

**SÉRVIO TULIO FREITAS DE ANDRADE**

**PRISÃO TEMPORÁRIA – ASPECTOS IMPORTANTES**

**CURITIBA  
2004**

**SÉRVIO TULIO FREITAS DE ANDRADE**

**PRISÃO TEMPORÁRIA — ASPECTOS IMPORTANTES**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Msc. Nilton Bussi

**CURITIBA  
2004**

Ao acordar, ao respirar, dedico esta monografia à minha filha, Thaís Valentim de Andrade: um exemplo de garra, de inteligência, de vida, de fé.

Agradeço a DEUS, a oportunidade de haver convivido com tanta gente inteligente: colegas militares, acadêmicos, funcionários, advogados orientadores, professores, amigos; cúmplices e co-autores desta trajetória de pura realização pessoal.

Ao Prof. Nilton Bussi, meu muito obrigado pela orientação e amizade.

Pelo apoio inestimável, ao Chefe, Tenente-Coronel Sérgio Alberto Felipe Pessôa.

À minha esposa Dilzanete (Aninha) e meu filho Thiago, o reconhecimento do mérito maior.

# **TERMO DE APROVAÇÃO**

**SÉRVIO TULIO FREITAS DE ANDRADE**

**PRISÃO TEMPORÁRIA — ASPECTOS IMPORTANTES**

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:



Prof. Nilton Bussi  
Setor de Ciências Jurídicas



Prof. Ricardo Rachid de Oliveira  
Setor de Ciências Jurídicas



Prof. Carlos Roberto Bacila  
Setor de Ciências Jurídicas

Curitiba, 07 de outubro de 2004

## SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
ABSTRACT.....	vii
<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>2. TEORIA GERAL.....</b>	<b>3</b>
2.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	3
<b>2.1.1 Em busca da instrumental justiça.....</b>	<b>8</b>
<b>2.1.2 A célere prestação jurisdicional como um corolário do Acesso à Justiça.....</b>	<b>9</b>
2.2 A VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS.....	10
2.3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU NÃO-CULPABILIDADE.....	14
<b>2.3.1 Conseqüências do princípio do estado de inocência.....</b>	<b>16</b>
<b>2.3.2 Princípio da Proporcionalidade (ou razoabilidade).....</b>	<b>18</b>
2.4 GARANTIA CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO.....	20
2.5 MEIOS INVESTIGATÓRIOS EM GERAL.....	20
<b>2.5.1 As exigências do direito à prova.....</b>	<b>21</b>
2.5.1.1 Prova testemunhal.....	21
2.5.1.2 Prova documental.....	22
2.5.1.3 Prova pericial.....	23
2.5.1.4 Teste de DNA.....	24
<b>3. PRISÃO TEMPORÁRIA.....</b>	<b>26</b>
3.1 ORIGEM HISTÓRICA.....	26
3.2 PRISÃO CORRECIONAL - PRISÃO PARA AVERIGUAÇÃO.....	32
<b>3.2.1 Cabimento da Prisão Temporária.....</b>	<b>32</b>
<b>3.2.2 Requisitos legais para a decretação da prisão temporária.....</b>	<b>34</b>
<b>3.2.3 Procedimento.....</b>	<b>36</b>
<b>3.2.4 Inconstitucionalidade da Prisão Temporária.....</b>	<b>37</b>
3.3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS.....	38
3.4 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS.....	39
3.5 CRIMINALIDADE TRADICIONAL.....	41
3.6 O COMPROMETIMENTO DO PROCESSO PENAL EM RAZÃO DA MÍDIA.....	48
<b>4. CONTROLE JUDICIÁRIO DA PRISÃO TEMPORÁRIA.....</b>	<b>50</b>
4.1 CUMPRIMENTO DA PRISÃO TEMPORÁRIA.....	50
<b>4.1.1 Local apropriado.....</b>	<b>50</b>
<b>4.1.2 Mandado de prisão.....</b>	<b>50</b>
<b>4.1.3 Recolhimento.....</b>	<b>51</b>

<b>4.1.4 Soltura e abuso de autoridade - conseqüências.....</b>	<b>51</b>
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>55</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>57</b>
1. PRISÃO TEMPORÁRIA – JURISPRUDÊNCIA.....	57
2. LEI Nº 7960, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989 (PRISÃO TEMPORÁRIA).....	58

## RESUMO

Título do trabalho: Prisão Temporária — aspectos importantes.

A presente monografia objetivou analisar a aplicabilidade da Lei nº 7.960, de 21/12/1989 (Prisão Temporária) à luz de direitos fundamentais insertos na Constituição Federal. Originada na Medida Provisória nº 111, de 24/11/1989, visava atender aos reclames de parte da sociedade, expressos na exposição dos motivos da lei. Nasceu com vício formal, pois não poderia a Presidência da República legislar sobre a matéria. A Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001, disciplinou o tema e vedou expressamente a edição de Medidas Provisórias para matérias de direito penal e processual (§ 1º, inciso I, do art. 62). O instituto veio a legitimar uma prática policial, qual seja, a “prisão para averiguações”. De natureza cautelar, é instrumental, pois serve de meio e modo para alcançar determinada medida principal no processo penal; é provisória, porquanto só dura enquanto não alcançada a finalidade principal e enquanto os requisitos que a autorizaram ainda estiverem presentes; é medida acessória, por fim, pois se vincula a sorte da medida cautelar à da principal, aquela sendo alcançada, esta perde a eficácia. As críticas referem-se não só a vício formal de iniciativa, mas também a ofensa ao princípio da presunção de inocência, pois não pode o Estado primeiro prender e depois investigar a autoria do delito. O instituto foi analisado à luz da Carta Magna, confrontando-o, principalmente, com os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência.

Palavras-chave: prisão para investigações - cautelar – princípios do devido processo legal e presunção de inocência – inconstitucionalidade.

## ABSTRACT

Heading of the work: Temporary arrest — important aspects.

The present monograph objectified to analyze the applicability of the Law nº 7,960, of 21/12/1989 (Temporary Arrest) to the light of inserted basic rights in the Federal Constitution. Originated in the Provisional remedy nº 111, of 24/11/1989, it aimed at to take care of to you complain them of part of the society, Expresses in the exposition of the reasons of the law. It was born with formal vice, therefore the Presidency of the Republic could not legislate on the substance. The Constitutional Emendation nº 32, of 11/09/2001, disciplined the subject and express forbade the edition of Provisional remedies for substances of criminal law and procedural (§ 1º, interpolated proposition I, of art. 62). The institute came to legitimize one practical police woman, which is, the?prisão for ascertainties. Of action for a provisional remedy nature, it is instrumental, therefore it serves of way and way to reach definitive main measure in the criminal proceeding; she is provisory, inasmuch as it only lasts while not reached the main purpose and while the requirements that had still authorized it will be gifts; it is measured accessory, finally, therefore one associates the luck of the writ of prevention with the one of the main one, that one being reached, this loses the effectiveness. The critical ones not only mention the initiative vice formal, but also the offence to the principle of the innocence swaggerer, therefore the first State cannot arrest and later investigating the authorship of the delict. The institute will be analyzed to the light of the Great Letter, collating it, mainly, with the principles of due process of law and the swaggerer of innocence.

Word-key: arrest for inquiries - action for a provisional remedy? principles of due process of law and swaggerer of innocence? unconstitutionality.



## 1. INTRODUÇÃO

O instituto da prisão temporária foi introduzido no direito brasileiro pela Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, mediante conversão da Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, seguindo uma tendência político-criminal conhecida como "lei e ordem", de endurecimento de tratamento processual criminal e aumento de pena de diversas figuras delituosas. Atendeu-se aos reclames de uma esfera da sociedade que então vinha sendo vítima de vários delitos contra o patrimônio e contra a vida. Aproximadamente seis meses depois foi editada a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90).

Como diz a exposição dos motivos da Lei n.º 7.960/89, *"o clima de pânico que se estabelece em nossas cidades, a certeza da impunidade que campeia célere na consciência de nosso povo, formando novos criminosos, exigem medidas firmes e cedidas, entre elas a da prisão temporária"*.

Atualmente, a Constituição Federal, no art. 62, com redação da Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001, que cuida da edição de Medidas Provisórias, veda expressa e peremptoriamente que nesta espécie legislativa sejam veiculadas matérias que digam respeito a direito penal e processual (§ 1º, I, art. 62).

A prisão temporária vem compor o quadro das medidas cautelares de natureza pessoal ao lado da prisão em flagrante (art. 301-310 do CPP), da prisão preventiva (arts. 311-316 do CPP), da prisão decorrente de pronúncia (art. 408, § 1º do CPP) e da sentença condenatória recorrível (art. 393, I do CPP). Por se tratar de prisão cautelar reveste-se das características da instrumentalidade, provisoriedade e acessoriedade.

Instrumental porque serve de meio e modo a alcançar determinada medida principal no processo penal. Provisória, porquanto só dura enquanto não alcançada a finalidade principal e enquanto os requisitos que a autorizaram ainda estiverem presentes. É medida acessória, por fim, pois se vincula a sorte da medida cautelar à da principal, aquela sendo alcançada, esta perde a eficácia. Estas são as lições tradicionais, mas há doutrinadores que dissentem de tal entendimento. Esta forma de prisão atenderia apenas a finalidades investigatórias, já que na conclusão do inquérito, aquele que foi preso temporariamente pode nem mais figurar como indiciado.

Vários setores doutrinários criticam de forma veemente a prisão temporária. PAULO RANGEL doutrina que este tipo de prisão é inconstitucional, primeiro por vício de iniciativa, uma vez que matéria de processo penal e direito penal são de iniciativa da União (art. 22, I da CF/88). A inconstitucionalidade seria de ordem formal. Segundo, pois no Estado Democrático de Direito, não pode o Estado inicialmente prender e depois investigar se o imputado é realmente autor do delito<sup>1</sup>. O ínclito mestre TOURINHO FILHO também afirma que sobre o prisma da presunção de não culpabilidade, esta lei "é supinamente inconstitucional"<sup>2</sup>, qualificando-a de medida odiosa, fulminado ao final de seus comentários acerca da malfada lei: " Ademais, a medida é tão estúpida, que, se realmente não houver necessidade para sua decretação, nem haverá tempo para julgá-la mercê de um *habeas corpus*: primeiro porque em face da exigüidade do tempo e, em segundo lugar, porque em sede de *habeas corpus*, normalmente, não se faz um exame analítico das provas...<sup>3</sup>. No entanto, como se sabe, esta espécie legislativa vem sendo aplicada normalmente pelos operadores jurídicos.

Analisaremos os dispositivos da lei 7.960/89 à luz da Carta Magna, confrontando-a com os princípios da proporcionalidade, da presunção de inocência e do devido processo legal. Com efeito, todos os valores e preconceitos do intérprete-aplicador do direito influenciam na construção da norma jurídica a ser extraída desta lei.

O intérprete-aplicador da lei é condicionado por suas crenças políticas e filosóficas, sua cultura jurídica e sua inserção sócio-econômica no seio da sociedade. Todas estas circunstâncias prosperam no sentido de " colocar o intérprete em posição preconceituosa (de pré-conceito ideológico, seu) perante a norma a interpretar, esta também veiculante de uma mensagem ideológica ", de acordo com ensinamentos de EROS ROBERTO GRAU<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> RANGEL, P.. Direito Processual Penal, p. 643.

<sup>2</sup> TOURINHO FILHO, F. da C. Processo Penal, p. 463.

<sup>3</sup> TOURINHO FILHO, F. da C. Idem, p. 469.

<sup>4</sup> GRAU, E. R. Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito, p. 98.

## 2. TEORIA GERAL

### 2.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A garantia constitucional do devido processo legal prescinde da história do homem pela busca de sua liberdade, ou seja, libertar-se da servidão que lhe foi imposta pelo próprio semelhante. Revela, sobretudo, a luta pela contenção do poder<sup>5</sup>.

Nos primórdios, vivia o homem em regime tribal, com total liberdade e comunhão de patrimônio, restringidos apenas pelo interesse de sobrevivência do grupo. Após a criação do Estado, os séculos vieram demonstrar que perdeu ele sua liberdade, quase que total, porque o detentor do poder passou a utilizá-lo, de modo geral, em proveito próprio, ignorando o interesse do povo, chegando Luís XIV a dizer: "*L'État c' est moi*" (O Estado sou eu)<sup>6</sup>.

Todavia, a saga pela liberdade nunca foi abandonada, pois, para o homem constitui o seu mais precioso bem, sendo o modo natural de manifestação da vida, da inteligência, da criatividade, das quais decorrem, inelutavelmente, a indústria e o progresso, enfim, a civilização. O homem nasceu para ser livre, sujeitando-se ao mínimo de restrições necessárias à realização do bem comum.

Com exatidão Silveira nos mostra que

a lição que se extrai é que as ditaduras e impérios que se apoiaram em ordem absoluta, individual do tirano ou do grupo dominante, contrariando a natureza das coisas, por mais poderosos que tenham sido, entraram sem em colapso, como registra a história. Apenas o governo democrático, que tem o povo como base, com suas múltiplas diversidades individuais e diferentes anseios, pode desenvolver-se serenamente, administrando a conjuntura variável, pois, ainda que cometa erros, serão, por certo, reparáveis<sup>7</sup>.

No Direito Inglês a garantia do devido processo legal surgiu no reinado de John, chamado de Sem-Terra, cujo reinado usurpou de seu irmão Ricardo Coração de Leão que morreu em virtude de um ferimento de flecha recebido em uma batalha. "Sem-Terra", ao assumir a coroa passou a exigir elevados tributos e fez outras imposições decorrentes de sua tirania, o que levou os barões a se insurgirem.

---

<sup>5</sup> SILVEIRA, P. F. Devido processo legal – Due process of Law. p. 15.

<sup>6</sup> SILVEIRA, P. F., Idem, ibidem.

<sup>7</sup> SILVEIRA, P. F. Obra citada, Idem, p. 15.

Assim, em 15/06/1215 John foi obrigado a concordar apondo seu selo real, com os termos da declaração de direitos, que lhe foi apresentada pelos barões, a qual ficou conhecida como Magna Carta, ou *Great Charter*. Por esse documento, o Rei John jurou respeitar os direitos, franquias e imunidades que ali foram outorgados, como salvaguarda das liberdades dos insurretos, entre eles a cláusula do devido processo legal (*due process of law*). Destaca-se que a Magna Carta (1215) evidenciou pela primeira vez, de modo inequívoco, que nenhuma pessoa, por mais poderosa que fosse, estaria acima da lei, ao assegurar, em seu § 39, com as alterações da Carta de 1225, com regra absoluta a ser observada, o devido processo legal (*due process of law*)<sup>8</sup>:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra.

