

Prisão temporária: Análise da constitucionalidade de sua edição legislativa

 <https://doi.org/10.56238/sevened2024.022-010>

Ivan Luiz Rufino da Silva

Doutor e Mestre em Direito pela UFPE, Procurador de Estado (Alagoas), advogado, Professor universitário,

José Fernando Prates

Bacharel em Direito, Ex-Juiz Leigo e Ex-Conciliador no 3º. Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Maceió/AL.

RESUMO

O presente estudo, inicialmente, aborda o instituto da prisão cautelar desde sua origem e fundamentos para a persecução penal para após destacar a análise da edição e constitucionalidade da prisão temporária, criada por força da medida provisória nº 111/89, posteriormente convertida em lei nº 7.960/89, em 21 de dezembro de 1989, que tem tido largo emprego nas investigações criminais no Direito brasileiro.

Palavras-chave: Prisão cautelar, Fundamentos, Prisão temporária, Constitucionalidade.



1 INTRODUÇÃO

A prisão temporária, desde seu surgimento, foi alvo de inúmeras e severas críticas realizadas pelos processualistas em geral, pois sua origem legislativa apresentava-se claramente autoritária, além de ser considerada uma modalidade desnecessária, já que a prisão preventiva poderia muito bem ser utilizada para os mesmos fins, e é nesse sentido que se questiona sua origem, porque é indisfarçável sua inconstitucionalidade.

Quanto à sua edição legislativa verifica-se, de plano, a existência de um confronto entre a instituição legal da prisão temporária e as exigências para a constitucionalidade das normas, como se infere das diversas críticas formuladas pela doutrina processual, uma vez que o art. 22, I, Constituição brasileira de 1988 estatui ser competência privativa da União legislar sobre direito processual. Assim, somente a União, através do Congresso Nacional, pode legislar sobre processo, devendo fazê-lo por meio de lei ordinária, que o instrumento legislativo cabível para restringir o direito de liberdade do cidadão.

Assim, este estudo apresenta a discussão acerca dos fundamentos da prisão temporária e a da análise da constitucionalidade de sua edição legislativa, uma vez que esta foi elaborada através da Medida Provisória de nº 111, de 24 de novembro de 1989, e convertida em lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

2 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA PRISÃO CAUTELAR

2.1 ASPECTOS TERMINOLÓGICOS E CONCEITUAIS

Inicialmente, far-se-á necessário um breve comentário acerca do significado terminológico do conceito de prisão. A prisão, em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal, ou ainda, é a ação pela qual alguém é privado de sua liberdade pessoal por motivo legítimo ou em consequência de uma ordem legal.

Há distinção entre as espécies de prisão no direito brasileiro: a prisão pena e a prisão sem pena, que é a prisão processual. A prisão penal, na qual a finalidade manifesta é repressiva, é a que ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória em que se impôs pena privativa de liberdade. Já a prisão sem pena, também chamada processual, é a prisão cautelar em sentido amplo, incluindo a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária.¹

A medida cautelar tutela o processo, e não o direito material discutido nesse processo. A medida cautelar é um instrumento para atingir o fim desejado pelo processo de conhecimento, que é a solução do caso penal. Todavia, é bom frisar que o processo cautelar consiste não só em assegurar o processo de conhecimento, mas também o processo de execução.²

¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 191.

² RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 579.



A prisão sem pena, de que cuidamos, nada mais é do que uma execução cautelar de natureza pessoal e que se justifica como medida imprescindível para assegurar a lei penal.

No direito processual penal brasileiro a prisão cautelar de natureza pessoal ou prisão cautelar de caráter processual se apresenta sob aquelas cinco modalidades: prisão preventiva, prisão em flagrante e a prisão temporária.

A prisão processual penal ocorre durante a investigação criminal, a qual se divide em duas etapas, a do inquérito policial e a do processo judicial. A prisão processual tem por característica ser provisória, é decretada por um determinado prazo dentro do processo e tem natureza cautelar, ou seja, busca garantir à sociedade uma cautela, uma prevenção em relação à ordem social.

Para nosso estudo, todavia, só nos interessa a prisão cautelar de natureza processual, que é por sua vez aquela prisão anterior à condenação que consiste em uma restrição da liberdade física do indivíduo para uma finalidade processual penal.

Como visto até agora, o próprio nome já diz que tutela penal cautelar é uma medida que priva temporariamente um indivíduo de sua locomoção, mesmo que ainda não haja sentença definitiva. A prisão cautelar deve ocorrer em caráter de urgência e necessidade; é uma medida que deverá ser adotada somente pelo Judiciário, para assegurar o curso do processo penal justo.

A expressão cautelar tem uma acepção ampla para designar a custódia verificada antes do trânsito julgado da sentença. As prisões cautelares são disposições que se enquadram no gênero das medidas acautelatórias e, portanto, devem ser entendidas e agrupadas no quadro teórico da ação, do processo e dos provimentos cautelares tal como traçadas pela teoria geral do processo, estes verdadeiros instrumentos da efetividade do processo principal.³

A prisão cautelar, como bem ensina Rangel, *in verbis*: “É uma espécie de medida cautelar, ou seja, é aquela que recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva”.⁴

E ainda acrescenta Rangel:

A prisão cautelar tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, pois, se não for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for dada, já não será possível a aplicação da lei penal. Assim o caráter da urgência e necessidade informa a prisão cautelar de caráter processual.⁵

O andamento processual se desenvolve por meio de atos cuja realização sequenciada estende-se ao longo do tempo, logo o lapso temporal que se exige para o andamento dos atos procedimentais, às vezes muito dilatado, pode ser motivo de prejuízos irreparáveis às partes em litígio, sendo portanto

³ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 55.

⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 579.

⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 579.



necessário adotar medidas provisórias que tendam a garantir o equilíbrio da situação dos litigantes do processo até que venha a prestação jurisdicional definitiva.⁶

As medidas cautelares são providências urgentes com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser atingida, não mais satisfaça o direito da parte, conseguindo-se assim o objetivo instrumental do processo, formado em uma prestação jurisdicional justa.⁷

Como visto até agora, a medida cautelar é uma espécie de gênero mais amplo, ou seja, a tutela jurídica. A função da tutela cautelar ou mediata é assegurar outro meio de tutela, isto é, o processo. Nesse sentido, deverá distinguir a tutela cautelar da tutela definitiva e repressiva pelo fato que aquela opera fisiologicamente no futuro e esta desenvolve sua eficácia no passado.⁸

A prisão penal cautelar é a restrição da liberdade que tem como origem o sistema processual penal. Pode perdurar até a sentença condenatória transitada em julgado. Compreende a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva. A prisão penal cautelar é também habitualmente chamada de prisão processual ou prisão provisória.

Embora se façam críticas ao instituto da prisão cautelar, já que suprime a liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, e pode causar ao eventual inocente uma desmoralização e a redução de seus sentimentos de dignidade; é ele previsto em nosso ordenamento jurídico, assim como em todos os países civilizados. Apesar de ser considerado como um mal necessário, uma fatal e dolorosa necessidade social, justifica-se a prisão provisória por ter como objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena. Mas como todo ato de coação processual e, portanto, medida de exceção, só se legitima em acontecimentos específicos, em casos especiais onde o isolamento do indivíduo, embora um mal, seja indispensável.⁹

O grande problema das prisões provisórias baseia-se em que, se não forem feitas, corre-se o risco da impunidade, e se forem feitas, corre-se o perigo da injustiça. Tem se verificado, no Brasil, um crescente uso dessas medidas de formas cautelares, mas até é possível que se trate de um procedimento transitório, talvez em função do momento político-social por que passa nosso país.

Portanto, prisão cautelar é de caráter processual e somente pode originar-se de ato do juiz, visando à garantia imediata da tutela de um bem jurídico para impedir as consequências do *periculum in mora*, estabelecendo um juízo de admissível condenação (*fumus boni iuris*) para a garantia da aplicação da pena futura.

⁶ MACHADO, Antônio Alberto. Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 55.

⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 297.

⁸ PÓVOA, Liberato; VILLAS BOAS, Marco. Prisão Temporária. Curitiba: Juruá, 2001, p. 55.

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2007, p. 389.



2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRISÃO CAUTELAR

A prisão como medida acauteladora, pelo que se tem notícia, surgiu bem antes da prisão como pena.

Não ainda como uma modalidade de pena, a prisão era utilizada nos sistemas penais anteriores ao iluminismo somente como forma de instrumento para manter o acusado no lugar do delito, com a finalidade de garantir a tramitação do processo para posterior aplicação das sanções definitivas, que eram quase sempre muito desumanas, como o açoite, o arrastamento, a “morte para sempre”, as “mil mortes”, a empalação, a fogueira, a perda da paz etc.¹⁰

Vê-se desse modo que, nas suas origens, a prisão tinha apenas um caráter provisório e instrumental, exatamente como ocorre hoje com as prisões cautelares.

Há notícia que os egípcios e hebreus já haviam adotado a prisão provisória com finalidades puramente processuais, e o direito romano conhecia o arresto pessoal para a garantia do acusado no processo. Desde a Antiguidade clássica, na Grécia, com a legislação ática, já havia referência à prisão preventiva. Esta tinha caráter provisório e facultativo, destinada sempre a atender aos fins do processo.¹¹

Já na Idade Média, com o processo inquisitório, a custódia provisória do acusado era absolutamente necessária, especialmente para tornar viável a tortura como meio de prova, com o objetivo de se obter a confissão, que era considerada a absoluta ou ainda a “rainha das provas” e de um modo geral era obtida por violência mediante suplício.¹²

Sabe-se que a prisão cautelar é tão antiga quanto a humanidade e tinha como finalidade especial manter o acusado no distrito da culpa para, posteriormente, processar-lhe e aplicar-lhe as punições, que eram quase sempre muito desumanas, como a morte, o açoite, a mutilação, o arrastamento e outros. Em sua origem mais remota, a prisão tinha um caráter provisório e instrumental; o prisioneiro só era mantido na prisão para evitar sua fuga, mas não passava de uma medida processual equivalente à atual prisão provisória. Então, como podemos verificar, a prisão teve uma natureza cautelar, transformando-se posteriormente em prisão pena, ou prisão castigo, sob a hegemonia do direito canônico.¹³

Até fins do século XVIII, a prisão serviu somente aos objetivos da contenção e guarda dos réus, para preservar-lhes fisicamente até o momento de serem julgados ou condenados e executados.¹⁴

A origem da prisão cautelar é anterior à prisão como pena, que só veio a figurar na história muito depois que a humanidade já conhecia a privação de liberdade, destinada a reter o acusado até a

¹⁰ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 69.

¹¹ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 70.

¹² MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 70.

¹³ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar. Dramas, Princípios e Alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 21.

