

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**OS REQUISITOS FÁTICOS NECESSÁRIOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO
TEMPORÁRIA DE ACORDO COM A LEI N. 7.960/89**

ALUNO: MÁRIO SÉRGIO SIMAS

Florianópolis (SC), novembro de 2008.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**OS REQUISITOS FÁTICOS NECESSÁRIOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO
TEMPORÁRIA DE ACORDO COM A LEI N. 7.960/89**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADORA: PROFESSORA MARILDA MACHADO LINHARES

Florianópolis (SC), novembro de 2008.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “Os requisitos fáticos necessários para a decretação da prisão temporária de acordo com a Lei n. 7.960/89”, elaborada pelo acadêmico Mário Sérgio Simas e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, ____/____/____.

Prof.^a Marilda Machado Linhares

Prof. Luis Carlos Cancellier de Olivo

Des. José Carlos Carstens Köhler

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus.

Agradeço, outrossim, aos meus pais, César e Ivone, com quem sempre pude contar, nos bons e maus momentos. A compreensão, o amparo, o incentivo e o exemplo de caráter que neles encontro, foram imprescindíveis não só à realização deste trabalho, mas também à formação do que sou.

Agradeço, ainda, ao meu irmão, Israel, com quem constantemente tenho a oportunidade de estabelecer férteis discussões jurídicas, e a Bianca.

Agradeço, igualmente, à Prof.^a Marilda Machado Linhares, pelo auxílio nas pesquisas e organização do trabalho, e pela serenidade que transmite.

Agradeço, também, às pessoas com quem trabalho, sobretudo aos meus chefes, Fernando Sens de Oliveira e Des. José Carlos Carstens Köhler, pela compreensão em relação ao tempo que precisei dedicar à pesquisa.

Agradeço, ademais, aos meus amigos, com quem tenho momentos de grande alegria, e principalmente a Fernando Medeiros Ferreira, condiscípulo que prestou sugestões importantíssimas para a finalização deste trabalho.

Presto agradecimentos, por fim, a todos que de alguma maneira contribuíram para a realização deste estudo.

RESUMO

O presente trabalho aborda os requisitos fáticos necessários para a decretação da prisão temporária segundo a Lei n. 7.960/89. Procura-se responder à seguinte questão: para a decretação da prisão temporária é necessário que estejam consubstanciados os pressupostos contidos em todos os três incisos do art. 1º da Lei n. 7.960/89, é suficiente o enquadramento dos fatos a dois daqueles incisos conjugados, ou basta a subsunção a apenas um deles? Com o escopo de chegar a uma resposta, examinam-se determinados princípios constitucionais relacionados à liberdade da pessoa física (legalidade, direito-dever de punir do Estado, devido processo legal, razoabilidade e proporcionalidade, fundamentação das decisões e presunção de inocência), adentra-se na análise da prisão cautelar – abordando o conceito e alcance do termo prisão, a cautelaridade, seus pressupostos e fundamentos, assim como as espécies de segregação acautelatória – para, ao final, estudar-se com mais detença a prisão temporária, tratando do seu histórico, da sua definição, da sua natureza jurídica, e, com ênfase, dos requisitos fáticos necessários à sua decretação.

Palavras-chaves: Liberdade. Prisão cautelar. Lei n. 7.960/89. Pressupostos fáticos. Prisão temporária.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À LIBERDADE DA PESSOA FÍSICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO	8
1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	15
1.2 PRINCÍPIO DO DIREITO-DEVER DE PUNIR DO ESTADO.....	17
1.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	21
1.4 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE	24
1.5 PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES.....	28
1.6 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	31
2 PRISÃO CAUTELAR	36
2.1 CONCEITO E ALCANCE DO TERMO PRISÃO	36
2.2 A CAUTELARIDADE, SUAS CARACTERÍSTICAS E SEUS PRESSUPOSTOS ..	39
2.3 ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR	49
2.3.1 Prisão em flagrante	52
2.3.2 Prisão preventiva.....	53
2.3.3 Prisão temporária	56
3 PRISÃO TEMPORÁRIA	58
3.1 HISTÓRICO	58
3.2 DEFINIÇÃO.....	64
3.3 NATUREZA JURÍDICA.....	67
3.4 REQUISITOS FÁTICOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA...	70
3.4.1 Pressupostos elencados no art. 1º da Lei n. 7.960/89	70
3.4.2 (Des)necessidade de aplicação do art. 312 do Código de Processo Penal	78
3.4.3 Análise dos entendimentos expostos	82
CONCLUSÕES	86
REFERÊNCIAS	90

INTRODUÇÃO

Com o histórico crescimento da proteção normativa aos direitos humanos no mundo, contexto dentro do qual é promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito à liberdade passou a assumir uma posição de extrema importância dentro da organização social brasileira. Contida no complexo arcabouço normativo de proteção à dignidade da pessoa humana, a liberdade só pode ser restringida quando verificada em concreto a necessidade de tal medida.

A Constituição de 1988, embora tenha diminuído o alcance das restrições à liberdade ambulatoria, não as tornou impossível, de maneira que cabe ao intérprete do Direito, analisando o ordenamento jurídico sistematicamente, verificar a imprescindibilidade da ingerência estatal no âmbito dos direitos fundamentais em cada caso.

O objeto do estudo vertente são os pressupostos fáticos da decretação da prisão temporária. Vale dizer, a abordagem recai sobre o enquadramento dos fatos aos preceitos que autorizam e delimitam a aplicação do referido instituto, conforme demonstrados ao intérprete do Direito.

Nesse sentido, é importante esclarecer que os requisitos de forma serão examinados somente quando, e na medida em que, verificada sua relação com os aspectos fáticos que permitem e legitimam a modalidade de prisão em comento.

Atualmente, existe divergência a respeito da interpretação do art. 1º da Lei n. 7.960/89 no sentido de definir quais são os pressupostos justificadores da segregação prevista no referido diploma legal. Essa inquietude está relacionada não somente com a redação do preceptivo referido, mas também com a procura de uma exegese que melhor se coadune com a Constituição.

Aliás, nas palavras de KAUFFMANN: “A primeira e mais significativa dificuldade relacionada à prisão temporária reside na exegese do artigo 1º da Lei 7.960/89, pois, no campo doutrinário, encontram-se as mais variadas posições acerca dos seus

requisitos de admissibilidade.”¹ É justamente esse ponto que se pretende examinar com mais acuidade.

Para tanto, este estudo será iniciado, no primeiro capítulo, com a abordagem de determinados princípios constitucionais, que reúnem, concomitantemente, duas características: 1) possuem relação com a liberdade da pessoa física; e 2) têm relevância na análise final a que se direciona este trabalho, ou seja, na interpretação da norma que prevê a caracterização dos aspectos fáticos necessários para a decretação da prisão temporária.

Na seqüência, no segundo capítulo, adentrar-se-á no exame do instituto da prisão cautelar, em que se buscará demonstrar: 1) o conceito e o alcance do termo prisão; 2) a cautelaridade, suas características e seus pressupostos; e 3) as espécies de prisão cautelar.

E, dando continuidade, o instituto da prisão temporária será analisado especificamente no terceiro capítulo, no qual será abordado o seu histórico, sua definição, sua natureza jurídica e, por derradeiro, tratar-se-á, com mais veemência, dos aspectos fáticos necessários à sua decretação.

Busca-se, no presente estudo, uma interpretação tendente a evitar abusos na utilização da providência restritiva analisada. Ao mesmo tempo, procura-se uma exegese que possibilite o seu uso apropriado nos casos em que a necessidade da sua utilização ficar demonstrada.

Para o cumprimento desse propósito, será utilizado o método indutivo de abordagem, assim como de procedimento monográfico. A pesquisa, por sua vez, será desenvolvida através da técnica documental indireta, envolvendo a pesquisa bibliográfica.

¹ KAUFFMANN, Carlos. *Prisão temporária*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 22.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À LIBERDADE DA PESSOA FÍSICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

A atual Constituição Brasileira estatui, em seu Título I denominado “DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS”, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e que um de seus fundamentos é a dignidade da pessoa humana – art. 1º, inciso III.

Consoante ensina SILVA, “A palavra *princípio* é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta acepção de *começo*, de *início*”. Ressalta, porém, o autor que “Não é nesse sentido que se acha a palavra *princípios* da expressão *princípios fundamentais* do Título I da Constituição”. Segundo o mesmo doutrinador, valendo-se de lição de BANDEIRA DE MELLO, “*Princípio* aí exprime a noção de ‘mandamento nuclear de um sistema’”.²

Para este último autor mencionado:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.³

Servindo-se dos ensinamentos de Gomes Canotilho, SILVA distingue os princípios político-constitucionais dos jurídico-constitucionais. Para ele, dentro da primeira categoria mencionada encontram-se os princípios fundamentais definidos nos arts. 1º a 4º da Constituição de 1988. Veja-se:

[...] podemos resumir, com base em Gomes Canotilho, que os *princípios constitucionais* são basicamente de duas categorias: os

² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 91.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 912-913.

princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais.

Princípios político-constitucionais – Constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, e são, segundo Crisafulli, *normas-princípio*, isto é, “normas fundamentais de que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares regulando imediatamente relações específicas da vida social”. Manifestam-se como *princípios constitucionais fundamentais*, positivados em *normas-princípio* que “traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição”, segundo Gomes Canotilho [...]. São esses princípios fundamentais que constituem a matéria dos arts. 1º a 4º do Título I da Constituição [...].

Princípios jurídico-constitucionais – São *princípios constitucionais gerais* informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais [...].⁴

Os princípios fundamentais – de que, como dito alhures, é constituída a matéria dos arts. 1º a 4º do Título I da Constituição – “[...] ‘constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser directa ou indirectamente reconduzidas’”.⁵

Para FREITAS, é dentre os princípios fundamentais ou político-constitucionais que se encontra o Estado Democrático de Direito⁶, que, nas palavras de SILVA, “[...] a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave do regime adotado [...]”.⁷

Conforme se observa nas lições deste último jurista, o Estado Democrático de Direito, da forma como concebido na nossa Constituição, não constitui simples promessa. Trata-se de verdadeira proclamação de novo tipo de Estado com objetivos concretos a serem atingidos. Em suas palavras:

A afirmativa de que a “República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito” não é uma mera promessa de organizar esse tipo de Estado, mas a proclamação de que a Constituição está fundando um novo tipo de Estado, e, para que não se atenha a isso apenas em sentido formal, indicam-se-lhe objetivos

⁴ SILVA, 2007. p. 92-93.

⁵ *Ibidem*, p. 94.

⁶ FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3.

⁷ SILVA, *op. cit.*, p. 112.

concretos, embora de sentido teleológico, que mais valem por explicitar conteúdos que tal tipo de Estado já contém [...].⁸

Mais à frente, o mesmo jurista ainda complementa e esclarece:

O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário do *status quo*.⁹

No mesmo sentido, e em valiosa síntese, MORAES assevera que o fato de a República Federativa do Brasil constituir Estado Democrático de Direito “[...] significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”.¹⁰

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, como já se demonstrou, é um dos fundamentos do Estado brasileiro, caracterizando-se como “[...] um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”,¹¹ dentre os quais o direito à liberdade, o qual aparece explicitamente consagrado no Título II da Constituição Brasileira de 1988 – denominado “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS” – no *caput* do art. 5º.

No mesmo sentido é o ensinamento de FREITAS:

Indiscutivelmente, avulta em expressividade, dentre todos, o fundamento da dignidade da pessoa humana, por ser o núcleo do sistema e norma orientadora de todo o ordenamento constitucional e infraconstitucional, donde despontam os direitos à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*, da CF).¹²

Se o direito à liberdade está contido no núcleo do sistema – dimanando da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito – com

⁸ SILVA, 2007, p. 96.

⁹ *Ibidem*, p. 112.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 51.

¹¹ SILVA, op. cit., p. 105.

irradiações em todo o ordenamento, conseqüentemente o presente estudo com ele possui relações, e de forma mais íntima, por estar tratando de um modo específico de sua restrição. Decorre daí a necessidade de se fazer uma análise mais detida do direito à liberdade e do seu particular significado em relação ao tema central aqui abordado.

Segundo SILVA, pode-se falar em liberdade interna e externa. Porém, apenas esta última interessa ao Direito positivo.

Nas palavras do doutrinador mencionado:

[...] *Liberdade interna* [...] é o *livre-arbítrio*, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem. [...] Significa que a decisão entre duas possibilidades opostas pertence, exclusivamente, à vontade do indivíduo; vale dizer, é *poder de escolha, de opção*, entre outros fins contrários [...]. O debate não leva a nada. Toda gente sabe que, internamente, é bem possível escolher entre alternativas contrárias, se se tiver *conhecimento* objetivo e correto de ambas. A questão fundamental, contudo, é saber se, feita a escolha, é possível determinar-se em função dela [...].¹³

Liberdade externa, por sua vez, “[...] consiste na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculo ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente”.¹⁴

Segundo o mesmo autor:

[...] ao Direito positivo interessa cuidar apenas da *liberdade objetiva* (liberdade de fazer, liberdade de atuar). É nesse sentido que se costuma falar em *liberdades* no plural, que, na verdade, não passa das várias expressões externas da liberdade. *Liberdades*, no plural, são *formas da liberdade*, que, aqui, em função do Direito Constitucional positivo, vamos distinguir em cinco grandes grupos:

- (1) *liberdade da pessoa física* (liberdades de locomoção, de circulação);
- (2) *liberdade de pensamento*, com todas as suas *liberdades* (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento);

¹² FREITAS, 2004, p. 4.

¹³ SILVA, 2007, p. 231.

¹⁴ *Ibidem*, p. 231-232.

- (3) *liberdade de expressão coletiva* em suas várias formas (de reunião, de associação);
- (4) *liberdade de atuação profissional* (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão);
- (5) *liberdade de conteúdo econômico e social* (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho) [...].¹⁵

Mas, dentre todas as formas de manifestação da liberdade externa, mencionadas pelo doutrinador, interessa ao presente trabalho eminentemente a da pessoa física, pois, como visto, é estritamente ligada à locomoção. Aliás, nos dizeres de KAUFFMANN, a liberdade é “[...] classicamente representada pela livre locomoção do indivíduo [...]”.¹⁶

Com efeito, é nessa perspectiva que se vislumbra tal fenômeno no estudo vertente. Isso porque o tema central aqui abordado é atinente à prisão temporária e “[...] não é toda restrição da liberdade que pode ser considerada prisão, mas, somente, aquelas que privem o ser humano de sua locomoção”.¹⁷ Importante consignar que mais adiante se entrará especificamente no exame do significado de prisão.

Destarte, mais propriamente sobre a liberdade da pessoa física, colhe-se dos ensinamentos de SZNICK que ela “[...] surge no homem quase que conjuntamente com a vida, lhe é concebido *naturaliter*; é a liberdade que dispõe o indivíduo desde o seu nascimento”.¹⁸ Para SILVA “[...] constitui a primeira forma de liberdade que o homem teve que conquistar. Ela se opõe ao estado de escravidão e de prisão [...]”.¹⁹

Conceituando essa forma de liberdade, muito proveitosas são as palavras deste último jurista:

[...] *é a possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhora de sua própria vontade e de locomoverem-se*

¹⁵ SILVA, 2007, p. 234-235.

¹⁶ KAUFFMANN, 2006, p. 27.

¹⁷ *Ibidem*, p. 42.

¹⁸ SZNICK, Valdir. *Liberdade, prisão cautelar e temporária*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1994, p. 197.

¹⁹ SILVA, *op. cit.*, p. 236-237.

*desembaraçadamente dentro do território nacional. Inclui, outrossim, no conceito, a possibilidade de sair e entrar no território nacional [...].*²⁰

Na seqüência, reconhecendo que “[...] as formas de expressão da liberdade da pessoa física se revelam apenas na *liberdade de locomoção* e na *liberdade de circulação*”, e afirmando, ainda, que esta nada mais é do que “[...] manifestação especial daquela”,²¹ o mesmo autor passa a delinear cada uma das duas.

Afirma, então, que a liberdade de locomoção “constitui o cerne da liberdade da pessoa física no sistema jurídico, abolida que foi a escravidão”. Depois, atenta para o fato de que “A Constituição reservou-lhe um dispositivo, o que não era feito pelas anteriores”.²² Trata-se do inciso XV do art. 5º, que prevê: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

Para MORAES:

O direito à liberdade de locomoção resulta da própria natureza humana, como já salientado por Pimenta Bueno, em comentário à Constituição do Império, no qual ensinava que, “posto que o homem seja membro de uma nacionalidade, ele não renuncia por isso suas condições de liberdade, nem os meios racionais de satisfazer a suas necessidades ou gozos. Não se obriga ou reduz à vida vegetativa, não tem raízes, nem se prende à terra como escravo do solo. A faculdade de levar consigo seus bens é um respeito devido ao direito de propriedade”.²³

Porém, não se olvide que, embora referida manifestação da liberdade esteja protegida na Constituição, tal circunstância não tem o condão de afastar, de forma absoluta, sua restrição. A propósito, no que se refere ao inciso XV do art. 5º da Constituição de 1988, colhe-se dos ensinamentos de MORAES que se trata “[...] de norma de eficácia contida, cuja lei ordinária pode delimitar a amplitude, por meio de requisitos de forma e fundo, nunca obviamente, de previsões arbitrárias”. Desse

²⁰ SILVA, 2007, p. 237.

²¹ Ibidem, p. 237.

²² Ib., p. 237.

²³ MORAES, 2003, p. 141.

modo, “[...] poderá o legislador ordinário estabelecer restrições referentes a ingresso, saída, circulação interna de pessoas e patrimônio”.²⁴

SILVA afirma que o dispositivo constitucional mencionado apresenta “duas situações: uma é a *liberdade de locomoção no território nacional*; a outra é a *liberdade de a pessoa entrar no território nacional, nele permanecer e dele sair com seus bens*”,²⁵ passando, depois, a analisar cada uma delas.

Nos seus dizeres, “A *liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz* contém o direito de *ir e vir* (viajar e migrar) e de *ficar e de permanecer*, sem necessidade de autorização”, enquanto “A *liberdade de, em tempo de paz, entrar no território nacional, nele permanecer e dele sair* é direito de *ir e vir* através das fronteiras nacionais”.²⁶

Sobre esse último aspecto – vale dizer, quanto ao direito de locomoção através dos limites territoriais do país – esclarece ainda que:

Envolve o direito de migrar (*emigrar e imigrar*). Por referir-se a situações ligadas a estrangeiros, esse particular direito de *ir, vir e permanecer* é cercado de maiores limitações, sujeitando-se a preceitos legais especiais, e fica dependendo dos “termos da lei” referida a seu propósito no inciso constitucional em exame. O texto não quer dizer que *em tempo de guerra* a entrada e permanência no território nacional ou a saída dele estejam vedadas. Não o estão, mas não será um direito, uma liberdade do indivíduo, salvo se for brasileiro que esteja retornando à Pátria. Se for brasileiro que queira sair ou estrangeiro que deseje entrar, sair ou ficar, as autoridades poderão aceder ou não à sua vontade, de acordo com os critérios discricionários de conveniência e oportunidade, tendo em vista não apenas a segurança do país como também a segurança do próprio interessado.²⁷

Por outro lado, a respeito da liberdade de circulação, assevera que “[...] consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública

²⁴ MORAES, 2003, p. 141.

