



**UNISUL**

**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA**  
**CARINE DIAS DA COSTA ABREU**

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA**

Florianópolis

2009

**CARINE DIAS DA COSTA ABREU**

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Gustavo Noronha de Ávila, Msc.

Florianópolis

2009

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

### **A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA**

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativamente, civil e criminalmente, em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis (SC), 11 de novembro de 2009.

---

Carine Dias da Costa Abreu

**CARINE DIAS DA COSTA ABREU**

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2009.

---

Prof. e orientador Gustavo Noronha de Ávila, Msc.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof. Paulo Calgaro de Carvalho, Msc.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof. Priscila de Azambuja Tagliari, Esp.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

Para minha vó Sônia, pelo exemplo de  
mulher.

Para meu vô Teco, por me visitar em  
sonhos.

E aos meus sonhos...

## AGRADECIMENTOS

Considerando esta monografia como a síntese de vários anos penosos e cegos em relação ao futuro, e ao mesmo tempo como um passaporte para um grande sonho, sou grata por tê-lo concluído, uma vez que contribuiu para a formação de quem sou hoje, assim como me ajudou a descobrir o que realmente quero ser em minha vida. A tarefa não foi fácil, mas as coisas aconteceram como tinham que acontecer.

Agradeço...

Aos meus avós Elenora e Severo, por me proporcionarem a conclusão do Ensino Superior. Ela, por me tratar como uma filha. Ele, por me tratar como uma neta. Muito obrigada!

Ao meu pai, apesar da ausência que me destrói.

À minha mãe, pelo laço do destino que nos une.

Aos meus irmãos João Antônio (amor da minha vida!) e Jorge Augusto, pelo sangue que nos aproxima. Meu carinho é de vocês!

Ao meu querido Juan Erle, pelo apoio incondicional durante esses conturbados últimos meses de faculdade, e principalmente, pela delicadeza com que conduz minha vida dentro da sua.

Ao professor Gustavo Noronha de Ávila, pela sua paciência, disposição, bem como pelas palavras de motivação e apoio.

Às minhas amigas Anna Lídia, Jamile e Lainni, pelo apoio durante estes ácidos anos de faculdade e por serem as melhores amigas que um ser humano poderia desejar ter.

Merci beaucoup!

[...] Quanto a mim, a escolha do curso superior não passou de um erro. Eu não tinha orientação, havia lido um livro sobre penitenciárias, e pretendia apenas isto: reformar um dia as penitenciárias do Brasil. San Tiago Dantas uma vez disse que não resistia à curiosidade e perguntou-me o que afinal eu fora fazer num curso de Direito. Respondi-lhe que Direito Penal me interessava. Retrucou: “Ah bem, logo adivinhei. Você se interessou pela parte literária do Direito. Quem é jurista mesmo gosta de Direito Civil”. A saudade que tenho de San Tiago.

[...]

Em mim havia um certo estoicismo, em relação a ter tido uma parte do meu passado tão inútil. Ora, mas quantas outras coisas inúteis eu já havia vivido. Uma vida é curta: mas, se cortarmos os seus pedaços mortos, curtíssima ela fica. Transforma-se numa vida feita de alguns dias apenas? Bem, é preciso não esquecer que a parte inútil fora, na hora, vivida com tanto ardor (por Direito Penal). O que de algum modo paga a pena. (CLARICE LISPECTOR).

## RESUMO

Esta monografia tem como objeto de estudo as inconstitucionalidades da prisão temporária, a qual foi introduzida no processo penal brasileiro pela Medida provisória nº 111 de 24/11/1989 e após, convertida para a Lei nº 7.960/89. Tem como objetivo geral examinar as inconstitucionalidades formal e material nascidas juntamente com esta prisão cautelar. Tais inconstitucionalidades baseiam-se na forma de criação da referida prisão bem como sobre a interpretação dela à luz da Constituição Federal de 1988, a qual trouxe consigo o princípio da presunção de inocência. Seus objetivos específicos são analisar e demonstrar as variadas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais sobre a existência e decretação desta prisão. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, onde, por meio de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais tornou-se possível a conclusão deste estudo. Para um melhor entendimento da presente monografia, ela está disposta em três capítulos: primeiramente, é tratada a conceituação de prisão, passando pela prisão cautelar até alcançar suas cinco espécies encontradas no ordenamento jurídico penal brasileiro. Após, foi estudado a prisão temporária englobando o seu conceito, natureza jurídica, cabimento e prazo de duração. Por fim, foram trabalhadas as suas inconstitucionalidades formal e material numa detalhada análise doutrinária e jurisprudencial. Deste modo, foram encontradas vertentes divergentes no âmbito da inconstitucionalidade material na visão da doutrina e da jurisprudência e, no que tange a inconstitucionalidade formal, foi visto que a jurisprudência, ao mesmo tempo em que invoca certo cuidado para com a edição das medidas provisórias, consente quanto à criação da Medida Provisória nº 111, julgando-a constitucional. Já a visão doutrinária demonstra-se receosa quanto ao poder discricionário em mãos do Poder Executivo, visto que, este adentra uma competência que é legitimada ao Poder Legislativo, onde somente a União tem a legitimidade para legislar por meio do Congresso Nacional.

Palavras-chave: Prisão cautelar. Prisão temporária. Medida provisória. Presunção de inocência. Inconstitucionalidade.

## LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
Art. – Artigo  
Arts. – Artigos  
CF – Constituição Federal de 1988  
CP – Código Penal  
CPP – Código Processual Penal  
Des. – Desembargador  
DF – Distrito Federal  
HC – Habeas Corpus  
Inc. – Inciso  
Incs. - Incisos  
MC – Medida Cautelar  
MG – Minas Gerais  
Min. – Ministro  
MP – Medida Provisória  
PE – Pernambuco  
RJ – Rio de Janeiro  
SP – São Paulo  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2 CONCEITUAÇÃO</b> .....	<b>12</b>
2.1 DA PRISÃO .....	12
<b>2.1.1 Da prisão cautelar</b> .....	<b>15</b>
2.1.1.1 Conceito de prisão cautelar .....	15
2.1.1.2 Tipos de prisão cautelar .....	20
2.1.1.2.1 <i>Prisão em flagrante</i> .....	20
2.1.1.2.2 <i>Prisão preventiva</i> .....	22
2.1.1.2.3 <i>Prisão temporária</i> .....	24
2.1.1.2.4 <i>Prisão decorrente de pronúncia</i> .....	26
2.1.1.2.5 <i>Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível</i> .....	28
<b>3 DA PRISÃO TEMPORÁRIA</b> .....	<b>32</b>
3.1 CONCEITO DA PRISÃO TEMPORÁRIA .....	32
3.2 NATUREZA JURÍDICA .....	34
3.3 CABIMENTO .....	37
3.4 PRAZO .....	42
<b>4 DAS INCONSTITUCIONALIDADES DA LEI 7.960/89</b> .....	<b>44</b>
4.1 INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL .....	44
<b>4.1.1 Criação da Lei 7.960/89 e a visão doutrinária</b> .....	<b>45</b>
4.1.2 Da visão jurisprudencial .....	47
4.2 INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL .....	52
<b>4.2.1 Da presunção de inocência e a visão doutrinária</b> .....	<b>53</b>
<b>4.2.2 Da visão jurisprudencial</b> .....	<b>57</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>62</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>66</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto o estudo das inconstitucionalidades da prisão temporária, sendo elas de caráter formal, originada por um vício de iniciativa e, a outra, de caráter material, revelada sob a luz do princípio da presunção de inocência o qual está expresso no art. 5º, inciso (inc.) LVII da Constituição Federal de 1988 (CF).

O objetivo deste trabalho é examinar estas inconstitucionalidades, as quais se originaram juntamente com a criação da Medida Provisória (MP) nº 111, de 24/11/89, bem como analisar e demonstrar as variadas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito de cada uma delas. A problemática apresentada é a própria prisão temporária examinada sob a luz da CF no que tange a sua criação até sua polêmica aplicação frente à presunção de inocência.

Após a criação da MP nº 111, em menos de um mês houve sua conversão em lei ordinária, originando assim a Lei nº 7.960 em 21 de dezembro de 1989 de modo que trouxe em definitivo a prisão temporária para o processo penal brasileiro. Porém, mesmo após essa convalidação da MP em lei ordinária, as inconstitucionalidades invocadas persistiram, de forma que atualmente a prisão temporária continua sendo objeto de ações e impetração de *Habeas Corpus* (HC), o que denota a relevância do presente estudo.

Para uma melhor compreensão, este trabalho está desenvolvido em três capítulos, os quais comportam os objetivos específicos deste estudo de forma a demonstrar os entendimentos acerca da prisão temporária. No início, há um breve estudo sobre o conceito de prisão, passando pelas espécies de prisão cautelar até atingir a conceituação de prisão temporária e, por fim, a análise das duas inconstitucionalidades ora invocadas.

Assim, inicia-se no Capítulo 2, uma conceituação de prisão em seu sentido amplo, bem como em seu sentido estrito, com a diferenciação de prisão-pena e prisão sem pena. Após, é estudado o conceito de prisão cautelar, sucedida de suas cinco espécies existentes no direito processual penal brasileiro.

O Capítulo 3 trata da prisão temporária em seus aspectos mais detalhados, trazendo o seu conceito, sua natureza jurídica, cabimento e seu prazo de duração.

Por fim, no Capítulo 4, são abordadas as inconstitucionalidades propriamente ditas. Primeiramente é abordada a inconstitucionalidade formal, passando pela criação da prisão temporária juntamente com a visão doutrinária e, logo após, é trazida a jurisprudência a fim de que se possa verificar como a Suprema Corte observa e interpreta esta inconstitucionalidade no que tange a criação da prisão por meio de uma MP. Em seguida, está exposta a inconstitucionalidade material, onde será estudada a prisão temporária sob os olhos do princípio da presunção de inocência, demonstrando as variadas doutrinas a respeito da existência dessa inconstitucionalidade ou não. Posteriormente, é dada atenção às jurisprudências sobre este tema, inclusive citando julgados que dizem respeito à execução antecipada da pena em se tratando das prisões cautelares no que tange a (in) compatibilidade delas com a presunção de inocência.

Finalmente, o método de abordagem utilizado neste trabalho foi o dedutivo, pois, parte-se de uma análise geral por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial até chegar a uma conclusão. Para tanto foi apreciada a CF, o Código de Processo Penal (CPP), a Lei 7.960/89, bem como doutrinas e artigos científicos, além da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), de modo que assim foi possível concluir o presente estudo.

## 2 CONCEITUAÇÃO

Para uma melhor compreensão deste estudo das inconstitucionalidades da prisão temporária, faz-se necessário uma prévia explanação acerca do conceito de prisão, o qual inclui a diferenciação de prisão-pena e prisão sem pena, e posteriormente, o conceito da prisão cautelar e suas espécies. Por fim, se faz necessário também um estudo detalhado sobre a prisão temporária.

### 2.1 DA PRISÃO

De acordo com Freitas <sup>1</sup> “conceitua-se a prisão como a supressão da liberdade individual mediante clausura, em decorrência de flagrante ou por ordem escrita da autoridade judiciária competente”. Portanto, a prisão é o ato de suprimir a liberdade do indivíduo em consequência de flagrante ou de ordem de autoridade judiciária competente para tanto.

Em outras palavras, Mirabete <sup>2</sup> leciona:

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. Entretanto, o termo tem significados vários no direito pátrio, pois pode significar a **pena privativa de liberdade** (‘prisão simples’ para autor de contravenções; ‘prisão’ para crimes militares, além de sinônimo de ‘reclusão’ e ‘detenção’), o ato da **captura** (prisão em flagrante ou em cumprimento de mandado) e a **custódia** (recolhimento da pessoa ao cárcere). Assim, embora seja tradição no direito objetivo o uso da palavra em todos esses sentidos, nada impede que se utilizem os termos **captura** e **custódia**, com os significados mencionados em substituição ao termo **prisão**. (grifo do autor).

Ainda neste raciocínio, Bonfim <sup>3</sup> ensina que “o termo ‘prisão’ designa, genericamente, a privação da liberdade do indivíduo, por motivo lícito ou por ordem legal, mediante clausura”. Observa-se então que prisão é o ato de privar a liberdade

<sup>1</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 30.

<sup>2</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006. p. 361.

