



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

PRISÃO TEMPORÁRIA

por

FERNANDA CHELEGATI DE CASTRO

ORIENTADOR: Rafael Medina

2005.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

PRISÃO TEMPORÁRIA

por

FERNANDA CHELEGATI DE CASTRO

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de Janeiro
(PUC-Rio) para a obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Rafael Medina

2005.1

*A Deus, pois sem Ele eu nada seria.
A meus pais, José Augusto e Antonia, que
me ensinaram a viver com dignidade e
sempre me deram apoio incondicional.
A meus irmãos, Denis e Alex, que na alegria
e na tristeza, nunca deixamos de lado o
amor fraternal.
A meu orientador, Rafael Medina, pela
atenção dispensada a mim e pela confiança
em mim depositada.
Aos amigos que conquistei ao longo desses
cinco anos de faculdade e àqueles que já me
acompanham há tempos antigos.
Aos mais que amigos e a todos os que
moram no meu coração, todo o meu carinho
e agradecimento.*

RESUMO

Neste trabalho são abordados os aspectos mais importantes acerca do instituto da prisão temporária, uma modalidade de prisão cautelar, introduzida no Brasil pela Medida Provisória nº 111/89 e atualmente regida pela Lei nº 7.960/89, passando por todo o histórico político-legislativo.

Também se trata da relação da prisão temporária com as demais formas de prisão provisória, a saber: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão decorrente de pronúncia e prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, demonstrando os principais aspectos de cada uma dessas modalidades de prisão e as principais diferenças entre elas.

Dando continuidade, são estudados todos os artigos da Lei 7.960/89. Desta forma, é possível analisar o conceito de prisão temporária, dado pela doutrina. São descritas as hipóteses em que a prisão temporária é cabível, incluindo as principais polêmicas sobre o tema e os principais seguidores de cada corrente, bem como a direção que caminha a jurisprudência. Fala-se ainda como deve ser decretada a prisão temporária e o prazo de duração da mesma, tanto nos crimes previstos na Lei 7.960/89, quanto nos crimes hediondos e afins, encontrados na Lei 8.072/90.

Por fim, fala-se acerca das supostas inconstitucionalidades da lei, seja quanto à sua forma, seja quanto ao seu conteúdo, tanto discutidas pela doutrina e jurisprudência, mostrando o entendimento atual.

SUMÁRIO

Introdução.....	07
Capítulo 1 – Breve histórico.....	09
1.1 – Histórico interno.....	09
1.2 – Direito comparado.....	11
Capítulo 2 – Diferenciação entre as várias modalidades de prisão provisória no Brasil.....	17
2.1 – Aspectos da prisão provisória.....	17
2.2 – Espécies de prisão provisória.....	21
Capítulo 3 – Da prisão temporária.....	27
3.1 – Conceito.....	27
3.2 – Cabimento.....	28
3.3 – Decretação.....	33
3.4 – Prazo.....	38
3.5 – Recurso e Ação de <i>Habeas Corpus</i>	45
Capítulo 4 – Inconstitucionalidades da Lei 7.960/89.....	46
4.1 – Inconstitucionalidade formal.....	46
4.2 – Inconstitucionalidade material.....	49
Conclusão.....	59
Bibliografia.....	64
Anexo I	
Anexo II	

SIGLAS E ABREVIações

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF – Constituição Federal

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

DJ – Diário de Justiça

DJU – Diário de Justiça da União

HC – *Habeas corpus*

MP – Medida Provisória

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TACrimSP – Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

TJ – Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

Não é de hoje que se vem travando longas discussões acerca da forma mais adequada de se punir os indivíduos que não se adaptam à vida em sociedade. Muito já se argumentou e diversas foram as soluções apresentadas. Entretanto, nenhuma sobreviveu tantos anos quanto a privação da liberdade.

Já foram muitos os sistemas prisionais, as formas de julgamentos e as tentativas de ressocialização de indivíduos marginais. Entretanto, embora vigente até hoje, a prisão não é mais vista como a solução ideal para que um indivíduo seja punido, cumpra sua dívida com a sociedade e seja a ela reintegrado.

O que de fato ocorre é a deterioração do ser humano ao ser preso. Já está nítido para qualquer pessoa que, atualmente, os presídios nada mais são do que “universidades do crime”. E que, raríssimos casos, as prisões não ressocializam qualquer indivíduo, não importando a gravidade do delito que praticou tampouco suas circunstâncias.

Por este motivo, cada vez mais, as penas privativas de liberdade têm sido encaradas com cautela. A frase “a liberdade é a regra e a prisão é a exceção” vem, cada vez com mais frequência, sendo levantada nos debates desta natureza. Apesar de tanta cautela, nem sempre essa idéia é respeitada.

É sabido que existem várias formas de pena privativa de liberdade no Direito Penal Brasileiro. Entre elas está a chamada prisão provisória. Trata-se de uma medida cautelar, que ocorre antes de transitado em julgado o processo.

Em muitos casos, tal prisão é imprescindível, com vistas a garantir o devido andamento da instrução criminal. Não é o que ocorre, porém, no caso da chamada Prisão Temporária.

Trata-se de uma modalidade de prisão provisória, que está prevista na Lei nº 7.960/89. Esta modalidade viola princípios que vêm desde a Declaração Universal de Direitos Humanos, tal como a presunção de inocência. O

princípio que diz que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença judicial é flagrantemente violado por esta lei.

Os elementos necessários para se prender alguém sob este argumento são fracos e inconsistentes, deixando à mercê do magistrado a prisão de qualquer indivíduo que em tese apresente qualquer tipo de ameaça (algo indefinível materialmente) ao bom andamento da fase processual.

Além de ser uma modalidade odiosa e violar direitos fundamentais de qualquer ser humano, é também inconstitucional, seja na sua forma, seja no seu conteúdo. A presunção de inocência e o direito à liberdade provisória, garantidos pela Constituição Federal em seu art. 5º, incisos LVII e LXVI, são ignorados pela lei mencionada.

Através desta modalidade, indivíduos, antes de se ter qualquer certeza quanto à sua culpabilidade, ou até mesmo quanto ao *jus puniendi* do Estado sobre ele, são colocados em presídios, juntamente com criminosos perigosos, em condições desumanas de sobrevivência, por motivos sem nenhuma base constitucional, que dizer moral.

Pelas razões aqui expostas, faz-se necessário explicar detalhadamente este instituto, bem como suas falhas e sua dispensabilidade no Processo Penal Brasileiro. Sua manutenção no sistema gera a inversão de valores, visto que a prisão, uma excepcionalidade, é tratada, aqui, como uma regra.

CAPÍTULO 1 – Breve Histórico

1.1 – Histórico interno

A prisão temporária está regulamentada na Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, tendo sido criada através de uma medida provisória. Apesar disso, já haviam tido outras tentativas de se regularizar tal modalidade de prisão, visto que já era utilizada na prática.

Esta forma de prisão nada mais é do que a antiga “prisão para averiguações”, prática policial comum, embora odiosa, que há muito existia. Visto isso, buscava-se a regularização da medida proibida na época, e também nos dias atuais. Já no Projeto de Código Penal de 1935, cogitava-se em instituir o *juizado de instrução*, acompanhado da chamada “detenção provisória”. Alegava-se que, como a prisão preventiva tem preceitos mais rígidos, seria mais simples e mais jurídico legalizar a situação na qual a autoridade policial mantém o suspeito detido na delegacia para fins de investigação, em detrimento do decreto judiciário.

A Lei de Segurança Nacional, Lei nº 6.620/78, previa uma espécie de prisão similar à prisão temporária, em seu art. 53. Nesta espécie, que se diferenciava da temporária por ser decretada pela autoridade investigatória e não pelo juiz, o prazo era de 30 dias prorrogáveis e com comunicação reservada à autoridade judiciária. A Lei de Segurança Nacional foi revogada pela Lei de nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que manteve esta modalidade de prisão em seu art. 33 e parágrafos, diminuindo, porém, o prazo para 15 dias de prisão, renováveis por mais 15. A Constituição Federal de 1988 pôs fim a essa modalidade prisional, ao estabelecer que somente o juiz poderia decretar a prisão de um indivíduo, no art. 5º, LXI.

A primeira previsão expressa em lei da prisão temporária deu-se no Projeto de Código de Processo Penal, de 1983, Projeto de Lei nº 1.655-B, cujos

artigos 420¹ a 422 falavam em prisão temporária. A idéia era acentuar a repressão estatal nos casos de delitos de maior potencial ofensivo.

Apesar do apoio de alguns estudiosos sobre o assunto, tais como Oto Luiz Sponholz e Antonio Acir Breda², tal projeto foi retirado da apreciação pelo Poder Legislativo em 17 de novembro de 1989, a pedido do Poder Executivo, através da Mensagem nº 797/89.

Não obstante, essa modalidade de prisão não foi esquecida, uma vez que, uma semana depois, ou seja, em 24 de novembro de 1989, foi editada a Medida Provisória nº 111. Através desta, foi introduzida no Ordenamento Jurídico Brasileiro uma nova espécie de prisão provisória.

A Medida Provisória nº 111 foi editada sob o argumento de que havia *necessidade e urgência* em controlar a criminalidade no Brasil. O panorama sócio-político da época assustava a população. Mario Portugal Fernandes Pinheiro descreve o momento como “incontrolável e acintoso aumento da delinqüência no País, habitualmente de braços dados com a impunidade ou orientações de deturpado cunho liberal”³.

A crítica que se fazia era que as prisões em flagrante e preventiva muitas vezes permitiam que o acusado ficasse em liberdade, mesmo havendo suspeita de ser ele o autor do crime. Desta forma, ficava a autoridade policial sem alternativas para manter preso o suspeito. Isso, segundo os defensores da medida, prejudicava a investigação policial e, muitas vezes, deixava impune um criminoso, gerando mais criminalidade.

Esse contexto já havia inspirado outros, como o ilustre penalista Damásio Evangelista de Jesus, que apresentou o Projeto de Lei nº 3.655/89. Para justificar a necessidade da medida, entre outros argumentos, destacava o

¹ “Art. 420. Mediante requerimento da autoridade policial, do Ministério Público, do ofendido ou do seu representante legal, o juiz pode decretar, motivadamente e no máximo por cinco dias, a prisão temporária”

² v. SPONHOLZ, Oto Luiz; Breda, Antonio Acir. *Aspectos processuais da reforma da lei de segurança nacional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 59, P. 150. 1978.

³ PINHEIRO, Mario Portugal Fernandes. *Lei e Impunidade x Literatura e História*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Cátedra, 1990, p. 137.

aumento exagerado da criminalidade violenta no Brasil, bem como no resto do mundo; o crime organizado; o emprego de armas de grande poder ofensivo pelos criminosos, superiores ao aparato do poder público; insuficiência da lei penal, sendo conveniente a adoção de medidas processuais e administrativas; sociedade combatendo apenas as conseqüências dos crimes e não as causas.

A redação deste projeto deu origem à supra-citada Medida Provisória. Por conta desta, o Projeto de Lei restou prejudicado.

Apesar de não passar pelo processo legislativo exigido, foi criada a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a partir da conversão da Medida Provisória nº 111 em lei, por intermédio do Projeto de Lei de Conversão nº 39/89, apresentado pelo Senador-Relator Meira Filho.

Vigente desde a data de sua publicação, em 22 de dezembro de 1989, a referida Lei vigora até os dias atuais. A maior parte do texto presente na Medida Provisória foi mantida, havendo, porém, alguns cortes. Entre eles, a previsão de *incomunicabilidade* do preso, constante no art. 3º, §1º da Medida e não reproduzida pela nova lei.

1.2 – Direito Comparado

Vislumbrado o contexto interno, cumpre lembrar que o Brasil não foi o primeiro país a adotar a prisão temporária. Aliás, “trata-se de providência existente em países civilizados e amantes da liberdade”.⁴ Entre estes países estão Portugal, Espanha, França, Itália, Estados Unidos etc.

Na Itália, este instituto é chamado de *fermo di indiziati di reato*, ou retenção, e está previsto nos artigos 384 a 391 do atual *Codice de Procedura Penale*, vigente desde 24 de outubro de 1989, lembrando que já havia previsão do mesmo no Código ab-rogado (art. 238). Neste país, as “autoridades de

⁴ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 80.

segurança pública” têm a permissão constitucional de reter (*fermare*) o investigado “em casos excepcionais de necessidade e de urgência” (art. 13). Esta providência cautelar deverá ser convalidada pelo Poder Judiciário nas quarenta e oito horas seguintes ao ato.

De forma semelhante, a França adotou a *Garde à vue*, ou seja, guarda sob a vista da autoridade policial, prevista nos artigos 63, 64, 65, 77 e 78 do Código de Processo Penal francês. Ela ocorre durante a investigação preliminar. Seu prazo de duração é de vinte e quatro horas, podendo ser prorrogado por igual período, se autorizado pelo Procurador da República ou pelo Juiz de Instrução. Esta medida é excepcional, visto que na França se adota o *contrôle judiciaire*. Este controle foi o resultado obtido através da Lei francesa de 17-7-1970, onde buscou-se conciliar o interesse em se respeitar a liberdade individual, admitindo-se a detenção apenas quando provada a responsabilidade e o interesse geral da repressão, no combate à criminalidade.

Como explica Fernando da Costa Tourinho Filho:

“Com tal controle não se suprime a liberdade individual com a intensidade da prisão, apenas se estabelecem limitações que variam de acordo com a gravidade da infração e a personalidade do delinqüente. O *contrôle judiciaire*, como o nome está a dizer, é uma providência do Juiz Instrutor, restringindo a liberdade ambulatoria do acusado e impondo-lhe certas obrigações visando não só ao seu comparecimento a todos os atos do processo, como também a fazer surgir e fortalecer seus esforços com vista à reintegração social”.⁵

Na Alemanha, há previsão da *prisão* ou *detenção provisória* na alínea 2^a do art. 127 do Código de Processo Penal (*strafprozessordnung*), no caso de estarem presentes os pressupostos de um mandado de prisão ou de um mandado de recolhimento, sendo fundamental o perigo na demora da prisão (ou detenção). Esta poderá ser efetuada pelo Ministério Público e pelos funcionários de Polícia.

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 23^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 464

Nos Estados Unidos e na Inglaterra, a prisão temporária tem o nome de *detenção sem mandado* e ocorre no caso das infrações mais graves (*felony*) quando o oficial de Polícia ou da Justiça (muitas vezes do FBI) prende o indivíduo sem ordem escrita da autoridade competente se estiver razoavelmente convencido da comissão do crime e da autoria.

Entre outros exemplos, tem-se ainda a Argentina, em que a providência é chamada de *detención* e o detido é chamado de *persona aprehen dida*, cuja previsão legal está no artigo 364 do Código de Procedimiento em Materia Penal de la Nación.

Os exemplos poderiam multiplicar-se no caso de um estudo mais prolongado.

No Brasil, como já foi explicitado, a prisão temporária só veio a ser regularizada pela Medida Provisória nº 111, com sua conversão na Lei 7.960/89. Para melhor entender tal lei, cumpre observá-la desde sua origem, através da citada Medida Provisória, *in verbis*.

