência dos meios pelos quais se busca a incriminação de um suposto culpado, e não à condenação em si, a qualquer custo. De modo que, restando qualquer tipo de dúvida acerca da plausibilidade da tese acusatória, ainda que ante a efetivação de todas as medidas possíveis para a busca da verdade, deve o acusado ser absolvido, pois “a ampliação dos riscos de condenação de inocentes em nada favoreceria a proteção penal dos direitos fundamentais”⁸⁵.

Tal dimensão probatória, cumpre referir, já era conferida ao princípio da presunção de inocência na Convenção Europeia de Direitos Humanos (Capítulo 1, item 1.5), de 1950, sendo assim reconhecida pelo Tribunal Europeu. Nas palavras de Ana Maria Ovejero Puente⁸⁶, coadunando-se com o afirmado acima acerca da proibição de autoincriminação:

⁸³ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência**. Em: CUNHA, Rodrigo Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. **Limites constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 259

⁸⁴ TROIS NETO, Paulo Márcio Canabarro. **Eficiência persecutória, proteção da inocência e a fixação judicial dos fatos no processo penal**. Em: HIROSE. Tadaaqui; BALTAZAR JUNIOR. José Paulo. **Curso Modular de Direito Processual Penal**. Florianópolis: Conceito Editorial, EMAGIS, 2010. p. 95

⁸⁵ TROIS NETO, Paulo Márcio Canabarro. **Eficiência persecutória, proteção da inocência e a fixação judicial dos fatos no processo penal**. Em: HIROSE. Tadaaqui; BALTAZAR JUNIOR. José Paulo. **Curso Modular de Direito Processual Penal**. Florianópolis: Conceito Editorial, EMAGIS, 2010. p. 96

⁸⁶ OVEJERO PUENTE, Ana María. **Constitución y derecho a la presunción de inocência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. pp. 264-265

A Comissão havia declarado desde os anos 60 dois princípios processuais como parte do conteúdo deste direito. Nos referimos ao princípio do ônus da prova e ao princípio *in dubio pro reo*. O primeiro supõe que há de ser a acusação quem prove a culpabilidade do processado, obtendo e aportando provas suficientes para fundamentar a condenação. Em relação com este princípio o TEDH (*Tribunal Europeu de Direitos Humanos*) considerou igualmente protegido pela Convenção o direito a não declarar contra si mesmo. Não obstante, apesar da estreita relação existente entre ambos, devemos recordar que este último é um direito reconhecido jurisprudencialmente graças a uma interpretação extensiva do direito ao juízo justo. Por isso, o TEDH o reconhece como conteúdo da garantia geral de equidade do 6.1, e não como conteúdo próprio do direito reconhecido no artigo 6.2.

O segundo princípio, diretamente relacionado com a presunção de inocência, supõe que, em caso de dúvida sobre a prova da culpabilidade, a dúvida deve beneficiar o acusado.

Ainda com relação à presença dessa dimensão do princípio na legislação internacional, Luiz Flávio Gomes⁸⁷ lembra da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no seu art. 8.2, bem como do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14), como já visto no presente trabalho (Capítulo 1, item 1.6). Sobre tais dispositivos, o citado autor afirma, ainda, que a palavra “culpa”, que aparece na Convenção Americana, no Pacto de São José da Costa Rica e também na Declaração Universal de Direitos Humanos, deve ser entendida no sentido de “culpabilidade” (não de culpa *stricto sensu*, que se esgota na negligência, imperícia ou imprudência), termo ao qual dá o significado de “atribuição culpável de um injusto penal, típico e antijurídico, ao seu autor”. Comprovar a culpa, nada mais é do que comprovar a responsabilidade do agente⁸⁸. A cláusula enquanto não se comprove “legalmente” a culpabilidade, contida no dispositivo da Convenção Americana, não se refere somente ao aspecto procedimental da colheita da prova,

⁸⁷ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência**. Em: CUNHA, Rodrigo Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. **Limites constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 253

⁸⁸ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência**. Em: CUNHA, Rodrigo Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. **Limites constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 253

mas, sobretudo, aos *meios* probatórios, os quais devem necessariamente estar previstos em lei⁸⁹.

Assim, a presunção de inocência do acusado de um delito subsiste, tal como declaram os dispositivos constitucionais e internacionais citados, até o momento da condenação definitiva. Se não há condenação sem um “mínimo de atividade probatória”, a única forma de se destruir a presunção consistirá na realização de uma atividade probatória “suficiente”, da qual deve se encarregar quem faz a acusação, por força do disposto no art. 156⁹⁰, do Código de Processo Penal brasileiro⁹¹.

Importante referir ainda, dado que de extrema relevância ao presente trabalho, o entendimento de Flávio Gomes sobre a necessidade de caráter judicial da prova no processo penal, em proteção à inocência do imputado. Tal regra vem expressamente disposta no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.2)⁹², dela podendo-se inferir quatro postulados⁹³. O primeiro deles diz ser prova válida somente a produzida perante o órgão jurisdicional competente, não sendo válida, portanto, pra fins jurídico-processuais, a prova produzida perante autoridade administrativa (incluída a policial); as provas da fase inquisitiva, ou seja, as produzidas em sede de inquérito policial, serviriam apenas para a formação da *opinio delicti* quando da propositura da ação penal, e não para fundamentar um juízo condenatório final, ressalvadas as provas documentais ou de natureza cautelar (croqui, fotografias e perícias, respectivamente). O segundo dos postulados que se pode inferir da “judicialidade” da prova penal diz ao direito de valoração judicial às provas produzidas por ambas as partes no processo. O terceiro postulado refere-se à regra do *in dubio pro reo*, pela qual, no momento de valorar as provas, o juiz deve ter em consideração a vulnerabilidade do

⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência**. Em: CUNHA, Rodrigo Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. **Limites constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 255-256

⁹⁰ *Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (...)*

⁹¹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência**. Em: CUNHA, Rodrigo Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. **Limites constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 254

⁹² *Art. 14.2 Toda pessoa acusada de uma infração penal deve ser considerada inocente até que sua culpa seja judicialmente comprovada.*

⁹³ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência**. Em: CUNHA, Rodrigo Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. **Limites constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 258

acusado, decidindo, sempre que restar dúvida quanto à culpabilidade do agente, em favor deste, absolvendo-o. O quarto e último postulado aplica o método do livre convencimento racional do juiz, o qual deverá valorar exclusivamente as provas produzidas nos autos, as quais sujeitaram-se ao contraditório de ambas as partes e a todas as garantias a elas inerentes.

Assim, com apoio nas palavras de Flávio Gomes⁹⁴, vemos que a atividade persecutória do Estado (representada pelo chamado Estado de Polícia) não pode se sobrepor ao Estado de Direito constitucional. O Direito penal do inimigo, o qual tem por base a violação desavergonhada dos direitos e garantias fundamentais, não deve substituir o Direito penal do cidadão, de modo que, todos mantendo-se na condição de cidadãos, assim deverão ser tratados, em qualquer que seja o momento da persecução penal. Daí, porque, no processo penal, em que envolvido o maior dos bens jurídicos, qual seja, a liberdade do acusado, exigir-se maior rigor na valoração dos elementos probatórios, os quais deve demonstrar, para além da dúvida razoável, que o imputado realmente cometeu uma infração penal, passível de condenação.

Vistas as três dimensões que o princípio da presunção de inocência alcança no processo penal brasileiro, passa-se à análise das prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico pátrio (com especial relevo à prisão temporária), medidas possivelmente, como se verá, violadoras do princípio, dado que de fácil aplicação indevida, ao lidar com bens jurídicos de imensurável valor, dentre eles, a liberdade do indivíduo.

⁹⁴ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência**. Em: CUNHA, Rodrigo Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. **Limites constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 259-261

PARTE II

DA PRISÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Capítulo 1 - Das medidas cautelares no processo penal

1.1 Introdução

Como ensina Barros⁹⁵, o processo cautelar é uma forma de tutela mediata, “cuja finalidade é assegurar um outro meio de tutela”, a qual, na cautelar processual penal, expressa-se na aplicação da pena definitiva, ao final do processo principal. Afirma o autor, com base em De Luca:

A formação de um processo cautelar, importa na antecipação do processo principal. Dele resultando uma cognição e uma execução cautelar, emanando um título executivo cautelar, que no plano estrutural, coloca-se na mesma posição do título executivo definitivo. Portanto, examinada a gênese do procedimento cautelar, verifica-se que tem ele a função de compor o conflito de interesse que surge entre o Estado e o imputado, na ordem da repartição do risco inerente a cautela.

No processo penal brasileiro, as medidas cautelares dividem-se em medidas cautelares pessoais, medidas cautelares reais ou patrimoniais e medidas cautelares processuais ou probatórias. As primeiras caracterizam-se por representar uma restrição à liberdade pessoal do acusado, como as prisões processuais, dentre elas, a prisão temporária, objeto do presente trabalho, a liberdade provisória, a fiança, etc. Já as medidas cautelares penais reais, previstas no Código de Processo Penal como “Medidas Assecuratórias” (arts. 125 a 144), impõem uma restrição ao patrimônio do imputado, tal como o arresto, o sequestro e a hipoteca legal. Como

⁹⁵ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 1

ensina Mirabete⁹⁶ acerca das medidas cautelares patrimoniais, “essas medidas assecuratórias têm a característica da *instrumentalidade*, pois destinam-se a evitar o prejuízo que adviria da demora na conclusão da ação penal (*periculum in mora*), garantindo, através da guarda judicial das coisas, o ressarcimento do prejuízo causado pelo delito”. Dentre as medidas cautelares probatórias, por fim, encontram-se a produção antecipada de provas (art. 156, do CPP), a busca e apreensão (arts. 240 a 250, do CPP), as interceptações telefônicas e ambientais, o afastamento de servidor público de suas funções (previsto na Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/1992), dentre outras.

No sistema processual penal brasileiro, constituem formas de prisão cautelar a *prisão em flagrante* (que, por sua natureza, dispensa ordem judicial prévia, embora não exclua a apreciação *a posteriori* de sua legalidade⁹⁷), a *prisão preventiva* (arts. 311 a 316 do CPP), a *prisão decorrente de pronúncia* (art. 413, § 3º, do CPP), a *prisão por sentença condenatória recorrível* (arts. 387, parágrafo único do CPP) e a *prisão temporária* (Lei 7.960, de 21.12.1989).

Com relação às prisões processuais, há que se referir a distinção entre o caráter dessas prisões e o das prisões penais, dado aquelas serem não-representativas do cumprimento da pena propriamente dita, mas apenas assecuratórias das finalidades do processo em si, em caso de eventual sentença condenatória⁹⁸.

Dado que para o estudo do presente trabalho, interessa-nos tão-somente as medidas cautelares de natureza pessoal, em especial, a prisão temporária, torna-se válido, também, traçar, antes de mais nada, um paralelo entre as prisões processuais e a presunção de inocência do acusado, como o faz Gomes Filho:

⁹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18. ed., rev. e atual. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini até 31 de dezembro de 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 230

⁹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 220

⁹⁸ Nesse sentido: “Também se faz distinção das espécies de prisão no direito brasileiro: a prisão-pena (penal) e a prisão sem pena (processual penal, civil, administrativa e disciplinar). A prisão penal, cuja finalidade manifesta é repressiva, é a que ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória em que se impôs pena privativa de liberdade. A prisão processual, também chamada de provisória, é a prisão cautelar, em sentido amplo, incluindo a prisão em flagrante (arts. 301 a 310), prisão preventiva (arts. 311 a 316), a prisão resultante de pronúncia (arts. 282 e 408, §1º), a prisão resultante de sentença penal condenatória (art. 393, I) e a prisão temporária (Lei 7.960, de 21-12-89)” MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18. ed., rev. e atual. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini até 31 de dezembro de 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 361

(...) a presunção de inocência como fundamento da garantia de liberdade do acusado no curso do processo importa na restrição do espaço concedido ao legislador para a fixação das hipóteses legais de prisão antes da condenação, de modo a evitar-se que sob o rótulo de uma exigência processual sejam legitimadas verdadeiras antecipações da punição.

[...]

Nessas situações, parece evidente que a prisão não é adotada no interesse do próprio processo, mas constitui uma disfarçada antecipação da punição, ditada por motivos de ordem substancial e que constituem muitas vezes resultado da maior atenção dada pela imprensa ao caso, o que pressupõe implicitamente o reconhecimento antecipado da culpabilidade, violando as garantias constitucionais.

Nesse sentido, o citado autor sustenta que apenas as prisões processuais (portanto, anteriores à sentença condenatória irrecorrível e não representativas da pena) que atendam a finalidades processuais, de natureza instrumental ou final, destinadas a assegurar a própria realização do processo ou os seus resultados, não ofendem, em tese, a garantia constitucional da presunção de inocência de manter o *status libertatis* do imputado, o que não dispensa, ressalta, a devida motivação do provimento concessivo da prisão, com a indicação dos pressupostos legais autorizadores da medida excepcional, segundo exigem os mandamentos constitucionais (Artigos 5º, inciso LX e 93, inciso IX, da Constituição Federal).⁹⁹

Importante também referir, nesse momento, a despeito do acima exposto, a redação dada à Súmula 9¹⁰⁰ do Superior Tribunal de Justiça, considerando admissível a imposição de prisão provisória, para apelar. Isso porque a própria Constituição, além de autorizar a prisão provisória nos casos de flagrante e crimes inafiançáveis (art. 5º, incisos LXI e LXIII), deixou ao legislador a faculdade de definir os casos em que cabível a liberdade provisória do

⁹⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Significados da presunção de inocência**. Em: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 331-332

¹⁰⁰ *STJ Súmula nº 9 - 06/09/1990 - DJ 12.09.1990 - Prisão Provisória - Apelação - Presunção de Inocência: A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.*

acusado, conforme o art. 5º, LXVI¹⁰¹. Ademais, a prisão provisória, de caráter excepcional, somente será admitida quando decretada com base no poder geral de cautela do juiz e desde que presentes os requisitos cautelares gerais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, os quais serão, a seguir, detidamente analisados.¹⁰²

Como pressuposto, faz-se necessária a análise, pois, de cada uma das modalidades de prisões processuais previstas no ordenamento jurídico pátrio.

1.2 Da Prisão Preventiva

Conforme o conceito de Fernando Capez¹⁰³, a prisão preventiva é a “prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores”.

Ainda, na opinião de Gomes Filho¹⁰⁴, a prisão preventiva é com certeza a mais importante, não só por sua maior abrangência, mas principalmente porque “seus fundamentos devem servir de pressuposto a todas as demais espécies de segregação cautelar do acusado”.

O cabimento da medida está previsto no art. 313 do Código de Processo Penal, que a restringe às hipóteses de crimes dolosos: como regra, aos punidos com reclusão (inciso I) e, como exceção, aos punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la (inciso II), ou se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado (inciso III). Ademais, e de acordo com o art. 312, poderá ser decretada como

¹⁰¹ Art. 5º (...): LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; (...)

¹⁰² CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 278

¹⁰³ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 277

¹⁰⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 220

garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.¹⁰⁵ Além disso, com a aprovação da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (“Lei Maria da Penha”), foi criada uma nova hipótese de cabimento da prisão preventiva, o que fez inserir o inciso IV no artigo 313, do Código de Processo Penal, com a seguinte redação: “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”. O conceito de *violência doméstica e familiar contra a mulher* encontra-se nos artigos 5º e 6º da referida Lei, bem como alguns exemplos de medidas protetivas de urgência estão dispostos no art. 22¹⁰⁶ da mesma Lei, o qual, diga-se, constitui rol meramente exemplificativo, conforme se depreende do disposto no parágrafo primeiro desse artigo.

Para a decretação da prisão preventiva, deve o juiz observar, basicamente, três condições: a) se a providência é admissível, diante da gravidade da infração, nos termos do citado art. 313; b) se existe uma *probabilidade* de condenação, pela constatação dos requisitos probatórios mínimos indicados pela lei – prova da existência do crime e indício suficiente de autoria –, que constituem o mencionado *fumus boni iuris* (art. 312, parte final); c) se ocorre, ainda, o perigo de que a liberdade do acusado possa comprometer a *ordem pública* ou a *ordem econômica*, prejudicar a regular realização da instrução do processo, ou frustrar a futura execução de uma pena que possa vir a ser imposta (art. 312, primeira parte)¹⁰⁷. Nesse

¹⁰⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 220

¹⁰⁶ **Art. 22.** *Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. § 1o As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público. (...)*

¹⁰⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 221

momento, não se exige prova plena, bastando meros indícios, por isso o uso do termo *probabilidade*, de modo que a dúvida, aqui, milita em favor da sociedade (*in dubio pro societate*)¹⁰⁸.

Com relação à garantia da ordem pública, a finalidade poderá ser impedir que o agente continue a delinquir ou garantir a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem elevado clamor popular. Em ambos os casos, o perigo social é evidente, de modo que os maus antecedentes ou a reincidência podem autorizar o provimento do decreto preventivo. O clamor popular, por sua vez, explica-se pela sensação de impunidade gerada pela brutalidade de certos delitos, de modo que não se mostra conveniente aguardar o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo.¹⁰⁹ Assim é o entendimento das Cortes Superiores, como se depreende do seguinte julgado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. (...) PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E REQUISITOS LEGAIS DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. DECRETO FUNDAMENTADO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PECULIARIDADES DO CASO. (...) III - In casu, o decreto prisional se encontra devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, sendo que a manutenção do paciente em liberdade acarretaria lesão à ordem pública, uma vez que o mesmo, supostamente, comanda organização criminosa com atuação nas áreas de jogo do bicho, exploração de máquinas caça-níqueis, corrupção ativa e crime contra a economia popular, de forma pública e com o conhecimentos de todos os habitantes da região. IV - Ademais, "é válido decreto de prisão preventiva para a garantia da ordem pública, se fundamentado no risco de reiteração da(s) conduta(s) delitiva(s) (HC 84.658)." (HC 85.248/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 15/06/2007). V - Observe-se que condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si só, garantirem ao paciente a revogação da prisão

¹⁰⁸ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 279

¹⁰⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 279

preventiva, se há nos autos, elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar (Precedentes). (...) Ordem denegada.¹¹⁰

A garantia da ordem econômica, por sua vez, foi introduzida no art. 312 do Código de Processo Penal pelo artigo 86¹¹¹, da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei Antitruste) e, segundo entendimento doutrinário, trata-se de uma repetição do requisito “garantia da ordem pública”¹¹².

O requisito da conveniência da instrução criminal visa impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos, etc. Evidente, assim, o *periculum in mora* pois não se chegará à verdade real se o réu permanecer solto até o final do processo¹¹³.

Como garantia da aplicação da lei penal, a fuga do acusado do distrito da culpa ou a inexistência de residência fixa daquele, devem ser aptas a configurar sério risco para a eficácia da futura decisão¹¹⁴.

A revogação da prisão preventiva poderá ocorrer, de acordo com o artigo 316 do Código de Processo Penal, se, no curso do processo, verificar-se a falta de motivos para que

¹¹⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 131.510/SC**. Rel. Min. FELIX FISCHER, julgado em 16.06.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 08.11.2010.

¹¹¹ *Art. 86. O art. 312 do Código de Processo Penal passa a vigorar com a seguinte redação:*

"Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria."