¹⁴ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar. Dramas, Princípios e Alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 31.



efetiva execução de sua punição, que era sempre corporal e degradante. No direito romano, a custódia dos acusados se fazia pelo acorrentamento ou segregação, geralmente em estabelecimentos estatais ou até mesmo em casas residenciais e destinava-se a assegurar a presença do réu no processo.¹⁵

A prisão sem pena, também chamada cautelar, já existia entre os hebreus, pelo menos a prisão em flagrante, como forma de acautelamento tutelar. O acusado hebreu não era preso senão depois de conduzido a um tribunal para defender-se e ser julgado. Já na antiga Grécia a prisão provisória era amplamente utilizada. Em Roma, no período imperial, temos o reaparecimento da prisão provisória com mais força, mas sempre decretada por um magistrado de forma discricionária, entretanto devendo este ater-se aos haveres, reputação, dignidade e à natureza do fato, além da presença de graves indícios de culpabilidade do indivíduo, bem como a hipótese de se tratar de crime grave.¹⁶

Com o surgimento do processo inquisitório da Idade Média houve um retrocesso; a prisão cautelar passou a equivaler à citação judicial, assim a prisão era sempre preliminar ao processo, pois necessária para a imposição da tortura e obtenção da confissão forçada.¹⁷

Na Europa, em 1789, com o advento da Revolução Francesa, foi promulgada a declaração dos direitos do homem e do cidadão. Nesta, não passou despercebida a prisão provisória em casos excepcionais. Naquela ocasião, no Brasil, já instalada a sede da monarquia portuguesa, era comum a prisão por ordem da intendência geral de polícia, e o preso só poderia ser libertado por esta mesma autoridade, mesmo vindo a ocorrer sentença de absolvição.¹⁸

No Brasil, o sistema processual cautelar iniciou-se a partir do momento da construção de nosso próprio direito criminal. Logo que o país alcançou sua independência política foi outorgada a primeira carta, denominada de Constituição Imperial de 1824, a qual, em seu art. 179, estabelecia que ninguém poderia ser preso sem culpa formada e, mesmo com culpa formada, ninguém poderia ser conduzido à prisão, ou nela ser conservado, se prestasse fiança idônea, se cabível, à exceção do flagrante delito, além de que a prisão não poderia ser executada senão por ordem escrita e fundamentada da autoridade legítima, e se fosse arbitrária, o juiz que houvesse concedido e quem tivesse requerido seriam punidos com as penas que a lei determinasse.¹⁹

No Brasil, com a proclamação da Independência em 1822, a Constituição Imperial de 1824 admitiu em seu texto a prisão antecipada mediante ordem escrita do juiz. O código de processo criminal do Império previu também a prisão sem culpa instituída para os crimes inafiançáveis, no seu art. 133 que, a depender do resultado do interrogatório do indivíduo, o juiz poderia exigir que fosse posto em custódia em qualquer lugar seguro que para isso pudesse ser designado. Trazia ainda em seu art. 175 a

¹⁵ KAUFFMANN, Carlos. *Prisão Temporária*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 48.

¹⁶ LIMA, Marcellus Polastri. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 186.

¹⁷ LIMA, Marcellus Polastri. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 187.

¹⁸ LIMA, Marcellus Polastri. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 190.

¹⁹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar. Dramas, Princípios e Alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 34.



previsão de que também poderiam ser presos sem culpa formada aqueles que fossem indiciados em crimes em que não caberia fiança. E, por fim, nosso código de processo penal de 1941, inspirado no código italiano de 1930, regulamentou definitivamente a prisão provisória no processo penal brasileiro, tal como temos até hoje.²⁰

Apesar de tratarmos até então da prisão cautelar, ou como já foi dito, uma medida extrema, pois suprime a liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, causando ao eventual inocente a desmoralização e a depressão em seus sentimentos de dignidade, defenderemos, neste escrito, que deveria o Estado pôr em prática medidas mais sérias no combate à violência, pois o Judiciário apenas aplica as leis, não devendo ser culpado pelas mazelas de nossos legisladores que, muitas vezes, são omissos. Dessa forma, em não raras ocasiões, um simples suspeito fica detido até alguns anos, transformando o que era para ser uma prisão provisória (sem pena) em uma prisão permanente, que é a pena privativa de liberdade.

Assim sendo, de pouco adianta o alerta deixado há quase meio século por Fuenes:

Detém, mas não corrige. Cumpre um fim que não é o seu fim. Constitui um obstáculo negativo, mas não preenche nenhuma função positiva. Mantém o homem afastado da sociedade, mas não cria nele aquelas disposições sociais cuja carência o delito pôs em relevo. Quer um monólogo que faça brotar pelo remorso, as águas purificadoras da catarse, e resulta num diálogo que engendra novos impulsos criminais no prisioneiro. Degrada-o ou embrutece. Devolve-o à sociedade estigmatizado, sem mais opção que a reincidência. Das prisões da Bélgica saíram liberados que, ante a hostilidade da vida livre, solicitaram seu reingresso no cárcere, porque estavam certos que não tinham outro caminho senão delinquir ou perecer. Este é o aspecto dramático do seu fracasso. Na Espanha aplicou-se um indulto geral e alguns dos reclusos que abandonaram a prisão bem de manhã, regressaram para jantar nela. É o aspecto grotesco do mesmo fracasso. Que esperanças poderemos depositar nesta instituição, cujos resultados desembocam no grotesco ou no trágico?²¹

Após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, asseguraram-se as proposições da legalidade, irretroatividade da lei, e os princípios de que a lei não deveria estabelecer pena senão a estritamente necessária, bem como a necessidade de pôr um fim às prisões abusivas.

A pena, principalmente quando implica a prisão do réu, continua sendo o mais complexo e tormentoso problema que o direito penal pode nos oferecer, uma vez que dela decorre um sentimento de frustração dos resultados práticos obtidos.

Um breve estudo com relação à evolução da pena indica que a prisão penal não possibilita a verdadeira defesa social, uma vez que não se justifica retirar do convívio social quem, apesar de cometer um crime, tem condições de permanecer livre sem pôr em risco os demais membros da sociedade.

²⁰ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 71.

²¹ KAUFFMANN, Carlos. *Prisão Temporária*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 45.



A finalidade da pena vem sendo modificada gradativamente, variando entre preventiva e repressiva. Dessa forma, apesar de a prisão penal estar sendo reduzida ao mínimo necessário, mais uma vez é um mal que não se pode dispensar e que ainda deve persistir.

2.3 CARACTERÍSTICAS DA PRISÃO CAUTELAR

Como já visto anteriormente, as providências cautelares podem ser conceituadas como medidas de urgência que visam tutelar uma situação de emergência, cujo grau de imediatez varia de acordo com as características de cada caso em concreto.

Na sequência do estudo das medidas cautelares no processo penal, podem ser apontadas algumas características principais, que são a jurisdicionalidade, a acessoriedade, a instrumentalidade, a provisoriedade e a homogeneidade.

A jurisdicionalidade é a necessidade de que a restrição de liberdade, direito este assegurado na Constituição, somente possa ser feita por decisão judicial, com a finalidade de evitar excessos ou abuso de poder. Portanto, tal medida somente pode ser adotada pelo juiz. Na acessoriedade, entende-se que a medida cautelar segue a medida principal, pois, no momento em que há a decisão do processo principal, a medida cautelar perde sua eficácia. Como se vê, a medida cautelar é a acessória que deixa de existir assim que é julgado o mérito da ação principal. A instrumentalidade se dá porque a medida cautelar serve de instrumento para atingir a medida principal, ou seja, a medida cautelar funciona como meio para se assegurar a eficácia prática do processo principal. Na provisoriedade, entende-se que a medida cautelar tem uma direção determinada àquele período de tempo em que deverá ser transcorrido o processo principal, então ele dura somente até a promulgação do procedimento definitivo. E a homogeneidade é a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido, assim a medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional ao eventual resultado do final do processo.²²

Além dessas características já apontadas, teríamos também a revogabilidade, pois uma vez que a decisão no processo cautelar não faz coisa julgada material, esta poderia ser revogada quando as circunstâncias assim o exigirem.²³

Há ainda a fungibilidade, referindo-se às situações que de fato mudem no curso do processo principal; quer fazendo surgir novas situações que justifiquem outras medidas ou desaparecendo os motivos que justificaram a medida cautelar, essa estaria sujeita a modificação. E, por fim, a facultatividade, significando que não há imposição legal de se tomar uma ou outra medida cautelar. Essas medidas podem ou não ser implementadas, dependendo da existência de alguma necessidade de se acautelar determinada situação.

²² RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 581.

²³ MACHADO, Antônio Alberto. Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 59.



Na visão de Bechara, há ainda a sumariedade:

Tem-se nas ações cautelares uma cognição sumária e não aprofundada sobre os elementos de prova. Não se concebe a dilação probatória no seu sentido ordinário, sob pena do provimento cautelar correr o risco de se mostrar ineficaz. A situação de risco sempre colocará o julgador entre duas alternativas, cuja linha divisória é muito tênue. Porém, a emergência afirmada não é compatível com a mencionada dilação probatória, pois caso esta seja necessária, restará evidenciado que a situação de excepcionalidade anteriormente descrita de fato não era real. Cognição sumária não significa em hipótese alguma ausência de respaldo probatório, pelo contrário, haverá sempre uma instrução mínima predisposta a permitir a valoração em torno da constatação da situação de risco anunciada.²⁴

Devemos ainda falar de autonomia como característica, pois o processo cautelar é autônomo, uma vez que é outro processo independente daquele de conhecimento ou execução, devendo assim ter na petição inicial um pedido próprio aguardando uma sentença respectiva.²⁵

A consequência lógica da presunção de não culpabilidade, no que diz respeito às prisões cautelares, é a de que não se pode ter a restrição à liberdade humana como regra e sim como exceção. Essa concepção é a que predomina nos ordenamentos jurídicos modernos, bem como em tratados e convenções internacionais. Desse modo, também temos como característica a excepcionalidade.²⁶

Como podemos verificar, esses são os mínimos critérios razoáveis para justificar as medidas cautelares no âmbito processual penal. Assim, as medidas de natureza cautelar só serão admitidas se estiver comprovada sua necessidade para a investigação, instrução criminal e para a aplicação da lei penal, ou seja, estando presentes as características acima mencionadas. Além da real necessidade, tal medida só se justificará em caso de estar presente o *periculum libertatis*, que é o perigo de que, em liberdade, o acusado possa interferir na investigação criminal. Essa modalidade de prisão deve ser vista como uma exceção, pois não significa julgamento do mérito da causa; portanto, não deve tal medida ter um caráter punitivo; além disso, deve a autoridade judiciária atentar para os pressupostos específicos que abordaremos a seguir.

2.4 PRESSUPOSTOS DA PRISÃO CAUTELAR

As providências cautelares visam tornar exequíveis as condições para o êxito da atividade do conhecimento e execução do processo, pois a eficiência da decisão principal serve ao atendimento das aspirações da sociedade. Porém, não pode esquecer o juiz que se trata da liberdade de um ser humano, do seu direito de ir e vir, e, por isso, privá-lo de sua liberdade é uma atitude arriscada, já que poderão sobrevir males irreparáveis para o indivíduo e sua família. Deve-se também observar que a necessidade para efetuar tal medida restritiva de liberdade é condição primacial. Por isso, para que tal solução seja

²⁴ BECHARA, Fabio Ramazzini. *Prisão Cautelar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 135.

²⁵ LIMA, Marcellus Polastri. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 70.

²⁶ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Prisão Cautelar. Dramas, Princípios e Alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 75.



tomada, existem certos requisitos indispensáveis à decretação de todo e qualquer processo acautelatório, que, em regra, são o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Só se justifica a prisão durante o processo quando este tiver natureza cautelar, ou seja, quando for necessária em face de circunstâncias concretas da causa. Essas circunstâncias devem apontar a presença dos pressupostos ou requisitos já referidos: o *fumus boni iuris*, ou fumaça do bom direito, que se concretiza no processo penal pela verificação da presença de elementos que indicam a existência do crime e da autoria. E o *periculum in mora*, que é, literalmente, o perigo da demora, ou seja, o perigo, o risco de que com a demora no julgamento, o acusado possa, solto, impedir a correta solução da causa ou aplicação da sanção punitiva.²⁷

Entende-se que *periculum in mora* se traduz no fato de que a demora no andamento do processo principal possa fazer com que a tutela jurídica que se pleiteia, ao ser dada, não tenha mais eficácia, de modo que se a futura prestação jurisdicional vier a ser retardada, traga a possibilidade de uma lesão ou de um dano. E o *fumus boni iuris* é representado pelas expressões da prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria. Indícios suficientes de autoria não são provas incisivas, sólidas e que geram a certeza absoluta da autoria do acusado; bastam elementos que apontem a fumaça no sentido de que o acusado é autor do fato.²⁸ Sobre esses temas bem conclui Rangel, *in verbis*: “Não é necessário o fogo da certeza, mas sim a mera fumaça de que ele possa ser o autor do fato. O juízo que se faz ao decretar a prisão é de periculosidade”.²⁹

Para Marques:

O pressuposto fundamental da providência cautelar é o *periculum in mora*.

