

# **ANÁLISE DA PRISÃO TEMPORÁRIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

ANALYSIS OF TEMPORARY PRISON IN THE LIGHT OF THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988.

FILHO, Roberto de Souza <sup>1</sup>  
SOUZA, Henrique Batista de Castro <sup>2</sup>

## **RESUMO**

A presente pesquisa trata da prisão temporária, medida cautelar legitimamente aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, instituída no Brasil pela Medida Provisória no 111/89 e atualmente regida pela Lei nº 7.960/89. De maneira mais específica, trata-se de uma espécie de prisão sem pena, possuindo apenas caráter cautelar, visando permitir o eficaz andamento da persecução penal. Apresenta-se como medida excepcional, devendo ser aplicada somente nos casos previstos em lei, sob pena de violação dos princípios constitucionais. Devido a esse caráter excepcional, estudá-la e entendê-la faz-se extremamente necessário, haja vista que o uso deliberado dela pode vir a gerar danos irreparáveis no seio social. Inicialmente faz-se uma breve conceituação da Prisão Temporária, seguidamente trata-se dos princípios constitucionais formadores do Estado brasileiro e por fim, analisa-se quanto a coexistência de ambos os institutos. A presente pesquisa, portanto, propôs-se analisar se a Prisão Temporária e os Princípios Constitucionais, em especial os intrínsecos a ela, seriam institutos conflitantes, e se essas prisões poderiam ser consideradas inconstitucionais tendo em vista esses conflitos. Para tanto fez-se uso da pesquisa bibliográfica explicativa, tendo como apoio pesquisas feitas em sites da internet, legislação correlata, livros, manuais e doutrinas relacionadas ao tema. Diante de todo o exposto resta claro que a Prisão Temporária é um instituto polêmico, desde sua criação até aplicação no sistema jurídico-penal brasileiro, sendo seguro afirmar que ainda há muito o que ser estudado, analisado e debatido em todos os âmbitos da sociedade a fim de se alcançar a real e eficaz aplicação de dessa modalidade de prisão.

**Palavras-Chave:** Prisão Preventiva. Estado Democrático. Princípios Constitucionais.

## **ABSTRACT**

The present research deals with temporary arrest, a precautionary measure legitimately accepted by the Brazilian legal system, instituted in Brazil by Provisional Measure 111/89 and nowadays governed by Law no 7.960/89. Specifically, it is a kind of imprisonment without penalty, having a precautionary character, to allow an effective progress of criminal prosecution. It is presented as a measure exceptional and should be used only in cases provided for by the law, under penalty of infringement of constitutional principles. Due to this exceptional character, studying and understanding is necessary, because the deliberate use of it can create irreparable damages to the social environment. First it makes it a short conceptualization of the Temporary arrest, then deals with the principles constitutionals formers of the Brazilian State and finally, analyze the

<sup>1</sup> Aluno Soldado do Curso de Pós-Graduação do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás – CAPM [betimsouza11@hotmail.com](mailto:betimsouza11@hotmail.com). Goiás – GO, Junho de 2018.

<sup>2</sup> Professor Orientador: Especialista em Direito Administrativo e Constitucional do Curso de Formação de Praças – CFP [henriquebcsouza@gmail.com](mailto:henriquebcsouza@gmail.com) Goiás – GO, Junho de 2018.

coexistence of this both institutes. This present research, proposed to analyze if the temporary imprisonment and the Constitutional Principles, in particular those intrinsic to it, maybe would be conflicting institutes, and if these arrests could be considered unconstitutional in view of such conflicts. In order to do so, it was made use of explanatory bibliographical research, having as support, the research done on the internet sites, related legislation, books, manuals and doctrines related to the them. In front of all of the above, it is clear that the Temporary Arrest is a polemic institute, since your creation until the application in the Brazilian criminal justice system, so, it is safe to say that there is still much to study, analyzing and discussing in all the fields of society in order to achieve the real efficiency to application of this modality of imprisonment.