“MEDIDA PROVISÓRIA Nº 111, DE 24/11/89

Dispõe sobre a prisão temporária

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória com força de lei:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I – quando imprescindível para a investigação criminal;
 II – quando o investigado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
 III – quando houver fundada suspeita de autoria ou participação do investigado nos seguintes crimes:

- homicídio doloso (art. 121, *caput*, e seu § 2º);
- seqüestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, e seus §§ 1º e 2º);
- roubo (art. 157, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- extorsão (art. 158, *caput*, e seus §§ 1º e 2º);
- extorsão mediante seqüestro (art. 159, *caput*, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- estupro (art. 213, *caput*, e sua combinação com o 223, *caput*, e parágrafo único);

- atentado violento ao pudor (art. 214, *caput*, e sua combinação com o 223, *caput*, e parágrafo único);
- rapto violento (art. 219, *caput*, e sua combinação com o 223, *caput*, e parágrafo único);
- epidemia com resultado de morte (art. 267, §1º);
- envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com o art. 285);
- quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
- tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.498, de 16 de junho de 1986).

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

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

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

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

§ 4º Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao investigado e servirá como nota de culpa.

§ 5º A prisão somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial.

§ 6º Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal.

§ 7º Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o custodiado deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

§ 8º O requerimento de prisão poderá ser feito por qualquer meio escrito, inclusive os transmitidos por telecomunicação.

Art. 3º Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.

§ 1º Quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir, a autoridade policial poderá determinar a incomunicabilidade do preso até cinco dias.

§ 2º O preso, ainda que incomunicável, poderá entrevistar-se, livre e reservadamente, com advogado constituído, que terá acesso aos autos da investigação.

Art. 4º O art. 4º da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, fica acrescido da alínea *i*, com a seguinte redação:

‘Art. 4º...

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

Art. 5º Em todas as comarcas e sessões judiciárias haverá um plantão permanente de vinte e quatro horas do Poder Judiciário e do Ministério Público para apreciação dos pedidos de prisão temporária.

Art. 6º Esta Medida Provisória entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 24 de novembro de 1989; 168º da Independência e 101º da República.

José Sarney
J. Saulo Ramos”

Como foi dito anteriormente, a Lei que vigora atualmente teve origem nesta Medida Provisória. Entretanto, algumas mudanças ocorreram no texto da lei quando de sua conversão.

No art. 1º, além de o inciso I da lei passar a falar “investigações do inquérito criminal”, no lugar de “investigação criminal”, o inciso III veio permitir que as suspeitas de autoria ou participação do indiciado tenham base em “qualquer prova admitida na legislação penal”. No art. 2º, foi excluído o § 8º, enquanto no art. 3º só restou o *caput*, não tendo sido mantidos os §§. Para finalizar as mudanças, a Lei acrescentou o art. 7º, que revoga as disposições em contrário.

A Lei 7.960/89 repetiu todos os crimes elencados na Medida Provisória 111/89. Entretanto, recente mudança na legislação penal veio a alterar parte deste conteúdo. A recente Lei 11.106/05 alterou alguns dispositivos do Código

Penal em vigor. Entre as alterações, foram revogados os artigos 219 a 222, que tipificavam o rapto. Neste sentido, o rapto, em qualquer de suas formas, deixou de ser considerado crime pela legislação em vigor. Por esta razão, houve revogação tácita de um dos tópicos do inciso III do art. 1º da Lei 7.960/89. O item “rapto violento (art. 219, *caput*, e sua combinação com o 223, *caput*, e parágrafo único)” não deve mais constar na lista de crimes que prevêem a aplicação da prisão temporária, visto não mais configurar crime.

Além desta alteração, também foi alterado o §1º do art. 148 do Código Penal, que fala do crime de seqüestro ou cárcere privado, crime também previsto no rol de crimes que ensejam a prisão temporária. Foi dada nova redação ao inciso I e acrescentado os incisos IV e V. Neste caso, basta verificar a nova redação do artigo no Código Penal para se ter uma correta aplicação da prisão temporária, quando for o caso.

CAPÍTULO 2 – Diferenciação entre as várias modalidades de prisão provisória no Brasil

2.1 – Aspectos da prisão provisória

Na definição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

“Em princípio, prisão é a supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir; e, tendo em vista a denominada prisão-albergue, podemos definir a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatória.”⁶

O Direito Brasileiro usa a palavra “prisão” em diversas ocasiões, podendo a palavra significar **pena privativa de liberdade**, **captura**, ou ainda, **custódia**. Entretanto, tal distinção não se faz importante nesse trabalho.

O que importa aqui é distinguir entre as chamadas **prisão penal** e **prisão processual**. A prisão penal ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Já a prisão processual é a que ocorre no curso do processo, antes da sentença, e que tem natureza cautelar.

Antes do aprofundamento no tema, deve-se enfatizar que não se trata de processo penal cautelar, mas tão somente de *medidas* ou *providências* cautelares, entre elas, a prisão provisória, explicitada a seguir. Tais providências devem, necessariamente, ser submetidas ao crivo do magistrado, sendo um de seus elementos a *judiciariade*.

Tais espécies de prisão não visam punir o acusado, mas tão somente garantir a realização do processo e/ou seus resultados, sendo, portanto, medidas *instrumentais*. Além disso, são *provisórias*, pois só podem subsistir enquanto subsistam os motivos que a determinam. Seus efeitos também são provisórios, ao contrário de algumas medidas cautelares reais.

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 375

Mesmo sendo provisórias, tais espécies de prisão encontram, muitas vezes, o apoio da sociedade. Esta ainda mantém a cultura de ver na prisão algo positivo, por estar livre de certos elementos. Como descreve Roberto Delmanto Junior:

“Nesse contexto, a prisão provisória se apresenta como um remédio, um analgésico, de efeito quase que imediato. Mario Chiavario observa que a coletividade não é capaz de tolerar, o que nem seria justo, condenações e execuções das respectivas penas somente anos após o momento do crime. Surge, assim, a tentação, “sempre ‘perversa’ ”, de utilizar-se o cárcere preventivo com vistas à satisfação da exigência primordial de justiça”.⁷

Mesmo com o apoio social, deve haver um cuidado especial na decretação das prisões provisórias. Como é sabido, o sistema penal brasileiro sofreu uma triste degradação com o passar dos anos. O número de presos aumentou de forma absurda e as condições de sobrevivência nas prisões são mínimas. Sendo assim, o cuidado com a prisão de inocentes deve ser minucioso, já que uma prisão injusta marca para sempre a vida de um ser humano.

Apesar de não ser uma punição, a prisão cautelar restringe a liberdade individual, não diferindo muito da prisão definitiva, neste sentido. Desta forma, ela só deve ser adotada quando estiverem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* consiste na probabilidade razoável da materialidade do crime e de que o acusado seja, de fato, o autor do delito que lhe é imputado. Esse conceito, com origem no Direito Civil, traz no Direito Penal algumas modificações. No Processo Penal, para se prender alguém provisoriamente, não pode haver dúvidas quanto à materialidade do delito. O que deve haver são provas que conduzem o magistrado a acreditar na culpabilidade do acusado.

⁷ JUNIOR, Roberto Delmanto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2ª ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 11.

Sendo assim, o termo ideal, ao falar-se de prisão provisória é *fumus commissi delicti*.

Não se fala aqui em prejudgamento. A necessidade aqui é cautelar, ou seja, a prisão somente será efetuada quando os indícios de autoria forem fortes o suficiente para justificá-la. Não é este o momento de definir a culpabilidade do agente, sob pena de se violar o princípio da presunção de inocência antes do trânsito em julgado da sentença penal (art. 5º, LVI I, CF/88).

O *periculum in mora*, que no direito civil, demonstra um perigo concreto de insatisfação do direito em tela caso ocorra a demora na prestação jurisdicional definitiva, traduz-se no direito penal em *periculum libertatis*. Aqui, o que se deve observar é se a liberdade do acusado representa algum perigo real para a instrução processual ou para a futura aplicação da lei penal. A prisão só poderá ser efetuada quando demonstrado qual o perigo que a liberdade do acusado trará para o curso da ação penal ou para a aplicação de eventual sanção.

Outro requisito que deve ser muito bem pesado é no que tange à *excepcionalidade* da prisão provisória. Como se sabe, a liberdade é uma regra, devendo SEMPRE a prisão constituir uma exceção. O princípio da presunção da inocência tem justamente o condão de evitar medidas drásticas e injustas. Nesse sentido, a prisão deverá ser a última alternativa a ser escolhida, quando não mais houver mecanismos que alcancem os objetivos por ela almejados.

Caminhando junto com a excepcionalidade, encontra-se o princípio da *proporcionalidade*. O fundamento de qualquer prisão cautelar é o direito à segurança⁸, consagrado pela Constituição, no art. 5º, caput. Ocorre que no mesmo texto, há também o direito à liberdade. Para se chegar a uma solução, deve-se invocar a razoabilidade, considerado um sinônimo do princípio da proporcionalidade.

⁸ Neste caso, tanto nos referimos à segurança pública quanto à jurídica. Em qualquer dos significados, as conclusões serão iguais, visto que ambas são garantidas pela constituição e ambas fundamentam a

Nesta esteira, diante do caso concreto, a prisão só poderá ocorrer se for adequada, ou seja, quando for apta a alcançar os objetivos almejados. Também deverá ser necessária, não havendo meios menos gravosos para se chegar ao fim desejado. Por fim, para que seja justificável, o ônus imposto deverá trazer mais benefícios do que desvantagens.

Caso esses elementos não se façam presentes, a lei faculta outras medidas, como a fiança (art. 322 do Código de Processo Penal) ou até mesmo a liberdade provisória sem qualquer contra-cautela, (artigos 321 do Código de Processo Penal e 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95).

Para finalizar, destaca-se que os argumentos supra-mencionados são corroborados pela jurisprudência nacional, como se pode observar na ementa do seguinte acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal:

“Penal e processual. Tráfico internacional de mulheres. Prisão Preventiva. Requisitos. Princípio da presunção de inocência. Interpretação de acordo com a magna carta. Ordem pública. Aplicação da lei penal. Ausência de elementos concretos.

1. Tendo em conta o princípio constitucional da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal de 1988, no sentido de que "ninguém será considerado culpado até o trânsito de sentença penal condenatória", a prisão provisória somente é admitida como *ultima ratio*, quando fique plenamente demonstrada a sua necessidade.

2. Em face do caráter de excepcionalidade, o exame dos fundamentos legais para a decretação da prisão preventiva deve ser feita *cum grano salis*, limitando-se àquelas hipóteses em que haja elementos concretos indicando que o status libertatis do denunciado representa ameaça efetiva à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, com exclusão, portanto, de presunções e/ou conjecturas.

3. O não-comparecimento do réu para responder ao processo, ensejando a aplicação da regra estatuída no artigo 366 do CPP (suspensão do processo e da prescrição) não autoriza, por si só, a segregação antecipada. Precedentes.” (GRIFO NOSSO).

(Tribunal Regional Federal – Quarta região, Recurso em Sentido Estrito 5778, Proc. nº 200470020002538, Rel. Juiz Élcio Pinheiro de Castro, Paraná, 25/08/2004. DJU de 22/09/2004, p. 645.)

2.2 – Espécies de prisão provisória

Existem cinco formas de prisão provisória, a saber: prisão em flagrante (arts. 301 a 310, CPP), prisão preventiva (arts. 311 a 316, CPP), prisão resultante de pronúncia (arts. 282 e 408, §1º, CPP), prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível (art. 393, I, CPP) e a prisão temporária (Lei nº 7.960, de 21/12/1989).

A primeira modalidade a ser analisada consiste na **prisão em flagrante**, autorizada pela própria Constituição em seu art. 5º, LXI. A origem da palavra é latina, do verbo *flagrare* (queimar) e dos adjetivos *flagrans*, *flagrantis* (ardente, brilhante, resplandecente). No sentido jurídico, o flagrante é algo visível, notório, passível de certeza diante da prova direta da prática do ilícito. É algo tão inegável, que serve de instrumento para interromper a ação criminosa.

O flagrante, que deve ser visto como um meio de defesa da sociedade e da ordem jurídica, é um ato administrativo, que dispensa a ordem escrita, como previsto na Magna Carta. Trata-se de um prova em si mesmo, não dispensando, porém, a apresentação das demais provas colhidas no processo de conhecimento.

O flagrante pode ser em sentido estrito quando o agente for pego cometendo o delito (art. 302, I, CPP). Poderá ser **próprio** (art. 302, II, CPP), quando o delito acabou de acontecer. Pode também ser **impróprio** ou **quase-flagrante** (art. 302, III, CPP), nos casos em que há perseguição do agente que presumidamente é o autor da infração. Por fim, há o flagrante **presumido**, que apesar de não ocorrer no momento da infração, ocorre logo em seguida, devendo o acusado estar com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração (art. 302, IV, CPP).

Outro fator que merece destaque é quando o flagrante é de crime de ação penal pública dependendo de representação e de ação penal privada. Em

ambos os casos, se exige o requerimento, escrito ou oral, da vítima ou de seu representante legal.

A autoridade policial e seus agentes têm o dever de prender quem se encontre em flagrante delito. Existe ainda a faculdade de qualquer pessoa do povo prender um agente nestas condições. Não podem ser presos, entretanto, os menores de 18 anos, os diplomatas estrangeiros e o Presidente da República, em quaisquer crimes que cometam. Também não podem ser presos nos casos de crimes suscetíveis a fiança os membros do Congresso Nacional, os deputados estaduais, os magistrados e os membros do Ministério Público.

Ao capturar o preso em flagrante, deverá ser lavrado o auto de prisão em flagrante. Encerrada a lavratura do flagrante, a prisão deverá imediatamente ser comunicada ao juiz competente, nos termos da 1ª parte do inciso LXII, art. 5º, CF. Havendo qualquer vício na prisão em flagrante (prazo para lavratura esgotado, ausência de flagrância), o juiz deverá relaxar a prisão (art. 5º, LXV, CF), sem que isso prejudique as investigações e o inquérito policial.

Com isso, fica demonstrado que, apesar não precisar ser decretada pelo Poder Judiciário, é fundamental que este se manifeste, mantendo a prisão em caso de ser justa, ou relaxando-a em caso de ilegalidade.

O aspecto mais importante a se destacar é a diferença existente entre a prisão em flagrante e a prisão temporária. Na verdade, esta diferença é a mesma para qualquer outra modalidade de prisão cautelar. A prisão em flagrante, como já demonstrado acima, resulta da visualização da prática de um ato criminoso. Não restam, portanto, dúvidas quanto à autoria e à materialidade do delito. Já na prisão temporária, o que se tem são indícios da prática do crime e, principalmente, da autoria deste pelo acusado.

A segunda modalidade de prisão provisória é a chamada **prisão preventiva**. Ela está prevista nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal. No art. 312 estão seus principais elementos. Segundo alguns, como

Roberto Delmanto Junior, esta é, atualmente, a principal modalidade de prisão cautelar no Direito Brasileiro.