Portanto, pela primeira vez na história instituiu-se o devido processo legal que constitui a essência da liberdade individual em face da lei, ao afirmar que ninguém perderá a vida ou a liberdade, ou será despojado de seus direitos ou bens, salvo pelo julgamento de seus pares, de acordo com a lei da terra<sup>9</sup>.

No Direito Americano a origem o devido processo legal surgiu por meio de dissidentes protestantes ingleses, que, em fuga, aportaram nas praias americanas da Virgínia em 1607, trazendo consigo os fundamentos da *common law*, entre os quais o princípio do devido processo legal.

Os virginianos Thomas Jefferson, Madison e Mason submeteram ao Congresso emendas à Constituição, a fim de que nela figurasse o que foi chamado de *Bill of Rights* (Emendas nº 1 a 10), que foram incorporadas em abril de 1791. O que Jefferson pretendia era um controle legal contra o governo nacional – ele não estava grandemente preocupado com os Estados, uma vez que tinham seu próprio *Bill of Rights*, contenção estatal que os elaboradores julgavam confortavelmente satisfatórios.

Após a Guerra Civil (1861/65), o Congresso aprovou, em 1866 – visando conferir, harmoniosamente, os direitos expressos no *Bill of Rights*, em face das dispareas constituições dos diversos Estados da União – a Emenda XIV, a qual só

---

<sup>8</sup> SILVEIRA, P. F. *Idem*, p. 22.

<sup>9</sup> SILVEIRA, P. F., *Idem*, *ibidem*.

foi ratificada em 9/7/1868, por ¾ dos legislativos estaduais, como exige o art. V, da Constituição americana. Essa emenda, na Seção I, traz a seguinte redação:

Todas as pessoas nascida ou naturalizada nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção da leis<sup>10</sup>.

O Direito Brasileiro registra o instituto do devido processo legal na área criminal procedimental:

Constituição Política do Império do Brasil, jurada a 25 de março de 1824  
Título 8º - Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros  
Art. 179 A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

...

VIII – Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e neste dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar aos Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as<sup>11</sup>.

A Constituição de 1891, inspirada na Constituição americana de 1787, instituiu o federalismo, transformando as antigas províncias em Estados-Membros do País, já que antes o Brasil era um Estado unitário. Da Lei Fundamental de 1891, constou, também, uma declaração de direitos, entre os quais não figurou expressamente o devido processo legal, não obstante, no campo criminal, houvesse menção à plena defesa com os recursos e meios essenciais a ela, bem como à cláusula proibitiva da prisão sem prévia formação de culpa, vejamos:

Constituição da República dos Estados unidos do Brazil, promulgada a 24 de fevereiro de 1891.

Secção II – Declaração de Direitos

Art. 72 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes:

...

<sup>10</sup> SILVEIRA, P. F. Obra citada, Idem, p. 26 e 27.

<sup>11</sup> CAMPANHOLE, A.; CAMPANHOLE, H. B. Constituições do Brasil – Compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices. p. 832

§ 16 – Aos accusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas<sup>12</sup>.

Com a Revolução de 1930, Getúlio Vargas toma o poder. Surge a Constituição de 1934, que teve existência efêmera, já que em 1937 foi outorgada ao País nova ordem constitucional, por força da ditadura decorrente do Estado Novo. Embora contenha no bojo destas, a ventilação do princípio da ampla defesa, não há de se cogitar de liberdades civis durante a vigência dessas duas cartas políticas.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada a 16 de julho de 1934.

Cap. II – Dos Direitos e das Garantias Individuaes

Art. 113 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistencia, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

...

24 – A lei assegurará aos accusados ampla defesa, com meio e recursos essenciaes a esta<sup>13</sup>.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada a 10 de novembro de 1937.

Dos Direitos e garantias individuais

Art. 122 A Constituição assegura aos brasileiros, estrangeiros residentes no país o direitos à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

...

11 – À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa<sup>14</sup>.

Elaborada com bases democráticas, haja vista, a participação do povo; tivemos a Constituição de 1946, dedicando o Capítulo II aos direitos e garantias individuais (art. 141/4/25). Contudo, embora tenha ampliado o leque das liberdades civis, não fez referência expressa ao devido processo legal:

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada a 18 de setembro de 1946.

Art. 141 A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

...

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

<sup>12</sup> CAMPANHOLE, A.; CAMPANHOLE, H. Op. cit. p. 768

<sup>13</sup> CAMPANHOLE, A.; CAMPANHOLE, H. Idem, p. 716

<sup>14</sup> CAMPANHOLE, A.; CAMPANHOLE, H. Idem, p. 619

...

§ 25 – É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada, pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao prêso dentro de vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória<sup>15</sup>.

Após o Golpe Militar de 31/3/64, seguiram-se as constituições outorgadas de 1967 e 1969 (Emenda nº 1), nas quais, não obstante constarem formalmente direitos individuais, por óbvio não foram respeitados.

Constituição do Brasil, promulgada a 24 de janeiro de 1967.

Cap. IV – Dos Direitos e Garantias individuais

Art. 150 A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

...

§ 15 – A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá fôro privilegiado nem tribunais de exceção."<sup>16</sup>

A atual Constituição Federal, promulgada em 05/10/1988, fruto da ampla participação do povo, pela primeira vez na história constitucional brasileira, previu expressamente, como princípio garantidor das liberdades civis, o devido processo legal (due process of law), ao dispor no art. 5º, inciso LIV: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal."

O constituinte a complementou, pelo inciso LV, onde diz:

"Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Paulo Fernando Silveira, em sua obra "Devido Processo Legal" aduz que "qualquer pretensão de conceituar o devido processo legal deverá levar em consideração sua origem, que remonta, aos reinados de Henry I (1100/1135) e Henry II (1154/1189), culminando com a assinatura da Magna Carta pelo Rei João Sem Terra – (Jonh Lackland (1199/1216), que sucedeu ao seu irmão Ricardo Coração de Leão-Richard the Lion Heart (1189/1199)".<sup>17</sup>

<sup>15</sup> CAMPANHOLE, A.; CAMPANHOLE, H. Idem, ibiidem.

<sup>16</sup> CAMPANHOLE, A.; CAMPANHOLE, H. Idem, Idem, p. 429-431

<sup>17</sup> SILVEIRA, P. F. Obra citada, p. 79.

Em sua gênese, o devido processo legal confundiu-se com a própria *common law*. Houve evolução do conceito passando a ser visto como modo de contenção do chefe de governo, objetivando evitar o cometimento de arbitrariedades, como retirar do membro da comunidade seu direito à vida, liberdade ou propriedade.<sup>18</sup>

O conceito do devido processo legal seja procedimental (instrumental viabilizador das liberdades civis) ou substantivo (análise de seu conteúdo substantivo da legislação), tem evoluído no tempo, sendo sobremodo ampliado.

Roberto Rosas<sup>19</sup>, ensina-nos que "a Constituição assegura aos litigantes (em 1969 – acusados) ampla defesa (art. 5º, LV). Dir-se-á que a regra dirige-se para o processo penal, administrativo ou fiscal. Assim pensa Pontes de Miranda. No entanto, essa restrição deve ser ponderada. O fato de alguém ser acusado não leva fatalmente a entender-se incriminação penal. Na tradição constitucional brasileira essa diretriz era para o processo penal, tanto que desde 1824 falava-se em prisão, culpa formada, nota de culpa, expressões não mais usadas no texto atual.

Marinoni lembra-nos que "convém recordar que o Estado, ao proibir a autotutela privada e assumir o monopólio da jurisdição, obrigou-se a tutelar de forma adequada e efetiva todos os conflitos de interesses, sabendo que para tanto necessitaria de tempo para averiguar a existência do direito afirmado pelo autor. O equívoco, contudo, deu-se quando o Estado, em virtude de receios próprios da época do liberalismo do final do século XIX, construiu um processo destinado unicamente a garantir a segurança e liberdade do réu diante da possibilidade de arbítrio do juiz".<sup>20</sup>

### 2.1.1 Em busca da instrumental justiça

Hodiernamente, a questão da efetividade da justiça é um problema ético-político-social com vistas a minimizar o sofrimento daqueles que clamam pela justiça, ainda que lhes falte o conceito do que esta seja, todavia, o que não lhes falta é o senso.

---

<sup>18</sup> SILVEIRA, P. F. *Idem*, p. 79.

<sup>19</sup> ROSAS, R. *Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil*, p. 45-46.

<sup>20</sup> *Garantias Constitucionais do Processo Civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. Coordenação José Rogério Cruz e Tucci. p. 224.



Para Kazuo Watanabe "uma das vertentes mais significativas das preocupações dos processualistas contemporâneos é a da efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos".<sup>21</sup>

E continua:

Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos –, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao instrumentalismo que se denominaria substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal.<sup>22</sup>

### 2.1.2 A célere prestação jurisdicional como um corolário do Acesso a Justiça

A instrumentalidade do processo refere-se à questão do tempo que leva a prestação jurisdicional, ou seja, o tempo do processo.

Para o Prof. Marinoni,

a lentidão na justiça civil deve exigir cada vez mais atenção dos estudiosos do processo civil. Não há dúvida de que um dos principais leitmotivs recorrentes na história do processo seja o problema da relação entre a aspiração à certeza – a exigir a ponderação e a meditação da decisão no esforço de evitar a injustiça – e a exigência de rapidez na conclusão do próprio processo.<sup>23</sup>

Diz que:

é óbvio que a morosidade processual estrangula os direitos fundamentais do cidadão. E o pior é que, algumas vezes, a morosidade da justiça é opção dos próprios detentores do poder. O uso arbitrário do poder caminha na razão proporcional inversa da efetividade da tutela jurisdicional. É flagrante, ainda, que o abuso político, e nessa linha a própria desconsideração ao princípio da separação dos Poderes, encontra campo aberto na inefetividade (=

<sup>21</sup> WATANABE, K. Da Cognição no Processo Civil. p. 19.

<sup>22</sup> WATANABE, K. Idem, p. 20-21.

<sup>23</sup> MARINONI, L. G. Novas Linhas do Processo Civil. p. 32.

lentidão) do processo, sendo suficiente pensar, sob esse enfoque, no controle da constitucionalidade das leis por via direta<sup>24</sup>.

O princípio do devido processo legal vem evoluindo conceitualmente ao longo do tempo, não restringindo-se apenas a mais uma cláusula protetora da vida, liberdade e propriedade. Sob seu manto protetor abriga todos os direitos outorgados pela Constituição Federal, como o da privacidade, da informação, do julgamento justo e imparcial, da fundamentação das decisões, da mais ampla defesa, do contraditório, do direito de o réu falar por último etc.

Como preconiza Silveira, "pode-se dizer, com certeza, que o devido processo contaminou todos os direitos fundamentais (inclusive os políticos) e as liberdades e franquias constitucionais, fazendo com que o teste ácido de qualquer imposição estatal passe sob seu crivo dominador".<sup>25</sup>

Essa evolução desmistifica ser a garantia do devido processo legal voltada para o réu, pois, no processo a isonomia revela-se na garantia do tratamento igualitário das partes visando a ordem jurídica justa.

Inserido no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o princípio *due process of law* determina que "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*". A garantia vale tanto para o processo civil ("de seus bens") quanto para o processo penal ("da liberdade") e é uma conquista do humanismo britânico, repartindo-se em *procedural due process* e *substantive due process*. Está claro que tal liberdade pública mantém íntima relação com o princípio da legalidade (ora, trata-se do **devido processo legal**), reclamando a devida persecução penal, limitada pela lei processual.

## 2.2 A VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS

Verifica-se que é do *due process of law* que se retira a proibição de admissão de provas ilícitas no processo (art. 5º, LVI, CF). Descumprida tal garantia, a sanção é de nulidade em conformidade com a teoria *fruit of the poisonous tree* ("fruto da árvore envenenada"), acolhida pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, essa vedação não é absoluta, devendo ser vista em cotejo com o princípio da

---

<sup>24</sup> MARINONI, L. G. Obra citada, p. 33.

<sup>25</sup> Silveira, P. F. Obra citada, p.291.

proporcionalidade, a fim de que não haja grave prejuízo material ao direito substancial discutido ou protegido, apenas para se dar atendimento a uma forma procedimental.

Os meios de busca da verdade, além de não deverem ser implementados pela mídia, não devem ser utilizados, nem sequer pelos órgãos oficiais, de forma ilimitada. As provas ilícitas, portanto, não podem servir de sustentáculo do processo judicial.

O próprio texto constitucional brasileiro de 1988, no artigo 5º, inciso LVI, inibe a prática de abusos – por particulares ou autoridades oficiais – na perquirição da verdade, tanto no âmbito penal quanto no civil, determinando que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

"Os meios de provas ilícitas não podem servir de sustentação ao inquérito policial ou à ação penal" (RTJ 122/47).

A Dra Ada Pellegrini Grinover, Prof. Titular da Faculdade de Direito da USP, fazia já nos idos de 1984, com a autoridade de seu magistério, a diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas, sendo certo que:

Quando a prova é feita em violação a uma norma de caráter material, essa prova é denominada por Nuvolone 'prova ilícita'. Quando a prova, pelo contrário, é produzida com infringência a uma norma de caráter processual, usa ele o termo 'prova ilegítima'. Vê-se daí que a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima se faz em dois planos. No primeiro enfoque, a distinção diz com a natureza da norma infringida ou violada sendo este de caráter material, a prova será ilícita; sendo de caráter processual, a prova será ilegítima. No segundo plano, a distinção é estabelecida quanto ao momento em que se dá a violação, isso porque a prova será ilícita, infringindo, portanto, norma material, quando for 'colhida' de forma que transgrida regra posta pelo direito material; será, ao contrário, ilegítima, infringindo norma de caráter processual, quando for 'produzida' no processo, em violação à regra processual. (Provas Ilícitas. Seleções Jurídicas - Advocacia Dinâmica. ADV. Setembro de 1984. São Paulo. pp. 5-6)

No início da década de 80, a professora Ada Pellegrini Grinover nos ensinava que "(...) a maior parte das constituições modernas abriga o princípio constitucional da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações" (*Liberdades Públicas e Processo Penal: as Interceptações Telefônicas*. 2ª ed. atualizada. São Paulo: Revista do Tribunais, 1982. p. 187).