**Keywords:** Preventive Detention. Democratic State. Constitutional principles.

## 1 INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático Brasileiro, como no caso do Brasil, a liberdade se apresenta como regra. E somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória poderá o cidadão vir a ser preso. Porém, há casos excepcionais que autorizam a prisão antes da condenação do indivíduo. Tais regras têm como objetivo resguardar a persecução penal e garantir que ela tramite de maneira regular.

Inicialmente, faz-se primordial lembrar que o Direito Processual Penal se apresenta como regulador dos procedimentos necessários ao poder de persecução do Estado, poder este que deverá ser plenamente observado quanto sua previsão no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Dessa forma, a escolha do presente tema se dá em razão de sua extrema importância jurídica e social para a sociedade brasileira face a complexidade, atualidade e relevância do tema, visto ser sempre de suma relevância a discussão acerca de novas reflexões que objetivem a concretização dos direitos da pessoa humana, bem como a efetivação da justiça.

Para além, considerando que a lei 7960/89 encontra-se vigente, faz se necessária a comunidade policial ser capaz de identificar a quais crimes se faz cabível o uso da Prisão Temporária, bem como seu procedimento e assim auxiliar policiais e o Poder Judiciário na correta aplicação da lei, garantindo a efetividade da justiça brasileira.

A capacitação de policiais para atuar em casos concretos relativos à Prisão Temporária, possibilitará as autoridades a buscar a verdade real dos fatos, bem como garantir a eficaz aplicação dos direitos individuais dos cidadãos garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Portanto, por meio do presente artigo, propõe-se analisar se a Prisão Temporária e os Princípios Constitucionais, em especial os da inocência, liberdade e dignidade da pessoa humana, seriam institutos conflitantes, e se essas prisões poderiam ser consideradas inconstitucionais tendo em vista esses conflitos.

Para tanto optou-se pela pesquisa bibliográfica explicativa, tendo como apoio pesquisas feitas em sites da internet, legislação correlata, livros, manuais e doutrinas relacionadas ao tema.

E ainda, por meio de uma construção de um raciocínio crítico acerca da prisão temporária, demonstrar se há ou não compatibilidade desta modalidade de prisão, instituída pela Lei n° 7960/1989, e o Estado Democrático de Direito.

Ao longo da leitura do presente trabalho será possível perceber que se trata de uma modalidade complexa de prisão cautelar, sendo este, dentre outros, motivo para que enseje intensos debates doutrinários, e para ser possível melhor explanação desta, o trabalho será estruturado em capítulos, a fim de facilitar a compreensão do tema.

O primeiro capítulo trará uma breve tentativa de conceituar a Prisão Temporária, bem como sua classificação, tendo como base dispositivos legais e Constitucionais e ainda embasamento doutrinário para tanto. Para além, percorrerá sua construção jurídica, tratando de sua construção e modificação ao longo do tempo, chegando até sua forma atual, além de analisar atentamente os pressupostos e requisitos para sua decretação.

No segundo capítulo tratar-se-á dos direitos e garantias fundamentais pertencentes aos textos jurídicos brasileiros, em especial os princípios da inocência, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, quanto as suas perspectivas históricas e legais.

De maneira contínua, após as considerações feitas nos capítulos anteriores, ponderar-se-á no terceiro capítulo quanto a compatibilidade da Prisão Temporária e os princípios formadores do Estado Democrático de Direito, a fim de compreender se tal instituto está em harmonia com o que preconiza a Constituição Federal de 1988.

A fim de complementar o presente artigo, far-se-á uso de entendimentos jurisprudenciais sobre do tema, demonstrando a posição de órgãos jurisdicionais brasileiros acerca a adoção dessa desse tipo de prisão no ordenamento jurídico brasileiro.

## **2 REVISÃO DE LITERATURA**

Entende-se prisão como a restrição à liberdade do indivíduo, sendo aplicada em caso de flagrante delito, por determinação judicial, “por ordem escrita e fundamentada da

autoridade competente, em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado, ou no decorrer da investigação ou processo, por meio de prisão temporária ou preventiva” (CAPEZ, 2016).