Para melhor entender a prisão preventiva, cabe analisar o conceito dado por Mirabete:

“Neste sentido estrito, é uma medida cautelar, constituída da privação de liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal em face da existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais de segurança”.⁹

A prisão preventiva deixou de ser obrigatória com a Lei nº 5.349/67, que deu nova redação ao art. 312 do Código de Processo Penal, sendo posteriormente alterado novamente pela Lei nº 8.884/94. É nesse artigo que estão os elementos necessários para se prender alguém preventivamente, a saber: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar aplicação da lei penal, quando houver a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Seus pressupostos – prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria – constituem o *fumus boni iuris*. Por outro lado, o *periculum in mora* caracteriza-se através da necessidade da prisão para se garantir a ordem pública, a ordem econômica, a adequada instrução criminal, bem como assegurar a aplicação da lei penal.

Nota-se, através do art. 311, CPP que a prisão preventiva pode ser decretada tanto na fase do inquérito policial, quanto durante a instrução criminal. Esta seria a diferença mais marcante entre essa modalidade de prisão e a prisão temporária. Embora muitas vezes essa regra não seja respeitada, a prisão temporária só é permitida durante a fase de inquérito. Além disso, apesar de ambas terem o objetivo de garantir a aplicação da lei penal, os requisitos de admissibilidade são diferentes, conforme.

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 14ª ed. rev. e atual. até dezembro de 2002. São Paulo: Atlas, 2003. p. 392 – 396.

Outra diferença é que a prisão preventiva não tem um prazo fixado pela lei, devendo, entretanto, obedecer à regra dos 81 dias. A prisão temporária, por sua vez, tem prazo determinado, não devendo este ser computado no prazo máximo estabelecido na lei para conclusão do inquérito policial de réu preso, tampouco poderá alterar os 81 dias previstos para a conclusão do processo judicial. Por fim, cumpre dizer que o preso em flagrante pode ter sua liberdade provisória concedida quando não forem verificadas pelo juiz quaisquer hipóteses que autorizariam a prisão preventiva. Isto não ocorre na prisão temporária.

A próxima modalidade a ser analisada é a **prisão decorrente de pronúncia**. A pronúncia ocorre nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou seja, nos casos dos crimes que atentem contra a vida, como consta no art. 74, §1º, CPP e no art. 5º, XXXVIII, CF.

Apesar de haver discussão com relação à natureza jurídica de tal instituto, a opinião que prevalece é a de que se trata de decisão interlocutória. Neste sentido, manifesta-se Rogério Lauria Tucci, afirmando que, quando considerada *stricto sensu*, a pronúncia é a “decisão interlocutória mediante a qual o magistrado declara a viabilidade da acusação por se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor”¹⁰. Partilham desse entendimento autores como Roberto Delmanto Junior e Julio Fabbrini Mirabete.

A pronúncia está prevista nos artigos 408, *caput* e seus §§, CPP. O juiz poderá recomendar o réu na prisão, caso já esteja preso, ou expedir as ordens necessárias para sua captura (§1º). Poderá, por outro lado, deixar de decretá-la ou revogá-la, quando preso o réu, no caso de ser este primário e de bons antecedentes. Em qualquer das hipóteses, a decisão deve ser fundamentada.

¹⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 144.

A grande diferença entre a prisão que decorre da pronúncia e a prisão temporária é que aquela só ocorre nos casos dos crimes em que o Júri é competente para julgar. Assim sendo, ela só poderá ocorrer nos quando o réu tiver praticado um dos crimes previstos nos seguintes artigos: 121, §§1º e 2º; 122, parágrafo único; 123; 124; 125; 126; 127. A prisão temporária, embora também é cabível no caso do art. 121, atinge um número maior de delitos, conforme se observa o art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89.

Outra diferença gritante entre tais modalidades de prisão decorre do fato de que a pronúncia só ocorre no curso do processo criminal, enquanto a prisão temporária só é admitida pela lei durante a fase de inquérito, ou seja, antes da denúncia.

Antes de entrar no tema principal deste trabalho – a prisão temporária – resta falar ainda da **prisão decorrente de sentença condenatória recorrível**. Conforme se observa no art. 393, I, CPP, a prisão é um dos efeitos da sentença condenatória recorrível, nos casos dos crimes inafiançáveis e nos crimes afiançáveis enquanto não prestada a fiança. Também o art. 594, CPP menciona que “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.”

Trata-se de prisão de natureza cautelar, também chamada por alguns de *execução provisória*, embora esta última nomenclatura possa desrespeitar o princípio da presunção de inocência. Para que seja decretada, assim como as outras modalidades de prisão provisória, além de se ter reconhecida a existência do crime e a autoria, deve-se observar o perigo de estar o acusado em liberdade, ou *periculum libertatis*. Isto decorre do fato de que o réu somente poderá ser culpado após o trânsito em julgado da sentença.

São latentes as diferenças entre as prisões temporária e decorrente de sentença condenatória recorrível. A primeira delas já foi mencionada anteriormente, ao falar-se em prisão decorrente de pronúncia. Enquanto a

prisão temporária só é admitida, em regra, durante a fase de investigação criminal, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível só é viável após a sentença de primeira instância, sendo evidente que só ocorrerá durante a instrução criminal.

Outra diferença é que na prisão temporária, bastam “fundadas razões de autoria ou participação do indiciado”. No caso de condenação, faz-se necessária a prova plena da materialidade e da autoria, não bastando o mero indício. Embora o réu ainda tenha direito a um segundo grau de jurisdição, a condenação toma por base a certeza plena dos fatos imputados ao acusado. Neste sentido, este tipo de prisão exige elementos muito mais precisos que aqueles necessários para fundamentar a prisão temporária.

Finalmente, a prisão temporária difere da prisão decorrente de sentença penal condenatória, bem como da prisão decorrente de pronúncia e da prisão preventiva, no que tange ao prazo. Apenas aquela tem prazo fixado na lei.

CAPÍTULO 3 – Da Prisão Temporária

3.1 – Conceito

São várias as tentativas de conceituar prisão temporária. Novamente nos aproveitamos do conceito dado por Julio Fabbrini Mirabete, pode-se definir esta modalidade prisional como sendo a “medida acauteladora, de restrição da liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial”.¹¹

Outro conceito pode ser fornecido por Fernando Capez, que sintetiza: “prisão cautelar de natureza processual destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial.”¹² Ainda merece destaque a definição dada por Rogério Lauria Tucci, ao sustentá-la:

“como o encarceramento prévio do indiciado no lapso temporal entre a iniciação da *informatio delicti* mediante portaria (inocorrente, portanto, a prisão em flagrante delito) e o momento em que se verifica a possibilidade de imediata reunião dos elementos necessários à decretação da prisão preventiva.”¹³

Além destas, muitos estudiosos conceituam-na simplesmente como “prisão para averiguações”, instituto existente no Brasil durante vários anos, em especial, durante os períodos ditatoriais. Como se pode observar, várias são as tentativas de se conceituar a prisão temporária. Porém, o estudo de seus elementos é a melhor forma de se entender este instituto, tão questionado na doutrina brasileira.

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 392.

¹² CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 8ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 243.

¹³ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 339-340.

3.2 – Cabimento

A prisão temporária tem por escopo facilitar o trabalho da autoridade policial durante o inquérito, mantendo o preso sob sua custódia, a fim de obter os elementos que demonstrem materialidade delitiva e autoria criminal. Desta forma, será cabível nos casos em que a permanência de um indivíduo sob proteção e disposição policial se fizer necessária para se alcançar o fim almejado. Aduz-se, daqui, a idéia de que os bônus devem superar os ônus.

Confirmando esse entendimento, se manifestou o STJ:

“PROCESSUAL PENAL - PACIENTE SUSPEITO DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO - PRISÃO TEMPORÁRIA - GRAVIDADE DO DELITO - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - IMPRESCINDIBILIDADE PARA COMPLEMENTAÇÃO DAS INVESTIGAÇÕES POLICIAIS - FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.

- A prisão temporária é justificável quando, além da gravidade do delito, resta demonstrada a necessidade da segregação cautelar para complementação das investigações policiais e para garantir-se a ordem pública. Ademais, conforme informações prestadas, o paciente encontra-se foragido até a presente data, não demonstrando desejo de colaborar com as investigações. Ordem denegada.”

(Superior Tribunal de Justiça – Quinta Turma. *Habeas Corpus* nº 32348 /RJ. Proc. nº 2003/0225400-6. Rel. Ministro Jorge Scartezini, Brasília, 28/04/2004. DJ de 28/06/2004, p. 369)

O legislador que criou a Lei 7.960/89 foi específico ao enumerar as hipóteses em que pode se decretar a prisão temporária. O inciso I do art. 1º destaca a imprescindibilidade para a investigação criminal. No mesmo artigo, inciso II, encontra-se a hipótese de o investigado não possuir residência fixa ou não fornecer os elementos que são necessários para que se esclareça sua identidade. Já no inciso III, ainda no art. 1º, estão elencados os crimes que poderão ensejar prisão temporária, “quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado”.

O primeiro inciso mencionado teve origem na idéia de praticidade. O indiciado, muitas vezes deve participar da instrução. Entretanto, não seria razoável que, a cada vez que sua presença fosse necessária, a Polícia se prontificasse a procurá-lo, muitas vezes sem lograr êxito. A própria exposição de motivos da Medida Provisória originária da lei anunciava que a prisão temporária visava permitir que a autoridade policial “permanecesse com o investigado sob sua proteção e disposição, com o fim de proceder à coleta de elementos demonstrativos de autoria e materialidade”. A conclusão adotada por Mirabete¹⁴ é de que “sem a prisão, é impossível ou improvável que se leve bom termo as investigações, com o esclarecimento dos fatos”. O mesmo doutrinador critica este inciso por entender que ele permite a prisão de qualquer pessoa “como uma testemunha, por exemplo”.

O inciso II é auto-explicativo, merecendo apenas uma consideração de ordem prática. Não possuir endereço certo e moradia fixa dificulta sobremaneira a instrução criminal. Desaparecendo o indiciado, quando solto, poderá ser impossível localizá-lo, caso ele resolva não colaborar comparecendo sempre que requisitado. O mesmo se dá quando não existem elementos que gerem certeza quanto à verdadeira identidade do indivíduo.

Pelas razões acima expostas, os incisos I e II configuram o *periculum in mora*, ou, sendo mais adequado neste caso, *periculum libertatis*. De fato, em ambos os casos, a liberdade do indiciado poderia ser extremamente prejudicial ao bom andamento do inquérito, correndo este riscos de se ver frustrado.

Por fim, o inciso III mostra em quais crimes o legislador admitiu a aplicação deste instituto. Como já foi visto acima, o rol de crimes é taxativo, não podendo, portanto, serem incluídos ou excluídos quaisquer crimes. Desta forma, entende o STJ:

¹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 393.

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

(Superior Tribunal de Justiça – Quinta Turma. *Habeas Corpus* nº 35557 /PR. Proc. nº 2004/0068836-2, Rel. Ministro Felix Fischer, Brasília, 17/08/2004. DJ de 20/09/2004, p. 318)

Além disso, é neste inciso III que se vislumbra o *fumus boni iuris*. Isto porque o inciso é claro ao exigir fundadas razões da autoria ou participação nos crimes ali elencados. É através deste inciso que o direito invocado se mostra plausível. A fumaça do bom direito será vista quando se tiverem “fundadas razões”, que levem a crer serem os indiciados os autores dos crimes narrados no inciso III.

Apresentados tais incisos, mister se faz destacar que é polêmico o tema que discute a cumulatividade ou alternatividade dos mesmos. O que se discute na doutrina é que é indispensável a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requisitos de qualquer prisão cautelar, não sendo exceção a prisão temporária.

Diversas são as teses apresentadas e variadas são as opiniões dos diversos doutrinadores. Algumas idéias apresentam-se isoladas, com poucos adeptos. Não obstante, merecem ser lembradas.

Vicente Greco Filho entende que a prisão temporária será admitida somente quando cumulados os três incisos do art. 1º, além de serem necessários os requisitos da prisão preventiva. Esta tese não é seguida por muitos autores, mas os que a defendem acreditam ser abusiva sua decretação quando não estiverem presentes os requisitos do art. 312, CPP. Da mesma forma, é minoritária a tese seguida por Rogério Lauria Tucci, que acredita ser obrigatório o inciso I, devendo este estar sempre presente. Este inciso deve ainda ser combinado com o inciso II ou o III, podendo estarem os dois ou apenas um destes presentes para a decretação da medida.

Marcellus Polastri Lima sustenta a idéia de serem obrigatórios os incisos I e III combinados, sendo facultativa a presença do inciso II. Tese semelhante é apresentada por Roberto Delmanto Junior, que por sua vez, dispensa o inciso I, alegando que os incisos II e III são imprescindíveis. Também o STJ já decidiu pela suficiência dos incisos I e III:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO TEMPORÁRIA. HIPÓTESES DE CABIMENTO. ART. 1º, I E III, "A", DA LEI Nº 7.960/89. Atendidos os requisitos previstos no art. 1º, I e III, "a", da Lei nº 7.960/89, afigura-se perfeitamente cabível a decretação da prisão temporária. (Precedentes.). Recurso desprovido.”
(Superior Tribunal de Justiça – Quinta Turma. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 14729 /SP. Proc. nº 2003/0128940-7, Rel. Ministro Felix Fischer, Brasília, 02/03/2004. DJ de 29/03/2004, p. 254)

Em outro acórdão, o STJ confirma sua posição de que o inciso II pode ser dispensado:

“PROCESSUAL PENAL - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - CRIME HEDIONDO – LEI 8.072/90 - PRISÃO TEMPORÁRIA - PROBABILIDADE DE FUGA DO PACIENTE VERIFICADA EM CONCRETO - NECESSIDADE.
- A possibilidade concreta de fuga do paciente justifica a constrição cautelar, para garantir a aplicação da lei penal.
- O estupro e o atentado violento ao pudor, tanto na forma simples como na qualificada, encontram-se arrolados como crimes hediondos.
- Primariedade, bons antecedentes e residência fixa, por si só, não são suficientes para obstar a medida cautelar, se esta se mostra necessária.
Recurso desprovido.”
(Superior Tribunal de Justiça – Quinta Turma. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 14058/GO. Proc. nº 2003/0021149-1, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Brasília, 17/06/2003. DJ de 29/09/2003, p. 277).

Entre as correntes com mais seguidores, três se destacam. A primeira delas é aquela que prega a cumulação dos três incisos para que a prisão seja decretada, devendo estes se combinarem. Apóiam esta corrente autores como Antonio Lopes Monteiro, Fernando da Costa Tourinho Filho, tendo adotado esta tese recentemente. Outros autores, antes adeptos deste pensamento, hoje

migraram para outras correntes doutrinárias, como Antonio Scarance Fernandes.