O prof. *Antonio Magalhães Gomes Filho*, teve a singular oportunidade de prelecionar que

O campo das proibições de prova relacionadas à tutela de valores estranhos à economia interna do processo é vastíssimo, revelando que o objetivo de verdade processual deve conviver com os demais interesses dignos de proteção pela ordem jurídica. A prova judiciária, ponderou Foriers, permite estabelecer uma coexistência entre o interesse da sociedade e o interesse da verdade; sem tal adequação, a atividade processual correria o risco de transformar-se em fator de desagregação social, ao invés de cumprir sua finalidade de pacificação de conflitos. Especialmente na área criminal, em que se cuida de restaurar a ordem violada pelo delito, seria inconcebível que o Estado, para impor a pena, se utilizasse de métodos que não levassem em conta a proteção dos mesmos valores tutelados pela norma material. Semelhante contradição comprometeria o próprio fundamento da sanção criminal e, em conseqüência, a legitimação de todo o sistema punitivo<sup>26</sup>.

O processo visa a projetar a verdade real. Admissível, por isso, qualquer prova. A Constituição da República registra apenas uma ressalva: quando obtida por meios ilícitos (art. 5º, LVI)" (in op. cit., p. 367).

O Excelso Pretório, em julgamento que está a demonstrar a postura da Corte Constitucional na matéria, sob o voto condutor do brilhante Ministro Sepúlveda Pertence, anulou processo condenatório de um traficante de entorpecentes gaúcho, em razão de se originar de interceptação telefônica clandestina, pelo que foi saudado por todos os operadores do Direito, encontrando-se o Acórdão assim ementado:

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROVA ILÍCITA: 'DE GRAVAÇÃO' DE ESCUTAS TELEFÔNICAS. C.F., ART. 5º, XII. LEI Nº 4.117, DE 1962, ART.57, II, 'E'. HABEAS CORPUS: EXAME DA PROVA. I - O sigilo das comunicações poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual (C.F., art. 5º, XII). Inexistência da lei que tornará viável a quebra do sigilo, dado que o inciso XII do art. 5º não recepcionou o art. 57, II, 'e', da Lei 4.117, de 1962, a dizer que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. É que a Constituição, no inciso XII do art. 5º, subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei." (DJU, 26.11.96)

Abstraindo a questão correlacionada a esse tipo de "provas", tudo o que delas advier, absolutamente sem nenhuma exceção, estará, por derivação, eivado de vício absoluto, porque tais provas, conforme o entendimento dominante e em

<sup>26</sup> Direito à Prova no Processo Penal, 1ª ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1997. pp. 98- 99

homenagem à sedimentada doutrina dos *frutos da árvore envenenada*, não de ser consideradas provas ilegais, dado serem ilícitas e, portanto, de uso vedado no processo.

#### ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HC 30498 / RJ ; HABEAS CORPUS 2003/0166317-9

Fonte: DJ DATA:01/07/2004 PG:00227

Relator : Min. GILSON DIPP (1111)

Data da Decisão: 25/05/2004

Orgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

#### **Ementa**

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DA PRONÚNCIA. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. TESTEMUNHOS FALSOS. PROVAS ILÍCITAS. ILEGALIDADE DO REGIME PRISIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE COMPLEMENTAÇÃO DO LAUDO CADAVÉRICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. OBSERVÂNCIA DOS DITAMES LEGAIS. IMPROPRIEDADE DO HABEAS CORPUS PARA MAIOR ANÁLISE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

Os argumentos concernentes a nulidades da pronúncia, ausência do réu na audiência de instrução, configuração de provas testemunhas falsas, provas ilícitas e ilegalidade do regime prisional não foram examinadas pelo Tribunal a quo. O exame da matéria acarretaria indevida supressão de instância. É descabida a alegação de cerceamento de defesa, decorrente do indeferimento da complementação do laudo cadavérico, se o patrono do paciente quedou-se inerte durante a instrução criminal, deixando de formular tal requerimento por ocasião da contrariedade ao libelo e permanecendo silente quando da Sessão Plenária do Tribunal do Júri.

Pleito levantado tão-somente em sede de apelação, momento inadequado para a reabertura da produção de provas.

Desnecessidade da diligência, se a defesa do réu sustentou a tese de negativa de autoria.

Tratando-se de nulidades no processo penal, não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu.

Incidência do art. 563 do Código de Processo Penal e da Súmula n.º 523 da Suprema Corte.

Hipótese em que o Magistrado sopesou as circunstâncias judiciais, tendo sido algumas delas consideradas desfavoráveis, tais como a conduta social, em especial se considerarmos o fato de se tratar de policial militar, personalidade, circunstâncias e conseqüências dos

delitos. Não há ilegalidade na dosimetria da pena, no que se refere à majoração da pena-base, se esta se deu de maneira devidamente fundamentada, obedecendo aos critérios de lei, com as devidas ressalvas dos motivos que levaram à indigitada exasperação do seu quantum.

É imprópria a alegação de deficiência na fixação da reprimenda, se a mesma foi correta e fundamentadamente dosada, atendendo aos moldes do sistema trifásico de aplicação da pena e da jurisprudência dominante.

O posicionamento desta Corte é no sentido de que é descabida qualquer análise mais acurada da dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, assim como a verificação da sua justiça, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade do meio eleito.

Ordem parcialmente conhecida e denegada.

#### **Decisão**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte,

denegou a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.  
 HC 24629 / BA ; HABEAS CORPUS 2002/0124256-9  
 Fonte: DJ DATA:19/12/2003 PG:00515  
 Relator: Min. FELIX FISCHER (1109)  
 Data da Decisão: 25/11/2003  
 Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

#### **Ementa**

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 159, § 3º, E ART. 211 C/C OS ARTS. 69 E 29, TODOS DO CÓDIGO PENAL. ART. 499 E 564, III, "C", DO CPP. NULIDADE. PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS. REEXAME DE PROVAS. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO.

I - Tendo restado demonstrado que a fase do art. 499 do CPP foi aplicada em primeiro grau, tendo inclusive a defesa, à época, se manifestado pela reinquirição de co-réu do paciente, não há que se falar em nulidade por inobservância do mencionado artigo. Por outro lado, mesmo que tivesse ocorrido o vício apontado, deveriam os impetrantes ter demonstrado o prejuízo, o que não ocorreu in casu (art. 563 do CPP).

II - Se o paciente foi intimado para a inquirição de testemunha ouvida em comarca diversa, e neste ato, foi devidamente representado por procurador constituído, afastada está a dita nulidade. Da mesma forma, inexistente, prejuízo aos co-réus, se aos mesmos foi, outrossim, nomeado defensor para representá-los.

III - A alegação de que a confissão do paciente foi obtida mediante tortura, com base em laudo realizado quarenta dias depois do ato, que sequer consta nos autos, o qual, segundo os impetrantes, demonstrou que aquele foi vítima de lesões corporais, não pode ser conhecida pela via eleita, visto que qualquer juízo de valor a este respeito demandaria, necessariamente, cotejo minucioso de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus (Precedentes).

IV - "A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão." (Súmula do STJ, Enunciado nº 267).

Ordem parcialmente conhecida e, neste ponto, denegada.

#### **Decisão**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Resumo Estruturado

## 2.3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU NÃO-CULPABILIDADE

O princípio da presunção de inocência, do estado de inocência ou da presunção de não-culpabilidade, desdobramento do princípio do devido processo legal, está previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que assim dispõe: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". Consagrando-se um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal.

Tendo a nossa Lei Fundamental disposto acerca do princípio em comento, o ordenamento jurídico infraconstitucional, em especial o processual penal, está obrigado a absorver regras que permitam encontrar um equilíbrio saudável entre o interesse punitivo estatal e o direito de liberdade, dando-lhe efetividade.

Com efeito, o sistema normativo constitucional, através de seus preceitos, exerce notória influência sobre os demais ramos do Direito. Esta influência destaca-se no âmbito processual penal que trata do conflito existente entre o *jus puniendi* do Estado, que é o seu titular absoluto, e o *jus libertatis* do cidadão, bem intangível, não podendo ser considerado objeto da lide, reputado o maior de todos os bens jurídicos afetos à pessoa humana.

Efetivamente, o plano social prevê punição para aqueles indivíduos que desenvolve comportamento violador de normas de condutas socialmente predispostas a manter o imprescindível equilíbrio entre os membros da comunidade. Foi assim que o Estado criou mecanismos regulamentares da atuação estatal que propiciam na esfera criminal, a detecção da existência do ilícito penal, com a respectiva criação de limites à liberdade individual, com a aplicação de sanção que implicara no cerceamento do direito de locomoção. Agindo, assim, como guardião do interesse coletivo e do próprio indivíduo, já que o Direito existe, para dar ao homem garantias, sendo este a fonte e objetivo daquele.

A materialização do direito-dever estatal de punir, todavia, deve ser compatibilizado com os preceitos fundamentais que tutelam o direito de liberdade, vez que de suma relevância para a coletividade, constituindo-se em garantia para cada cidadão, o respeito aos preceitos oriundos do texto constitucional e que mantém pertinência com o processo penal. Ou seja, este direito-dever, não constitui uma prerrogativa que propicie utilização desmesurada, haja vista que o parâmetro a ser observado é a regra da legalidade: O Estado não pode atuar senão dentro dos limites fixados pelas normas legislativas.

O respeito ao vetor da legalidade assume particular relevo no âmbito criminal, posto que somente será possível testar a legalidade da pretensão estatal quando ocorrer lesão a regra de direito material previamente disposta ao cometimento do ilícito penal. A imposição de pena, por outro lado, exige que seja resguardado ao suposto autor da infração penal garantias mínimas que lhe permitam adequadamente resistir à pretensão estatal em comento, de modo a que a sua liberdade não seja cerceada abrupta e despoticamente.

Verifica-se, deste modo, que a indispensável processualização do poder punitivo estatal torna imperiosa a tutela da liberdade jurídica do autor da infração penal, e, dentro dessa ótica, será a Constituição Federal, o diploma básico a influenciar, de forma decisiva, o curso do processo penal, notadamente através do princípio objeto do presente estudo, segundo o qual, enquanto não condenado por uma sentença transitada em julgado, o acusado ostentará o estado de inocência. Pois todos se presumem inocentes, sendo dever do Estado comprovar a culpabilidade dos acusados.

### 2.3.1 Conseqüências do princípio do estado de inocência

a) a de estar obrigado o julgador a verificar detidamente a necessidade da restrição antecipada ao *jus libertatis* do acusado, fundamentando sua decisão;

b) a de atribuir inexoravelmente o ônus da prova da culpabilidade do acusado ao Ministério Público ou à parte privada acusadora (querelante);

c) concomitantemente, o efeito de desobrigar o réu de provar a sua inocência;

d) o de assegurar a validade da regra universal *In dubio pro reo*, aplicada no direito anglo-saxônico com o nome de *reasonable doubt*, que sempre favorece a posição jurídica do acusado; e

e) a revogação (ou não recepção) do art. 393, inciso II, do Código de Processo Penal, que mandava lançar o nome do réu no rol dos culpados, por ocasião da sentença condenatória recorrível.

A vedação à coleta de provas ilícitas, em face da exigência da comprovação legal da culpa do acusado, que, em suma, se traduz na impossibilidade de serem formuladas provas de culpabilidade conseguidas por meios criminosos, ou que tenham sido forjadas, com o objetivo de incriminar o suspeito. As provas colhidas ao arrepio dos cânones legais, portanto, resultantes de comportamento antijurídico, não serão admitidas para a aferição da culpabilidade, não tendo o condão de superar o princípio do estado de inocência.



Com efeito, qualquer conduta ilícita para obter a prova, ou seja, emprego de recursos vedados pelo Direito para colher elementos de convicção do juiz, dentre os quais avultam a tortura para obtenção de confissão, a falsidade de documentos e alteração de perícias, deve ser acoimada com a pecha da nulidade absoluta, com a conseqüente rejeição de qualquer efeito jurídico.

O que não se admite são os abusos freqüentemente praticados pela mídia na divulgação de fatos relativos a investigações, sendo muito comum que, embora ainda no início das investigações policiais, a notícia seja veiculada, de forma açodada e irresponsável, com a cumplicidade muitas vezes dos próprios órgãos de segurança, quando se sabe que o inquérito é marcado notadamente pelo seu caráter sigiloso. Tal sigilo tem, na realidade, duas razões específicas, uma delas é garantir uma melhor apuração dos fatos, a outra é exatamente proteger a reputação e a vida privada de todas as pessoas envolvidas nesta fase de instrução provisória. É comum ser noticiada a prática criminosa, e de seus autores, ainda sob o clamor popular. Passada, porém, essa fase inicial, o desdobramento de uma tramitação processual penal já não mais interessa à mídia. O que fora amplamente divulgado e que se projetou no universo de compreensão do cidadão tem força de uma sentença definitiva.

A imprensa não pode perder de vista que, até julgamento final, todo o acusado presume-se inocente. Deve pautar sua atuação dentro de critérios éticos, as investigações devem ser feitas sem alarde e agir de forma responsável quando publica uma notícia, devendo buscar o equilíbrio entre a liberdade de imprensa e as garantias do cidadão asseguradas constitucionalmente.

Saliente-se as conseqüências sérias e indelévels que podem ser causadas à honra e a imagem das pessoas através da veiculação de notícias, por empresas que muitas vezes agem motivadas pelos altos lucros propiciados, estigmatizando, freqüentemente a vida e a reputação das pessoas envolvidas. Na maioria das vezes, a reparação dos danos causados às pessoas envolvidas é praticamente impossível.

O que não pode se admitir é a postura de alguns Magistrados que, para satisfazer a opinião pública, que não conhece a prova dos autos, que não é habilitada em leis processuais, violenta os direitos constitucionais dos acusados. Deve haver um justo equilíbrio entre a liberdade de imprensa e os direitos assegurados pela constituição aos acusados.

### 2.3.2 Princípio da Proporcionalidade (ou razoabilidade)

PAULO BONAVIDES ensina que este princípio deita raízes na doutrina administrativista, encontrando abrigo nas modernas constituições<sup>27</sup>. Para este douto professor a proporcionalidade está implícita no texto constitucional de 1988<sup>28</sup>. A doutrina identifica no princípio da proporcionalidade três elementos, adiante resumidos: o da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*. A adequação, tem conhecida como pertinência ou aptidão, nos deve dizer se determinada medida tomada pelo poder público representa o meio certo para concretização de um fim de interesse público, se existe adequação entre o meio e o fim colimado pelo Estado<sup>29</sup>. O segundo elemento é o da necessidade, pois por este sub-princípio, "a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja"<sup>30</sup>. Se existem outros meios de alcançar o objetivo pretendido pelo poder público, devem ser utilizados os menos gravosos para os cidadãos, os que menos restringem a esfera dos direitos individuais. Por fim a proporcionalidade em sentido estrito no qual "a escolha recai sobre o meio ou conjunto de meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto dos interesses em jogo"<sup>31</sup>.