¹¹² CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 280. Nesse mesmo sentido, “(...) trata-se de uma espécie do gênero anterior, que é a garantia da ordem pública. Nesse caso, visa-se, com a decretação da prisão preventiva, impedir que o agente, causando de seríssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão do Estado, permaneça em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área. Equipara-se o criminoso do colarinho branco aos demais delinquentes comuns, o que é certo, na medida em que, o desfalque em uma instituição financeira pode gerar maior repercussão na vida das pessoas, do que um simples assalto contra um indivíduo qualquer. Assim, mantém-se o binômio *gravidade do delito + repercussão social*, de maneira a garantir que a sociedade fique tranquila pela atuação do Judiciário no combate à criminalidade invisível dos empresários e administradores de valores, especialmente os do setor público. (...)” NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 622-623

¹¹³ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 280

¹¹⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 280

subsista. Dessa decisão, bem como daquela que indeferir o pedido de prisão preventiva, caberá recurso em sentido estrito, conforme previsto no inciso V, do artigo 581 do Código de Processo Penal.

Ainda, a apresentação espontânea do acusado não impede a decretação da prisão preventiva, a exemplo do que ocorre no caso da prisão em flagrante (artigo 317¹¹⁵, do Código de Processo Penal)¹¹⁶.

1.3 Da Prisão em Flagrante

Com previsão constitucional no inciso LXI¹¹⁷, do art. 5º, a prisão em flagrante tem suas diversas modalidades reguladas nos artigos 301 a 310, do Código de Processo Penal.

Para sua definição, a doutrina costuma inferir o significado do termo *flagrante*, derivado dos termos em latim *flagrare* (queimar), *flagrans* e *flagrantis* (ardente, brilhante, resplandecente), mais precisamente traduzido em evidente, notório, visível, manifesto¹¹⁸.

Nas palavras de Capez¹¹⁹, a prisão em flagrante é a “medida restritiva, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção”. Aplica-se, pois, também às contravenções.

¹¹⁵ *Art. 317. A apresentação espontânea do acusado à autoridade não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei a autoriza.*

¹¹⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 283

¹¹⁷ *Art. 5º (...): LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (...)*

¹¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18. ed., rev. e atual. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini até 31 de dezembro de 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 374. Nesse mesmo sentido: CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 263

¹¹⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 263

Para Mirabete¹²⁰, “flagrante é uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, praticado, é o ilícito patente, irrecusável, (...) considerado a “certeza visual do crime””.

Há, conforme entendimento da doutrina, pelo menos, sete espécies de flagrante¹²¹. São elas: flagrante próprio (também chamado flagrante propriamente dito, real ou verdadeiro); flagrante impróprio (também chamado flagrante irreal ou quase-flagrante); flagrante presumido (também chamado flagrante ficto ou assimilado); flagrante preparado (também chamado flagrante provocado¹²²); flagrante esperado; flagrante prorrogado (também chamado flagrante retardado); flagrante forjado (também chamado flagrante fabricado, maquinado ou urdido).

Outra diferenciação que se faz com relação ao flagrante diz à espécie do crime na qual ocorre, se em crime habitual, crime permanente¹²³, crime continuado ou crime sujeito à ação penal privada¹²⁴. No entanto, dado não ser objeto específico do presente trabalho, trataremos da prisão em flagrante tão-somente em relação à classificação referida acima.

Flagrante próprio é o previsto nos incisos I e II do artigo 302 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

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

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

¹²⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18. ed., rev. e atual. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini até 31 de dezembro de 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 374

¹²¹ Nesse sentido: CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 264-267; MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18. ed., rev. e atual. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini até 31 de dezembro de 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 375-380

¹²² A essa espécie de flagrante, CAPEZ acrescenta ainda, como possíveis denominações: *delito de ensaio*, *delito de experiência* ou *delito putativo por obra do agente provocador*. CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265

¹²³ **Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.**

¹²⁴ Nesse sentido: CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 267-268; MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18. ed., rev. e atual. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini até 31 de dezembro de 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 378-379

[...]

Em relação ao segundo inciso, no entanto, a expressão deve ser interpretada restritivamente, de modo a configurar uma “absoluta imediatidade”, devendo o agente ser encontrado imediatamente após o cometimento do delito¹²⁵. Ainda, segundo Mirabete¹²⁶, nessa espécie, a lei equiparou a situação do agente que ainda está a cometer os atos executivos do crime e a daquele que já os esgotou, portanto, já tendo causado o resultado jurídico do crime (qual seja, morte, lesões corporais, dano material, etc.) e estando ainda no local do fato em situação indicativa de que cometeu o delito (portando a arma homicida, com manchas de sangue na roupa, etc.).

O flagrante impróprio, previsto no inciso III do artigo 302 do Código de Processo Penal¹²⁷, denota um intervalo de tempo maior entre a prática do crime, a apuração dos fatos e o início da perseguição. Assim, a expressão “logo após” compreende “todo o espaço de tempo necessário para a polícia chegar ao local, colher as provas elucidadoras da ocorrência do delito e dar início à perseguição do autor.¹²⁸ Nesse sentido, sustenta a doutrina não haver fundamento o entendimento popular de que seria de vinte e quatro horas o prazo entre o cometimento do fato e a prisão em flagrante do seu autor, dado que, “no caso do flagrante impróprio, a perseguição pode levar até dias, desde que ininterrupta”¹²⁹; apesar disso, há posição que sustente a viabilidade de um prazo exíguo, uma vez que quanto maior o tempo transcorrido, mais difícil se torna a caracterização da continuidade¹³⁰.

¹²⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 264

¹²⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18. ed., rev. e atual. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini até 31 de dezembro de 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 375

¹²⁷ *Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: (...) III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; (...)*

¹²⁸ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 264

¹²⁹ Nesse sentido: CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 264; MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18. ed., rev. e atual. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini até 31 de dezembro de 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 376; GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255

¹³⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255

No que toca ao flagrante presumido, previsto no inciso IV do artigo 302¹³¹ do Código de Processo Penal, diz-se não ser necessário haver perseguição ao agente do crime, bastando que seja este encontrado logo após a prática do crime em situação suspeita. Nas palavras de Mirabete¹³², “nada mais se exige do que estar o presumível delinqüente na posse de coisas que o indigitem como autor de um delito acabado de cometer”. Quanto à expressão “logo depois”, a posição dominante da doutrina é a de que admite um maior lapso de tempo do que a expressão “logo após”, esta caracterizadora do flagrante impróprio, permitindo estender o prazo a várias horas ou até o dia seguinte, dependendo do caso¹³³.

No flagrante preparado, há um agente provocador (polícia ou terceiro), que induz o autor à prática do crime, viciando a sua vontade, para, em seguida, o deter em flagrante. Uma vez que, aqui, não há espontaneidade na vontade do infrator em cometer o ilícito, considera-se a conduta atípica, sendo essa a pacífica posição do Supremo Tribunal Federal, consubstanciada na Súmula 145, *in verbis*:

Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

Já no flagrante esperado, o agente provocador apenas aguarda o momento da ocorrência do crime, sem praticar qualquer ato que induza ou instigue o autor a cometer o delito. Nesse caso, ao contrário do flagrante preparado, não há que se falar em atipicidade de conduta ou mesmo crime impossível. Assim é o entendimento pacífico, tanto do Superior Tribunal de Justiça, como da Suprema Corte brasileira¹³⁴.

¹³¹ *Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: (...) IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.*

¹³² MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18. ed., rev. e atual. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini até 31 de dezembro de 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 377

¹³³ Nesse sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18. ed., rev. e atual. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini até 31 de dezembro de 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 377; CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265; RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 767

¹³⁴ Nesse sentido: “EXTORSÃO. TENTATIVA CONFIGURADA. - NA APLICAÇÃO DA SÚMULA 145 E INDISPENSÁVEL DISTINGUIR A HIPÓTESE EM QUE A AÇÃO É EMPREENHIDA POR OBRA DO AGENTE PROVOCADOR, DAQUELA EM QUE A AUTORIDADE, INFORMADA DO PROPOSITO INDICIADO, A ESTE DA APENAS O ENSEJO DE AGIR, TOMANDO AS DEVIDAS CAUTELAS. NESTA HIPÓTESE NÃO É ADMISSÍVEL FALAR-SE EM CRIME PUTATIVO. "HABEAS CORPUS" INDEFERIDO.” Em: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 58.219/SP**. Rel. Min. SOARES MUNOZ, julgado em 31.10.1980. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08.11.2010.

A Lei 9.034/95, no inciso II, do seu artigo 2º¹³⁵, prevê ainda o flagrante prorrogado, pela Lei denominado “ação controlada”, quando se retarda a interdição policial à ação perpetrada, única e exclusivamente, pela chamadas organizações criminosas ou a ela vinculada, mas sempre se mantendo a ação sob observação, para que o flagrante se concretize no momento mais oportuno e eficaz em relação à obtenção de provas e demais informações da prática do crime. Atua, evidentemente, a discricionariedade do agente policial, para decidir o momento em que efetuará a prisão em flagrante do criminoso¹³⁶.

A última espécie de flagrante que trataremos no presente trabalho é o chamado flagrante forjado, que ocorre quando o agente provocador (policial ou terceiro) cria provas para um crime que sequer existiu. Obviamente, nesse caso, não há crime. Além disso, constatado o flagrante forjado, responderá o agente provocador por crime de abuso de autoridade¹³⁷.

Cumpra, ainda, a respeito da prisão em flagrante, referir o que entende a doutrina acerca do controle jurisdicional de tal medida, dado que, inicialmente, não se faz necessário determinação judicial para a sua efetivação. Nesse sentido, anota Gomes Filho¹³⁸:

Dentre as diversas modalidades de prisão de natureza cautelar, a única a que a Constituição dispensa a ordem previa de autoridade judiciária competente é a decorrente do *flagrante*. É que nesse caso a própria visibilidade da infração penal e a situação de especial urgência na efetivação da apreensão de seu autor justificam, excepcionalmente, a dispensa de uma cognição judicial antecipada sobre os pressupostos da custódia.

Isso não significa, entretanto, que tal cognição seja desnecessária, pois o próprio constituinte estabeleceu a obrigatoriedade da comunicação

¹³⁵ *Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações; (...)*

¹³⁶ Nesse sentido: CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 266

¹³⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 267

¹³⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 226-227

imediata da prisão em flagrante à autoridade judiciária competente (art. 5º, LXII, da CF), acrescentando peremptoriamente que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (art. 5º, LVX) e, ainda, que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5º, LXVI).

Assim, recebida a comunicação sobre a prisão em flagrante, incumbe ao juiz competente verificar não apenas os aspectos relacionados à sua *legalidade*, constatando a *tipicidade* do fato que a ensejou, a ocorrência de uma das situações em que a lei considera haver *flagrante* (art. 302), bem como o atendimento das diversas formalidades estabelecidas pelo legislador para a validade do ato (especialmente os arts. 304 a 306 do CPP), mas também a *necessidade* da manutenção da custódia, pois, em caso contrário, deve ser concedida ao preso liberdade provisória, com ou sem fiança.

Em outras palavras, entende-se que a inversão na ordem natural dos atos relacionados à privação da liberdade do indivíduo, como ocorre no caso excepcional da prisão em flagrante, não dispensa a cognição judicial, ainda que em momento posterior, a qual “deve ser tão completa e aprofundada quanto aquela realizada quando o juiz decide ordenar uma prisão”¹³⁹.

1.4 Da Prisão Preventiva Decorrente de Sentença de Pronúncia

Essa modalidade de prisão encontra-se capitulada na parte do Código de Processo Penal que trata dos crimes de competência do Tribunal do Júri. Antes da alteração legislativa promovida pela mini-reforma do Código de Processo Penal, em 2008, a prisão do réu era efeito automático da decisão de pronúncia. Contudo, a Lei 11.689/08, ao alterar a redação do artigo 413, §3º, conferiu ao juiz a faculdade de, ao proferir a decisão de pronúncia, decidir

¹³⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 227

pela necessidade ou não de se decretar a prisão preventiva, tratando a prisão, portanto, em tais casos, não como um efeito da decisão de pronúncia, mas sim como prisão preventiva.

Por oportuno, transcrever a redação de referido artigo:

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

[...]

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

Com a novel redação dada ao mencionado artigo, pode-se dizer que a prisão decorrente de pronúncia deixou de existir, sendo ela substituída, quando for necessário, pela prisão preventiva. Nessa linha de pensamento, é o ensinamento do doutrinador Paulo Rangel¹⁴⁰:

Ao prolatar a decisão de pronúncia, o juiz verifica se estão presentes os motivos que ensejam a prisão preventiva independentemente de ser o réu primário e de bons antecedentes, muito menos, como gostam alguns advogados, ter o réu domicílio certo. Nada disso impede a prisão preventiva se estiverem presentes os motivos que a autorizam. Em caso negativo, deixa de decretar a prisão do pronunciado. Em caso positivo, decreta a prisão preventiva no corpo da pronúncia, mesmo sendo o réu primário, tendo bons antecedentes e tendo domicílio certo.

Estando o réu preso preventivamente, o juiz, ao prolatar a decisão de pronúncia, verifica se persistem os motivos que autorizaram sua prisão. Em caso negativo, revoga a prisão preventiva (cf. art. 316 do CPP). Em caso

¹⁴⁰ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 731

positivo, mesmo sendo primário, de bons antecedentes e tendo domicílio certo, mantém o réu preso preventivamente.

[...]

A prisão em decorrência da decisão de pronúncia desaparece no do ordenamento jurídico. O juiz terá que levar em consideração os requisitos da prisão preventiva.

Importa dizer, ainda, que, mesmo antes da modificação legislativa de 2008, a jurisprudência não aplicava a prisão decorrente da decisão de pronúncia na forma em que prevista pela legislação então vigente – posição essa da qual não divergia a melhor doutrina. Sobre tal situação, transcrevo o histórico da prisão decorrente da decisão de pronúncia (e, também, daquela decorrente da sentença condenatória recorrível) muito bem traçado pelo ilustre jurista Antonio Magalhães Gomes Filho¹⁴¹:

No sistema original do Código de Processo Penal, tanto a pronúncia como a sentença condenatória de primeiro grau, mesmo recorrível, importavam necessariamente na prisão do acusado, sendo esta inclusive requisito para o recebimento da apelação (arts. 408, §1º, 393, I, e 594). Com a edição da Lei 5.941, de 1973, essas rigorosas consequências foram abrandadas, com a previsão de que o réu *primário e de bons antecedentes* poderia aguardar o julgamento pelo júri ou o processamento e julgamento da apelação em liberdade.

Estabeleceu-se, assim, uma duplicidade de fundamentos para o encarceramento antes da decisão final transitar em julgado: antes da pronúncia ou da sentença de primeiro grau, a cognição cautelar refere-se ao *periculum libertatis*; no momento das referidas decisões, deve o juiz proceder ao exame de outros pressupostos, agora voltado à constatação de dados relativos à personalidade do acusado.

A incoerência do legislador nesse aspecto é evidente e não passou despercebida pela jurisprudência, ao constatar-se o verdadeiro contrasenso de manter o réu primário e de bons antecedentes preso durante a instrução,

¹⁴¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 227-229

porque necessária a prisão, e soltá-lo depois de pronunciado ou condenado por sentença recorrível, diante dos mencionados requisitos pessoais; assim, passou-se a entender que a prisão anterior deveria subsistir.

Mas, de outro lado, também a orientação jurisprudencial que se consolidou não foi coerente: salvo com algumas poucas exceções, entendia-se que o inverso não era admissível; assim, mesmo não tendo sido cogitada a prisão durante a instrução, bastava qualquer registro sobre antecedentes para que fosse impedido ao réu aguardar em liberdade o julgamento pelo júri ou o processamento do recurso.

Essa incoerência ficou ainda mais evidente a partir da Constituição de 1988, com a inclusão em seu texto da garantia da presunção de inocência (ou de não-culpabilidade) do acusado *até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* (art. 5º, LVII), e também com a edição da Lei 8.072, de 1990, que, mesmo estabelecendo regras mais rigorosas para o processo dos denominados *crimes hediondos*, previu a possibilidade do recurso em liberdade, desde que assim decidisse o juiz *fundamentadamente* (art. 2º, §2º).

Além do mais, com a incorporação ao nosso ordenamento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, em cujo texto é expressamente incluído o direito do acusado de recorrer da sentença, a exigência do recolhimento à prisão para o exercício dessa garantia processual tornou-se inconcebível, desde que não demonstrada a *necessidade* da cautela.

Assim, diante das apontadas regras e, em especial, à luz do que determina o art. 93, IX, da Constituição, não é possível aceitar que as prisões decorrentes de pronúncia ou de sentença recorrível dispensem uma adequada fundamentação em que se demonstre a presença do *periculum libertatis*. (...)

É conveniente observar, no entanto, que nesses casos é ociosa a fundamentação relativa ao *fumus boni iuris*, até porque este também constitui pressuposto da pronúncia e, quanto à sentença recorrível, mais do que uma simples probabilidade, já existe uma constatação judicial de *certeza* sobre o fato e a autoria, indispensáveis à prolação do próprio decreto condenatório.

Dessa maneira, com a mini-reforma do CPP, efetuada no ano de 2008, a prisão automática em decorrência da decisão de pronúncia, antes “letra morta da lei”, desaparece, definitivamente, do texto legal.

1.5 Prisão Preventiva na sentença penal condenatória recorrível

Semelhantemente ao que ocorreu com a prisão decorrente da decisão de pronúncia, a legislação acerca da prisão nos casos de sentença penal condenatória recorrível foi alterada no ano de 2008. Como visto acima, a Lei Processual Penal brasileira antes trazia como “regra” a prisão do réu condenado por sentença penal recorrível. Tal situação prevista em lei, também como já visto, não era bem aceita pela doutrina e jurisprudência, de modo que a modificação legislativa sobre o tema era algo imperioso. Em 2008, com a Lei 11.719, foi dada nova redação para o art. 387, parágrafo único, e foi revogado o art. 594, ambos artigos do CPP, acarretando uma inovação na sistemática do Código.

Cumprе transcrever o parágrafo único do art. 387 do CPP:

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

[...]

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

Cabe ressaltar que, mesmo com a permanência do art. 393, I, no Diploma de Processo Penal¹⁴², a prisão não pode mais ser vista como consequência da sentença condenatória recorrível. Isso porque o direito deve ser analisado harmônica e principiologicamente e,

¹⁴² Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; (...)

mesmo antes da alteração legislativa, já se dizia que, diante do princípio da presunção de inocência, ninguém poderia ser levado à prisão pelo simples fato de ter sido condenado. Agora, com a revogação do art. 594 do CPP e a alteração do parágrafo único do art. 387, mais fácil dizer que a prisão prevista no art. 393 desapareceu. O que se pode presumir é que a mini-reforma esqueceu de dar nova redação ao art. 393 do CPP, de forma que fosse compatível com o novel texto do art. 387, parágrafo único.

Dessa forma, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível passou a ser aplicada apenas preventivamente, isto é, tornando-se uma espécie de prisão de natureza cautelar. Nesse sentido, cito, mais uma vez, o ensinamento do professor Paulo Rangel¹⁴³:

(...) a prisão na sentença penal condenatória da qual ainda cabe recurso somente será imposta preventivamente, se estiverem presente os motivos que a autorizam. **Desaparece a chamada execução provisória da pena.**

Então, para harmonizarmos os dois dispositivos legais (art. 393, I, e 387, parágrafo único) podemos dizer que a prisão não mais é um efeito da sentença penal condenatória recorrível, mas sim que será nela decretada se estiverem presentes os motivos que ensejam a custódia cautelar. E mais: poderá o juiz adotar, em vez da prisão, outra medida cautelar de restrição de direitos. (...)