Dentre as prisões, têm-se as prisões puramente processuais que, segundo Fernando Capez, são as “com finalidade cautelar, que visam assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo ou da possível futura pena” (CAPEZ, 2016).

Sua base legal encontra-se, em princípio na Medida Provisória nº 111, que foi posteriormente substituída pela Lei nº 7960/09, possuindo caráter cautelar de natureza processual, visando garantir as investigações durante o inquérito policial, podendo ser decretada somente por autoridade judiciária, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público.

Greco Filho argumenta ter a prisão temporária por finalidade a redução dos requisitos da prisão preventiva, facilitando a prisão em determinadas situações, não podendo, no sistema de “garantias constitucionais do direito de liberdade, desvincular-se da necessidade de sua decretação” (GRECO, 2012).

A prisão temporária só poderá ser decretada em situações previamente previstas no texto da lei – artigo 1º da Lei 7690/09 – a saber,

Quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; e quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes definidos nessa Lei (BRASIL, 2009).

Apresentados tais incisos, é necessário que se destaque o quão polêmico é o tema que discute a alternatividade ou cumulatividade ou alternatividade deles. Discute-se na “doutrina que se é indispensável a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sendo esses requisitos de qualquer prisão cautelar, não sendo exceção a prisão temporária” (CASTRO, 2005).

Para Vicente Greco Filho, somente seria admitida a decretação da prisão temporária quando “cumulados os três requisitos presentes nos incisos do artigo 1º da Lei 7690/09, além de serem necessários os requisitos da prisão preventiva” (CASTRO, 2005).

Greco ainda afirma que mesmo que a prisão temporária estabeleça certas situações que, objetivamente aparentam necessitar da “prisão obrigatória, não seria possível abstrair do princípio geral da prisão provisória, a necessidade da restrição da liberdade do indivíduo” (GRECO, 2012).

O direito a presunção de inocência, presente no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, ensina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

“O direito de não ser declarado culpado enquanto ainda há dúvida sobre se o cidadão é culpado ou inocente, foi acolhido no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (BRASILEIRO, 2016). Vê-se, portanto, que o princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade), consiste no direito de não ser declarado culpado senão após trânsito de sentença condenatória, ao término do devido processo legal, no qual o acusado tenha usado de todas as possibilidades para garantir seu direito à ampla defesa e o contraditório.

Para Renato Brasileiro, “o princípio da presunção de inocência não seria incompatível com a imposição de medidas cautelares de natureza pessoal antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASILEIRO, 2016), que encontra embasamento inclusive da própria Constituição (art. 5º, LXI), e portanto, seria “possível conciliar os dois dispositivos constitucionais desde que a medida cautelar não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária à luz do caso concreto” (BRASILEIRO, 2016).

Há intenso debate doutrinário acerca de ser ou não, a prisão temporária, inconstitucional. Para Alberto Franco seria ela um mecanismo de coerção pessoal que, direta e imediatamente, atingiriam o direito à liberdade do cidadão. Seria, portanto, matéria que necessitaria da aplicação do princípio da reserva absoluta de lei, ou seja, somente a lei em sentido estrito poderia dar margem a qualquer restrição à liberdade da pessoa física (FRANCO, apud CASTRO, 2005).

Para além, a autora entende que seu conteúdo fere gravemente texto constitucional, visto que os dispositivos da lei mencionada iriam de encontro com o princípio

da presunção de inocência, tão prestigiado pelo direito pátrio e com previsão expressa na Constituição em seu art. 5º, LVII.

### **3 PRISÃO TEMPORÁRIA**

#### **3.1 BREVES EXPLANAÇÕES**

Entende por prisão “a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo lícito ou por ordem legal” (MIRABETE, 1991, p. 343). Ou ainda, como a “a privação da liberdade de locomoção em virtude de flagrante delito ou determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” (CAPEZ, 2016, p. 339).

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece diversos tipos de prisão, que são classificadas, doutrinariamente, de maneiras diversas. Já o sistema processual as distingue em dois institutos, quais sejam, a prisão penal e a prisão sem pena.