Se a prisão de alguém é um meio de que o Estado lança mão para investigação dos delitos, evidente que esta prisão deve atender ao princípio da proporcionalidade no caso concreto. Mister se faz aferir se esta prisão é o meio investigatório idôneo para instrução do inquérito (adequação), se é o meio menos gravoso de que dispõe autoridade para conduzir suas investigações (necessidade) e se no conjunto dos interesses em jogo esta prisão é a medida proporcional a atender fins de interesse público. Uma resposta negativa a estas indagações inquina de inconstitucionalidade a prisão temporária, por se afigurar medida excessiva, injustificável que "não cabe na moldura da proporcionalidade"<sup>32</sup>.

Vale salientar com o magistério do ministro do STF GILMAR MENDES que "na prática, adequação e necessidade não tem o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação" Adiante, fulcrado em lições de Pieroth e Schlink arremata: "a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por

<sup>27</sup> BONAVIDES, P. Curso de Direito Constitucional, p. 362.

<sup>28</sup> BONAVIDES, P. Idem, p. 395.

<sup>29</sup> BONAVIDES, P. Idem, p. 360.

<sup>30</sup> BONAVIDES, P. Idem, ibidem.

<sup>31</sup> BONAVIDES, P. Idem, p. 361.

<sup>32</sup> BONAVIDES, P. Idem, ibidem.

outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste da adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final.<sup>33</sup>

Se nos afigura inconstitucional, neste particular, por afrontar a razoabilidade, o art. 2º, § 3º da lei 8.072/90 que preconiza a duração de 30 dias para a prisão temporária naqueles delitos, prorrogáveis por mais trinta dias. Ora, a prisão temporária tem cunho investigatório e sessenta dias para alcançar tal intento é excessiva e gravosa demais. Imagine se o cidadão em nada contribuiu para aquele fato criminoso. Até o julgamento do hábeas corpus, o vexame e a humilhação já restaram consolidados.

HÉLIO TORNAGHI quando formula orientações em matéria de prisão provisória não poderia ser mais lúcido:

O Juiz deve ser prudente e mesmo avaro na decretação. Há alguns perigos contra os quais deveriam premunir-se todos os juízes, ao menos os de bem: o perigo do calo profissional, que insensibiliza. De tanto mandar prender, há juízes que terminam esquecendo os inconvenientes da prisão. Fazem aquilo como ato de rotina... o perigo da precipitação, do açodamento, que impede o exame maduro das circunstâncias e conduz a erros". A lei 7960/90 incentiva a precipitação, quando fixa o prazo de 24 horas para o juiz decidir o pedido, após oitiva do Ministério Público, se este não requereu a medida (art. 2º, § 2º).

Continua o ilustre mestre TORNAGHI em suas lições advertindo de outro perigo:

o perigo do exagero, que conduz o juiz a ver fantasmas, a temer danos imaginários, a transformar suspeitas vagas em indícios veementes, a supor que é zelo o que na verdade é exacerbação do escrúpulo<sup>34m</sup> (destaques nossos). Vale dizer, quando se trata de julgar acerca da liberdade alheia a precipitação e o exagero devem ser cuidadosamente avaliados.

---

<sup>33</sup> MENDES, G. F.; COELHO, I. M. BRANCO, P. G. G. *Hermenêutica constitucional e Direitos fundamentais*. p. 250.

<sup>34</sup> TORNAGHI, H.. *Compêndio de Processo Penal*. Tomo III. p. 1080-1081.

## 2.4 GARANTIA CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO

Embora a confissão seja tida doutrinariamente como a "rainha das provas", não se pode, no processo penal, constranger a isso o acusado. Vale dizer: confissão, só espontânea e/ou voluntária. Qualquer informação obtida do réu (ou mesmo de testemunha) mediante coação configurará o crime de tortura, previsto na Lei n. 9.455/97.

No sistema brasileiro, admite-se que o indiciado ou réu minta, que negue relação com o fato, que cale a verdade, que fantasie, que amolde versões aos seus interesses. Trata-se da regra de ouro *Nemo tenetur se detegere*, insculpida no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição com a seguinte redação: "*O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...)*".

É dizer: ninguém é obrigado a colaborar com o Estado (Policia Judiciária e Ministério Público) para o descobrimento de um crime de que se é acusado ou do qual se possa vir a ser acusado. Sobre o Estado, no sistema acusatório, recaem o ônus da prova e a missão de desfazer a presunção de inocência que vigora em favor do acusado, sem esperar qualquer colaboração de sua parte.

## 2.5 MEIOS INVESTIGATÓRIOS EM GERAL

O ***direito à prova*** é garantido pelo devido processo legal, liga-se estritamente aos direitos de ação e de defesa e à atividade jurisdicional. De nada adiantaria a autor e réu o direito de trazer a juízo suas alegações se não fosse proporcionada oportunidade no desenvolvimento da causa para demonstrar suas afirmações<sup>35</sup>. Por outro lado, tem o juiz importante papel na produção da prova. Para que possa proferir decisão justa e conforme à realidade, além de se dotar o juiz em alguns sistemas de poderes instrutórios, em todos assegura-se a sua efetiva participação na produção da prova: a ele incumbe garantir às partes a plenitude do direito à prova, dele depende a profundidade da colheita do material probatório.

---

<sup>35</sup> GRINOVER, A. P. As garantias constitucionais do processo, p. 20

### 2.5.1 As exigências do direito à prova

O exame da composição do direito à prova desdobra-se em diversos aspectos. Barbosa Moreira, examina o direito à prova em correlação com o contraditório, abordando três exigências fundamentais<sup>36</sup>:

- a) necessidade de "conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas";
- b) inexistência de "disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento" das "provas pelo órgão jurisdicional";
- c) igualdade, para as partes, de "possibilidades de participar dos atos praticados e de pronunciar-se sobre os seus resultados".

Trocker<sup>37</sup>, citado por Grinover, cita a exigência do contraditório na formação e produção das provas:

- a) a proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes;
- b) a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes;
- c) a obrigação do juiz, que disponha de poderes de ofício para admissão de um meio de provas, de permitir às partes, antes de sua produção, apresentar os meios de provas que pareçam necessários em relação aos primeiros;
- d) a obrigação de permitir a participação dos interessados na produção das provas.

As espécies de prova são a testemunhal, a documental e a pericial.

#### 2.5.1.1 Prova testemunhal

Testemunha é a pessoa que presta declarações a respeito de um fato de que tem conhecimento, ou, ainda, sobre aspectos ligados a determinada pessoa. Trata-se de prova relevante no processo penal, pois, na maioria das vezes, a verificação do crime e da autoria é feita pelos depoimentos testemunhais.

São três os caracteres do testemunho: a oralidade, a objetividade e a retrospectividade. Em regra, a prova testemunhal é colhida por depoimento oral, sendo excepcionais os casos em que se admite depoimento escrito. Incumbe ao depoente se

---

<sup>36</sup> BARBOSA MOREIRA, J. C. A garantia do contraditório na atividade de instrução, Temas de direito processual (terceira série), p. 67.

<sup>37</sup> TROCKER (*La parità delle armi tra le e potere del giudice nel processo civile*, Milano, p. 358), citado por Grinover, As garantias constitucionais do processo, Novas tendências... p. 21-22.

pronunciar de forma objetiva, s em fazer apreciações pessoais a respeito do que está testemunhando. Por fim, as testemunhas referem-se em seus depoimentos a fatos passados.<sup>38</sup>

#### 2.5.1.2 Prova documental

*Lato sensu*, documento representa registro de uma manifestação do intelecto. *Stricto sensu*, configura o escrito. No CPP, o art. 232 prevê como "documentos quais quer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares", adotando um conceito escrito. Entretanto, em seus art. 165 e 170 adota conceito mais amplo.

Art. 232 - Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

Parágrafo único - À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original.

Art. 165 - Para representar as lesões encontradas no cadáver, os peritos, quando possível, juntarão ao laudo do exame provas fotográficas, esquemas ou desenhos, devidamente rubricados.

Art. 170 - Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas.

Regra probatória, invertendo-se o seu ônus, como presunção legal relativa de não-culpabilidade.

Tourinho Filho divide os documentos em:

- "escritos - documentos que tomam corpo no papel em que são escritos";
- "gráficos - quando os fatos ou idéias são representados por sinais gráficos diversos da escrita: desenhos, pinturas, cartas topográficas etc";
- "direitos - quando o fato representado se transmite diretamente para a coisa representativa - fotografia, fonografia, cinematografia, microfotografia etc"<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> TOURINHO FILHO, F. da C., Processo Penal, p. 298-300.

<sup>39</sup> TOURINHO FILHO, F. da C. Obra citada, p. 337.

### 2.5.1.3 Prova pericial

A prova pericial é aquela decorrente do exame realizado sobre fatos ou condições de determinadas pessoas por quem possui conhecimento técnico. Essa pessoa é o perito. O objeto da perícia deve estar relacionado com o fato criminoso.

O exame de corpo de delito é uma importante prova pericial do processo penal. João Mendes Jr. define como o conjunto dos elementos sensíveis do fato criminoso<sup>40</sup>. O exame, em relação ao corpo de delito, é a prova de sua existência, sendo necessário quando a infração deixa vestígios (art. 158, CPP).

“Art. 158 - Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Em relação à prova pericial em geral e no tocante ao exame do corpo de delito impõe-se a observância das exigências decorrentes do direito à prova e de formas diversas manifesta-se esse direito:

- a) direito de requerer a produção da prova pericial;
- b) direito de apresentar quesitos para a realização da prova;
- c) direito a acompanhar a colheita de elementos pelos peritos para elaboração do laudo, pela natureza da perícia, isso for possível;
- d) direito a se manifestar a respeito da prova produzida, podendo requerer nova perícia, sua complementação ou esclarecimentos dos peritos;
- e) direito a que o juiz examine a prova pericial produzida e leve em conta o pronunciamento da parte a seu respeito.

O acusado não tem o dever de provar a sua inocência, cabe ao acusador comprovar a sua culpa, sendo considerado inocente, até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Esta sentença deve decorrer de um processo judicial, dentro dos moldes legais, o qual deve ser instruído pelo contraditório, pela proibição de provas ilícitas e esteja arrimado em elementos sérios de convicção. Só depois desta, o suspeito será considerado culpado.

---

<sup>40</sup> MENDES JÚNIOR, J. Processo penal brasileiro, v.2, p. 7.

Em razão disso, pode-se afirmar que não foi recepcionado o comando legislativo que cuida do interrogatório do réu (CPP, art. 188), eis que não se pode obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos. Admitir-se o contrário, seria violar a cláusula do devido processo legal (*due process of law*) que assegura o direito do acusado de não ser obrigado a produzir prova contra a sua pessoa (CF, art. 5º, LIV).

Materializando o *devido processo legal*, nossa Carta Política assegura ao acusado o direito de permanecer calado (CF, art. 5º, LXIII), representando, na lição de Antonio Magalhães Gomes Filho uma exigência inafastável do processo penal informado pela presunção de inocência, pois admitir-se o contrário equivaleria a transformar o acusado em objeto da investigação, quando sua participação só pode ser entendida na perspectiva da defesa, como sujeito processual. Diante disso, evidente que o seu silêncio jamais pode ser interpretado desfavoravelmente, como ainda prevêem certas disposições de lei ordinária (artigos 186 e 198 do CPP).

Decorrente da inversão do ônus probatório, é a delimitação de prazos razoáveis, para a realização de atos processuais, importando na garantia de que o réu não será infinitamente investigado pelo Poder Público, e se estiver preso, deverá ser imediatamente libertado, caso os prazos não sejam respeitados, pela acusação ou pelo Juiz.

#### 2.5.1.4 Teste de DNA

A análise em DNA é o meio mais preciso disponível atualmente para determinação de paternidades ou maternidades duvidosas, além, é claro, de proporcionar a elucidação de crimes, seja através, do sangue ou de tecidos do ser humano. DNA é a abreviação do ácido desoxirribonucleico, considerado o tijolo de construção genético da vida. É a extrema variabilidade a nível de DNA que supera a variabilidade de outros sistemas utilizados anteriormente (ABO, Rh, HLA, etc). Através de sua análise podemos diferenciar um indivíduo do outro, já que todas as pessoas apresentam um padrão único em seu DNA, menos os gêmeos idênticos (univitelinos). Já existem diversos casos aonde exames sangüíneos da era pré-DNA (inclusive o HLA) não foram capazes de absolver indivíduos que o teste em DNA demonstrou, posteriormente, tratar-se claramente de exclusão, ou seja, o suposto pai não era o pai biológico.



O DNA pode ser detectado no núcleo (centro) de qualquer célula de um organismo, dentro de pequenos pacotes genéticos chamados cromossomos, com exceção das células vermelhas do sangue (hemácias) que não tem núcleo e portanto não tem DNA. Assim, o DNA das células brancas de seu sangue é exatamente igual ao DNA das células de sua pele, dos tecidos, da raiz do cabelo, dos ossos, do sêmen, da saliva, dos músculos, das células contidas na urina. Seu DNA é formado no momento da concepção e jamais mudará, mesmo depois da morte. Ingestão de drogas, medicamentos, radiação, não produzem mudanças no DNA que possam alterar o resultado de um teste de paternidade deste tipo. Como o exame em DNA para determinação de Paternidade deve ser feito apenas com o consentimento de todas as partes envolvidas, o material coletado é na grande maioria das vezes sangue venoso do braço, pela facilidade de coleta e pelo fato de obtermos grande quantidade de DNA das células brancas sanguíneas.

### 3. PRISÃO TEMPORÁRIA

#### 3.1 ORIGEM HISTÓRICA

A *prisão temporária* foi instituída pela Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, sendo posteriormente convertida na Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, com o argumento de combater a crescente criminalidade organizada, sobretudo, nos grandes centros urbanos.

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

A prisão temporária tem inspiração na legislação de diversos países como Portugal, Inglaterra, França, Itália, Espanha, Argentina, Estados Unidos e Alemanha, e apesar de instituída em 1989, estava prevista como providência cautelar na proposta de reforma do Código de Processo Penal constante do Projeto de Lei n.º 1.655, de 1983,<sup>41</sup> oriunda do Anteprojeto de José Frederico Marques, de 1970. Seu objetivo, justificado na exposição de motivos, era evitar prisões preventivas desnecessárias.

No Projeto, a prisão temporária era limitada não só ao prazo de cinco dias, mas também às situações previstas, restritivamente, no artigo 424, que na essência foi copiado pela lei vigente.