<sup>3</sup> BONFIM, Edílson Mougnot. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 500.

do indivíduo, coibindo, por meio de recolhimento ao cárcere, o seu direito constitucional de ir e vir.<sup>4</sup>

É importante salientar que existem duas espécies de prisão em nosso ordenamento: “[...] a prisão decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível e a prisão sem o caráter de pena, também conhecida sob a denominação genérica de prisão sem pena”.<sup>5</sup>

Portanto, a prisão pode ser dividida em duas espécies: a prisão-pena - também conhecida como *ad poenam* ou simplesmente prisão propriamente dita - e a prisão sem pena. Esta última contém as prisões cautelares, as quais podem ser chamadas de processual, provisória ou *ad custodiam*.<sup>6</sup>

A este propósito, Tourinho Filho<sup>7</sup> ensina que “a prisão-pena é o sofrimento imposto pelo Estado ao infrator, em execução de uma sentença penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada”. Logo, pode-se concluir que a prisão-pena é a execução de uma sentença penal, infligida pelo Estado, em resposta ao crime praticado pelo agente.

Nesta mesma linha de raciocínio, Freitas<sup>8</sup> afirma que “a prisão-pena ou prisão penal, também denominada *carcer ad poenam*, é a imposição de sofrimento decorrente de sentença condenatória definitiva, exarada pelo Estado-Juiz, ao culpado de uma infração penal”.

Neste mesmo prisma, Bonfim<sup>9</sup> define:

Prisão-pena: É a que decorre de decisão condenatória transitada em julgado (sentença ou acórdão), que aplica pena privativa de liberdade. Em nosso sistema, a prisão-pena somente existe no âmbito do direito penal, sendo, portanto, de afirmar que a prisão-pena no Brasil é aquela decorrente de decisão condenatória penal transitada em julgado.

Portanto, “a prisão penal, ou prisão sanção, ou prisão-pena, é a segregação carcerária. É a sanção conseqüente à prática do delito como

<sup>4</sup> NUCCI, Guilherme de Souza; NUCCI, Náila Cristina Ferreira. **Prática forense penal**. 3. ed. rev atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.157.

<sup>5</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. rev.. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 605.

<sup>6</sup> GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. **Prisão em flagrante**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1.

<sup>7</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. p. 605.

<sup>8</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 31.

<sup>9</sup> BONFIM, Edílson Mougnot. **Código de processo penal comentado**. p. 500.

anterior".<sup>10</sup> Ou seja, para a ação do delito, existe uma pena como consequência.

Deste modo, prisão-pena é o ato de privar da sua liberdade o autor do delito, sendo esta privação vista como sanção penal, a qual decorre de uma sentença condenatória transitada em julgado. Ela tem uma natureza tanto punitiva como preventiva e ressocializadora, de modo que visa corrigir, reinserir e reintegrar este condenado à sociedade.<sup>11</sup>

Porém, é sabido que existem controvérsias quanto esta natureza ressocializadora, visto que muitos encarcerados acabam reincidindo no crime e a própria prisão acaba não sendo vista como um método eficaz para o combate ao crime, sendo vista como um verdadeiro castigo.

Neste sentido, Tourinho Filho<sup>12</sup> disserta:

Por mais que se queira negar, a pena é castigo. Diz-se, também, que sua finalidade precípua é reeducar para ressocializar, reinserir, reintegrar o condenado na comunidade. O cárcere, contudo, não tem função educativa; é simplesmente um castigo, e, como já se disse, esconder sua verdadeira e íntima essência sob outros rótulos é ridículo e vitoriano.

Como se pode analisar, a natureza reeducadora e ressocializadora da prisão é contestada sob a ótica de que o cárcere - ao contrário de socializar, é apenas uma punição, um castigo para retirar da sociedade o criminoso.

Em outro ponto, existe a prisão sem pena, a qual é a prisão que não decorre de sentença. Esta é a que será foco de estudo a seguir.

Para Tourinho Filho<sup>13</sup> "ao lado da prisão-pena, isto é, prisão decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível, temos ainda a prisão sem pena, que, como o próprio nome está a indicar, não deflui de condenação."

A prisão sem pena é, portanto, aquela a qual não resulta de condenação, sendo encontrada em nosso ordenamento por meio das prisões processuais, chamadas também de prisões cautelares.<sup>14</sup>

Então, pode-se dizer que a prisão sem pena é aquela que não sucede de uma condenação transitada em julgado, de modo que não constitui uma pena no

---

<sup>10</sup> AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 307.

<sup>11</sup> GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. **Prisão em flagrante**. p. 2.

<sup>12</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. p. 605.

<sup>13</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. p. 608.

<sup>14</sup> GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. **Prisão em flagrante**. p. 2.

sentido técnico. Na doutrina são encontradas quatro espécies de prisão sem pena: a prisão civil, administrativa, disciplinar e a processual, também chamada de provisória ou cautelar.<sup>15</sup>

Logo, pode-se concluir que, ou um indivíduo é preso em decorrência de sentença condenatória irrecurável, a qual resulta numa prisão-pena; ou um indivíduo é preso em situações em que não é necessária uma sentença condenatória transitada em julgado para que a prisão seja imposta; neste caso, se tratará de uma prisão sem pena.

As prisões processuais (cautelares) serão discutidas a seguir.

### 2.1.1 Da prisão cautelar

Entre o surgimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, sempre há o risco de haverem alguns transtornos que possam comprometer tanto a atuação jurisdicional quanto a eficácia e utilidade do julgado. Logo, surgiu à necessidade de se tomar medidas cautelares que atenuem ou eliminem esse risco.<sup>16</sup>

#### 2.1.1.1 Conceito de prisão cautelar

Em sua conceituação, a prisão processual também pode ser chamada de prisão provisória, sendo esta a prisão cautelar, em sentido amplo.<sup>17</sup>

Todavia, nem sempre as expressões prisão processual e prisão cautelar se equivalem, embora a prisão cautelar também seja vista como uma prisão provisória. Quando a medida restritiva for decretada no decurso do processo e até a prolação da sentença (nos casos de preventiva, pronúncia e sentença condenatória recorrível), o uso é confundido, sem diferenças entre processual, cautelar ou

---

<sup>15</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal comentado**. p. 500.

<sup>16</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2005. p. 311.