1.6 Do poder de cautela do juiz penal

Sabe-se que o processo penal apresenta autonomia limitada, dado o bem que tutela, qual seja, a liberdade do indivíduo. Por isso que, diferentemente do que ocorre com as medidas cautelares penais de natureza real, que se assemelham às cautelares reais do processo civil, as medidas cautelares pessoais não guardam interdependência com o âmbito cível, uma vez que o juiz penal não possui o denominado “poder geral de cautela” que possui o juiz

¹⁴³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 727-728

cível. Como explica Walmer de Freitas¹⁴⁴, no âmbito penal, o juiz atua dentro da denominada “discrecionabilidade cognitiva”, ou seja, verifica se os pressupostos previstos na lei penal, *in abstracto*, encontram-se presentes no caso concreto, e, “somente em caso positivo, poderá (ou, mais corretamente, deverá) valer-se do instrumento cautelar”.

Aliás, é através da adequada motivação dos provimentos cautelares penais, que se faz possível analisar se o poder cautelar conferido ao juiz penal pela lei não se caracteriza como “uma forma de justiça sumária¹⁴⁵, inconcebível num Estado de direito”¹⁴⁶. Diz-se ser uma discrecionabilidade vinculada aos postulados constitucionais legitimantes das prisões cautelares, de modo a fundamentar a presença de um dos pressupostos típicos autorizadores da excepcional restrição da liberdade do acusado.¹⁴⁷ E, para isso, não se faz suficiente a mera indicação de fatos que justifiquem a medida, ou a referência a simples suposição quanto à existência de uma das situações em que o legislador admite a medida¹⁴⁸. Tal tarefa encontra óbice nas expressões um tanto quanto vagas utilizadas pelo legislador, como no caso da *ordem pública*, em se tratando da prisão preventiva. No entanto, tal vagueza não é suficiente para autorizar “decisões fundadas em intuições ou critérios estritamente pessoais, que não possam ser justificados de forma racional”. Nesse sentido, o atual entendimento da Suprema Corte brasileira, o qual já se orientou em sentido diverso¹⁴⁹:

PRISÃO PREVENTIVA - EXCEPCIONALIDADE. Em virtude do princípio constitucional da não-culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção. Deve-se interpretar os preceitos que a regem de

¹⁴⁴ FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 38-40

¹⁴⁵ Nesse sentido: “(...) no campo da dogmática pura toda construção leva a apreciação subjetiva de seu autor e dos elementos que ele emprega. No entanto, o que caracteriza a cognição cautelar é ser ela sumária, sucinta e não aprofundada como a do procedimento ordinário.” BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 13

¹⁴⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 224

¹⁴⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 224

¹⁴⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 224

¹⁴⁹ “No conceito de ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa.” (*DJU*, 22.05.1987, p. 9.756) – **Habeas Corpus 65.043-1/RS**. Rel. Min. Carlos Madeira.

forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos. PRISÃO PREVENTIVA - SUPOSIÇÕES - IMPROPRIEDADE. **A prisão preventiva tem de fazer-se alicerçada em dados concretos, descabendo, a partir de capacidade intuitiva, implementá-la consideradas suposições.** PRISÃO PREVENTIVA - NÚCLEOS DA TIPOLOGIA - IMPROPRIEDADE. Os elementos próprios à tipologia bem como as circunstâncias da prática delituosa não são suficientes a respaldar a prisão preventiva, sob pena de, em última análise, antecipar-se o cumprimento de pena ainda não imposta. PRISÃO PREVENTIVA - PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. O bem a ser protegido a esse título há de situar-se no futuro, não no passado, a que se vincula a pretensão punitiva do Estado. PRISÃO PREVENTIVA - APLICAÇÃO DA LEI PENAL - POSTURA DO ACUSADO - AUSÊNCIA DE COLABORAÇÃO. O direito natural afasta, por si só, a possibilidade de exigir-se que o acusado colabore nas investigações. A garantia constitucional do silêncio encerra que ninguém está compelido a auto-incriminar-se. Não há como decretar a preventiva com base em postura do acusado reveladora de não estar disposto a colaborar com as investigações e com a instrução processual. PRISÃO PREVENTIVA - MATERIALIDADE DO CRIME E INDÍCIOS DA AUTORIA - ELEMENTOS NEUTROS. A certeza da ocorrência do delito e os indícios sobre a autoria mostram-se neutros em relação à prisão preventiva, deixando de respaldá-la. PRISÃO PREVENTIVA - CLAMOR PÚBLICO. **A repercussão do crime na sociedade do distrito da culpa, variável segundo a sensibilidade daqueles que a integram, não compõe a definição de ordem pública a ser preservada mediante a preventiva.** A História retrata a que podem levar as paixões exacerbadas, o abandono da razão. (*grifo nosso*)¹⁵⁰

Indispensável, também, nas decisões criminais, a demonstração da necessidade de presença dos pressupostos fundamentais que informam todas as medidas cautelares, quais

¹⁵⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 83.943/MG**. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 27.04.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08.11.2010.

sejam, *o periculum in mora* e o *fumus boni juris*, pois “toda tutela cautelar parte do pressuposto de um direito incerto”¹⁵¹.

Assim, o poder de cautela do juiz penal, ao dar provimento a pedidos de prisões processuais, encontra sérios limites no direito de liberdade do cidadão em conflito com o dever do Estado de garantir a eficácia da persecução penal, como afirma Barros¹⁵²:

A teoria do processo cautelar penal apresenta maior dificuldade de que nos outros ramos do direito. Justamente porque grande parte das cautelas envolvem bens jurídicos de suma relevância, visto que estas operam no campo da liberdade individual, surgindo um verdadeiro conflito de interesse entre a pretensão do estado em impor uma dessas medidas para assegurar o êxito do processo principal ou a sua profícua realização, e a do indivíduo que se esforça para não sofrer restrições em seu direito de ir, vir, permanecer e estar.

Em outro trecho, continua o autor¹⁵³:

(...) o conceito de lide no processo penal, apesar de controvertido, é fecundo para elaboração da doutrina, sendo também admissível no processo cautelar, uma vez que neste existe o perigo de que a liberdade individual seja inutilmente sacrificada. Daí surgir o contraste entre o interesse do Estado em impor uma medida cautelar ao indiciado, no intuito de assegurar o bom andamento da instrução criminal ou evitar que aquele fuja, tornando impossível a execução da pena imposta enquanto o sujeito passivo de tais medidas, resiste a tal pretensão, alegando o seu direito de liberdade. Esse conflito de interesses do Estado em impor a medida cautelar, e o interesse do indivíduo em não suportá-la, estará sempre em contraste. É de se acentuar mais que se em algumas medidas cautelares, o erro na imposição da medida poderá ser reparado, através da indenização, noutras, tal como a perda da liberdade, é praticamente irreparável.

¹⁵¹ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 82

¹⁵² BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 15

¹⁵³ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. pp. 17-18

Cumpra, então, analisar com especial atenção os pressupostos necessários à decretação de toda medida restritiva da liberdade do indivíduo, os quais deverão ser expressa e fundamentadamente demonstrados pelo magistrado, em sua decisão.

1.7 Pressupostos básicos de toda medida restritiva da liberdade

São eles o chamado *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Como ensina Rangel¹⁵⁴, além das características das medidas cautelares (instrumentalidade, acessoriedade, provisoriedade, homogeneidade e jurisdicionalidade), esses pressupostos devem pré-existir à cautela, apresentando-se como indispensáveis à sua decretação.

O *fumus boni iuris*, “fumaça do bom direito”, é a “probabilidade de uma sentença favorável, no processo principal, ao requerente da medida”¹⁵⁵, traduzindo-se no “binômio *prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria*”¹⁵⁶. Nas palavras de Gomes Filho¹⁵⁷, caracteriza-se pela “*probabilidade* de uma condenação do sujeito que vai sofrer a medida restritiva de liberdade pelo crime investigado ou objeto da acusação”. E continua esse doutrinador¹⁵⁸:

Trata-se de um juízo provisório sobre os fatos, feito com base nas eventuais provas já existentes ao tempo da decisão sobre a medida cautelar. Segundo a lei, nessa apreciação deve o juiz chegar à conclusão de estar *provada* (há uma *certeza*, portanto) a existência do fato delituoso, podendo

¹⁵⁴ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 755

¹⁵⁵ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 756

¹⁵⁶ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 756

¹⁵⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 221

¹⁵⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 221-223

contentar-se, quanto à autoria, com a simples constatação de *indício suficiente*.

A motivação do provimento cautelar deve atender, assim, no que se refere à conduta criminosa, à necessidade de justificar, com base em elementos de convicção indubitáveis, não somente a real ocorrência do fato (se deixou vestígios, com o exame de corpo de delito exigido pelo art. 158 do CPP), mas igualmente, com razões de direito, a tipificação desse mesmo fato na lei penal. Como anotou Basileu Garcia, a demonstração de que existe um fato delituoso, perfeitamente enquadrável na lei penal, é indeclinável.

Quanto à autoria, como se disse, a lei não exige que o juiz chegue a um semelhante juízo de certeza, admitindo que a prisão cautelar seja determinada à vista da *probabilidade* de uma futura condenação do sujeito, com base na valoração de pelo menos um *indício suficiente*. Diante disso, é preciso fazer algumas observações a respeito de certas características peculiares à fundamentação judicial correspondente.

(...) não se trata simplesmente de enunciar o *indício* ou *indícios* existentes, mas de demonstrar como e por que eles são *suficientes* para autorizar um *prognóstico* de um julgamento positivo sobre a autoria ou a participação.

(...) não é o caso de justificar, a partir do *indício* ou dos *indícios*, uma conclusão peremptória sobre a autoria, até porque com isso estaria o juiz, indevidamente, realizando um prejulgamento da causa, com base em elementos ainda não submetidos e complementados pelo contraditório; em outros termos, não se reclama aqui uma argumentação que vise à demonstração da *gravidade, precisão e concordância* dos elementos de prova indiretos, como forma de confirmar um juízo de certeza, mas o que se objetiva justificar é um outro tipo de conclusão, de simples *probabilidade* sobre a autoria.

O segundo pressuposto de toda medida cautelar, o chamado *periculum in mora*, “perigo na demora”, traduz-se, no processo penal, no perigo que a liberdade do acusado pode causar à efetividade do provimento final do processo, qual seja, a condenação ou a absolvição daquele. Em outras palavras, o perigo de que a decisão final do processo demore autoriza o

decreto de prisão cautelar do imputado, pois que presente a probabilidade de um dano à futura prestação jurisdicional. Como ensina Barros¹⁵⁹, sobre o tema:

Entre o pedido e a entrega da prestação jurisdicional, intercorre uma série de atos indispensáveis para assegurar às partes a defesa de seu direito, o que torna demorada a solução final do litígio. Durante esse período, podem ocorrer mutações nas coisas ou pessoas, sobre as quais se discute no processo, ou contra as quais incidirá a execução da sentença nele a ser proferida. Daí a necessidade de acautelar-se essas coisas, pessoas ou situações, a fim de que não fique prejudicado o julgamento da causa posta em juízo ou não desapareça o réu que deverá cumprir a pena imposta ou as coisas sobre as quais recairão a execução penal e civil, esta com relação aos danos provenientes do ilícito penal. Em qualquer desses casos, impõe-se no presente, em função do futuro, um sacrifício à livre evolução da situação jurídica e, em gênero, à livre disponibilidade da coisa e da pessoa. Tal sacrifício representa o custo da cautela, que é imposta para tutelar a possibilidade ou eficácia de uma situação processual que, por ser futura, é também incerta. (...) Isso explica por que a atuação da cautela exige necessariamente a concorrência de dois pressupostos: 1) uma urgência que justifique o custo; 2) uma aparência jurídica da pretensão postulada, que possa atenuar-lhe o risco.

(...) para que se possa legitimar a atuação da cautela, não basta o genérico perigo resultante da simples duração do processo, sendo necessário que esse perigo se manifeste mediante concretos e efetivos elementos dos quais se possa averiguar, de forma razoável, a probabilidade da transformação do dano temido em dano efetivo, se não se intervém sem tardança, e assim com urgência.

São estas, pois, as características fundamentais de toda medida cautelar, em especial daquelas constrictivas da liberdade pessoal do indivíduo. Daí também porque dizemos ser a tutela cautelar de caráter provisório, pois visa a tutelar aquele que se encontra em situação de perigo, de modo que se mostrará necessária enquanto permanecer a possibilidade de algum dano decorrente daquele perigo (*periculum in mora*). Mas, para seu uso, é necessário ainda

¹⁵⁹ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. pp. 41-42

que haja a probabilidade de uma solução favorável ao requerente da medida cautelar, ao final do processo principal (*fumus boni iuris*).

Analisados os aspectos gerais das prisões cautelares, passa-se ao estudo da prisão temporária, enfoque principal do presente trabalho.

Capítulo 2 - Da Prisão Temporária

2.1 Introdução

No ensinamento de Mirabete¹⁶⁰, a prisão temporária é

medida acauteladora, de restrição da liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial. Contrastando com a tendência doutrinária moderna, de que não se deve possibilitar o recolhimento à prisão do autor da infração penal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, máxime se primário e de bons antecedentes, a lei prevê o encarceramento temporário do indiciado no procedimento policial, a qualquer tempo, por razões de necessidade ou conveniência. Como se diz na exposição de motivos da Lei 7.960, o clima de pânico que se estabelece em nossas cidades, a certeza da impunidade que campeia célere na consciência de nosso povo, formando novos criminosos, exigem medidas firmes e decididas, entre elas, a prisão temporária.

Sobre a constitucionalidade da medida, tem-se manifestado a doutrina pela inadmissibilidade do instituto, como se depreende do seguinte excerto¹⁶¹:

A prisão temporária, instituída pela Lei 7.960, de 21.12.1989, e considerada, até, um retrocesso, corresponde à antiga “prisão para averiguações”, objurgada pela doutrina; consubstanciando-se na regulamentação de abusiva prática policial de encarceramento de suspeito previamente à conformação de indícios de autoria da prática delituosa.

¹⁶⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed., rev. e atual. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini até 31 de dezembro de 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 398

¹⁶¹ TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 215

Em sentido contrário, Walmer de Freitas¹⁶² anota:

A prisão temporária visa, ainda que utopicamente, a mitigar o alto índice de criminalidade do País. Conquanto, infelizmente, seja patente o inverso, é instituto que amenizou abusos policiais e permitiu melhoria na investigação. Cremos que não poderia ser outro o resultado, pois se entronizou no País diploma que vige há muito em praticamente todo o mundo civilizado, porque produz frutos benéficos para a atividade persecutória pré-processual e, conseqüentemente, para a *persecutio criminis* estatal.

A prisão temporária tem vários pontos favoráveis, e dentre eles se destaca o de ser um instrumento ágil e eficaz no deslinde de crimes graves, a despeito da falta de recursos, mormente de inteligência, dos organismos policiais. Embora se atinja a liberdade pessoal com elementos probatórios escassos, a polícia tem conseguido, diariamente, a elucidação de crimes bárbaros e de extrema gravidade. O dia-a-dia forense tem confirmado essa assertiva.

Salvo excessos aqui e acolá, a sociedade tem obtido vantagens com o instituto. Explica-se. A lei se volta especificamente à repressão de crimes hediondos ou de especial periculosidade, e toda custódia exige cumprimento fiel à determinação legal, isto é, depois da manifestação do órgão ministerial é que sobrevém o decreto prisional de natureza judicial.

Outro aspecto que sobressai em favor da medida constritiva é que a brevidade do lapso prisional resulta em rápida solução acerca da autoria que, se positiva, de regra é convertida em prisão preventiva e, se negativa, em sua soltura durante ou ao final do prazo estipulado na ordem judicial.

Passa-se à verificação da prisão temporária em sua plenitude.

¹⁶² FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 90-91.

2.2 Lei 7.960

Conforme anota Greco Filho¹⁶³, a prisão temporária, instituída no ordenamento brasileiro pela Lei 7.960/89, foi fruto de uma polêmica que durou mais de quinze anos e de um contexto histórico de “maior repressão a determinados crimes, ligados à criminalidade organizada e violenta”. A esse propósito, cumpre referir o que escreveu Walmer de Freitas¹⁶⁴:

A Medida Provisória n. 111, que se converteu na Lei n. 7.960/89, foi inspirada na proposta de reforma do Código de Processo Penal – Projeto de Lei n. 1.655-B, de 1983 –, que, por sua vez, baseou-se no anteprojeto elaborado por José Frederico Marques, em 1970.

Infelizmente, a Lei n. 7.960/89, que passou a integrar o ordenamento pátrio, trouxe uma redação técnica inferior à constante do texto do Projeto de Reforma do Código de Processo Penal e da Medida Provisória.

O Projeto do Código, até por sua extensão, era minucioso em situações e determinava com precisão o pólo passivo da constrição judicial, ponto que oferece controvérsias marcantes na Lei da Prisão Temporária.

Na Medida Provisória, por outro lado, apesar da base do texto praticamente ter sido mantida, a substituição de certos vocábulos jurídicos influenciou negativamente o resultado final.

O Projeto, embora situasse com perfeição o pólo passivo da ordem de prisão, ao relacionar investigado, indiciado ou acusado, previa diversas situações autorizadoras da prisão temporária, como se extrai da redação dos arts. 423 e 424, no que tange ao decreto da prisão cautelar. Diziam os dispositivos e os artigos remetidos: (...).

Cada inciso, autônoma e independentemente, previa a prisão temporária daquele que atentasse contra a ordem pública, no momento processual respectivo.

¹⁶³ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 259

¹⁶⁴ FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 86-88

Ainda que a Medida Provisória tenha se inspirado no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, sua redação, nos tópicos atinentes aos pressupostos cautelares, despreendeu-se totalmente da fonte, só admitindo a restrição ao *status libertatis* no curso do inquérito policial. Diz a redação da Medida Provisória:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para a investigação criminal;

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

III - quando houver fundada suspeita de autoria ou participação do investigado nos seguintes crimes:

[...]

A redação afasta-se da anterior, localizando o instituto prisional exclusivamente na fase investigativa do inquérito policial e omitindo qualquer referência às expressões típicas da segunda fase da persecução penal, como acusado, auxiliar da justiça, citação etc. Claramente, o legislador ajustou a prisão temporária ao sistema estruturado no Código de Processo Penal, permanecendo a prisão preventiva como a *ratio* de todas as cautelares

Assim, verifica-se que a Medida Provisória nº 111, em relação ao Projeto de Lei no qual fora inspirada, reduziu o alcance da prisão temporária para o inquérito policial, mas trouxe imprecisões. O inciso I não previu contra quem a ordem de prisão poderia ser emitida; o inciso II fez mera referência ao agente sem endereço ou identificação; enquanto o inciso III alcança o indiciado como autor ou partícipe de um rol de crimes bem mais amplo que o do Projeto. Tal imprecisão, como afirma Walmer de Freitas, “acabou por contaminar o diploma vigente”, o que impõe grande esforço da doutrina na busca da melhor solução, como se verá no curso deste trabalho.

2.2.1 Procedimento

A prisão temporária somente pode ser decretada por autoridade judiciária, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, não podendo ser decretada de ofício pelo juiz (art. 2º, *caput*). Em se tratando de requerimento da autoridade policial, deverá o juiz, antes de decidir, ouvir o órgão ministerial (art. 2º, §1º).

A partir do recebimento da representação ou requerimento, terá o juiz o prazo de vinte e quatro horas para decidir fundamentadamente sobre o decreto ou não da prisão temporária (art. 2º, §2º).

Decretada a prisão, deverá ser expedido o respectivo mandado, em duas vias, sendo uma delas entregue ao indiciado, para fins de nota de culpa (art. 2º, §4º). Ainda, nesse momento, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, ordenar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito (art. 2º, §3º).

Preso, deve a autoridade policial advertir o indiciado de seu direito de permanecer em silêncio (art. 2º, §6º).

O prazo da prisão temporária, de cinco (ou trinta, no caso dos crimes hediondos, tráfico ilícito de drogas, terrorismo e tortura) dias, poderá ser prorrogado (sempre a pedido da autoridade policial ou do Ministério Público), por uma vez, em caso de comprovada e extrema necessidade (art. 2º, *caput*).