²⁵ SILVA, 2007, p. 237.

²⁶ Ibidem, p. 238.

²⁷ Ib., p. 238-239.

ou afetada ao uso público”.²⁸ Trata-se, como dito alhures, de simples forma de manifestação da liberdade de locomoção.

Traçada a localização sistêmica da liberdade da pessoa física no ordenamento constitucional – assegurada expressamente e em decorrência da própria dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito – e demarcada a sua definição, passa-se a discorrer sobre os princípios que com ela se relacionam.

Tendo em vista a finalidade a que se propõe o estudo vertente, restringir-se-á a versar sobre os princípios constitucionais que, como se poderá ver, reúnem, concomitantemente, duas características: 1) possuem relação com a liberdade da pessoa física; e 2) têm relevância na abordagem final a que se direciona este trabalho.

1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Dentre os dispositivos da Constituição em que se encontra protegido o direito à liberdade, está o inciso II do art. 5º. Esse preceito normativo prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Para SILVA, trata-se da “[...] *liberdade-matriz, a liberdade-base, que é a liberdade de ação em geral, a liberdade geral de atuar [...]*”.²⁹

O mesmo doutrinador – em outra parte da mesma obra, destinada mais diretamente ao princípio da legalidade – traça, ainda, a seguinte definição:

É [...] um princípio basilar do Estado Democrático de Direito [...] porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao *império da lei*, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à *lei*, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que

²⁸ SILVA, 2007, p. 239.

²⁹ Ibidem, p. 235.

se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.³⁰

Distinguem-se, aqui, o princípio da legalidade e o da reserva de lei, ou reserva legal. Enquanto aquele significa que qualquer comando jurídico, determinando ou proibindo ação ou abstenção, deve provir de normas oriundas do processo legislativo constitucional, este expressa que determinadas matérias devem ser disciplinadas por lei formal. O primeiro, portanto, é mais amplo do que o segundo. A esse respeito, elucidativas são as palavras de MORAES:

O princípio da legalidade é de abrangência mais ampla do que o princípio da reserva legal. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamento forçado há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional. Por outro lado, encontramos o princípio da reserva legal. Este opera de maneira mais restrita e diversa. Ele não é genérico e abstrato, mas concreto. Ele incide tão-somente sobre os campos materiais especificados pela constituição. Se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva legal. Este é, portanto, de menor abrangência, mas de maior densidade e conteúdo, visto exigir o tratamento de matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem participação normativa do Executivo.³¹

Valendo-se dos ensinamentos de Silva, o mesmo jurista adita que o princípio da legalidade “[...] significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador”, ao passo que o princípio da reserva legal “[...] consiste em *estabelecer que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal*”.³² E, logo após, ainda esclarece:

Encontramos o princípio da reserva legal quando a constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei. Por outro lado,

³⁰ SILVA, 2007, p. 420.

³¹ MORAES, 2003, p. 70.

³² *Ibidem*, p. 69-70.

encontramos o princípio da legalidade quando a constituição outorga poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relação.³³

É muito clara a relação do princípio da legalidade com a liberdade da pessoa física. Ninguém pode ser privado desta, se tal atividade não tiver previsão legal. No que tange ao seu particular significado neste estudo, depreende-se do art. 5º, inciso II, da Constituição, que qualquer imposição de prisão deve amparar-se em lei. É o que se verifica nas palavras de KAUFFMANN: “[...] a anterior previsão legal da prisão é imprescindível para privar-se a liberdade de locomoção. Qualquer outra forma de privação da liberdade – como o caso da famigerada prisão para averiguações – é ilícita”.³⁴

No mais, embora a leitura do dispositivo constitucional referido deixe evidente esta noção, não se pode deixar de consignar neste trabalho que o princípio da legalidade não veda indiscriminadamente a prática do encarceramento como determinação estatal. Sua finalidade é impor limites a tal proceder, impedindo abusos, coações desnecessárias e arbitrariedades, na medida em que exige que as situações justificadoras da clausura estejam previstas em lei. A sustentar essa assertiva, têm-se como oportunas as palavras de MORAES: “Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. [...] Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder [...]”.³⁵

Afinal, consoante leciona SILVA, “[...] a liberdade não é incompatível com um sistema coativo, e até se pode acrescentar que ela pressupõe um sistema dessa ordem, traduzido no ordenamento jurídico”.³⁶

1.2 PRINCÍPIO DO DIREITO-DEVER DE PUNIR DO ESTADO

Na obra intitulada “Prisão provisória: medida de exceção no direito criminal brasileiro”, SCHAEFER MARTINS discorre sobre o direito-dever de punir do Estado,

³³ MORAES, 2003, p. 70.

³⁴ KAUFFMANN, 2006, p. 60.

³⁵ MORAES, op. cit., p. 69.

³⁶ SILVA, 2007, p. 235-236.

dando-lhe o tratamento de princípio constitucional.³⁷ Deve-se ressaltar, porém, que nenhuma das outras fontes consultadas confere expressamente o mesmo “status” a esse instituto.

O direito-dever de punir “[...] é uma forma de controle social, uma maneira de regular as relações havidas entre os homens, podendo vir a ‘atingir direitos fundamentais da pessoa humana (como a vida, a liberdade, ou a integridade corporal) [...]’”,³⁸ com o intuito da consecução do bem comum, refreando a prática de condutas delituosas, as quais afrontam não somente direitos de natureza individual, transcendendo a esfera do particular. Consoante leciona NORONHA:

O crime lesa não apenas direitos individuais, mas sociais também, pois perturba as condições da harmonia e estabilidade, sem as quais não é possível a vida comunitária. Mas incumbe ao Estado – que é um meio e não um fim – a consecução do bem comum, que não conseguiria alcançar se não estivesse investido do *jus puniendi*, do direito de punir o crime, que é o fato mais grave que o empece na consecução daquela finalidade.³⁹

A coexistência entre o caráter de poder com o cunho de dever na atividade punitiva estatal é admitida por MARQUES, para quem:

A objeção de que sendo um dever e uma função do Estado a sua atividade punitiva, fica excluída a existência de um *jus puniendi*, é irrelevante e inconsistente: o direito subjetivo público pode, além de representar um dever, ser o título para o exercício de uma função, como acontece, por exemplo, com o direito de votar.⁴⁰

Esse poder de punir, para o mesmo autor, é um direito subjetivo do Estado. Das suas lições, colhe-se que:

Como o Estado, *sub specie juris*, é uma pessoa jurídica, esse poder de punir que lhe é privativo constitui o que se denomina o *direito subjetivo*

³⁷ SCHAEFER MARTINS, Jorge Henrique. *Prisão provisória: medida de exceção no direito criminal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 45.

³⁸ *Ibidem*, p. 48.

³⁹ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 3.

⁴⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 24.

de punir, o qual, por isso mesmo, apresenta-se como decorrência dos princípios que submetem o Estado ao império da lei e do direito.⁴¹

Mais do que isso, tal direito pertence exclusivamente ao Estado. Nos seus dizeres:

Só o Estado [...] tem o poder de punir. O particular pode vingar-se de seu ofensor, reagir contra ele, nunca porém exercer a *sanctio juris*. Nem na legítima defesa (na qual é legalmente autorizado a defender-se, e não a aplicar sanções), nem nos crimes de queixa privada (em que apenas existe um fenômeno de substituição processual), pode encontrar-se exceção ao princípio enunciado; e coroando tudo há ainda as sanções contra o exercício arbitrário das próprias razões, adotadas pelos códigos de todas as nações civilizadas.⁴²

E não se olvide que o exercício desse poder está submetido a determinados limites. Segundo TOURINHO FILHO, “[...] o Estado [...] autolimitou o seu poder repressivo”, e:

pelo respeito à dignidade humana e à liberdade individual é que o Estado fixa a manifestação do seu poder repressivo não só em pressupostos jurídico-penais materiais (*nullum crimen nulla poena sine lege*), como também assegura a aplicação da lei penal ao caso concreto, de acordo com as formalidades prescritas em lei, e sempre por órgãos jurisdicionais (*nulla poena sine iudice, nulla poena sine iudicio*). O princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege* se complementa com os princípios *nulla poena sine iudice* e *nulla poena sine iudicio*, o que significa que as leis materiais, o processo e o órgão jurisdicional são fatores indispensáveis nas relações jurídico-penais.⁴³

Ao tratar do tema, sob a denominação “jus puniendi”, TOURINHO FILHO o faz em duas perspectivas distintas, uma em abstrato, outra em concreto. Segundo ensina, é na transição da primeira para a segunda que tal direito se transforma em dever. Elucidativas são suas palavras:

⁴¹ MARQUES, 1997, p. 24.

⁴² *Ibidem*, p. 23-24.

⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 12-13.

Quando o Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a transgredir o mandamento proibitivo que se contém na norma penal, surge para ele o *jus puniendi* num plano abstrato e, para o particular, surge o dever de abster-se de realizar a conduta punível. Todavia, no instante em que alguém realiza a conduta proibida pela norma penal, aquele *jus puniendi* desce do plano abstrato para o concreto, pois, já agora, o Estado tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta proibida.⁴⁴

Na busca do cumprimento desse dever, visando a obter a aplicação da sanção penal, o Estado exerce a atividade chamada “*persecutio criminis*”. Segundo TOURINHO FILHO:

Se o direito de punir pertence ao Estado, se a pena somente poderá ser imposta pelo órgão jurisdicional por meio de regular processo, se este se instaura com a propositura da ação, é óbvio que o Estado necessita de órgãos para desenvolverem a necessária atividade, visando obter aplicação da *sanctio juris* ao culpado. Essa atividade é denominada *persecutio criminis*.⁴⁵

O exercício dessa atividade apresenta-se como um “[...] direito subjetivo, que confere ao Estado o poder de promover a perseguição ao autor do delito”.⁴⁶ Sob outro enfoque, caracteriza-se como “[...] uma obrigação funcional do Estado para lograr um dos fins essenciais para os quais o próprio Estado foi constituído (segurança e reintegração da ordem jurídica)”.⁴⁷

Além disso, “[...] a *persecutio criminis* apresenta dois momentos distintos: o da *investigação* e o da *ação penal*”. O primeiro “[...] é atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo”, enquanto o segundo “[...] consiste no pedido de julgamento da pretensão punitiva [...]”.⁴⁸

Para o exercício da função verificada no segundo momento, é muito importante a realização da atividade investigativa, com a busca de informações sobre o fato delituoso e sua autoria. Afinal, conforme ensina TOURINHO FILHO:

⁴⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 7.

⁴⁶ NORONHA, 1981, p. 3.

⁴⁷ TOURINHO FILHO, 2002(b), p. 15.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 16.

Para que o Ministério Público, como órgão do Estado, possa exercer o direito de ação penal, levando ao conhecimento do Juiz a notícia sobre um fato que se reveste de aparência criminosa, apontando-lhe também, o autor, é curial deva ele ter em mãos os dados indispensáveis. Tais informações preliminares são colhidas, no primeiro momento da *persecução*, pela Polícia Judiciária, ou civil, como diz a Constituição, outro órgão do Estado incumbido de investigar o fato típico e sua respectiva autoria, a fim de possibilitar a propositura da ação penal.⁴⁹

A prisão temporária, como se verá mais adiante, atua na fase investigativa e destina-se à produção de elementos de convicção necessários ao desvendamento do crime.

1.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição define em seu art. 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Para BERARDI:

[...] é verdadeiramente uma norma de encerramento, que tem a importância de prestigiar a legalidade e controlar aquilo que aparenta ser portador de ilegalidade, de forma que os caminhos do poder sobre as esferas de liberdades dos indivíduos estão limitados pelas exigências do devido processo legal.⁵⁰

Quando se tratou do princípio da legalidade, demonstrou-se que, para haver privação da liberdade de locomoção, tal atividade deve estar amparada em lei. Logicamente, tal previsão legal, porém, não basta, se, no momento em que a medida restritiva for imposta, não houver observância das normas processuais que estatuem e regulamentam a providência. A esse respeito, colhem-se os ensinamentos de KAUFFMANN:

⁴⁹ TOURINHO FILHO, 2002(b), p. 16.

⁵⁰ BERARDI, Luciana Andrea Accorsi. *Interpretação constitucional e o princípio do devido processo legal*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, Revista dos Tribunais ano 14, n. 54, jan/mar, 2006, p. 210-275, p. 255.

Existe, no processo penal – mormente nas normas relacionadas à privação da liberdade de locomoção –, estrita observância não só à previsão legal da prisão, mas também às regras de natureza processual que regulamentam-na. Trata-se de verdadeira tipicidade processual. A prisão decretada sem que sejam observadas as formalidades legais deve ser relaxada ante sua ilegalidade.

O respeito ao devido processo legal é essencial para suprimir a liberdade de locomoção e, assim, garantir a liberdade individual por não permitir prisões indevidas.⁵¹

Mas a noção de devido processo legal a isso não se restringe. Vale dizer, não se trata de instituto ligado estritamente ao âmbito processual. Nele encontra-se inserto um relevante aspecto substancial.

Nas palavras de BERARDI:

Seguindo a evolução histórica do *due process of law*, percebemos que no tempo de João Sem-Terra, quando o Estado era a lei, o princípio possuía uma acepção meramente formal. Então, inicialmente, os processualistas entendiam como cumprido o *due process of law* quando fosse cumprido o *due procedural process of law*, isto é, quando cumprido o procedimento.

Modernamente, no entanto, está embutido conteúdo material (substancial) ao devido processo legal. Assim, o princípio do devido processo legal tal como colocado no ordenamento jurídico brasileiro tem conteúdo dúplice: substancial e formal.⁵²

No mesmo sentido, FERNANDES leciona que “A doutrina vai além, deixando de circunscrever a garantia a âmbito estritamente processual, para dar-lhe uma feição substancial”. Na seqüência, o jurista referido expõe que o princípio do devido processo legal, em sua acepção material, refere-se ao controle da justeza da norma – a qual deverá estar enquadrada nos preceitos constitucionais –, assim como de sua devida aplicação ao caso concreto. É o que se depreende do seguinte excerto de sua obra:

Exige-se um “processo legislativo de elaboração de lei previamente definido e regular, bem como razoabilidade e senso de justiça de seus

⁵¹ KAUFFMANN, 2006, p. 61.

⁵² BERARDI, 2006, p. 243.

dispositivos, necessariamente enquadrados nas preceituações constitucionais”. Há uma “face substancial do devido processo legal”, que se mostra pela “aplicação, ao caso concreto, das normas preexistentes, que *não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas*”.⁵³

A propósito, a corroborar a mesma idéia sobre o princípio do devido processo legal se apresentar como controlador da adequação das normas às preceituações da Constituição, colhem-se os seguintes ensinamentos de BERARDI:

Paulo Henrique dos Santos Lucon afirma que modernamente concebe-se o devido processo legal substancial como uma garantia que estabelece uma legítima limitação ao poder estatal, de modo a censurar a própria legislação e declarar a ilegitimidade de leis que violem as grandes colunas ou os *landmarks* do regime democrático. Significa “proclamar a autolimitação do Estado no exercício da própria jurisdição, no sentido de que a promessa de exercê-la será cumprida com as limitações contidas nas demais garantias e exigências, sempre segundo os padrões democráticos da República brasileira”.⁵⁴

E a fortalecer a noção de que tal princípio também é um norteador da devida aplicação das normas aos casos concretos, a mesma doutrinadora cita novamente Paulo Henrique dos Santos Lucon, transcrevendo, do autor, a lição que segue:

[...] “por não estar sujeito a conceituações apriorísticas, o devido processo legal revela-se na sua aplicação casuística, de acordo como método de ‘inclusão’ e ‘exclusão’ característico do *case system* norte-americano, cuja projeção já se vê na experiência jurisprudencial pátria. Significa verificar *in concreto* se determinado ato normativo ou decisão administrativa ou jurisdicional está em consonância com o devido processo legal”.⁵⁵

Dessarte, fica claro que o princípio em análise não determina apenas a observância formal das normas de processo tal como positivadas, mas também que a própria elaboração e aplicação dos preceitos normativos se enquadrem em um senso

⁵³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 46.

⁵⁴ BERARDI, 2006, p. 245-246.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 261-262.

de justiça, com a devida observância aos valores consagrados na Constituição. É principalmente nesse sentido que o devido processo legal tem relevância neste estudo, pois mais adiante se entrará na discussão da melhor interpretação dos dispositivos legais previstos na Lei n. 7.960/89 que definem os requisitos fáticos para a decretação da prisão temporária.

Imprescindível consignar, por fim, que, não obstante o art. 363 do Código de Processo Penal – com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.719/08 – afirme que “O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado”, o termo “processo” contido no inciso LIV do art. 5º da Constituição não está restrito a essa definição. Nos dizeres de KAUFFMANN:

Apesar da previsão constitucional referir-se ao processo legal, a expressão não deixa de abranger os atos praticados antes da instauração da instância. Excetuando-se os atos judiciais anômalos, os atos jurisdicionais – como é o caso do decreto de prisão – estão sujeitos à observância do devido processo legal. Vale dizer: deverão respeitar as normas que prevêm as formalidades legais para prisão.⁵⁶

Desse modo, o ato jurisdicional de decretação da prisão temporária também deve observar o devido processo legal.

1.4 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade se assemelham e são tratados, por vezes, indistintamente pela doutrina e jurisprudência. Segundo SOUZA e SAMPAIO, “[...] diversas são as oportunidades em que a jurisprudência e doutrina utilizam os termos razoabilidade e proporcionalidade indistintamente”.⁵⁷

⁵⁶ KAUFFMANN, 2006. p. 61.

⁵⁷ PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso *et* PINHEIRO SAMPAIO, Patrícia Regina. *O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional*. Revista Forense, Rio de Janeiro, Forense, jan/fev/mar, 2000, v. 349, p. 29-41, p. 36.

Ainda, segundo os mesmos doutrinadores, “A doutrina alemã [...] utiliza indistintamente as nomenclaturas *proporcionalidade* e *proibição de excesso*. Os americanos são mais caros ao uso do termo *razoabilidade*”.⁵⁸

No presente trabalho, não há relevância em distinguir rigorosamente razoabilidade de proporcionalidade, afinal:

Embora esta imprecisão terminológica possa trazer algum prejuízo aos mais ciosos da rigidez acadêmica, deve-se notar que em todas as oportunidades em que tem-se [sic] feito alusão a ditos princípios, esta tem estado em consonância com seus objetivos e conteúdo, que, de uma forma ou de outra, procuram garantir direitos ao cidadão em face de eventual arbítrio do poder estatal.⁵⁹

Decorre desse entrelaçamento a opção por tratar de ambos concomitantemente, no mesmo item.

Quanto a sua localização no arcabouço jurídico brasileiro, de um lado tem-se que os preceitos em exame podem ser tidos como implícitos no sistema, configurando princípio constitucional não expresso. Colhe-se das palavras de BERARDI: “[...] como decorrência da doutrina alemã, pode-se considerar o princípio da razoabilidade como implícito no sistema, revelando-se, assim, como um princípio constitucional não escrito”.⁶⁰

Sob outro enfoque, “o termo *razoabilidade* aparece como exigência oriunda do próprio conceito de *due process of law*, de que toda lei deve ser *proporcional* e *razoável*”,⁶¹ e “entre nós, de certa maneira, a dimensão substantiva [do princípio do devido processo legal] vem mediada por reflexões que se ocupam do princípio da razoabilidade e do princípio da proporcionalidade”.⁶²

BARROSO resume bem essas duas linhas de construção constitucional do princípio. Segundo ele:

⁵⁸ PEREIRA DE SOUZA *et* PINHEIRO SAMPAIO, 2000, p. 37.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 36.