A segunda corrente de maior repercussão defende a autonomia dos incisos. Esta parte da doutrina entende que a interpretação da lei deve ser literal. E esta interpretação trata os incisos como autônomos e independentes. Dentro disso, a prisão temporária poderá ser decretada se for observado qualquer um dos incisos, não havendo necessidade de cumulação. Pensam assim Júlio Fabbrini Mirabete, Mario Portugal Fernandes Pinheiro, Edmundo Oliveira, Diaulas Costa Ribeiro, João Gualberto Garcez Ramos. Esta também seria a corrente utilizada por Fernando da Costa Tourinho Filho, antes de ele migrar para a outra posição doutrinária.

A terceira corrente é a majoritária, defendida pela maioria da doutrina brasileira, sendo esta a corrente mais aplicada, inclusive pela jurisprudência. Entendem os defensores dessa teoria que, como o *periculum libertatis* está presente tanto no inciso I como no inciso II, basta que um deles esteja presente para que se configure o risco que representa a liberdade do indiciado. E, para representar o *fumus boni iuris*, o inciso III deve estar presente, obrigatoriamente. Resumindo, esta parte da doutrina sustenta que devem estar presentes os incisos I ou o II, combinados com o III, que é indispensável. Assim, bastariam 2 incisos apenas para decretar a prisão temporária de um indivíduo, desde que um destes incisos seja o III.

Entre os vários autores e pensadores do Direito, alguns merecem ser lembrados como defensores desta corrente. Entre eles, Ada Pellegrini Grinover, Patrícia dos Santos André, Bruno Teixeira Lino, Damásio Evangelista de Jesus, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fernando Capez, Antonio Scarance Fernandes, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, Eneyda Orbage Taquary e Arnaldo Siqueira de Lima.

Como se pode observar, quase todas as correntes entendem ser fundamental que a prisão temporária somente seja decretada quando se tratar

de crime previsto no inciso III do art. 1º da Lei 7.960/89. E é assim que entende a maior parte da jurisprudência, incluindo o STJ. Prova disso está na decisão do TACrimSP:

“Prisão temporária. Decretação para apuração da prática de eventuais crimes dos arts. 138, 139 e 140 do CP, mediante despacho carente de fundamentação. Constrangimento ilegal. Ocorrência: - é ilegal e abusiva a decretação de prisão temporária para apuração da prática de eventuais crimes definidos nos arts. 138, 139 e 140 do CP, pois tais delitos não estão relacionados no rol taxativo do inc. III do art. 1º da lei nº 7960/89, não sendo considerados de extrema gravidade e causadores de repulsa social, máxime se o despacho é nulo, totalmente carente de fundamentação, inexistindo qualquer circunstância que demonstre a necessidade e a conveniência da custódia.”

(Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo – 13ª Câmara. Habeas Corpus nº 329570 / 9. Rel. Teixeira de Freitas, São Paulo, 03/11/1998).

3.3 – Decretação

O art. 2º da Lei que dispõe sobre a prisão temporária determina que esta deverá ser decretada pelo juiz, quando este a julgar adequada. Este artigo não poderia ter redação diferente, uma vez que a própria Carta Constitucional só admite a prisão de um indivíduo quando esta for decretada pela autoridade judiciária, salvo o caso do flagrante, já discutido acima (art. 5º, LXI, CF/88). Neste sentido, mesmo a prisão temporária ocorrendo em sede de inquérito, ou seja, ainda não havendo processo, não poderá a autoridade policial decretar a prisão de nenhuma pessoa.

Confirmou este entendimento o TACrimSP:

“Prisão temporária - decretação por juiz incompetente - nulidade: - é nula a prisão temporária decretada por juiz incompetente. A medida atinge o direito de liberdade do indiciado, devendo ser emanada por juiz que tenha competência territorial para tanto.”

(Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo – 6ª Câmara. Habeas Corpus nº 427512 / 3. Rel. Angélica de Almeida, São Paulo, 16/12/2002).

Cabe ainda ao juiz ouvir o Ministério Público caso haja representação da autoridade policial, conforme manda o art. 2º, §1º. Além de decretar a prisão temporária, o juiz poderá prorrogá-la, em caso de comprovada e extrema necessidade. Neste tema, Marcellus Polastri Lima entende que somente poderá haver prorrogação se esta for pedida e determinada pelo juiz antes do término do prazo. E pode ainda determinar a apresentação do preso quando conveniente, tomando por termo suas declarações, e submetê-lo a exame de corpo de delito (art. 2º, §3º), bem como solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial.

À autoridade policial, de acordo com o mesmo art. 2º, caberá representar ao juiz para que o mesmo decrete a prisão cautelar; pôr em prática a ordem de prisão expedida pelo juiz, prendendo o indiciado (art. 13, III, CPP); dar ao preso a nota de culpa, aqui representada pela cópia do mandado de prisão, expedido após a decretação desta (art. 2º, §4º). Ressalte-se, como ressaltou o §5º do art. 2º, que a prisão somente poderá ser executada após a expedição do mandado judicial. Entende-se, portanto, que o que ocorre aqui não é apenas uma simples homologação de prisão já feita. Este mandado será atenderá aos requisitos previstos no art. 285, parágrafo único, CPP, tendo este como aplicação subsidiária.

Além disso, como ocorre em qualquer prisão, também é dever da autoridade policial informar ao preso todos os seus direitos constitucionais (art. 5º, XLIX, LIV, LVIII, LXII, LXIII, LXIV, entre outros), assim como soltar o indiciado quando findo o prazo da prisão temporária, salvo no caso de ter sido decretada sua prisão preventiva (art. 2º, §7º). Neste último parágrafo, cumpre salientar que a redação do artigo merece reparos, pois falou apenas em decretação de prisão preventiva, quando deveria falar em “qualquer outro

motivo que justifique sua manutenção na prisão”. É neste sentido a art. 660, §1º do CPP, ao falar de *Habeas corpus*.¹⁵

Do mesmo artigo 2º, pode-se extrair as funções do Ministério Público, devendo diferenciar que em alguns casos ele está obrigado a agir enquanto em outros ele tem a faculdade. Neste sentido, poderá o Ministério Público requerer: a decretação da prisão temporária; a apresentação do preso em juízo (art. 2º, §3º); a solicitação, pelo juiz, de informações e esclarecimentos da autoridade policial. Por outro lado, este órgão está obrigado a pronunciar-se em caso de representação da autoridade policial (art. 2º, §1º).

Após terem sido vistas a competência de cada órgão, é importante frisar que o juiz não poderá decretar a prisão temporária de ofício, devendo ser respeitado o art. 2º da Lei, que determina a necessidade de *representação* da autoridade policial ou de *requerimento* do Ministério Público. Nas palavras de Mirabete:

“Não se prevê, portanto, a possibilidade de decretação *de ofício*, pelo juiz, mesmo porque a medida só se justifica durante o inquérito policial. Mesmo que o inquérito inconcluso chegue às mãos do juiz, por exemplo com pedido de prazo para ulatimação etc., não pode o magistrado determinar, sem pedido, a custódia que é sempre condicionada à iniciativa da autoridade policial ou do Ministério Público.”¹⁶

Ainda neste tema, Mario Portugal Fernandes Pinheiro tece comentários pertinentes: “Arremate-se, pois, que a audiência do Órgão Fiscal é requisito impostergável para a efetivação da prisão, sem que possa decretá-la o Magistrado, de ofício”.¹⁷

Não se pode deixar de lado que o juiz deverá fundamentar o despacho que decretar a prisão do suspeito, sob pena de nulidade. Este despacho, por sua vez, tem prazo máximo de 24 horas para ser prolatado, devendo este prazo ter início no momento do recebimento da representação ou do requerimento.

¹⁵ Na linguagem forense, isto assim se diz: “salvo se por *al* não estiver preso”.

¹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 395.

¹⁷ PINHEIRO, Mario Portugal Fernandes. Op. cit., p. 138.

Apesar de a Constituição já exigir que toda decisão judicial seja fundamentada (art. 93, IX), o legislador ordinário fez questão de dar ênfase a este assunto, mencionando expressamente esta regra no art. 2º, §2º. Desta forma, não basta que o juiz utilize meras expressões formais ou repetições dos dizeres da lei: ele deverá apreciar todas os fundamentos de fato e de direito do pedido, e mencionar os pressupostos exigidos na lei conforme o caso concreto.

Neste sentido, decidiu o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

“A prisão temporária é medida processual cautelar destinada a permitir ou a facilitar a atividade investigativa da polícia judiciária. É determinada pela autoridade judicial provocada por representação da autoridade policial ou a requerimento do MP, aplicando-se somente aos crimes elencados no art. 1º, inc. III, da Lei nº 7.960/89. Tal medida deve ser informada pelo princípio da necessidade, sendo insuficiente o decreto judicial que não faz alusão ao crime que teria o paciente praticado e tampouco à diligência investigatória que a polícia judiciária pretende realizar, para a execução da qual a prisão temporária do paciente se mostra necessária”. (JTAERGS 88/37).

Outra garantia que a lei estabelece, com o propósito de proteger o preso temporário é a de que ele será mantido separado dos demais detentos. Embora na prática não se veja muito o cumprimento desta regra, ela está prevista no art. 3º da Lei. Com precisão, Hélio Tornaghi explica a razão desta separação:

“A prisão temporária é providência acautelatória, fundada na mera suspeita ou na necessidade de apurar a infração. Tem pressupostos mais frágeis que outros tipos de prisão, provisória ou definitiva. Daí a cautela legal da separação entre o preso temporariamente e os demais presos”.¹⁸

É válido mencionar que, apesar de a Lei que regula a prisão temporária ser expressa nesse sentido, a Lei de Execução Penal já estabelece em seu art. 84 que os presos condenados definitivamente sempre devem ser mantidos separados dos presos em caráter provisório, destinando para esse fim a Cadeia Pública (art. 102). A Lei 7.960/89 só veio confirmar esse entendimento no caso das prisões temporárias.

¹⁸ TORNAGHI, Hélio. Op. cit., p. 85.

A Lei prevê ainda no art. 5º um plantão permanente de 24 (vinte e quatro) horas do Poder Judiciário e do Ministério Público, em todas as comarcas e seções judiciárias, com o fim de apreciar os pedidos de prisão temporária. Esta previsão é fruto da urgência que rege as prisões cautelares, especialmente a prisão temporária.

Apesar de não constar nada lei, é cabível mencionar que o preso temporário não está sujeito à incomunicabilidade, proibida pela Constituição Federal, podendo manter contato com advogado, parentes ou quaisquer outras pessoas, respeitando, claro, os regulamentos relativos às visitas a estabelecimentos penais. Esta consideração merece ser feita uma vez que tal incomunicabilidade estava prevista na Medida Provisória nº 111, que deu origem à Lei nº 7.960/89, não tendo sido mantida nesta.

Por fim, coloca-se em discussão a questão de a prisão temporária poder ser decretada em investigações de crimes ocorridos antes de sua vigência. Isto é, se ela poderá retroagir e atingir o indiciado de um inquérito por fato ocorrido antes de sua vigência. Tal questão é pouco discutida na doutrina, mas a conclusão não causa surpresa. Como ocorre com qualquer outra lei penal, só poderá retroagir no tempo a lei penal que for benéfica ao réu. Chama-se irretroatividade da lei penal. Assim sendo, uma lei que possa beneficiar o réu poderá retroagir, mas apenas em caso de benefício.

A regra geral no Direito Brasileiro é que a lei nova deve ser aplicada tão logo entre em vigor. Isto porque o Estado, ao criar uma nova lei, entende ser esta melhor do que a antiga. Caso contrário não a teria criado. Entretanto, com a lei penal ocorre o oposto: neste caso, poderá haver até a ultratividade da lei mais benéfica, tudo nos termos do princípio da legalidade.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho explica este assunto de forma clara e precisa:

“Então, a questão reside, primeiramente, em saber identificar uma norma processual pura de uma norma processual com conteúdo material (ou

substancial). Se a norma processual contém dispositivo que, de alguma forma, limita direitos fundamentais do cidadão, materialmente assegurados, já não se pode defini-la como norma puramente processual, mas como norma processual com conteúdo material ou norma mista. Sendo assim, a ela se aplica a regra de direito intertemporal penal e não processual.

Voltando à questão proposta: norma que limita a liberdade em provimento cautelar não é norma puramente processual e não segue a regra geral da imediaticidade de vigência. Mais especificamente, a norma que institui a prisão temporária não poderia ser aplicada a fatos ocorridos preteritamente. O mesmo ocorre com a lei que define os crimes hediondos ao tratar da prisão e da liberdade.”

E conclui:

“Neste contexto, é possível concluir que as normas processuais que, de alguma forma, limitem o direito à liberdade, devem ser consideradas também normas penais, sob pena de inconstitucionalidade (Constituição, art. 5º, inc. XL). Deste modo, a Lei que instituiu a prisão temporária, tanto quanto a que definiu os crimes hediondos, não pode ser aplicada a fatos anteriores à sua vigência, em matéria relativa à prisão cautelar, anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, regime de cumprimento de pena e liberdade condicional.”¹⁹

3.4 – Prazo

O nome de “prisão temporária” é porque tem sua duração máxima fixada em lei. E o prazo da prisão temporária está previsto no *caput* do art. 2º da Lei 7.960/89. Diz este artigo que a prisão deverá durar 05 (cinco) dias, podendo haver prorrogação por igual período “em caso de extrema e comprovada necessidade”. Segundo Marcellus Polastri Lima, só poderá haver prorrogação se pedida e determinada pelo juiz antes dos 05 dias iniciais. Passado esse prazo, se não houver prorrogação ou decretação de prisão preventiva, deverá o indiciado ser posto em liberdade (art. 2º, §7º, Lei 7.960/89), devendo este prazo ser respeitado.

¹⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 137.

Quando se observa a jurisprudência, nota-se que o relaxamento da prisão expirado o prazo deve ser imediato, sob pena de a prisão se tornar ilegal. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu prejudicado um *Habeas Corpus*, uma vez que havia expirado o prazo. Diz a ementa: “*Habeas corpus*. Delitos de formação de quadrilha ou bando e furto. Prisão temporária. Impetração julgada prejudicada, diante da informação do magistrado de que expirou o prazo da referida prisão, capitulada na Lei nº 7.960/89” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – 6ª Câmara Criminal. Habeas Corpus nº 700010390540, Rel. Paulo Moacir Aguiar Vieira, Rio Grande do Sul, 03/03/2005).

Apesar de a Lei que cuida da prisão temporária só mencionar o prazo de 05 dias (ou 10, em caso de prorrogação), a Lei 8.072, de 25/07/1990, estabeleceu que quando se tratar de crimes hediondos, de prática de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo, a prisão temporária terá prazo de 30 (trinta) dias, que também poderá ser prorrogado nos casos de extrema e comprovada necessidade. Nos termos da lei:

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

I – anistia, graça e indulto;

II – fiança e liberdade provisória.

§ 1º [...].

§ 2º [...].

§ 3º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.”