Art. 423. Mediante representação da autoridade policial, a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou de seu representante legal, o juiz pode decretar, motivadamente e no máximo por cinco dias, a prisão temporária. Artigo 424. Admite-se a prisão temporária quando: I) imprescindível para compelir o indiciado ou acusado ao cumprimento de ônus a que está sujeito no inquérito policial ou no processo; II) o indiciado estiver perturbando o curso da investigação, em situação semelhante à prevista no artigo 417, n.º II: (Art. 417: Pode ser decretada a prisão preventiva quando ocorrer uma das seguintes hipóteses: II) indícios de que o indiciado ou acusado está tentando tumultuar, adular a investigação ou a instrução, coagir, intimidar ou subornar o ofendido, a testemunha ou o auxiliar da justiça). (BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei n.º 1.655, de 1983, que instituiu (instituiria) o Código de Processo Penal, Diário do Congresso Nacional, Seção I, Brasília, 1 Jul. 1983)

---

<sup>41</sup> BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei n.º 1.655, de 1983, da Câmara dos Deputados, que instituiria o Código de Processo Penal, Diário do Congresso Nacional.

Mas ao adotar esse texto, já numa outra realidade jurídica, a Lei n.º 7.960/89 não fez as atualizações que se tomaram necessárias, produzindo dúvidas e incertezas na sua aplicação. Dúvidas, por exemplo, quanto à necessidade ou não de se conjugar as exigências dos três incisos para se decretar a prisão.

Há respeitáveis opiniões defendendo o concurso dos disposto nos três incisos, o que, por consequência lógica, restringe a prisão temporária aos crimes do indicados no inciso III, e ainda se presentes as condições dos incisos I ou II, o que não é a melhor interpretação legal. Se fosse essa a sua melhor exegese, não haveria qualquer razão para se dividir o artigo 1.º em incisos. A interpretação topográfica, apesar de não ser essencial à hermenêutica, é pelos menos significativa. Os incisos, no sistema legislativo brasileiro, sempre foram unidades autônomas, vinculadas ao preceito do parágrafo ou do artigo, como é o caso.

Corrobora esse entendimento a idéia original, explícita no artigo 425 do Projeto, onde ficou evidente que a prisão temporária poderia ser decretada se presente qualquer das hipóteses de cada inciso; o concurso delas era alternativo e não cumulativo.

Entretanto, no texto vigente essa conclusão não é de compreensão imediata. E a falta de clareza decorreu da vigente redação do inciso III, mutilado pelo Congresso Nacional ao alterar a Medida Provisória, que adotara, originariamente, a mesma redação do Projeto.

A redação do inciso I difere-se da dos dois outros – II e III –, não exigindo condição ou classificação de quem será preso, o que permite a prisão temporária de qualquer pessoa, naturalmente suspeita, desde que a prisão seja imprescindível às investigações. Constava da exposição de motivos da Medida Provisória que a prisão temporária tinha por fim 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».

Continuando a analisar a Lei, observa-se que no inciso II, seguindo aquela ordem temporal referida, a fase de suspeição já foi ultrapassada. Não há mais a imprescindibilidade da prisão para investigações relativas à autoria e/ou participação. Já se individualizou uma pessoa, que foi inclusive indiciada. A finalidade da custódia, neste caso, é assegurar a perspectiva de aplicação da lei penal, impedindo a fuga pelo menos na fase das investigações. Essa possibilidade de fuga é

presumida pela falta de residência e pelo desconhecimento da real identidade do indiciado, exatamente como constava do artigo 92 do Projeto.

Essas duas situações são suficientes e dispensam outros fundamentos para o decreto de prisão, cabível independente do crime praticado.

Por fim, o inciso III da Lei enumera alguns crimes, quase todos arrolados também no parágrafo único do artigo 419 do Projeto. Ocorre que o inciso V do artigo 424 do Projeto, e que fazia referência a esse parágrafo do artigo 419, referia-se à figura da «suspeita razoável do investigado» (Admite-se a prisão quando houver suspeita razoável de participação do investigado em qualquer dos crimes referidos no parágrafo único do artigo 419), sendo que as designações investigado e indiciado, no Projeto, não foram usadas como sinônimas. A Medida Provisória também manteve a distinção: «Quando houver fundada suspeita de autoria ou participação do investigado nos seguintes crimes.» A alteração foi feita na conversão dessa Medida para a Lei vigente.

Dizia o Projeto que se ocorresse razoável suspeita de participação em qualquer desses crimes, «a fundamentação da prisão poderia restringir-se à demonstração de prova da existência da infração e de indícios suficientes de autoria», ou seja, nesses casos e na fase de suspeição, anterior ao indiciamento, a imprescindibilidade da prisão dispensava motivação judicial. A presunção da sua necessidade era *ipso jure; opus legis*. Decorria da própria lei ante a gravidade dos crimes praticados.

Como a Medida Provisória copiou o Projeto e o Congresso se encarregou de piorá-la na conversão, não foi mantida a coerência terminológica original. Trocou-se razoáveis suspeitas por fundadas razões; atualizou-se o binômio autoria/participação, inserido pela nova parte geral do Código Penal, e substituiu-se suspeito investigado por indiciado, como se esta palavra fosse apenas mais moderna e mais sonora do que aquela expressão. O legislador não se deu conta da sutil diferença feita por José Frederico Marques: uma situação é prender para investigar; outra é prender com o resultado das investigações. Para aquela, o Projeto exigia demonstração da infração e indícios de autoria que recaíssem sobre o suspeito investigado. A partir do momento em que havia o indiciamento de pessoa solta, a prisão temporária passava a exigir motivação vinculada a uma das hipóteses previstas no artigo 424.

Tem-se, neste ponto, a impressão que o indiciado, contra quem já existia alguma evidência, possuía mais garantias do que o simples suspeito, o que está correto. A prisão temporária visa assegurar as investigações. Identificado o autor, ela não é mais cabível, senão excepcionalmente para impedir a fuga imediata, para permitir a identificação e a localização de outros autores ou partícipes, para viabilizar a busca de elementos que ratifiquem o indiciamento, tais como instrumentos de prova da infração etc.... É até possível que caiba outra forma de custódia, como a prisão preventiva, mas não a prisão temporária, que tem como meta o sucesso das investigações.

De uma forma resumida, a prisão temporária autorizada no inciso I visa assegurar a prisão de um suspeito e o seu indiciamento e a garantir a conclusão das investigações. A lei vigente confundiu tudo isso. De inédito, inovou ao permitir a prisão do suspeito de qualquer crime, desde que imprescindível para as investigações. Esta é a verdadeira prisão para investigação, expressão evitada pelo purismo do Projeto, que temia sua compreensão como sinônima de prisão para averiguação.

A possibilidade da prisão de suspeito, na forma autorizada pela Lei, não constitui um atentado à inocência, na medida em que exige a demonstração da sua imprescindibilidade para as investigações, tornando obrigatória uma razoável suspeita sobre determinada pessoa. Razoável suspeita é a expressão usada no artigo 5.º, n.º 1, alínea c), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Por *reasonable suspicion* pressupõe-se a existência de fatos ou informações de modo que um observador objetivo, valorando-os, possa formar um juízo no sentido de se convencer de que a pessoa poderia ter praticado um crime.

O que se deve entender por *reasonable suspicion* depende das circunstâncias do caso concreto. Não se pode tomar a expressão razoável suspeita como sinônima de mera desconfiança (*bona fide*), esta sim, insuficiente para a quebra de uma garantia constitucional. Todavia, exigir-se da polícia os mesmos elementos que se exigem para uma condenação, além de colocá-la em dificuldades desproporcionais às suas medidas contra a criminalidade, impediria a aplicação da prisão temporária. Haveria uma conseqüente vitória dos criminosos, produzida por um legalismo sem precedentes em qualquer outra parte do mundo onde se aplicam leis semelhantes.

Não se exige que a polícia prove fundamentadamente a suspeita mediante a publicização de fontes ou fatos confidenciais que permitam concluir a proveniência das fontes. É importante alertar que se a polícia tivesse todos esses elementos apurados e disponíveis, não necessitaria da prisão para investigar. Não é necessário que as informações contenham pormenores, mas tão-somente os elementos fáticos da suspeita, de maneira a permitir um juízo sobre a sua conformidade com o direito. É fundamental que a polícia que procedeu às investigações até então desenvolvidas, porém insuficientes, tenha uma suspeita sincera, autêntica, no sentido de que a pessoa em causa praticou o crime (*honest suspicion*). Ela tem que oferecer os elementos e as condições para se verificar se mesmo com a custódia será mantido intacto o núcleo de proteção ínsito na Constituição Federal, buscando encontrar o adequado equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais e a garantia dos direitos da sociedade, em nome de quem são feitas as restrições daqueles.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em julgamento realizado em 3 de Agosto de 1990, decidiu que para a prisão temporária basta uma *honest suspicion*, uma suspeita digna, considerável e confiável<sup>42</sup>.

Na Inglaterra, a Lei que regula a prisão temporária de terroristas, interpretada em julgamento da *House of Lords*, realizado em Fevereiro de 1985, recebeu e tem recebido interpretação semelhante, entendendo-se que basta uma suspeita sincera, honesta; que não haja má fé na apresentação de um suspeito<sup>43</sup>.

O que não se pode admitir – e essa é a conclusão de todos os países que têm prisão temporária – é uma interpretação da lei no sentido de impor à polícia obstáculos exageradas no combate à criminalidade, o que inviabilizaria a aplicação desta irrenunciável providência cautelar<sup>44</sup>.

Ao admitir a prisão do indivíduo já indiciado, sem residência ou sem identidade conhecida (inciso II), a Lei apenas manteve o texto original do Projeto. É imprescindível conhecer a identidade do indiciado e sua residência, motivos mais do

---

<sup>42</sup> A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi extraída da sentença que esse Tribunal proferiu ao aplicar o artigo 5.º, ns.º 1, c); 2, 4 e 5, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no caso conhecido como Fox, Campbell e Hartley, que foram presos temporariamente no Reino Unido sob suspeita de terrorismo. O julgamento ocorreu em 03 de Agosto de 1990 e está publicado na Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n.º 4, páginas 587 a 602, ano I, 1991, em compilação de Stefan Trechsel (St. Gallen, Suíça). A tradução do alemão foi feita pelo Prof Dr Jorge de Figueiredo Dias, da Universidade de Coimbra.

<sup>43</sup> A Jurisprudência da Câmara dos Lordes está no All English Law Reports, números 1 a 4.

<sup>44</sup> Na França chama-se garde à vue - guarda sob olhos (da polícia); detenção provisória, na Alemanha; detenção sem mandado, no Estados Unidos; detenção, na Argentina; retenção, na Itália).

que suficientes para sua custódia até a ação penal, quando esses argumentos serão observados na sua possível conversão em prisão preventiva.

Quanto ao item III, a Lei, ao substituir as expressões investigado suspeito por indiciado, além de criar confusão, quase pôs abaixo toda a sua finalidade. O texto, mutilado, não tem sentido. Fundadas razões é elemento de motivação e não de indicação de autoria e participação. Para estes casos a expressão correta é razoável suspeita (*reasonable suspicion*). O Projeto e a Medida Provisória se referiam à autoria porque tratavam do suspeito. No momento em que se tem um indiciado, essa fase estará superada. Seria inadmissível que se tolerasse o indiciamento de alguém sem indícios anteriores de autoria ou participação.

Com essas anotações, a única forma de se aplicar o texto vigente é exigindo, também no caso do inciso III, a motivação, que deve consistir na imprescindibilidade para as investigações. É aquilo que o artigo quis dizer e não disse: as fundadas razões para a prisão e não para a autoria e participação, que a essa altura já estarão definidas<sup>45</sup>.

Assim, para se decretar uma prisão temporária impõe-se à autoridade requerente demonstrar, com fundadas razões, uma suspeita sincera e a imprescindibilidade da medida para as investigações chegarem a bom termo, independente da tipificação do crime. É preciso justificar o porquê de não se poder prosseguir as investigações sem a prisão. Isso porque a prisão temporária é prisão para investigações. É o mínimo que se espera de uma representação, não sendo suficiente a simples alegação de que o indivíduo que se pretende prender é perigoso. Esse argumento poderia ser melhor aproveitado numa prisão preventiva, mas nunca numa prisão temporária.

A Prisão Temporária, se adotada dessa forma, constituirá, pela sua agilidade, um importante instrumento no combate à impunidade.

---

<sup>45</sup> Edmundo Oliveira, com a autoridade de presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que elaborou o texto da Medida Provisória,[6] também afirma que a prisão temporária pode ser decretada no caso de qualquer crime, independente de estar ou não inserido no inciso III, desde que com fundamento nos incisos I ou II, reforçando a conclusão de que o inciso III, com a redação que lhe deu a Lei, é inócuo. Bastariam os dois anteriores.

### 3.2 PRISÃO CORRECIONAL - PRISÃO PARA AVERIGUAÇÃO

A prisão temporária é prisão para investigações, tanto que seu prazo encerra-se com o oferecimento da denúncia. Não seria razoável que a lei exigisse um indiciado antes das investigações, quando o indiciamento é consequência delas. Pela própria ordem de precedência do inciso I, tem-se uma noção temporal. Na fase investigatória, em primeiro lugar surge um suspeito; é exatamente esse suspeito que o inciso I autorizou que fosse preso temporariamente.

É preciso diferenciar prisão para investigações de prisão para averiguações; esta, um sacrilégio para alguns processualistas. A prisão para investigações, que é a prisão temporária, parte de um fato criminoso para uma pessoa determinada; a prisão para averiguações parte de pessoas indeterminadas para se apurar fatos, de forma aleatória.

Assim, diante de um homicídio, de um roubo, ou de outro crime qualquer, se iniciam as investigações que indicam uma pessoa como suspeita, sendo cabível sua prisão temporária se não for possível concluir essa fase com ela solta. Essa é a prisão para investigações.

Na prisão para averiguações a operação é diferente. As autoridades, em regra policiais, prendem pessoas para descobrir crimes que não estavam investigando, ou para apurar crimes em que essas mesmas pessoas não integravam o rol de suspeitos. São as conhecidas operações arrastão, realizadas em áreas de contingente criminoso, onde o critério para limitar o direito de ir e vir é a simples presença nesses locais. Somente após a prisão é que serão conduzidas às delegacias para se averiguar eventuais envolvimento com infrações penais; isso é bem diferente de prender para investigar um crime já conhecido, em que a suspeição está delimitada a um indivíduo, havendo, neste caso, controle dessa injustiça necessária. Isto é legal e não é inconstitucional.