⁶⁰ BERARDI, 2006, p. 267.

⁶¹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 299.

⁶² BERARDI, *op. cit.*, p. 255.

A primeira linha, mais inspirada na doutrina alemã, vislumbrará o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de Direito, integrando de modo implícito o sistema, como princípio constitucional não-escrito. De outra parte, os que optarem pela influência norte-americana, pretenderão extraí-lo da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis torna-se exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula.⁶³

De qualquer forma, independentemente da origem, o princípio integra o ordenamento jurídico brasileiro. Segundo o último doutrinador aludido, as duas linhas de construção “[...] são conducentes ao mesmo resultado [...]”, qual seja, “[...] o princípio da razoabilidade integra o Direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento”.⁶⁴

Seu campo de atuação envolve os atos emanados do Poder Executivo, sobretudo “[...] como medida da legitimidade do exercício do poder de política [sic] e da interferência dos entes públicos na vida privada”,⁶⁵ assim como a atividade dos Poderes Legislativo e Judiciário, a “[...] guiar o magistrado na interpretação e o legislador na elaboração de normas hierarquicamente inferiores [...]”.⁶⁶

A respeito do conteúdo e significado de razoabilidade e proporcionalidade – após afirmar que, exceto quando assinalasse, trataria de ambos indistintamente – BARROSO afirma que configuram “[...] parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça”.⁶⁷

Assevera, mais à frente, que “[...] o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva” e que “[...] é necessário seguir em busca de terreno mais sólido e de elementos mais objetivos [...], especialmente, para lhe conferir um cunho normativo”, passando, então, a caracterizar o preceito mais especificamente. Definindo razoabilidade, afirma:

⁶³ BARROSO, Luis Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais ano 6, n. 23, abril/junho, 1998, p. 65-78, p. 77-78.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 77.

⁶⁵ *Ib.*, p. 72.

⁶⁶ PEREIRA DE SOUZA, et PINHEIRO SAMPAIO, 2000, p. 39.

⁶⁷ BARROSO, *op. cit.*, p. 69.

A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente se fará diante de certas circunstâncias concretas, será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Deste modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disto, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre estes elementos.⁶⁸

Distinguindo razoabilidade interna de razoabilidade externa, preleciona que a “[...] razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade *interna*, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins”. Dando seguimento ao raciocínio, afirma que “[...] havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional”.⁶⁹

Mais adiante, depois de citar algumas características da concepção alemã do princípio,⁷⁰ o mesmo jurista explica de que forma a doutrina lusitana e brasileira ficou influenciada por tais idéias, ou seja, expõe como os requisitos da adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito se incorporaram ao Direito brasileiro. Assim são os seus ensinamentos:

A doutrina – tanto lusitana quanto brasileira – que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa esta trílice caracterização do princípio da *proporcionalidade*, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a

⁶⁸ BARROSO, 1998, p. 70.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 70-71.

⁷⁰ *Ib.*, p. 71-72.

ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.⁷¹

O princípio da razoabilidade e proporcionalidade revela-se importante, neste trabalho, não só porque deve ser levado em conta – como visto acima – em qualquer caso submetido ao conhecimento do intérprete, mas também pelo motivo de que “[...] no domínio do Poder Judiciário o princípio teve aplicabilidade, notadamente no tratamento das medidas cautelares”,⁷² tema que receberá análise mais acurada à frente.

1.5 PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

Desde logo, urge consignar que os termos “fundamentação” e “motivação”, neste estudo, têm o mesmo significado. Afinal, “Motivar significa expor ou explicar o motivo ou a razão de algo; fundamentar”. E, com efeito, “[...] aquele que fundamenta alicerça e firma o seu raciocínio, dando razões ao seu argumento”.⁷³

Tendo em vista que “[...] o princípio da motivação das decisões judiciais adquiriu *status* constitucional a partir de 1988, nada mais justificável do que citar, *incontinenti*, o art. 93, IX, da Constituição Federal”.⁷⁴ Encontra-se, na norma referida, a prescrição de que as decisões do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Assim é o seu texto: “[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

A abrangência do princípio corresponde à necessidade de serem motivadas todas as decisões relevantes do processo, exceto a dos jurados no Tribunal do Júri. Em relação às interlocutórias, o dever de fundamentar ganha maior destaque quando direitos individuais são atingidos, existindo, por vezes, nesses casos, até

⁷¹ BARROSO, 1998, p. 72.

⁷² *Ibidem*, p. 73.

⁷³ CASTRO, Fabio Caprio Leite de. *O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico brasileiro*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, AJURIS ano 30, n. 90, junho, 2003, p. 131-144, p. 131.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 133.

determinação expressa na legislação infraconstitucional. Nesse sentido preleciona FERNANDES:

Não há dúvida de que a exigência de motivação abrange todas as decisões relevantes do processo, definitivas ou interlocutórias, principalmente quando estas afetem direitos individuais. Mantém-se, contudo, entre nós, a decisão sem motivação dos jurados, tendo-se em conta que a própria Constituição garante o sigilo da votação (art. 5.º, XXXVIII, b).

Quanto às decisões interlocutórias restritivas à liberdade individual de forma expressa, exige-se no art. 315 do CPP a motivação da decisão que determinar a prisão preventiva e, no art. 2.º, § 2.º, da Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a motivação da decisão sobre prisão temporária.⁷⁵

Mas, segundo CASTRO, “[...] entre a motivação de uma decisão e a inexistência de motivação há uma certa distância”, de modo que “[...] deixar de expor fundamentos e fundamentar de maneira exaustiva são extremos a partir dos quais outras muitas possibilidades se aventam”.⁷⁶ Dentro desses limites, pode-se verificar uma graduação de intensidade, havendo motivações insuficientes ou satisfatórias. Decorre daí a preocupação em determinar o seu conteúdo exigido constitucionalmente, pois o vício de fundamentação também “[...] abrange a hipótese em que existe alguma motivação, mas ela é insuficiente [...]”.⁷⁷

Acerca do assunto, CASTRO, ao expor o entendimento de Nelson Nery Junior, reporta-se à necessidade de a fundamentação apresentar o cotejo dos fatos e das questões jurídicas submetidas ao exame do julgador. Assim são os seus dizeres:

De acordo com Nelson Nery Junior, fundamentar uma decisão equivale a dar as razões de fato e de direito, com as devidas implicações substanciais, e não meramente formais. Para que haja fundamentação, segundo o mesmo autor, é imprescindível a exteriorização de valores sobre as provas e questões submetidas ao julgamento do juiz. Em outras palavras, para que exista fundamentação, é *conditio sine qua non* a análise judicial das questões

⁷⁵ FERNANDES, 2005, p. 136-137.

⁷⁶ CASTRO, 2003, p. 136.

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance *et* GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 257.

de fato e de direito trazidas pelas partes, bem como o exame, valoração e comparação das provas apresentadas.⁷⁸

No mesmo sentido, em valiosa síntese, GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO ensinam que a motivação compreende:

[...] 1) o enunciado das escolhas do juiz com relação à individuação das normas aplicáveis e às conseqüências jurídicas que delas decorrem; 2) os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados; 3) a consideração atenta dos argumentos e provas trazidas aos autos.⁷⁹

Imprescindível ressaltar, contudo, que a insuficiência da motivação não se confunde com “[...] o caso da fundamentação sucinta mas em que há análise dos elementos de prova, bem como a valoração e solução das questões de fato e de direito suscitadas no processo”.⁸⁰

Com efeito, no entendimento de CASTRO, “[...] a motivação deve ser encarada segundo uma obrigação de otimização, já que o fundamento deve aparecer na maior medida do possível”. Mas, a depender da situação que se apresenta à análise do julgador, pode haver menor intensidade de fundamentação sem que haja vício, até porque “[...] a aplicação do Princípio Constitucional da Motivação pode não ocorrer de maneira isolada, quando, mesmo implicitamente, outros princípios colidirem com a obrigação que nele vem inserta”.⁸¹

E, exemplificando, aduz o mesmo autor:

[...] segundo Rui Portanova, o princípio da celeridade integra o princípio da economia processual. O seu enunciado é: “O processo deve ter andamento o mais rápido possível”. Nessa medida, os processualistas perseguem o ideal de processo barato, rápido e justo. Ressaltam-se os exemplos fornecidos por Gerhard Walter como exceções ao princípio, no Direito Alemão: renúncia das partes à obrigação de o Tribunal fundamentar a decisão; nas sentenças de desistência; no processo administrativo ou na decisão de contradição.

⁷⁸ CASTRO, 2003, p. 131.

⁷⁹ GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, 2004, p. 256.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 257.

⁸¹ CASTRO, *op. cit.*, p. 136.

Trata-se de balancear o Princípio da Motivação por meio da colisão enfrentada com a celeridade.⁸²

Vale lembrar, ainda, que, especificamente em relação às decisões que determinam a aplicação de prisão, a Constituição possui um preceptivo próprio. Segundo o art. 5º, inciso 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”.

Por derradeiro, registre-se que a fundamentação das decisões que impõem prisões cautelares deve ter por base a verificação da necessidade da providência. Nesse sentido são os ensinamentos de SCHAEFER MARTINS, para quem: “a presença de fundamentação é indispensável para consolidar qualquer provimento jurisdicional de cunho decisório. Mas, especificamente falando da antecipação da prisão, deverá estar ela calcada na efetiva necessidade [...]”.⁸³

1.6 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estatui no art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Segundo MORAES, com esse enunciado, a Constituição consagra “[...] a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal”.⁸⁴

Nos dizeres de TUCCI, esse princípio é determinante de que “[...] sem a necessária *certeza* de ser o imputado autor de infração penal cuja prática lhe é atribuída, que só se concretiza com o trânsito em julgado da sentença condenatória, não há como considerá-lo culpado”.⁸⁵

⁸² CASTRO, 2003, p. 136.

⁸³ SCHAEFER MARTINS, 2004, p.60.

⁸⁴ MORAES, 2003, p. 132.

⁸⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 380.

Apresentando a obra “Presunção de inocência e prisão cautelar”, da autoria de Gomes Filho, GRINOVER destaca, dentre outros pontos importantes do estudo do autor, o significado da presunção de inocência. Segundo ela, o trabalho apresenta o princípio numa acepção que se divide em três facetas:

[...] no momento probatório, como presunção legal relativa, levando à inversão do ônus da prova; no momento decisório, resolvendo-se no princípio *in dubio pro reo*; no decorrer de todo o processo, como regra de tratamento do acusado.⁸⁶

No presente estudo interessa principalmente esse sentido do preceito relacionado à orientação do tratamento do indivíduo a quem se tem, supostamente, como autor de determinada conduta definida como crime.

Dentro dessa perspectiva, extrai-se do livro de GOMES FILHO que:

[...] a presunção de inocência traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação [...].

[...]

Em resumo, pode-se afirmar que a consagração do preceito pela Constituição encerra, no plano do tratamento que deve ser dado ao acusado, a garantia de que nenhuma disposição legal, ato judicial ou ato administrativo poderá fundar-se na equiparação da sua situação à do culpado.⁸⁷

A propósito, para o doutrinador mencionado, o inciso LVII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil permite uma interpretação ampla, pois “[...] não a restringe ao ‘acusado’ e, portanto, à esfera do procedimento penal, propriamente dito, reportando-se a todos os estágios da repressão penal, inclusive às atividades policiais ditas preventivas e investigatórias”.⁸⁸

No mais, tendo em vista o tema central do estudo vertente, não se pode deixar de cotejar o princípio da presunção de inocência com o instituto da prisão cautelar.

⁸⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. VIII.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 43-46.

⁸⁸ *Ib.*, p. 32-33.

Para ROCHA, como a prisão cautelar não tem como pressuposto a culpabilidade do indivíduo, não há incompatibilidade entre ela e o princípio em análise. Em seus dizeres: “[...] a prisão cautelar não é incompatível com o princípio da presunção de inocência [...]”, pois “[...] a prisão provisória não revela culpabilidade, não é pena, não possui caráter retributivo”.⁸⁹

Segundo o mesmo autor, outro motivo para se concluir que não são inconciliáveis o princípio da presunção de inocência e a prisão cautelar é o fato de esta ter previsão constitucional. Nas palavras do referido doutrinador: “[...] não há conflito entre o princípio da presunção de inocência e a prisão cautelar, pois esta encontra guarida do próprio texto constitucional”. Em seguida, faz referência ao art. 5º, incisos LXI, LXII e LXVI.⁹⁰

Na mesma linha, e acrescentando que a jurisprudência caminha no mesmo norte, MORAES também leciona que as prisões cautelares não violam a Constituição:

A consagração do princípio da inocência [...] não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsito em julgado.⁹¹

Entretanto, embora se possa constatar efetivamente que a prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência não conflitam a ponto de um afastar a subsistência do outro, sua coexistência pressupõe a ingerência deste preceito no âmbito daquele instituto.

Para GOMES FILHO:

⁸⁹ XIMENES ROCHA, Fernando Luiz. *A constituição e a prisão penal cautelar*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 87, v. 749, março, 1998, p. 502-519, p. 504.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 504.

⁹¹ MORAES, 2003, p. 132.

[...] a denominada presunção de inocência constitui princípio informador de todo o processo penal, concebido como instrumento de aplicação de sanções punitivas em um sistema jurídico no qual sejam respeitados, fundamentalmente, os valores inerentes à dignidade da pessoa humana; como tal deve servir de pressuposto e parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal. Sob esse enfoque, a garantia constitucional não se revela somente no momento da decisão, como expressão da máxima *in dubio pro reo*, mas se impõe igualmente como regra de tratamento do suspeito, indiciado ou acusado, que antes da condenação não pode sofrer qualquer equiparação ao culpado; e, sobretudo, indica a necessidade de se assegurar, no âmbito da justiça criminal, a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo, através de um processo “justo”.⁹²

E mais à frente, especificamente em relação às segregações cautelares, acrescenta que:

As prisões decretadas anteriormente à condenação, que numa visão mais radical do princípio [da presunção de inocência] sequer poderiam ser admitidas, encontram justificação apenas na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual.⁹³

Aliás, vale consignar que essa noção do princípio, no sentido de considerar a prisão cautelar uma medida excepcional, já vinha consagrada expressamente na própria “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, em seu art. 9º. A propósito, colhe-se dos ensinamentos de TUCCI a redação do preceptivo: “[...] ‘Sendo todo homem presumido inocente, se for julgada indispensável a sua prisão, todo rigor desnecessário à sua segregação deve ser severamente reprimido pela lei’”.⁹⁴

É nessa ordem de idéias que ROCHA conclui:

[...] não existe confronto entre o princípio da presunção de inocência e o instituto processual da prisão cautelar, desde que essa seja decretada, em caráter de exceção, devidamente fundada nas

⁹² GOMES FILHO, 1991, p. 37.

⁹³ *Ibidem*, p. 65.

⁹⁴ TUCCI, 2004, p. 379.

hipóteses legais previstas, não se admitindo a sua decretação automática e sem que haja sido demonstrada a sua necessidade.⁹⁵

E, na conveniência de finalizar este capítulo com valiosa síntese a respeito do tema tratado, interessante aditar outro trecho das palavras do mesmo jurista, em que, ao tratar das normas constitucionais aplicáveis às prisões cautelares, assevera:

De fato, num Estado Democrático de Direito, que adota como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e proclama no capítulo dos direitos fundamentais a garantia das liberdades individuais, a segregação antes de uma condenação definitiva há de ser decretada como medida extrema e de caráter excepcional. Desse modo, tal providência só se justifica quando devidamente comprovada a sua necessidade, quando plenamente demonstrado que o resguardo do bem comum está a exigir o sacrifício da liberdade do acusado.⁹⁶

Examinados esses princípios constitucionais relacionados à liberdade da pessoa física no estado democrático de direito brasileiro, passa-se a analisar o instituto da prisão cautelar, gênero do qual, como se poderá ver, a prisão temporária é espécie.

⁹⁵ XIMENES ROCHA, 1998, p. 504.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 504-505.

2 PRISÃO CAUTELAR

No intuito de alcançar o escopo a que se propõe este estudo, importante localizar, desde logo, o contexto jurídico de que a prisão temporária é componente, para só então adentrar, mais especificamente, no exame desse instituto, bem como dos requisitos necessários à sua aplicação segundo a lei que o prevê.

2.1 CONCEITO E ALCANCE DO TERMO PRISÃO

Conforme leciona BONFIM, “O termo ‘prisão’ designa a privação da liberdade do indivíduo, por motivo lícito ou por ordem legal, mediante clausura”.⁹⁷

Para FREITAS, prisão é “[...] a supressão da liberdade individual mediante clausura, em decorrência de flagrante ou por ordem escrita da autoridade judiciária competente”. Não deixando de consignar que “Por expressa previsão constitucional – art. 5º, LXI – autoriza-se *prisão disciplinar* sem ordem judicial nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar”, e tampouco que “É permitida, da mesma forma, sem mandado judicial, a prisão durante o estado de sítio, mediante detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns (CF, art. 139, II)”.⁹⁸

Segundo TOURINHO FILHO: “[...] podemos definir prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatoria”.⁹⁹

Embora cada doutrinador mencionado tenha conceituado prisão de forma diferente, todas as definições citadas convergem no sentido de que o termo designa uma providência, um ato de restrição da liberdade de locomoção. Porém, desde logo é necessário esclarecer que não é apenas com esse significado que a expressão é utilizada em nosso sistema.

⁹⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 369.

⁹⁸ FREITAS, 2004, p. 30-31.

⁹⁹ TOURINHO FILHO, 2007, p. 590.

Consoante adverte KAUFFMANN, “Em nosso sistema a palavra prisão é empregada indistintamente em variadas acepções [...]”.¹⁰⁰ Também para GEMAQUE “[...] ‘prisão’ pode significar diferentes situações”.¹⁰¹

KAUFFMANN constata que:

[...] o termo prisão é comumente utilizado para significar: *estabelecimento prisional; pena privativa de liberdade; qualquer forma de restrição da liberdade e, por fim, medida legalmente prevista para restringir-se a liberdade.*¹⁰²

Preocupado em delinear a definição mais apropriada, o doutrinador analisa cada uma dessas várias acepções para, ao final, chegar à conclusão de que o significado mais adequado representa “[...] qualquer forma de privação da liberdade humana de locomoção que se origine de uma medida legalmente prevista”.¹⁰³ Afirma, inclusive, que o termo prisão deve ser utilizado única e exclusivamente com esse sentido.¹⁰⁴ Esse é o conceito de prisão que se adota neste trabalho.