Entre o nascer de um processo e a obtenção do ato decisório a que ele põe termo e a que estão vinculados seus efeitos básicos, esse constante *periculum in mora*, que semelhante dilação supõe, deve ser eliminado através de medida de precaução, cautela ou garantia que diretamente facilitem os efeitos da sentença definitiva afetada por semelhante risco dilatatório.³⁰

Ainda de acordo com o autor:

O segundo pressuposto da providência cautelar consiste na probabilidade do resultado favorável do processo principal, para aquele a quem a medida acautelatória irá beneficiar. Sem o *fumus boni iuris*, a providência cautelar se torna inviável. Daí haver sempre um *juízo de probabilidade* no processo cautelar. Aliás, o próprio *periculum in mora* se assenta em juízo de igual natureza, pois que o perigo é sempre a probabilidade de um dano ou lesão. (grifos no original).³¹

Mas os mesmos pressupostos processuais e condições da ação que são exigidos no processo de execução também serão para o processo cautelar, desde que resguardadas as particularidades de cada

²⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 301.

²⁸ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 561.

²⁹ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 593.

³⁰ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. vol. IV. Campinas: Millennium, 2003, p. 13.

³¹ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. vol. IV. Campinas: Millennium, 2003, p. 14.



processo. Porém, no processo cautelar se agregam mais dois requisitos, que o autor denomina de específicos, que são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Isso porque, na visão do referido autor, há divergência na doutrina: enquanto para uns o *fumus boni iuris* se trata de mera aparência do bom direito, para outros é a possibilidade do direito. Outros ainda se referem a esse requisito como verossimilhança do direito afirmado pelo demandante. *Periculum in mora*, portanto, seria simplesmente o perigo na demora da entrega da prestação jurisdicional, e *fumus boni iuris* nada mais seria do que a possibilidade de que determinada afirmação feita no processo venha a ser provada.³²

O *fumus boni iuris* significa a probabilidade fundada, razoável e suficiente, que basta para evitar a adoção de restrições separadas do direito material. Esse pressuposto legitima as decisões, justamente porque confere respaldo probatório mínimo e necessário para indicar a fundada possibilidade de uma determinada situação. O *periculum in mora* significa o receio de que o tempo possa vir a comprometer o direito afirmado; seja qual for a razão, esse requisito é uma situação de anormalidade ou exceção que reclama a tutela de urgência. É exatamente em razão dessa urgência que a própria constituição autoriza a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais.³³

O *fumus boni iuris* representa a existência significativa de um direito material em risco. Não é necessária a comprovação cabal e definitiva do direito ameaçado, até porque ele é sempre litigioso, e, portanto, questionável. É, por assim dizer, uma espécie de certa expectativa sobre a procedência do direito material invocado no processo principal, enquanto o *periculum in mora* representa a possibilidade de um dano ou de um prejuízo ao direito que ali está sendo objeto de litígio. Assim, a ameaça concreta a esse direito, em razão da demora do processo principal, já justifica o provimento cautelar com o objetivo de garantir às partes a efetividade das suas pretensões jurídicas. A demora no processo principal justifica a tutela cautelar na medida em que o direito material ali invocado estiver ameaçado de dano irreparável.³⁴

Apesar de a grande maioria dos autores se manifestarem nesse sentido, Delmanto Junior³⁵ afirma que *fumus boni iuris* e *periculum in mora* não se ajustam com exatidão ao tratamento das medidas cautelares constritivas de liberdade previstas em nosso processo penal. A fumaça do bom direito e o perigo da demora do processo, diante das peculiaridades da imposição de qualquer modalidade de prisão provisória, não satisfazem.

Com efeito, Delmanto Junior assim conclui:

Para tanto, com a devida vênua, ao invés de se falar em *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, preferimos nos utilizar dos termos *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Em outras palavras, primeiro hão de ser constatadas a materialidade do delito e a existência de graves indícios de sua autoria (que são os *pressupostos* da prisão cautelar); em seguida, deverá ser

³² LIMA, Marcellus Polastri. A Tutela Cautelar no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 76.

³³ BECHARA, Fabio Ramazzini. Prisão Cautelar. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 137.

³⁴ MACHADO, Antônio Alberto. Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 62.

³⁵ DELMANTO JUNIOR, Roberto. As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 67.



aferida a ocorrência do perigo *concreto* que a manutenção da liberdade do acusado representa para a instrução processual ou para a futura aplicação da lei penal (seus *requisitos*).³⁶ (grifos no original)

A verificação desses dois pressupostos, por sua vez, demanda do Poder Judiciário sensibilidade e bom senso, de modo a permitir a proteção do valor reclamado, sem, no entanto, acarretar situação de antecipação de mérito. Trata-se de uma linha muito frágil que separa o desejado daquilo que é repudiado.

2.5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REFERENTES À TUTELA PENAL CAUTELAR

Princípios³⁷ constitucionais são preceitos essenciais que direcionam a política legislativa de um Estado no sentido de garantir os direitos fundamentais do ser humano. São vários os princípios que norteiam o sistema processual vigente. Todavia, analisaremos apenas os que de alguma forma mais se aproximam do tema prisão cautelar.

Mesmo admitindo a privação de liberdade individual, a Carta Magna, por outro lado, procurou resguardar o cidadão de todo e qualquer abuso ou excesso do poder público. Daí os direitos consagrados no artigo 5º, incisos III, XLIV, LIV, LXII, LXIII, LXIV, LXV, e LXVI. *In verbis*:

“Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

“A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e a família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

“O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

“O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”.

“A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

“Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (BRASIL, 2007a). (grifo nosso)

A comunicação ao juiz competente de toda e qualquer prisão, ainda que por ele ordenada, deverá ser feita à autoridade judiciária, para que possa haver um severo controle quanto a sua legalidade. A prisão, pois, há de ser em conformidade com a lei.³⁸

³⁶ DELMANTO JUNIOR, Roberto. As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 68.

³⁷ Para Ivan Luiz da Silva (Princípio da Insignificância no Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2004, p. 23), os princípios jurídicos refletem a cultura sociojurídica de uma sociedade em um dado momento (ou no decorrer) de sua história, sendo o conteúdo principal formado pelos valores superiores aceitos como verdade por essa sociedade. Assim, os princípios jurídicos, uma vez erigidos à categoria de normas jurídicas, servem de fundamento para o ordenamento jurídico e atuam como vetor na construção e aplicação das demais normas jurídicas. A teoria principiológica, no atual estágio da ciência jurídica, conferiu tamanha relevância para o sistema normativo, que hoje se discursa sobre uma dogmática principialista, consistente numa dogmática assentada em princípios jurídicos que formam a estrutura da ordem jurídica constitucional. Os princípios são, portanto, mandamentos jurídicos primaciais e fundamentais, compostos de valores da cultura sociojurídica da sociedade, que servem de substrato às outras normas jurídicas, quando aplicadas na solução de casos concretos.

³⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 405.



Tourinho Filho assevera assim:

A Constituição ainda consagrou e erigiu à categoria de dogma o instituto da fiança e do *habeas corpus*. A primeira, como medida de contracautela, para, em determinados casos, suavizar os rigores da prisão provisória, e o *habeas corpus*, como remédio pronto e eficaz para fazer cessar qualquer restrição ou ameaça de restrição à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.³⁹

A Constituição Federal, em vários dispositivos, trata da prisão cautelar. De extrema relevância é o inciso LXI do art. 5º, que estabelece: Toda prisão, inclusive a de natureza cautelar, deverá ser por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Só abre exceção para a prisão em flagrante. Com isso desapareceu do sistema brasileiro a possibilidade de prisão decretada por autoridade administrativa; agora, toda e qualquer prisão só pode ser determinada pelo juiz, por decisão fundamentada.⁴⁰

Outro princípio relevante para o estudo da prisão cautelar é o da presunção de inocência, também denominado de princípio da não culpabilidade, estabelecido no art. 5º, inciso LVII. A Constituição procurou oferecer ao preso uma série de garantias, exigindo que a sua prisão e o local onde se encontre sejam comunicados imediatamente ao juiz competente e a sua família (art. 5º, LXII); que o preso seja informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (art.5º, LXIII). Também que ao preso seja assegurado o direito de identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (art.5º, LXIV), e que a prisão ilegal seja imediatamente relaxada por autoridade judiciária (art. 5º, LXV).⁴¹

A Constituição Brasileira de 1988 consagra uma cláusula histórica promulgando que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Logo a seguir, proclama também os princípios do contraditório, da ampla defesa, a presunção de inocência e os princípios do juiz natural, da fundamentação e da legalidade.⁴²

O princípio do contraditório é indispensável à própria ideia de processo, através do qual se garante ao réu o direito de ser informado de todos os atos do processo, bem como de reagir a eles, utilizando todos os meios legais necessários à defesa de seus interesses. O direito da ampla defesa corresponde à garantia constitucional conferida ao réu para que este possa se valer de todos os mecanismos processuais indispensáveis à salvaguarda de seus interesses, ou seja, a possibilidade de produzir todo tipo de prova e de demonstrar a pertinência de suas pretensões no processo. O princípio do juiz natural significa que nenhum processo será válido se constituído perante tribunais de exceção. O juiz natural é aquele previsto para o julgamento da causa antes mesmo da ocorrência do fato que nela se vai discutir. No princípio da fundamentação, o juiz está obrigado a motivar suas decisões,

³⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 406.

⁴⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 300.

⁴¹ FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 300.

⁴² MACHADO, Antônio Alberto. Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 216.



fazendo-o por meio de mecanismo argumentativo, em que afirma as suas conclusões revelando também as razões pelas quais chegou a eles. Já o princípio da legalidade assegura que a instauração e o desenvolvimento de todo e qualquer processo deve se dar nos exatos termos da lei, garantindo assim não apenas a observância das formalidades da lei, mas também a paridade de tratamento às partes, o autor e o réu.⁴³

No que se aplica ao princípio do juiz natural entende-se que este princípio possui dupla garantia, que se desdobrando em três conceitos revelam, na verdade, a tríplice garantia do juiz natural.⁴⁴

Nesse sentido, Fernandes assim destaca:

A Constituição Federal não explicitou o princípio do juiz natural apenas nos incisos XXXVII e LII do artigo 5º, ao estabelecer que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Também o fez no que diz respeito às prisões, ao estabelecer, no inciso LXI, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”.⁴⁵ (aspas no original).

Com referência ainda ao princípio do juiz natural, é o juiz constitucional, dotado não só de jurisdição, bem como competência para o caso concreto. A competência, por sua vez, deve ser previamente estipulada por lei ordinária em conformidade com a ordem constitucional.⁴⁶

Por outro lado, existe um outro princípio constitucional em relação às medidas cautelares, que é o princípio da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, pois caso esse meio não respeite os preceitos legais vigentes, a verdade será apoderada em detrimento do interesse da sociedade. As provas ilícitas são colocadas como espécie das provas vedadas, que se constituem em provas ilícitas propriamente ditas e em provas ilegítimas. Embora a prova sempre se destine ao processo, ela será ilegítima quando não observar as regras processuais referentes à sua obtenção, e ilícita caso não atenda às garantias pessoais regulamentadas pela norma material.⁴⁷

3 A PRISÃO TEMPORÁRIA

3.1 HISTÓRICO LEGISLATIVO – ORIGEM DA PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária, espécie do gênero prisão cautelar, foi criada por força da medida provisória nº 111/89, posteriormente convertida em lei nº 7.960/89, em 21 de dezembro de 1989.