A prisão penal funda-se no cumprimento de sentença penal condenatória transitada em julgado, tendo caráter punitivo. “É o sofrimento imposto pelo Estado ao infrator, em execução de uma sentença penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada” (TOURINHO FILHO, 1979).

Já a prisão sem pena seria toda a forma de prisão provisória ou cautelar, isso porque ela recai sobre o indivíduo sem que haja sentença definitiva. Essas prisões podem ser decretadas a qualquer tempo e tem como finalidade resguardar o processo cognitivo, e, portanto, tem caráter de urgência e necessidade.

Dentro das consideradas prisões sem pena, encontram-se as prisões cautelares, que seriam “uma espécie de medida cautelar, ou seja, é aquela que recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva” (RANGEL, 2000).

De maneira ainda mais específica, dentro das prisões cautelares, tem-se a prisão temporária, que seria uma “prisão cautelar de natureza processual destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial” (CAPEZ, 2016, p. 379).

As prisões cautelares “surgem” com a Lei 12.403/2011, que altera o artigo 283 do Código de Processo Penal, que passa a ter a seguinte redação, “Ninguém poderá ser preso senão

em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 1941).

A prisão temporária, espécie de prisão cautelar, tem como finalidade garantir que a investigação criminal aconteça da maneira mais eficiente possível, e por esse motivo só poderá ser decretada na fase de inquérito policial, fator esse que a diferencia das demais prisões cautelares.

Ainda que seja destinada a fase de inquérito, somente poderá ser decretada pelo juiz competente, e não poderá ainda ser decretada de ofício, necessitando de prévio requerimento do Ministério Público ou de autoridade policial competente.

Anteriormente a decretação da prisão temporária caberá ao magistrado analisar se elas se apresentam como alternativa menos danosa ao caso em questão, e ainda se todos os requisitos necessários à sua decretação se encontram presentes.

Os requisitos acima citados estão previstos no artigo 1º da Lei 7960/1989, que dispõe sobre prisão temporária,

Artigo 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, raptio violento, epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro (BRASIL, 1989).

Os incisos I e II tratam do *periculum libertatis* – ou perigo que decorre do estado de liberdade do agente –, ao passo que o inciso III trata do *fumus commisi delicti* – *prova da existência de um crime e pelos indícios suficientes de autoria*.

O dispositivo é notadamente falho, visto que deixa margem a dúvidas, visto que não esclarece se eles são requisitos alternativos ou cumulativos. De forma que podem os incisos serem interpretados em conjunto, assim, a prisão só poderia ocorrer quando o indivíduo se configurar suspeito de ser autor ou partícipe dos crimes previstos no rol taxativo do inciso III, e quando essa prisão se apresentar como imprescindível para a investigação. Ou ainda somente quando preencher somente um dos requisitos.

Doutrinariamente existem cinco posições distintas sustentadas por teóricos. Quanto a aplicação da prisão temporária não é uníssono o entendimento doutrinário no que tange aos requisitos necessários a sua decretação, derivando dessa discordância cinco correntes. A primeira, defendida por Tourinho Filho e Mirabete, prega que bastaria a presença de qualquer dos incisos presentes no artigo 1º da Lei 7960/89, sendo, portanto, os requisitos alternativos.

Para a segunda corrente, defendida por Antônio Scarance, seria imprescindível a presença cumulativa dos requisitos. Já a terceira corrente entende que não seria suficiente o preenchimento dos três incisos, sendo necessário combiná-los a uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, posição defendida por Vicente Grecco Filho.

A quarta corrente, majoritária, entende que o inciso III deve sempre estar presente, sendo combinado com o inciso I ou II. Porém, a decretação da prisão temporária só se dará “quando houver fundadas razões de autoria ou participação do agente, simultaneamente associada à imprescindibilidade da segregação cautelar para fins de investigação policial, ou à situação de ausência de residência certa ou incertezas quanto à identidade” (SOUTO, 2016).