Mas várias são as formas de privação da liberdade de locomoção previstas no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que cada uma dessas medidas é legalmente prevista com finalidades e requisitos próprios. Acerca dessas modalidades, BONFIM diferencia a prisão-pena – decorrente de sentença condenatória transitada em julgado – da prisão sem pena – que possui outros pressupostos. Em suas palavras:

A prisão classifica-se, em princípio, em duas modalidades:

- a) prisão-pena: é a que decorre de sentença condenatória transitada em julgado, que aplica pena privativa de liberdade. Em nosso sistema, a prisão-pena somente existe no âmbito do direito penal, sendo, portanto, de afirmar que a prisão-pena no Brasil é aquela decorrente de sentença condenatória penal transitada em julgado.
- b) Prisão sem pena: é a que não decorre de sentença condenatória transitada em julgado, não constituindo pena no sentido técnico jurídico. A doutrina identifica quatro espécies: prisão civil; prisão

¹⁰⁰ KAUFFMANN, 2006, p. 31.

¹⁰¹ GEMAQUE, Sílvio Cezar Arouck. *Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar*. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 58.

¹⁰² KAUFFMANN, op. cit., p. 33.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 42.

¹⁰⁴ *Ib.*, p. 33.

administrativa; prisão disciplinar e prisão processual (provisória ou cautelar).¹⁰⁵

Este estudo não se prolongará no exame da prisão-pena, bastando, sobre essa, o delineamento antes realizado. Da mesma forma, não se dilatará o exame sobre as modalidades de prisão sem pena diversas da prisão processual (provisória ou cautelar), sobre as quais é suficiente o seguinte ensinamento de BONFIM:

*A prisão civil, de caráter excepcional, somente existe no ordenamento jurídico brasileiro nos casos de depositário infiel e do devedor de alimentos. Em ambos os casos, não assume caráter punitivo, mas sim meramente coercitivo, cessando a privação da liberdade assim que se resolve o inadimplemento da obrigação que a houver ensejado. A prisão administrativa somente pode ser decretada por autoridade judiciária (art. 319, I, do CPP), não constituindo prisão processual, a despeito de estar prevista no Código de Processo Penal. Por fim, a prisão disciplinar existe apenas no âmbito militar (arts. 5º, LXI, da CF).*¹⁰⁶

É que, como este trabalho se direciona à abordagem de uma modalidade específica de prisão sem pena – a prisão temporária, instituto que se enquadra dentro das prisões cautelares (provisórias ou processuais) – restringir-se-á a tratar desse tema com mais detença.

Segundo LINO a prisão temporária é uma das modalidades de prisão cautelar. Em suas palavras:

*Toda prisão cautelar está fundada no binômio *fumus boni juris* e *periculum in mora*. A prisão temporária, cautelar, provisória, ainda que decretada em sede de inquérito policial, refere-se à pretensão de direito material que alicerça o eventual processo penal condenatório e não escapa à análise desses elementos para sua decretação.*¹⁰⁷

Nesse sentido, optamos por dar mais atenção ao exame da prisão cautelar, a qual, segundo RANGEL:

¹⁰⁵ BONFIM, 2007, p. 369.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 369-370.

¹⁰⁷ LINO, Bruno Teixeira. *Prisão temporária*: lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 29.

[...] tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, pois, se não for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for dada, já não será possível a aplicação da lei penal.¹⁰⁸

Por ser oportuno, cumpre registrar que, neste trabalho, têm-se as expressões “prisão processual”, “prisão provisória” e “prisão cautelar” como sinônimas. Nessa direção leciona MIRABETE, para quem “a **prisão processual**, também chamada de **provisória**, é a prisão cautelar, em sentido amplo [...]”.¹⁰⁹

Embora existam doutrinadores – MARQUES¹¹⁰ e FREITAS¹¹¹ – que criticam a utilização do termo “prisão processual” como sinônimo de “prisão cautelar”, o fato é que, conforme ensina LIMA, “[...] o termo prisão processual aqui é utilizado no sentido de ‘prisão para fins processuais’, ou para assegurar o bom andamento da persecução criminal e a futura aplicação da pena”, de modo que “[...] nenhuma impropriedade advirá na identificação com a prisão cautelar, como, aliás, já pregavam os doutrinadores clássicos”. Esses autores, a quem LIMA faz referência, são Joaquim Canuto de Mendes de Almeida e Basileu Garcia.¹¹²

Nessa ordem de idéias – analisado o conceito e o alcance da prisão em nosso sistema e indicado o enquadramento da prisão temporária entre as prisões cautelares – cumpre examinar a cautelaridade de que se reveste o instituto.

2.2 A CAUTELARIDADE, SUAS CARACTERÍSTICAS E SEUS PRESSUPOSTOS

Adotando o posicionamento de FREITAS, neste item, parte-se “[...] da premissa de que o direito processual é unitário [...]”. Vale dizer, tem-se como pressuposto que “[...] os conceitos, instituições e princípios são comuns aos diversos ramos

¹⁰⁸ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 557.

¹⁰⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18^a ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 361.

¹¹⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2^a ed. Campinas: Millennium, 2000, v. 4, p. 24.

¹¹¹ FREITAS, 2004, p. 42.

¹¹² LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 2, p. 269.

processuais, compondo o mesmo tronco, não obstante o avanço superior teórico e sistematizado alcançado pelo direito processual civil”.¹¹³

Em nota de rodapé inserta em seu livro, o mesmo autor relaciona vários doutrinadores, e suas respectivas obras, que comungam da idéia de o Direito Processual ser unitário. Os nomes listados são Romeu Pires de Campos Barros, Afrânio Silva Jardim, Fernando da Costa Tourinho Filho, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Vicente Greco Filho.¹¹⁴

É importante fazer essa observação desde logo, pois, mais à frente, serão mencionados conceitos e institutos aplicáveis ao Direito Processual como um todo. E enfatize-se, contudo, que este estudo volta-se à abordagem de um tema que compõe o Direito Processual Penal.

Muito embora reconhecendo e defendendo intensamente a existência do processo penal cautelar e do processo penal de execução, JARDIM adverte que “Tanto a doutrina como o legislador sempre estiveram com os olhos voltados, quase que exclusivamente, para o processo penal de conhecimento, ou, mais precisamente, para a ação penal condenatória”.¹¹⁵

Não obstante a primazia relatada pelo referido autor, colhe-se dos ensinamentos de MARQUES que não é apenas quando se provoca a atividade jurisdicional do Estado no intuito de obter uma condenação que há ação penal. Segundo o doutrinador, mesmo na ausência de pretensão punitiva, se a instauração do processo visar à aplicação da lei penal ou processual penal, haverá ação e, como corolário, processo. Em suas palavras:

Segundo Manzini, ação penal é somente aquela consubstanciada em “atividade do Ministério Público destinada a obter do juiz uma decisão que declare realizável a pretensão punitiva do Estado oriunda de infração penal”. Inaceitável é, porém, essa afirmativa. Rebateu-a, muito bem, Giovanni Leone, mostrando que há ação penal sempre que se peça a atuação da lei penal, pouco importando que a aplicação desta, pelos órgãos jurisdicionais, não tenha por escopo a decisão de pretensão punitiva.

¹¹³ FREITAS, 2004, p. 34-35.

¹¹⁴ Ibidem, p. 35.

¹¹⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 244-245.

Se o processo, que se instaura, visa solucionar uma lide mediante a aplicação da lei penal (ou da lei processual penal), *processo penal* ele será, muito embora sem o caráter de processo condenatório. É que, como salienta Vincenzo Spiezia, outras ações existem, do domínio do processo penal, em que a finalidade não consiste em obter a irrogação de pena, ao autor de um “*di um presunto fatto-reato*”. E como a toda ação corresponde um processo, daí se segue que assim como existe *pluralidade de ações penais*, mais de um tipo de processo também se encontra no Direito Processual Penal [...].¹¹⁶

Essa acepção do termo processo parece não se coadunar com a noção estatuída no art. 363 do Código de Processo Penal, que prevê, conforme a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.719/08, que “O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado”. Isso porque nem sempre que algum pedido de aplicação de lei processual penal é dirigido ao Poder Judiciário ocorre citação. Exemplo disso é justamente o procedimento previsto na Lei n. 7.960/89, na qual, embora vários atos processuais sejam previstos – como a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público (art. 2º, *caput*), a manifestação do Ministério Público quando houver representação da autoridade policial (§ 1º do art. 2º), a decisão do Juiz (art. 2º, *caput*), entre outros – não há previsão de citação.

Contudo, o conceito está em harmonia com o termo conforme empregado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, pois, como já restou salientado ao tratarmos desse princípio constitucional, “a expressão [processo, no art. 5º, inciso LIV, da Constituição] não deixa de abranger os atos praticados antes da instauração da instância”.¹¹⁷ Cumpre ressaltar que o termo instância era utilizado pelo antigo Código de Processo Civil (Decreto-lei n. 1.608/39) como sinônimo de processo, motivo pelo qual existe quem ainda o use com esse significado. Nesse sentido:

O antigo Código de Processo Civil (Decreto-lei nº 1.608/39) utilizava a expressão *instância* como sinônimo de *processo*, motivo pelo qual o termo *instância* é freqüentemente citado pelo autor [José Frederico

¹¹⁶ MARQUES, 2000, p. 1-2.

¹¹⁷ KAUFFMANN, 2006, p. 61.

Marques] com esse significado. Assim, nem sempre o autor menciona instância como grau de jurisdição, cujo significado atualmente é mais conhecido.¹¹⁸

Consoante leciona JARDIM, em livro seu destinado à abordagem do Direito Processual Penal:

Conforme a natureza da pretensão deduzida em juízo, podemos ter três espécies de processo a serem utilizadas na atividade jurisdicional: processo de conhecimento (ação penal condenatória, declaratória, constitutiva e mandamental), processo cautelar e de execução.¹¹⁹

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO definem processo de conhecimento como aquele que “provoca o *juízo*, em seu sentido mais restrito e próprio: através de sua instauração, o órgão jurisdicional é chamado a julgar, declarando qual das partes tem razão”.¹²⁰ Segundo os mesmos doutrinadores:

Objeto do processo de conhecimento é a pretensão ao provimento declaratório denominado *sentença de mérito*. Essa sentença, coroando o processo de conhecimento ou ao menos definindo o litígio mediante o julgamento da pretensão do autor, formula positiva ou negativamente a regra jurídica especial do caso concreto: concluirá pela procedência, quando acolher a pretensão do autor; pela improcedência, quando a rejeitar.¹²¹

Por outro lado, processo de execução penal é definido por NUCCI como “[...] processo jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, atividade administrativa”. Para o mesmo autor, é na execução penal “[...] que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos ou a pecuniária”.¹²² Consoante explica:

¹¹⁸ MARQUES, 2000, p. 15-16.

¹¹⁹ JARDIM, 2005, p. 244.

¹²⁰ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini et DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 322.

¹²¹ *Ibidem*, p. 322.

¹²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 947.

Com o trânsito em julgado da decisão, que [...] impôs pena [ao condenado], seja porque recurso não houve, seja porque foi negado provimento ao apelo, a sentença torna-se título executivo judicial, passando-se do processo de conhecimento ao processo de execução.¹²³

No que se refere ao processo cautelar, por sua vez, BARROS – explicando as idéias de Carnelutti, que adota o entendimento de Calamandrei – afirmou que esse processo “[...] não existe por si, mas em relação ao processo de conhecimento ou de execução, nele reconhecendo um caráter *instrumental*”. Na seqüência, ainda comentando as idéias do doutrinador aludido, BARROS assevera que “[...] enquanto o processo de conhecimento e o processo de execução servem para a tutela do direito, o processo cautelar, ao invés, serve para a tutela do processo”.¹²⁴

Acerca do assunto, CALAMANDREI afirma que “[...] a nota verdadeiramente típica dos procedimentos cautelares [...]” está na circunstância de que “[...] não são nunca o fim em si próprios, mas são infalivelmente predispostos à emanação de um ulterior procedimento definitivo, do qual estes preventivamente asseguram o proveito prático”.¹²⁵

Continuando seu raciocínio, o mesmo doutrinador ressalta o aspecto instrumental da tutela cautelar, ensinando que essa instrumentalidade se refere imediatamente ao próprio processo principal do qual emanará a tutela jurisdicional definitiva, e só indiretamente ao direito substancial discutido. Considerando que o processo principal já é um instrumento em relação ao direito material, a instrumentalidade do processo cautelar torna-se qualificada. Em seus dizeres:

Há, portanto, nos procedimentos cautelares, mais do que o objetivo de aplicar o direito, a finalidade imediata de assegurar a eficácia do procedimento definitivo que servirá por sua vez a exercer o direito. A tutela cautelar é, em comparação ao direito substancial, uma tutela *mediata*: mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça. Se todos os procedimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial que, através destes, se cumpre,

¹²³ NUCCI, 2006(b), p. 947.

¹²⁴ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 21.

¹²⁵ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 41.

nos procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: estes são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para a aplicação do direito [...].¹²⁶

E conclui, em expressiva síntese, que os procedimentos cautelares “[...] são [...], em relação à finalidade última da função jurisdicional, *instrumentos do instrumento*”.¹²⁷

Além de essa instrumentalidade ser qualificada pelo fato de se referir diretamente ao processo e só indiretamente ao direito substancial, para CALAMANDREI, em várias espécies de medida cautelar, ela se apresenta também como hipotética. Isso porque, nas medidas cautelares que de alguma forma antecipam os efeitos do processo principal, essa suposta antecipação pode não servir efetivamente à tutela jurisdicional definitiva pretendida, quando do processo principal não resultar um conteúdo concreto. Segundo o autor:

[os procedimentos cautelares] funcionam como meios para assegurar a eficácia prática de um procedimento principal, na hipótese de que este tenha um determinado conteúdo concreto, do qual se antecipam os previsíveis efeitos.¹²⁸

Quanto aos fins a que se destina, BARROS afirma que “[...] o escopo visado pelo processo cautelar é assegurar a conservação de um estado de fato e de direito, tendo em consideração a realização executiva do direito postulado”.¹²⁹

No mesmo sentido é a lição de CINTRA JÚNIOR, para quem:

Dentre os vários tipos de provimento jurisdicional, aquele de natureza cautelar, aplicável tanto ao processo civil quanto ao processo penal, tem por objetivo assegurar a conservação de um estado de fato e de

¹²⁶ CALAMANDREI, 2000, p. 42.

¹²⁷ Ibidem, p. 42.

¹²⁸ Ib., p. 97.

¹²⁹ BARROS, 1982, p. 13.

direito, tendo em vista a realização executiva de um direito postulado.¹³⁰

Já em relação às suas características, BARROS ressalta que “[...] as medidas cautelares se caracterizam por dois elementos que lhes são indispensáveis: a) instrumentalidade; b) provisoriedade”.¹³¹

Consoante já ficou demonstrado, “A instrumentalidade reside em suma em ser a medida cautelar destinada à tutela do processo e não do direito que se pretende tutelar, através desse mesmo processo principal”.¹³²

Sobre a provisoriedade, BARROS afirma que:

[...] resulta da circunstância de que a medida acauteladora não se reveste de caráter definitivo, durando apenas determinado espaço de tempo, cessando seus efeitos não só pelo advento da decisão definitiva proferida no processo principal, mas desde que ocorra a ausência de qualquer dos seus pressupostos, por ex.: não subsistir *periculum in mora*.¹³³

Além das características elencadas, outras podem ser verificadas. Nos ensinamentos de RANGEL, encontram-se, ainda, a jurisdicionalidade, a acessoriedade e a homogeneidade.

Para o doutrinador citado, a jurisdicionalidade corresponde à circunstância de que “[...] a restrição dos direitos e bens assegurados na Constituição e nas Convenções Internacionais somente possa ser feita por decisão judicial, a fim de evitar excessos ou abuso de poder [...]”.¹³⁴ Contudo, o mesmo autor também adverte que:

Excepcionalmente, determinadas medidas podem ser adotadas, em um primeiro momento, por órgão ou pessoa que não a judiciária, tais como a prisão em flagrante e/ou a busca e apreensão em domicílio do

¹³⁰ CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. *Prisões cautelares – o uso e o abuso*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais ano 83, maio, 1994, vol. 703, p. 260-271, p. 260.

¹³¹ BARROS, 1982, p. 44.

¹³² Ibidem, p. 45.

¹³³ Ib., p. 45.

¹³⁴ RANGEL, 2006, p. 559.

indiciado com seu consentimento, mas deverão ser submetidas, *a posteriori*, ao crivo do Judiciário para análise de sua legalidade.¹³⁵

No que se refere à acessoriedade, afirma que “[...] a medida cautelar segue a sorte da medida principal, dela sendo dependente, pois, na medida em que há o resultado do processo principal, a medida cautelar perde a sua eficácia”.¹³⁶

Já em relação à homogeneidade, aduz:

A medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente. A homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido.¹³⁷

De outra banda, no que tange aos requisitos para a decretação das providências acautelatórias, BARROS preleciona 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”.¹³⁸

O primeiro pressuposto aludido é conhecido pela expressão latina “*periculum in mora*”. A sua configuração significa que a demora na realização da situação concreta buscada pelo processo pode gerar prejuízo, ou seja, esse atraso na entrega da tutela efetivamente buscada representa um perigo de dano. Segundo o mesmo doutrinador:

Essa urgência resulta do perigo na demora de realizar-se a situação final do processo, e é revelada pela locução latina: *periculum in mora*. Mas 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

¹³⁵ RANGEL, 2006, p. 558-559.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 559.

¹³⁷ *Ib.*, p. 559-560.

¹³⁸ BARROS, 1982, p. 41.

probabilidade da transformação do dano temido em dano efetivo, se não se intervém sem tardança, e assim com urgência.¹³⁹

Esse perigo deve ser tal que justifique a ingerência do Estado no âmbito dos direitos do sujeito passivo da medida. Afinal, assegurar urgentemente a eficácia da tutela proveniente do processo principal custa o sacrifício de direitos, de modo que deve haver proporcionalidade entre esses dois valores em choque, quais sejam: a) a eficácia da tutela definitiva; e b) a preservação dos direitos cujo sacrifício se entende como necessário à asseguaração do resultado do processo principal.

Nesse sentido:

Já se acentuou que a cautela importa em um sacrifício para o sujeito passivo dela, visto que a disponibilidade de pessoas e coisas também importa num custo, tornando-se necessário pesar esse custo, tendo em consideração o perigo e o risco deste decorrente. Portanto, é importante examinar o grau de prejuízo, em proporção com o custo da própria cautela, custo esse que varia tendo em vista as diversas modalidades de cautela. Assim, consoante adverte Foschini, tal custo é mínimo na inscrição de uma hipoteca, que determina uma limitada indisponibilidade da coisa imóvel, e é, ao invés, relevantíssimo em se tratando da prisão preventiva, que produz o sacrifício do maior dos bens jurídicos, que é a liberdade da pessoa.¹⁴⁰

O segundo pressuposto mencionado também é conhecido pela expressão latina “*fumus boni juris*”, que, segundo MARQUES, representa a “[...] probabilidade de resultado favorável do processo principal, para aquele a quem a medida acautelatória irá beneficiar”.¹⁴¹

A respeito desse juízo de probabilidade, e não de certeza, valiosos são os ensinamentos de BARROS, para quem:

[...] o processo é uma evolução da dúvida para a certeza, e enquanto não chega na sentença final, é dominado pela incerteza do seu resultado. Disso resulta que para assumir o risco da atuação cautelar, torna-se imprescindível pelo menos uma *aparentia juris* da situação

¹³⁹ BARROS, 1982, p. 41-42.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 42.