A jurisprudência confirma o entendimento de que para prorrogar a prisão por mais 30 dias, é imprescindível a extrema e comprovada necessidade, bem como a motivação exigida pela própria Constituição Federal. O STJ assim entendeu:

“(…) Processual Penal. Prisão temporária. Prorrogação. Fundamentação adequada. Constrangimento ilegal. Inexistência. *Habeas corpus*. A prisão provisória, de natureza processual, medida que implica sacrifício à liberdade individual, deve ser concebida com cautela, em face do princípio constitucional da inocência presumida, impondo-se, por isso, que a mesma tenha por base motivos concretos susceptíveis de autorizar a medida constritiva de liberdade. **A regra contida no artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei nº 8.072/90, que assegura a prorrogação do prazo da prisão temporária por mais trinta dias nas hipóteses de crimes hediondos, exige a comprovação de sua necessidade.** Não consubstancia constrangimento ilegal, susceptível de ataque por via de *habeas corpus*, a ordem de prorrogação de prisão temporária provida de fundamentos indicativos da presença efetiva de sua necessidade. *Habeas corpus* denegado”. (HC 12.872 – PE – DJU de 9/10/2000, p. 206). (Grifo nosso).

Ainda sobre esse prazo, é evidente que trata-se de um aumento exagerado. Não há razão justificável, uma vez que a Lei que regula a prisão temporária já abrange o conjunto dos crimes hediondos e, por esta lei, o prazo se limita a 05 dias, sendo permitida a prorrogação. Muito boa a colocação feita por Alberto Silva Franco:

“Tudo está, portanto, a indicar que o alongamento desarrazoado da prisão temporária, com a conseqüente prorrogação temporal das investigações policiais, teve por objetivo único e exclusivo estigmatizar eventuais autores de crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de terrorismo.”²⁰

Observa ainda, citando Rogério Schietti Machado Cruz, que este alongamento do prazo pune antecipadamente a pessoa que é acusada de praticar os crimes que ensejam a medida, estigmatizando o indivíduo perante a sociedade. Isto seria uma “punição” sumária do indiciado, o que parece provocar a sensação de “alívio” na sociedade. Ele ainda se questiona acerca da necessidade de tão longo prazo, visto que um interrogatório não dura mais do que algumas horas, assim como um reconhecimento formal. É breve, também, a reconstituição de um crime. Neste sentido, fica demonstrado que não há

²⁰ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 362

nenhuma necessidade de manter o indiciado preso por tanto tempo. Complementando este raciocínio, Alberto Silva Franco conclui:

“E isto significa, sem sombra de dúvida, não apenas um agravo ao princípio constitucional da não culpabilidade que não suporta ser um acusado tratado como se fosse culpado, como também uma postura desrespeitosa para com o princípio estruturante da dignidade da pessoa humana que não admite que um ser humano permaneça, por prazo desarrazoado, numa situação de incerteza a respeito do exercício do seu direito de liberdade. Corretíssima, portanto, a consideração de que, no caso da prisão temporária, deva ser mantida uma permanente avaliação do critério da necessidade de decretação dessa medida cautelar.”²¹

Conclui-se, desta forma, que não é razoável o prazo adotado pela Lei de Crimes Hediondos. Além de não ser razoável e de ser desproporcional, fere a Constituição e seus princípios, pois imputa a um indivíduo uma pena antes de qualquer acusação formal. Deve-se lembrar que a prisão temporária só poderá ocorrer em sede de inquérito policial, que consiste em procedimento administrativo onde ainda não há réu ou até mesmo acusado, mas apenas um suspeito. Assim, não se pode punir antecipadamente qualquer pessoa por tão longo período, que seria os 60 dias previstos na Lei 8.072/90.

Com relação ao prazo da prisão temporária introduzido pela Lei de Crimes Hediondos, Antonio Lopes Monteiro afirma:

“Como corolário, houve uma derrogação tácita do art. 10 do Código de Processo Penal, já que, nestes casos, o prazo máximo para o término do inquérito, estando o suspeito ou indiciado preso por prisão temporária, não mais será de 10 dias e sim de 30 ou até de 60 dias.”²²

Em contra-partida, Alberto Silva Franco discorda expressamente deste entendimento em sua obra. Diz ele:

“Tal entendimento produziria a equiparação entre quem foi preso em flagrante delito e quem teve decretada a prisão temporária. Essa uniformidade de tratamento é, de todo, inaceitável, não sendo tolerável que a

²¹ Ibid. p. 362-363.

²² MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p.131.

autoridade policial possa prorrogar a entrega do inquérito policial de preso em flagrante até sessenta dias após a prisão. Entendimento nesse sentido levaria, sem dúvida, a incluir mais sessenta dias no prazo de oitenta e um dias fixado para o desfecho do processo de réu preso, o que representaria um total absurdo. Não há como igualar as duas situações. Se o acusado foi preso em flagrante e o flagrante foi mantido, não sendo concedida ao preso a liberdade provisória, ficou patente a presença dos dados autorizadores da prisão preventiva (parágrafo único do art. 310 do CPP). É óbvio que nessa situação o inquérito policial deverá ser levado a juízo no prazo improrrogável de dez dias. Se, no entanto, se decretou a prisão temporária, por não haver ainda consistência fática suficiente para a prisão preventiva, é aplicável, tendo sempre presente a ponderação judicial a respeito da manutenção do juízo de sua necessidade, a Lei 7.960/89. O que não parece correto é fazer com que os prazos deferidos na Lei 7.960/89 contaminem o prazo do art. 10 do Código de Processo Penal. Ao contrário de entender derogado parcialmente o art. 10 do Código de Processo Penal, seria sempre mais apropriado que a autoridade judicial, verificada a necessidade de medida de cautela, substituísse a prisão temporária pela prisão preventiva.”²³

Polêmicas à parte, vale ressaltar que o prazo da prisão começa a ser contado da data em que o representado ou requerido for recolhido ao estabelecimento penal, mesmo que seja no último minuto daquele dia.

Caso o indivíduo seja condenado ao final do processo, o tempo em que tiver permanecido preso temporariamente deverá ser computado na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança eventualmente aplicada, conforme manda a regra da detração penal, encontrada no art. 42 do Código Penal.

Questão interessante que se faz mencionar é com relação à chamada pela jurisprudência nacional de “regra dos 81 dias”. Essa construção jurisprudencial foi criada para o caso de prisão preventiva. Este prazo divide-se em: 10 dias para a polícia concluir o inquérito criminal; 05 dias para o promotor dar entrada em uma ação penal; 03 dias para o réu apresentar defesa prévia; 20 dias para serem ouvidas as testemunhas de acusação e 20 dias para as testemunhas de defesa. No caso de ser prisão temporária, inclusive quando o crime for hediondo, este período de 81 dias conta-se após o período inicial de

²³ FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., p. 363/364.

prisão temporária (ou seja, 05 mais 05 dias, ou no caso de crimes hediondos, 30 mais 30 dias).

Fato questionado é que não há, em nenhuma das duas modalidades de prisão provisória, qualquer disposição legal que obrigue a soltura dos suspeitos em caso de ausência de decisão judicial quanto ao mérito da questão. Em sentido oposto o STJ decidiu que este período não deve ser considerado estritamente e que o juiz pode aplicar o “princípio da razoabilidade”, a fim de manter alguém preso quando ocorrerem atrasos explicáveis diante das dificuldades naturais decorrentes de um processo penal. Diante disso, entende o STJ que este prazo deve ser observado com a devida flexibilidade. Essa posição é bastante criticada, uma vez que enseja perigo por não estabelecer um limiar para a aplicação do “princípio da razoabilidade”.

Não obstante não haver previsão legal quanto ao prazo de 81 dias, a Lei 7.960/89 teve uma preocupação dobrada com relação ao excesso de prazo, ou seja, quando um indivíduo permanecer mais tempo preso do que aquele indicado pela autoridade judiciária. Tamanha é a preocupação com a questão que a Lei em análise modificou a Lei 4.898/65, que fala acerca dos Crimes de Abuso de Autoridade. De fato, alterou o art. 4º desta última lei, acrescentando a alínea *i*, onde consta ser crime de abuso de autoridade “prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.” Nestes termos, configura-se crime de abuso de autoridade manter um indivíduo preso temporariamente além do tempo imposto pelo juiz.

Diante da questão acima colocada, Eneida Orbage de Britto Taquary e Arnaldo Siqueira de Lima trazem à tona outra polêmica acerca da prisão temporária. Eles questionam se esse prazo é máximo ou se a autoridade policial poderia soltar o indivíduo antes de terminado o prazo. A primeira posição apresentada caminha no sentido de ser o mesmo solto no momento em que terminarem as investigações, independente de prazo ou de permissão

judicial. A segunda corrente, em contra-partida, sustenta que o preso só poderá ser posto em liberdade com ordem expressa do juiz. Objetivando resolver o problema, sustentam estes autores que a solução seria que no decreto em que se impõe a prisão temporária, o juiz fale em “prazo máximo”, permitindo, dessa maneira, que o suspeito saia antes de findo o prazo, quando cessar a necessidade da prisão.

Ainda neste tema, mais uma vez citando Alberto Silva Franco:

“As conclusões lógicas que defluem desse raciocínio são, portanto, a de que o juiz poderá fixar prazo inferior ao limite máximo fixado na Lei 7.960/89 e também a de que poderá fazer cessar a prisão temporária a partir do momento em que a considerar desnecessária”.²⁴

Bruno Teixeira Lino o segue nesse pensamento, complementando que, nesse último caso, a autoridade policial ou o representante do Ministério Público devem requerer a expedição do alvará de soltura. Apesar disso, ele mesmo cita decisão em sentido oposto da egrégia 12ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, no *Habeas Corpus* n. 255.522, Rel. Juiz Walter Guilherme, em 21/02/1994:

“Prisão Temporária. Expedição de alvará de soltura por delegado de polícia antes de exaurido o prazo de 05 dias. Possibilidade. Desobediência. Inocorrência: A Lei nº 7.960/89, que criou a prisão temporária, não estabelece que somente o juiz pode expedir o alvará de soltura e nem que o prazo de 05 dias precisa necessariamente ser exaurido, incorrendo, por isso, o crime de desobediência no caso do delegado que expede tal autorização antes de esgotado o prazo.”

O fato é que conclui-se que não se pode defender a idéia de que a lei proíbe o juiz de fixar prazo inferior ao previsto em ambas as leis. Como se sabe, sendo a medida uma excepcionalidade, visto ser limitadora da liberdade do indivíduo, os prazos estabelecidos devem servir apenas como limites máximos, o que leva a crer que há a necessidade constante de se rever se a prisão se mantém necessária.

²⁴ FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., p. 363.

3.5 – Recurso e Ação de *Habeas Corpus*

Não se pode recorrer do despacho que decreta a prisão temporária. O único recurso que caberia nesse caso – recurso em sentido estrito – não prevê essa hipótese no art. 581 do Código de Processo Penal. E sua enumeração é *numerus clausus*. Mesmo que fosse possível, seria inútil, pois o tempo da prisão temporária é, em tese, curto. E seria provável que o indiciado fosse solto antes de julgado o recurso.

Entretanto, há a previsão constitucional do *Habeas Corpus* nos casos em que o direito de locomoção é violado indevidamente. Também por causa do curto prazo da prisão temporária, essa ação deve ser feita com pedido liminar. Isso, em tese, fere o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), uma vez que o pedido pode restar prejudicado. Mesmo assim, essa é a única via para o preso temporário alcançar a liberdade.

Da mesma forma, não caberia recurso em sentido estrito para o despacho que rejeita o pedido de prisão temporária, pelo mesmo argumento. Entretanto, já houve entendimento jurisprudencial em sentido oposto. O egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo já entendeu cabível o recurso em sentido estrito, analogicamente ao art. 581, V, do CPP, no SER 637.433, 10ª Câmara, Rel. Juiz Sérgio Pitombo, publicado na RJDTACrimSP 11/227. Não pode ser admitido tal entendimento. A interpretação analógica prejudicaria o suspeito, já que o recurso provido acarretaria na prisão do recorrido.

CAPÍTULO 4 – Inconstitucionalidades da Lei 7.960/89

Vistos todos os aspectos da Prisão Temporária, cabe agora ver o que falam a doutrina e a jurisprudência a respeito desta medida. De fato, são muitas as críticas dedicadas a esta lei. Porém, muitos apoiaram a medida quando esta foi criada.

4.1 – Inconstitucionalidade formal

Uma primeira avaliação poderia levar a crer que a Lei está em perfeita consonância com a Constituição. De fato, como exige a Constituição, a Prisão Temporária está prevista em lei para assegurar o bom êxito da persecução *ex judicio*. Além disso, o mandamento constitucional, previsto no art. 5º, LXI, de a ordem vir da autoridade competente e ser escrita e fundamentada é respeitado pela lei. Porém, uma análise mais aprofundada mostra o oposto.

A primeira consideração que deve ser feita a respeito da Lei 7.960/89 diz respeito à sua forma, a maneira como esta foi criada. Como já foi visto acima, ela derivou da Medida Provisória 111/89. Isto já demonstra seu vício de forma. E Medida Provisória é ato que emana do Poder Executivo, ou seja, do Presidente da República.

O art. 48 da Constituição Federal fixa a competência do Congresso Nacional para dispor de todas as matérias de competência da União. Combinando este artigo com o art. 22, I, CF, observa-se que é competência privativa da União legislar sobre penal e processual. Sendo assim, legislar sobre formas de restringir a liberdade de um indivíduo é cabe exclusivamente ao Poder Legislativo. E não foi o que houve no caso da Lei 7.960/89.

Por ser o tema de competência exclusiva da União Federal, não pode esta delegar competência aos estados federados para legislar sobre esse assunto. Assim decidiu o STF:

“E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARA - OUTORGA DE PRERROGATIVA DE CARÁTER PROCESSUAL PENAL AO GOVERNADOR DO ESTADO - IMUNIDADE A PRISÃO CAUTELAR - INADMISSIBILIDADE - USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO - PRERROGATIVA INERENTE AO PRESIDENTE DA REPUBLICA ENQUANTO CHEFE DE ESTADO (CF/88, ART. 86, PAR. 3.) - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. IMUNIDADE A PRISÃO CAUTELAR - PRERROGATIVA DO PRESIDENTE DA REPUBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXTENSAO, MEDIANTE NORMA DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, AO GOVERNADOR DO ESTADO. - O Estado-membro, ainda que em norma constante de sua própria Constituição, não dispõe de competência para outorgar ao Governador a prerrogativa extraordinária da imunidade a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a **prisão temporária, pois a disciplinação dessas modalidades de prisão cautelar submete-se, com exclusividade, ao poder normativo da União Federal, por efeito de expressa reserva constitucional de competência definida pela Carta da Republica.** - A norma constante da Constituição estadual - que impede a prisão do Governador de Estado antes de sua condenação penal definitiva - não se reveste de validade jurídica e, conseqüentemente, não pode subsistir em face de sua evidente incompatibilidade com o texto da Constituição Federal. PRERROGATIVAS INERENTES AO PRESIDENTE DA REPUBLICA ENQUANTO CHEFE DE ESTADO. - Os Estados-membros não podem reproduzir em suas próprias Constituições o conteúdo normativo dos preceitos inscritos no art. 86, PAR. 3. e 4., da Carta Federal, pois as prerrogativas contempladas nesses preceitos da Lei Fundamental - por serem unicamente compatíveis com a condição institucional de Chefe de Estado - são apenas extensíveis ao Presidente da Republica. Precedente: ADIn 978-PB, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO.”

(Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno. ADI 1009 / PA. Rel. Min. Ilmar Galvão, Brasília, 19/10/1995. DJ de 17/11/1995, p. 39197).

O procedimento exigido para edição de Medida Provisória é muito mais simples que o processo legal. Apesar de a Medida Provisória ter sido convertida em lei, ela não respeitou o devido processo legal, exigido pela Constituição (*substantive due process of law*). Até porque não se pode equiparar lei de conversão a lei em sentido estrito. E sendo um assunto tão delicado, visto que lida com um dos princípios mais protegidos pela Carta

Maior – a liberdade – é inconcebível que seja ele introduzido no Ordenamento Nacional por meio inadequado.

Muito bem observa Alberto Silva Franco ao discorrer sobre o tema:

“Deixar por conta do Poder Executivo criar, regular ou alterar mecanismos de coerção pessoal no processo penal, além de constituir clara infração aos princípios constitucionais da legalidade e da divisão de poderes, enseja manifestações autoritárias, ou mesmo arbitrárias, a dano do Estado Democrático de Direito.”

E continua:

“A prisão temporária é, sem nenhuma margem de dúvida, um desses mecanismos de coerção pessoal que, de modo direto e imediato, atinge o direito de liberdade do cidadão. Trata-se, portanto, se matéria em que tem aplicação o princípio da reserva absoluta de lei, isto é, só a lei em sentido estrito, ou melhor, a lei que segue, com rigor, o procedimento legiferante estabelecido pela Constituição Federal, poderá dar margem a qualquer restrição à liberdade da pessoa física.”²⁵

Nesta ordem de raciocínio, fica evidente que a lei que regula a prisão temporária padece do vício da inconstitucionalidade formal. E o vício de origem contagia a lei convertedora. Isto porque a conversão em lei de medida provisória não tem o condão de convalidar a inconstitucionalidade de sua origem.

Triste é saber que, mesmo padecendo de grave inconstitucionalidade formal, a prisão temporária acabou sendo plenamente legitimada pela práxis forense. Não somente a prática forense a acolheu como muitas juristas. Entre os que defendem a constitucionalidade da lei em tela, Antonio Lopes Monteiro defende:

“Os dispositivos da Lei nº 7.960/89 pautam-se dentro de uma constitucionalidade inquestionável. Aliás, o que se estranhou na época foi que, apesar de a prisão temporária ter sido criada por medida provisória, e privando o cidadão do bem maior, que é a liberdade, sem culpa formada, contra ela não se levantaram as costumeiras vozes de juristas de plantão, atentos aos deslizes do Poder Executivo nas constantes intromissões na vida econômica do País.”²⁶

²⁵ FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., p. 356 /357.

²⁶ MONTEIRO, Antonio Lopes. Op. cit., p. 130.

Não podemos partilhar desse entendimento. Como o próprio jurista afirmou acima, houve intromissão do Executivo na esfera de atuação do Legislativo. E, se como o mesmo atesta, na época não houve manifestações em sentido contrário à lei, hoje não faltam doutrinadores repudiando-a.

Além de ferir a divisão dos Poderes, a usurpação de funções do Legislativo pelo Executivo é, particularmente, perigosa. O uso de medidas provisórias vem sendo abusivo, gerando insegurança jurídica para a sociedade. Isso fere bruscamente o princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, CF/88), que assegura que certas matérias (entre elas a lei penal) devem ser tratadas exclusivamente por lei em sentido estrito.

Como bem ressalta Bruno Teixeira Lino acerca do perigo trazido pela intromissão de um Poder no outro:

“No Brasil, onde o sistema de governo é presidencialista, o alinhamento jurídico é irresponsável e perigoso, rasga a Constituição e deixa à deriva o sistema de direitos e garantias individuais. A medida provisória, através da qual foi estabelecida a prisão temporária, constitui exemplo desse alinhamento.”²⁷

4.2 – Inconstitucionalidade material

Além da inconstitucionalidade formal, várias vezes na doutrina se manifestam no sentido de ser a Lei 7.960/89 materialmente inconstitucional. Ou seja, entende-se que seu conteúdo fere gravemente a Constituição. Os dispositivos da lei mencionada ofendem o princípio da presunção de inocência, tão prestigiado pelo Direito Brasileiro e com previsão expressa na Constituição em seu art. 5º, LVII.

Deve-se lembrar o que foi dito acerca da prisão provisória. Trata-se nesse caso de uma medida cautelar. O objetivo é tão somente resguardar o

²⁷ LINO, Bruno Teixeira. *Prisão Temporária: lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 45.

processo. Não há aqui o caráter punitivo-retributivo da sanção penal. Por esta razão, os requisitos que levam uma pessoa à prisão devem ser muito bem analisados; deve haver uma preocupação constante em não ferir o princípio da presunção de inocência. E isto não foi devidamente observado pela Lei 7.960/89, tampouco é observado pelos magistrados de primeira instância quando da decretação da prisão temporária.

Buscou-se aqui preencher os requisitos não alcançados pela prisão preventiva. Para a prisão temporária, os requisitos são muito mais simples. De fato, se estivessem presentes todos os requisitos exigidos no texto legal – a saber, *fumus boni iuris* e *periculum in mora* – compatíveis com o instituto cautelar e com os princípios constitucionais, as autoridades representariam logo pela Prisão Preventiva, e não pela Prisão Temporária. Se assim não acontece, é porque ainda não foi encontrado o *fumus boni iuri*. E enquanto este não é evidente, não pode haver prisão, sob pena de arbitrariedade.

Este raciocínio foi confirmado pelo STJ:

“Inquérito policial. Prisão temporária (desnecessidade).

1. Cabe a prisão temporária quando imprescindível às investigações do inquérito policial (Lei nº 7.960/89, art. 1º, I).

2. Se não configurado claramente o seu pressuposto, recomenda-se seja evitada a prisão.

3. Liminar deferida. Ordem afinal concedida.”

(Superior Tribunal de Justiça – Sexta Turma. *Habeas Corpus* nº 36388. Proc. nº 2004/0088930-2, Rel. Ministro Nilson Naves, Brasília, 04/11/2004. DJ de 09/02/2005, p. 223).

A leitura da lei leva a crer que qualquer pessoa suspeita de cometer um crime poderá ser presa. Pior, qualquer pessoa que não possua endereço fixo ou não forneça elementos necessários à sua identificação corre o risco de ser presa(!). Seria muito mais justo uma identificação datiloscópica nesse caso. Mas não é o que ocorre. Ao contrário, o legislador optou por levar o indivíduo à prisão. Aplicou-se, aqui, o contrário do que prega o Direito Brasileiro, quando diz que liberdade é a regra, sendo a prisão uma exceção.

Para que não houvesse ofensa à presunção de inocência, deveria ficar muito bem registrado a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum libertatis*. Dependendo do posicionamento adotado, nem sempre estão presentes ambos os requisitos. Conforme se mostrou acima, são várias as vertentes de pensamentos sobre esta questão, ou seja, sobre a exigibilidade de todos os incisos do art. 1º da Lei 8.960/89 cumulados ou não. De fato, em muitos casos, não são cumpridos tais requisitos. E a interpretação literal deste artigo leva a crer que não seriam necessários os três incisos cumulados. Diante desta situação, coube à doutrina e à jurisprudência adaptar o artigo de forma a lhe dar aplicação prática, nos termos da Constituição vigente. Mas ainda assim é sustentável que há inconstitucionalidade material, pois o mencionado artigo fere um princípio basilar do Direito.

O TACrimSP já se manifestou no sentido de se tratar de constrangimento ilegal a prisão quando não recaem evidências concretas de ser o indiciado um suspeito, como se observa a seguir:

“Prisão temporária. Decretação contra acusado já ouvido no inquérito e contra o qual nada se apurou. Constrangimento ilegal. Ocorrência: - ocorre constrangimento ilegal na hipótese em que se decreta a prisão temporária do acusado já ouvido no inquérito e contra o qual nada se apurou, quando inexistem evidências de que, intimado, não compareça à presença da autoridade policial, sendo certo que, se ele não comparecer, apesar de intimado, poder-se-á, havendo elementos para tanto, decretar sua custódia preventiva, medida mais abrangente, inclusive no aspecto temporal.”
(Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo – 13ª Câmara. Habeas Corpus nº 405014 / 9. Rel. Pinheiro Franco, São Paulo, 11/04/2002).

Alberto Silva Franco parece concordar com tal postura, mencionando:

“Como deve ser ressaltado, o exercício do poder cautelar do Estado, desde a Constituição de 1988, está submetido sempre a uma exigência inafastável: a de sua necessidade. Nenhum procedimento que limite o direito de liberdade do cidadão pode prescindir do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Ora, os diversos incisos do art. 1º da Lei 7.960/89, autorizadores da prisão temporária, não se ajustam, à primeira vista, a esses pressupostos.”²⁸

²⁸ FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., p. 359.

A má interpretação do inciso I do artigo em questão leva a crer que qualquer pessoa poderia ser presa, mesmo um terceiro que nada tem a ver com o processo, com o fundamento único de auxiliar as investigações policiais. Assim, uma testemunha, um amigo ou um parente do indiciado, todos estariam sujeitos à prisão. Por esta razão, Julio Fabbrini Mirabete chama a lei de “draconiana” neste inciso. Por certo, trata-se de um absurdo que jamais seria admitido no Direito Brasileiro.

E é neste sentido que entendeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“CIVIL - HONRA - INOCÊNCIA - GARANTIA CONSTITUCIONAL-VIOLAÇÃO- INCLUSÃO DA FOTO DE EX-CONDENADO ENTRE AS DE PRESIDÁRIOS E FORAGIDOS - RECONHECIMENTO DO MESMO COMO ASSALTANTE - PRISÃO TEMPORÁRIA - RECONHECIMENTO DESFEITO - DANO MORAL. 1. Como a Constituição assegura a inocência fora da condenação passada em julgado o garante o respeito à honra, constitui ato ilícito a inclusão por agentes do Estado da foto de pessoa que há mais de cinco anos foi condenada a pagamento de multa entre as fotografias de presidiários o foragidos, ainda mais quando daí resultam a identificação dela como co-autora de assalto e a sua prisão temporária até que, confrontados com ela, as vítimas do assalto se retratam do reconhecimento fotográfico. 2. Apelação a que se dá provimento parcial.”

(Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – Décima Sexta Câmara Cível, Apelação Cível, Proc. nº 2000.001.18384, Rel. Des. Miguel Ângelo Barros, Rio de Janeiro, 09/10/2001. DO de 18/10/1991).

O inciso III, por sua vez, não é mais bem escrito. Segundo ele, a mera existência de ‘fundadas razões de autoria ou participação do indiciado em crimes graves com base em qualquer prova’ seria suficiente para determinar a prisão de alguém, como que uma antecipação da pena, expressamente proibido pela Constituição.

Fernando da Costa Tourinho Filho, defensor convicto da inconstitucionalidade da medida, analisa:

“Ora, *fundadas razões* são razões sérias, importantes, que denotam gravidade. E, ao que parece, nenhuma autoridade, por mais perspicaz que seja, poderá vislumbrar ‘fundadas razões’ em face de um testemunho infantil, de uma declaração da suposta vítima, de um simples indício. Se se entender diferentemente, que se altere o nome do *fumus boni iuris*, exigido para essa modalidade de prisão ‘cautelar’, para *fumus mali iuris*... Para nós, as

fundadas razões devem ser idôneas, sérias, sob pena de se transformar a prisão temporária em instrumento de perseguição e tortura.”²⁹

Observa ainda:

“Em face do princípio de que ninguém pode ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória, elevado a dogma constitucional, não faz sentido restringir-se a liberdade ambulatoria do cidadão sem a demonstração de sua real necessidade. **Sob esse aspecto, ela é supinamente inconstitucional.**”³⁰(grifamos)

Ele ainda se refere à doutrina francesa, que nos idos de 1970 passou pelo mesmo problema acerca da criminalidade. Entretanto, lá se resolveu a questão através do “*contôle judiciaire*”, já mencionado anteriormente. O legislador francês, segundo Tourinho, preferiu este controle à prisão temporária a fim de não colidir com a presunção de inocência. E termina dizendo que “embora seja certo que a prisão provisória não é dirigida aos considerados culpados, não é menos certo que ela só se justifica em casos de real necessidade, como é a hipótese da preventiva”.

Somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória poderia levar um indivíduo à prisão, salvo nos casos de prisão cautelar. O problema é que a lei tenta disfarçar essa aplicação antecipada da pena, com indícios fracos de culpabilidade do agente, insuficientes para levá-lo à prisão. Isso leva a crer que a Prisão Temporária foi instituída com o objetivo de legalizar as antigas “prisões para averiguações”, que eram realizadas pela polícia, e muitas vezes asseguradas pela Justiça.

Por esta razão, o Partido Social Liberal (PSL) pediu a inconstitucionalidade da lei sobre prisão temporária. A Ministra Ellen Gracie é a relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 3360), com pedido liminar, distribuída em 02/12/2004. Notícia divulgada no Fórum Nacional de

²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 468.

³⁰ Ibid. p. 463.

Comunicação e Justiça explica as razões que levaram o partido a entrar com a ação, conforme se expõe a seguir:

“O partido alega ofensa aos direitos fundamentais constitucionais como a igualdade, a liberdade e a presunção de inocência (artigo 5º, incisos LIV, LVII, LXI, LXIII e LXVI da Constituição Federal), consideradas cláusulas pétreas (que não podem ser alteradas).

Na ação, o autor questiona a má técnica da lei impugnada, que "não estabeleceu sequer contra quem a ordem de prisão temporária poderia ser decretada enquanto que o inciso II (do artigo 1º) evidencia uma referência vaga ao suposto infrator". Sustenta ainda que "a redação imprecisa do artigo 1º da Lei 7960 vem provocando infundáveis controvérsias nos meios jurídicos, em razão do desatendimento da garantia do devido processo legal".

O partido também contesta o artigo 2º da lei federal, que impõe ao juiz a decretação da prisão temporária ao usar a expressão "será decretada". "Na prática, sabe-se que bastará a representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público para que o juiz, obrigatoriamente, decrete a prisão", alerta o autor. "A prisão temporária configura-se como uma imposição legal inconstitucional, abrupta e de extremo rigor, que em última análise, converte-se numa pena sem processo", sintetiza.

O PSL requer, assim, a suspensão liminar dos artigos impugnados e que seja declarada, em seguida, a inconstitucionalidade deles. Em pedido subsidiário, o autor pede que o Supremo dê à lei interpretação conforme a Constituição Federal, apontando como necessária para a decretação da prisão a reunião dos três requisitos legais previstos no artigo 1º da lei federal. O partido pede ainda que seja dado à ação o rito abreviado, previsto no artigo 12 da Lei 9868/99”.