A quinta, e última, corrente entendem que devem estar presentes tanto os requisitos dos incisos I e o III, sendo essa posição defendida por Renato Brasileiro.

É manifesto que há grande debate doutrinário acerca dos requisitos necessários à decretação da prisão temporária. Porém, encontra-se praticamente pacificada a discussão quanto ao rígido critério de que somente seja concedida na absoluta necessidade, e desde que observada sua excepcionalidade.

Quanto a questão procedimental da prisão temporária, esta, só poderá ser decretada por representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, não podendo ser decretada de ofício. Na primeira hipótese, o Ministério Público será, obrigatoriamente, ouvido, sob pena de a prisão ser considerada ilegal.

Não há previsão legal de que a prisão temporária seja requerida pelo querelante, e por isso não será possível a decretação daquela a pedido desse, e como consequência, a prisão temporária é medida vedada em crimes de ação penal privada.

A decisão que decreta a prisão temporária deverá ser fundamentada e prolatada do prazo de 24 horas, contadas a partir do recebimento da representação policial ou do requerimento ministerial.

Da decisão que nega o pedido de prisão temporária requerida pelo Ministério Público caberá Recurso em Sentido Estrito, conforme artigo 581, V, do Código de Processo Penal, “Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: (...) V-

que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante (BRASIL,1989)”.

O dispositivo acima trata da prisão preventiva, mas o entendimento que prevalece é o de que a prisão temporária também seja discutida em Recurso em Sentido Estrito – ReSE.

Para os crimes comuns, poderá a prisão temporária ser decretada pelo prazo de 5 dias, podendo ser prorrogada uma única vez, por igual período. Para os crimes hediondos poderá ter duração de 30 dias, também prorrogável nas condições acima.

Essa prorrogação não é automática, e deve ter sua imprescindibilidade comprovada para ensejar nova decretação. A contagem do prazo se dará a partir da efetivação da prisão e não de sua decretação. Ao findar-se o prazo, deverá o preso ser imediatamente solto, independente de alvará de soltura.

## **4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

### **4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Segundo Guilherme Nucci, há “integração entre os princípios constitucionais penais e os processuais penais; coordenam o sistema de princípios os mais relevantes para a garantia dos direitos humanos fundamentais: dignidade da pessoa humana e devido processo legal” (NUCCI, 2016, p. 70).

O artigo 1º, III, da Carta Magna brasileira estabelece que, “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

Ainda segundo o referido autor não teria sentido os demais princípios se todos eles não tivessem como suporte o princípio da dignidade da pessoa humana.

Entende-se por princípio da dignidade humana,

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar

e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humano (...) (SARLET, 2004).

Tendo todos esses princípios como base fundante de todo o ordenamento jurídico, o legislador estipulou, no artigo 5º da Constituição Federal, em especial nos incisos III, XLVII, XLIX, que,

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
 (...)  
 III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;  
 XLVII – não haverá penas:  
 a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;  
 b) de caráter perpétuo;  
 c) de trabalhos forçados;  
 d) de banimento;  
 e) cruéis;  
 XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (BRASIL, 1988).

É o processo penal o instrumento que tem como objetivo resguardar os interesses dos indivíduos dando-lhes condição para, na medida em que tiver seus direitos atingidos, recorrer ao Estado em busca de auxílio. Em razão disso, o processo deverá estruturar-se e ser aplicado de forma a garantir, de maneira eficiente, os direitos fundamentais decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana. Não sendo, portanto, possível dissociá-lo dos demais princípios.

#### 4.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Princípio da Presunção de Inocência, consolidado como cláusula pétrea, no artigo 5, LVII, da Constituição Federal de 1988, leciona que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (BRASIL, 1988).

Tal princípio consagra-se em diversos diplomas legais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu artigo XI, 1, dispõe: "Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa" (ONU, 1948, p.).

E ainda pela Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8º, 2, diz: "Toda pessoa acusada de delito

tem direito a que se presume sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (OEA, 1969, p.).