¹⁴¹ MARQUES, 2000, p. 14.

que se pretende acautelar. Isso porque, se exigisse a certeza da providência da pretensão que se acautela, esta tornar-se-ia desnecessária. Por tal razão é que a cautela, sendo uma situação provisória, somente tem existência enquanto persiste a situação de incerteza da procedência da pretensão em favor de quem a invoca, ou com ela se assegura de algum suposto direito.¹⁴²

Não se pode deixar de observar que LOPES JR. assevera sua “[...] discordância em relação à doutrina tradicional que, ao analisar o requisito e fundamento das medidas cautelares, identifica-os com o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* [...]”.¹⁴³

Para o doutrinador mencionado, em se tratando de processo penal, o tradicional “*fumus boni iuris*” cede lugar ao que chama de “*fumus commissi delicti*”, conforme defende:

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva *não* é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado. O objeto do processo para fins de decretação de uma medida cautelar *não* é um direito, senão um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o *requisito* para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, ou seja, a probabilidade da ocorrência de um delito e nunca de um direito.¹⁴⁴

Já em relação ao “*periculum in mora*”, sustenta que deve ser substituído pelo “*periculum libertatis*”. Em suas palavras:

[...] o que existe é o *periculum libertatis*, ou seja, o perigo que decorre da situação de liberdade em que se encontra o sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição de prova, alarma social e reiteração delitiva).¹⁴⁵

¹⁴² BARROS, 1982, p. 43.

¹⁴³ LOPES JR., Aury Celso L. *Breves considerações sobre o requisito e o fundamento das prisões cautelares*. Revista Jurídica, Porto Alegre, Revista Jurídica ano 48, n. 274, agosto, 2000, p. 65-71, p. 66.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 66.

¹⁴⁵ *Ib.*, p. 66.

No entanto, consoante se verifica das lições de RANGEL,¹⁴⁶ essa posição moderna – “*fumus commissi delicti*” e “*periculum libertatis*” – não torna despidianda a definição das expressões mais usadas pela doutrina tradicional – “*fumus boni juris*” e “*periculum in mora*” –, conceituação que já demonstramos em linhas anteriores.

Analisado o que representa o instituto da prisão, e examinada a cautelaridade de que pode se revestir, demonstrando suas características e pressupostos, cumpre agora abordar as espécies de prisão cautelar.

2.3 ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR

Em obra da autoria de TOURINHO FILHO, edição publicada no ano de 2007, verificamos indicação de que “[...] a prisão cautelar de natureza processual [...]” apresenta-se “[...] sob cinco modalidades: a) prisão em flagrante; b) prisão preventiva *stricto sensu*; c) prisão temporária; d) prisão resultante de pronúncia; e e) prisão decorrente de sentença condenatória recorrível”.¹⁴⁷

Também para KAUFFMANN, em livro editado no ano de 2006, “A prisão penal cautelar [...] compreende a *prisão em flagrante*, a *prisão temporária*, a *prisão preventiva*, a *prisão por pronúncia* e a *prisão por condenação recorrível*”.¹⁴⁸

Todavia, com o advento das Leis n. 11.689/08 e 11.719/08, as prisões cautelares decorrentes da pronúncia e da sentença condenatória recorrível sofreram modificações muito expressivas.

No entendimento de MAGALHÃES BARROS, “[...] houve revogação da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível [...]”,¹⁴⁹ e, para NUCCI,¹⁵⁰ a prisão que pode ser decretada no momento da decisão de pronúncia tem como requisitos os da prisão preventiva.

Nas palavras de MENDONÇA:

¹⁴⁶ RANGEL, 2006, p. 561.

¹⁴⁷ TOURINHO FILHO, 2007, p. 593.

¹⁴⁸ KAUFFMANN, 2006, p. 49.

¹⁴⁹ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re) forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11690/08 e n. 11719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 96.

¹⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 77-78.

O CPP, em sua redação anterior, indicava que a prisão provisória do acusado que fosse pronunciado seria medida automática, salvo se fosse primário e de bons antecedentes ou se a infração fosse inafiançável (art. 408, §§ 1º e 3º). Ressalvadas estas duas últimas hipóteses, a prisão era medida que se impunha [...].

[Atualmente] o § 3º do art. 413 do CPP determina que o juiz decidirá, motivadamente, na hipótese de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou outra 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 [...]. Não há, portanto, que falar que a prisão é um efeito automático da pronúncia.¹⁵¹

Ainda, segundo o mesmo autor, “[...] foi extinta a antiga prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, revogando-se o art. 594 do CPP. Agora, o juiz, ao sentenciar, deve verificar se a prisão preventiva é ou não necessária”.¹⁵²

Com efeito, essa é a interpretação que se depreende do cotejo entre as normas revogadas e as atuais. Confira-se.

Antes da Lei n. 11.689/08, assim era a redação dos §§ 1º e 2º do art. 408 do Código de Processo Penal, os quais previam a pronúncia e a prisão dela decorrente:

Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

§ 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura.

§ 2º Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso.

Após a vinda da lei referida, o artigo 408 do Código de Processo Penal passou a tratar de outro assunto,¹⁵³ enquanto o art. 413 estatuiu a disciplina da decisão de pronúncia, assim dispondo:

¹⁵¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008, p. 17-18.

¹⁵² *Ibidem*, p. 247.

¹⁵³ “Art. 408. Não apresentada a resposta no prazo legal, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em até 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos”.

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.

Da mesma forma, antes da Lei n. 11.719/08, assim era a redação do art. 594 do Código de Processo Penal:

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

Depois da chegada da lei mencionada, o art. 594 do Código de Processo Penal foi revogado expressamente – art. 3º da Lei n. 11.719/08 – e o art. 387 do mesmo diploma legal passou a ter um parágrafo único, com a seguinte redação:

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.

Importante ressaltar que mesmo antes do aparecimento das Leis n. 11.689/08 e 11.719/08, já havia quem sustentasse que os arts. 594 e 408, § 1º, ambos do Código de Processo Penal, afrontavam o princípio constitucional da presunção de inocência.¹⁵⁴ Como foi visto, esse entendimento veio a se consagrar com referidas leis.

Dentro desse contexto, não seria conveniente, aqui, dedicar um item específico para tratar separadamente da antiga prisão decorrente de sentença condenatória

¹⁵⁴ TUCCI, 2004, p. 381-389.

recorrível, bem como não seria proveitoso destinar um tópico para versar exclusivamente da prisão que pode ser decretada no momento da decisão de pronúncia. Isso porque, como se viu, aquela modalidade de prisão foi revogada, enquanto esta tem como requisitos os da prisão preventiva.

Desse modo, três são as modalidades de prisão cautelar a serem examinadas nos itens seguintes: a) prisão em flagrante; b) prisão preventiva; e c) prisão temporária.

Cada qual será estudada de maneira perfunctória, para depois se entrar na análise específica do instituto objeto do estudo vertente, a prisão temporária.

2.3.1 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante encontra-se estatuída no Livro I, Título IX, Capítulo II, do Código de Processo Penal, que corresponde aos arts. 301 a 310.

Trata-se de “[...] modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal)”. Deve ser ressaltado, porém, que “[...] analisada e mantida pelo juiz, passa a ter caráter jurisdicional [...]”.¹⁵⁵

Para ROSA, “Designa-se [...] prisão em flagrante a que é efetuada no ato de se cometer o crime, enquanto os acontecimentos ainda estão ‘quentes’, crestantes”.¹⁵⁶

Segundo BECHARA, o art. 302 do Código de Processo Penal define as hipóteses autorizadoras da prisão em flagrante. Em suas palavras:

O art. 302 do Código de Processo Penal enumera quatro hipóteses de fato que traduzem as situações consideradas flagranciais, de modo que uma vez verificada qualquer uma delas, autoriza-se a prisão em flagrante.¹⁵⁷

O referido preceptivo assim estatui:

¹⁵⁵ NUCCI, 2006(b), p. 548.

¹⁵⁶ ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Processo penal*. Brasília: Consulex, 1999, p. 444.

¹⁵⁷ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 149.

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

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

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

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

Verifica-se, das lições de BECHARA, que “A constatação de qualquer uma dessas hipóteses traduz-se no *fumus commissi delicti*, a permitir a prisão em flagrante”.¹⁵⁸ Esclarece o doutrinador, ainda, que:

esta verificação não é feita a partir de uma dilação probatória mas, sim, a partir de um juízo de aparência incidente sobre qualquer uma das mencionadas situações de fato. A constatação de cada situação flagrancial legalmente eleita faz presumir a certeza da infração e os indícios de autoria, ou seja, evidencia o fundado juízo de culpabilidade.¹⁵⁹

Constata-se dos ensinamentos do mesmo jurista, outrossim, que:

[...] o *periculum libertatis* manifesta-se pela fundada presunção de que a liberdade do indiciado possa afetar a tutela do objeto material da persecução criminal, seja pelo risco de fuga, seja pela necessidade de fazer cessar a situação de ilegalidade, seja necessidade de preservação da prova.¹⁶⁰

É desse modo, pois, que se manifesta a natureza cautelar da prisão em flagrante.

2.3.2 Prisão preventiva

A prisão preventiva está prevista no Livro I, Título IX, Capítulo III, do Código de Processo Penal, correspondente aos arts. 311 a 316.

Nas palavras de TOURINHO FILHO:

¹⁵⁸ BECHARA, 2005, p. 149.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 149.

É aquela medida restritiva da liberdade determinada pelo Juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal.¹⁶¹

Quanto aos pressupostos para a imposição da medida, o mesmo doutrinador, ensina que “[...] estão contidos no art. 312 do CPP”. Para o autor, “São eles a ‘prova da existência do crime’ e ‘indícios suficientes da autoria’”.¹⁶² No mesmo sentido leciona MIRABETE.¹⁶³

A respeito dos seus fundamentos, MIRABETE assevera que:

[...] a prisão preventiva poderá ser decretada apenas como “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal” (art. 312, *caput*, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.884, de 11-6-94).¹⁶⁴

Consoante se depreende dos ensinamentos do mesmo doutrinador, os pressupostos estão relacionados com o “*fumus boni juris*”; os fundamentos, com o “*periculum in mora*”.¹⁶⁵ Importante registrar que tanto os pressupostos quanto os fundamentos para a decretação da prisão preventiva estão definidos no art. 312 do Código de Processo Penal, que dispõe da seguinte forma:

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 de existência do crime e indício suficiente de autoria.

Mas, para a decretação da prisão preventiva, configurados seus pressupostos e fundamentos, precisam estar preenchidas, ainda, as chamadas condições de

¹⁶⁰ BECHARA, 2005, p. 149.

¹⁶¹ TOURINHO FILHO, 2007, p. 622.

¹⁶² *Ibidem*, p. 622-623.

¹⁶³ MIRABETE, 2006, p. 390.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 390.

¹⁶⁵ *Ib.*, p. 390.

admissibilidade da medida, as quais estão previstas no art. 313 do Código de Processo Penal. Nessa direção é o magistério de MIRABETE.¹⁶⁶

O dispositivo aludido assim estatui:

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I - punidos com reclusão;

II - 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;

III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.

IV - 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.

Além disso, “A prisão preventiva não poderá ser decretada se ocorrer a hipótese do art. 314 [do Código de Processo Penal]”.¹⁶⁷ Assim é a redação do dispositivo citado:

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições do art. 19, I, II ou III, do Código Penal.

Necessário ressaltar que o artigo do Código Penal mencionado no preceptivo legal transcrito corresponde ao atual art. 23, I, II e III, do mesmo estatuto, cujo texto é o seguinte:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

¹⁶⁶ MIRABETE, 2006, p. 392-393.

¹⁶⁷ TOURINHO FILHO, 2007, p. 630.

Com efeito, “[...] a prisão preventiva é a modalidade de prisão cautelar por excelência na legislação processual penal em vigor [...]”, sobretudo em razão do modo como se encontra disciplinada, “[...] disposta como instrumento de auxílio à perseguição dos objetivos propostos na instância penal”.¹⁶⁸

2.3.3 Prisão temporária

A prisão temporária encontra-se disciplinada na Lei n. 7.960/89.

Segundo MAIEROVITCH, “Confere a lei da prisão temporária uma especial forma de tutela cautelar, instrumental e provisória, com dois essenciais pressupostos: *periculum in mora e fumus boni iuris*”.¹⁶⁹

Para o mesmo autor:

A cautela em tela assegura, imediatamente, o bom êxito da persecução extrajudicial. Mediamente, constitui instrumento que garantirá o provimento jurisdicional a ser lançado no processo de conhecimento, de duração demorada.¹⁷⁰

Os requisitos fáticos para a decretação da prisão temporária constam do art. 1º da Lei n. 7.960/89, que assim dispõe:

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);

¹⁶⁸ BECHARA, 2005, p. 153.

¹⁶⁹ MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Prisão temporária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais ano 81, junho, 1992, vol. 680, p. 325-327, p. 326.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 326.

- 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 suas 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).

O capítulo seguinte se destina ao exame específico dessa modalidade de prisão cautelar.

3 PRISÃO TEMPORÁRIA

O presente estudo propõe-se a abordar determinados aspectos da Prisão Temporária. Para tanto, julga-se necessário, neste capítulo, traçar o histórico do instituto, sua definição, sua natureza jurídica, para só, então, adentrar na análise dos requisitos fáticos necessários à sua aplicação.

3.1 HISTÓRICO

Verifica-se das lições de KAUFFMANN que, no Brasil, a prisão temporária já era prevista no anteprojeto do Código de Processo Penal que foi publicado em 1974 no Diário Oficial. Nas palavras do jurista:

No Brasil, em 1974, foi publicado no Diário Oficial o anteprojeto do código de processo penal elaborado por José Frederico Marques e revisto por José Carlos Moreira Alves, Benjamin Moraes Filho e José Salgado Martins. Nele, a prisão temporária era prevista nos arts. 498 e 499.¹⁷¹

Segundo o mesmo autor:

Tratava-se de medida cautelar decretada com a finalidade de “assegurar a captura do indiciado, ou compeli-lo ao cumprimento de ônus e obrigações a que está sujeito no inquérito policial”. O rol dos crimes passíveis de prisão temporária era, nos termos do parágrafo único do art. 498, taxativo.¹⁷²

Noticia LINO que também “Em 1983, o Projeto de Lei n. 1.655-B, relativo ao Novo Código de Processo Penal Brasileiro, já contemplava em seus arts. 420 a 422, a prisão temporária”.¹⁷³ E KAUFFMANN afirma que esse projeto de lei é “oriundo do anteprojeto do Código de Processo Penal de José Frederico Marques”.¹⁷⁴

¹⁷¹ KAUFFMANN, 2006, p. 121.

¹⁷² Ibidem, p. 121.

¹⁷³ LINO, 2000, p. 39.

¹⁷⁴ KAUFFMANN, op. cit., p. 121.

Para LINO, “A exposição de motivos ao referido Projeto de Lei revelava que a prisão temporária [...] tinha como objetivo acentuar a repressão estatal aos agentes da criminalidade violenta”.¹⁷⁵

Todavia, “Através da Mensagem n. 797/89, o autor (Poder Executivo) do referido projeto de lei solicitou a sua retirada da apreciação pelo poder Legislativo, o que ocorreu em 17 de novembro de 1989”.¹⁷⁶

Sobreveio, então, a Medida Provisória n. 111, de 24 de novembro de 1989, estabelecendo, no ordenamento jurídico brasileiro, a denominada prisão temporária. Nas palavras de LINO:

A Medida Provisória n. 111, de 24 de novembro de 1989, convertida, com alterações, na Lei n. 7.960, de 24 de dezembro de 1989, estabeleceu no ordenamento jurídico brasileiro uma nova espécie de prisão cautelar, ou seja, uma prisão anterior à prisão definitiva decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, denominada *prisão temporária*.¹⁷⁷

Conforme leciona o mesmo doutrinador, o texto da Medida Provisória mencionada é decorrente de um anteprojeto de lei apresentado no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça no ano de 1989. Em seus dizeres:

A redação da mencionada medida provisória decorre do anteprojeto de lei apresentado, no mês de setembro de 1989, por Damásio Evangelista de Jesus no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, e depois submetido à consideração do Presidente da República pelo Ministro da justiça José Saulo Pereira Ramos.¹⁷⁸

¹⁷⁵ LINO, 2000, p. 40.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 40.

¹⁷⁷ Ib., p. 40.

¹⁷⁸ Ib., p. 41.

Ainda segundo LINO, “[...] foi submetido o projeto de Lei n. 3.655/89 à deliberação do Congresso Nacional, mas referido projeto foi considerado prejudicado [...] em razão da edição da Medida Provisória n. 111, [...] de 1989”.¹⁷⁹

Depois, “A Medida Provisória n. 111/89 [...] foi convertida na Lei n. 7.960/89 [...]”.¹⁸⁰ Relata FREITAS que “A redação final da Lei sofreu poucas modificações, a partir da Medida Provisória”.¹⁸¹ Nos dizeres do último doutrinador:

As alterações mais significativas, no que concerne ao art. 1º, são as seguintes: inciso I – de investigação criminal para *investigação do inquérito policial*; inciso II – de investigado para *indiciado*; inciso III – de fundada suspeita para *fundadas razões*.¹⁸²

Atualmente, portanto, o estatuto que disciplina a prisão temporária é a Lei n. 7.960/89, que “entrou em vigor em 22 de dezembro de 1989 (na data de sua publicação, segundo o art. 6º) e revogou as disposições em contrário (de acordo com o art. 7º)”.¹⁸³

Segundo RIBEIRO “A prisão temporária tem inspiração na legislação de diversos países como Portugal, Inglaterra, França, Itália, Espanha, Argentina, Estados Unidos, Alemanha [...]”.¹⁸⁴

Alguns doutrinadores criticam severamente a criação da nova modalidade de prisão. Exemplos deles são TOURINHO FILHO¹⁸⁵ – para quem a prisão temporária é providência odiosa e arbitrária, pois decretada sem real necessidade – e NOGUEIRA¹⁸⁶ – que considera não haver nenhuma conveniência ou necessidade de legalizar tal modalidade de prisão.

Outros, no entanto, vêem o novo instituto como instrumento que surgiu para contribuir e melhorar a atividade exercida na persecução criminal extrajudicial. Na

¹⁷⁹ LINO, 2000, p. 42-43.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 43.

¹⁸¹ FREITAS, 2004, p. 81.

¹⁸² *Ibidem*, p. 81.

¹⁸³ LINO, *op. cit.*, p. 43.

¹⁸⁴ RIBEIRO, Diaulas Costa. *Prisão temporária (lei 7.960, de 21.12.89): um breve estudo sistemático e comparado*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais ano 83, setembro, 1994, vol. 707, p. 271-275, p. 271.

¹⁸⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3., p. 468.

¹⁸⁶ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 315.

visão de FREITAS, por exemplo, a prisão temporária “[...] é instituto que amenizou abusos policiais e permitiu melhoria na investigação”.¹⁸⁷ Crê o jurista 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.¹⁸⁸

Na mesma direção se manifesta ROSA, para quem a lei que instituiu a prisão temporária “[...] passou a dar maiores instrumentos à autoridade policial para o combate a crimes violentos e de grande repercussão social”.¹⁸⁹

NOGUEIRA procura resumir os argumentos apresentados por aqueles que defendem a prisão temporária, bem como as razões expostas por aqueles que se contrapõem ao referido instituto.