Findo o prazo legal, deve o preso ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já decretada a sua prisão preventiva (art. 2º, §7º).

2.3 Momento de aplicação

A prisão temporária é de aplicação exclusiva durante as investigações acerca do crime (inquérito policial). Assim, o momento em que pode ser decretada essa prisão compreende o

lapso de tempo que vai da ocorrência do fato (não sendo caso de prisão em flagrante) até o recebimento da denúncia, porque, se instaurada a ação penal, o juiz deverá examinar a hipótese como de prisão preventiva, segundo os seus pressupostos¹⁶⁵.

2.4 Crimes aplicáveis

A prisão temporária aplicar-se-á aos seguintes crimes, de acordo com o que dispõe o inciso III, do artigo 1º, da Lei 7.960/89, *in verbis*:

Artigo 1º - Caberá prisão temporária:

[...]

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

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

¹⁶⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 260

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986).

Ocorre que, como veremos adiante, a doutrina diverge acerca da possibilidade de decretação da custódia temporária apenas com base na verificação da prática dos delitos expostos no rol do inciso III. A despeito disso, a prisão temporária só poderá ser decretada na hipótese, exclusiva, desses crimes, conforme mostra o julgado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 155 DO CP. PRISÃO TEMPORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. - Não pode subsistir o decisum que decretou a prisão temporária do paciente, investigado em sede de inquérito policial pela suposta prática do delito insculpido no art. 155 do CP, o qual não está inserido no rol do art. 1º, III, da Lei n.º 7.690/89. (Precedentes). Writ concedido, para revogar a decisão que determinou a prisão temporária do paciente, sem prejuízo de que nova custódia cautelar seja decretada, desde que em observância aos requisitos legais.¹⁶⁶

¹⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 35.557/PR. Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 17.08.2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 03.11.2010.

Além disso, com o advento da Lei nº 8.072/90, estendeu-se a aplicação do instituto a todos os crimes previstos no artigo 2º¹⁶⁷ da referida lei, forte no §4º desse mesmo dispositivo, *in verbis*:

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Cumpra, no entanto, referir algumas observações acerca de alguns dos delitos constantes no rol acima.

2.4.1 Tortura

Cumpra lembrar, aqui, que a Lei nº 9.455/97, que tratou da tortura, não abordou a prisão temporária em seu texto, pelo que se poderia questionar a eventual revogação da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), a qual, por sua vez, impõe a aplicação da prisão temporária à prática da tortura, constante no seu artigo 2º. A resposta a tal questionamento, segundo Walmer de Freitas¹⁶⁸, é negativa¹⁶⁹, dado que, como a lei posterior, ou seja, a Lei da Tortura, não tratou da modalidade de prisão aplicável ao crime, “sobrevive integralmente” o contido na Lei dos Crimes Hediondos, inexistindo conflito de leis no tempo.

2.4.2 Tráfico de Drogas

¹⁶⁷ *Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...)*

¹⁶⁸ FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 140

¹⁶⁹ Nesse mesmo sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed., rev. e atual. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini até 31 de dezembro de 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 400; RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 829; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 285

Também com relação ao tráfico de drogas, entende-se que a Lei 7.960/89 continua a ser aplicada, dado ser esse crime equiparado aos hediondos, por estar previsto na Lei 8.072/90¹⁷⁰. Com previsão no artigo 33, *caput* e §1º da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), o tráfico de drogas foi subdividido em diversas condutas, punidas com maior ou menor intensidade, conforme o grau de afetação ao bem jurídico tutelado, dentre elas, o uso compartilhado de droga, qualquer participação no uso de droga, o financiamento ou custeio da prática ilícita, etc, surgindo, assim, a dúvida em relação a quais dessas condutas seriam de fato consideradas como crimes hediondos.

Sobre a equiparação dessas novas figuras típicas à crime hediondo, afirma Nucci¹⁷¹ que os delitos previstos nos artigos 33, *caput* e §1º, a 37 da Lei 11.343/2006 são, de fato, equiparados a hediondos, com base no artigo 44 dessa mesma lei que proíbe liberdade provisória, com e sem fiança, suspensão condicional da pena, graça, indulto, anistia e a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos. E afirma ainda o autor que a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º da Lei de Drogas “apenas abranda a punição do traficante, mas o delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, *caput*, e no §1º, que assim são considerados¹⁷². Assim também é o que afirma Walmer de Freitas, referindo-se à extensão da hediondez aos delitos derivados do tráfico de drogas. Diz o autor¹⁷³:

De 1976, quando a lei anterior veio a lume, até os dias de hoje, inúmeras hipóteses caracterizadoras de tráfico surgiram, suscitando novos tipos penais. (...)

Dentro dessa preocupação, tipificou-se o uso compartilhado ou oferecimento eventual de droga (art. 33, §3º) como infração de menor potencial ofensivo. Puniu-se qualquer forma de participação relevante ao uso de droga (art. 33, §2º). O colaborador informante, quando assim surpreendido, passa a sofrer pena inferior à do traficante (art. 37). E, no topo da pirâmide das penas privativas de liberdade, superando o crime de tráfico, inclusive, pune-se o

¹⁷⁰ Nesse sentido: FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 140

¹⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. p. 320

¹⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. p. 320

¹⁷³ FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 140-142

agente que financia ou custeia o tráfico de drogas (art. 36); nada mais justo, porquanto o investidor é quem fomenta, torna factível a estruturação e a manutenção da indústria do comércio de drogas.

[...]

Ante a nova lei, quais crimes devem ser considerados hediondos, portanto, aptos a autorizar um decreto de prisão temporária? Embora as normas penais tenham natureza restritiva, não se pode negar que os crimes de financiamento e custeio ao tráfico e do colaborador informante são modalidades de tráfico de drogas, de modo que se equiparam aos crimes hediondos.

Assim, entende-se a aplicação da prisão temporária aos crimes tipificados na lei de Drogas, uma vez que equiparados à hediondos.

2.4.3 Terrorismo

Na doutrina de Walmer de Freitas¹⁷⁴:

(...) o crime de terrorismo não encontra abrigo na legislação brasileira, a despeito da previsão constitucional do art. 5º, XLIII, seja como crime comum, seja como crime contra a segurança nacional, descabendo qualquer análise quanto à prisão temporária, até que sobrevenha a tipificação legal.

Já, Nucci¹⁷⁵, sobre o terrorismo, refere:

(...) a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo somente não são considerados *hediondos* – embora sejam igualmente graves e repugnantes – porque o constituinte, ao elaborar o art. 5º, XLIII, CF, optou por mencioná-los expressamente como delitos insuscetíveis de fiança, graça

¹⁷⁴ FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 143

¹⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. p. 611

e anistia, abrindo ao legislador ordinário a possibilidade de fixar uma lista de crimes hediondos, que teriam o mesmo tratamento. Assim, essas três modalidades de infrações penais são, na essência, tão ou mais hediondos que os crimes descritos no rol do art. 1º da Lei 8.072/90

2.5 Dos requisitos específicos para a decretação da Prisão Temporária

A imensa maioria da doutrina reconhece a existência de três posições diferentes sobre os requisitos específicos exigidos à decretação da prisão temporária, quais sejam: a alternatividade das três situações previstas em lei; a alternatividade de tais situações, estando presentes também os requisitos da preventiva; ou a cumulatividade do inciso I ou II com o III, do art. 1º, da Lei 7.960/89 (Lei da Prisão Temporária), existindo, assim, os elementos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Por oportuno, transcrevo o art. 1º da Lei 7.960/89, que trata das situações em que pode ser decretada a prisão temporária, *in verbis*:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

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

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

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

- e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);”
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

Diante das três situações previstas pelo legislador, a posição que tem, preponderantemente, sido considerada como mais adequada na aplicação da prisão temporária no sistema processual penal brasileiro, à vista de todo o ordenamento constitucional e infra-constitucional, é a terceira posição acima mencionada, em que se exige a cumulatividade do inciso I ou II com o III – existindo, assim, para a decretação da prisão temporária, os elementos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, haja vista a necessidade de observância do princípio da presunção de inocência e a não confusão com outra modalidade de prisão cautelar (a prisão preventiva). Tal posição é adotada pelos ilustres doutrinadores

Antonio Scarance Fernandes¹⁷⁶, Paulo Lúcio Nogueira, Fernando Capez, Antonio Magalhães Gomes Filho e Jaime Walmer de Freitas.

Assim também, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado:

EMENTA: HABEAS-CORPUS. HOMICÍDIO. LEI 7.960/89. PRISÃO TEMPORÁRIA. MANUTENÇÃO. Diferentemente do que alegaram os impetrantes, há suficientes indícios da participação do paciente na prática do crime de homicídio. Segundo consta no relatório policial, o paciente, que era porteiro do prédio habitado pela vítima, seria um dos executores do crime. Embora tenha negado a presença no local do crime, o exame positivo de DNA indicou, através do comparativo de fio de cabelo, que o paciente esteve no interior no apartamento da vítima. **Conforme reza o art. 1.º, incs. I, II e III, letra "a", da Lei 7.960/89, caberá prisão temporária no homicídio quando imprescindível para as investigações do inquérito policial ou quando o indiciado não tiver residência fixa. No caso, embora o paciente tenha comprovado que possui residência fixa, conforme referiu a Delegada de Polícia, sua prisão se faz necessária para identificação dos mandantes do crime, especialmente com a realização de acareações entre os dois possíveis executores do delito e também com a reconstituição da infração.** Assim, com base no que foi apurado até agora, a decretação da prisão temporária obedeceu aos requisitos legais, pois havia indícios no sentido de que o paciente seria um dos autores do homicídio e a sua prisão é imprescindível para o desenrolar das investigações policiais. Ordem denegada. (grifo nosso)¹⁷⁷

A lição de Fernando Capez é no seguinte sentido¹⁷⁸:

Entendemos que a prisão temporária somente pode ser decretada nos crimes em que a lei permite a custódia. No entanto, afrontaria o princípio

¹⁷⁶ Em seu livro “Processo Penal Constitucional”, (p. 296), referido autor modificou posicionamento anterior, em que defendia a existência dos três requisitos para a prisão temporária.

¹⁷⁷ Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus Nº 70029418308*, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 29.04.2009. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em 02.11.2010

¹⁷⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 284

constitucional do estado de inocência permitir a prisão provisória de alguém apenas por estar sendo suspeito pela prática de um delito grave. Inequivocamente, haveria mera antecipação da execução da pena. Desse modo, entendemos que, para a decretação da prisão temporária, o agente deve ser apontado como suspeito ou indiciado por um dos crimes constantes da enumeração legal, e, além disso, deve estar presente pelo menos um dos outros dois requisitos, evidenciadores do *periculum in mora*. Sem a presença de um destes dois requisitos ou fora do rol taxativo da lei, não se admitirá a prisão provisória. Concordamos, portanto, com a terceira posição.

No mesmo sentido, são os ensinamentos de Antonio Magalhães Gomes Filho¹⁷⁹:

Embora a redação do texto legal tenha propiciado inicialmente algumas dúvidas quanto à correta delimitação das hipóteses em que é admitida, a única exegese compatível com os princípios constitucionais do processo preconiza a cumulação de um dos requisitos dos incisos I e II do art. 1º (que correspondem ao *periculum libertatis*) com a condição do inciso III, que configura o *fumus boni iuris*, além de indicar as infrações penais cuja apuração admite essa medida excepcionalíssima.

[...]

No caso, a demonstração da presença do *fumus boni iuris* deve consistir na indicação de “qualquer prova admitida na legislação penal” (*rectius*, processo penal) de autoria ou participação do sujeito que vai sofrer a prisão no delito objeto da investigação. Embora essa redação não seja a mais feliz, equivale àquele mínimo de prova que o art. 312 do CPP denomina “indício suficiente”, pelo que são aqui pertinentes as observações feitas a propósito do mesmo requisito quando se tratou da prisão preventiva.

Quanto ao *periculum libertatis*, na primeira situação, a motivação deve explicitar os fatos concretos que evidenciam a exigida *imprescindibilidade* para a investigação, mostrando *como e por que* sem a prisão determinadas diligências não poderão ser realizadas; no segundo caso,

¹⁷⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 230

não pode ser omitida a indicação do fato concreto que caracteriza um dos pressupostos alternativamente indicados pela lei.

Não obstante a maioria de doutrinadores assim posicionar-se, é necessário, seja para seguir a linha de raciocínio de tal posicionamento, seja para seguir outro sentido, analisar um pouco mais atentamente os três incisos ora citados, inclusive na visão de pensadores de posições minoritárias.

Em relação ao inciso I, convém referir o exame feito pelo professor Mirabete¹⁸⁰, *in verbis*:

(...) quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” (art. 1º, inc. I). Refere-se a eventuais entraves que impedem se possa esclarecer devidamente o fato criminoso e suas circunstâncias, bem como sua autoria. (...) somente com a demonstração de que, sem a prisão, é impossível ou improvável que se leve a bom termo as investigações, com o esclarecimento dos fatos, é possível a decretação da prisão temporária. Draconiana a lei no inciso I, permite a prisão não só do indiciado, como também de qualquer pessoa (uma testemunha, por exemplo), já que, ao contrário dos demais incisos do artigo 1º, não se refere ela especificamente ao “indiciado”. Trata-se, portanto, de norma legal odiosa e contrária à tradição do processo penal brasileiro. De outro lado referindo-se no inciso I às investigações “do inquérito policial”, impede a prisão temporária do autor da infração penal quando não se tenha instaurado o procedimento policial inquisitivo.

Quanto ao inciso II do artigo ora analisado, impõe-se destacar a análise crítica de Marcelo Adriano Miqueloti¹⁸¹, em que torna evidente o absurdo que seria possibilitar a prisão temporária com base apenas em tal inciso, *in verbis*:

¹⁸⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed., rev. e atual. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini até 31 de dezembro de 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 398

¹⁸¹ MIQUELOTI, Marcelo Adriano. **A prisão temporária e a proporcionalidade**. Em: HIROSE. Tadaaqui; BALTAZAR JUNIOR. José Paulo. **Curso Modular de Direito Processual Penal**. Florianópolis: Conceito Editorial, EMAGIS, 2010. pp. 314-315

Sobre o inciso II é oportuno enfocar que, se a pessoa já está indiciada, não há como não ter esclarecimentos sobre sua identidade, sem se falar no risco que seria uma ordem de prisão para alguém cuja identificação não é certa. Além disso, entendida friamente a redação, um integrante de circo, por exemplo, sempre teria contra si determinada a prisão temporária, pois ele não tem residência fixa. O fato de alguém não ter endereço onde possa ser encontrado mais tem a ver com o assegurar a aplicação da lei penal (hipótese autorizadora da prisão preventiva) do que com a necessidade investigativa e, nem sempre, por si só, é motivo para a prisão cautelar, como bem demonstrou o Juiz Federal Jurandi Borges Pinheiro, ao enfatizar que “o simples fato de alguém, pelas intempéries da vida, não ter onde morar”, não é motivo para a manutenção da prisão, quando é possível “assegurar, de algum modo, o seu comparecimento aos atos processuais e a aplicação de eventual pena”, oportunizando que os acusados comparecessem mensalmente na secretaria da vara para serem intimados.

O inciso II, visto individualmente, também é criticado por Liberato Povoá¹⁸²:

Os legisladores não se preocuparam em penetrar no âmago da questão, que é o descaso governamental, a falta de educação social de nosso homem comum, o desemprego, a fome, a miséria, preferindo buscar medidas extremas e repressivas para dar satisfação social aos segmentos da sociedade que efetivamente os elegeram.

Os abastados e filhos de boas famílias têm sempre residência fixa, bens patrimoniais, carteira de identidade, o que nos leva a afirmar, convictamente, que a prisão temporária visa, flagrantemente, a beneficiar o mais abastado, pelos próprios requisitos ensejadores de sua decretação. Aliás, nesse aspecto, não podemos olvidar que alguns tribunais já decidiram que não é legal a decretação da prisão preventiva do acusado com o fito de assegurar a aplicação da lei quando tenha bens patrimoniais no distrito da culpa.

¹⁸² POVOA, Liberato. **Prisão temporária**. Curitiba: Jurua, 1996. p. 61-62

[...]

De qualquer forma, se o juiz entender necessária a decretação da prisão de alguém com fundamento em tal dispositivo, deve atentar para a necessidade de esse alguém já estar indiciado no inquérito policial e haver contra ele indícios de ter praticado ilícito penal já materialmente comprovado.

Não pode o magistrado, simplesmente, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, sem qualquer elemento indiciário contra o suspeito, decretar sua prisão, por não ter residência fixa ou haver dúvida quanto a sua identidade, pois – aí, sim – haveria um absurdo desrespeito às mais notórias garantias constitucionais que já abordamos anteriormente.

No que tange ao terceiro inciso, que prevê o cabimento da temporária quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação em específicos tipos de crimes, destacarei dois pontos-de-vista contrapostos em relação à possibilidade de tal requisito, por si só, ser suficiente para a decretação da temporária, mas convergentes sobre o motivo de o legislador ter elencado determinados tipos de crime para essa decretação. As palavras de Mirabete¹⁸³ sobre o terceiro inciso são as seguintes:

Entendeu-se que a gravidade e a repulsa social que provocam qualquer desses ilícitos justificam a prisão temporária sem que, nessas hipóteses, haja necessidade de ser ela imprescindível para as investigações ou que o agente não tenha residência fixa ou não forneça elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Ao contrário das demais hipóteses, porém, diz a lei que é necessário que haja “fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida pela legislação penal, de autoria ou participação do indiciado” (...). Há evidentes impropriedades técnicas no dispositivo. Em primeiro lugar, não é a lei penal que prevê quais as provas admissíveis em juízo. Em segundo era desnecessário referir-se à prova para a decretação da medida já que “fundadas razões” evidentemente só existem

¹⁸³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed., rev. e atual. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini até 31 de dezembro de 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 399

com base na prova colhida no inquérito policial. Também ao contrário dos demais incisos, que embasam a prisão temporária, nesta última hipótese não é necessário demonstrar a necessidade da prisão, bastando para ela a existência de indícios suficientes da autoria. diante da enumeração legal do inciso III, pode-se concluir que tal medida é destinada a aplacar o clamor público e a indignação social diante dos crimes graves mencionados, mas a lei não exige que tais situações estejam presentes no caso particular.

Já Liberato Pova escreve o seguinte¹⁸⁴:

Com a devida vênia, entendemos que o legislador quis, aqui, amenizar o clamor social ocasionado por crimes de tal natureza, que realmente são graves, mas acabou tocando a mesma tecla referente à prisão preventiva, cujo instituto prevê a possibilidade de decretação da prisão cautelar em caso de ter o delito provocado clamor público.

A prisão temporária, para ser decretada nesse caso, precisa corresponder à necessidade de se manter a tranqüilidade social a até mesmo de pessoa do indiciado durante a fase do clamor público ocasionado pelo delito, proporcionando-se, assim, condições adequadas de se terminar o inquérito policial.

Desta forma, entendemos que a medida somente se justifica nesse aspecto em caso de algum provável prejuízo para as investigações do inquérito policial ou risco de clamor público.

Visto os três incisos, entende-se que a posição a ser prontamente descartada é a que permite o cabimento da prisão temporária em qualquer das três situações (alternatividade), haja vista que desvaloriza totalmente o princípio da presunção de inocência pois possibilita a prisão da pessoa mesmo ausente o requisito do *fumus boni iuris*.