#### 3.2.1 Cabimento da Prisão Temporária

Os crimes que admitem a prisão temporária são os elencados na lei que a criou e na lei dos crimes hediondos, tratando-se de enumeração taxativa e não exemplificativa, dada sua gravidade, sendo assim indispensável a observância do rol estabelecido pela própria lei.



Como bem assegura Vicente Greco Filho, "Pode-se dizer que a prisão temporária é uma antecipação da prisão preventiva; tem requisitos menos rigorosos que ela, mas não será decretada se manifestamente não se decretaria aquela".

Ademais, parece ter tido a prisão provisória inspiração no disposto do art. 312/CPP. Note-se a semelhança entre o disposto no inciso II do art. 1º que pode ser aproximada da "conveniência da instrução criminal". Há ainda relação estreita entre o inciso III da Lei com "a prova da materialidade da infração", também aludida no art. 312/CPP.

Sua decretação, vale lembrar, em nenhuma hipótese importa no reconhecimento antecipado da culpa do acusado, o que relativiza bastante a importância das afirmações de sua provável inconstitucionalidade de quando medida provisória (originalmente, MP 111 de 24.12.89), aparentemente superada após a promulgação da Lei.

O grande problema consiste na arbitrariedade que tal medida pode acarretar, uma vez que basta sua invocação pelo 'senhor das investigações', o delegado de polícia, citando sua imprescindibilidade para a investigação criminal e a medida poderá ter autorização legal e judicial, se concedida. Certo é que, após a promulgação da referida Lei, foi o delegado elevado à condição de "senhor processual", concedendo-o poderes quase ilimitados sobre a liberdade de seus "clientes". E não se têm dificuldades em obtê-las.

O inquérito policial, fase meramente administrativa da *persecutio criminis*, é procedimento inquisitivo, sem que haja o direito ao contraditório e à ampla defesa, bastando os argumentos do delegado, nem sempre imparciais, para o convencimento do juiz.

Debate doutrinário incide sobre a interpretação do aludido artigo, se os incisos devem estar presentes isolada ou combinadamente

Para a Profa. Ada Pellegrini Grinover, necessária se faz a presença de apenas um dos incisos I e II (caracterizadores do *periculum libertatis*) aplicável cumulativamente com o inciso III (*fumus boni iuris*, ou como já visto, é o *fumus delicti*), ambos do art. 1º. Comungam desta idéia Damásio de Jesus e Antonio Magalhães Gomes Filho.

Já Vicente Greco Filho e Fernando Capez entendem ser necessária combinação entre eles para depois combiná-los com as hipóteses de prisão preventiva (art. 312/CPPB), o que evidencia a importância deste segundo instituto.

Certo é que, combinados cumulativamente, como pretende Antônio Scarance Fernandes, parece ser 'letra morta', já que em ínfimos casos poderia ser aplicada, o que certamente depõe contra a intenção dos legisladores.

Doutra forma, exigir a ocorrência de apenas um dos incisos parece à maioria dos mestres uma incoerência legislativa, cuja aplicabilidade pode levar a abusos e absurdos.

### **3.2.2 Requisitos legais para a decretação da 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 – fundadas razões da autoria ou participação do indiciado em qualquer um dos crimes de: homicídio doloso, seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal com resultado morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro.

Para Tourinho Filho e Julio F. Mirabete, os incisos são aplicados isoladamente.

Antônio Scarance Fernandes entende que são cumulativos (I,II,III).

Ada Pellegrini Grinover sustenta que só poderá ocorrer a prisão temporária nos crimes capitulados no inciso III.

Para Damásio E. de Jesus e Antônio Magalhães Gomes Filho, a prisão temporária só pode ser decretada naqueles crimes apontados pela lei. Nestes crimes, desde que concorra qualquer uma das duas primeiras situações, caberá a prisão temporária. Assim, se a medida for imprescindível para as investigações ou se o endereço ou identificação do indiciado forem incertos, caberá a prisão cautelar, mas desde que o crime seja um dos indicados por lei;

Paulo Lúcio Nogueira entende que cabe a prisão temporária somente nos crimes referidos no inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89 e nos crimes hediondos (Lei 8.0872/90), com nova redação dada pela Lei nº 8.930/94

Vicente Greco Filho diz que a prisão temporária pode ser decretada em qualquer das situações legais, desde que, com ela, concorram os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Fernando Capez entende que a prisão temporária somente pode ser decretada nos crimes em que a lei permite a custódia. No entanto, afrontaria o princípio constitucional do estado de inocência permitir a prisão provisória de alguém apenas por estar sendo suspeito pela prática de um crime grave. Inequivocamente, haveria mera antecipação da execução da pena. Daí entender ser possível a provisória, quando o agente ser apontado como suspeito ou indiciado por um dos crimes constantes da enumeração legal, e, além disso, deve estar presente pelo menos um dos outros dois requisitos, evidenciadores do *periculum in mora*. É a mesma posição do professor Damásio de Jesus e Antônio Magalhães.

Há, ainda, doutrinadores que acreditam que o certo é a combinação dos incisos I com o II e I com o III.

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

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

Por ter um prazo muito pequeno, cinco dias prorrogáveis por mais cinco, o juiz deve analisá-la com muita prudência para que não cometa uma arbitrariedade, haja vista que o remédio constitucional hábil para combater as prisões arbitrárias e ilegais, o *habeas corpus*, seria ineficaz, devido a exigüidade do tempo. Nos crimes intitulados hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, consoante ao disposto no art. 2º *caput* e § 2º da Lei 8072/90, o prazo da

prisão é de trinta dias prorrogáveis por mais trinta, em havendo necessidade, o que daria tempo para o advogado impetrar o remédio heróico e conseguir uma ordem em favor do Paciente.

Ainda sobre a prática dos crimes hediondos e assemelhados, *data venia*, consideramos ser de singular importância a ementa do STF:

A gravidade do crime imputado, um dos malsinados "crimes hediondos" (Lei 8.072/90), não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII)" (RTJ 137/287, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Desta mesma idéia comunga o eminente Fernando Tourinho Filho:

Se toda e qualquer prisão provisória descansa, inquestionavelmente, na necessidade, a proibição da liberdade, nestes casos, mesmo ausentes os motivos para a decretação da prisão preventiva, é um verdadeiro não-senso e violenta o princípio constitucional da presunção da inocência.

Se a prisão temporária é verdadeira antecipação da prisão preventiva, conforme defendem alguns, com ela não se confundem e, portanto, não podemos associar, os requisitos da preventiva, já que naquela prisão são mais superficiais e tem ela duração certa, enquanto na preventiva são mais exigentes e requerem decisão fundamentada, dada sua excepcionalidade, o que não ocorre com a temporária, que se está tornando comum na prática judiciária e até mesmo perigosa pelos danos que tem causado e que não têm sido devidamente reparados.

### 3.2.3 Procedimento

A prisão temporária pode ser decretada em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público. Não pode ser decretada de ofício pelo juiz. No caso de representação da autoridade policial, o juiz, antes de decidir, tem de ouvir o Ministério Público.

O juiz tem o prazo de vinte e quatro horas, a partir do recebimento da representação ou requerimento, para decidir fundamentadamente sobre a prisão.

O mandado de prisão deve ser expedido em duas vias, uma das quais deve ser entregue ao indiciado, servindo como nota de culpa.

Efetuada a prisão, a autoridade policial deve advertir o preso do direito constitucional de permanecer calado.

Ao decretar a prisão, o juiz poderá determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações da autoridade policial ou submetê-lo a exame de corpo de delito.

O prazo de cinco dias pode ser prorrogado uma vez em caso de comprovada e extrema necessidade.

Decorrido o prazo legal, o preso deve ser colocado imediatamente em liberdade, a não ser que tenha sido decretada sua prisão preventiva, pois o atraso configura crime de abuso de autoridade.

O preso temporário deve permanecer separado dos demais detentos.

### 3.2.4 Inconstitucionalidade da Prisão Temporária

Art. 62 - Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Emenda 032-2001)

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

...

b) direito penal, processual penal e processual civil;

....

A prisão temporária tem provocado controvérsias, não só quanto à sua constitucionalidade, como ainda a respeito dos crimes, em que tem cabimento, assim quanto à exigência dos seus requisitos.

Muitos autores, como Tourinho Filho<sup>46</sup>, Alberto da Silva Franco<sup>47</sup>, Rui Cascaldi<sup>48</sup> e Dirceu Cintra Júnior<sup>49</sup>, entendem que se trata de medida inconstitucional, por ser medida "odiosa e arbitrária", além de desnecessária.

---

<sup>46</sup> TOURINHO FILHO, Processo Penal, p. 35.

Também *Paulo Lúcio Nogueira*<sup>50</sup> entende ser inconstitucional a prisão temporária por se tratar de prisão do simplesmente *suspeito*, sem indiciamento, quando o próprio condenado dificilmente vai para a prisão. E também, por contrariar, no caso, flagrantemente o princípio da inocência (art. 5º, LVII, da CF). Deve-se levar em conta ainda que pode ser substituída pela prisão preventiva, pois é preciso investigar primeiro para depois prender e não prender para investigar.

### 3.3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

a) a polícia já prende provisoriamente os suspeitos de crime, devendo assim ser legalizada essa forma de prisão;

b) a prisão temporária seria somente para casos graves, como estupro, latrocínio, tráfico de drogas e assaltos;

c) a prisão temporária ajudaria as investigações, facilitando o trabalho policial;

d) a prisão contribuiria para conter a onda de violência;

e) a prisão seria decretada pela autoridade policial que fosse bacharel em direito (como querem os delegados) ou pela judiciária (Projeto Reale-Dias), sendo que na primeira hipótese haveria comunicação ao juiz em vinte e quatro horas;

f) a duração da prisão seria de cinco dias apenas, tempo suficiente para investigações;

g) existem outras formas de prisão administrativas decretadas por desvio de dinheiro dos cofres públicos ou do estrangeiro para expulsão.

---

<sup>47</sup> FRANCO, A. da S., Crimes hediondos, p. 164.

<sup>48</sup> CASCALDI, R. A prisão temporária.

<sup>49</sup> CINTRA JÚNIOR, D., Prisões cautelares - uso e abuso. 703:206.

<sup>50</sup> NOGUEIRA, P. L. Curso Completo de Processo Penal, p. 306.

### 3.4 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

Fernando Tourinho Filho critica ferrenhamente esta modalidade de prisão, classificando-a de retrocesso.

a) a prisão temporária é desnecessária na conjuntura atual, em que a prisão só se destina aos condenados perigosos, não devendo ser imposta ao simplesmente suspeito;

b) a polícia tem outros meios de conter a violência, podendo prender em flagrante, o que costuma fazer, ou pedir a preventiva, que tem sido concedida sempre que necessária;

c) a prisão para averiguações está implícita no poder de polícia, e dificilmente alguma autoridade é processada por esse motivo, não se justificando esse infundado receio da polícia;

d) para os casos graves de latrocínio, estupro, assalto, seqüestro etc, já existe a prisão preventiva, facilmente obtida;

e) de modo algum a prisão temporária ajudará a conter a violência, mas poderá ser nova fonte de arbítrio, aumentando a violência policial;

f) na maioria dos Estados brasileiros, as autoridades policiais não são bacharéis em direito, mas leigos propensos a arbitrariedades;

g) já houve proposta de a prisão temporária se decretada pelo promotor de justiça, que foi veementemente criticada por se tratar ele de parte do processo, o que levou seu autor a mudar o anteprojeto nesse particular;

h) se já existe prisão administrativa para aqueles que desviam dinheiro dos cofres públicos, não se tem notícia de sua aplicação, quando os desfalques são constantes, não sendo, assim, medida que se aplica contra os poderosos;

i) a prisão temporária teria como destinatários apenas os pobres e humildes, que são os únicos que comparecem perante a justiça, quando os grandes culpados continuam impunes;

j) a Lei de Segurança Nacional vigente prevê a custódia ou prisão cautelar por quinze dias, imposta pelo encarregado do inquérito, mas tal permissão foi revogada pela Constituição Federal, que ampliou os direitos e garantias individuais;

k) no período autoritário, a custódia imposta pelo encarregado do inquérito militar era de trinta dias, e todos se lembram de que muitos detidos sofreram torturas ou desapareceram, com a conivência da Justiça Militar, sem que os torturadores fossem responsabilizados, mas sim anistiados.

Aplica-se à prisão temporária o que o ilustre professor *Weber Martins Batista* disse sobre a prisão provisória ou cautelar, ou seja, não é vantajosa nem para a justiça nem para o detido, pois "acontece que os fatos, assim expostos, não correspondem à realidade das coisas. A prisão provisória ocorre quando o juiz não tem, ainda, todos os elementos para decisão. Assim, pode acontecer que o detido não seja condenado a um apenas de prisão igual ou superior ao tempo em que esteve detido"<sup>51</sup>.

Se a prisão provisória não é aconselhável e tem sido substituída pela liberdade obrigatória, sempre que inexisterem os requisitos que recomendem sua manutenção, com muito mais razão a prisão temporária do simplesmente suspeito não pode ser admitida, pois pode ser fonte de arbítrios, que não se justificam num regime de amplas garantias individuais.

Entretanto, é certo que está inserido no poder de polícia o direito de deter desordeiros ou suspeitos, pois é inadmissível que esses elementos fiquem perturbando a ordem pública, atentando contra a segurança social, zombando da própria atividade policial, só porque não existe uma ordem escrita da autoridade judiciária para prendê-lo, quando podem até mesmo estar praticando alguma infração.

"Deter" é conduzir até a delegacia, ao passo que "prender" é recolher o cidadão a alguma cela, inclusive em companhia de condenados, o que não deixa realmente de configurar abuso de autoridade.

---

<sup>51</sup> BATISTA, W. M., *Liberdade provisória*, p.9.



### 3.5 CRIMINALIDADE TRADICIONAL

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares, e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo<sup>52</sup>.

O *princípio da legalidade* ou da reserva legal constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Embora constitua hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento constitui um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples “fachada formal” de determinados Estados. O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências da justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado<sup>53</sup>.

Assim, seguindo a orientação moderna, a Constituição brasileira de 1988, ao proteger os direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5º, XXXIX, determina que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da legalidade impõe limites ao arbítrio judicial, mas não impede que o Estado – observada a reserva legal – crie tipos penais iníquos e comine sanções cruéis e degradantes. Por isso, impõe-se a necessidade de limitar ou, se possível, eliminar o arbítrio do legislador.