Segundo o doutrinador aludido:

Os que defendem a *prisão temporária* alinham os seguintes argumentos: 1) a polícia já prende provisoriamente os suspeitos de crimes, devendo assim ser legalizada essa forma de prisão; 2) a prisão temporária seria somente para casos graves, como estupro, latrocínio, tráfico de drogas e assaltos; 3) a prisão temporária ajudaria as investigações, facilitando o trabalho policial; 4) a prisão contribuiria para conter a onda de violência; 5) a prisão seria decretada pela autoridade policial que fosse bacharel em direito (como querem os delegados) ou pela judiciária (Projeto Reale – Dias), sendo que na primeira hipótese haveria comunicação ao juiz em vinte e quatro horas; 6) a duração da prisão seria de cinco dias apenas, tempo suficiente para investigações; 7) existem outras formas de prisões administrativas decretadas por desvio de dinheiro dos cofres públicos ou do estrangeiro para expulsão.¹⁹⁰

Por outro lado, o mesmo autor assevera que:

Os que são contrários à prisão temporária apresentam também argumentos ponderáveis, a saber: 1) a prisão temporária é

¹⁸⁷ FREITAS, 2004, p. 82.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 82.

¹⁸⁹ ROSA, 1999, p. 470.

¹⁹⁰ NOGUEIRA, 2000, p. 314.

desnecessária na conjuntura atual, em que a prisão só se destina aos condenados perigosos, não devendo ser imposta ao simplesmente suspeito; 2) a polícia tem outros meios de conter a violência, podendo prender em flagrante, o que não costuma fazer, ou pedir a preventiva, que tem sido concedida sempre que necessária; 3) a prisão para averiguações está implícita no poder de polícia, e dificilmente alguma autoridade é processada por esse motivo, não se justificando esse infundado receio da polícia; 4) para os casos graves de latrocínio, estupro, assalto, seqüestro etc., já existe a prisão preventiva, facilmente obtida; 5) de modo algum a prisão temporária ajudará a conter a violência, mas poderá ser nova fonte de arbítrio, aumentando a violência policial; 6) na maioria dos Estados brasileiros, as autoridades policiais não são bacharéis, mas leigos propensos a arbitrariedades; 7) já houve proposta de a prisão temporária ser decretada pelo promotor de justiça, que foi veemente criticada por se tratar de parte no processo, o que levou seu autor a mudar o anteprojeto nesse particular; 8) se já existe prisão administrativa para aqueles que desviam dinheiro dos cofres públicos, não se tem notícia de sua aplicação, quando os desfalques são constantes, não sendo, assim, medida que se aplica contra os poderosos; 9) a prisão temporária teria como destinatários apenas os pobres e humildes, que são os únicos que comparecem perante a justiça, quando os grandes culpados continuam impunes; 10) a Lei de Segurança Nacional vigente prevê a custódia ou prisão cautelar por quinze dias, imposta pelo encarregado do inquérito, mas tal permissão foi revogada pela constituição vigente, que ampliou os direitos e garantias individuais; 11) no período autoritário, a custódia imposta pelo encarregado do inquérito militar era de trinta dias, e todos se lembram de que muitos detidos sofreram torturas ou desapareceram, com a conivência da Justiça Militar, sem que os torturadores fossem responsabilizados, mas sim anistiados.¹⁹¹

O fato é que, como já ficou demonstrado, a prisão temporária passou a compor o nosso sistema, fazendo parte do ordenamento jurídico brasileiro nos dias atuais, estando sua disciplina estatuída na Lei n. 7.960/89.

Mas é imprescindível ressaltar, outrossim, que “[...] abalizada doutrina, apesar de não ter sido recepcionada pela jurisprudência, consignou o seu entendimento no sentido da Lei nº 7.960/89 ser **inconstitucional** [...]”. Tal juízo se manifestou sob duas vertentes: 1) apontando vício de origem, tendo em vista ter sido criada através de

¹⁹¹ NOGUEIRA, 2000, p. 314-315.

Medida Provisória; e b) questionando a constitucionalidade da lei em face do direito à liberdade provisória, referido no art. 5º, LXVI, da Constituição.¹⁹²

No que tange ao fato de a prisão temporária ter sido introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio de Medida Provisória, ROCHA afirma que representa “[...] frontal desrespeito ao princípio da reserva legal absoluta que deve nortear a criação desses mecanismos de restrição da liberdade individual do cidadão”. Para o mesmo doutrinador, ainda, “[...] não obstante transformada em lei pelo Congresso Nacional, seu vício de origem a contagia de forma insanável”.¹⁹³

Explicando com mais acuidade o seu entendimento, escreve o autor:

[...] embora a reserva de lei não coincida, nos dias de hoje, com a de competência legislativa do Parlamento, tem-se entendido que, no campo dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, essa coincidência é indispensável, mormente num Estado que se pretenda Democrático de Direito. “A lei, que é garantia da liberdade, assenta na representação política.” Essa função reconhecida ao Legislativo, porém, há de ser exercida vinculada aos ditames da Constituição, não podendo o Legislador, a pretexto do exercício de semelhante mister, “afectar ou modificar o *conteúdo* do direito fundamental, sob pena de se inverter a ordem constitucional das coisas”.¹⁹⁴

Quanto à suposta afronta à liberdade provisória prevista no art. 5º, inciso LXVI, da Constituição de 1988 – “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” – CASCALDI, tendo em vista a redação do dispositivo transcrito, traça o seguinte raciocínio:

Portanto, em sendo caso de liberdade provisória não cabe qualquer forma de prisão. Mas, o que vem a ser a liberdade provisória? A resposta nos é dada pelo parágrafo único do art. 310 do CPP. A resposta consiste em afirmar que a liberdade provisória é o reverso da medalha da prisão preventiva. Em outras palavras, segundo o Código de Processo Penal o juiz deve conceder a liberdade provisória quando não ocorrerem as hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Logo, as hipóteses autorizadas de prisão, em face do que veio a dispor a Constituição no inc. LXVI do art. 5º, passaram a constituir a *garantia*

¹⁹² DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 151-152.

¹⁹³ XIMENES ROCHA, 1998, p. 508.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 508.

mínima do cidadão em matéria de liberdade: só perderá esta se presentes pelo menos as hipóteses da prisão preventiva e não outras com menos requisitos de deferimento.¹⁹⁵

Por outro lado, outros doutrinadores já se posicionaram no sentido de ser constitucional a lei que disciplina a prisão temporária. Nessa direção, MAIEROVITCH afirma que “[...] a Lei 7.960/89 não afrontou a Constituição da República”,¹⁹⁶ e GRINOVER assevera que “[...] a prisão temporária não infringe a Constituição, quanto à sua configuração de prisão cautelar, a uma de cujas formas a Lei Maior alude, no inciso LXI do art. 5º, ao referir-se à prisão em flagrante delito”.¹⁹⁷

Outrossim, consoante já ficou registrado, o entendimento no sentido da inconstitucionalidade não foi recepcionado pela jurisprudência, de modo que a Lei n. 7.960/89 vem “sendo aplicada [...] por todos os operadores do direito”.¹⁹⁸

3.2 DEFINIÇÃO

Como se verificou no capítulo imediatamente anterior, a prisão temporária é espécie de prisão sem pena enquadrada no contexto das prisões cautelares.

Além disso, embora esta idéia possa ser depreendida dos princípios examinados no primeiro capítulo deste trabalho, nunca é demais advertir que a sua decretação é medida de exceção. A preservação da liberdade do indivíduo é a regra geral. O encarceramento é medida que se justifica somente quando se verificarem fatos que se subsumam às normas que o legislador infraconstitucional estabeleceu como pressupostos da providência restritiva, no intuito de tutelar algum outro valor importante.

A propósito, ensina TOURINHO FILHO que:

¹⁹⁵ CASCALDI, Rui. *Prisão temporária: inconstitucionalidade*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais ano 80, maio, 1991, p. 259-261, p. 261.

¹⁹⁶ MAIEROVITCH, 1992, p. 325.

¹⁹⁷ GRINOVER, Ada Pallegriani. *Limites constitucionais à prisão temporária*. Revista Jurídica, Porto Alegre, Revista Jurídica ano XLIII, n. 207, janeiro, 1995, p. 35-38, p. 35.

¹⁹⁸ RANGEL, 2006, p. 617.

Sendo a liberdade um dos direitos fundamentais do homem, natural deva a Constituição preservá-la. Sabe-se que a liberdade não é o direito de alguém fazer o que quiser e entender, mas sim o de fazer o que a lei não proíbe. Sem os freios da lei, a liberdade desenfreada conduziria ao tumulto, à anarquia, ao caos, enfim. Daí permitir-se, na Magna Carta, a restrição à liberdade, dès que tal restrição se faça com comedimento, dentro dos limites do indispensável, do necessário, e, assim mesmo, cercada de reais garantias para que se evitem extralimitações do Poder Público.

[...]

A prisão, pois, há de ser conforme à lei.¹⁹⁹

E esse entendimento também já foi esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, que assim se pronunciou:

[...] II - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional (HC 90.753/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22/11/2007), sendo exceção à regra (HC 90.398/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 17/05/2007).

Assim, é inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, qualquer que seja a modalidade (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível) seja deturpada a ponto de configurar uma antecipação do cumprimento de pena (HC 90.464/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 04/05/2007). O princípio constitucional da não-culpabilidade se por um lado não resta malferido diante da previsão no nosso ordenamento jurídico das prisões cautelares (Súmula nº 09/STJ), por outro não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado (HC 89501/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 16/03/2007). Desse modo, a constrição cautelar desse direito fundamental (art. 5º, inciso XV, da Carta Magna) deve ter base empírica e concreta (HC 91.729/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 11/10/2007) [...].²⁰⁰

Dentro desse contexto, tendo em vista que a localização do instituto no ordenamento jurídico já foi demonstrada, torna-se mais importante, agora, destacar as

¹⁹⁹ TOURINHO FILHO, 2007, p. 593-594.

²⁰⁰ HC 92.515/BA, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 01.04.2008, DJ 02.06.2008, p. 1.

características que nele se sobressaem em relação às demais formas de prisão cautelar, bem como delimitar a sua finalidade.

Nesse sentido, acredita-se que o aspecto mais marcante da prisão temporária é a circunstância de estar estritamente ligada à atividade de investigação, realizada anteriormente à propositura da ação penal. Segundo LINO:

A prisão temporária, nos termos da Lei n. 7.960/89, surge no Direito Processual Penal como medida cautelar atrelada, exclusivamente, ao procedimento de investigação da autoria e da materialidade da infração penal (inquérito policial) que poderá informar uma eventual ação penal.²⁰¹

Finda a investigação e instaurada a ação penal condenatória, a prisão temporária não mais subsiste. Para KAUFFMANN:

A prisão temporária é a privação da liberdade que se torna necessária, em alguns casos concretos, para que sejam colhidos os elementos indispensáveis ao oferecimento da inicial acusatória. É a prisão para investigação que só vigora durante o inquérito policial. Oferecida a denúncia ela não mais se faz necessária, o que impossibilita sua coexistência com o processo.²⁰²

Em comparação com as demais modalidades de prisão cautelar, verifica-se, dos ensinamentos de LINO, que:

[...] a prisão temporária pode ser vista, segundo Rogério de Lauria Tucci, como o encarceramento prévio do indiciado no lapso temporal entre a iniciação da *informatio delicti* mediante portaria (inocorrente, portanto, a prisão em flagrante delito) e o momento em que se verifica a possibilidade de imediata reunião dos elementos necessários à decretação da preventiva.²⁰³

É por isso que, nessa ordem de idéias, a respeito da finalidade do instituto, KAUFFMANN leciona que “[...] a prisão temporária visa, única e exclusivamente,

²⁰¹ LINO, 2000, p. 26.

²⁰² KAUFFMANN, 2006, p. 120.

²⁰³ LINO, op. cit., p. 20.

possibilitar as investigações policiais quando, comprovadamente, a liberdade do investigado prejudique o prosseguimento do inquérito policial”.²⁰⁴

No mesmo sentido são os ensinamentos de GRECO FILHO, para quem “[...] a idéia da prisão temporária é exatamente a utilidade para as investigações e a necessidade, imposta pela ordem pública, de imediata e eficaz reação social à prática de crimes repulsivos”.²⁰⁵

Dessarte, a prisão temporária pode ser definida como medida cautelar, excepcionalmente decretada, quando verificada sua necessidade, mediante a configuração do “fumus boni juris” e do “periculum in mora”, tal como esses pressupostos estiverem previstos em lei, privando o indivíduo de sua liberdade de locomoção, antes do início da ação penal condenatória, a fim de possibilitar a sua propositura e, como corolário, a obtenção das conseqüências advindas da instauração do processo penal de conhecimento.

3.3 NATUREZA JURÍDICA

Tratando sobre o Processo Penal, OLIVEIRA assevera que “[...] toda prisão anterior ao trânsito em julgado deve [...] ser considerada uma prisão *cautelar*. Cautelar no que se refere à sua função de instrumentalidade, de acautelamento de determinados e específicos interesses de ordem pública”.²⁰⁶

Para chegar à referida conclusão, o doutrinador traça um raciocínio que parte de duas normas consagradas na Constituição. Trata-se da “[...] instituição de um princípio afirmativo da situação de *inocência* de todo aquele que estiver submetido à persecução penal [...]” e da “[...] garantia de que toda prisão seja efetivamente *fundamentada* e por ordem escrita de autoridade *judiciária* competente”.²⁰⁷

Para o autor:

²⁰⁴ KAUFFMANN, 2006, p. 119.

²⁰⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 273.

²⁰⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 414.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 414.

[...] o reconhecimento da *situação jurídica* de inocente (art. 5º, LVII, [da Constituição]) impõe a necessidade de *fundamentação judicial* para toda e qualquer privação da liberdade, tendo em vista que só o Judiciário poderá determinar a prisão de um *inocente*. E mais: que essa fundamentação seja construída em *bases cautelares*, isto é, que a prisão seja decretada como acautelamento dos interesses da jurisdição penal, com a marca da *indispensabilidade* e da *necessidade* da medida.²⁰⁸

Com efeito, se a liberdade é a regra geral – eis que amplamente tutelada pela Constituição – não se pode conceber que sua privação aconteça sem que estejam presentes fatos que justifiquem, efetivamente, a imposição de medida restritiva desse direito tão valioso. E, no Direito Processual Penal, enquanto ainda não há decisão condenatória transitada em julgado, é no processo penal cautelar que se pode verificar a existência desses requisitos fáticos, consubstanciados naquilo que tradicionalmente se denomina de “*fumus boni juris*” e “*periculum in mora*”.

Como se pôde observar no capítulo anterior deste estudo, as medidas cautelares têm como característica a jurisdicionalidade, ou seja, a sua decretação deve ocorrer por intermédio de decisão judicial. Tal atributo se coaduna com a norma contida no art. 5º, inciso LXI, da Constituição, que estabelece que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]”.

Além disso, consoante se verificou no primeiro capítulo, também deste estudo, a fundamentação – prescrita nos arts. 93, IX, e 5º, LXI, ambos da Constituição – exige que para a imposição da prisão sejam expostas as razões de fato e de direito, o que se pode alcançar no exame do “*fumus boni juris*” e do “*periculum in mora*”.

Outrossim, o estabelecimento do princípio da presunção de inocência, vedando, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o tratamento do suposto autor do crime como culpado, requer que a decretação da prisão sem pena se fundamente em situações de fato que justifiquem o encarceramento, o que se atinge com os requisitos da medida cautelar.

Nesse sentido, GRINOVER afirma que:

²⁰⁸ OLIVEIRA, 2007, p. 414.

[...] em face do estado de inocência do acusado, a antecipação do resultado do processo representa providência excepcional, que não pode ser confundida com a punição, somente justificada em casos de extrema necessidade.

Por isso, antes de mais nada, a restrição antecipada do direito de liberdade do acusado deve obedecer aos requisitos necessários para a decretação de qualquer provimento cautelar: o *fumus boni iuris*, entendido como a plausibilidade do direito invocado pelos interessados na medida cautelar; e o *periculum in mora* que, no caso de prisão cautelar, se configura como *periculum libertatis*, ou seja, a demonstração de que a liberdade do acusado pode pôr em risco os resultados do processo, quer com relação ao seu desenvolvimento regular, quer quanto à concreta efetivação da sanção penal que venha afinal a ser imposta.²⁰⁹

Assim, não obstante JARDIM tenha escrito, em nota de rodapé de livro de sua autoria, que “a natureza cautelar da recente ‘prisão temporária’ é discutível, pois não exige a conjugação dos dois requisitos: *periculum in mora* e *fumus boni iuris*”,²¹⁰ LINO – a quem assiste razão –, tratando da mesma modalidade de segregação, assevera que “[...] como toda prisão cautelar, [a prisão temporária] deve estar fundamentada no binômio *fumus boni iuris* e *periculum in mora* [...]”²¹¹.

Em outra passagem da mesma obra, o último autor mencionado é ainda mais claro ao afirmar que:

Toda prisão cautelar está fundada no binômio *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. A prisão temporária, cautelar, provisória, ainda que decretada em sede de inquérito policial, refere-se à pretensão de direito material que alicerça o eventual processo penal condenatório e não escapa à análise desses elementos para sua decretação²¹².

E nessa direção tem se inclinado uma parcela ampla da doutrina. Para exemplificar, consideram que a prisão temporária tem natureza jurídica cautelar KAUFFMANN,²¹³ LIMA²¹⁴ e SODRÉ.²¹⁵

²⁰⁹ GRINOVER, 1995, p. 35-36.

²¹⁰ JARDIM, 2005, p. 242.

²¹¹ LINO, 2000, p. 50.

²¹² Ibidem, p. 29.

²¹³ KAUFFMANN, 2006, p. 125.

²¹⁴ LIMA, 2004, p. 284.

3.4 REQUISITOS FÁTICOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA

Cumpra, agora, adentrar especificamente no exame dos requisitos fáticos para a decretação da prisão temporária. Consoante se observará, a maior parte das fontes consultadas se reporta ao art. 1º da Lei n. 7.960/89, mas há quem faça referência, outrossim, ao art. 312 do Código de Processo Penal.

3.4.1 Pressupostos elencados no art. 1º da Lei n. 7.960/89

A Lei n. 7.960/89 define em seu art. 1º, incisos I, II e III, as hipóteses em que caberá a prisão temporária. É principalmente nesse dispositivo que reside a problemática abordada no presente estudo.

Referido preceptivo estatui os pressupostos fáticos justificadores da decretação da prisão temporária. Vale dizer, somente quando determinados fatos se subsumirem ao que está previsto no art. 1º do diploma legal mencionado é que a decretação da medida estará autorizada, tornando-se determinante, portanto, definir qual a mais adequada interpretação do referido preceptivo, matéria que se passa a examinar.

3.4.1.1 Imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial (art. 1º, inciso I, da Lei n. 7.960/89)

O inciso I do art. 1º da Lei n. 7.960/89 estatui que caberá prisão temporária “[...] quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”.