<sup>17</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. p. 361.

provisória. Porém, as denominações “prisão cautelar” e “prisão provisória” devem ser utilizadas na órbita administrativa, ou seja, antes do processo, como em casos de prisão em flagrante e preventiva decretada durante o inquérito policial. Este posicionamento também se estende à prisão temporária, uma vez que ela é decretável no decorrer do inquérito.<sup>18</sup>

Logo, após essa diferenciação, é importante esclarecer que a prisão cautelar tem como fim proteger a sociedade e o processo com a segregação do indivíduo. Sobre este tema, Bonfim<sup>19</sup> discorre:

As prisões cautelares têm por finalidade resguardar a sociedade ou o processo com a segregação do indivíduo. Daí falar-se em *cautelaridade social*, cujo escopo é proteger a sociedade de indivíduo perigoso e *cautelaridade processual*, que garante o normal *iter* procedimental, fazendo com que o efeito transcorra conforme a lei que eventual sanção penal seja cumprida.

[...]

Por não constituir antecipação de pena, uma vez que inexistente trânsito em julgado de condenação, toda e qualquer prisão cautelar exige a presença dos seguintes requisitos: indícios suficientes de autoria ou participação – o *fumus boni iuris*; e existência de risco social ou processual – *periculum libertatis*, que nada mais é do que a cautelaridade. (grifo do autor).

Deste modo, para ter natureza cautelar, a prisão cautelar necessita de dois requisitos: o *fumus boni iuris*, ou fumaça do bom direito, o qual se materializa no processo penal pela confirmação da presença de indicadores da existência do crime ou de sua autoria; e o *periculum in mora*, ou perigo da demora, pois com a demora no julgamento e o acusado estando solto pode vir a impedir a solução da causa ou a aplicação de uma possível pena definitiva.<sup>20</sup>

Portanto, a fim de se evitar as consequências do *periculum in mora*, o encarceramento que garantirá a tutela de um bem jurídico é chamado de prisão cautelar. Esta prisão é ordenada pra garantir o cumprimento de uma futura decisão condenatória, a qual se assenta num juízo de probabilidade.<sup>21</sup>

Contudo, as próprias expressões *periculum in mora* e *fumus boni iuris* têm sua aplicabilidade no processo penal posta em questão, visto que são expressões utilizadas no processo civil. Neste sentido, o engano consiste em se querer aplicar literalmente a doutrina do processo civil dentro do processo penal justamente em um

<sup>18</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 42.

<sup>19</sup> BONFIM, Edílson Mougén. **Código de processo penal comentado**. p. 501

<sup>20</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. p. 315.

<sup>21</sup> AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. p.308.

ponto onde não há convergências, uma vez que o processo penal tem suas particularidades.<sup>22</sup>

Lopes Jr.<sup>23</sup> afirma que “constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*“. Quanto à utilização deste termo, o referido autor comenta:

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.<sup>24</sup> (grifo do autor).

Em vista disso, o adequado, segundo o autor, é a expressão *fumus commissi delicti* como requisito para a decretação de uma prisão cautelar, pois ela demonstra a probabilidade da ocorrência de um crime agregada aos indícios suficientes de autoria, tal qual dispõe o CPP<sup>25</sup>.

Do mesmo modo, Lopes Jr.<sup>26</sup> explica sobre a equivocada aplicação do termo *periculum in mora* na doutrina:

Aqui o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova).

O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto.

O risco no processo pena decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo.

Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado. (grifo do autor).

<sup>22</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009. v. 2. p. 49.

<sup>23</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. p. 49.

<sup>24</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. p. 49.

<sup>25</sup> BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 9 out. 2009.

<sup>26</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. p. 50.

Neste caso, segundo o autor, não é o lapso temporal entre a medida cautelar e a sentença definitiva que leva a um perigo, e sim a própria situação de liberdade do acusado. Logo, não há um perigo na demora e sim simplesmente pela liberdade do sujeito. Devido a isto, o fundamento é de um *periculum libertatis* eis que decorre do estado de liberdade do réu.

Seguindo este posicionamento, Moraes<sup>27</sup>, reafirma:

Não há que se falar, em sede de prisão cautelar, da clássica expressão *fumus boni iuris*. Isto porque, não é a fumaça do bom direito que determina ou não a prisão de alguém, mas a comprovação por elementos objetivos dos autos que formam uma aparência de que o delito foi cometido por aquela pessoa que se pretende prender. O *fumus commissi delicti* encontra-se representado na lei pela exigência da prova da materialidade do fato e de indícios de autoria. No mesmo diapasão, nas prisões cautelares não há que se falar em *periculum in mora* (perigo na demora do processo), isto porque a prisão provisória de alguém não é determinada porque o processo possa ou não demorar mais ou menos tempo, mas porque sua liberdade põe em risco (perigo na liberdade, *periculum libertatis*) o próprio processo, tanto em relação a sua produção quanto no concernente a seu resultado. É se atendo a esse último requisito que melhor se pode compreender a característica instrumental da prisão cautelar. O indivíduo é preso porque, em liberdade, poderá efetivamente prejudicar o andamento do processo ou o seu resultado. (grifo do autor).

É importante ressaltar que estes requisitos presentes nas medidas cautelares estão diretamente ligados à característica da excepcionalidade e instrumentalidade. Tais características serão estudadas na seção 3.2 deste trabalho.

Ainda sobre o conceito de prisão cautelar, Gomes Filho<sup>28</sup> afirma que sendo “conhecida como uma prisão *ad custodiam* ou prisão processual, a prisão penal cautelar é aquela decretada no curso da persecução penal e que serve de instrumento para a realização do processo e de seu resultado.” Noutras palavras, a prisão cautelar deve ser decretada no trâmite do processo penal, servindo de meio e fim, assegurando deste modo, todo o âmbito processual, por isso é chamada de prisão *ad custodiam*.

A este respeito, pode-se constatar que a prisão provisória é justificada na medida em que for necessária, e, sempre haverá essa necessidade quando ela for decretada para resguardar os fins do processo penal.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Prisão temporária. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Coord.). **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 919 – 966.

<sup>28</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães (1994) apud GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. **Prisão em flagrante**. p. 3.

<sup>29</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. p. 750.

Gonçalves<sup>30</sup> salienta:

*A prisão penal cautelar processual, por outro turno, é aquela decretada pelo juiz e se destina a tutelar os meios e fins do processo penal de conhecimento, de modo a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final e possibilitar a normalidade da instrução probatória e da ordem econômica. A prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão por pronúncia e a prisão decorrente de sentença apresentam tal natureza. Exige, para ser decretada, a demonstração da presença dos requisitos inerentes a todas as medidas cautelares. (grifo do autor).*

Em outras palavras, a prisão penal cautelar é ordenada pelo magistrado, e destina-se a garantir tanto os meios quanto o fim do processo penal, a fim de assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final do processo. Logo, ela torna possível a normalidade do inquérito e de toda instrução probatória.