A prisão temporária surgiu de proposta do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária como medida de eficaz auxílio na criminalidade violenta que vinha se alastrando, principalmente nos grandes centros urbanos. A prisão temporária é medida extrema a ser utilizada

⁴³ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 217/218.

⁴⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 301.

⁴⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 301.

⁴⁶ KAUFFMANN, Carlos. *Prisão Temporária*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 62.

⁴⁷ KAUFFMANN, Carlos. *Prisão Temporária*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 66.



sempre que a liberdade do preso possa prejudicar a investigação policial e, conseqüentemente, a elucidação dos fatos.

Dessa forma, a prisão temporária visa, única e exclusivamente, possibilitar as investigações policiais quando, de forma comprovada, o indivíduo em liberdade possa prejudicar o prosseguimento do inquérito policial. O verdadeiro motivo da criação da prisão temporária foi dar uma ‘roupagem legal’ às chamadas prisões para averiguações, que eram ilegais, porém a autoridade policial teimava em efetivá-la e o Poder Judiciário em fechar os olhos, como se esta não existisse.⁴⁸

Devido ao crescimento do crime organizado no Brasil, surgiu a lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que criou a chamada prisão temporária, legalizando o que na prática já ocorria: a prisão para averiguações, apesar de que se deve fazer uma distinção, pois a prisão temporária parte de um fato criminoso para uma determinada pessoa, enquanto as *prisões para averiguações partiam de pessoas para levantar fatos aleatoriamente*.⁴⁹

A medida provisória nº 111/89, que se converteu na lei nº 7.960/89, foi inspirada na proposta de reforma do código de processo penal, projeto de lei nº 1.655-B, de 1983, que por sua vez foi baseado em um anteprojeto elaborado por José Frederico Marques, em 1970. Infelizmente, essa nova modalidade de prisão, que passou a integrar o ordenamento pátrio, trouxe uma técnica bem inferior àquela constante do texto do Projeto de Reforma do Código de Processo Penal.⁵⁰

Conforme o autor, o único ponto importante na adoção da medida em estudo é que foi extirpada da realidade brasileira a prisão para averiguações destituída de fundamento, e fonte promíscua de corrupção, que vigorou em nosso país por longos anos.⁵¹

A respeito do tema, Freitas assim pontifica, *in verbis*:

[...] em que pese à medida provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, ser convalidada na lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989, fazendo nascer a prisão temporária, foi justamente pela origem espúria de não emanar do Poder Legislativo, mas do executivo, questionou-se a constitucionalidade do instituto, por vício de iniciativa, gerando discussão que alvoroçou o mundo doutrinário. Tanto a OAB quanto alguns juristas inscreveram sua repugnância ao novel diploma, que surgia supostamente viciado. Diziam que a lei de cunho processual, instrumento de coerção pessoal e ofensiva ao direito de liberdade, verteu de medida provisória, não de projeto lei, ferindo de morte o princípio da legalidade, limitador do poder estatal em matéria penal.⁵²

A inserção da prisão temporária no processo penal brasileiro foi recebida com severas críticas pelos processualistas em geral, que apontaram uma origem legislativa claramente autoritária, lembrando que essa espécie de medida havia sido instituída inicialmente por meio de medida provisória que previa até a incomunicabilidade do preso. Depois os processualistas apontaram também a

⁴⁸ KAUFFMANN, Carlos. Prisão Temporária. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 119.

⁴⁹ LIMA, Marcellus Polastri. A Tutela Cautelar no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 238.

⁵⁰ FREITAS, Jayme Walmer de. Prisão Temporária. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 78.

⁵¹ FREITAS, Jayme Walmer de. Prisão Temporária. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 78.

⁵² FREITAS, Jayme Walmer de. Prisão Temporária. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 78.



desnecessidade desse tipo de custódia, já que a prisão preventiva poderia muito bem ser utilizada para os mesmos fins visados pela prisão temporária.

3.2 CONCEITO DA PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária é a privação de liberdade que se torna necessária, em alguns casos concretos, para que sejam colhidos elementos indispensáveis ao oferecimento da inicial acusatória. É prisão para investigações que só vigora durante o inquérito policial; uma vez que a denúncia é oferecida, ela não mais se faz necessária, o que impossibilita sua existência com o processo.

A busca de um conceito para a prisão temporária surge diante da necessidade de se estabelecer sua natureza, limites e objetivos. A prisão temporária pode ser conceituada como prisão penal de natureza investigatória, que visa possibilitar a coleta de indícios de autoria e materialidade suficientes para o oferecimento da inicial acusatória. Trata-se, portanto, de providência provisória, preventiva e urgente.⁵³

3.3 NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária é modalidade de prisão provisória, e como tal, tem natureza jurídica de medida cautelar, ou como dizem muitos autores, prisão cautelar. Tem, como as demais prisões processuais, natureza excepcional, pois no momento em que a Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, LXV, que “ninguém será preso, senão em flagrante delito”, determina que a prisão é medida excepcional, de maneira que a liberdade jurídica é a regra.

A prisão temporária possui natureza cautelar, cujo âmbito de incidência é mais reduzido que o das demais modalidades de prisão provisória, unicamente dentro de um inquérito policial, tendo como propósito instrumentalizá-lo como fonte probatória no que diz respeito à autoria ou participação do suspeito ou indiciado em grave infração penal e fornece prova cabal para que seja subsidiada a futura queixa ou denúncia. Por ter vida própria dentro do inquérito policial, a prisão temporária é cautelar destinada a legitimar imediatamente a investigação policial e mediatamente angariar substrato material ao órgão acusador para ajuizamento da ação penal.⁵⁴

Seja lá como for, a prisão temporária está em vigor e, estabelecida através da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, determina em seu artigo primeiro os casos em que cabe esse tipo de prisão. A partir deste instante é que iremos abordar os pressupostos ou requisitos de admissibilidade cabíveis para essa modalidade de prisão, pois, como veremos, não há uma unanimidade entre os doutrinadores, por conta da má redação do texto legal.

⁵³ KAUFFMANN, Carlos. *Prisão Temporária*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 123.

⁵⁴ FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão Temporária*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 98.



3.4 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA

Os pressupostos ou requisitos de admissibilidade para a obtenção da prisão temporária não são uma unanimidade entre os doutrinadores.

O texto legal, em seu artigo primeiro da lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, preestabelece quais os requisitos para sua aplicação. Confira-se:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
 - n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
 - o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

Uma vez que trataremos principalmente dos incisos I, II e III, julgamos oportuno um breve comentário acerca do significado de cada um deles.

O inciso primeiro: Imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial significa que é tudo que não se prescinde. É o requisito indispensável, necessário. A imprescindibilidade de restringir-se a liberdade para investigar é *conditio sine qua non* da decretação da prisão temporária.

O inciso segundo: Residência Fixa ou elementos para sua identificação. Nesse caso, o dispositivo em apreço estabelece duas hipóteses alternativas para a prisão temporária: ausência de residência fixa e a recusa do indiciado em fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

O terceiro inciso: Fundadas razões de autoria e participação em crimes determinados. Significa que para decretar a prisão temporária, torna-se indispensável a existência de concludente suspeita contra o indiciado, elementos concretos, dignos de fé, que indiquem a existência do crime e sua autoria.

Tourinho Filho aponta que a má redação dessa lei traz interpretações aberrantes, possibilitando que a prisão temporária possa ser decretada quando presente apenas um dos incisos. E acrescenta:



[...] restringiram a medida odiosa apenas àqueles crimes enumerados no inc. III supracitado. Em face dessa interpretação, temos: 1) a prisão temporária deverá ficar contida no círculo restrito daquelas infrações elencadas no inc. III do art. 1º do citado diploma; 2) o juiz somente poderá decretá-la, mercê de uma representação da Autoridade policial ou de um requerimento do Ministério Público, quando houver *fundadas razões* pertinentes à autoria ou participação; 3) é preciso se demonstre seja a medida imprescindível às investigações policiais, ou ; 4) não tenha o indiciado residência fixa ou, ainda que possua domicílio certo, não forneça elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; 5) a medida odiosa poderá ser decretada no máximo até 5 dias, prazo esse prorrogável por mais 5, a não ser que se trate de crime hediondo, quando, então, o prazo será de 30 com prorrogação por igual período, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90.⁵⁵ (Grifos no original).

O autor ainda ressalta:

A exigência de *fundadas razões* quanto à autoria ou participação é necessariamente imprescindível, visto não existir cautelaridade sem esse requisito. O *periculum in mora*, ou *libertatis*, consistirá na circunstância de ser a medida “imprescindível às investigações policiais”, tenha ou não o indiciado residência fixa, crie ou não crie embaraços à colheita de dados para esclarecer a sua identidade, ou, finalmente, ainda que não imprescindível às investigações, “se o indiciado não tiver residência fixa” ou “ não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”.⁵⁶ (Grifos no original).

Prossegue o autor:

[...] Sabe-se que toda prisão cautelar exige, indefectivelmente, dois requisitos: *fumus boni juris* e *periculum in mora* ou *periculum libertatis*. A *fumaça do bom direito* é, pois, necessariamente indispensável. Não se trata de prova da existência de um direito, mas de sua aparência. [...] Na hipótese em exame, onde estará o *fumus boni juris*? Responda-se com o próprio texto legal: “nas *fundadas razões baseadas em qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado*” na prática de um daqueles crimes elencados no inc. III do art. 1º da citada lei. [...] Na prisão preventiva, que é tida e havida como a pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar, o *fumus boni juris* está assente na *prova da materialidade do crime* e em *indícios suficientes de autoria*. Já na prisão temporária não se exige nem a prova da existência do crime nem os indícios suficientes de autoria (aqueles indícios capazes de tranqüilizar a consciência do juiz), bastam, apenas, *fundadas razões* com base em qualquer prova.⁵⁷ (Grifos no original).

E conclui:

Ora, *fundadas razões* são coisas sérias, importantes, que denotam gravidade. E, ao que parece, nenhuma autoridade, por mais perspicaz que seja, poderá vislumbrar “fundadas razões, em face de um testemunho infantil, de uma declaração da suposta vítima, de um simples indício. Se se entender diferentemente, que se altere o nome do *fumus boni juris*, exigido para essa modalidade de prisão “cautelar”, para *fumus mali juris*... Para nós, as fundadas razões devem ser razões idôneas, sérias, sob pena de se transformar a prisão temporária em instrumento de perseguição e tortura.⁵⁸ (Grifos no original).

Ainda no que se refere aos pressupostos ou requisitos de admissibilidade, Damásio de Jesus afirma que:

⁵⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 487/488.

⁵⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 487/488.

⁵⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 487/488.

⁵⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 487/488.



É imprescindível que se trata de um dos crimes referidos no inc. III. O rol é taxativo e não pode ser ampliado. Não é necessário, entretanto, que as condições dos três incisos coexistam. Assim, sendo a medida imprescindível para a investigação do crime (inc. I) e havendo fundadas razões concretas da prática de um delito mencionado (inc. III), não é preciso que o autor não tenha residência física ou que o autor não forneça elementos de identificação pessoal.⁵⁹

Portanto, por dedução lógica, para o autor a aplicação da prisão temporária deve restringir-se aos casos dos crimes apontados no inciso III, juntamente com a necessidade imprescindível da investigação policial (inc. I).

Contudo, a interpretação dos estudos desse autor não é unânime.

O melhor entendimento é no sentido de que a prisão temporária apenas é cabível quando existem presentes os crimes apontados no inciso III, juntamente com um dos outros dois incisos. Contudo, no inciso II, mesmo presente suas hipóteses, a prisão temporária somente se justifica se sua decretação for imprescindível para as investigações do inquérito policial.