¹⁸⁴ POVOA, Liberato. **Prisão temporária**. Curitiba: Jurua, 1996. p. 63

As outras duas posições, à luz do princípio da presunção de inocência, são razoáveis e não o maculam de forma incisiva (assim como faz a outra posição). Considerando que o presente tópico se propõe a analisar os requisitos da prisão temporária e que os requisitos da prisão preventiva já foram antes analisados, passa-se a falar do prazo da medida ora discutida.

2.6 Prazos da medida

Tem o juiz, o prazo de vinte e quatro horas, a partir do recebimento do pedido de prisão temporária, para decidir sobre o seu cabimento, conforme preleciona o §2º do artigo 2º da Lei 7.960/89, *in verbis*:

§ 2º - O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.

A duração da prisão temporária, conforme previsto em lei, será de cinco dias, prorrogáveis por mais cinco. Findo esse prazo, deverá o preso ser imediatamente posto em liberdade. Segundo o artigo 2º e §7º da Lei 7.960/89, *in verbis*:

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

[...]

§ 7º - 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.

Conforme ensina a doutrina e também a jurisprudência pátrias, entende-se que o prazo da prisão temporária, à vista do que dispõe a referida Lei, poderá ser menor que cinco dias,

podendo ser prorrogado também por, no máximo, cinco dias, em caso de extrema e comprovada necessidade. Na opinião de Rogério Lauria Tucci¹⁸⁵, tal prazo diminuído delimita a realização de qualquer atividade investigatória ulterior, com o suspeito ainda preso, salvo se decretada a sua prisão preventiva.

A prorrogação, por sua vez, depende sempre de requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público¹⁸⁶, não podendo, portanto, ser decretada *ex officio* pelo juiz, conforme exige o *caput* do artigo 2º da Lei. Ainda, se requerida pela autoridade policial, será necessária nova oitiva do órgão ministerial, conforme exige o §1º do artigo em comento, *in verbis*:

§ 1º - Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

Com relação aos crimes hediondos, conforme o §4º do artigo 2º da Lei 8.072/90, o prazo da prisão será de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

A esse respeito, informa a mais acertada doutrina a incompatibilidade do prazo diferenciado para os crimes elencados na Lei 8.072/90, sob pena de afronta ao princípio do

¹⁸⁵ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 216.

¹⁸⁶ Nesse sentido: FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 138: “Tanto quanto no decreto como na prorrogação, é vedado ao magistrado agir de ofício. Lá, a representação e a manifestação ministerial são exigências imprescindíveis. Na prorrogação, além do pedido, também a manifestação ministerial é de rigor, sob pena de constrangimento ilegal por ofensa a texto de lei caracterizador de ausência de justa causa para a medida constritiva.”

devido processo legal e violação à liberdade individual do investigado. Com suas palavras, explica Rogério Lauria Tucci¹⁸⁷:

Com efeito, norma esdrúxula e abusiva, afrontosa do devido processo legal na sua elaboração (*substantive due processo of law*), choca-se, inclusive, com a própria legislação processual penal em vigor, num flagrante e inadmissível contraste com o sistema em que se insere...

Daí, sua absoluta irrazoabilidade, determinante, em linha de princípio, de sua inaplicação.

(...) ignorância da legislação processual penal correlata (necessariamente atrelada à determinação de *prazo razoável* para a duração da *persecutio criminis* – um dos mais importantes corolários do *devido processo penal*) o estabelecimento de prazo até 60 (sessenta) dias para a prisão temporária, enquanto o inquérito policial, estando o indiciado preso, deva ser concluído em dez dias (cf. art. 10 do CPP), a que se adicionarão outros cinco para o oferecimento da denúncia (art. 46), constituindo o excesso desses lapsos temporais constrangimento ilegal à sua liberdade de locomoção.

Outra questão que se coloca, ainda em relação à aplicação do instituto da prisão temporária aos crimes hediondos, é em relação à antiga redação do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, prevendo regime de cumprimento inicial fechado para os investigados pela prática de tais delitos, *in verbis*:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

¹⁸⁷ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 216. No mesmo sentido: POVOA, Liberato. **Prisão temporária**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 71; FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 145: “A prisão temporária é de natureza provisória e efêmera, donde se mostrar injustificável tamanho lapso temporal para a formação de um conjunto de provas provisório. Ofende o princípio da proporcionalidade que deve nortear o legislador em sua atuação legiferante.”

Isso porque, em confronto com o citado dispositivo, no julgamento do HC 82.959/SP¹⁸⁸, o Supremo Tribunal Federal declarou a admissibilidade da progressão de regime aos crimes hediondos, confirmando, incidentalmente, a inconstitucionalidade daquela regra, sendo, posteriormente, com a edição da Lei 11.464/2007, alterada a sua redação¹⁸⁹. Ainda, por consequência, foi declarada a perda de eficácia da Súmula nº 698¹⁹⁰ do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, anota Walmer de Freitas¹⁹¹:

Preconiza a Súmula 698 que: “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura”. Curial que após a entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007, que alterou o art. 2º e §§ da Lei 8.072/90, permitindo a progressão de regime prisional aos crimes hediondos e assemelhados, o enunciado perdeu sua eficácia.

Ainda, sobre a hipótese de decretação de prisão preventiva após o término do prazo previsto para a prisão temporária, se permanecerem motivos para tanto, como previsto no §7º do artigo 2º da Lei 7.960/89, ensina Povoá¹⁹²:

De qualquer forma, findo o inquérito policial e remetido a juízo durante o prazo de vigência da prisão temporária, deve o juiz analisar a hipótese de

¹⁸⁸ Cumpre referir parte do julgado: “Ementa: PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (...) O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, já que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão”. Em: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.959/SP. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 23.02.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11.11.2010.

¹⁸⁹ **Art. 2º (...) § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.**

¹⁹⁰ **STF Súmula nº 698 - 24/09/2003: Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.**

¹⁹¹ FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 140

¹⁹² POVOA, Liberato. **Prisão temporária**. Curitiba: Juruá, 1996. pp. 68-69

decretação da prisão preventiva ou determinar a imediata soltura do preso, pois não haverá mais justificativa para manter o indiciado no cárcere, tendo em vista que desapareceu o objeto da medida, que tinha por escopo facilitar a colheita de elementos de convicção para o *dominus litis* oferecer ou não a denúncia.

A manutenção da prisão temporária durante o processo foge à finalidade do instituto e invade o campo de serventia da prisão preventiva, medida específica de restrição à liberdade durante a fase do processo judicial. Contudo, poderá o juiz decretar a prisão preventiva, se requerida e estando presentes os requisitos do art. 312 do CPP.¹⁹³

E assim o aplica a jurisprudência, reiteradamente, a exemplo do seguinte julgado:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. **PRISÃO TEMPORÁRIA. SUBSEQUENTE PRISÃO PREVENTIVA. (1) PERICULUM LIBERTATIS. OCORRÊNCIA. (2) GRAVIDADE CONCRETA. SOFISTICADA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. VULTOSA MOVIMENTAÇÃO DE DROGAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.** 1. Firmou-se a compreensão nesta Corte de que a gravidade concreta encarna risco para a ordem pública. In casu, pairando sobre o paciente a imputação de integrar sofisticado esquema de distribuição de drogas, a movimentar vultosas quantidades, tem-se por atendido o fundamento do risco para a ordem pública. 2. Não há falar em vícios de competência em relação ao suceder de decisões ocorridas em Comarcas distintas, mas próximas, diante dos fatos investigados que envolveriam vasta associação para o tráfico, que se ramificava por toda uma região paulista. Igualmente, não há falar em incompetência do Desembargador para quem foi distribuído prévia ordem acerca de anterior ação, relativa a fatos correlatos, oriundos de uma mesma investigação. 3. Ordem denegada.¹⁹⁴

¹⁹³ Em sentido contrário: NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. p. 1012

¹⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 150.187/SP**. Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19.08.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 03.11.2010

2.7 Diligências - Respeito à Dignidade da Pessoa Humana

Conforme o §3º do artigo 2º da Lei 7.960/89, in verbis:

§ 3º - O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

Essa medida tem por objetivo a colheita da maior quantidade de elementos possível que justifiquem o decreto prisional, de modo a evitar o constrangimento ilegal do suspeito, observando o respeito à sua integridade física e moral.

Sobre a efetiva utilização de tal poder de inspeção por parte do juiz, anota Walmer de Freitas¹⁹⁵:

O Código Penal há de tutelar, como preocupação primária de seu campo de incidência, os bens jurídicos de maior significação, que são os valores da pessoa humana.

[...] a preocupação judicial deve residir na proteção à integridade física do preso. A prática de lesão corporal é punida pelo ordenamento pátrio. Atualmente, o art. 129 do Código Penal pune a lesão à integridade física e mental.

[...]

Cumprido o mandado de prisão temporária, conquanto facultativo, é de bom alvitre que o juiz se utilize da inspeção judicial de *de visu*, ou seja, exija a apresentação do preso para constatar se foi objeto de tortura ou de qualquer violação à sua integridade corporal ou mental. Caso sinta-se impossibilitado de adotar esse procedimento, convém determinar a realização de perícia,

¹⁹⁵ FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 148-150

consistente em exame de corpo de delito.

[...]

De qualquer modo, ao magistrado resta o exame pericial e a inspeção visual para contrabalançar e frear abusos. Aliás, de elogiar o legislador, por adotar uma postura de respeito à pessoa do preso, em harmonia com os princípios constitucionais apontados.

Assim, vê-se que a previsão legal de tais diligências é medida tendente a tutelar os direitos do preso, em especial a sua garantia contra abusos praticados nos estabelecimento prisionais contra a sua integridade física.

2.8 Revogação da medida

Pelo disposto no § 7º do artigo 2º da Lei 7.960/89, *in verbis*:

§ 7º - 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.

Observa-se que foi a lei omissa quanto à necessidade de ordem judicial à liberação do preso antes de decorrido o prazo da prisão temporária, seja ele de cinco ou menos dias, seja no caso de desaparecimento dos motivos que a ensejaram, seja no caso de ocorrer a conclusão do inquérito policial. Na opinião de Nucci¹⁹⁶:

Libertação do preso: deve ser feita diretamente pela autoridade policial, sem necessidade de alvará de soltura judicial, ao término da prisão temporária, caso não haja, evidentemente, prorrogação. (...) Sempre nos pareceu que a autoridade judicial deveria expedir alvará de soltura, quando a polícia, entendendo nada mais haver a investigar, oficiasse ao magistrado a desnecessidade do prolongamento da prisão (ex.: uma prisão temporária é

¹⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. p. 1014

decretada por 30 dias e, ao final de 10 dias, já há prova suficiente, por exemplo, quanto à autoria, bem como tem o suspeito domicílio certo. Mas, ainda existem alguns dados importantes a coletar quanto à materialidade. Logo, desnecessário a extensão da detenção por outros 20 dias; caberia ao juiz revogar a temporária, expedindo-se alvará de soltura) (...) No caso do §7º, autoriza a lei que, *findo o prazo da temporária*, o preso seja imediatamente liberado. Logo, a autorização dada à polícia para realizar a soltura advém de lei. Antes de o prazo terminar, entretanto, não existe tal autorização, motivo pelo qual caberia a quem decretou a prisão, revogar sua própria decisão.

Em sentido oposto, ou seja, entendendo a desnecessidade de ordem judicial para a soltura do preso temporário, antes de decorrido o prazo estipulado à medida, anota Walmer Freitas¹⁹⁷:

(...) o relaxamento deve ser imediato, independente de ordem judicial. Não se pode aguardar que sobrevenha alvará de soltura da autoridade judiciária, que pode levar dias; basta que a autoridade policial liberte o preso e consigne a providência no corpo do inquérito, visto que afastado o pressuposto da necessidade para a investigação.

O entendimento jurisprudencial pátrio, por sua vez, parece, coaduna-se com a segunda posição, ou seja, no sentido da desnecessidade de ordem judicial para a revogação da prisão temporária antes de decorrido o prazo a ela estipulado. Vejamos:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. COMETIMENTO, EM TESE, DOS DELITOS DO INCISO I DO ARTIGO 1º E ALÍNEA 'I' DO INCISO III DO ARTIGO 1º da Lei 7.960/89 E NO ARTIGO 288 DO CP. PRISÃO TEMPORÁRIA. PRISÃO CAUTELAR. PEDIDO DE REVOGAÇÃO. RELAXAMENTO PELA AUTORIDADE POLICIAL. PERDA DE OBJETO. 1. **Revogada a prisão temporária do paciente pela autoridade policial, após a decisão indeferitória da liminar proferida no presente writ**, está-se diante de novel situação em que verificada a perda

¹⁹⁷ FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 158

superveniente de objeto da presente impetração. 2. Não mais persistindo a insurgência manifestada pelo impetrante, resultam superados os fundamentos da impetração, que deve ser examinada nos limites da sua propositura, estando, pois, prejudicada a análise do pleito libertatório, não havendo falar em constrangimento ilegal. 3. Prejudicado o exame do habeas corpus. (grifo nosso)¹⁹⁸

Quanto ao excesso no prazo da prisão temporária, a Lei 4.898/65, em seu artigo 4º, alínea *i*, tipifica tal conduta como crime de abuso de autoridade. Vejamos o que diz o dispositivo:

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

[...]

i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

2.9 Recursos cabíveis

As hipóteses que ensejam a interposição de recurso, no caso da prisão temporária, são as seguintes: decretação da medida; indeferimento do pedido de prisão temporária por parte do Ministério Público ou do querelante; indeferimento da representação da autoridade policial para a prisão temporária.

No primeiro caso, ou seja, quando da decretação da medida pela autoridade judiciária, não há previsão legal de recurso cabível, no entanto, admite-se, nesse caso, a impetração de habeas corpus em favor do direito de locomoção do preso. A despeito disso, ainda que

¹⁹⁸ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *HC 2009.04.00.030477-6*, Oitava Turma, Relator Victor Luiz dos Santos Laus, julgado em 21/10/2009. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em 04.11.2010.

houvesse tal previsão, lembra-nos Nucci¹⁹⁹, devido ao curtíssimo prazo da medida, “torna-se praticamente inviável contestá-la por intermédio da interposição de habeas corpus (não ha tempo hábil para o julgamento pelo tribunal)”. Daí também porque não caber pedido de liberdade provisória em face de decreto da prisão temporária, que é de duração extremamente efêmera e determinada por autoridade judiciária. São institutos incompatíveis. Assim é o que ocorre na prática judiciária, conforme se vê do seguinte julgado:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. COMETIMENTO, EM TESE, DOS DELITOS DO INCISO I DO ARTIGO 1º E ALÍNEA 'I' DO INCISO III DO ARTIGO 1º da Lei 7.960/89 E NO ARTIGO 288 DO CP. PRISÃO TEMPORÁRIA. PRISÃO CAUTELAR. PEDIDO DE REVOGAÇÃO. RELAXAMENTO PELA AUTORIDADE POLICIAL. PERDA DE OBJETO. 1. Revogada a prisão temporária do paciente pela autoridade policial, após a decisão indeferitória da liminar proferida no presente writ, está-se diante de novel situação em que verificada a perda superveniente de objeto da presente impetração. 2. Não mais persistindo a insurgência manifestada pelo impetrante, resultam superados os fundamentos da impetração, que deve ser examinada nos limites da sua propositura, estando, pois, prejudicada a análise do pleito libertatório, não havendo falar em constrangimento ilegal. 3. Prejudicado o exame do habeas corpus.²⁰⁰

Assim, afirma-se haver uma contradição entre a exigüidade do prazo da prisão temporária e a interposição de recurso contra o deferimento da medida, sendo este cabível apenas teoricamente, pois na prática, mostra-se inócuo face ao tempo necessário para o seu processamento. Já com relação ao recurso no caso de crimes hediondos, para os quais a Lei 7.960/89 prevê prazo de até trinta dias, é mais aceitável que possa haver o exame do pedido de liberdade do sujeito de modo tempestivo, tendente a reparar a injustiça de um decreto ilegal.²⁰¹

¹⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. p. 1007

²⁰⁰ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. HC 2009.04.00.030477-6, Oitava Turma, Relator Victor Luiz dos Santos Laus, julgado em 21/10/2009. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em 04.11.2010.

²⁰¹ POVOA, Liberato. **Prisão temporária**. Curitiba: Juruá, 1996. pp. 69-70

No caso de indeferimento do pedido de prisão temporária do Ministério Público ou mesmo do querelante (nos casos de ação penal privada), por analogia, entende-se o cabimento de Recurso em Sentido Estrito, previsto no inciso V do artigo 581 do Código de Processo Penal, apesar da alegada taxatividade de tal dispositivo²⁰², *in verbis*:

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

[...]

V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante;

Nesse sentido, entende-se caber o recurso porque, se cabe o recurso na situação mais abrangente (que é a prisão preventiva), caberá na menos (a prisão temporária). Mas isso só deverá ocorrer em casos excepcionais, quando ficar clara a intenção da lei em abranger a hipótese²⁰³.

2.10 Atual utilização do instituto

Na prática judicial, verifica-se que a prisão temporária tem sido utilizada para fins diversos daqueles para os quais foi concebida. De acordo com o que escreve Miqueloti²⁰⁴, são esses fins, basicamente, os seguintes: “assegurar/preservar as diligências do cumprimento da busca e apreensão e ouvir os investigados”. Segundo esse mesmo autor, ainda, tem o instituto

²⁰² Nesse sentido: FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 115; POVOA, Liberato. **Prisão temporária**. Curitiba: Jurua, 1996. pp. 69-70

²⁰³ Nesse sentido: CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 717

²⁰⁴ MIQUELOTI, Marcelo Adriano. **A prisão temporária e a proporcionalidade**. Em: HIROSE. Tadaaqui; BALTAZAR JUNIOR. José Paulo. **Curso Modular de Direito Processual Penal**. Florianópolis: Conceito Editorial, EMAGIS, 2010. p. 316

sido utilizado como verdadeiro “substituto à prisão preventiva, com menor grau de exigências que esta”²⁰⁵.

Pertinente transcrever, nesse momento, o que ensina o magistrado referido²⁰⁶:

A criação da prisão temporária teve por finalidade facilitar a apuração de crimes graves, mas o que se vê na prática é sua utilização para encobrir o despreparo de nossos setores de investigação e/ou a satisfação de outros objetivos não explícitos.

Quando se decretam prisões temporárias juntamente com o deferimento de buscas e apreensões e, logo após o encerramento destas, as pessoas são liberadas, conclui-se que a prisão só serviu para facilitar o trabalho das equipes encarregadas do cumprimento das buscas. Será que não haveria outra forma de cumprir os mandados de busca e apreensão sem necessitar da prisão dos investigados? Evidente que sim. A utilização de mais pessoal, com melhor articulação e organização, evitaria a perda de qualquer prova.

[...]

Insustentável também a prisão temporária com a única finalidade de ouvir os investigados. Assim, se eles são liberados logo após serem interrogados, a prisão não tem outra finalidade que não **pegá-los de surpresa** e, desta forma, obter uma confissão.

[...]

Outra provável utilização da prisão temporária seria como um meio para ganhar tempo para conclusão do inquérito. Com o flagrante ou com a decretação da prisão preventiva, o encerramento do inquérito deve acontecer em dez dias (quinze dias, prorrogáveis, por uma vez, na Justiça Federal) e, se não cumprido, acarreta constrangimento ilegal. O prazo da temporária não é contado para essa finalidade. Assim, acrescenta-se indevidamente o prazo da

²⁰⁵ MIQUELOTI, Marcelo Adriano. **A prisão temporária e a proporcionalidade**. Em: HIROSE. Tadaaqui; BALTAZAR JUNIOR. José Paulo. **Curso Modular de Direito Processual Penal**. Florianópolis: Conceito Editorial, EMAGIS, 2010. p. 319

²⁰⁶ MIQUELOTI, Marcelo Adriano. **A prisão temporária e a proporcionalidade**. Em: HIROSE. Tadaaqui; BALTAZAR JUNIOR. José Paulo. **Curso Modular de Direito Processual Penal**. Florianópolis: Conceito Editorial, EMAGIS, 2010. p. 324-327

temporária ao do limite para encerramento da instrução policial, mascarando eventual constrangimento ilegal.