Assim, somente se justifica a prisão processual em situações excepcionais, onde há uma extrema necessidade, havendo fundadas suspeitas contra o réu.<sup>31</sup> Em vista disso, é importante se atentar a inafastabilidade da presença de certos princípios do processo penal, tais como o princípio da presunção da inocência e o da adequação, para que jamais o magistrado distancie suas decisões das garantias basilares do processo penal brasileiro.

Portanto, as prisões cautelares são uma modalidade de prisão sem pena, visto que elas não derivam de uma condenação. Em nosso ordenamento as prisões processuais (cautelares) incluem a prisão em flagrante, a qual está nos artigos 301 a 310 do CPP; a prisão preventiva, prevista nos artigos 311 a 316 do CPP; a prisão decorrente de pronúncia, prevista nos artigos 413 e seguintes do CPP; a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, prevista no artigo 393, inc. I, do CPP e a prisão temporária, prevista na Lei 7.960, de 21/12/89.<sup>32</sup>

Tais espécies de prisões cautelares serão analisadas a seguir.

---

<sup>30</sup> GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. **Prisão em flagrante**. p. 4.

<sup>31</sup> GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. **Prisão em flagrante**. p. 5.

<sup>32</sup> GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. **Prisão em flagrante**. p. 3.

### 2.1.1.2 Tipos de prisão cautelar

Como já foi citado anteriormente, existem cinco espécies de prisões cautelares. Neste capítulo iremos analisar cada uma delas.

#### 2.1.1.2.1 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante tem natureza jurídica de medida cautelar uma vez que também é uma prisão cautelar. Esta cautela na prisão em flagrante não se atém à necessidade da prisão do acusado para garantir a ordem pública ou para assegurar a aplicação da pena, como no caso da prisão preventiva, e sim, é uma garantia da própria instrução criminal.<sup>33</sup>

Nucci<sup>34</sup> assim conceitua:

*Flagrante* significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Neste sentido, pois, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal).

[...]

O fundamento da prisão em flagrante é justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, sendo desnecessária, para a finalidade cautelar e provisória da prisão, a análise de um juiz de direito. Por outro lado, assegura-se, prontamente, a colheita de provas da materialidade e da autoria, o que também é salutar para a verdade real, almejada pelo processo penal. (grifo do autor).

Nesse mesmo entendimento, nas lições de Mirabete o flagrante “é uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, praticado, é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a ‘certeza visual do crime’”.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1994. p. 356.

<sup>34</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 543.

<sup>35</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. p. 374.

Por isso, é claro o caráter cautelar da prisão em flagrante, não apenas para resguardar a prova de materialidade e de sua autoria, bem como para assegurar que se possam alcançar os fins do processo.<sup>36</sup>

Para uma melhor análise, é importante constar que a prisão em flagrante está prevista no Capítulo II do CPP<sup>37</sup> vigente.

Deste modo, em se tratando das hipóteses em que a prisão em flagrante pode ser conceituada, Aquino e Nalini<sup>38</sup> assim expõem:

Se o agente foi preso em flagrante, isto significa ter sido apanhado em plena perpetração do ilícito. O conceito de prisão em flagrante é, porém, dilatado pelo legislador. Encontra-se na situação de flagrância também aquela pessoa que acaba de cometer o delito. Ainda existe o conceito de *quase flagrância*, para caracterizar a situação de quem, logo após à prática do delito, é perseguido pelo ofendido, autoridade ou qualquer do povo, em situação que faça presumir ser o autor da ilicitude. A tanto ainda equivale o encontro da pessoa com instrumentos, armas, objetos ou documentos propiciadores da presunção de haver praticado o delito. (grifo do autor).

Logo, pode-se concluir que o flagrante concretiza-se quando o indivíduo é pego cometendo o delito, acaba de cometê-lo, é perseguido pelo ofendido ou autoridade ou qualquer outra pessoa do povo, e também, quando é encontrado logo após o crime com instrumentos, armas ou objetos que presumidamente ensejam que seja ele o autor do delito.

Importante salientar que ela só se justifica se conter um caráter cautelar, sob pena de haver um desrespeito à CF. Sendo assim a sua cautelaridade existirá apenas em casos em que a prisão tiver necessidade de ocorrer a fim de preservar a instrução criminal e/ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Portanto, verifica-se a natureza cautelar da prisão em flagrante a fim de que seja possível resguardar toda a instrução processual penal, bem como assegurar a aplicação da lei quando há uma situação de flagrante delito.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. p. 781 – 782.

<sup>37</sup> BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 9 out. 2009.

<sup>38</sup> AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. p. 310.

<sup>39</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. p. 782.

### 2.1.1.2.2 Prisão preventiva

A prisão preventiva está prevista no Capítulo III do CPP vigente, entre os artigos 311 ao 316 <sup>40</sup>, sendo a principal espécie de prisão cautelar de onde derivam todas as demais prisões cautelares. <sup>41</sup>

A preventiva é uma espécie de prisão cautelar de natureza processual. É uma medida privativa de liberdade a qual é determinada pelo magistrado em qualquer fase, tanto do inquérito policial quanto da instrução criminal. É vista como medida cautelar uma vez que é utilizada para garantir a eventual execução de uma pena, com a finalidade de preservar a ordem pública e econômica, ou então por conveniência da instrução criminal. <sup>42</sup>

Neste sentido, Sznick <sup>43</sup> explica que “a prisão preventiva é uma medida cautelar restritiva da liberdade imposta pelo juiz, em qualquer fase do processo, visando objetivos processuais”.

Vale complementar os conceitos acima com a observação de Mirabete <sup>44</sup>:

A expressão **prisão preventiva** tem uma acepção ampla para designar a custódia verificada antes do trânsito em julgado da sentença. É a prisão processual, cautelar, chamada de ‘provisória’ no Código Penal (art. 42) e que inclui a prisão em flagrante, a prisão decorrente da pronúncia, a prisão resultante de sentença condenatória, a prisão temporária e a prisão preventiva **em sentido estrito**. Nesse sentido restrito, é uma medida cautelar, constituída da privação de liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal em face da existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais de segurança. (grifo do autor).