Acredita-se que o inciso I isoladamente não se sustenta, sendo necessário acrescentar a este o inciso II, que por si só apresenta uma “*justificativa cautelar*”. No entanto, para se justificar a prisão temporária, deve estar o delito cometido apontado no inciso III. Do que se extrai a necessidade, apenas, dos incisos II e III, em conjunto.⁶⁰

A presença do inciso III é indispensável, contudo deve este estar cominado com um dos outros dois incisos. É de se notar em sua obra a preocupação em demonstrar que seja imprescindível, para se aplicar a prisão temporária, como em qualquer outro tipo de prisão cautelar, a presença do *fumus boni iuris* (que em matéria processual penal é o *fumus comissi delicti*), presente nos incisos I e II, no caso em espécie, e o do *periculum in mora* (*periculum libertatis*), presente no inciso III.⁶¹

Fernandes⁶², de início, acreditava ser necessária a cumulação dos três incisos, no entanto, reconhece que a prisão temporária, nesses moldes, seria praticamente impossível de ser aplicada, passando a apresentar uma linha de raciocínio semelhante à de Rangel (2007, p.399), o que é possível de se observar na seguinte passagem: “*seria possível a medida constritiva quando, presentes o requisito do inc. III, estivesse ele acompanhado de um dos requisitos previstos nos inc. I e II*”.

Pellegrini e Gama, em obra conjunta com Fernandes, apresentam a mesma posição retroexposta, afirmando que:

⁵⁹ JESUS, Damásio de. Código de Processo Penal Anotado. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 647.

⁶⁰ DELMANTO JUNIOR, Roberto. As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 133.

⁶¹ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 399.

⁶² FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 308.



A melhor exegese, até porque consentânea com os princípios constitucionais do processo, preconiza a acumulação de um dos requisitos previstos nos incisos I e II (caracterizadores do *periculum libertatis*) como a condição do inciso III, que configura o *fumus boni iuris*.⁶³ (Grifos no original).

Com efeito, afirma-se que é sempre necessária a presença do inciso I, cumulado com um dos outros dois requisitos. Dessa forma, confira-se:

É sempre necessária a verificação do inciso I, acompanhado ou do inciso II ou do III; assim, sempre necessita a prisão ser imprescindível para a investigação, acompanhada da não-identificação ou da falta de residência fixa, ou, de forma alternativa, do cometimento dos crimes elencados no inciso III.⁶⁴

Num primeiro momento entendeu-se que a prisão temporária poderia ser decretada desde que se verificasse a ocorrência de apenas um dos requisitos já referidos, ou seja, quando ela fosse imprescindível para as investigações ou nos casos de indiciado sem residência fixa e que não fornecesse elementos para sua identificação, não importando o tipo de crime por ele praticado, ou ainda os crimes elencados no artigo primeiro, inc. III, da lei 7.960/89.⁶⁵

Machado assim conclui:

[...] a interpretação atualmente mais aceita consiste no sentido de que a prisão temporária somente será decretada : a) se houver fundada suspeita da prática de um dos crimes constantes na listagem geral do mencionado art. 1º, inciso III, da lei que a instituiu ou na Lei de Crimes Hediondos; b) se for imprescindível às investigações policiais, e c) se o indiciado, sem residência fixa, recusa-se à identificação. Portanto, não se decreta a prisão temporária senão nos casos de crimes previstos na própria lei, ou em caso de crime hediondo, atendidos os requisitos da imprescindibilidade e falta de residência fixa ou recusa na identificação.⁶⁶

Os Tribunais pátrios não têm deixado por menos, tendo o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim decidido:

A prisão temporária é uma medida detentiva cautelar e, como ocorre com a preventiva, deverá ser decretada com fundamento sobre sua imperiosa necessidade. Decisão fundamentada no art. 1º, I, II e III da lei 7.960/89. Segregação indispensável para elucidação dos fatos(...) (HC 70014424170), Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Ivan Leomar Bruxel, julgado em 15/03/06.

A prisão temporária é uma medida detentiva cautelar e, como ocorre com a preventiva, deverá ser decretada com fundamento sobre sua imperiosa necessidade. E ainda só aplicável, quando o investigado estiver respondendo a inquérito por prática de um dos crimes mencionados no inciso III do art. 1º da lei 7.960/89.(...) este é o fundamento da decisão que ora se mantém.(HC 70007630825), Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Sylvio Baptista Neto, julgado em 03/12/2003.

⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 247.

⁶⁴ FREITAS, Jayme Walmer de. Prisão Temporária. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 102.

⁶⁵ MACHADO, Antônio Alberto. Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 105.

⁶⁶ MACHADO, Antônio Alberto. Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 105.



O Superior Tribunal de Justiça também tem se manifestado no mesmo sentido.

Atendidos os requisitos previstos no art. 1º, I e III, “g”, da lei 7-960/89, afigura-se perfeitamente cabível a decretação da prisão temporária. (STJ, HC 24319/RJ, QUINTA TURMA, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ 30/06/2003.

para análise do cabimento da prisão temporária dever-se-á atentar para a presença indispensável do inc. III do art. 1º. da Lei 7.960/89 e, ao depois, pela presença, alternativa ou cumulativa, dos requisitos previstos nos incisos I e II do mesmo Dispositivo Legal (...) (STJ – 5ª.T. – RHC 5.865 – Rel. José Arnaldo –RSTJ 94/306).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem decisões iguais:

Tendo o acusado comprovado residência fixa, e indemonstrada a necessidade da custódia para a investigação policial, mostra-se ilegal a prisão temporária com fundamento no art. 1º, I e II, da Lei 7.960/89. Exige-se, ainda, a configuração em tese de um dos delitos elencados no inc. III do referido artigo, hipótese incoerente em acidentes de trânsito (...). Assim, pode ser decretada a prisão temporária com base ns. I e III, II e III, ou com fundamento em todos eles (...) (TACRIM-SP – 13ª. C. – HC 329. 570/9 – Rel. Teixeira de Freitas – DJE 04.12.1998).

De início, levados por uma interpretação meramente gramatical, se admitíssemos que os requisitos fossem puramente alternativos, teríamos, nos casos dos incisos I ou II, uma possibilidade de prisão temporária em qualquer tipo de crime ou contravenção penal. No caso do inciso III, observaríamos uma prisão de cunho obrigatória sempre que se cometesse qualquer um dos crimes apontados nesse inciso, o que cumularia com uma medida inconstitucional em ambos os casos.

Se levarmos em consideração o entendimento que admite a prisão temporária cabível somente quando unidos os incisos I e III, pelo fato de o inciso II estar implícito no inciso I, deixaríamos de lado a possibilidade de uma prisão temporária quando houvesse o caso em concreto do indivíduo que não possuísse domicílio fixo, e tampouco, cooperasse quanto à sua identificação.

Levando-se em consideração a hipótese que admite a prisão temporária só possível se presente, apenas, o inciso I, cumulado com um dos outros dois incisos, voltariamos à questão de podermos utilizar a prisão temporária em qualquer tipo de crime.

Cabe, então, reconhecer como maior assertiva do tema aquela que admite a aplicação da prisão temporária quando presente o inciso III, cumulado com um dos outros dois incisos, até por ser clara, aqui, a preocupação cautelar perante a necessidade de garantir a presença do *fumus boni iuris*, ou *fumus comissi delicti*, e, ainda, do *periculum in mora*, ou *periculum libertatis*, para a decretação da segregação temporária do investigado.

Se levarmos em consideração a prisão temporária somente quando houvesse, em caso concreto, a presença dos três incisos, cairíamos em uma alternativa em que a lei se comportaria como lei morta, sendo quase impossível a sua aplicação.



4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA

4.1 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

A inserção da prisão temporária no processo penal brasileiro, através da medida provisória nº 111/89, mesmo que posteriormente convalidada em lei de nº 7.960/89 pelo Congresso Nacional, foi recebida com duras críticas pela grande maioria de nossos doutrinadores, que apontaram uma origem legislativa claramente autoritária. Mencionaram também a desnecessidade desse tipo de custódia, já que a prisão preventiva poderia muito bem ser utilizada para os mesmos fins visados pela prisão temporária.

A esse respeito, alega-se que já no nascedouro esse tipo de prisão apresenta uma mácula insanável, pois foi elaborada pelo Poder Executivo, o qual não tinha competência para legislar sobre a matéria, por ser reserva legal, devendo ser elaborada pelo Congresso Nacional. Trata-se da chamada inconstitucionalidade orgânica.⁶⁷

Destaca-se ainda que o equívoco da introdução desse instituto no direito positivo brasileiro já se iniciou pela denominação, ao chamá-la de “temporária”, pois em um primeiro momento sugere o legislador ordinário a existência no Brasil de alguma prisão que não fosse temporária, passageira. Ledo engano, pois o art. 5º, inc. XLVII, da Constituição Federal veda a existência de caráter perpétuo.⁶⁸

Entende-se que já a princípio houve um grande equívoco, pois o Executivo, através de medida provisória, legislou sobre Processo Penal e Direito Penal, matérias que são da competência legislativa privativa da União, conforme artigo 22, inciso I, da Constituição Brasileira, e conseqüentemente deveriam ser tratadas pelo Congresso Nacional. Entende o autor que nesse caso a lei traz um vício de iniciativa que não é sanado com a simples conversão da medida provisória em lei, e por conseguinte há uma flagrante inconstitucionalidade por vício formal, qual seja: a iniciativa da matéria.⁶⁹

Seria o que se chama de inconstitucionalidade orgânica, ou seja, quando a lei é elaborada por órgão incompetente, pois a inconstitucionalidade decorre de vício de incompetência do órgão que deriva o ato normativo. Trata-se de uma das hipóteses de inconstitucionalidade formal isto é, quando a lei segue procedimento diverso daquele que é fixado pela Constituição Federal nos artigos 59 a 62.⁷⁰

Ainda de acordo com Rangel, *in verbis*:

A prisão temporária é também inconstitucional por uma razão muito simples: no Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é o autor do delito. Trata-se de medida de constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados. Percebam que se houvesse elementos de convicção suficientes, o inquérito

⁶⁷ VASCONCELOS, Maurício. Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em Homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2008, p. 709.

⁶⁸ VASCONCELOS, Maurício. Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em Homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2008, p. 709.

⁶⁹ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 714.

⁷⁰ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 714.



estaria concluído e o Ministério Público poderia oferecer denúncia, iniciando a ação penal e, se necessário fosse, requereria a prisão preventiva. Contudo, como não há, o Estado prende, por sua incompetência, para investigar se o indiciado é ou não o autor do fato.⁷¹ (Grifos nossos).

A inconstitucionalidade formal orgânica e inconstitucionalidade formal propriamente dita: “A inconstitucionalidade formal **orgânica** decorre da inobservância da **competência legislativa** para a elaboração do ato”.⁷² E Lenza (2008, p.130) ainda prontifica:

Por sua vez, a inconstitucionalidade formal propriamente dita decorre da inobservância do devido processo legislativo. Podemos falar, então, além de vício de competência legislativa (inconstitucionalidade orgânica), em vício no procedimento de elaboração da norma, verificado em dois momentos distintos: na fase de iniciativa ou nas fases posteriores.⁷³ (grifos no original).