Conforme sintetiza KAUFFMANN:

[...] nos termos do art. 1.º, inciso I, da Lei 7.960/89, a prisão temporária somente será decretada quando a restrição da liberdade do investigado tornar-se condição indispensável para que a polícia

²¹⁵ SODRÉ, Patrícia dos Santos. *Prisão temporária: medida cautelar para crimes leves?*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais ano 82, maio, 1993, vol. 691, p. 396-398, p. 397.

judiciária reúna os elementos essenciais ao oferecimento da inicial acusatória.²¹⁶

E não se pode deixar de advertir que “[...] a imprescindibilidade para as investigações não se confunde com a dificuldade de elucidação do crime (por precariedade ou ausência de outros métodos de investigação, por exemplo)”.²¹⁷

Com a imposição da medida, portanto, pretende-se possibilitar o desenvolvimento das investigações no inquérito policial, por intermédio da privação da liberdade de locomoção do indivíduo, quando necessária, indispensável, imprescindível a essa atividade.

A utilidade desse instrumento é viabilizar a produção de determinadas provas, cuja obtenção não seria possível sem o encarceramento temporário do suposto autor do crime. Conforme leciona FREITAS:

O recolhimento do suspeito proporcionará a realização de provas no inquérito policial, como reconhecimento pessoal e interrogatório, o qual, apesar do direito ao silêncio, pode ser frutífero de algum modo na investigação, até nas conversas informais que podem redundar em diligência positiva.²¹⁸

Necessário ressaltar, ainda, que, conforme leciona LINO, em comentário ao dispositivo em análise, “[...] a prisão temporária está, obrigatoriamente, vinculada aos autos do inquérito policial”,²¹⁹ donde se poderia concluir que sua decretação não seria permitida enquanto ainda não instaurado esse procedimento investigativo. Na mesma direção se manifesta FREITAS, para quem “O inquérito policial é o início e o fim da prisão temporária”.²²⁰

Todavia, segundo demonstra BONFIM, há quem entenda que “a falta de formal e prévia instauração do inquérito não impede a decretação da medida [...]”. Isso porque “[...] os elementos de convicção podem ter sido extraídos de investigação realizada pelo Ministério Público ou de peças de informação”. Nesse sentido, o

²¹⁶ KAUFFMANN, 2006, p. 128.

²¹⁷ LINO, 2000, p. 54.

²¹⁸ FREITAS, 2004, p. 109-110.

²¹⁹ LINO, op. cit., p. 52.

doutrinador cita decisão com a seguinte referência: “TJSP, HC, 275.316/3, Rel. Passos de Freitas, *Lex*, 217/345”.²²¹

No mais, constata-se, da análise do art. 1º da Lei n. 7.960/89, que o inciso I é o único que não se reporta ao indiciado. Para FREITAS, “A omissão ao sujeito passivo foi proposital”, pois “[...] se da prova angariada conclui-se que a autoria ou participação no crime recai sobre pessoa fora do rol daquelas que interagiram com o inquérito policial, a prisão é perfeitamente coerente”. É nesse sentido que, para referido doutrinador, a prisão temporária pode ser decretada tanto em desfavor do suspeito quanto do indiciado.²²²

Na mesma direção leciona GRECO FILHO, que, tratando do sujeito passivo da prisão temporária, afirma: “[...] não se vislumbra a necessidade de que tenha ele já sido, anteriormente, submetido formalmente ao indiciamento. O suspeito, mesmo que ainda não indiciado, poderá, também, ser submetido à prisão”.²²³

3.4.1.2 Ausência de residência fixa do indiciado ou não fornecimento dos elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (Art. 1º, inciso II, da Lei n. 7.960/89)

O inciso II do art. 1º da Lei n. 7.960/89 estatui que caberá prisão temporária “[...] quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”.

Trata-se, portanto, de duas hipóteses alternativas: 1) não ter residência fixa; e 2) não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

Sobre a primeira hipótese mencionada, KAUFFMANN afirma que “Só não será fixa a residência do nômade, que não tem paradeiro, cujo destino incerto não permite sua localização”. Segundo o mesmo autor, “Sendo o indivíduo localizável, sua residência é fixa”.²²⁴

²²⁰ FREITAS, 2004, p. 109.

²²¹ BONFIM, 2007, p. 394.

²²² FREITAS, op. cit., p. 111-112.

²²³ GRECO FILHO, 1998, p. 273.

²²⁴ KAUFFMANN, 2006, p. 128.

Porém, para LINO, tratar quem não tem residência fixa de forma diversa daqueles que a têm fere o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da Constituição).²²⁵

Já, acerca da segunda hipótese alternativa, por sua vez, KAUFFMANN entende que:

[...] foi revogada pelo artigo 8.º, *g*, do decreto 678/92, que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, cuja exegese impede que o acusado faça prova contra si mesmo.²²⁶

Além disso, LINO assevera que o suposto autor do crime não é obrigado a fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, sob o argumento de que o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição, assegura-lhe o direito ao silêncio.²²⁷

Em contrapartida, FREITAS, ao tecer comentários sobre o dispositivo em questão, não o trata como inconstitucional, bem como não afirma ter sido revogado. Diversamente, dá a entender que a sua ocorrência pode autorizar a prisão como medida cautelar.²²⁸

De qualquer forma, no juízo de OLIVEIRA, o inciso II é redundante em relação ao inciso I. Ou seja, para o autor, sempre que algum fato se subsumir à hipótese normativa prevista no inciso II, também estará preenchido o requisito contido no inciso I. Em seus dizeres:

[...] o inc. II é absolutamente redundante, no ponto em que expressa uma das *várias hipóteses enquadráveis no inc. I*, no qual se afirma a necessidade da prisão temporária com fundamento *na imprescindibilidade da investigação policial*. Ora, se nada se sabe acerca da real identidade do indiciado ou não se tem notícia de seu endereço, as investigações serão evidentemente prejudicadas.²²⁹

²²⁵ LINO, 2000, p. 54-55.

²²⁶ KAUFFMANN, op. cit., p. 129.

²²⁷ LINO, op. cit., p. 55.

²²⁸ FREITAS, 2004, p. 112-115.

²²⁹ OLIVEIRA, 2007, p. 446.

Nessa ordem de idéias, se for adotado o entendimento deste último doutrinador citado, independentemente de se considerar que o inciso II (ou parte dele) foi revogado ou que viola a Constituição, a sua configuração combinada com um ou mais incisos do art. 1º da Lei n. 7.960/89 – a depender da interpretação que se der a esse dispositivo – poderá ser suficiente para justificar a decretação da prisão temporária, conforme se verá mais à frente.

3.4.1.3 Existência de fundadas razões de autoria ou participação do indiciado em determinados crimes (art. 1º, inciso III, da Lei n. 7.960/89)

O inciso III do art. 1º da Lei n. 7.960/89 estatui que caberá prisão temporária “[...] quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes”, traçando um rol de delitos distribuídos entre as alíneas “a” e “o”.

Segundo FREITAS, “a expressão ‘fundadas razões’, da prisão temporária, equivale à expressão ‘indícios’, da prisão preventiva, já que ambas retratam um dos pressupostos da medida cautelar”.²³⁰ Porém, o mesmo autor ressalta que:

Resulta claro que o legislador preferiu hierarquizar a dedução resultante do raciocínio utilizado para alcançar a verdade real numa e noutra fórmula indiciária. Enquanto uma se atém à prisão temporária e é mais tênue, a outra se direciona à prisão preventiva e é mais robusta.²³¹

Sintetizando, o doutrinador afirma que “[...] *fundadas razões* não são mais nem menos que indícios mais leves do que os da prisão preventiva”. Para ele, “Essa é a diferença básica entre os institutos”, prisão preventiva e prisão temporária.²³²

Ainda sobre as fundadas razões, é interessante o ensinamento de KAUFFMANN, para quem elas “situam-se entre a mera suspeita – que permite,

²³⁰ FREITAS, 2004, p. 115.

²³¹ Ibidem, p. 118.

²³² Ib., p. 121.

apenas, a instauração de procedimento investigatório – e os indícios de autoria e materialidade suficientes para o oferecimento da inicial acusatória”.²³³

Quanto à aferição desse requisito legal, FREITAS esclarece que será feita “[...] diante de elementos concretos, objetivos, que permitam uma avaliação positiva do juiz a respeito da autoria ou participação do indiciado”.²³⁴

No mais, segundo leciona LINO, “a prisão temporária só pode ser decretada quando vinculada à prática dos crimes enumerados, taxativamente, no inciso III, do art. 1º”. Para o autor, “a lista de crimes há de ser interpretada restritivamente, não comportando outras figuras típicas (afastada, também, a modalidade tentada, por ausência de previsão legal)”.²³⁵ KAUFFMANN compartilha desse entendimento.²³⁶

Por outro lado, consoante ensina BONFIM, “Entende-se [...] que esse rol foi ampliado por força do art. 2º, § 4º, da Lei n. 8.072/90 [...]”.²³⁷ No mesmo sentido se posiciona FERNANDES.²³⁸

3.4.1.4 Entendimentos relacionados à interpretação do art. 1º da Lei n. 7.960/89

A redação do art. 1º da Lei n. 7.960/89 permite diversas interpretações. Nos dizeres de LIMA, “A questão de maior indagação está em se saber se há necessidade de se preencher todos os requisitos do art. 1º, ou basta um ou dois, e qual ou quais seriam”.²³⁹ Acerca dessa problemática, encontram-se variados posicionamentos.

Cumprе ressaltar que, por ora, apenas serão apresentados, superficialmente, os entendimentos possíveis, reservando-se para o final deste trabalho uma análise um pouco mais aprofundada sobre esse tema.

3.4.1.4.1 Alternatividade dos três incisos

²³³ KAUFFMANN, 2006, p. 130.

²³⁴ FREITAS, 2004, p. 120.

²³⁵ LINO, 2000, p. 56.

²³⁶ KAUFFMANN, op. cit., p. 134-137.

²³⁷ BONFIM, 2007, p. 394.

²³⁸ FERNANDES, 2005, p. 324.

²³⁹ LIMA, 2004, p. 283.

Para uma parte da doutrina, a configuração de qualquer dos incisos do art. 1º da Lei n. 7.960/89, isoladamente, é suficiente para autorizar a decretação da prisão temporária. Compartilham desse entendimento MIRABETE²⁴⁰ e RIBEIRO.²⁴¹

Criticando esse posicionamento, KAUFFMANN afirma que:

O entendimento de que basta a presença de apenas um dos incisos do artigo 1.º da Lei 7.960/89, leva a algumas incongruências que permitem a prisão temporária sem comprovada necessidade – com base única e exclusivamente na gravidade do crime ou para se esclarecer a identidade do preso. Não é só: acaba possibilitando a prisão em qualquer infração penal, mesmo naquelas em que a liberdade é obrigatória.²⁴²

Colhe-se da argumentação de RIBEIRO – autor que, como visto, defende a tese da suficiência da configuração de qualquer dos três incisos, isoladamente – que “os incisos, no sistema legislativo brasileiro, sempre foram unidades autônomas entre si, vinculadas ao preceito do parágrafo ou do artigo, como é o caso”.²⁴³

3.4.1.4.2 *Cumulatividade dos três incisos*

Poder-se-ia pensar, de outra banda, no entendimento de ser necessária a cumulação de todos os incisos do art. 1º da Lei n. 7.960/89. Aliás, KAUFFMANN afirma que Hélio Tornaghi deixa subentendido seu posicionamento nesse sentido.²⁴⁴

Esse modo de interpretar o dispositivo também é objeto de crítica. Para Sodré, se assim se entendesse, a prisão temporária se tornaria praticamente inaplicável, pois bastaria que a pessoa tivesse domicílio certo e identidade conhecida para ficar fora do alcance desse instituto.²⁴⁵

Na mesma direção se inclina KAUFFMANN, para quem a adoção desse entendimento tornaria “[...] quase impossível a decretação da prisão temporária”.²⁴⁶

²⁴⁰ MIRABETE, 2006, p. 398-399.

²⁴¹ RIBEIRO, 1994, p. 272.

²⁴² KAUFFMANN, 2006, p. 139.

²⁴³ RIBEIRO, op. cit., p. 272.

²⁴⁴ KAUFFMANN, op. cit., p. 139.

²⁴⁵ SODRÉ, 1993, p. 396.

²⁴⁶ KAUFFMANN, op. cit., p. 139.

3.4.1.4.3 Ocorrência cumulativa de dois dos três incisos

Segmento significativo da doutrina entende que a prisão temporária pode ser decretada quando preenchidos os requisitos constantes dos incisos I e III, conjugados, ou dos incisos II e III, também cumulados.

Conforme leciona FERNANDES:

É mister outra leitura desse art. 1.º, por meio da qual não se perca de vista a natureza cautelar de toda prisão durante a investigação ou durante o processo, sendo trabalho do intérprete verificar se ele contempla, em seus três incisos, as exigências do *fumus boni iuris* e do *periculum libertatis*, ajustando-se, assim, a prisão temporária ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

Constata-se que o *fumus boni iuris* está presente no inc. III [...].

O *periculum libertatis*, por outro lado, está presente nos dois incisos anteriores [...].

[...] Em resumo, seria possível a medida constritiva quando, preenchido o requisito do inc. III, estivesse presente também um dos requisitos dos incs. I e II.²⁴⁷

Nesse sentido lecionam, por exemplo, SODRÉ,²⁴⁸ RANGEL,²⁴⁹ BONFIM²⁵⁰ e GRINOVER.²⁵¹

3.4.1.4.4 Ocorrência cumulativa dos incisos I e III

Por fim, é possível verificar, ainda, a existência de outro entendimento. Segundo KAUFFMANN:

O inciso II, analisado em conjunto apenas com o inciso III, é incompatível com a finalidade investigatória da prisão temporária, pois busca garantir, tão-somente, a futura aplicação da lei penal. Sua

²⁴⁷ FERNANDES, 2005, p. 321-322.

²⁴⁸ SODRÉ, 1993, p. 398.

²⁴⁹ RANGEL, 2006, p. 618.

²⁵⁰ BONFIM, 2007, p. 394.

²⁵¹ GRINOVER, 1995, p. 38.

aplicação pode acarretar a prisão de quem, apesar de não possuir residência fixa, não exerce qualquer influência negativa na investigação do inquérito policial.²⁵²

Consoante ensina o doutrinador, a prisão temporária somente será possível quando ficarem configuradas, simultaneamente, as hipóteses dos incisos I e III do art. 1º da Lei n. 7.960/89, não sendo suficiente a ocorrência dos requisitos definidos nos incisos II e III do mesmo dispositivo.²⁵³

3.4.2 (Des)necessidade de aplicação do art. 312 do Código de Processo Penal

Há quem defenda, ainda, que a prisão temporária somente poderá ser decretada quando preenchidos, também, os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, dispositivo este que se refere à prisão preventiva. Nessa direção se inclina CINTRA JÚNIOR, para quem:

A prisão temporária, prevista na Lei 7.960/89, se utilizada quando ausentes os requisitos do art. 312 do CPP, que exprimem o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* que orientam o provimento cautelar ofende a Constituição da República, sendo abusiva sua decretação.²⁵⁴

No mesmo sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça ao proclamar que “A decretação da prisão temporária, como qualquer outra prisão cautelar, deve, necessariamente, estar amparada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal [...]”.²⁵⁵

Da mesma decisão, ainda, se colhe o seguinte excerto:

Pode-se dizer, de forma mais precisa, que, conforme o princípio constitucional da Presunção de Inocência (art. 5º, LVII, CF/88) e a garantia de fundamentação das decisões judiciais (arts 5º, LXI e 93, IX, CF/88), a obrigatoriedade da prisão cautelar não pode provir de um automatismo da lei, da mera repetição judiciária dos vocábulos

²⁵² KAUFFMANN, 2006, p. 145.

²⁵³ Ibidem, p. 144-145.

²⁵⁴ CINTRA JÚNIOR, 1994, p. 269.

²⁵⁵ HC 35.292/MS, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 30.06.2005, DJ 29.08.2005 p. 440.

componentes do dispositivo legal ou da indicação genérica do motivo, e sim do efetivo *periculum libertatis*, consignado em um dos motivos da prisão preventiva, quais sejam, a garantia da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (art. 312, CPP).

Em sentido contrário, contudo, manifesta-se FREITAS. Em suas palavras:

[...] diante da inexistência de região de conflito entre os pressupostos da prisão temporária e os das demais prisões cautelares, não se cogita da presença de requisitos autorizadores da prisão preventiva para fundamentação da prisão temporária.²⁵⁶

Segundo o doutrinador:

Há de se ter em mira que a prisão temporária é medida cautelar que visa garantir a realização de atos investigatórios imprescindíveis ao inquérito policial e não se confunde com a finalidade da prisão preventiva, que é medida cautelar destinada ao processo penal.²⁵⁷

Dentro da mesma problemática, especificamente sobre a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, NUCCI assevera que “embora fossem elementos desejáveis, não são indispensáveis para a decretação da prisão temporária”.²⁵⁸ Para o autor, “Ela é medida urgente, lastreada na conveniência da investigação policial, justamente para, prendendo legalmente um suspeito, conseguir formar, com rapidez, o conjunto probatório referente tanto à materialidade quanto à autoria”.²⁵⁹

Ademais, adverte o jurista que:

[...] se fossem exigíveis esses dois requisitos (materialidade e indícios suficientes de autoria), não haveria necessidade da temporária. O delegado representaria pela preventiva, o juiz a decretaria e o promotor já ofereceria denúncia. A prisão temporária tem a função de

²⁵⁶ FREITAS, 2004, p. 104.

²⁵⁷ Ibidem, p. 103.

²⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 658.

²⁵⁹ Ibidem, p. 658-659.

propiciar a colheita de provas, quando, em crimes graves, não há como atingi-las sem a detenção cautelar do suspeito.²⁶⁰

GRECO FILHO, por sua vez, parece adotar uma posição intermediária. Conforme se depreende dos ensinamentos do autor, a ocorrência das hipóteses previstas no art. 1º da Lei n. 7.960/89 deve ser encarada como uma presunção relativa de que a prisão é necessária para a preservação da ordem pública, para a garantia da aplicação da lei penal ou para a realização da instrução criminal, requisitos esses que se encontram estatuídos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Dentro desse raciocínio, via de regra, a prisão temporária estaria justificada pela simples configuração das hipóteses previstas no art. 1º da Lei n. 7.960/89. Somente quando, mesmo que observados os requisitos mencionados, a prisão preventiva manifestamente não seria decretada, é que a prisão temporária não estaria autorizada.

Nas palavras do jurista:

As hipóteses [...] de prisão temporária devem ser interpretadas como de situações de cabimento e de presunções de necessidade da privação da liberdade, as quais, contudo, jamais serão presunções absolutas. Cabe, pois, sempre, a visão das hipóteses legais tendo em vista a necessidade de garantia da ordem pública, a necessidade para a instrução criminal ou a garantia de execução da pena. Dentro das hipóteses legais, essas hipóteses são presumidas, mas a prisão não se decretará nem se manterá se demonstrado que não existem. A nova figura de prisão provisória teve por finalidade reduzir os requisitos da preventiva, facilitando a prisão em determinadas situações, mas não pode, dentro de um sistema de garantias constitucionais do direito de liberdade, desvincular-se da necessidade de sua decretação.²⁶¹

Sintetizando, o doutrinador afirma que “[...] a prisão temporária é uma antecipação da prisão preventiva; tem requisitos menos rigorosos que ela, mas não será decretada se manifestamente não se decretaria aquela”.²⁶²

²⁶⁰ NUCCI, 2006(a), p. 659.