Frente à ampla aplicação da prisão preventiva, como se pôde ver, e sua influência sobre as demais prisões cautelares, se faz importante ressaltar em que condições são permitidas a aplicabilidade desta prisão, visto que é à partir dos seus requisitos elencados no CPP que serão decretadas também outras prisões provisórias.

---

<sup>40</sup> BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 9 out. 2009.

<sup>41</sup> NUCCI, Guilherme de Souza; NUCCI, Náila Cristina Ferreira. **Prática forense penal**. p.158.

<sup>42</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. p. 638.

<sup>43</sup> SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. p. 436.

<sup>44</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. p. 389.

Portanto, a prisão preventiva é a base que norteia todas as demais prisões cautelares, visto que é uma cautelar típica. Ela une todos os pressupostos e características indispensáveis para que se proceda à restrição da liberdade durante o inquérito policial ou processo.<sup>45</sup>

Em vista disso, os requisitos da preventiva se estendem as demais prisões, sendo eles indispensáveis para que elas sejam efetuadas dentro da legalidade, seja durante o inquérito policial ou no trâmite do processo penal.

Neste sentido, a preventiva é como já foi exposta, a base das demais prisões em vista dos seus requisitos. Deste modo, conforme a lei, o flagrante permanecerá, quando os motivos da preventiva estiverem presentes, assim como no tocante à prisão decorrente de pronúncia e de sentença condenatória recorrível.<sup>46</sup>

De tal modo, para ser decretada a prisão preventiva são necessários alguns requisitos, os quais estão dispostos no art. 312 do CPP<sup>47</sup>. A partir da leitura do citado artigo, Freitas<sup>48</sup> explica:

[...] seus pressupostos [da prisão preventiva] devem lastrear as demais medidas cautelares, de sorte que, se houver prisão em flagrante e estiverem ausentes os requisitos, o preso terá direito à substituição da cautelar pelo instituto de contracautela da liberdade provisória; a prisão por pronúncia não poderá ser decretada se o réu, primário e sem antecedentes, respondeu solto ao processo [...].

Pode-se dizer que a prisão preventiva somente poderá ser decretada dentro daquele mínimo estabelecido, o qual é indispensável por ser de total necessidade, sujeitando-se a pressupostos e condições. Dessa maneira, é possível evitar-se ao máximo um comprometimento com o direito de liberdade do indivíduo, o que o próprio ordenamento jurídico resguarda, juntamente com o princípio da presunção da inocência.<sup>49</sup>

Por fim, é importante citar o entendimento de Batisti<sup>50</sup> a respeito do momento em que pode ser utilizada a prisão preventiva, quando explica que ela cabe em “qualquer fase do inquérito ou instrução criminal”, ou mesmo “após findada

---

<sup>45</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 42.

<sup>46</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 43.

<sup>47</sup> BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689Compilado.htm)>. Acesso em: 9 out. 2009.

<sup>48</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 43.

<sup>49</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. p. 638.

<sup>50</sup> BATISTI, Leonir. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 93.

a instrução.” Consequentemente, é possível constatar o motivo da preventiva ser utilizada tão frequentemente no processo penal.

#### *2.1.1.2.3 Prisão temporária*

Dentre as medidas cautelares ou provisórias, salienta-se a prisão temporária, a qual está prevista na Lei 7.960<sup>51</sup>, criada em 21 de dezembro de 1989.

Esta lei serviu para instaurar uma ordem jurídica com a própria prisão temporária, cujo objetivo é de impedir a então utilizada prisão para averiguação que era comum nos meios policiais antigos.<sup>52</sup> Logo, ela foi criada com o escopo de reprimir tais prisões para averiguações.

A prisão temporária agrega três requisitos: ser imprescindível para a investigação durante o inquérito policial, não ter o indiciado residência fixa ou não fornecer os elementos necessários pra o esclarecimento de sua identidade, e quando tiver fundadas razões de sua autoria ou participação em vários delitos ditos hediondos.<sup>53</sup>

No art. 1º, inciso III da Lei 7.960/89, estão elencados os crimes os quais os acusados podem ter a prisão temporária decretada, tais como: homicídio doloso, sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, tráfico de drogas, etc.

Como se pode observar, a prisão temporária é uma prisão direcionada a crimes mais graves. Contudo, em relação à fundamentação de sua decretação, há divergências, como veremos na seção 3.3.

Pode-se então afirmar que a finalidade da prisão temporária é de restringir a liberdade de locomoção de um indivíduo suspeito do cometimento de crimes graves, com a finalidade de possibilitar as investigações durante o inquérito policial.

---

<sup>51</sup> BRASIL. Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm)>. Acesso em: 6 out. 2009.

<sup>52</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 646.

<sup>53</sup> DELMANTO, Roberto. Os abusos nas decretações e execuções de prisões temporárias. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, n. 277, p. 25, jul. 2008.

Neste sentido Mirabete <sup>54</sup> esclarece:

Trata-se de medida acauteladora, de restrição da liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial. Contrastando com a tendência doutrinária moderna, de que não se deve possibilitar o recolhimento à prisão do autor da infração penal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, máxime se primário e de bons antecedentes, a lei prevê o encarceramento temporário do indiciado no procedimento policial, a qualquer tempo, por razões de necessidade ou conveniência.

Como explicado acima, na prisão temporária o indivíduo fica sob a custódia do Estado por tempo determinado (temporariamente), sendo que a qualquer tempo (leia-se durante o inquérito policial) esta prisão poderá ser decretada de maneira que for imprescindível para as investigações policiais por motivos de necessidade e/ou conveniência. Tais motivos e requisitos serão posteriormente estudados no próximo capítulo deste trabalho.

Deste modo, é necessário demonstrar fundamentalmente que somente com a prisão temporária é possível chegar ao êxito de uma investigação, de modo que, sem ela seria impossível um esclarecimento maior dos fatos. Assim, será demonstrada a imprescindibilidade desta prisão. <sup>55</sup>

Entretanto, existe entendimento - o qual afirma que essa custódia foge dos padrões de direito:

Cuida-se de uma custódia que refoge a tradição do direito adjetivo brasileiro, pois há uma inversão funesta de procedimento, na medida que, até então, se investigava primeiro para ao depois prender, agora, se detém alguém inicialmente, para se investigar a *posteriori*. Noutras palavras, se legalizou as custódias para averiguações. <sup>56</sup> (grifo do autor).