Com efeito, não faz sentido restringir a liberdade ambulatoria do cidadão sem demonstrar sua real necessidade, em face do princípio de que ninguém pode ser considerado culpado enquanto transitar em julgado a sentença penal condenatória, elevado a dogma constitucional. Sob esse aspecto a prisão temporária é supinamente inconstitucional; além disso, essa medida é odiosa e arbitrária, uma vez que é decretada sem a real necessidade; um verdadeiro retrocesso, pois que se dá em face de meros indícios.⁷⁴

Nesse mesmo sentido, Mirabete assevera “que a lei é draconiana, é uma norma legal odiosa e contrária à tradição do processo penal brasileiro”.⁷⁵

Ainda nesse sentido, Karam:

Tratando-se de instrumento de coerção pessoal, a atingir o direito de liberdade, não poderia a prisão temporária ser objeto de medida provisória, mas tão somente de lei em sentido estrito (ou seja, o ato normativo procedente do Poder Legislativo e elaborado segundo a forma e o processo constitucionalmente estabelecidos): tem-se aqui decorrência básica do princípio da legalidade, que, naturalmente, limita o poder de Estado não só em matéria penal substantiva, mas também no que diz respeito ao direito processual penal, notadamente neste campo da liberdade.⁷⁶

Para Póvoa e Villas Boas⁷⁷, por conta da necessidade da tramitação do projeto de Código de Processo Penal no Congresso Nacional surgiu a oportunidade para adoção da mais inédita e surpreendente Medida Provisória pelo então Presidente da República, José Sarney, empurrando garganta abaixo dos juristas brasileiros o instituto da prisão temporária, que mais tarde veio a se transformar em lei pelos nossos congressistas.

⁷¹ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 715.

⁷² LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 130.

⁷³ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 130.

⁷⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 483.

⁷⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2007, p. 398.

⁷⁶ KARAM, Maria Lúcia. Prisão e Liberdades Processuais - Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 88.

⁷⁷ PÓVOA, Liberato; VILLAS BOAS, Marco. Prisão Temporária. Curitiba: Juruá, 2001, p. 50.



Esclarecem os autores acima:

Não bastasse a rigidez do instituto e sua discutida inconstitucionalidade sob certos aspectos, sua implantação se deu de forma truculenta e ao nosso ver inconstitucional, imposta por medida provisória com força de lei, invadindo competência reservada do Poder Legislativo, limitando a garantia do cidadão ir e vir; e – o que é pior de certa forma forçando o Congresso Nacional a discutir com extrema rapidez um instituto tão delicado, que acabou sendo adotado com imperfeições inaceitáveis. Merece ser acrescentado que a onda de extorsões mediante seqüestro que levava à edição da medida provisória que se transformou na atual Lei nº 7.960 de 21/12/89, não reclamava a alegada urgência para sua adoção. A propósito, conquanto o artigo 62 da Magna Carta de 1988 estabeleça que as medidas provisórias só possam ser editadas “*em caso de relevância e urgência*”, o que está se verificando é a restauração indireta dos famigerados decretos-leis, acobertados pela inovação constitucional, o que é lamentável, pois o Executivo, em situações em que cabem perfeitamente um projeto de lei normal, lança mão da medida provisória para satisfazer, muitas vezes, meros caprichos políticos. Prova disso é que o instituto da prisão temporária foi criado, mas a onda de criminalidade continuou, e em quase nada tem ajudado na elucidação daqueles crimes.⁷⁸ (Grifos no original).

Entende-se que a prisão temporária veio, sem dúvida, regulamentar uma odiosa e comum prática policial, que há muito existia: a prisão para averiguações de inqualificável abuso. E o fato de tornar-se lei nº 7.960, de 21/12/89, não a tornou constitucional, pois procede de uma medida provisória feita às pressas e no calor das emoções.⁷⁹ É notório o texto constitucional, que diz:

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (CF., art. 5º, LVII).

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF., art. 5º, LIV).

“Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (CF, art. 5º, LXI).

De uma forma geral, os processualistas passaram a denominá-la de legislação do pânico, pois fora editada sob a influência do medo que a crescente criminalidade vinha suscitando no espírito dos brasileiros e também na consciência de suas autoridades, já que essa medida teve início no ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade de legalizar a prática policial das chamadas prisões para averiguações, que era uma prática corrente, porém sem nenhuma base legal.⁸⁰

Ainda afirma o autor que esses argumentos e providências, de cunho claramente autoritários, insistem no recrudescimento da repressão policial judiciária e têm servido apenas para a manutenção coercitiva do *status quo* vigente, reforçando os objetivos da burocracia policial, sempre interessada na ampliação de sua margem de poder e ação repressora.

E conclui o mencionado autor:

⁷⁸ PÓVOA, Liberato; VILLAS BOAS, Marco. Prisão Temporária. Curitiba: Juruá, 2001, p. 50.

⁷⁹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 128.

⁸⁰ MACHADO, Antônio Alberto. Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 108.



Observe-se, sob esse aspecto, que a imposição da prisão temporária, ao contrário do que ocorre com os requisitos da prisão preventiva, não exige nem a *certeza da existência material do crime* nem as situações de perigo representadas pela liberdade do agente. Para a sua decretação bastam as “fundadas razões” de que o indiciado tenha praticado um dos crimes previstos na própria lei que a criou e o simples argumento de que a prisão temporária é “imprescindível para a investigação”. Ora, pois, é evidente que esses pressupostos, pela incerteza de um e a vagueza de outro, poderão ensejar a decretação da medida em situações de prova muito precária quanto a existência do crime e quanto á imprescindibilidade da prisão do indiciado. É evidente também que isso favorece as decretações indiscriminadas, fundadas numa espécie de poder geral de cautela do juiz, o que é obviamente incompatível com um processo penal de garantias.⁸¹ (Grifos no original).

A esse respeito, Freitas⁸² faz severas críticas ao afirmar que mesmo que a medida provisória de nº 111/89 tenha sido convalidada na lei nº 7.960/89, que fez ingressar definitivamente a prisão temporária no ordenamento jurídico nacional, fere o princípio da legalidade.

Confira-se:

Justamente, pela origem espúria de não emanar do Poder Legislativo, mas sim do Executivo, questionou-se a constitucionalidade do instituto, por vício de iniciativa, gerando discussão que alvoroçou o mundo doutrinário. Tanto a OAB quanto alguns juristas inscreveram sua repugnância ao novel diploma, que surgia supostamente viciado. Diziam que a lei de cunho processual, instrumento de coerção pessoal e ofensiva ao direito de liberdade, verteu de medida provisória, não de projeto de lei, ferindo de morte o princípio da legalidade, limitador do poder estatal em matéria penal.⁸³

Justamente em decorrência de várias e severas críticas por parte dos doutrinadores em geral e da forma com que o instituto da prisão temporária foi introduzido em nosso ordenamento jurídico, é que o Conselho Federal da OAB ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade por medida cautelar – ADIn nº 162 – 1 DF – visando a imediata suspensão dos efeitos da Medida Provisória, pelos danos concretos e irreparáveis que estariam sendo impostos aos cidadãos brasileiros, apontando algumas irregularidades, entre elas a criação de um novo tipo de prisão provisória e a criação de um novo tipo penal de crime de abuso de autoridade. Aduziu, ainda, que versando matérias de natureza penal e processual, não encerraria os requisitos de relevância e urgência que autorizariam a edição de medidas provisórias, à luz do art. 62 da Carta Magna.

Em 14/12/89, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos (8 a 2), pela rejeição da liminar pleiteada, com base em voto do relator, Ministro Moreira Alves, que teve a seguinte ementa:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Provisória nº 111/89. Prisão Temporária. Pedido de liminar. - Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto. - A prisão temporária prevista no artigo 2º da referida Medida Provisória

⁸¹ MACHADO, Antônio Alberto. Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 109.

⁸² FREITAS, Jayme Walmer de. Prisão Temporária. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 84.

⁸³ FREITAS, Jayme Walmer de. Prisão Temporária. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 84.



não é medida compulsória a ser obrigatoriamente decretada pelo juiz, já que o despacho que a deferir deve ser devidamente fundamentado, conforme o exige o parágrafo 2º do mesmo dispositivo. - Nessa oportunidade processual, não se evidencia manifesta incompatibilidade entre o parágrafo 1º do artigo 3º da Medida Provisória nº 111 e o disposto no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição, em face do que se contém no parágrafo 2º do artigo 3º daquela, quanto à comunicação do preso com o seu advogado. - Embora seja relevante juridicamente a arguição de inconstitucionalidade da criação de delito por Medida Provisória, não está presente o requisito da conveniência, pois o artigo 4º da citada Medida Provisória, impugnado sob esse fundamento, apenas se destina a coibir abuso de autoridades contra a liberdade individual. - A disposição de natureza processual, constante do artigo 5º da Medida Provisória nº 111, que estabelece plantão de 24 horas em todas as Comarcas e Sessões Judiciais do País, não tem o relevo jurídico necessário para a concessão de providência excepcional como é concessão de liminar, em ação direta de inconstitucionalidade. - Pedido de liminar indeferido.

Mas o debate que se travou no plenário do maior Tribunal do País é digno de nota e destaque. Anote-se que os votos favoráveis à concessão da liminar, com conseqüente obstaculização à introdução no universo jurídico desta medida provisória, foram proferidos pelos Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Todavia, os fortes argumentos expendidos e demonstrados não foram satisfatórios para o convencimento dos demais Ministros, que decidiram desfavoravelmente à pretensão do Conselho Federal da OAB.

Apesar disso, e por maioria de votos, os Ministros denegarem o pedido de inconstitucionalidade formulado, mas devem-se ressaltar aqui os votos vencidos: Ministro Celso de Mello:

[...] a nova constituição do Brasil, ao dispor sobre o processo de formação de leis, contemplou as medidas provisórias.

[...] o que se pretende evitar, com esse sistema de garantias, é que o exercício indiscriminado, dessa excepcional competência do Poder Executivo se converta numa prática legiferante ordinária e substitutiva dos procedimentos comuns de formação das leis.

[...] as medidas provisórias configuram espécies normativas de natureza infraconstitucional, dotadas de força e eficácia legais. Não se confundem, porém, com a lei embora transitoriamente se achem investidas de igual autoridade. A cláusula “com força de lei” empresta às medidas provisórias o sentido de equivalência constitucional com as leis.

[...] a norma extraordinária, veiculada mediante medidas provisórias, não pode incidir sobre temas concernentes ao próprio *status libertatis*. A liberdade só pode sofrer condicionamentos normativos quando autorizados, estes, por lei formal e não por mera decisão unilateral emanada do chefe do Poder Executivo da União.

[...] a proteção constitucional da liberdade tem, no princípio da reserva absoluta de lei – e de lei formal, um de seus instrumentos jurídicos mais importantes. Ele afasta a possibilidade de ingerência normativa do Poder Executivo nesse delicado plano de tensão dialética, em que se processam as relações entre o Estado e o indivíduo.

[...] a cláusula da reserva absoluta de lei confere um inigualável grau de intensidade jurídica à tutela constitucional dispensada à liberdade individual, pois condiciona a legítima imposição de restrições ao *status libertatis* da pessoa à prévia edição de ato legislativo em sentido formal.

[...] entendo, Senhor Presidente, que privação, mesmo cautelar, da liberdade individual, a tipificação de novas entidades delituosas e a cominação de penas não podem constituir objeto de medidas provisórias, em face até da irreversibilidade das situações geradas por essa espécie normativa.

[...] por assim entender, tendo presentes as razões expostas, e por considerar, ainda, que estas ponderações sobre o próprio mérito em face da natureza mesma do ato impugnado – revelam-se indissociáveis do juízo de deliberação possível nesta fase preambular, peço vênias ao eminente Ministro Relator para, em dissentindo de Sua Excelência, deferir a medida cautelar requerida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados da Brasil e, em conseqüência, ordenar a suspensão da eficácia da medida provisória ora questionada.



Nesse mesmo sentido, e acompanhando o voto do Ministro Celso de Mello, o Ministro Sepúlveda Pertence forneceu mais argumentos a respeito da inconstitucionalidade da medida:

[...] peço vênua ao eminente Relator para acompanhar o voto do eminente Ministro Celso de Mello. Acrescento umas poucas observações improvisadas, apenas como testemunho da minha convicção sobre o caso, que considero da maior importância para a integridade do cumprimento da função constitucional desta casa.