O *princípio da intervenção mínima*, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constitui meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito relevarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da

---

<sup>52</sup> MUÑOZ CONDE, F. e ARÁN, M. G. Lecciones de Derecho Penal, p. 74.

própria sociedade. Como preconizava *Maurach* na “seleção dos recursos próprios do Estado, o direito penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica”.

Assim, o Direito Penal assume uma *feição subsidiária* e a sua intervenção se justifica quando, no dizer de Munóz Conde, “fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito”. A razão desse princípio, afirma Roxin, “radica em que o castigo Penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e com isso produz também um dano social”.

Em suma, antes de se recorrer ao Direito Penal, deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social.

A fragmentariedade do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal.

Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário do Direito Penal, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica. Isso, segundo Régis Prado, “é o que se denomina caráter fragmentário do Direito Penal. Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa”<sup>54</sup>.

Para Munóz Conde<sup>55</sup>, o caráter fragmentário do Direito Penal apresenta-se sob três aspectos: em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente de alguns casos; em segundo lugar, tipificando somente parte das condutas que outros ramos do Direito consideram antijurídica e, finalmente, deixando, em princípio, sem punir ações meramente imorais, como a homossexualidade ou a mentira.

---

<sup>53</sup> BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, p. 10.

<sup>54</sup> PRADO, R.. Direito Penal Ambiental, p. 52.

<sup>55</sup> MUÑOZ CONDE, F. Introducción al Derecho Penal, p. 72

Sintetizando, “caráter fragmentário do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão-somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes<sup>56</sup>.

O Código Penal brasileiro, em sua parte especial, define os títulos criminais, quais sejam, os crimes contra a pessoa (art. 121 a 154), crimes contra o patrimônio (art. 155 a 183), crimes contra a propriedade imaterial (art. 184 a 186), crimes contra a organização do trabalho (art. 197 a 207), crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (art. 208 a 212), crimes contra os costumes (art. 213 a 234), crimes contra a família (art. 235 a 249), crimes contra a incolumidade pública (art. 250 a 285), crimes contra a paz pública (art. 286 a 288), crimes contra a fé pública (art. 289 a 311) e crimes contra a administração pública (art. 312 a 359-H).

Em razão do Direito Penal tutelar a vida, o bem mais caro, mais precioso, pode-se destacar aos crimes contra a pessoa, especialmente os crimes contra a vida (art. 121 a 128). Fazem parte deste capítulo, o homicídio; o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio; o infanticídio e o aborto.

**Homicídio** é a eliminação da vida de alguém levada a efeito por outrem. Embora a vida seja um bem fundamental do ser individual-social, que é o homem, sua proteção legal constitui um interesse compartilhado do indivíduo e do estado. A importância do bem vida justifica a preocupação do legislador brasileiro, que não se limitou a protegê-la com a tipificação do homicídio, em graus diversos (simples, privilegiado e qualificado), mas lhe reservou outras figuras delituosas, como o aborto, o suicídio e o infanticídio que, apesar de serem figuras autônomas, não passam de extensões ou particularidades daquela figura central, que pune a supressão da vida de alguém.

Na verdade, o direito protege a vida desde a sua formação embrionária, resultante da junção dos elementos genéticos; desde então até o início do parto, a sua eliminação tipifica o crime de aborto, uma vez que o ser evolutivo ainda não é uma criatura humana. Iniciado o parto, a conduta de suprimir-lhe a vida já tipificará o crime de homicídio. A proteção penal à vida abrange, como se constata, a vida *intra-uterina* e a vida *extra-uterina*. Contudo, se durante ou logo após o parto a própria mãe, sob a influência do estado puerperal, puser fim à vida do *neonato*, o crime será o de infanticídio, que não deixa de ser uma modalidade *sui generis* de

---

<sup>56</sup> BITENCOURT, C. R. Obra citada, p. 13.

homicídio privilegiado. Por fim, nosso Código pune quem *induz, instiga* ou *auxilia* outrem a suicidar-se, embora o suicídio, em si mesmo, não seja punível.

No crime de ***seqüestro e cárcere privado***, o bem jurídico a ser protegido é a liberdade individual, especialmente a liberdade de locomoção, isto é, a liberdade de movimento, do direito de ir, vir e ficar: liberdade de escolher o local em que deseja permanecer. Não deixa de ser, em sentido amplo, uma espécie de constrangimento ilegal, apenas diferenciado pela especialidade.

Protege-se, na verdade, o livre gozo de liberdade, que não é destruída ou eliminada tanto com o cárcere privado quanto como seqüestro: seu exercício ou livre gozo é que fica suprimido; cessada a privação, o sujeito passivo volta a gozá-la livremente, em toda sua plenitude. A liberdade, no sentido em que é protegida, nesse dispositivo, consiste na possibilidade de mudança de lugar, sempre e quando queira, sendo indiferente que a vontade desta dirija-se a essa mudança. Aliás, a valoração da liberdade violada opera-se por meio de critério puramente objetivo, sendo irrelevante que o ofendido tenha conhecimento de que a sua liberdade pessoal está sendo violada.

Como se trata de bem jurídico disponível, o consentimento da vítima, desde que validamente manifestado, exclui o crime: “o consentimento do titular de um bem jurídico disponível afasta a contrariedade à norma jurídica, ainda que eventualmente a conduta consentida se adeque a um modelo abstrato de proibição. Nesse caso, o consentimento opera como causa justificante supralegal, afastando a proibição da conduta, como, por exemplo, nos crimes de cárcere privado (art. 148), furto (art. 155), dano (art. 163) etc.”. Entretanto, esse efeito excludente do consentimento da vítima não goza de um absolutismo pleno, capaz de legitimar toda e qualquer supressão da liberdade do indivíduo. O consentimento não terá valor se violar princípios fundamentais de direito público ou, de alguma forma, ferir a dignidade da pessoa humana, por exemplo, “tempo de privação de liberdade (perpétua ou por muito tempo) ou o modo de sua supressão (p. ex., ligado o indivíduo a cadeias, encerrado em lugar malsão etc) ou o objetivo (prestação servil, ou de qualquer modo ilícita)”<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> NORONHA, E. M. Direito Penal, p. 174.

Trata-se de *crime comum*, que pode ser praticado por qualquer pessoa, independentemente de qualquer condição especial: *material*, pois produz transformação no mundo exterior, consumando-se somente com a efetiva pravação de liberdade da vítima; *permanente*, pois a ofensa ao bem jurídico —privação de liberdade — prolonga-se no tempo, e enquanto vítima estiver privada de sua liberdade de locomoção a execução estará consumando-se; esse crime permite, em razão da sua natureza permanente, que o agente pratique o crime mesmo quando a vítima já se encontra privada de sua liberdade, desde que aquele a reduza ainda mais, como, por exemplo, alguém já se encontra em cárcere privado e é acorrentado para impossibilitar sua fuga; *comissivo* ou *omissivo*: *comissivo*, quando o sujeito ativo, com a sua ação, priva a vítima de sua liberdade; *omissivo* quando, por exemplo, o carcereiro deixar de colocar em liberdade o condenado que já cumpriu a pena, ou deixa de restituir a liberdade ao doente mental que recuperou a saúde etc.; *doloso*, não havendo previsão da modalidade culposa. Quanto ao primeiro exemplo, há certa dúvida, pois a cadeia ou penitenciária é pública e, nesse local, em tese, não pode ocorrer “cárcere privado”.

Se o agente ativo for funcionário público, e praticar o fato no exercício de suas funções, poderá configurar o crime de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65). Igualmente, quem receber e/ou recolher alguém à prisão, sem ordem escrita da autoridade competente, também incorre em crime de abuso de autoridade.

Sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, independente da capacidade de conhecer e de autodeterminar-se de acordo com esse conhecimento, incluindo-se, portanto, os enfermos mentais, as crianças de tenra idade, os loucos de todo o gênero etc.

O crime de *furto* é um *crime comum* (aquele que exige qualquer condição especial do sujeito ativo); de *dano* (consuma-se apenas com lesão efetiva ao bem jurídico tutelado); *material* (que causa transformação no mundo exterior, consiste à diminuição do patrimônio da vítima); *comissivo* (é da essência do próprio verbo nuclear, que só pode ser praticado por meio de uma ação positiva; logicamente, por intermédio da omissão imprópria também pode ser praticado, nos termos do art. 13, § 2º); *doloso* (não há previsão legal para a figura culposa); de *forma livre* (pode ser praticado por qualquer meio, forma ou modo); *instantâneo* (a consumação opera-se de imediato, não se prolongando no tempo); *unissubjetivo* (pode ser praticado, em regra, apenas por um agente); *plurissubsistente* (pode ser desdobrado em vários atos, que, no entanto, integram uma mesma conduta). O objeto material deve ser coisa móvel, não abrangendo, face a sua significação penal realista, as presunções da lei civil. A

energia elétrica ou outras de valor econômico são equiparadas à coisa móvel (art. 155, § 3º). Os direitos não podem ser objeto do crime de furto, embora possam sê-lo os títulos que os representam. A coisa móvel precisa ter algum valor econômico, pois o crime é material e requer efetiva lesão ao patrimônio.

O crime de **roubo** distingue-se do crime de furto apenas pelo emprego da “violência ou grave ameaça contra a pessoa” ou ainda pela utilização de qualquer meio que impossibilite a resistência da vítima.

Trata-se de crime complexo, tendo como elementares constitutivas a descrição de fatos que, isoladamente, constituem crimes distintos; protege, com efeito, bens jurídicos diversos: o patrimônio, público ou privado, de um lado, e a liberdade individual e a integridade física e a saúde, que são simultaneamente atingidos pela ação incriminada. Com efeito, separando-se as condutas, podem-se identificar, com facilidade, dois crimes distintos: contra o patrimônio, como gênero, são protegidas, como espécie, a posse, a propriedade e a detenção, a exemplo do que ocorre com o crime de furto; contra a pessoa, como gênero, são protegidas a liberdade individual (quando praticado mediante grave ameaça) e a integridade física e psíquica do ser humano, como espécies.

Assim como o furto, o roubo é: crime comum, de dano material, comissivo, doloso, de forma livre, instantâneo, unissubjetivo e plurrissubsistente.

Sintetizando, são bens jurídicos protegidos pelo art. 157 e seus parágrafos, além do patrimônio (posse, propriedade e detenção), a liberdade individual (constrangimento ilegal), a integridade física (lesão corporal) e a vida das pessoas (morte, no latrocínio)<sup>58</sup>.

No crime de **estelionato**, o bem jurídico protegido é a inviolabilidade do patrimônio, particularmente em relação aos atentados que podem ser praticados mediante fraude. Tutela-se tanto o *interesse social*, representado pela confiança recíproca que deve presidir os relacionamentos patrimoniais individuais e comerciais, quanto o interesse público de reprimir a fraude causadora de dano alheio.

---

<sup>58</sup> BITENCOURT, C. R. Obra citada, p. 81-82.

### O crime de estelionato, destacava Manzini

não é considerado como um fato limitado à agressão do patrimônio de Tício ou de Caio, mas antes como manifestação de delinquência que violou o preceito legislativo, o qual veda o servir-se da fraude para conseguir proveito injusto com dano alheio, quem quer que seja a pessoa prejudicada em concreto. O estelionatário é sempre um criminoso, mesmo que tenha fraudado em relações que, por si mesmas, não merecem proteção jurídica, porque sua ação é, em qualquer caso, moral e juridicamente ilícita<sup>59</sup>.

A fraude no pagamento por meio de cheque estava prevista na Lei nº 2.591/12 (Lei do Cheque), sendo cominadas as mesmas sanções previstas para o crime de estelionato, para a emissão de cheques sem a correspondente provisão de fundos. Essa previsão foi recepcionada pela Consolidação Piragibe. O Código Penal de 1940, cuja Parte Especial permanece em vigor, acresceu à previsão anterior a incriminação da conduta de “frustrar o pagamento de cheque”.

Duas são as figuras tipificadas: “emitir” e “frustrar”. *Emitir* tem o sentido de colocar em circulação o cheque sem suficiente provisão de fundos. Não se confunde com o simples ato de preenchê-lo ou assiná-lo.

*Frustrar* significa obstar o pagamento, bloqueando, retirando o saldo existente ou dando contra-ordem e, dessa forma, evitar o pagamento do cheque; mas somente a *frustração indevida* pode configurar crime. Para verificar-se essa segunda figura, no momento da emissão do título devem existir fundos, caso contrário a conduta será a primeira tipificada.

O emitente tem o direito de *obstar* o pagamento do cheque, desde que fundado em motivo justo. Somente a *frustração fraudulenta* do pagamento de cheque tipifica o crime em exame. Igualmente, a *frustração de cheque pós-datado* não configura crime, pois esse tipo de cheque não é ordem de pagamento, mas apenas uma garantia (promessa de pagamento), substituindo a histórica *nota promissória*.

A frustração do pagamento de cheque emitido como *garantia de dívida* não caracteriza *fraude* em sua emissão, pois o crime tipificado como estelionato exige que a obtenção da vantagem ilícita em prejuízo alheio seja decorrente de induzimento ou manutenção de *alguém em erro*, mediante artifício ou qualquer meio fraudulento.

---

<sup>59</sup> MANZINI, V. Tratado di Diritto Penale, v. 9, p. 527.

Cheque é uma ordem de pagamento à vista. Trata-se de um título de crédito, cuja definição é encontrada no âmbito do direito comercial. Sua valoração é jurídica.

*A suficiência de provisão de fundos* (elemento normativo) consiste na existência de fundos disponíveis em poder do sacado (banqueiro, em regra) que sejam suficientes para efetivar o pagamento quando da apresentação do referido título (art. 4º, § 1º, da Lei nº 7.375/85)

O agente que, visando a vantagem indevida, *emite* cheque falsificando a assinatura do titular da conta pratica crime de estelionato em sua forma fundamental. Tratando-se de *conta encerrada*, igualmente se caracteriza o crime previsto no caput do art. 171.

### 3.6 O COMPROMETIMENTO DO PROCESSO PENAL EM RAZÃO DA MÍDIA

"O poder da imprensa é arbitrário e seus danos irreparáveis. O desmentido nunca tem a força do mentido. Na Justiça, há pelo menos um código para dizer o que é crime; na imprensa não há norma nem para estabelecer o que é notícia, quanto mais ética. Mas a diferença é que no julgamento da imprensa as pessoas são culpadas até a prova em contrário." [Ventura, Zvenir, apud Barandier, Antonio Carlos, in *As Garantias Fundamentais e a Prova (e outros temas)*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris Ltda. 1997, p. 3].

A formação do Estado moderno traz consigo o fenômeno de consagração da opinião pública, que se manifesta em uma sociedade livre, desembaraçada e progressivamente articulada em vários centros categorizados de opiniões, tais como jornais, revistas, clubes e institutos, partidos e associações, rádios e televisão, todos implementados em prol de uma maior participação política dos indivíduos.