Seria, esse princípio, um estado de inocência, no qual o acusado permanece até que seja declarado culpado mediante sentença penal condenatória. Assim, infere-se que ele será inocente durante toda a persecução penal, e esse status só será modificado após prolatada a sentença que o considerará culpado.

A aplicação desse princípio se dá tanto no campo probatório, quanto no tratamento do acusado. O primeiro trata quanto a máxima de que o acusado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo – direito de permanecer em silêncio, artigo 5º, LXIII, CF/88. O segundo viés pontua quanto ao tratamento do acusado durante o processo penal, considerando que ele permanece em estado de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. E assim sendo, não deverá ser punido de maneira antecipada, e nem mesmo tratado como culpado. Destarte deverão ser aplicadas a esse somente as medidas necessárias, a fim de que seja reduzida ao mínimo a restrição dos direitos que lhe são inerentes.

Há ainda um terceiro ponto quanto a esse princípio, que trata da imposição de medida cautelar a um acusado. Quanto a esse, há divergências doutrinárias quanto há existência ou não de conflito entre os dois institutos.

#### 4. 3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

O compromisso do Estado brasileiro com os direitos e garantias fundamentais é perceptível logo no preâmbulo da Constituição de 1988,

(...) para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (BRASIL, 1988).

Esse compromisso se estende, explícita ou implicitamente, por todo o texto constitucional. E, de maneira específica quanto ao princípio da liberdade, em seu artigo 5º, que trata dos direitos individuais e sociais.

Do referido princípio, derivam outros princípios, a exemplo do princípio do devido processo legal. Ambos podem ser evidenciados pelo artigo 5º, LIV, da CF/88, “(...) LIV

– ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

Para além disso, tem-se o artigo 5º, LVII, para o qual “LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). E ainda, “Art. 5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988).

Existe uma relação de interdependência entre o Estado Democrático e o direito à liberdade, motivo pelo qual um viabiliza o outro. Assim, quanto mais forte o regime democrático, mais forte estão as liberdades asseguradas, e vice-versa. De acordo com José Afonso Silva, “quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista” (2008, p. 234).

## **5 PRISÃO TEMPORÁRIA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

De acordo com Paulo Rangel, “a prisão cautelar tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, pois, se não for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for dada, já não será possível à aplicação da lei penal” (RANGEL, 2000, p. 365).

Para Fernanda de Castro, a prisão temporária violaria princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, como o princípio da presunção de inocência, para o qual ninguém será considerado culpado antes do trânsito de sentença penal condenatória (CASTRO, 2005).

Ainda segundo a autora, os argumentos utilizados para justificar a necessidade de tais prisões seriam inconsistentes, e deixariam “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 (CASTRO, 2005, p. 8).

Tendo como ponto de partida a Constituição Federal, a prisão provisória seria inconstitucional, visto que não observa esses dois princípios basilares. Isso porque, nessa modalidade de prisão, os indivíduos são privados de sua liberdade antes mesmo de terem sua culpabilidade comprovada.

Nota-se, portanto, pela leitura dos referidos diplomas legais, que as prisões provisórias, a priori, não seriam compatíveis com os princípios anteriormente mencionados e

estabelecido constitucionalmente pelo artigo 5º. Sendo tais princípios a base formadora do Estado Democrático de Direito, infere-se ser tais prisões incompatíveis com ele.

Da leitura dos aspectos da referida lei, e dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito, passa-se a analisar a possível convivência harmônica de ambos os institutos.

A priori a Lei aparenta estar em conformidade com a Constituição, visto que está prevista em lei visando assegurar a eficácia da persecução penal, e para além disso, respeita-se o que preconiza o artigo 5º, LXI, para o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente,”(BRASIL, 1988).

Porém, após uma análise mais detalhada, constata-se que de fato aquela não está em consonância com essa.