Acertadas as palavras de Miquelotti, como se pode ver dos seguintes excertos da esclarecedora ementa, em que, felizmente, a aplicação desvirtuada da prisão temporária não foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. CONVERSÃO DE HC PREVENTIVO EM LIBERATÓRIO E EXCEÇÃO À SÚMULA 691/STF. PRISÃO TEMPORÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA DA PRISÃO PREVENTIVA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PARA VIABILIZAR A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL FUNDADA NA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO PACIENTE. PRESERVAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA. QUEBRA DA IGUALDADE (ARTIGO 5º, CAPUT E INCISO I DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO CAUTELAR COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE (ARTIGO 5º, LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ESTADO DE DIREITO E DIREITO DE DEFESA. COMBATE À CRIMINALIDADE NO ESTADO DE DIREITO. ÉTICA JUDICIAL, NEUTRALIDADE, INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO JUIZ. AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIREITO, DO ACUSADO, DE PERMANECER CALADO (ARTIGO 5º, LXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). CONVERSÃO DE HABEAS CORPUS PREVENTIVO EM HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. (...) PRISÃO TEMPORÁRIA REVOGADA POR AUSÊNCIA DE SEUS REQUISITOS E PORQUE CUMPRIDAS AS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES DESTINADAS À COLHEITA DE PROVAS. **Prisão temporária que não se justifica em razão da ausência dos requisitos da Lei n. 7.960/89 e, ainda, porque no caso foram cumpridas as providências cautelares destinadas à colheita de provas.** PRISÃO PREVENTIVA: Indeferimento,

pelo Juiz, sob o fundamento de ausência de conduta, do paciente, necessária ao estabelecimento de nexos de causalidade entre ela e fatos imputados a outros investigados. Reconsideração com fundamento em prova nova consistente na apreensão de papéis apócrifos na residência do paciente. Insuficiência de provas que se reportam a circunstâncias remotas, dissociadas do contexto atual. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA: D) CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PARA VIABILIZAR, COM A COLHEITA DE PROVAS, A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. Tendo o Juiz da causa autorizado a quebra de sigilos telefônicos e determinado a realização de inúmeras buscas e apreensões, com o intuito de viabilizar a eventual instauração da ação penal, torna-se desnecessária a prisão preventiva do paciente por conveniência da instrução penal. Medidas que lograram êxito, cumpriram seu desígnio. Daí que a prisão por esse fundamento somente seria possível se o magistrado tivesse explicitado, justificadamente, o prejuízo decorrente da liberdade do paciente. A não ser assim ter-se-á prisão arbitrária e, por conseqüência, temerária, autêntica antecipação da pena. O propalado "suborno" de autoridade policial, a fim de que esta se abstinhasse de investigar determinadas pessoas, à primeira vista se confunde com os elementos constitutivos do tipo descrito no art. 333 do Código Penal (corrupção ativa). (...) PRISÃO PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. A prisão preventiva em situações que vigorosamente não a justifiquem equivale a antecipação da pena, sanção a ser no futuro eventualmente imposta, a quem a mereça, mediante sentença transitada em julgado. **A afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade, contemplado no plano constitucional (artigo 5º, LVII da Constituição do Brasil), é, desde essa perspectiva, evidente. Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória a regra é a liberdade;** a prisão, a exceção. Aquela cede a esta em casos excepcionais. É necessária a demonstração de situações efetivas que justifiquem o sacrifício da liberdade individual em prol da viabilidade do processo. ESTADO DE DIREITO E DIREITO DE DEFESA. O Estado de direito viabiliza a preservação das práticas democráticas e, especialmente, o direito de defesa. Direito a, salvo circunstâncias excepcionais, não sermos presos senão após a efetiva comprovação da prática de um crime. Por isso usufruímos a tranquilidade que advém da segurança de sabermos que se um irmão, amigo ou parente próximo vier a ser acusado de ter cometido algo ilícito, não será arrebatado de nós e submetido a ferros sem antes se valer de

todos os meios de defesa em qualquer circunstância à disposição de todos. Tranqüilidade que advém de sabermos que a Constituição do Brasil assegura ao nosso irmão, amigo ou parente próximo a garantia do habeas corpus, por conta da qual qualquer violência que os alcance, venha de onde vier, será coibida. (...) AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. De que vale declarar, a Constituição, que "a casa é asilo inviolável do indivíduo" (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica "devassa". Esses mandados ordinariamente autorizam a apreensão de computadores, nos quais fica indelevelmente gravado tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro usado contra quem se pretenda atingir. De que vale a Constituição dizer que "é inviolável o sigilo da correspondência" (art. 5º, XII) se ela, mesmo eliminada ou "deletada", é neles encontrada? E a apreensão de toda a sorte de coisas, o que eventualmente privará a família do acusado da posse de bens que poderiam ser convertidos em recursos financeiros com os quais seriam eventualmente enfrentados os tempos amargos que se seguem a sua prisão. A garantia constitucional da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV) para nada vale quando esses excessos tornam-se rotineiros. DIREITO, DO ACUSADO, DE PERMANECER CALADO (ARTIGO 5º, LXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). **O controle difuso da constitucionalidade da prisão temporária deverá ser desenvolvido perquirindo-se necessidade e indispensabilidade da medida.** A primeira indagação a ser feita no curso desse controle há de ser a seguinte: em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação? Exclua-se desde logo a afirmação de que se prende para ouvir o detido. Pois a Constituição garante a qualquer um o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII), o que faz com que a resposta à inquirição investigatória consubstancie uma faculdade. Ora, não se prende

alguém para que exerça uma faculdade. Sendo a privação da liberdade a mais grave das constringências que a alguém se pode impor, é imperioso que o paciente dessa coação tenha a sua disposição alternativa de evitá-la. **Se a investigação reclama a oitiva do suspeito, que a tanto se o intime e lhe sejam feitas perguntas, respondendo-as o suspeito se quiser, sem necessidade de prisão.** Ordem concedida. (grifo nosso)²⁰⁷

²⁰⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 95.009/SP. Rel. Min. Eros Grau, julgado em 06.11.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01.11.2010.

Capítulo 3 - Inconstitucionalidade da Medida e possíveis alternativas às medidas penais violadoras da Presunção de Inocência

3.1 Introdução

Como introdução ao presente capítulo, cumpre referir o que bem observou Miqueloti²⁰⁸, com apoio em Luis Virgílio Afonso da Silva, acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade à decretação da prisão temporária, e da dispensabilidade da medida face à existência da prisão preventiva, acabando por concluir pela inconstitucionalidade da medida:

A proporcionalidade contém três elementos: a **adequação**, a **necessidade** e a **proporcionalidade em sentido estrito**, que devem ser aplicados em ordem predefinida. (...)

(...) Dessa forma, “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”.

A prisão temporária foi criada com o objetivo de permitir (facilitar) a investigação de crimes graves. Como se viu, ela teria cabimento quando imprescindível para as investigações do inquérito. Inegável que a prisão de um investigado tende a favorecer, permitir ou facilitar a apuração de um crime. Assim, facilmente se verifica que a medida é adequada, nos termos exigidos pela proporcionalidade, pois longe está em nada fomentar a realização do objetivo.

O segundo elemento da proporcionalidade é a **necessidade**. (...)

Existe(m) medida(s) igualmente eficaz(es), como alternativa(s) à prisão temporária?

²⁰⁸ MIQUELOTI, Marcelo Adriano. **A prisão temporária e a proporcionalidade**. Em: HIROSE. Tadaaqui; BALTAZAR JUNIOR. José Paulo. **Curso Modular de Direito Processual Penal**. Florianópolis: Conceito Editorial, EMAGIS, 2010. pp. 330 e 333

Durante todo o texto procurou-se demonstrar que a prisão temporária para ouvir um investigado não tem cabimento. Primeiro, porque se trata de um direito do investigado/indiciado/acusado. Segundo, porque bastaria uma intimação para prestar depoimento (Nota do Autor: “Poder-se-ia argumentar que com isso o investigado poderia conversar com seus comparsas, bem como obter orientações de seus advogados. Para a primeira situação, o monitoramento legal das conversas telefônicas poderia servir de prova contra ele. Para a segunda, isso nada mais seria do que exercer devidamente seu direito à ampla defesa, que não poderia ser veladamente suprimido e/ou reduzido com a finalidade de obter declarações contrárias ao interesse do emissor (efeito surpresa). Se o Estado precisa que o investigado seja compelido, direta ou indiretamente, a produzir prova contra si, alguma coisa na investigação está errada...”). Assim, para tanto, ela não é necessária.

Quando utilizada como instrumento facilitador da realização das buscas e apreensões, igualmente não passa pelo teste da necessidade. Se, de uma maneira geral, a busca e apreensão serve para colher qualquer elemento de convicção e isso é imprescindível para as investigações, não há necessidade da prisão para tanto. A falta de estrutura estatal ou de organização na realização das diligências não pode ser suprida/mascarada pela prisão dos investigados. Por outro lado, se realmente a liberdade estiver comprometendo a persecução penal, poderá ser decretada a prisão preventiva para a conveniência da instrução. Como se vê (...), existem outras medidas infinitamente menos limitadoras ao direito de liberdade que permitem uma investigação eficaz.

Por último, o elemento da **proporcionalidade em sentido estrito** que [...] *consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. [...] Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional. (...)*

Conforme enfocado, a análise da proporcionalidade em sentido estrito somente ocorrerá se ultrapassadas as duas fases anteriores da adequação e da necessidade. Como foi possível demonstrar que a prisão

temporária não passa pelo teste da necessidade, é dispensável a verificação do último elemento da proporcionalidade.

Por isso, é possível afirmar a inconstitucionalidade da prisão temporária, por ser ela desproporcional.

Passa-se, portanto, ao estudo dos motivos que tornariam a prisão temporária medida inconstitucional.

3. 2 Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra a Lei 7.960/89

Como já referido no ponto 2.2 do presente trabalho, a Lei da Prisão Temporária foi instituída após longa discussão acerca de sua real necessidade e em meio a um período conturbado da história brasileira, vale dizer, com origem no período da ditadura militar, sendo, durante todo o período de sua vigência muito contestada pela doutrina e jurisprudência nacionais.

Como consequência da instituição conturbada da medida, inicialmente, ingressou no Supremo Tribunal Federal, em 1989, a Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido liminar nº 162, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil em face da aprovação da Lei 7.960/89. A ação declarava ser a medida inconstitucional, por vício formal, devido ao seu modo de aprovação, uma vez que tal ocorrera indiretamente por Medida Provisória, e não por lei formal, como prevê o atual art. 62, da Constituição brasileira, bem como devido ao seu conteúdo de caráter notadamente antidemocrático, por violador dos direitos e garantias fundamentais. Na época do ajuizamento da Ação, no art. 62 da Constituição Federal brasileira não estava expressa a vedação de Medidas Provisórias tratarem sobre matéria de Direito Penal e Processual Penal. No entanto, ao decidir o pedido liminar, nessa ADI, acertadamente, o Ministro Celso de Mello aduziu:

O sistema de tutela constitucional das liberdades, por sua vez, opõe-se à disciplina restritiva do **status libertatis**, passível, apenas, de ação

legislativa no Congresso Nacional. A normação extraordinária, veiculada mediante medidas provisórias, não pode incidir sobre temas concernentes ao próprio **status libertatis**. A liberdade só pode sofrer condicionamentos normativos quando autorizados, estes, por Lei formal e não mais por mera decisão unilateral emanada do Chefe do Poder Executivo da União²⁰⁹

Diz-se acertadamente, dado que a redação do art. 62 foi alterada pela EC nº 32/2001, para vedar expressamente que esse tipo de matéria fosse veiculada por meio de medidas provisórias. Além disso, a jurisprudência do Supremo atualmente não vê mais a conversão da medida provisória em lei como obstáculo para analisar o vício formal da Medida Provisória²¹⁰, coisa que levou à perda do objeto da referida ADI na época. Assim dizia a ementa do julgamento definitivo da ADI 162:

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Medida Provisória n. 111/89. - Não tendo sido convertida em lei a Medida Provisória atacada pela presente ação direta, perdeu ela, retroativamente, a sua eficácia jurídica pelo transcurso do prazo para a sua conversão, e, assim, por via de consequência, perdeu esta ação o seu objeto. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece por estar prejudicada em virtude da perda de seu objeto.²¹¹

Posteriormente a essa ação, em 15/07/2008, foi a vez do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) ingressar com Ação idêntica, postulando a inconstitucionalidade da Lei da Prisão Temporária, por violadora dos direitos e garantias do cidadão e inconcebível no Estado de

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 162/DF. Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 02.08.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 26.08.2010.

²¹⁰ Nesse sentido: “EMENTA: Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida Provisória nº 144, de 10 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 1971, 8.631, de 1993, 9.074, de 1995, 9.427, de 1996, 9.478, de 1997, 9.648, de 1998, 9.991, de 2000, 10.438, de 2002, e dá outras providências. 2. Medida Provisória convertida na Lei nº 10.848, de 2004. Questão de ordem quanto à possibilidade de se analisar o alegado vício formal da medida provisória após a sua conversão em lei. **A lei de conversão não convalida os vícios formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade.** Questão de ordem rejeitada, por maioria de votos. Vencida a tese de que a promulgação da lei de conversão prejudica a análise dos eventuais vícios formais da medida provisória. 3. Prosseguimento do julgamento quanto à análise das alegações de vícios formais presentes na Medida Provisória nº 144/2003 (...).” Em: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3090/DF MC, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 11/10/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 13.11.2010.

²¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 162/DF. Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 02.08.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 26.08.2010.

Direito brasileiro. Estamos falando da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4109/DF, cujos fundamentos não diferem em muito da medida anterior.

Acerca do instituto, destaca, na Inicial, o Partido Trabalhista que "a prisão temporária, conhecida como prisão para averiguações, foi rejeitada pelo governo dos militares, por haver sido considerada flagrantemente antidemocrática", mas que, "por ironia do destino, estranhamente acabou sendo instituída sob a égide da atual Constituição Cidadã de 1988"²¹². Lembremos que a Lei que instituiu a prisão temporária teve origem na Medida Provisória nº 111/89, cujo texto foi inspirado em um Projeto de Lei²¹³ anterior à Constituição de 1988 e repellido pelo próprio governo militar por ser patentemente antidemocrático.

Argumenta-se na Ação, ainda, a redação imprecisa da lei, provocadora de controvérsias no meio jurídico e violadora da garantia do devido processo legal, ultrapassando a razoabilidade dos objetivos que busca.

Outra afirmação feita pelo Partido diz à ineficácia prática da Lei 7.960, dado que "a prisão temporária serve, de fato (...), para produzir tão somente grande repercussão na mídia, gerando a falsa impressão de que tudo foi resolvido"²¹⁴, continuando em outro trecho que "essa malfadada Lei 7.960, havendo entrado em vigor desde o dia 21 de dezembro de 1989, efetivamente, não apresentou até agora um resultado favorável no que se refere à diminuição da criminalidade"²¹⁵.

Outro ponto do pedido diz à ofensa às cláusulas pétreas da Constituição de 1988. Nesse ponto, está escrito:

(...) a redação imprecisa do art. 1º, incisos I, II e III da Lei 7.960, ora impugnado, vem provocando infundáveis controvérsias nos meios jurídicos, em razão do desatendimento da garantia do devido processo legal ("*due process of law*"), pois, o ato normativo, no ponto, é considerado

²¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4109/DF. p. 6. Aguardando julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 26.08.2010.

²¹³ Estamos falando na proposta de reforma do Código de Processo Penal de 1941, Projeto de Lei nº 1.655-B, de 1983, o qual tentou introduzir no ordenamento pátrio a chamada "Prisão para Averiguações".

²¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4109/DF. p. 6. Aguardando julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 26.08.2010.

²¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4109/DF. p. 6. Aguardando julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 26.08.2010.

desarrazoado para os objetivos que busca excedendo, inequivocamente, os limites da razoabilidade havendo *in casu*, agressão à cláusula do devido processo legal material (C.F., art. 5º, LIV), *in verbis* (...).²¹⁶

E segue, dessa vez, com relação à violação do direito à liberdade provisória do investigado:

Ademais, há inconstitucionalidade em face do direito à liberdade provisória, referido no art. 5º, LXVI, da Constituição da República, nos termos previstos no art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, tendo em conta que a criação dessa modalidade de detenção, *in casu*, com menos pressupostos ou requisitos do que estabelecido pela prisão preventiva, é, sem dúvida, inconstitucional. A custódia acauteladora há de ser tomada como exceção. Cumpre interpretar os preceitos que regem de forma restrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos (...), cf. art. 5º, LXVI, da Constituição.²¹⁷

Refira-se, ainda, de relevo para o presente trabalho, o argumento da citada Ação que diz à incompatibilidade da Lei 7.960/89 com a legislação internacional sobre direitos humanos, apoiada pelo §3º do art. 5º da Constituição de 1988. Diz o texto:

É de sabença comum que o Brasil é signatário desses tratados (Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos). Assim, de acordo com a Suprema Corte, são atos normativos superiores às leis ordinárias, *in casu*, a Lei 7.960/89 que trata da Prisão Temporária e, portanto, essa lei inspirada originalmente em uma Medida Provisória, está em confronto com o contido no artigo 7º, 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), que garante a todas pessoas o direito à liberdade, proibindo que

²¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4109/DF. p. 7. Aguardando julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 01.11.2010.

²¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4109/DF. p. 10. Aguardando julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 01.11.2010.

alguém seja privado de sua liberdade física, a não ser “pelas causas previamente fixadas pelas condições políticas dos Estados-Partes”.²¹⁸

Por fim, a Ação afirma, como fundamento do pedido, “por arrastamento consequencial”²¹⁹, a inconstitucionalidade dos demais dispositivos da Lei 7.960/89.

Assim, pede que o STF declare a inconstitucionalidade da Lei 7.960/89, com as alterações produzidas pelas Leis 8.072/90 e 11.464/07, com pedido cautelar, por entender presentes os requisitos cautelares do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* pela só vigência da Lei 7.960/89, alegando ser a prisão temporária

“campo fértil para macular e violar “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem” dos cidadãos, fazendo *tabula rasa* do art. 5º, inciso X da Constituição Federal, configurando-se como uma imposição legal inconstitucional, abrupta e de extremo rigor, que em última análise, converte-se numa *pena sem processo* e sem supedâneo na mais absoluta conveniência ou na maior necessidade”

Por isso mesmo, há que se ter em mente, sobretudo, que a presunção constitucional de inocência ou a presunção de não-culpabilidade inscrita no art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal é de todo vilipendiada e “explodida”, pela Lei da Prisão Temporária, quando *ex-lege* determina a “detenção de cidadãos pela suposta prática de certas infrações penais não violentas”, submetendo-os a constrangimentos e até execração pública em razão de atividade que desempenham em entes de caráter privado ou público.²²⁰

Em despacho, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, considerando a relevância da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4109, decidiu não analisar o pedido de liminar e determinou que o julgamento da ação acontecesse

²¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4109/DF. p. 10. Aguardando julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 01.11.2010.

²¹⁹ Expressão utilizada na Petição Inicial da própria ADI 4109/DF. p. 14

²²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4109/DF. pp. 16-17. Aguardando julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 01.11.2010.

diretamente no mérito, conforme admite o artigo 12 da Lei 9868/99, encaminhando o processo à Advocacia Geral da União (AGU), para que se manifestasse no prazo de cinco dias.