De forma abusiva, o "jornalismo de investigação" não raro capta falas e imagens consagradamente irrealis, tal como se dá na televisão, que, "com sua linguagem de espetáculo, teria como principal função entreter. Porém sua capacidade de envolvimento pode levar à elaboração de "verdades" absolutas, unilaterais, por parte daqueles que controlam sua produção, rompendo perigosamente, a relação entre o real e o imaginário".



Ao não se propiciar o princípio processual do contraditório e a ampla defesa, compromete-se o direito e a justiça.

A prisão temporária, a ser decretada pelo juiz tem sido criticada, pois se atualmente o criminoso preso em flagrante pode ter sua prisão relaxada ou obter a liberdade provisória, e o próprio condenado, em regar, não vai para a prisão, reservada aos reincidentes e perigosos, por que então somente o suspeito deve ser preso temporariamente?

A função da polícia é investigar primeiro e depois, se for o caso, prender preventivamente, que é uma espécie de prisão cautelar já existente na nossa sistemática processual. Mas prender para depois investigar não deixa de ser fonte de muitos arbítrios.

## 4. CONTROLE JUDICIÁRIO DA PRISÃO TEMPORÁRIA

### 4.1 CUMPRIMENTO DA PRISÃO TEMPORÁRIA

#### 4.1.1 Local apropriado

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

É cediço que as delegacias de polícia estão superlotadas e não há a menor vontade de se solucionar o problema. A regra inserta neste dispositivo legal é corolário lógico do disposto no art. 300 do CPP. Porém, os presos provisórios acabam sendo misturados aos presos condenados, que aguardam resposta aos seus recursos, ou aos que já estão com trânsito em julgado de sua decisão condenatória. O legislador cria o direito, o Judiciário tenta conceder, mas o Executivo não cria a estrutura material para a incidência fática da norma. Ou seja, trata-se de dispositivo inútil.

#### 4.1.2 Mandado de prisão

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

...

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

A regra deste parágrafo está em perfeita harmonia com o disposto no art. 5º, LXIV, da CF, pois é direito constitucional do preso ser informado da identificação dos responsáveis pela sua prisão. Assim, a fim de impedir a prisão ocorrida na época da ditadura, em que os presos sequer sabiam quem efetuava suas prisões, o legislador erigiu, a dogma constitucional, a referida identificação, que é seguida pelo legislador ordinário. Portanto, do referido mandado devem constar os responsáveis pela execução da prisão.

#### 4.1.3 Recolhimento

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

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

Por vezes a autoridade policial primeiro prende para depois representar pela prisão temporária do indiciado. Este expediente está vedado pelo legislador, que exige primeiro a decretação da prisão, depois a expedição da ordem de captura veiculada no mandado e, por último, o ato de apreensão física do indiciado. A prisão sem a precedente ordem de captura, é manifestamente ilegal e deve ser relaxada pela autoridade judiciária..

#### 4.1.4 Soltura e abuso de autoridade - conseqüências.

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

§ 7º - Decorrido o prazo de 5 (cinco) dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

O disposto neste parágrafo deixa claro que a prisão temporária é anterior à decretação da prisão preventiva, até porque esta serve ao curso da instrução criminal. A prisão preventiva decretada no curso do inquérito policial deve ser a conseqüência de se dar vista ao Ministério Público, para oferecer denúncia, pois, se não existe indício suficiente de autoria e prova da materialidade do crime, não poderá haver prisão preventiva. Assim, reserva-se a prisão temporária para o curso do inquérito policial que, **uma vez concluído**, oferece-se denúncia, requerendo a prisão preventiva.

Questão tormentosa refere-se à necessidade de expedição de alvará de soltura, uma vez expirado o prazo. Alguns profissionais do direito entendem que, como a lei fala posto imediatamente em liberdade, não haveria necessidade da expedição da ordem de liberdade.

Paulo Rangel<sup>60</sup>, em esclarecedor artigo denominado Pequenas Considerações sobre a Lei 7.960/89, publicado na Revista do Ministério Público do estado do Rio de Janeiro nº 5, ano 1997, jan/jun, p. 168, entende não ser possível a liberdade automática, conforme segue:

Juízes, promotores de justiça e delegados de polícia têm entendido que, expirado o prazo de cinco dias (com ou sem prorrogação), o preso deve ser posto imediatamente em liberdade, independentemente da expedição de alvará de soltura, em face da letra da lei.

Com a devida vênia, ousamos divergir.

A lei deve ser interpretada não de forma literal ou gramatical, mas, sim, de forma sistemática e/ou teleológica.

O art. 4º da lei objeto de comentários acrescentou a letra i do art. 4º da Lei nº 4.898/65, criando uma nova figura típica de abuso de autoridade. Diz o citado dispositivo:

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

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

Ora, o elemento objetivo do tipo é prolongar, e este só pode ocorrer em duas hipóteses:

- a) deixando de expedir em tempo oportuno ordem de liberdade ou
- b) deixando de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

Assim, verifica-se que duas são as autoridades que podem responder pelo crime de abuso de autoridade, quando houver o prolongamento da execução da prisão temporária: o juiz e a autoridade policial, pois somente estes podem deixar de expedir (o juiz) ordem de liberdade e de cumprir (o delegado) ordem de liberdade.

Portanto, parece-nos imprescindível a expedição do competente alvará de soltura para que o preso temporário possa ser colocado em liberdade, pois, se isto não acontecer, incide a norma do art. 4º, letra i, da Lei de Abuso de Autoridade. Do contrário, o mencionado dispositivo legal cairia no vazio, pois, sempre que expirasse o prazo, a autoridade policial colocaria o preso em liberdade, livrando o juiz, em tese, do crime de abuso de autoridade. Não haveria, assim, o suporte fático para que a norma pudesse incidir, pois o crime somente se consuma quando há o efetivo prolongamento da execução da prisão temporária, e este só se dá com a negativa (dolosa) de deixar de expedir ou deixar de cumprir a ordem de liberdade.

---

<sup>60</sup> RANGEL, P. Direito Processual Penal, p. 653.

O delegado de polícia civil do Estado de São Paulo, PAULO ALVES FRANCO possui entendimento contrário<sup>61</sup>:

Não deverá aguardar a expedição do alvará de soltura para colocar o preso em liberdade. Tendo o prazo de cinco dias se expirado e não havendo necessidade de prorrogação, a autoridade policial tem o dever de tomar essa providência, independentemente de ordem judicial. Ela expedirá o alvará de soltura, determinando que o preso seja posto incontinenti em liberdade e após essa providência comunicará ao magistrado, enviando-lhe cópia do alvará de soltura e informando-lhe sobre as providências tomadas durante o período de encarceramento do preso. Se a autoridade não colocar o preso em liberdade após expirado o prazo, estará sujeita às penas da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que dispõe sobre o abuso de autoridade. Estará infringindo também o disposto no art. 5º, LXV, LXVI, e ensejará a concessão de habeas corpus nos termos do inciso LXVIII do mesmo artigo, da CF/88.

---

<sup>61</sup> FRANCO, P. A. Prisão em flagrante, preventiva e temporária, p. 444.

## 5. CONCLUSÃO

A tendência político-criminal procurou ser o eco aos reclamos de parte da sociedade na oferta das tutelas ao patrimônio e à vida. A EC nº 32/2001 disciplinou a edição de MP, prevenindo o vício de iniciativa em matéria de direito penal e processual penal. Pudemos verificar que a prisão temporária, cautelar, prescinde de pressuposto, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Todo ato normativo que emana do Estado tem o privilégio de presumir-se constitucional, até que os órgãos do Poder Judiciário se pronunciem em sentido diverso. A lei temporária jamais foi considerada inconstitucional. Mister se faz a ponderação de sua aplicação com o princípio da proporcionalidade (razoabilidade), colimada com os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência.

A atuação do juiz criminal garantista na aplicação do direito ao caso concreto, é de vital importância, pois somente através deste é possível a decretação da prisão temporária.

No estado atual, não vemos conveniência ou necessidade de legalizar a prisão temporária (indevidamente chamada cautelar, que compreende a prisão em flagrante, a preventiva ou a por pronúncia, que não vêm sendo aplicadas), pois a prisão, hoje, só se destina aos condenados perigosos e reincidentes.

Num regime democrático, as garantias e direitos individuais devem ser ampliados e não os meios de repressão; deve-se mudar o sistema punitivo com alternativas de penas, como prestação de serviço à comunidade e interdições de direitos, visto que as prisões estão falidas, não reeducam ninguém; servem tão-somente para aumentar o índice de reincidência.

Para fazer frente à necessidade de defesa da sociedade, é preciso que sejam criadas (ou efetivadas, aplicadas) armas eficazes para combater a criminalidade, que não sejam simplesmente a prisão, que, dada, sua ociosidade e promiscuidade, só deseduca e revolta o criminoso.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARBOSA MOREIRA, J. C. **A garantia do contraditório na atividade de instrução**, *Temas de direito processual* (terceira série), São Paulo: Saraiva, 1984.

BARROSO L. R. **Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade**, São Paulo: Ltr, 2001.

BATISTA, W. M. **Liberdade provisória**, Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal, Parte Especial**, v. 3, São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2000.

CAMPANHOLE, A.; CAMPANHOLE, H. L. **Constituições do Brasil – Compilação e atualização dos textos, tas, revisão e índices**. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

CANOTILHO, J.J. G. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CLÈVE, C. C. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 2. ed., São Paulo: RT, 2000.

DELMANTO, Celso, et al. **Código Penal Comentado**, 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

DOTTI, R. A. **Código de Processo Penal e legislação complementar**, 7. ed. Rio de Janeiro, 1986.

GOMES FILHO, A. M. **Direito à Prova no Processo Penal**, 1ª ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1997.

FRANCO, P. A. **Prisão em flagrante, preventiva e temporária**, 2. ed., Leme: LED Editora de Direito Ltda, 1999.

GRAU, E. R.. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**.

GRINOVER, A. P. **As garantias constitucionais do processo**.

\_\_\_\_\_. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982

JESUS, D. E. de. **Código de Processo Penal Anotado**, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRANDA, J.. **Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais**. Tomo IV. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra eds, 2000.

MANZINI, V. **Tratado di Diritto Processuale Penale italiano secondo il nuovo Códice**. Torino: Unione Tipográfica Editrice Torinese, 1931, vol. 2 e 4.

MARINONI, L. G. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Hermenêutica constitucional e Direitos fundamentais**, Brasília: Brasília jurídica, 2000.

MIARABETE, J. F. **Processo Penal**, 16. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

MOSSIN, H. A. **Curso de Processo Penal**, São Paulo: Atlas, 1997.

NOGUEIRA, P. L. **Curso Completo de Processo Penal**, 10. ed. Saraiva, 1996.

NORONHA, E. M. **Curso de Direito Processual Penal**, 23. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

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

RAMOS, J. G. G. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**, Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROSAS, R. **Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil**, 3. ed., São Paulo: itora Revistas dos Tribunais, 1999.

SCARANCE, A. F. **Processo Penal Constitucional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVEIRA, P. F. **Devido processo legal—Due process of Law**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_. **História e prática do habeas corpus**. 7. Ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

TORNAGHI, H. B. **Instituições de Processo Penal**, Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1959.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Processo Penal**, 20. ed. v. 3, São Paulo: Saraiva, 1998.

WATANABE, K. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000.



**ANEXOS:****1. PRISÃO TEMPORÁRIA - JURISPRUDÊNCIA****Matéria: Prisão - Temporária**

Recurso: Habeas corpus 116.451-3

Origem: Tatuí

Órgão Jurisdicional: 5ª Câmara Criminal -TJSP

Relator: Vanderlei Borges - Data: 30/10/91

Artigo-lei: LF 7.960/89

**Ementa:**

Prisão - Temporária - Pretendida a revogação por representar constrangimento ilegal do paciente - Inadm. - Inexistência de legalidade vez que a hipótese a autoriza, o ora paciente é suspeito de ter eliminado sua amásia e de imediato deixou o distrito da culpa, fuga precipitada que evidencia sua intenção de prejudicar a instrução - Maus antecedentes, com envolvimento na Lei Antitóxico (traficante), que justificam a providência adotada - Aplicabilidade do art. 1º, I e III "a" da LF nº 7.960/89.

**Matéria: Prisão - Temporária**

Recurso: Habeas corpus 101.763-3

Origem: Piracicaba

Órgão Jurisdicional: 3ª Câmara Criminal -TJSP

Relator: Carlos Bueno - Data: 27/12/90

Artigo-lei: LF 7.960/89

**Ementa:**

Prisão - Temporária - Excesso de prazo - Inocorrência - Prisão que não é mais temporária (LF nº7.960/89), mas sim preventiva decretada com base no art. 312 do CPP - Prazo que agora se conta a partir do decreto de prisão preventiva - Pedido prejudicado.

**Matéria: Prisão - Temporária**

Recurso: Habeas corpus 115.213-3

Origem: Pedreira

Órgão Jurisdicional: 1ª Câmara Criminal -TJSP

Relator: Fortes Barbosa - Data: 7/10/91

Tema: Crime hediondo

Artigo-lei: LF 8.072/90

**Ementa:**

Prisão - Temporária - Prazo - Prorrogação - Aplicação do art. 2º, Parte 3, da Lei nº 8.072/90 - Legalidade da prisão - Ordem denegada.

Segundo se verifica dos autos, o prazo de prisão temporária foi prorrogado com fundamento no art. 2º, Parte 3 da Lei 8.072/90 e o prazo deve ter se encerrado no dia 30/9/91. Se não há reclamo da parte do impetrante, desde então, entende-se que a autoridade judiciária ou transformou a prisão temporária em preventiva, ou ainda liberou o réu, o que significa dizer da inexistência de constrangimento ilegal presente<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> FRANCO, Paulo Alves. Prisão em Flagrante, Preventiva e Temporária, p. 444.

## 2. LEI Nº 7960, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989 (PRISÃO TEMPORÁRIA)

### LEI N.º 7.960, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989

Dispõe sobre prisão temporária.

#### O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 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:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º-10-1956), em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21-10-1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16-06-1986).

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

§ 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 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.

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

§ 4º - Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado 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 5 (cinco) dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

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

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 seções judiciárias haverá um plantão permanente de 24 (vinte e quatro) horas do Poder Judiciário e do Ministério Público para apreciação dos pedidos de prisão temporária.

Art. 6º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º - Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 21 de dezembro de 1989; 168º da Independência e 101º da República.

JOSÉ SARNEY