Neste ponto, logo se observa um entendimento diverso no que diz respeito ao fundamento da existência e decretação da prisão temporária, visto que ela, ao contrário do que deveria ser utilizado nas delegacias, primeiro prende para somente após averiguar sobre os detalhes do crime e sua autoria. Quando que anteriormente, investigava-se primeiro, para só então prender o suspeito.

---

<sup>54</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. p. 398.

<sup>55</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. p. 398.

<sup>56</sup> AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. p. 316.

Por fim, no terceiro capítulo do presente trabalho será estudado mais detalhadamente todos os aspectos da Lei 7.960/89. Tais como seu conceito, natureza jurídica, cabimento e prazo cabível.

#### *2.1.1.2.4 Prisão decorrente de pronúncia*

A prisão decorrente de pronúncia está prevista no art. 413 e parágrafos seguintes do CPP <sup>57</sup> vigente.

Tal prisão decorre de uma decisão, a qual é chamada de sentença de pronúncia. Desta maneira, ao pronunciar o acusado, o magistrado se convence da existência do crime e dos indícios de sua autoria. <sup>58</sup>

Logo, eis uma espécie de prisão onde há uma ordem escrita da autoridade judiciária. É uma prisão cautelar de natureza processual, pois decorre de uma decisão interlocutória, o qual exige para tanto a prova da existência do crime e indícios de autoria. <sup>59</sup>

Assim, nesta sentença de pronúncia o juiz decidirá sobre a possibilidade de o réu ficar aguardando julgamento em cárcere ou em liberdade provisória, conforme afirma o art. 413, parágrafo 3º do CPP <sup>60</sup>. No parágrafo 1º deste mesmo artigo, são estabelecidos os parâmetros, os quais o magistrado se limitará a fim de decidir sobre a pronúncia do réu. Dentre as condições a serem observadas, destaca-se a possibilidade de o réu ser primário e ter bons antecedentes criminais. Com estas condições existentes, o magistrado poderá decidir que o réu permaneça em liberdade. <sup>61</sup>

Portanto, na prisão decorrente de pronúncia, o acusado sendo primário e com bons antecedentes, poderá ser solto durante o processo. Se até o final do

---

<sup>57</sup> BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689Compilado.htm)>. Acesso em: 9 out. 2009.

<sup>58</sup> SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. p. 463.

<sup>59</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 71.

<sup>60</sup> BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689Compilado.htm)>. Acesso em: 9 out. 2009.

<sup>61</sup> NUCCI, Guilherme de Souza; NUCCI, Náila Cristina Ferreira. **Prática forense penal**. p.160.

processo, quando da pronúncia da decisão final, não tiver se mostrado nenhum novo motivo, o réu poderá permanecer sob liberdade provisória.<sup>62</sup>

Vejamos:

[...] tendo permanecido solto durante o processo e sendo primário e de bons antecedentes, poderá o juiz não decretar sua constringão. Conquanto o texto legal expresse uma faculdade, a concorrência das três situações – primariedade, bons antecedentes e responder solto o processo – é fator determinante para a manutenção do *status libertatis* do réu, quando da pronúncia. Se nenhum motivo novo surgiu até a prolação da decisão de primeiro grau, em homenagem ao princípio da presunção da inocência, torna-se inconcebível a ordem de prisão, mesmo em se tratando de crime considerado hediondo. A pronúncia tem natureza cautelar e objetiva acautelar o processo, com a realização do plenário ou execução da pena que, em tese, será imposta, mas o princípio de presunção de inocência exige a concorrência do princípio da proporcionalidade para a custódia, dada a excepcionalidade da medida, com a devida fundamentação. Destarte, se nenhum motivo evidente, claro, insofismável, surgiu, não há pertinência na prisão.

De outro lado, interpretando-se *a contrario sensu*, se primário e de bons antecedentes o acusado da prática de homicídio gravíssimo, revelador de especial periculosidade e preso em razão de flagrante ou preventiva, em sede de pronúncia, como nova modalidade prisional e sucessora daquelas, o juiz pode manter o réu custodiado, fundamentando a presença de requisitos da prisão preventiva.<sup>63</sup> (grifo do autor).

Destarte, uma vez que mesmo o processo estando em trâmite e dados os requisitos preenchidos, o magistrado poderá conceder a liberdade provisória devidamente fundamentada.

Concluindo, não obstante a pronúncia ser uma admissibilidade de acusação, ela não deve levar o réu à prisão; mas somente nos casos em que o forem preenchidos os requisitos previstos no art. 413 do CPP. Desta forma, o magistrado poderá decretar a prisão cautelar que deve estar fundamentada.<sup>64</sup>

No caso do acusado estar preso em flagrante ou preventiva, e os motivos ensejadores persistirem, ele continuará em cárcere. Assim, se “na oportunidade da decisão de pronúncia, se persistirem os motivos que justificaram a manutenção da prisão em flagrante ou a decretação da prisão preventiva, o réu aguardará o julgamento recolhido à prisão”.<sup>65</sup>

Porém, se na sentença de pronúncia cessarem os motivos ensejadores da prisão anterior, ou caso seja admitida uma desclassificação para um crime de

---

<sup>62</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 71.

<sup>63</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 71.

<sup>64</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 73.

<sup>65</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 73.

menor gravidade que suporte fiança ou *sursis*, é possível a autorização de recurso em liberdade sendo revogada a prisão.<sup>66</sup>

Também é permitido o inverso deste caso acima, pois pode acontecer que ao acusado primário, de bons antecedentes e solto, apareça algum motivo posterior que autorize o decreto prisional. Neste caso o motivo pode surgir no momento da pronúncia ou por causa dela, como o indivíduo fugir, ameaçar pessoas envolvidas no processo, ou mesmo se sobrevier alguma folha de antecedentes criminais advinda de outro Estado que até então era desconhecida pelo magistrado. Do mesmo modo, a prisão seria efetuada com base nos requisitos da preventiva.<sup>67</sup>

Neste sentido:

A pronúncia [...] tem uma natureza de sentença de admissibilidade é um despacho de natureza processual; trata-se de uma sentença pronunciada '*res sic stantibus*' ou seja, de acordo com o momento e como não faz coisa julgada – *res judicata* – pode ser alterada. O exemplo é de alguém pronunciado por tentativa de homicídio e, após a pronúncia vier a vítima a morrer; a sentença de pronúncia é, então, alterada para substituir a tentativa por homicídio consumado [...].<sup>68</sup> (grifo do autor).