O primeiro ponto é com relação a inconstitucionalidade formal que ela apresenta, ou seja, a maneira pela qual deu-se sua criação. A Lei 7960/89 derivou-se de uma Medida Provisória, o que por si só demonstraria seu vício de forma. Medida Provisória é ato emanado do Poder Executivo, e de acordo com o artigo 48 combinados com o artigo 22, da Constituição Federal Brasileira, “art. 48 Cabe, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União” (BRASIL, 1988) e “art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, **penal, processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Assim, depreende-se que cabe ao Congresso legislar sobre as formas de restrição de liberdade do indivíduo, e por ser de competência exclusiva da União, não pode ser delegada aos outros entes federados, conforme decisão do STF.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO - 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 EXTENSÃO, 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, CONSEQUENTEMENTE, 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. (STF - ADI: 1010 MT, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 19/10/1995, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 17-11-1995 PP-39197 EMENTA VOL-01809-01 PP-00143)

Portanto, é notável que apesar de a Medida Provisória ter sido convertida em lei, não se respeitou o devido processo legal necessário pela Constituição, visto que,

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 (CASTRO, 2005, p. 47/48).

A conversão da Medida Provisória em lei não convalida a inconstitucionalidade de sua origem, e mesmo assim tornou-se plenamente legitimada pela prática forense, sendo acolhida não só por ela, como por muitos juristas.

Para além, tem-se a inconstitucionalidade material no que se refere ao fato de ferir gravemente o texto constitucional. O texto disposto na referida lei ofende de maneira grave os princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, ambos prestigiados de maneira expressa nele.

A prisão provisória trata-se de medida cautelar que objetiva resguardar o andamento investigatório, não havendo caráter punitivo/retributivo da sanção penal, motivo esse pelo qual “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” (CASTRO, 2005, p. 50).

É sabido que somente após a sentença penal condenatória transitar em julgado é que o indivíduo poderá ser levado à prisão, salvo os casos de prisão cautelar. E é aí que reside

o óbice da questão, segundo Fernanda Castro (2005), visto que a lei tem como objetivo disfarçar a antecipação da pena, com fracos indícios de culpabilidade do agente, levando a crer que foi instituída com o intuito de legalizar as antigas “prisões para averiguação”.

A prisão temporária, assim como diversos temas no campo do direito, não é unânime na doutrina, porém os tribunais têm seguido a posição de que são compatíveis os institutos, como adiante se vê.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, ao proferir sua decisão, ainda em sede de liminar, no Habeas Corpus n. 80.719-SP, que teve como Paciente Antônio Marcos Pimenta Neves, afirmou:

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 - RT 142/855 - RTJ 1421878 - RTJ 148/429 – HC 68.726-DF, Rel. Mm. 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. 11117, 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 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” (STF, HC n. 80.719-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 23.03.2001).

Tal posição é acompanhada pelo STJ,

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 preceito 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).

Seguindo no sentido oposto ao da inconstitucionalidade da referida lei está Fernando Capez para o qual,

A prisão provisória não ofende o princípio constitucional do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII), mesmo porque a própria Constituição admite a prisão provisória nos casos de flagrante (CF, art. 5º, LXI) e crimes inafiançáveis (CF, art. 5º, XLIII). Pode, assim, ser prevista e disciplinada pelo legislador infraconstitucional, sem ofensa à presunção de inocência (CAPEZ, 2016, p. 368).

Os debates quanto as conciliações de ambos os institutos no ordenamento jurídico brasileiro são intensos. Há argumentos contrários e favoráveis, e a jurisprudência tende para a aceitação da Lei 7960/89.

O ponto concordante entre todos é que a prisão temporária deve ser utilizada com cuidado, e respeitando de maneira criteriosa seus requisitos.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Durante o desenvolvimento da presente pesquisa foram abordados os aspectos gerais das prisões no ordenamento jurídico brasileiro, em especial os relativos à prisão temporária.

Inicialmente partiu-se de uma breve explanação dos tipos de prisão existente, bem como das particularidades das prisões cautelares, afunilando-se a pesquisa de modo a se chegar nas prisões temporárias, sendo essas uma espécie de medida cautelar.

Delineou-se quanto a sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, quanto a sua aplicabilidade e de seu caráter excepcional. Como têm como escopo garantir a eficácia plena da persecução investigativa, a prisão temporária somente poderá ser decretada em casos especificados em lei.