Até o presente momento, a ADIN não foi julgada, mas fica clara a manifestação da sociedade no sentido de não mais tolerar tamanho absurdo jurídico, sem falar na injustiça a que a medida pode conduzir.

Como em quase tudo no Direito, este pensamento não é unânime. Assim, existem autores que pensam que a medida está em pleno consonância com a Constituição. Entre eles, Luiz Grandinetti Castanho de Carvalho:

“A prisão ora criada tem natureza cautelar. Visa a assegurar o sucesso das investigações policiais (inciso I do art. 1º) e a aplicação da lei penal (inciso II do art. 1º). Estão presentes, portanto, os requisitos da provisoriedade e da acessoriedade que tornam possível a convivência da prisão cautelar com o princípio da presunção de inocência. Assim, não vejo inconstitucionalidade

alguma. Desde que existam – e se demonstrem – motivos para sua decretação, é possível fazê-lo sem ofensa ao princípio constitucional.”³¹

O STJ já acompanhou este entendimento:

“Processual penal. Prisão temporária. Lei 7.960/89. Legitimidade do ato. Atento ao requisito do art. 5º, LXI, da CF, há considerar-se legítimo o decreto de prisão temporária motivada no art. 1º, I e II, da lei 7.960/89, a qual, por sua vez, também se mostra atenta ao precitado comando constitucional”.

(Superior Tribunal de Justiça – Quinta Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 1576/SC. Proc. nº 1991/0020389-0, Rel. Ministro José Dantas, Brasília, 16/12/1991. DJ de 19/03/1992, p. 2588).

Diaulas da Costa Ribeiro também prega a constitucionalidade da medida, por achar que esta não atenta contra a presunção de inocência na medida em que exige a demonstração de sua imprescindibilidade para as investigações, tornando obrigatória uma razoável suspeita sobre certa pessoa.

Marcellus Polastri Lima também opina pela constitucionalidade da medida, entendendo que a presunção de inocência se refere à prisão pena. E, como se sabe, a prisão temporária tem natureza cautelar. Dessa forma acompanhou o STF, em recente decisão:

“(…) É inquestionável que a antecipação cautelar da prisão - qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão temporária, prisão preventiva ou prisão decorrente da sentença de pronúncia) - não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade (RTJ 133/280 - RTJ 138/216 - RTJ 142/855 - RTJ 142/878 - RTJ 148/429 - HC 68.726/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA). Impõe-se advertir, no entanto, que a prisão cautelar - que não se confunde com a prisão penal ("carcer ad poenam") - não objetiva infligir punição à pessoa que sofre a sua decretação. Não traduz, a prisão cautelar, em face da estrita finalidade a que se destina, qualquer idéia de sanção. Constitui, ao contrário, instrumento destinado a atuar "em benefício da atividade desenvolvida no processo penal" (BASILEU GARCIA, "Comentários ao Código de Processo Penal", vol. III/7, item n. 1, 1945, Forense). Isso significa, portanto, que o instituto da prisão cautelar - considerada a função processual que lhe é inerente - não pode ser utilizado com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave

³¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Op. cit., p. 136.

comprometimento do princípio da liberdade. Essa asserção permite compreender o rigor com que o Supremo Tribunal Federal tem examinado a utilização, por magistrados e Tribunais, do instituto da tutela cautelar penal, em ordem a impedir a subsistência dessa excepcional medida privativa da liberdade, quando inócua hipótese que possa justificá-la (...).” (Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no *Habeas Corpus* - HC 84787 MC/CE. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 26/10/2004. DJ de 03/11/2004, p. 33).

É argumentado ainda que há inconstitucionalidade material, pois tanto a Medida Provisória 111/89 quanto a Lei nº 7.960/89 dão a entender que a autoridade policial tem poderes para prender o indivíduo, para fins investigatórios. Sob esse aspecto, analisa Edmundo Oliveira em sentido contrário:

“Na verdade, porém, nenhuma das duas concedeu à Polícia a competência para prender por ato próprio. Ao contrário. O art. 2º da lei declara que a prisão será decretada pelo Juiz. A autoridade policial pode somente representar perante a autoridade judiciária. E o § 5º desse mesmo artigo reza, textualmente: ‘A prisão somente poderá ser executada depois da expedição do mandado judicial’.”³²

Essa opinião não encontra ferrenha oposição da doutrina, visto que a lei é clara ao determinar que o juiz decreta e, somente depois de ouvir o Ministério Público. Octacílio de Oliveira Andrade concorda com a constitucionalidade nesse ponto. Entretanto, entende também que há violação do princípio da presunção de inocência.

Um último argumento levantado pela doutrina com relação à inconstitucionalidade material se refere ao art. 5º, inciso LXVI, que ordena que ninguém deva ser levado preso ou ser mantido na prisão quando a lei admitir liberdade provisória, independente de fiança.

Há quem diga, como Rui Cascardi, que o direito à liberdade provisória só pode ser interrompido quando estiver nos moldes do Código de Processo Penal (art. 310, *caput* e parágrafo único, CPP). Por esta razão, uma lei que

³² OLIVEIRA, Edmundo. Prisão Temporária. In: JUNIOR, João Marcello de Araújo (Org.). *Ciência e Política Criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 157.

preveja uma forma de prisão, com menos requisitos que a prisão preventiva, seria, assim, uma ofensa à Constituição.

Entretanto, há que entenda de forma oposta. Roberto Delmanto Junior entende ser constitucional a medida. Ele afirma que a Constituição é clara ao dizer “...quando a lei admitir a liberdade provisória” (art. 5º, LXVI, CF/88), podendo a lei criar nova modalidade de prisão, desde que cautelar. *In verbis*:

“Assim, em nosso entendimento, nada impede, em tese, que a lei ordinária, posteriormente à Constituição de 1988, crie uma nova hipótese que autorize o encarceramento provisório, *desde que cautelar*, com menos pressupostos e/ou requisitos do que a prisão preventiva e, conseqüentemente, tornando inaplicável a esta nova prisão o disposto no art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Além do que, o parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal diz respeito ‘ao relaxamento *da prisão em flagrante delicto*’, e não de outra modalidade de prisão.”³³

Segundo esse entendimento, o que não se admite é vedar de forma absoluta a liberdade provisória. E também a prisão deve ser cautelar; caso contrário, estará ferido o princípio da presunção de inocência. E essa prisão deve ser necessária. Atendendo a esses requisitos, não se vê, nesse entendimento, inconstitucionalidade material.

Diaulas Costa Ribeiro ainda manifesta sua opinião sobre a tão acalorada discussão sobre a constitucionalidade material da prisão temporária. Ele entende que é constitucional, pois as garantias individuais estão asseguradas na vinculação da motivação, isto é, imprescindibilidade para as investigações. Além disso, será decretada sempre pelo juiz e sempre com anuência do Ministério Público.

Independente do que se fala sobre a constitucionalidade da medida, também se discute se a medida é justa. A maioria da doutrina se manifesta no sentido de ser a medida injusta.

³³ JUNIOR, Roberto Delmanto. Op. cit., p. 152.

Julio Fabbrini Mirabete não só chama a lei de “draconiana” como também a considera “norma legal odiosa e contrária à tradição do processo penal brasileiro”.³⁴

Também Bruno Teixeira Lino condena a medida, como se nota:

“Constatamos que, sob o adjetivo temporária, o legislador escondeu, sob retórica, a finalidade da prisão, que não é outra senão a de investigar. Estamos diante da prisão para investigação, e esta expressão não foi utilizada para não estampar flagrante violação dos direitos e garantias individuais, consagrados na Constituição da República de 1988 (...)”³⁵

Eneida Orbage de Britto Taquary e Arnaldo Siqueira de Lima entendem que a medida não é injusta. Eles sustentam um argumento um tanto quanto curioso. Argumentam que a medida não é injusta, pois o cidadão é obrigado a prestar ao Estado uma contribuição para a convivência pacífica e segura, como recolher impostos, prestar serviços (como o Tribunal do Júri, por exemplo) e ir à guerra, quando convocado. Sendo a prisão temporária uma colaboração para as investigações policiais e com o escopo de acabar com a violência na sociedade, entendem estes autores ser justa a medida.

Outra posição que demonstra claramente o pensamento de uma sociedade tomada pelo medo da violência é a de Mario Portugal Fernandes Pinheiro, como se observa a seguir:

“Mais do que a ‘reintegração’ de condenados ao meio comunitário, o que deve nos preocupar, em primeiro plano, é exatamente o inverso, ou seja, a sua segregação de nosso meio, sempre que as circunstâncias assim o aconselhem, por maior espaço de tempo. São exigências impostergáveis do prevalente *bem comum*, para que permaneça incólume, e não sujeito ao risco de novos atentados. Não se deve trocar o certo pelo duvidoso, desdenhando-se de elementar prudência.”³⁶

Embora não partilhamos desse entendimento, ele demonstra o “alívio” que a sociedade sente ao ver alguém preso, por acreditar que desta forma, estaria mais protegida da violência urbana.

³⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit. , p. 393.

³⁵ LINO, Bruno Teixeira. Op. cit., p. 35.

³⁶ PINHEIRO, Mario Portugal Fernandes. Op. cit., p. 140.

CONCLUSÃO

Foram observados aqui os principais aspectos da prisão temporária. Sua origem histórica mostra que há tempos se busca adicionar a medida ao Ordenamento Jurídico Brasileiro. E o contexto político no qual ela foi finalmente introduzida mostra que a medida teve por escopo tentar reduzir a crescente criminalidade nacional.

Também foi observado que esta não é a única forma de manter um indivíduo na prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esta é uma medida apenas cautelar, que não deve ser encarada como uma punição antecipada do crime. Isto porque não se pode falar em culpado antes da referida sentença. Apesar de ser uma medida cautelar como outras, foram salientadas as diferenças existentes entre a prisão temporária e as demais prisões provisórias, a saber: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão decorrente de pronúncia e prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível.

O instituto da prisão temporária foi demonstrado de forma que fique bem claro em que hipóteses cabe a prisão temporária, evidenciado que existem discussões a respeito, e apresentando as principais correntes de doutrinadores e jurisprudenciais. Também foi colocado quando pode ser decretada a prisão temporária e qual sua forma.

Finalmente foram apresentadas as grandes polêmicas que cercam o tema. Foi abordado a questão de se considerar a prisão temporária formalmente inconstitucional. De fato, a Lei 7.960/89, que regula a matéria teve origem na Medida Provisória 111/89. Ou seja, não foi respeitado o devido processo legal, exigido para a criação de nova lei. Além disso, esta matéria é de competência exclusiva do Poder Legislativo. E, no caso, coube ao Poder Executivo dispor sobre a matéria. Embora evidente que não se pode admitir no Direito Brasileiro a usurpação de um Poder pelo outro, sob pena de violar a separação de

Poderes, esta opinião não é unânime. Existem posições que defendem a medida, considerando-a em perfeita consonância com a Constituição Federal. Vozes se levantam, especialmente na jurisprudência pátria, para defender a medida. Porém, a discussão ainda não se deu por encerrada.

Outro assunto polêmico é com relação à suposta inconstitucionalidade material da Lei. Não há como negar que a redação da Lei 7.960/89 é confusa, mal-feita, dá margem a diversas interpretações. Por esta razão, muitos assuntos tratados na lei dão margem para uma interpretação inconstitucional. E essa posição é partilhada por grande parte da Doutrina e Jurisprudência. Os requisitos exigidos pela lei devem ser muito bem analisados quando da decretação da prisão temporária, sob pena de se violar a presunção de inocência, expressamente protegida pela Constituição, sob cláusula pétreia. Também não se pode prender um indivíduo quando a ele couber a liberdade provisória, visto que trata-se de mandamento constitucional. E em muitos casos, não se observa esta regra, tornando-se, desta maneira, inconstitucional a medida.

Também não há unanimidade neste tema. Mas é evidente a má redação da lei. Não é difícil notar que a medida é muitas vezes injusta. A lei não busca critérios suficientes para se prender aquele que é realmente suspeito de cometer um crime. Apesar de ter outra roupagem legal, a prisão temporária nada mais é do que a “prisão para averiguações”, derrubada pela Constituição de 1988. Apesar de ser decretada pelo magistrado, o objetivo é auxiliar nas investigações. E, muitas vezes, aquele que ‘auxilia as investigações’ nada tem de suspeito.

Não se pode dizer que a medida não trouxe uma falsa impressão de ‘sociedade protegida’. E isso consola muitas vezes as pessoas que temem a violência urbana. Entretanto, não se pode criar institutos que visem a prender pessoas sem maiores preocupações, uma vez que o resultado pode ser ainda pior. Como se sabe, o sistema prisional está falido. Não há mais quem defenda

que a prisão ressocializa um indivíduo. Pelo contrário. Nas situações atuais, a pessoa que vai presa ter maior probabilidade de voltar a delinquir posteriormente. Não é em vão que atualmente as cadeias são conhecidas como “universidade do crime”. E sendo assim, ao invés de se colocar cada vez mais gente “atrás das grades” se deveria pensar em como resolver o problema em sua origem.

A intenção aqui não foi buscar soluções alternativas, mas tão somente demonstrar que a prisão temporária, que teve como objetivo diminuir a criminalidade, trouxe mais chances de se cometer uma injustiça. Ou pior, chances reais de violar a Constituição Federal. Sua má redação, sua aplicação incorreta, tudo isso conduz ao oposto do que era o objetivo da medida.

Por esta razão, sua aplicação deve ser demasiadamente observada com cautela. Sua aplicação deve ser extremamente necessária. E seus institutos devem ser respeitados, como seu prazo, por exemplo. Caso assim não seja, ficará claro que o propósito da prisão é outro. E que a velha regra de que ‘a liberdade é a regra e a prisão é a exceção’ restará cada vez mais sem aplicação.