²⁶¹ GRECO FILHO, 1998, p. 272.

²⁶² *Ibidem*, p. 273.

Apresentando entendimento semelhante ao de GRECO FILHO, ROCHA também defende a diferença entre os institutos, sem deixar de ressaltar um entrelaçamento entre eles. Nos dizeres do autor:

É claro que a prisão temporária, pela sua própria razão de ser, objetivando obter, num breve espaço de tempo, elementos de prova ainda na fase investigatória, quando os indícios são poucos para a formação de um convencimento, não se pode exigir, sob pena de perder a sua finalidade, o mesmo rigor cabível para a decretação da custódia preventiva. Ela, porém, só deve ser decretada se houver utilidade para as investigações ou interesse da ordem pública, demonstrando-se o *periculum libertatis*, pois somente assim se poderá enquadrar a prisão temporária no campo da prisão cautelar, permitida pela Lei Suprema.²⁶³

KAUFFMANN diverge desses dois últimos doutrinadores citados. Para ele:

[...] com o devido respeito daqueles que consideram a prisão temporária espécie de prisão preventiva com requisitos de admissibilidade menos rigorosos, a prisão temporária não visa garantir o processo, ou impedir a fuga do investigado, ou, ainda, acalmar a comoção social ante uma infração penal praticada. Para esse fim, existe a prisão preventiva. A prisão temporária somente poderá existir caso ainda não existam indícios suficientes de autoria e materialidade para o início do processo, sendo que tais elementos somente serão descobertos com a privação da liberdade do investigado.²⁶⁴

O fato é que “[...] durante o inquérito policial, admitem-se a prisão temporária e a prisão preventiva por ordem escrita da autoridade competente. Cada qual com seus requisitos próprios [...]”,²⁶⁵ não se podendo olvidar a existência de entendimentos no sentido de haver uma zona de aproximação entre os requisitos de cada um dos institutos.

²⁶³ XIMENES ROCHA, 1998, p. 510.

²⁶⁴ KAUFFMANN, 2006, p. 124.

²⁶⁵ FREITAS, 2004, p. 81.

3.4.3 *Análise dos entendimentos expostos*

Consoante se pôde observar, existem vários entendimentos diferentes acerca dos requisitos fáticos para a decretação da prisão temporária. Urge, agora, proceder a uma análise comparativa entre eles, procurando cotejar seus argumentos, na busca do posicionamento mais adequado sobre essa problemática.

Desde logo, importante ressaltar que parece ser descabida a idéia de que a configuração de cada um dos incisos do art. 1º da Lei n. 7.960/89, isoladamente, seria suficiente para autorizar o decreto da prisão temporária. Tal entendimento não se harmoniza com a ampla proteção que a Constituição confere à liberdade.

Um posicionamento nesse sentido violaria o princípio da presunção de inocência, pois permitiria que fosse decretada a prisão sem a demonstração da efetiva necessidade dessa medida.

O simples fato de haver fundadas razões de autoria ou participação de alguém em determinado crime (inciso III) tornaria possível a privação da sua liberdade de locomoção, ainda que a não decretação da medida de segregação não implicasse qualquer problema ao desenvolvimento das investigações.

Da mesma forma, a prisão seria permitida apenas por não ter o suposto autor do crime residência fixa ou não fornecer os elementos necessários para sua identificação (inciso II), requisito frágil e que prescinde da existência de fundadas razões para se supor que a pessoa, contra quem se está decretando a medida, é o verdadeiro autor da conduta definida como crime.

No mesmo sentido, o requisito da imprescindibilidade para as investigações criminais (inciso I), considerado isoladamente, permitiria uma margem de interpretação muito ampla e – assim como o inciso II – comportaria a decretação da prisão sem sequer haver provas a indicar o indivíduo como o suposto autor do delito.

Tal entendimento também iria de encontro ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, pois, se a prisão fosse decretada sem a demonstração da sua necessidade, o requisito da exigibilidade – inerente àquele princípio, como se viu no primeiro capítulo deste estudo – poderia não estar preenchido. Isso porque a decisão que decretasse a prisão não precisaria ter levado em conta eventual existência de

meios com a mesma eficácia para a atividade investigativa, mas com menos onerosidade ao sujeito passivo da medida.

Como corolário, o princípio do devido processo legal também seria afrontado com tal posicionamento. É que, como a interpretação em comento privaria a norma da necessária razoabilidade, o aspecto material do devido processo – que norteia tanto a elaboração das leis como sua aplicação – não estaria sendo observado, pois esse entendimento implicaria uma ingerência estatal injusta no âmbito dos direitos individuais e, como se viu, em desarmonia com a Constituição.

Ademais, haja vista a natureza cautelar da prisão temporária, a imposição de tal medida não se sustentaria com a configuração isolada dos incisos do art. 1º da Lei n. 7.960/89, pois nenhum deles, por si só, reúne os dois requisitos imprescindíveis para qualquer medida cautelar: o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”.

O primeiro pressuposto citado é encontrado no inciso III, enquanto o segundo está previsto no inciso I e II. Nesse sentido leciona GRINOVER, para quem:

Será [...] imprescindível que se verifiquem os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum libertatis*. A plausibilidade do direito invocado (*fumus*) está configurada na lei como a presença de fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes acima referidos (art. 1º, III). O risco para o processo (*periculum*) vem caracterizado pela própria imprescindibilidade para as investigações (art. 1º, I) e pela circunstância de o indiciado não ter residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1º, II).²⁶⁶

Poder-se-ia pensar, então, que o correto seria exigir a configuração simultânea de todos os incisos do art. 1º da Lei n. 7.960/89. No entanto, isso implicaria obstaculizar, em demasia, a decretação da prisão temporária e, como consectário, o cumprimento da sua finalidade.

Tal instituto, como se viu, está estritamente ligado à atividade investigativa criminal. Se só pudesse ser usado quando configurada, além de outros requisitos, a inexistência de residência fixa ou a falta de elementos para a identificação do suposto

²⁶⁶ GRINOVER, 1995, p. 37.

autor do crime, sua utilização seria extremamente reduzida,²⁶⁷ o que poderia vir a prejudicar a produção dos elementos de convicção necessários à propositura da ação penal condenatória.

Dentro do mesmo raciocínio, e como conseqüência, tal entendimento também prejudicaria o exercício, ou o cumprimento do direito-dever de punir do Estado, que – consoante ficou demonstrado no primeiro capítulo deste estudo – requer a existência de instrumentos aptos a proporcionar uma efetiva apuração da existência do fato criminoso e sua autoria.

O mesmo aconteceria caso se entendesse que seriam necessários os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal (prisão preventiva) para a decretação da prisão temporária: o instituto não cumpriria a sua finalidade.

Referido dispositivo exige a presença de prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, de modo que – se a sua configuração fosse necessária – a prisão temporária poderia ser decretada apenas no momento em que a sua finalidade já tivesse sido cumprida. Vale dizer, só seria cabível quando a investigação já tivesse logrado alcançar as provas necessárias ao oferecimento da ação penal condenatória, justamente o que ela busca viabilizar.

No que tange aos demais requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, como se pode depreender das lições de GRECO FILHO²⁶⁸ – a quem parece assistir razão – a ocorrência das hipóteses previstas no art. 1º da Lei n. 7.960/89 deve ser encarada como uma presunção relativa de que a prisão é necessária para a preservação da ordem pública, para a garantia da aplicação da lei penal ou para realização da instrução criminal. Desse modo, a instrumentalidade da prisão temporária, característica inerente às medidas cautelares, estaria demonstrada, via de regra, pela configuração dos pressupostos definidos na Lei que a prevê.

Mas, excepcionalmente, quando, da análise dos fatos que fundamentam o pedido da prisão temporária, resultar a ausência da configuração da medida como instrumento a tutelar o futuro processo principal, a medida não deverá ser decretada, pois lhe faltará um elemento que compõe a sua natureza acautelatória.

²⁶⁷ SODRÉ, 1993, p. 396.

No mais, não procede a assertiva de que a configuração dos incisos II e III, concomitantemente, seria insuficiente para aplicação da prisão temporária. Afinal, conforme ensina OLIVEIRA²⁶⁹ – com quem se crê ser prudente concordar – a caracterização do inciso II implicará a incidência do I, de modo que a cumulação daquele inciso com o III acarretará a coexistência dos três pressupostos do art. 1º da Lei n. 7.960/89, viabilizando o decreto da prisão temporária.

Logo, ante o cotejo das informações obtidas no desenvolvimento deste estudo, o entendimento que deve prevalecer é o de que a prisão temporária poderá ser decretada quando, da análise dos fatos, o magistrado verificar que se subsomem à combinação dos incisos I e III, ou II e III, do art. 1º da Lei n. 7.960/89. Adotando-se esse posicionamento, ter-se-á como resultado: 1) o respeito aos princípios constitucionais relacionados à liberdade da pessoa física; 2) a configuração dos requisitos da prisão temporária como medida cautelar; e 3) o cumprimento da finalidade do instituto aplicado.

Essa é, portanto, a interpretação normativa sobre a qual deverão estar expostas as razões de fato e de direito que demonstrem a necessidade da prisão temporária.²⁷⁰ Afinal, como se sabe, tal medida de restrição da liberdade deverá estar embasada em lei²⁷¹ e, conforme se procurou demonstrar, essa é a interpretação legal que mais se harmoniza com o sistema jurídico aplicável ao instituto estudado.

²⁶⁸ GRECO FILHO, 1998, p. 272.

²⁶⁹ OLIVEIRA, 2007, p. 446.

²⁷⁰ V. princípio da fundamentação das decisões, versado no item 1.5 deste estudo..

²⁷¹ V. princípio da legalidade, de que se tratou no item 1.1 deste trabalho.

CONCLUSÕES

Com a realização do presente trabalho, foi possível concluir que a liberdade – e especialmente a da pessoa física, correspondente à locomoção – é amplamente tutelada pela Constituição da República Federativa do Brasil. Tal direito é assegurado expressamente, e decorre da própria dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito.

Como consequência dessa proteção e como forma de manifestação dela, as medidas de restrição da liberdade de locomoção se submetem à observância de determinados princípios constitucionais, os quais não vedam absolutamente a ingerência estatal no âmbito desse direito, mas a limitam.

No campo das prisões cautelares – e mais especificamente na prisão temporária, objeto principal deste estudo – isso não é diferente. Não se pode conceber que referida modalidade de privação da liberdade de locomoção seja utilizada mediante uma interpretação que afronte a Constituição e os princípios nela previstos.

Nesse contexto, a pesquisa sobre determinados preceitos constitucionais tornou-se essencial. Nela foram abordados: o princípio da legalidade; o princípio do direito-dever de punir do Estado; o princípio do devido processo legal; o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade; o princípio da fundamentação das decisões; o princípio da presunção de inocência, sendo que cada um deles apresenta uma faceta que se relaciona mais intimamente com o tema central deste estudo.

O princípio da legalidade determina que qualquer medida privativa da liberdade de locomoção deve estar prevista em lei. A prisão, portanto, somente poderá ser decretada quando tiver correspondente previsão legal, e deverá obedecer aos limites nela definidos.

Por outro lado, o princípio do direito-dever de punir do Estado, atuando no sentido de refrear a prática de condutas criminosas, na busca da consecução do bem comum, torna os direitos fundamentais da pessoa humana – como, por exemplo, a liberdade – passíveis de serem atingidos, mas dentro de determinados limites.

O princípio do devido processo legal, por sua vez, exige que o ato de privação da liberdade do indivíduo siga as normas processuais que estatuem e regulamentam tal providência restritiva. Além disso, determina um controle da justiça da norma que prevê a prisão, de modo que a sua aplicação, que pressupõe a sua interpretação, seja feita de maneira justa e de acordo com a Constituição.

Outrossim, o princípio da razoabilidade e proporcionalidade funciona como controlador da justiça do preceito normativo. Em observância desse princípio, deve-se aferir, primeiro, se a norma que prevê a prisão, e logicamente a sua aplicação, é adequada à finalidade que visa a alcançar. Verifica-se, depois, se a sua utilização é necessária à consecução do fim a que se propõe. Por último, avalia-se, diante do caso concreto, se a providência, decorrente da aplicação da norma, terá como resultado a proteção de um valor superior àquele sacrificado com a medida restritiva, procedendo-se a uma ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido.

De outra banda, o princípio da fundamentação das decisões torna necessário que os decretos de prisão sejam motivados, apresentando as razões de fato e de direito que justificam a medida. Na exposição desses motivos, portanto, ficará expressa a interpretação que está sendo dada ao dispositivo de lei aplicado.

Já o princípio da presunção de inocência, estabelecendo que, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, nenhum suspeito, indiciado ou acusado seja tratado como culpado, faz com que eventual prisão de indivíduos ainda não definitivamente condenados precise ter fundamento diverso da culpabilidade, adquirindo finalidade processual, e podendo ser decretada somente quando verificada a sua necessidade.

Com a realização deste estudo, também se pôde depreender que a prisão pode ser definida como uma providência, um ato de privação da liberdade de locomoção, originária de previsão legal.

E muitas são as formas de privação da liberdade de locomoção previstas no ordenamento jurídico brasileiro, sendo cada qual legalmente prevista com finalidades e requisitos próprios. Dentre elas, no campo do Processo Penal, encontram-se as prisões cautelares – também chamadas de provisórias ou processuais.

Adentrando-se no exame do instituto da prisão cautelar, campo jurídico dentro do qual se encontra a prisão temporária, observaram-se determinadas características das medidas cautelares, como a provisoriedade, a jurisdicionalidade, a acessoriedade, a homogeneidade e a instrumentalidade, sobressaindo-se esta última.

Verificou-se, assim, que essas medidas exercem uma função instrumental própria, em relação aos processos de conhecimento e de execução; e servem para tutelar a eficácia dos provimentos jurisdicionais advindos desses dois últimos instrumentos, de modo a proteger imediatamente o processo e, de forma mediata, o direito material.

Tal instrumentalidade, como se pôde concluir, apresenta-se também como hipotética. Isso porque, nas medidas cautelares que de alguma forma antecipam os efeitos do processo principal, essa suposta antecipação pode não servir efetivamente à tutela jurisdicional definitiva pretendida, quando do processo principal não resultar um conteúdo concreto.

Em relação aos pressupostos das providências cautelares, constatou-se a necessidade de estarem configurados o “*fumus boni juris*” e o “*periculum in mora*”, sendo que no campo das prisões provisórias, este último está relacionado com o risco que a liberdade do suposto autor do crime representa para a eficácia do resultado do processo principal, enquanto aquele diz respeito à probabilidade do resultado favorável na tutela jurisdicional definitiva, para a parte a quem a medida acautelatória irá beneficiar.

Além disso, logrou-se definir a prisão temporária como medida cautelar excepcionalmente decretada, quando verificada sua necessidade, mediante a configuração do “*fumus boni juris*” e do “*periculum in mora*”, tal como esses pressupostos estiverem previstos em lei, privando o indivíduo de sua liberdade de locomoção, antes do início da ação penal condenatória, a fim de possibilitar a sua propositura e, como corolário, a obtenção das conseqüências advindas da instauração do processo penal de conhecimento.

Por fim, analisados os diversos entendimentos existentes sobre os requisitos fáticos necessários para a decretação da prisão temporária, concluiu-se que, quanto ao art. 1º da Lei n. 7.960/89, a interpretação que deve prevalecer é a de que a

modalidade de segregação mencionada poderá ser decretada quando, da análise dos fatos, o magistrado verificar que se subsumem à combinação dos incisos I e III, ou II e III, do dispositivo referido.

Adotando-se esse posicionamento, acredita-se obter como resultado: 1) o respeito aos princípios constitucionais relacionados à liberdade da pessoa física; 2) a configuração dos requisitos da prisão temporária como medida cautelar; e 3) o cumprimento da finalidade do instituto aplicado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini et DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 1040 p.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re) forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11690/08 e n. 11719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 212p..

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. 559 p.

BARROSO, Luis Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais ano 6, n. 23, abril/junho, 1998, p. 65-78.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERARDI, Luciana Andrea Accorsi. *Interpretação constitucional e o princípio do devido processo legal*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, Revista dos Tribunais ano 14, n. 54, jan/mar, 2006, p. 210-275.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27-11-08, às 11h 35min.

_____, Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 27-11-08, às 11h 36min.

_____, Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 27-11-08, às 11h 37min.

_____, Lei n. 7.960/89, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm. Acesso em: 27-11-08, às 11h 38min.

_____, Medida Provisória n. 111/89, de 24 de novembro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1988-1989/111.htm. Acesso em: 27-11-08, às 11h 38min.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000. 245 p.

CASCALDI, Rui. *Prisão temporária: inconstitucionalidade*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais ano 80, maio, 1991, p. 259-261.

CASTRO, Fabio Caprio Leite de. *O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico brasileiro*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, AJURIS ano 30, n. 90, junho, 2003, p. 131-144.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. *Prisões cautelares – o uso e o abuso*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais ano 83, maio, 1994, vol. 703, p. 260-271.

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

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. São Paulo: Saraiva, 2004. 176 p.

GEMAQUE, Sílvio Cezar Arouck. *Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar*. São Paulo: RCS Editora, 2006. 193 p.

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

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

GRINOVER, Ada Pallegriani. *Limites constitucionais à prisão temporária*. Revista Jurídica, Porto Alegre, Revista Jurídica ano XLIII, n. 207, janeiro, 1995, p. 35-38.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance et GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 388 p.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KAUFFMANN, Carlos. *Prisão temporária*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. 199 p.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. v. 2.

LINO, Bruno Teixeira. *Prisão temporária: lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. 111 p.

LOPES JR., Aury Celso L. *Breves considerações sobre o requisito e o fundamento das prisões cautelares*. Revista Jurídica, Porto Alegre, Revista Jurídica ano 48, n. 274, agosto, 2000, p. 65-71.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Prisão temporária*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais ano 81, junho, 1992, vol. 680, p. 325-327.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2000. v. 4.

_____. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. 411 p. v. 1.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008. 377 p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. 818 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. 836 p.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981. 510 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. (a)

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. (b)

_____. *Tribunal do júri*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Monografia jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso et PINHEIRO SAMPAIO, Patrícia Regina. *O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional*. Revista Forense, Rio de Janeiro, Forense, jan/fev/mar, 2000, v. 349, p. 29-41.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Prisão temporária (lei 7.960, de 21.12.89): um breve estudo sistemático e comparado*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais ano 83, setembro, 1994, vol. 707, p. 271-275.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Processo penal*. Brasília: Consulex, 1999. 1025 p.

SCHAEFER MARTINS, Jorge Henrique. *Prisão provisória: medida de exceção no direito criminal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

SODRÉ, Patrícia dos Santos. *Prisão temporária: medida cautelar para crimes leves?*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais ano 82, maio, 1993, vol. 691, p. 396-398.

SZNICK, Valdir. *Liberdade, prisão cautelar e temporária*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 930 p.

_____. *Processo penal*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002. 638 p. v. 3. (a)

_____. *Processo penal*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 622 p. v. 1. (b)

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 477 p.

XIMENES ROCHA, Fernando Luiz. *A constituição e a prisão penal cautelar*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 87, v. 749, março, 1998, p. 502-519.