Daí por diante, conforme consta em consulta processual eletrônica feita através do *site*²²¹ do Supremo Tribunal Federal, sabe-se que já houve a apresentação de Defesa pela Advocacia-Geral da União, manifestação da Procuradoria-Geral da República (PGR), em 02/03/2009, em parecer contrário ao pedido inicial, bem como, o pedido de inclusão no feito do Grupo Tortura Nunca Mais, na qualidade de litisconsorte ativo, em 12/05/2010.

Assim, atualmente, aguarda-se pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4109, que, ao que tudo indica, como pudemos ver no presente trabalho, coadunando-se com a posição doutrinária e jurisprudencial majoritárias acerca do assunto, declarará a inconstitucionalidade da Lei 7.960/89, banindo-a do ordenamento jurídico nacional. Ademais, como se pode ver durante o presente estudo, a prisão temporária tem raramente sido objeto de decisões judiciais, uma vez que sempre superada pela superveniência da prisão preventiva.

Assim também entende-se nesse trabalho, dado não ser concebível outra solução, que não o banimento do instituto da prisão temporária, a qual representa verdadeiro retorno da chamada “prisão para averiguações”, como já estudado noutros pontos do presente escrito, em meio ao atual Estado Democrático de Direito em que vivemos, cujo fundamento constitucional, dentre outros, é a dignidade da pessoa humana, forte no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna brasileira, nesse dispositivo abarcada, inclusive, a liberdade individual do cidadão.

Parte-se, agora, para a análise mais detida dos motivos que tornam a prisão temporária medida desnecessária e inconstitucional.

²²¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2629686>>
Acesso em 01.11.2010

3.3 Ausência de caráter cautelar da Medida: Possível/iminente banimento do instituto, face à existência da preventiva

Como se pode ver ao longo do presente trabalho, a prisão temporária, a despeito de prevista como medida cautelar e assim entendida por parte da doutrina e mesmo da jurisprudência pátrias, não possui o necessário caráter instrumental típico das cautelares pessoais do processo penal²²². Isso porque, como se depreende do artigo 1º, inciso I da Lei 7.960/89, é a prisão temporária prevista única e exclusivamente para utilização durante a fase policial das investigações, quando ainda não há a formação de um processo judicial, representando, assim, verdadeira antecipação da pena.

Segundo Povoá²²³, “o resguardo das provas, elementos, pessoas e situações durante o inquérito policial são de natureza administrativa, e não cautelar, pois ainda não há sequer perspectiva de decisão de mérito a ser assegurada”, concluindo que “a prisão temporária é uma medida judicial odiosa, provisória e de cunho administrativo, pois apesar de ser decretada judicialmente, seu caráter é nitidamente inerente a um poder de polícia administrativa balizado pelo juiz”.

Odone Sanguiné²²⁴, a esse respeito, reproduzindo o entendimento do Tribunal Constitucional Espanhol, informa ter esta Corte vedado a utilização da prisão com a finalidade de impulsionar a investigação do delito ou obter provas ou declarações, de modo a exceder os limites constitucionais à privação da liberdade, uma vez que a prisão não “pode ter caráter retributivo de uma infração que ainda não foi juridicamente estabelecida”.

Ainda assim, caso justificáveis os requisitos da prisão temporária, mostrar-se-ia a medida dispensável ao ordenamento jurídico brasileiro, face à existência da prisão preventiva, a qual exige os requisitos cautelares fundamentais para a sua decretação. Nesse sentido, a opinião de Alves Moreira²²⁵:

²²² Nesse sentido: MOREIRA, David Alves. **Prisão provisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. pp. 73-74

²²³ POVOA, Liberato. **Prisão temporária**. Curitiba: Jurua, 1996. p. 57

²²⁴ SANGUINE, Odone. **Prisión provisional y derechos fundamentales**. 2003. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 434

²²⁵ MOREIRA, David Alves. **Prisão provisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 97

Não há, considerando os seus fundamentos, qualquer lacuna a ser suprida que as prisões já existentes não sejam suficientes, principalmente porque o seu principal fundamento, que eleva a investigação policial como razão de ser da própria prisão, é insustentável. Além do que, a prisão temporária, mesmo com outra roupagem, não deixa de ser uma prisão para averiguações, sempre repelida pela doutrina e jurisprudência.

[...]

Se se trata de investigação, a medida excepcional não se mostra necessária, considerando, inclusive, que a investigação poderá tomar outros rumos, totalmente contrários aos sugeridos no seu início; e ainda, caso a medida fosse de fato necessária, verificar-se-iam os fundamentos específicos da preventiva como condição à prisão, o que a distanciaria de qualquer necessidade específica para uma investigação policial.

Esse mesmo autor²²⁶, discorrendo sobre a legitimidade de cada um dos requisitos da prisão temporária e sua descabida utilização, explica com lucidez:

Dos fundamentos que autorizam a sua decretação, não podemos afirmar serem justificáveis nenhum deles, pois, se de um lado as prisões já existentes não possam ser utilizadas frente às situações que se aproximam das que autorizam a prisão temporária, de outro lado elas não se justificam frente aos pressupostos das cautelares, cuja necessidade para a aplicação da medida excepcional, se impõe.

O primeiro fundamento que autoriza a decretação da prisão temporária refere-se a sua imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial.

Inobstante a importância de se ter condições para se apurar os fatos tal como ocorreram ou o mais próximo possível da realidade, as investigações oriundas do inquérito policial não apresentam as características próprias do processo, enquanto instrumento capaz de levar a um decisório. As investigações levam, sim, a hipóteses sobre o fato a ser apurado e, portanto, as alternativas para a solução do crime, que serão analisadas e eliminadas

²²⁶ MOREIRA, David Alves. **Prisão provisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 97

durante a fase processual, quando os meios de defesa nas suas diversas modalidades contribuirão para a elucidação dos fatos.

Injustificável um decreto de prisão numa situação de amplas possibilidades para a apuração dos fatos, e jamais imprescindível quando se trata de mera investigação, mesmo porque elas devem se dar nas situações em que se encontram, sem interferências diretas que possam vir a alterá-las.

De outro lado, ainda, temos que os pressupostos das cautelares, *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, não se encontram na fase de investigações, pois que os fatos ainda estão por serem apurados, de forma que, ausentes esses pressupostos, a medida excepcional se mostraria desnecessária.

Daí que o só fato de sua utilização já é suficiente para se falar em danos, independente do período da prisão ser curto ou não.

Quanto ao segundo fundamento, não é preciso muito esforço para se ver a total desnecessidade de uma prisão pelo só fato de o indivíduo não ter residência fixa.

Não se pode vincular tal condição ao cerceamento da liberdade do indivíduo sob pena de estarmos construindo um “direito do absurdo”, pois numa sociedade onde poucos possuem casa própria e muitos sequer têm onde morar, utilizar esse argumento tão frágil para decretar uma prisão, seria cometer um grande injustiça. Além do que, pouco importa ter ou não residência fixa quando o que está em questão é a prisão, considerando que ela está ligada a uma série de condições que a limitam como última medida a ser tomada e, portanto, quando extremamente necessária, o que não é o caso.

[...]

O terceiro e último fundamento fala em “fundadas razões” referente a autoria de alguns crimes.

Ora, “fundadas razões” serão as utilizadas pelo magistrado por ocasião da sentença e não na fase de investigações, quando os fatos estão sendo apurados.

Admitir a prisão frente a esse fundamento seria relegar a um segundo plano o valor do contraditório, já que o indiciado nenhuma participação teve na formação daquelas razões, mas que são capazes de sustentar a prisão. Não há

que se falar em fundadas razões na fase de investigação. Somente é possível falar em “fundadas razões” quando a investigação tiver sido concluída, os fatos apurados e as partes envolvidas se manifestado.

Outra opinião dominante na doutrina, defensora da inconstitucionalidade da medida, é no sentido de a prisão temporária caracterizar-se como verdadeiro abuso do poder do estado, que primeiro prende o indivíduo, para depois investigá-lo. Assim é a doutrina, por exemplo, de Rangel²²⁷, ao afirmar que a prisão temporária não pode permanecer no Estado Democrático de Direito como meio de investigação, para saber se o indiciado efetivamente cometeu o delito, dado que, se houvesse elementos de convicção suficientes no inquérito policial, este estaria concluído, e o Ministério Público poderia oferecer a denúncia e, se entendesse necessário, representar pela prisão preventiva do denunciado. Ademais, é direito assegurado constitucionalmente, a garantia de não autoincriminação, pelo que poderá o acusado permanecer calado, sem que possa ser punido por isso.

Como medida violadora da presunção de inocência, a prisão temporária também não se justificaria. Assim ensina Campos Barros²²⁸, com suas acertadas palavras, acerca dos limites impostos por esse princípio à utilização de prisões cautelares:

Devem ser evitados os riscos, tais como os da pessoa implicada ter a possibilidade de subtrair-se da justiça; falsificar as provas e obstacular por qualquer outro meio a investigação de verdade, assim mesmo, deve-se tratar de impedir que o culpado ou fortemente suspeito torne a reincidir ou cometer a infração. Mas o problema em si não reside em demonstrar a necessidade desses meios de restrição. É nos *limites*, que devem prevenir-se os abusos e impedir um alcance injusto para a liberdade e a segurança da pessoa. Por outro lado, a situação é mais difícil de regulamentar diante de um princípio garantido pela maioria das constituições e dos códigos, firmado pela Declaração dos Direitos do Homem (art. 11): “toda pessoa acusada de um ato delituoso *presume-se* inocente até ser estabelecida a sua culpabilidade”; o que significa que uma prisão ou detenção anterior à declaração judicial de culpabilidade “constitui de qualquer maneira uma anomalia”. Assim, embora

²²⁷ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 827

²²⁸ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 92

se compreenda o alcance desse princípio, que se pode dizer universal, nem todas constituições fazem dele garantia individual, expressa nos respectivos textos, adotando uma série de princípios, que importam uma verdadeira limitação ao uso da prisão cautelar, tal como ocorre em nosso sistema constitucional (art. 153, §§ 4º, 12, 14, 15, 16 e 20). Atentos a esses preceitos, é certo que o processo deverá amoldar-se ao sistema acusatório, no qual as condições, os limites e o procedimento da prisão são regulamentados com respeito a esses mesmo princípios.

Esse também é o entendimento da Suprema Corte brasileira, como se depreende do interessante e elucidativo julgado, o qual vale novamente ser referido, no que toca à (des)necessidade do corpo do investigado para a investigação do delito:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. (...) PRISÃO CAUTELAR COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE (ARTIGO 5º, LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ESTADO DE DIREITO E DIREITO DE DEFESA. COMBATE À CRIMINALIDADE NO ESTADO DE DIREITO. ÉTICA JUDICIAL, NEUTRALIDADE, INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO JUIZ. AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIREITO, DO ACUSADO, DE PERMANECER CALADO (ARTIGO 5º, LXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). CONVERSÃO DE HABEAS CORPUS PREVENTIVO EM HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. (...) **O controle difuso da constitucionalidade da prisão temporária deverá ser desenvolvido perquirindo-se necessidade e indispensabilidade da medida. A primeira indagação a ser feita no curso desse controle há de ser a seguinte: em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação?** Exclua-se desde logo a afirmação de que se prende para ouvir o detido. Pois a Constituição garante a qualquer um o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII), o que faz com que a resposta à inquirição investigatória consubstancie uma faculdade. Ora, não se prende alguém para que exerça uma faculdade. Sendo a privação da liberdade a mais grave das constringências que a alguém se pode impor, é imperioso que o paciente dessa

coação tenha a sua disposição alternativa de evitá-la. Se a investigação reclama a oitiva do suspeito, que a tanto se o intime e lhe sejam feitas perguntas, respondendo-as o suspeito se quiser, sem necessidade de prisão. Ordem concedida. (grifo nosso)²²⁹

O mestre Tourinho Filho²³⁰ também afirma que sobre o prisma da presunção de não culpabilidade, a Lei 7.960/89 "é supinamente inconstitucional", qualificando-a de medida odiosa, fulminado ao final de seus comentários acerca da malfada lei: "Ademais, a medida é tão estúpida, que, se realmente não houver necessidade para sua decretação, nem haverá tempo para jugulá-la mercê de um *habeas corpus*: primeiro porque em face da exigüidade do tempo e, em segundo lugar, porque em sede de *habeas corpus*, normalmente, não se faz um exame analítico das provas".

Assim, dois interessantes julgados do Tribunais Superiores brasileiros demonstram não haver mais espaço à prisão temporária no ordenamento pátrio²³¹. São eles:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO EM DADOS CONCRETOS. AUSÊNCIA. ART. 387, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. ORDEM CONCEDIDA. 1. As **prisões provisórias ou processuais** – aí incluídas as prisões em flagrante, preventiva, **temporária**, decorrente de sentença condenatória recorrível e decorrente de sentença de pronúncia – devem, sob pena de constrangimento ilegal, cingir-se, fundamentadamente, aos termos do art. 312 do CPP. 2. A prisão decretada sem a devida fundamentação deve ser imediatamente relaxada, à luz dos arts. 5º, LXI e LXV, e 93, IX, da Constituição Federal. 3. O art. 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei

²²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 95.009/SP. Rel. Min. Eros Grau, julgado em 06.11.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01.11.2010.

²³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 4. ed., rev., atualiz. e aument. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 355

²³¹ Registre-se, no entanto, que há, atualmente, entendimento contrário na Corte Superior de Justiça, segundo os seguintes precedentes: HC 125.318/SP, Rel. Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, julgado em 17/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01.11.2010; HC 91.345/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 16/09/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01.11.2010; HC 10.920/SP, Rel. Ministro Jorge Scartezini, Quinta Turma, julgado em 17/02/2000, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01.11.2010.

11.719, publicada em 23/6/08, determina que o magistrado, ao proferir sentença condenatória, deverá, fundamentadamente, decidir sobre a necessidade de manutenção ou, se for o caso, de imposição de prisão preventiva ou outra medida cautelar.

4. Proferida a sentença condenatória em 4/11/08, impunha-se ao Juízo de primeiro grau fundamentar, em dados concretos, a manutenção da custódia cautelar do paciente. 5. Ordem concedida para relaxar a prisão cautelar do paciente, por não estar abrigada sob o pálio da legalidade, visto carecer de fundamentação, determinando sua imediata soltura, se por outro motivo não estiver custodiado. (grifo nosso)²³²

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO DOLOSO. ART. 121, § 2º, IV, DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTO CONCRETO QUE JUSTIFIQUE A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONFIGURAÇÃO. INSTRUÇÃO CRIMINAL FINDA. ANDAMENTO PROCESSUAL REGULAR. AUSÊNCIA DE CONTURBAÇÃO DO AMBIENTE PRISIONAL. AMEAÇA DE TESTEMUNHAS. INOCORRÊNCIA. CO-RÉUS QUE, ADEMAIS, FORAM LIBERTADOS PARA RESPONDEREM AO PROCESSO EM LIBERDADE. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. PACIENTE SEM CONDENAÇÃO CRIMINAL ANTERIOR. I - A prisão preventiva deve ser reavaliada de tempos em tempos, tendo em vista que se modifica a condição do réu ou do indiciado no transcurso da persecutio criminis. II - Inadmissível que a finalidade da custódia cautelar seja desvirtuada a ponto de configurar antecipação de pena. A gravidade do delito e a existência de prova de autoria não são suficientes para justificar a prisão preventiva. III - No caso, a instrução criminal findou-se, e o paciente foi pronunciado juntamente com outros co-réus na mesma ação e que respondem em liberdade à acusação a eles imputada. Manutenção da custódia do paciente representaria ofensa ao princípio da igualdade. IV - Paciente que, ademais, não ameaçou testemunhas nem conturbou a instrução

²³² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 12.799-1/RJ**. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 08.09.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01.11.2010.

criminal, além de não ter sido condenado em processo-crime anterior. V - Ordem concedida.²³³

Assim, outro caminho não há, senão o julgamento da ADI nº 4.109, declarando a inconstitucionalidade da prisão temporária, pelos já referidos motivos aqui esposados.

3.4 Aplicação indevida de medida cautelar e presunção de inocência

Segundo Alves Moreira²³⁴, as garantias estabelecidas na Constituição representam o tratamento a que tem direito o acusado. Em não sendo respeitadas tais garantias, reveste-se, o acusado, de direitos que superam o próprio texto ordinário, como o direito à reparação pelos danos que venham a sofrer em razão de medidas provisórias posteriormente à demonstração de terem sido desnecessárias. Assim traduz-se a reparação pelo erro judiciário do Estado ao imputado, que pode ocorrer tanto em sede de medidas cautelares, como em sede do processo principal. A despeito disso, o autor faz ainda, com apoio em Romeu Pires de Campos Barros, a distinção entre o erro ocorrido na sentença condenatória, e o erro em virtude da aplicação indevida de medida cautelar:

Naqueles casos de danos anteriores à sentença, assim reconhecidos em função dessa ser absolutória, preferimos falar em aplicação indevida de medidas cautelares.

[...]

A existência de um sentença penal condenatória é condição indispensável na caracterização do erro judiciário propriamente dito.

²³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 90.464/RS**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 10.04.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01.11.2010.

²³⁴ MOREIRA, David Alves. **Prisão provisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 107

[...]

A ocorrência do erro nas decisões condenatórias, pelo que se pode inferir, acarreta gravíssimos prejuízos ao condenado. Atribuir-lhe a prática de um delito, posteriormente comprovado ter sido outro o seu autor, significa submetê-lo à condição de culpado, ferindo-lhe a moral e atingindo o seu patrimônio.

Não se trata, no entanto, de medida cautelar indevida, uma vez que essa tem por base uma sentença absolutória, e o erro judiciário uma sentença penal condenatória

Por esses motivos os casos de erro judiciário ensejam reparação e ao Estado caberá arcar com as consequências das decisões danosas proferidas pelos seus representantes

[...]

A sentença penal absolutória, portanto, constitui a condição primeira à constatação de ter sido indevida a aplicação da medida cautelar, e somente diante dessa confirmação é que podemos falar em reparação dos danos por ela causados.²³⁵

Ainda, em relação à desnecessidade da medida, em especial, da prisão temporária:

Essas medidas provisórias, por sua vez, reforçam a ideia de que tais prisões constituem um “mal necessário”. No entanto, essa “necessidade” somente será confirmada se o decreto definitivo for condenatório pois, do contrário, verificar-se-á que aquela prisão anterior à sentença constitui um mal “desnecessário”, portanto, passível de responsabilização e consequente reparação.

[...]

Por tudo isso é que, em casos de prisões provisórias, é grande o risco de se manter preso aquele que não foi definitivamente julgado, acabando por

²³⁵ MOREIRA, David Alves. **Prisão provisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. pp. 79-80; 83

antecipar, de fato, uma pena que não se sabe ao certo se é justa ou se o acusado a merece.²³⁶

[...]

A ausência total de necessidade da medida, já que as prisões existentes respondem aos requisitos que a autorizam, constitui, assim, o fundamento de sua indevida aplicação, ou seja, mesmo em havendo uma previsão legal, que é a Lei nº 7.960/89, não se justifica deva ela ser utilizada, pois que totalmente inócua e inconstitucional.

A rigor, o só fato de sua decretação constitui razão para a reparação do dano, independentemente do preenchimento ou não de seus requisitos.

[...]

Não se justifica um decreto de prisão quando o que se procura é justamente a apuração dos fatos através da investigação.