[...] a experiência, Senhor Presidente, do direito comparado mostra que o poder normativo com força legal, sob este ou aquele nome, vem se tornando um imperativo no governo moderno, da exigência de rapidez, às vezes, da exigência da surpresa. Não é possível fechar os olhos para a realidade. Mas, em regime democrático de direito que se preze não é preciso decreto-lei, medida provisória ou que nome tenha, em plena normalidade institucional, para reformar radicalmente um campo delicado da disciplina das liberdades, como é o da prisão processual. Ademais esses limites lógicos da medida provisória encontram no Brasil um ponto de apoio – de que me advirto agora, ouvindo o debate entre os dois eminentes juízes que me antecederam – no texto positivo da constituição.

[...] eu tenho que analisar a Constituição como sendo um sistema racional. [...] são essas as razões [...] como sempre sem a pretensão de convencer ninguém, mas me dar conta da minha convicção, que eu, depois de longa reflexão sobre o tema que, repito, considero fundamental, na história desta corte, defiro a cautelar.

Atualmente, segundo entendimento jurisprudencial, a medida provisória, após ser convertida em lei, ganha validade.⁸⁴

Conquanto, por maioria de votos, tenha sido afastada a inconstitucionalidade da medida provisória nº 111/89, não se pode negar que os fundamentos exarados pelos Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence serviram de parâmetro para jamais ter sido editada medida provisória que abarcasse tema restritivo de liberdade.

Aliás, repise-se, a emenda constitucional nº 32 restringiu o alcance das medidas provisórias, abonando para sempre as lições oferecidas pelos dois Ministros vencidos. A Emenda Constitucional nº 32 deu nova redação ao art. 62 da Carta Política e, no § 1º, b, estabeleceu que fica vedada a edição de medidas provisórias sobre matérias relativas a direito penal, processual penal e processual civil.

4.2 A LEI ORDINÁRIA COMO FONTE DA NORMA PROCESSUAL

Não se deve confundir norma penal com lei penal: a norma manifesta um comportamento que é aceito socialmente como senso comum da sociedade e noção de justiça para todos, não sendo regra escrita, mas regra social proibitiva e tida como normal; já a lei penal é a materialização da norma feita pelo legislador, que proveniente do grupo social, deve em tese produzir leis, elaborando-as de modo a coibir a prática de ações socialmente reprováveis.⁸⁵

Por norma processual deve-se entender aquela cujos efeitos repercutem diretamente sobre o processo, sem relação direta com o *jus puniendi* do Estado.

⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio. Direito Processual Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 247.

⁸⁵ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Manual de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11.



No direito processual penal, podemos afirmar que normas são um conjunto de regras que cuidam da aplicação do direito, da pena, das medidas de segurança ou do agravamento das penas, e somente o Estado está autorizado a legislar sobre direito penal.

A norma processual penal regula principalmente as atividades que se desenvolvem para atuação do poder jurisdicional do Estado na esfera jurídica penal, entretanto estariam elas interligadas ao exercício da jurisdição com outras normas destinadas a disciplinar o modo e a forma de se constituírem os órgãos jurídicos de seus serviços auxiliares.⁸⁶

As fontes da norma processual penal são as formas de exteriorização do direito, sendo, portanto, nada mais do que formas pelas quais as regras jurídicas se exteriorizam, se apresentam.⁸⁷

Nesse sentido, e ainda de acordo com Tourinho Filho:

A lei é, realmente, a principal fonte do Direito. *Grosso modo*, é por meio de norma jurídica que o Direito se manifesta e se revela. É, a principal fonte, porque contém em si mesmo a norma. Outras fontes, sem que contenham a norma, produzem-na indiretamente, e “outras la producen de uma manera secundaria o incidental”.⁸⁸ (grifos no original).

A lei é a única fonte formal imediata ou direta do direito processual penal, pois é por meio dessa regra jurídica que o Estado impõe sua vontade. É fonte imediata porque contém em si mesma a norma jurídica processual.⁸⁹

A lei em sentido formal refere-se ao texto legal que foi editado conforme o devido processo legislativo estatuído na Constituição Federal. Nesse sentido, para o devido processo penal a lei formal é a lei ordinária.

Consoante Marques⁹⁰: “A iniciativa das leis complementares e ordinárias está prevista no art. 61 da Constituição Federal de 1988”.

Assevera o autor:

A lei formal é a que se apresenta como fonte normativa precípua do Direito Processual Penal, isto tanto em sua forma de lei constitucional, como na lei ordinária. Esta última é a expressão da vontade estatal manifestada pelos órgãos a que a constituição atribui como função própria e essencial, a de estatuir normas jurídicas. Entre as leis ordinárias são resoluções do Poder Legislativo, com a sanção do Poder Executivo (Constituição Federal, arts. 67 e 68).⁹¹

⁸⁶ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. vol. I. Campinas: Millennium, 2003, p. 21.

⁸⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 175.

⁸⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. v. 3.. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 175.

⁸⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2007, p. 33.

⁹⁰ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. vol. I. Campinas: Millennium, 2003, p. 25.

⁹¹ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. vol. I. Campinas: Millennium, 2003, p. 25.



Ainda em relação à fonte da norma processual penal, Gomes aduz que: “[...] somente a lei aprovada pelos representantes do povo é válida em Direito processual penal. A fonte formal imediata do Direito processual penal é, portanto, a lei escrita aprovada regularmente pelo parlamento”.⁹²

Nesse mesmo sentido, afirma Nucci que: “O direito processual penal expressa-se, como regra, por lei ordinária, editada pela União”.⁹³

Seguindo o mesmo raciocínio, afirma-se que em se tratando de direito positivo, as leis nascem e morrem na Constituição Federal, pois é o fundamento de validade da norma jurídica, uma vez que as leis não formam um conjunto de um sistema desorganizado, mas sim de um sistema lógico, coerente e hierarquizado, estando elas vinculadas ao texto constitucional, sob pena de invalidação por meio de controle de constitucionalidade, direto ou incidental.⁹⁴

A respeito da forma de edição da prisão temporária, destaca-se que: “Jamais medida provisória pode criar pena ou crime ou modalidade de prisão. Isto é absolutamente inconstitucional”.⁹⁵

Em sendo assim, a lei formal como fonte do Direito Processual Penal deve se submeter ao processo legislativo previsto nos arts. 59 à 62 da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, há leis processuais penais que extrapolando sua função de regular o processo penal recaem sobre o direito de liberdade do cidadão, como aquelas que se referem às modalidades de prisão, adquirindo assim um conteúdo material, ou seja, de Direito Penal.

Nesse sentido, Nucci salienta que:

[...] Existem normas processuais penais que possuem íntima relação com o direito penal, refletindo diretamente na punição ao réu. Em virtude disso, a doutrina busca classificar as normas processuais em *normas processuais penais materiais e normas processuais penais propriamente ditas*.⁹⁶ (grifos no original).

As leis processuais penais de conteúdo penal, em razão de atingir o *jus libertatis* do cidadão, devem se submeter aos princípios penais constitucionais referentes à elaboração do direito penal, uma vez que esses são garantias do cidadão em um Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, a lei processual penal deve ser editada conforme o princípio da legalidade penal, que exige como fonte formal a lei em sentido estrito: a lei ordinária, de atribuição indeclinável do Poder Legislativo.

No mesmo sentido, Prado aduz: “Não há crime, nem pena sem lei em sentido estrito, elaborada na forma constitucionalmente prevista”.⁹⁷

⁹² GOMES, Luiz Flávio. Direito Processual Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 46.

⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo e Execução Penal. São Paulo: RT, 2005, p. 104.

⁹⁴ QUEIROZ, Paulo. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 37.

⁹⁵ GOMES, Luiz Flávio. Direito Processual Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 247.

⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. Parte Geral - Parte Especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 98.

⁹⁷ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. São Paulo: RT, 2000, p. 79.



E Prado assim conclui:

O caráter *absoluto* de reserva legal impede a delegação por parte de poder legiferante de matéria de sua exclusiva competência, lastreado no princípio da divisão de poderes. Assim só ele pode legislar sobre determinado assunto, tal como definir a infração penal e cominar-lhe a respectiva consequência jurídica. O fundamento de garantia da reserva da lei, como princípio de legitimação democrática, deve informar e presidir a atividade de produção normativa penal, por força da particular relevância dos bens em jogo. Tem ela por assim dizer, um papel negativo no sentido de que o objeto imediato e essencial do princípio é o de impedir o acesso do Poder Executivo à normação penal. Destarte, a importância e o fundamento da lei na área penal emergem de modo claro quando se acentua o significado de máxima garantia que representa para o indivíduo: tutela necessária em face da incidência da sanção penal sobre o bem jurídico essencial da liberdade pessoal. O motivo que justifica a escolha do Legislativo como único detentor do poder normativo em sede penal reside em sua legitimação democrática (representatividade popular – art. 1º, parágrafo único, CF), fazendo com que seu exercício não seja arbitrário. Em resumo: a lei formal e tão somente ela é fonte criadora de crimes e de penas, de causas agravantes ou de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato normativo.⁹⁸ (grifos no original).

Como se pode observar, é atribuição absoluta do Poder Legislativo elaborar leis de conteúdo penal, entre elas também as processuais penais de conteúdo material, pois é o único órgão com legitimidade democrática para limitar o direito de liberdade do cidadão.

O princípio da legalidade exige, como fonte direta de norma de conteúdo penal, a lei em sentido estrito, em razão dos seus subprincípios: *nullum crimen sine lege stricta*, ou seja, a lei em sentido formal é a lei ordinária, que, como vimos, exige o processo legislativo previsto no art. 61 da Constituição Federal. Desta forma a expressão lei é tomada em sentido estrito, abrangendo tão somente lei complementar e lei ordinária.

4.3 NOSSA OPINIÃO

Como já vimos anteriormente, a fonte da norma processual penal que restringe o *jus libertatis*, como aquelas que tratam sobre qualquer tipo de modalidade de prisão, é a ordinária, por exigência do princípio da legalidade penal, que garante a absoluta atribuição do Parlamento para legislar sobre leis de conteúdo penal.

É cabível, aqui, retornarmos as lições de Beccaria, que combatendo as arbitrariedades de sua época, já afirmava:

[...] só uma norma procedente do poder legislativo, que representa toda uma sociedade unida pelo contrato social, pode limitar a sagrada liberdade do indivíduo, definindo os delitos e estabelecendo as penas. Sendo a lei formal a única e exclusiva fonte imediata do Direito penal incriminador (o que cria ou amplia o *ius puniendi*), não podem cumprir esse papel a lei delegada nem os princípios jurídico-penais nem os costumes.⁹⁹

⁹⁸ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. São Paulo: RT, 2000, p. 79.

⁹⁹ BECCARIA, (Cesare Bonesana) Marquês de. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 47.



Assim, a lei nº 7.960/89, que instituiu a prisão temporária, é flagrantemente inconstitucional por ter se originado a partir da medida provisória nº 111/89, quando o instrumento legislativo adequado, como já visto anteriormente, é a lei ordinária que tem seu processo legislativo de edição nos artigos 59 a 62 da Constituição Federal.

Observa-se ainda que a Emenda Constitucional nº32 deu nova redação ao artigo 62 da Constituição Federal, vedando de forma expressa o emprego de medida provisória para tratar de normas de direito penal e processual penal:

Art. 62 da Constituição Federal: “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las ao Congresso Nacional”.

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

b) direito penal, processual penal e processual civil.

Quanto ao atual entendimento jurisprudencial no sentido de que a conversão da medida provisória nº 111/89 na lei nº 7.960/89, que instituiu a prisão temporária, teria afastado o vício desse tipo de prisão cautelar, apresenta um crasso erro dogmático, já que é sólido o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao entendimento de que o vício de origem de uma lei é insanável.