Neste pensamento, fica como deixa o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que se manifestou no sentido de esclarecer detalhadamente quando tem lugar a prisão temporária. Sendo este o órgão máximo do Poder Judiciário, fica explícito que a não observância de tais regras evidenciam o total desrespeito ao Direito Brasileiro. Segue a íntegra da decisão da Medida Cautelar no *Habeas Corpus* 79763 MC / MA, proferida em decisão monocrática pelo Min. Celso de Mello, julgada em 12/11/1999 e publicada no Diário de Justiça de 18/11/1999, página 16:

“Trata-se de habeas corpus, com pedido de medida liminar, impetrado contra decisão proferida por Ministro-Relator do E. Superior Tribunal de Justiça, que, nos autos do HC 11.238, indeferiu liminar postulada pelo ora impetrante. Em consequência dessa denegação da medida liminar, manteve-se a ordem de prisão cautelar de José Juscelino dos Santos Rezende, Prefeito do Município de Vitorino Freire/MA, decretada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, a pedido do Ministério Público local, cuja atuação foi provocada por solicitação

da CPI do Narcotráfico. Alega-se, nesta sede processual, que a decisão em causa ressent-se da necessária motivação, sustentando-se, ainda, que o ato de decretação da prisão temporária do paciente teria deixado de observar os pressupostos legais imprescindíveis à efetivação dessa medida extraordinária de privação cautelar da liberdade individual. Em aditamento à petição inicial, o ilustre impetrante aponta, agora, "mais uma ilegalidade do decreto de prisão temporária", ilegalidade esta, que, embora imputada ao ato do Desembargador maranhense, sequer foi suscitada perante o E. Superior Tribunal de Justiça (fls. 14/21). Passo a apreciar o pedido de medida liminar. **2. A privação cautelar da liberdade individual qualifica-se pela nota da excepcionalidade. Não obstante o caráter extraordinário de que se reveste a prisão temporária, esta - para ser decretada validamente - depende da satisfação de determinados requisitos**, que, no entanto, segundo adverte a doutrina (VICENTE GRECO FILHO, "Manual de Processo Penal", p. 241, 1991, Saraiva; PAULO LÚCIO NOGUEIRA, "Curso Completo de Processo Penal", p. 268, 9ª ed., 1995, Saraiva, v.g.), constituem exigências menos rigorosas do que aquelas determinadas para a efetivação da prisão preventiva. Impende registrar, neste ponto, que **a decretação da prisão temporária somente terá lugar quando se tratar de qualquer dos crimes referidos, taxativamente, no inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 21/12/89, não se revelando necessário, "entretanto, que as condições dos três incisos coexistam"** (DAMÁSIO E. DE JESUS, "Código de Processo Penal Anotado", p. 634, 14ª ed., 1998, Saraiva). No caso ora em análise, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão - mantida, liminarmente, pelo eminente Relator do HC 11.238 (STJ) - enfatizou que, relativamente aos ilícitos penais atribuídos ao ora paciente, está o crime de quadrilha ou bando (fls. 31), relacionado, no art. 1º, III, I, da Lei nº 7.960/89, dentre as infrações delituosas justificadoras da decretação da prisão temporária. Mais do que isso, o ato decisório emanado do Desembargador Stélio Muniz, ao reconhecer ocorrentes os pressupostos viabilizadores da prisão temporária, deixou claramente evidenciado que as investigações penais, em cujo âmbito foi decretada a privação cautelar da liberdade do ora paciente, têm por objeto atividades delituosas de uma organização criminosa - a que pertenceria José Juscelino dos Santos Rezende - responsável pela suposta prática de "assassinatos, falsificação de documentos, roubo de mercadoria e caminhões, estes, posteriormente, negociados noutros Estados e na vizinha Bolívia, em transações, às vezes, envolvendo narcótico" (fls. 28 - grifei). Vê-se, portanto, que, além do delito de quadrilha (crime hediondo), a atividade do ora paciente também estaria associada a suposto cometimento do crime de tráfico de entorpecentes - como parece resultar claro da decisão proferida pelo ilustre Desembargador maranhense (fls. 28) -, circunstância esta que tornaria aplicável, ao caso presente, o art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90, que autoriza a decretação da prisão temporária pelo prazo "de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade". De qualquer maneira, no entanto, essa é uma questão que não pode ser submetida, desde logo, per saltum, à apreciação originária do Supremo Tribunal Federal, especialmente em face do que se contém no item n. 3 da presente decisão. Cabe ter presente, de outro lado, tal como já decidiu o Supremo Tribunal Federal (RTJ 147/962, Rel. Min. CELSO DE MELLO), que o exercício do poder cautelar, em sede de habeas corpus, submete-se à avaliação discricionária dos Juízes e Tribunais, impondo-se-lhes, em obséquio à exigência constitucional inscrita no art. 93, IX, da Carta Política, o dever de sempre motivar as decisões em que apreciem o pedido de medida liminar que lhes foi

dirigido. É por essa razão que autorizado magistério doutrinário (JULIO FABBRINI MIRABETE, "Processo Penal", p. 389, 4ª ed., 1995, Atlas; VICENTE GRECO FILHO, "Manual de Processo Penal", p. 242, 1991, Saraiva, p. ex.) tem acentuado que, **revelando-se imprescindível para as investigações penais - e desde que constatada a existência de fundadas razões de autoria ou de participação nos delitos indicados na Lei nº 7.960/89** -, tornar-se-á legítima a decretação, pelo Poder Judiciário, dessa especial modalidade de prisão cautelar. A prisão temporária, no caso - considerando-se, especialmente, as razões expostas na decisão ora impugnada (capacidade do indiciado "de intimidar testemunhas" e de "prejudicar, gravemente, o objetivo das investigações" - fls. 31) - parece achar-se motivada, tendo por fundamento elementos idôneos e objetivos, legitimadores dos pressupostos necessários à decretação dessa excepcional medida de tutela cautelar penal. Daí o fato de a ilustre autoridade ora apontada como coatora, ainda que em sucinta fundamentação, haver indicado as razões justificadoras subjacentes à sua decisão que indeferiu a medida liminar postulada na ação de habeas corpus ajuizada perante o E. Superior Tribunal de Justiça (fls. 31). As circunstâncias apontadas na decisão ora questionada - que se valeu, legitimamente, da técnica da motivação per relationem - parecem ajustar-se, por isso mesmo, aos requisitos considerados imprescindíveis pela Lei nº 7.960/89, para efeito de válida decretação da prisão temporária, atendendo-se, desse modo, as exigências estipuladas na jurisprudência dos Tribunais: "Para a decretação da prisão temporária, é necessário que se demonstre a imprescindibilidade da cautela, devendo a autoridade mencionar por que as investigações não podem prosseguir sem a adoção da referida medida, sendo irrelevante qualquer abordagem acerca dos antecedentes do agente, vez que tal instituto de exceção tem pressupostos próprios, que não devem ser confundidos com os da prisão preventiva." (Revista de Julgados do TACRIM/SP 31/342, Relator Juiz DI RISSIO BARBOSA) 3. Finalmente, ao indeferir este pedido de medida cautelar, tenho presente uma outra questão relevante, a ser apreciada em momento oportuno: a existência de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que reputaram inadmissível a própria impetração do writ constitucional, junto a esta Suprema Corte, contra denegação de liminar emanada de Ministro-Relator de habeas corpus em curso perante Tribunais Superiores (HC 76.347-MS (Questão de Ordem), Rel. Min. MOREIRA ALVES - HC 79.555-RJ, Rel. Min. NELSON JOBIM). O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a questão de ordem no HC 76.347-MS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, assim se pronunciou: "'Habeas corpus'. Questão de ordem. Inadmissibilidade de 'habeas corpus' em que se pretende seja concedida liminar por esta Corte, substitutiva de duas denegações sucessivas dessa liminar pelos relatores de dois Tribunais inferiores a ela, mas dos quais um é superior hierarquicamente ao outro. - A admitir-se essa sucessividade de 'habeas corpus', sem que o anterior tenha sido julgado definitivamente para a concessão de liminar 'per saltum', ter-se-ão de admitir conseqüências que ferem princípios processuais fundamentais, como o da hierarquia dos graus de jurisdição e o da competência deles. 'Habeas corpus' não conhecido." (grifei) Sendo assim, tendo presentes as razões expostas, e sem prejuízo da apreciação oportuna da questão pertinente ao conhecimento desta ação de "habeas corpus", indefiro o pedido de medida liminar. 4. Requistem-se informações à ilustre autoridade apontada como coatora, encaminhando-se-lhe cópia da presente decisão. Publique-se. Brasília, 12 de novembro de 1999. Ministro CELSO DE MELLO" (GRIFO NOSSO).

BIBLIOGRAFIA

- TAQUARY, Eneida Orbage; LIMA, Arnaldo Siqueira de. *Temas de Direito Penal e Processual Penal*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 159 – 163.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6ª ed. rev., ampl. e atual., 4ª tir., com nova jurisprudência e em face da Lei 9.099/95 e das leis de 1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- RIBEIRO, Diaulas Costa. *Prisão Temporária – Breve Estudo Sistemático e Comparado*: Revista dos Tribunais, 707/273 LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*, Volume II: Na forma da recente Lei nº 70.792/2003. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004. p. 280 – 288.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 305 – 310.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 135 – 138.
- ANDRADE, Octacílio de Oliveira. *Lições de direito processual penal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 204 – 213.
- JUNIOR, Roberto Delmanto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2ª ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 150 – 161.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 23ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 463 – 469.

- SPONHOLZ, Oto Luiz; BRENDA, Antonio Acir. *Aspectos processuais da reforma da lei de segurança nacional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 59, P. 150. 1978.
- PINHEIRO, Mario Portugal Fernandes. *Lei e Impunidade x Literatura e História*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Cátedra, 1990, p. 137 – 140.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 80 – 85.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 8ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 243 – 245.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 356 – 369.
- MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 129 – 133.
- OLIVEIRA, Edmundo. Prisão Temporária. In: JUNIOR, João Marcello de Araújo (Org.). *Ciência e Política Criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 155 – 163.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 14ª ed. rev. e atual. até dezembro de 2002. São Paulo: Atlas, 2003. p. 392 – 396.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial: atualizado até julho de 2003*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 797 – 799.
- LINO, Bruno Teixeira. *Prisão Temporária: lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

- TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 144
- ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. *A prisão cautelar e o Princípio da Proporcionalidade*. Disponível em <http://femperj.org.br/artigos/penpro/app09.htm>. Acesso em 16/março/2005.
- MAUX, Filipe Gustavo Barbosa. *Breve análise acerca da prisão temporária, Lei nº 7.960/89*. Disponível em <http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrinal67.doc>. Acesso em 16/março/2005.
- GURGEL, Marcelo Cerveira. *Prisão em flagrante: pré-cautelar ou cautelar*. Disponível em <http://www.jfrn.gov.br/doutrina/doutrina199.doc>. Acesso em 17/março/2005.
- Fórum Nacional de Comunicação & Justiça. STF – 06/12/2004. *PSL pede inconstitucionalidade de lei sobre prisão temporária*. Disponível em <http://www.canaljustica.jor.br/index.php?id=14064>. Acesso em 07/março/2005.
- FERRAZ, Sérgio Valladão. *Visão Constitucional – Penal sobre a prisão*. Disponível em http://www.cursoaprovacao.com.br/aulasonline/aulas/sergio_valladao_dir_cons_10.asp. Acesso em 17/março/2005.
- RIBEIRO, Diaulas Costa. *Lei nº 7.960/89, de 21 de dezembro de 1989: um breve estudo sistemático e comparado*. Disponível em http://www.diaulas.com.br/artigos/lei_n_prisao_temporaria.asp. Acesso em 17/março/2005.

- NETO, Alfredo Zarins. *Prisão Temporária: inconstitucionalidades formal e material*. Disponível em http://www.diex.com.br/public_html/article.php?story=2004071416433957. Acesso em 17/março/2005.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Sessenta dias de prisão temporária. É razoável?* Disponível em <http://www.geocities.com/CapitolHill/Lobby/1647/artecron/artigo15.htm>. Acesso em 17/março/2005.
- *Proteção de detentos contra a tortura*. Prisão Provisória (pré-julgamento). Disponível em <http://www.rndh.gov.br/tortura/informe/provisoria.html>. Acesso em 17/março/2005.

ANEXO I

Quadro comparativo com as principais correntes acerca do cumulatividade ou não dos incisos do art. 1º da Lei 7.960/89

3 incisos combinados (cumulativos)	Antonio Lopes Monteiro	Fernando da C. Tourinho Filho (aderiu recentemente)	Antonio Scarance Fernandes (migrou para outra tese)			
Um inciso independe do outro	Júlio Fabbrini Mirabete	Mario Portugal Fernandes Pinheiro	Edmundo Oliveira	Diaulas Costa Ribeiro	João Gualberto Garcez Ramos	Fernando da C. Tourinho Filho (migrou para outra tese)
Inciso I e/ou II, combinados com III (este sempre).	Eneyda Taquary e Arnaldo Lima	Ada Pellegrini Grinover	Patrícia dos Santos André	Bruno Teixeira Lino	Damásio Evangelista de Jesus	Antonio Magalhães Gomes Filho
	Fernando Capez	Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho	Antonio Scarance Fernandes (novo adepto)			
Inciso II e III são imprescindíveis. I é dispensável.	Roberto Delmanto Junior					
Inciso II e/ou III, combinados com o I (este sempre).	Rogério Lauria Tucci					
Inciso I e III combinados. II pode ter ou não	Marcellus Polastri Lima					
Os 3 incisos mais os requisitos da preventiva	Vicente Greco Filho					

ANEXO II

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nr.3360

ORIGEM:DF **RELATOR:** MIN. ELLEN GRACIE

REDATOR PARA ACÓRDÃO:

REQTE.(S): PARTIDO SOCIAL LIBERAL - PSL

ADV.(A/S): WLADIMIR SÉRGIO REALE

REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REQDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

ANDAMENTOS

DATA	ANDAMENTO	OBSERVAÇÃO
07/03/2005	CONCLUSOS À RELATORA	
07/03/2005	RECEBIMENTO DOS AUTOS	DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, COM PARECER PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
22/02/2005	VISTA AO PROCURADOR-GERAL DA REPUBLICA	
21/02/2005	RECEBIMENTO DOS AUTOS	DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, COM DEFESA (PG Nº 15596/05)
23/12/2004	VISTA AO ADVOGADO-GERAL DA UNIAO	
23/12/2004	JUNTADA	DO PG Nº 138252/04 DO PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL, PRESTANDO INFORMAÇÕES
23/12/2004	INFORMACOES RECEBIDAS, OFICIO NRO.:	4410/R PG Nº 138252/04 DO PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL
16/12/2004	JUNTADA	DO PG Nº 135612/04 - MENSAGEM Nº 861 DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, PRESTANDO INFORMAÇÕES
15/12/2004	INFORMACOES RECEBIDAS, OFICIO NRO.:	4407/R MENSAGEM Nº 861 PG Nº 135612/04 DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA
10/12/2004	PUBLICACAO, DJ:	DESPACHO DE 3.12.2004 -

09/12/2004	PEDIDO DE INFORM. CONGRESSO NACIONAL	OFÍCIO Nº 4410/R PRAZO: 10 (DEZ) DIAS
09/12/2004	PEDIDO INFORM. PRESIDENTE DA REPUBLICA	OFÍCIO Nº 4407/R PRAZO: 10 (DEZ) DIAS
03/12/2004	REMESSA DOS AUTOS	À SEÇÃO CARTORÁRIA.
03/12/2004	DESPACHO ORDINATORIO	EM 03.12.04 " 1. NOS TERMOS DO ART. 12 DA LEI Nº 9.868/99, SOLICITEM-SE INFORMAÇÕES AOS REQUERIDOS, QUE DEVERÃO SER PRESTADAS NO PRAZO DE 10 (DEZ) DIAS; 2. APÓS, ABRA-SE, SUCESSIVAMENTE, VISTA AO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO E AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, NO PRAZO DE 05 (CINCO) DIAS."
02/12/2004	CONCLUSOS À RELATORA	
02/12/2004	DISTRIBUIDO	MIN. ELLEN GRACIE