Sobre a ocorrência do erro judiciário e sua particularidade nas medidas cautelares pessoais penais, devido aos seus requisitos, oportuno referir a doutrina de Romeu Pires de Campos Barros²³⁷:

O processo cautelar apresenta peculiaridades atentas a sua finalidade, e cujo procedimento é célere, por ter característica a *urgência* e a *provisoriedade*, sendo as decisões nele proferidas ao *estado do ato*; tanto que Calamandrei, ao conceituá-lo, afirma que o objetivo do processo de conhecimento é conduzir a um julgamento bom e certo, mas como não se pode conseguir isso com rapidez, usa-se para assegurar o resultado daquele as medidas cautelares, deixando o problema da certeza para as repousadas formas da decisão final. Assim, o processo cautelar desenvolve-se nesse campo movediço, onde o problema do erro apresenta-se com mais assiduidade de que no processo de conhecimento. Daí por que o erro pode manifestar-se não só nos seus pressupostos basilares, como na avaliação *fática* desses

²³⁶ MOREIRA, David Alves. **Prisão provisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. pp. 84-85, 98.

²³⁷ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 506

pressupostos. A ocorrência do “periculum in mora” como o “fumus bonis juris” que justificam a aplicação da medida cautelar podem apresentar-se de forma a induzir o magistrado a uma falsa concepção de tais requisitos, levando-o ao erro.

E sobre o ônus de tal erro, continua:

Se é certo que a principal finalidade do processo penal reside na repressão da delinquência, no interesse da coletividade, menos certo não é que deve-se nele velar pelos direitos de liberdade do cidadão. Por isso o direito do Estado de impor a ordem jurídica desenvolve-se através do processo, e surge da prática de um fato aparentemente criminoso, mas se nessa operação que tem início e um fim sacrificar direitos fundamentais de um de seus membros, justo não é que a errônea operação realizada, por um de seus órgãos, quando causou injustos prejuízos ao suposto culpado, sejam estes suportados, apenas pelo último, quando certo é dividir os riscos entre ambos.²³⁸

Em um comparativo com as medidas cautelares do processo civil, demonstra o mestre, citando Basileu Garcia, o elevado grau de interferência que causa a medida penal, de modo a se mostrar insuficiente qualquer tipo de reparação à privação da liberdade pessoal:

Estudados os diversos aspectos da tutela cautelar penal, o que se verifica é que a prisão provisória, como uma espécie desse gênero, representa, no processo penal, do lado estrutural, verdadeira e própria antecipação do efeito definitivo daquele, sabido que o nosso direito positivo manda computá-la na contagem do tempo da pena privativa de liberdade (art. 34, do C. Penal – atual art. 42: *Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*).

Ocorre que, relativamente às outras medidas cautelares, notadamente as do processo civil e aquelas que importam coerção real, opera vantajosamente o instituto da reparação e do ressarcimento econômico do dano resultante da

²³⁸ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 508

ineficácia do processo principal. Enquanto, para estas, o risco proveniente do resultado do processo é nenhum, mesmo quando falhe o juízo de previsão em que se assenta a decretação da medida cautelar, a prisão provisória, importando um sacrifício da liberdade pessoal, que é o bem mais precioso do homem, nenhuma reparação admite, visto que, evidentemente, não se pode cancelar retroativamente o sofrimento de que foi ela causadora.²³⁹

A conclusão acerca desse ponto, parece ser acertada nas palavras de Bettioli, referido por Romeu Pires de Campos Barros, propondo, mais que um tratamento adequado ao imputado, uma nova concepção de justiça:

É oportuno concluir lembrando este pensamento de Bettioli: “Fala-se hoje muito da necessidade de “humanizar” o Direito Penal, mas essa humanização só pode ser entendida no quadro de uma concepção de justiça, que é a única capaz de salvar o valor moral do indivíduo de todo e qualquer arbítrio, quer seja contra ele, quer seja, até, a seu favor. A justiça é ofendida e, por conseguinte, a ordem é violada, não só quando se faz sofrer ao indivíduo mais que aquilo que ele, em concreto, merece, mas também na hipótese de o fazer pagar menos ou até de se lhe dar completamente o que é devido, quando isso é contrário a uma fundamental exigência social.”²⁴⁰

Assim, o erro decorrente da aplicação indevida de medidas cautelares, além de afrontar a presunção de inocência, por consequência, mostra-se violador dos demais direitos e garantias fundamentais inerentes ao processo penal, tais como o postulado do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, dentre outros²⁴¹.

²³⁹ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. pp. 84-85

²⁴⁰ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 522

²⁴¹ Nesse sentido: MOREIRA, David Alves. **Prisão provisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. pp. 79-80

3.5 Medidas alternativas à decretação das medidas cautelares pessoais

Como tivemos a oportunidade de verificar durante este trabalho, a imposição da custódia cautelar, em especial da prisão temporária, somente se legitima mediante determinadas circunstâncias, estritamente necessárias, quando, ao contrário, não se a considera medida inconstitucional. No caso da prisão temporária, além dos requisitos gerais de toda medida cautelar, como o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, é preciso que se conjuguem, pelo menos, segundo a maioria da doutrina nacional, dois outros requisitos previstos no art. 1º da Lei 7.960/89, quais sejam, a prática de crime específico e a imprescindibilidade para as investigações policiais ou a inexistência de residência fixa ou identificação do indiciado. Ainda, assim, a medida é vista como odiosa por grande parte dos juristas e doutrinadores, por ainda representar violação às garantias do estado de inocência do investigado, do devido processo legal, do contraditório e de tantas outras asseguradas no Texto Constitucional. Nas palavras de Campos Barros²⁴², “essa necessidade da presença do acusado ao processo é muito relativa, e, em confronto com o sofrimento ocasionado pela prisão provisória, representa enorme desproporção entre o meio adotado e o resultado conseguido”.

Por esse motivo e também por concordar com essa parte da doutrina acerca da inconstitucionalidade da prisão temporária, sugere-se nesse ponto, algumas medidas alternativas à decretação de prisões cautelares, em especial, repita-se, à prisão temporária, como formas de maior observação aos direitos do investigado e respeito aos valores e objetivos do atual Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, interessante o que referiu Alves Bento²⁴³, acerca de alternativas à prisão cautelar:

Nos casos de decretação de prisão preventiva, como eventual ofensa ao estado de inocência, deveria o legislador possibilitar ao magistrado impor alternativas à decretação de prisões cautelares, respeitando a peculiaridade de cada caso, como já utilizado em países como Portugal, França, por meio da utilização do sistema de vigilância eletrônica, através de pulseiras (Nota explicativa do autor: “o regime de vigilância eletrônica é um sistema alternativo para se evitar a custódia cautelar do suspeito, deixando esta

²⁴² BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 91.

²⁴³ BENTO, Ricardo Alves. **Da Presunção de Inocência no Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 17

medida excepcional para os casos realmente necessários, para que o magistrado, observando os requisitos da medida cautelar, decida fundamentadamente sobre o encarceramento cautelar ou não, enquanto não houver pronunciamento definitivo sobre a ação penal. Com estas medidas, países como Portugal, França e Estados Unidos vêm obtendo êxito financeiro, com economia de recursos pela não aplicação da prisão preventiva, e ainda não sujeitando o cidadão ao contato com presos provisórios e definitivos.”).

E foi também na obra desse ilustre doutrinador que buscamos algumas das medidas possíveis e mais adequadas que a prisão temporária, como meio de garantir a eficiência da persecução penal por parte do Estado. E um dos métodos referidos é a utilização de pulseiras eletrônicas, verdadeiros satélites de controle dos passos de um investigado ou mesmo imputado. Sobre o assunto, afirma Alves Bento²⁴⁴:

Este novo sistema tecnológico de vigilância eletrônica por pulseira ou braceletes não deve ser menosprezado ou visto como uma restrição das liberdades e garantias do cidadão, mas, sim, como uma medida mais adequada e justa do que o mero encarceramento nas prisões.

Não deve ser interpretado como agravante da prisão domiciliária senão como atenuante da prisão preventiva.

O autor nos traz, ainda, a informação sobre a aplicação da medidas em países europeus, fazendo um verdadeiro estudo comparado com as legislações internacionais. Explica o autor:

Um dos relevantes aspectos das pulseiras eletrônicas, é que de acordo com informações de que o Estado Português poupou 400 mil euros em dois anos de utilização do sistema de vigilância eletrônica, que já foi aplicado a 250 indivíduos, e que no mês de março de 2004, existem mais de 170 pessoas

²⁴⁴ BENTO, Ricardo Alves. **Da Presunção de Inocência no Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 168-170

que usam as chamadas pulseiras eletrônicas. Segundo esse sucesso financeiro, o Ministério da Justiça decidiu alargar o programa em todo país português no ano de 2005.

Em 2003, cada arguido sob vigilância eletrônica custou 28,12 (vinte e oito euros e doze centavos), valor 11,88 (onze euros e oitenta e oito centavos) menor do que se o mesmo indivíduo estivesse preso. Em dezembro de 2003, com 126 arguidos, o Instituto de Reinserção Social português gastava 19,36 (dezenove euros e trinta e seis centavos) por dia, permitindo uma economia de 20,64 (vinte euros e sessenta e quatro centavos).

[...]

Tais medidas efetivadas em Portugal implicaram inicialmente uma redução de 10% na redução dos presos preventivos. E que 91% dos arguidos são homens, com idade entre 21 e 30 anos, e em sua maioria delitos contra o patrimônio ou tráfico de entorpecentes.

[...]

Mais especificamente na Grã-Bretanha, a alternatividade das prisões cautelares foi incentivada pelo uso de monitoramento eletrônico com início no ano de 1989, com um projeto piloto na Inglaterra envolvendo o uso de monitoramento eletrônico de fianças, através de “*curfew orders*”, como horários e locais nos quais o beneficiado não pode estar depois de determinado horário. Esse monitoramento não poderá ultrapassar o período de 6 meses.

Também se pode verificar a presença e utilização dessas medidas alternativas em outras legislações internacionais, tais como: Itália (artigos 280 a 286 do *Codice de Procedure Penale*), Portugal (artigo 28 do *Código de Processo Penal*), Argentina (Províncias de Buenos Aires, *Código de Processo Penal*, artigos 159 e 160), México (*El Proceso Penal Español para lo Jurista*, p. 342), Uruguai (*Código Del Proceso Penal*, de la República Oriental Del Uruguai, artigo 73).

Aqui, o anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal brasileiro, de 1994, na sua exposição dos motivos, procurando compatibilizar as disposições do Código de Processo Penal com as garantias de liberdade previstas na Constituição Federal de 1988, prevendo uma

exigência de maior seriedade na repreensão penal, já discorria sobre a necessidade de implantação de alternativas adequadas à prisão cautelar, através de alguns pontos, dentre eles, a efetiva e indispensável separação dos presos provisórios e os já definitivamente condenados; e ainda a possibilidade de imposição de outros tipos de restrição de liberdade, em substituição à prisão. Ainda, o antigo Projeto de Lei 4.208 de 2001, sugerindo a alteração do antigo art. 319 do Código de Processo Penal, previa diversas medidas cautelares alternativas à prisão. Vejamos o que dizia o dispositivo, *in verbis*:

Art. 319. As medidas cautelares diversas da prisão serão as seguintes:

I - comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares em qualquer crime, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a dois anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais;

VII - internação provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 e parágrafo único do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial.

Parágrafo único. A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI, deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Assim, medida necessária e indispensável, já prevista na própria Lei 7.960/89²⁴⁵, a ser posta em prática pelas autoridades judiciárias e policiais brasileiras diz à separação entre presos provisórios e presos condenados definitivamente, sob pena de irreversível e perpétuo abalo moral ao cidadão acusado de delito, uma vez que também violada a cláusula da presunção de inocência²⁴⁶. Assim é o entendimento de Alves Bento²⁴⁷:

A realidade das normas brasileiras é que o legislador pátrio busca alternativas para a prisão, como decorrência de prolação de sentença penal condenatória que aplique pena privativa de liberdade. As alternativas penais como os juizados especiais criminais, dentre outras, buscam reconhecer a excepcionalidade da prisão.

A decretação das prisões cautelares vem aumentando e o Estado não tem estabelecimentos suficientes para manter separados presos provisórios e aqueles que já estão cumprindo pena decorrente de uma sentença penal condenatória.

Os processos criminais são morosos, tardando a atingir um veredicto sobre a ação penal.

Desse modo, entende-se que a implantação de novos métodos de alternativas à decretação de prisões cautelares, as quais só devem se justificar de maneira excepcional e urgente, é medida inadiável a ser tomada pelas autoridades brasileiras. Ademais, aguarda-se,

²⁴⁵ Artigo 3º - *Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.*

²⁴⁶ Nesse sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed., rev. e atual. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini até 31 de dezembro de 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 402

²⁴⁷ BENTO, Ricardo Alves. **Da Presunção de Inocência no Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 15

ansiosamente, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade que tramita na Corte Suprema de Justiça brasileira, no sentido de dar provimento ao pedido, declarando, com base nos variados argumentos expendidos no presente trabalho, a inconstitucionalidade da prisão temporária, por incompatível com os postulados constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal.

Conclusão

Ao concluir o presente trabalho, restam ainda dúvidas quanto à aplicação das prisões cautelares no Estado Democrático de direito brasileiro. Isso porque sabemos que está em jogo, no processo penal, não apenas os interesses de cada parte, mas, acima de tudo, a liberdade individual de um cidadão, a qual não pode ser restringida naquele Estado, sob pena de patente afronta aos seus princípios fundamentais.

No entanto, vimos que tais medidas não são vedadas pelo ordenamento jurídico nacional, mas apenas restringidas a casos de extrema excepcionalidade, evitando, assim, o seu uso indiscriminado e infundado.

Acontece que, justamente por não se obedecer a tal excepcionalidade no uso prático de tais medidas, é que surge a sua tão contestada legitimidade.

A presunção de inocência, nesse jogo de interesses que é o processo penal com, de um lado, o interesse do réu em mostrar não ser autor de um ilícito penal, e, de outro, o dever do Estado de garantir a eficiência da persecução penal, em nome dos interesses da sociedade, em se ver segura de delinquentes, constitui, antes de tudo, um princípio informador de todo o processo. Nesse sentido, ele indica as bases ideológicas em que se deve apoiar a atividade estatal, seja ela de perseguir o crime, de defini-lo ou mesmo de julgá-lo. Além disso, também é uma garantia do acusado, frente ao poder do Estado e face à sua visível vulnerabilidade diante desse. Por isso, como afirmou o mestre Gomes Filho, a presunção de inocência é, mais que um princípio, um *princípio-garantia*, atuando, ao mesmo tempo, como limitador do poder estatal e como protetor da condição do indivíduo imputado.

Com o presente estudo, especialmente focado na prisão temporária, viu-se que tal medida, atualmente objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, parece estar com os seus dias contados, segundo jurisprudência e doutrina estudadas. Isso porque, face à existência da prisão preventiva, abrangendo, para maior, todos os requisitos da prisão temporária, esta se torna medida quase sem aplicação na prática forense. Viu-se, também, que até mesmo a interposição de recursos contra tal medida, torna-se inócua face ao seu reduzidíssimo prazo de até cinco dias, pelo que, na maioria dos casos (para não dizer todos), acaba-se convolvando em prisão preventiva.

Ademais, conclui-se, iminente também, é a instituição de novas medidas cautelares penais substitutivas das prisões, como, por exemplo, o uso de pulseiras eletrônicas, método já positivado em diversos ordenamentos estrangeiros e que, a despeito de também restringir (minimamente) a liberdade do cidadão, não se compara ao mal causado pela prisão, dado o estigma que essa medida causa à vida de uma pessoa que se vê encarcerada, sem ainda ter sido juridicamente comprovada a sua culpa. Assim é o que ocorre no caso de aplicação indevida de prisões cautelares (como se expôs neste trabalho), uma vez que é imensurável o prejuízo causado ao cidadão nesses casos, sendo quase que insuscetível de reparação.

Referências Bibliográficas

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982.

BECCARIA. Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: Lúcia Giudicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes. 1991. 139 p.

BENTO, Ricardo Alves. **Da Presunção de Inocência no Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. 265 p.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 100346/SP*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 14.09.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01.11.2010

_____. *Habeas Corpus 98157/RJ*. Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 05.10.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01.11.2010.

_____. *HC 96618/SP*. Relator: Min. Eros Grau, julgado em 01/06/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08.11.2010.

_____. *HC 95315/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08.11.2010

_____. *Habeas corpus nº 34794/RJ*. Relator: Min. Paulo Medina. Julgado em 01.07.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 01.11.2010.

_____. *Habeas Corpus 58.219/SP*. Rel. Min. SOARES MUNOZ, julgado em 31.10.1980. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08.11.2010

_____. *Habeas Corpus 83.943/MG*. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 27.04.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08.11.2010.

_____. *Habeas Corpus 82.959/SP*. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 23.02.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11.11.2010.

_____. *ADI 3090/DF MC*, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 11/10/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 13.11.2010.

_____. *ADI 162/DF*. Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 02.08.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 01.11.2010.

_____. *ADI 4109/DF*. p. 6. Aguardando julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 01.11.2010.

_____. *HC 95.009/SP*. Rel. Min. Eros Grau, julgado em 06.11.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01.11.2010.

_____. *HC 90.464/RS*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 10.04.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01.11.2010.

_____. *Habeas Corpus 100346/SP*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 14.09.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01.11.2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 131.510/SC*. Rel. Min. FELIX FISCHER, julgado em 16.06.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 08.11.2010.

_____. *HC 35.557/PR*. Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 17.08.2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 03.11.2010.

_____. *HC 140.086/BA*. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 01.09.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 03.11.2010.

_____. *Habeas Corpus 12.799-1/RJ*. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 08.09.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01.11.2010.

_____. *HC 125.318/SP*, Rel. Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, julgado em 17/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01.11.2010;

_____. *HC 91.345/SP*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 16/09/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01.11.2010

_____. *HC 10.920/SP*, Rel. Ministro Jorge Scartezini, Quinta Turma, julgado em 17/02/2000, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 01.11.2010.

_____. *HC 150.187/SP*. Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19.08.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 03.11.2010

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *HC 2009.04.00.030477-6*, Oitava Turma, Relator Victor Luiz dos Santos Laus, julgado em 21/10/2009. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>> Acesso em 04.11.2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed., [de acordo com as leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/2008]. São Paulo: Saraiva, 2009.

Carta de direitos fundamentais da União Europeia. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. 158 p.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Direito penal na constituição**. 1991.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. xxi, 447 p

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. 288 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Constitucionalidade da prisão temporária**. Caderno de Doutrina e Jurisprudência, APMP, nº 27, p. 49-53.

GOMES, Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência**. Em: Revista dos Tribunais: São Paulo. São Paulo, v. 729, n. 85, pp. 377-387, julho de 1996.

_____; PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 466 p.

_____; BIANCHINI, Alice. **Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência**. Em: CUNHA, Rodrigo Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. Limites constitucionais da Investigação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 259-261

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 272 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed., rev. e atual. revista e atualizada por Renato N. Fabbrini até 31 de dezembro de 2005, 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, David Alves. **Prisão provisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

NICOLITT, André Luiz. **As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 163 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Código de processo penal comentado.** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OVEJERO PUENTE, Ana Maria. **Constitución y derecho a la presunción de inocência.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

POVOA, Liberato. **Prisão temporária.** Curitiba: Jurua, 1996. 128p.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 18. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. XIII,1095 p.: il.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus Nº 70029418308*, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 29.04.2009. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em 02.11.2010

SANGUINE, Odone. **Prisión provisional y derechos fundamentales.** 2003. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

SILVA, Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito.** São Paulo: Juarez de Oliveira. 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 4. ed., rev., atualiz. e aument. São Paulo: Saraiva, 2002.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.