É preciso ressaltar que nem mesmo a sanção presidencial retiraria da norma a pecha de inconstitucionalidade formal de que é maculada desde a origem, haja vista o posicionamento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a sanção aposta pelo Chefe do Executivo a projetos eivados pela usurpação de iniciativa não possui eficácia no sentido de convalidar, isto é, não tem o condão de tornar o projeto válido.¹⁰⁰

Moraes é categórico ao afirmar que: “Acreditamos não ser possível suprir o vício de iniciativa com a sanção, pois tal vício macula de nulidade toda a formação da lei, não podendo ser convalidado pela sanção presidencial”.

A súmula nº5 do Supremo Tribunal Federal, que previa posicionamento diverso, foi abandonada em 1974, permanecendo, atualmente, a posição do Supremo Tribunal Federal pela impossibilidade de convalidação¹⁰¹

A jurisprudência é clara nesse sentido:

EMENTA: "A sanção não supre a falta de iniciativa *ex vi* do disposto no art. 57, parágrafo único, da Constituição, que alterou o direito anterior" (RTJ 69/629).¹⁰²

Nesse mesmo sentido:

¹⁰⁰ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2007, p. 624.

¹⁰¹ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2007, p. 624.

¹⁰² MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2007, p. 624.



“Regime jurídico dos servidores públicos estaduais. Aposentadoria e vantagens financeiras. Inconstitucionalidade formal. Vício que persiste, não obstante a sanção do respectivo projeto de lei. Precedentes. Dispositivo legal oriundo de emenda parlamentar referente aos servidores públicos estaduais, sua aposentadoria e vantagens financeiras. Inconstitucionalidade formal em face do disposto no artigo 61, § 1º, II, “c”, da Carta Federal. É firme na jurisprudência do Tribunal que a sanção do projeto de lei não convalida vício de iniciativa”. (ADI 700, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 23.05.2001, DJ, 24.08.2001) (grifo nosso).

Consoante observa Caetano, *ipsis litteris*:

Um projeto resultante de iniciativa inconstitucional sofre de um pecado original, que a sanção não tem a virtude de apagar, até porque, a par das razões jurídicas, militam os fortes motivos políticos que determinassem a exclusividade da iniciativa presidencial, cujo afastamento poderia conduzir a situações de intolerável pressão sobre o Executivo.¹⁰³

Pode-se dizer que esse assunto está superado, conforme os ensinamentos de Lenza quando afirma que: “A sanção presidencial não convalida vício de iniciativa. Trata-se de vício formal **insanável e incurável**”.¹⁰⁴ (grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal, em mais uma decisão:

Vício de Iniciativa e Administração Pública. Por ofensa ao art. 61, § 1º, II, e, da CF/88, que confere ao chefe do Poder Executivo a iniciativa privativa de leis que disponham sobre a criação de órgãos da Administração Pública, o Tribunal julgou procedente o pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado de São Paulo, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 10.539/2000, do mesmo Estado, de iniciativa parlamentar, que mantinha a Delegacia de Ensino de Avaré como unidade integrante da Secretaria de Estado da Educação. (STF, ADI 2.417-SP, rel. Min. Maurício Corrêa, 3.9.2003).

Da mesma forma, em outra jurisprudência o STF tem a mesma decisão:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DA LEI Nº 12.354, DE 04.12.98, DO ESTADO DO PARANÁ, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO § 1º DO ARTIGO 10 DA LEI Nº 7.051, DE 04.12.78, AMPLIANDO AS EXCEÇÕES À RESERVA DE EXCLUSIVIDADE DE NOMEAÇÃO DOS SERVIDORES DO GRUPO OPERACIONAL "TAF" PARA OS CARGOS EM COMISSÃO NO ÂMBITO DA COORDENAÇÃO DA RECEITA DO ESTADO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, POR VÍCIO DE INICIATIVA, E MATERIAL, POR OFENSA AO ARTIGO 37, II E V, DA CONSTITUIÇÃO. Os partidos políticos com representação no Congresso Nacional têm legitimidade ativa universal para propor ação direta de inconstitucionalidade, não incidindo, portanto, a condição da ação relativa à pertinência temática. Inconstitucionalidade formal reconhecida em face do vício de iniciativa da Lei impugnada, de origem parlamentar, que não é convalidado nem mesmo pela sanção do Chefe do Poder Executivo. Precedentes. Não reconhecimento de inconstitucionalidade material em face do artigo 37, II e V, no superficial exame cabível em juízo liminar. Ressalva de hipótese prevista no texto constitucional: ADIMC nº 1.791-PE. Medida cautelar deferida para suspender a eficácia da lei impugnada, com efeito *ex nunc*, até o final julgamento da ação direta. Relator MAURICIO CORRÊA julgamento: 17/03/99. (STF - Tribunal Pleno Publicação: DJ 07-05-1999 PP-00001 EMENT VOL-01949-01 PP-00036).

E finalmente, com muita propriedade, observa Franco, *in verbis*:

¹⁰³ CAETANO, Marcelo. Direito Constitucional. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 34.

¹⁰⁴ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. São Paulo. Saraiva, 2008, p. 340.



[...] a lei 7.960/89 originou-se de uma medida provisória baixada pelo Presidente da República e, embora tenha sido convertida em lei, pelo Congresso Nacional, representou uma invasão na área da competência reservada ao Poder Legislativo. Pouco importa a aprovação, pelo Congresso Nacional, da medida provisória. O vício de origem, ínsito neste instrumento normativo, contagia a lei convertedora, havendo, em consequência, uma comunicação de invalidade. O fato de o Congresso Nacional vir a ratificar, com ou sem emendas, uma medida provisória, de caráter processual penal, que lesa o direito de liberdade do cidadão, não legitimaria a competência do Poder Executivo para normatizar a matéria. A lei convertedora submete-se à instância do controle político, é um ato com características políticas, que atende uma fiscalização de mérito, de oportunidade, conveniência política e não fiscalização jurídica.¹⁰⁵

Diante do que está posto em todo o conteúdo deste trabalho, podemos afirmar que é flagrante a inconstitucionalidade da lei nº 7960/89, que estatui a prisão temporária, já que, como foi bastante demonstrado, tanto na doutrina como na jurisprudência, leis de natureza restritiva de liberdade exigem como instrumento a lei ordinária, por imposição absoluta do princípio da legalidade penal, uma vez, que como também suficientemente evidenciado, o vício de origem é insanável.

Deve ficar por fim, a lição do Ministro Sepúlveda Pertence, ao proferir seu voto em relação à famigerada medida provisória: [...] “em regime democrático de direito que se preze não é preciso decreto-lei, medida provisória ou que nome tenha, em plena normalidade institucional, para reformar radicalmente um campo delicado da disciplina das liberdades, como é o da prisão processual”.

5 CONCLUSÃO

Como foi visto ao longo deste trabalho, a prisão temporária é uma medida que foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade de legalizar a prática policial das chamadas prisões para averiguações, que era uma prática corrente, porém sem nenhuma base legal. Não obstante, por maioria de votos, tenha sido afastada a inconstitucionalidade da medida provisória nº 111/89, não se pode negar que os fundamentos exarados pelos Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence serviram de parâmetro para jamais ter sido editada medida provisória que abarcasse tema restritivo de liberdade, aliás, repise-se, a emenda constitucional nº 32 restringiu o alcance das medidas provisórias, abonando para sempre as lições oferecidas pelos dois Ministros vencidos. A Emenda Constitucional nº 32 deu nova redação ao art. 62 da Carta Política e, no § 1º, b, estabeleceu que fica vedada a edição de medidas provisórias sobre matérias relativas a direito penal, processual penal e processual civil.

Como também pode ser observado, a lei é a única fonte formal imediata ou direta do direito processual penal, pois é por meio dessa regra jurídica que o Estado impõe sua vontade. É fonte imediata porque contém em si mesma a norma jurídica processual.

¹⁰⁵ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 163.



A lei em sentido formal refere-se ao texto legal que foi editado conforme o devido processo legislativo, estatuído na Constituição Federal; nesse sentido, para o devido processo penal a lei formal é a lei ordinária.

Em sendo assim, a lei formal como fonte do Direito Processual Penal deve se submeter ao processo legislativo previsto nos arts. 59 a 62 da Constituição Federal de 1988.

As leis processuais penais que extrapolando sua função de regular o processo penal recaem sobre o direito de liberdade do cidadão, como aquelas que se referem as modalidades de prisão, adquirem um conteúdo material, ou seja, de Direito Penal.

Assim as leis processuais penais de conteúdo penal, em razão de atingir o *jus libertatis* do cidadão, devem se submeter aos princípios penais constitucionais referentes à elaboração do direito penal, uma vez que esses são garantias do cidadão em um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, a lei processual penal deve ser editada conforme o princípio da legalidade penal, que exige como fonte formal a lei em sentido estrito: a lei ordinária, sendo esta de atribuição indeclinável do Poder Legislativo.

Assim, a lei nº 7.960/89, que instituiu a prisão temporária, é flagrantemente inconstitucional por ter se originado a partir da medida provisória nº 111/89, quando o instrumento legislativo adequado, como já visto anteriormente, é a lei ordinária que tem seu processo legislativo de edição nos artigos 59 a 62 da Constituição Federal.

Observa-se ainda que a Emenda Constitucional nº32 deu nova redação ao artigo 62 da Constituição Federal, vedando de forma expressa o emprego de medida provisória para tratar de normas de direito penal e processual penal.

Quanto ao atual entendimento jurisprudencial no sentido de que a conversão da medida provisória nº 111/89 na lei nº 7.960/89, que instituiu a prisão temporária, teria afastado o vício desse tipo de prisão cautelar, apresenta um crasso erro dogmático, já que é sólido o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao entendimento de que o vício de origem de uma lei é insanável.

Portanto, podemos afirmar que é flagrante a inconstitucionalidade da lei nº 7.960/89, que estatui a prisão temporária, já que, como foi bastante demonstrado neste estudo, tanto na doutrina, como na jurisprudência, leis de natureza restritiva de liberdade exigem como instrumento a lei ordinária, por imposição absoluta do princípio da legalidade penal, uma vez que, como também suficientemente evidenciado, o vício de origem é insanável.



REFERÊNCIAS

- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Manual de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BECCARIA,(Cesare Bonesana) Marquês de. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BECHARA, Fabio Ramazzini. Prisão Cautelar. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: Vade Mecum acadêmico de direito/ ANGHER, Anne Joyce (org.). São Paulo: Rideel, 2007 a. (Coleção de leis Rideel).
- BRASIL. Lei nº 7.960/1989 (Dispõe sobre Prisão Temporária). In: Vade mecum acadêmico de direito/ ANGHER, Anne Joyce (org.). 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007 b. (Coleção de leis Rideel).
- CAETANO, Marcelo. Direito Constitucional. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- CRUZ, Rogério Schiatti Machado. Prisão Cautelar. *Dramas, Princípios e Alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- FREITAS, Jayme Walmer de. Prisão Temporária. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. Direito Processual Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- JESUS, Damásio de. Código de Processo Penal Anotado. São Paulo: Saraiva, 1993.
- KAUFFMANN, Carlos. Prisão Temporária. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- KARAM, Maria Lúcia. Prisão e Liberdades Processuais - Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo. Saraiva, 2008.
- LIMA, Marcellus Polastri. A Tutela Cautelar no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MACHADO, Antônio Alberto. Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. vol. I. Campinas: Millennium, 2003.



_____, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. vol. IV. Campinas: Millennium, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005, 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo e Execução Penal. São Paulo: RT, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. Parte Geral - Parte Especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PÓVOA, Liberato; VILLAS BOAS, Marco. Prisão Temporária. Curitiba: Juruá, 2001.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. São Paulo: RT, 2000.

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da Insignificância no Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Fernando da Costa. Processo Penal. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

VASCONCELOS, Maurício. Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em Homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2008.