Expôs-se, para além de suas características e possibilidades de aplicação, as principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais relativas a utilização e aplicação da prisão temporária.

Quanto da sua possível inconstitucionalidade, material e formal, foram apresentados os pensamentos de juristas e estudiosos quanto ao tema, restando claro que não há consenso quanto esse instituto estar presente no sistema jurídico brasileiro.

Quanto da questão formal, tem-se que considerar a forma pela qual esse instituto fora introduzido no sistema jurídico brasileiro, por meio de Medida Provisória – editada pelo Poder Executivo – o que para alguns autores teria desrespeitado o devido processo legal necessário para a criação de uma nova lei, visto que a competência para a criação dessa lei é exclusiva do Poder Legislativo.

Quanto a questão material, há autores que a consideram confusa e, portanto, dão margem a leituras inconstitucionais de seu texto, posição defendida por grande parte da doutrina. Daí surge a necessidade de se observar os requisitos exigidos para sua aplicação de maneira minuciosa, sob o risco de ferir os Princípios Constitucionais e conseqüentemente o do Estado Brasileiro.

E ainda, pretendeu-se uma breve explanação acerca dos Princípios Constitucionais formadores de um Estado Democrático, em especial os que se conectam de maneira intrínseca ao instituto da Prisão Temporária, como o Princípio da Inocência, da Liberdade e da Dignidade da Pessoa Humana.

Por fim, propôs-se apresentar o polêmico debate acerca da utilização desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro, que se apresenta como Estado Democrático de Direito, e portanto compactua com os princípios expressos na Constituição Federal, dentre eles o Princípio da Inocência, para o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; ou o Princípio do Devido Processo Legal, para o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Assim como as demais leis que fazem uso da punição exacerbada, a prisão temporária traz uma falsa impressão de proteção da sociedade, o que acaba por consolar essa diante da falta de segurança e aumento da criminalidade.

Porém a criação de institutos como esse, se usados de maneira sábia e criteriosa podem vir a ser apresentados como grande aliado quanto ao eficaz desenrolar da persecução penal, bem como da real aplicação da justiça.

Fato é que a prisão temporária, por se caracterizar como medida cautelar, não pode ser encarada como punição antecipada do crime, visto que não há culpado anteriormente a sentença penal condenatória transitada em julgado. Entendendo-a dessa forma é possível

aplicá-la de maneira a torná-la eficaz e em consonância com os princípios democráticos vigentes no país.

Diante de todo o exposto resta claro que a Prisão Temporária, assim como as demais prisões cautelares, possui hipóteses de aplicação bastante específicas e da importância quanto a observação ferrenha dessas hipóteses definidas em lei. Tal instituto é deveras polêmico, desde sua criação até aplicação no sistema jurídico-penal brasileiro, e parece seguro afirmar que ainda há muito o que ser estudado, analisado e debatido em todos os âmbitos da sociedade a fim de se alcançar a real e eficaz aplicação de dessa modalidade de prisão.

## REFERÊNCIAS

AZEVÊDO, Wilson Valmir. A controvérsia do cabimento da prisão temporária. 2016;

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2017.

\_\_\_\_\_, Código de Processo Penal. 1941;

\_\_\_\_\_, Lei 7.960. 1989;

BRASILEIRO, Renato. Manual de processo penal: volume único – 4. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTRO, Fernanda Chelegati de. Prisão Temporária. 2005.

GRECO, Vicente. Manual de processo penal – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Curso de direito penal – Parte geral – 19º edição – Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

ONU. Declaração Universal Dos Direitos Humanos. Paris. 10 de dezembro de 1948.

OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948;

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Caderno de Doutrina e Jurisprudência, Associação Paulista do Ministério Público, n. 29;

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 1991;

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 365.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

SOUTO, Robson. Das prisões cautelares: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária. (Terceira parte: prisão temporária), 2016;

TOURINHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 5. ed. São Paulo: Jolovi, 1979.