Deste modo, pode o juiz determinar a soltura do acusado se cessar os motivos que ensejaram seu encarceramento, ou então, decretar sua prisão, devidamente fundamentada, e preenchidos os requisitos do art. 312 do CPP<sup>69</sup>.

Portanto, se pode concluir que a prisão decorrente de pronúncia se vale de natureza cautelar de grande importância, visto que exige, como já fora exposto na citação acima, uma atenção do magistrado para com os requisitos (presentes ou não), os quais são os mesmos da prisão preventiva.

#### 2.1.1.2.5 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível

Esta prisão é outra espécie de limitação da liberdade com natureza cautelar, porque visa assegurar o fim do processo à vista da fuga do acusado, pois

---

<sup>66</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 75.

<sup>67</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 75.

<sup>68</sup> SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. p. 465.

<sup>69</sup> BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689Compilado.htm)>. Acesso em: 9 out. 2009.

mesmo após uma sentença, o Estado não tem condições de assegurar que o condenado não irá fugir da cidade ou país frente sua sentença condenatória.<sup>70</sup>

É importante citar que os efeitos da sentença condenatória recorrível estão dispostos no art. 393 do CPP<sup>71</sup> e seus incisos. Assim há uma maior facilidade a compreensão sobre esta prisão.

Para haver um entendimento, Freitas<sup>72</sup> expõe a justificativa da existência ou não da prisão após uma sentença condenatória:

No mesmo diapasão [...] sobre pronúncia, o primário e de bons antecedentes fará jus ao recurso em liberdade, salvo se recolhido em razão de flagrante ou preventiva e persistirem os motivos ensejadores da custódia cautelar. Indeclinável que, se o motivo da custódia desaparecer quando da prolação da sentença, a liberdade torna-se direito inalienável do acusado, como no caso de recolhido por conveniência da instrução criminal, ou quando sobrevém fato que torne a constrição impertinente.

Como se pode analisar, não é dever que o acusado fique encarcerado após uma sentença condenatória, pois se tratando de réu primário e de bons antecedentes, poderá ter sua liberdade provisória concedida, salvo se ele for preso em flagrante ou então persistirem os motivos causadores da prisão cautelar.

Todavia, se os motivos dessa prisão cautelar desaparecerem depois de pronunciada a sentença, é importante que o recolhido seja posto em liberdade provisória durante seu recurso, ou ainda, se sobrevier algum fato que torne a prisão desnecessária.<sup>73</sup>

Em contrapartida, há um novo entendimento do STF a respeito desta prisão, como disserta Freitas<sup>74</sup>:

Em nossa interpretação, após a nova composição dos integrantes da Suprema Corte, vem-se descortinando o pensamento reinante. O de que os princípios constitucionais devem ser interpretados com sua amplitude máxima. Assim, malgrado entendimentos contrários, em especial dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, estando o réu solto durante o processo, em caso de confirmação da sentença condenatória ou de acórdão condenatório que reforma sentença absolutória, somente se concebe a expedição de mandado de prisão após o trânsito em julgado, em respeito ao princípio da não-culpabilidade. Assim, o STF altera profundamente seu pensamento quanto à necessidade de o réu precisar se recolher para interpor recurso especial e extraordinário. Julgados recentes

---

<sup>70</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 75.

<sup>71</sup> BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 9 out. 2009.

<sup>72</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 76.

<sup>73</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 76.

<sup>74</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 83.

apontam para uma releitura do art. 637 do CPP, no sentido de que o efeito suspensivo alcançaria os recursos para os tribunais superiores, sob pena de violar o princípio da presunção da inocência, segundo o qual 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (CF, art. 5º, LVII). No voto condutor do HC 84.078/MG <sup>75</sup>, o Ministro Eros Grau pondera que a execução da pena restritiva de liberdade deve ser idêntica à pena restritiva de direitos. Como nesta, ambas as Turmas do STF entendem não ser possível a execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado; pensar diferentemente estar-se-ia desrespeitando o princípio da isonomia.

Conclui-se, portanto, que há uma discussão quanto à aplicação ou não desta prisão em virtude do princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, o próprio STF demonstra vários posicionamentos quanto a real necessidade da prisão, dando atenção especial ao art. 637 do CPP <sup>76</sup>, no sentido de que é relativo o alcance do efeito suspensivo no âmbito dos recursos protocolados nos tribunais superiores.

Ante a excepcionalidade desta prisão cautelar, é importante observar o julgamento do HC nº 90753/RJ <sup>77</sup> de relatoria do Ministro (Min.) Celso de Mello, onde é demonstrada a relativização acerca do cumprimento da execução antecipada da pena.

Neste julgado é notável o quanto a execução provisória da pena requer cautela, uma vez que é analisado o princípio da presunção de inocência decorrente da CF <sup>78</sup> juntamente com o disposto no art. 637 do CPP <sup>79</sup>. Deste modo, conforme o julgado em questão, é possível haver esta prisão anterior ao trânsito em julgado frente a uma excepcionalidade, examinando cada caso concreto. Neste caso, o

---

<sup>75</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078 – 2004 – MG. Primeira Turma. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em: 05.02.2009. Publicado em: 17.02.2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo534.htm>>. Acesso em: 9 out. 2009.

<sup>76</sup> BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 9 out. 2009.

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 90753 – 2007 – RJ. Segunda Turma. Paciente: Adamastor Lino Gomes Neto. Impetrante: Claudenor de Brito Prazeres e Outro(s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em: 05.06.2007. Publicado em: 23.11.2007. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=efeito+suspensivo+recursos&pagina=2&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 6 out. 2009.

<sup>78</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Brasília, DF. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em 9 out. 2009.

<sup>79</sup> BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 9 out. 2009.

relator atentou quanto aos requisitos do art. 312 CPP<sup>80</sup> para que se proceda à prisão cautelar em questão.

Logo, é importante ressaltar que a prisão antes da sentença transitar em julgado somente terá cabimento em caráter cautelar, ou seja, quando estiverem presentes os requisitos autorizadores da preventiva, conforme o art. 312 CPP.<sup>81</sup>

Tourinho Filho<sup>82</sup>, afirma que a prisão antes da sentença transitada em julgado é totalmente descabida, vejamos:

[...] já não se pode considerar a prisão do réu como efeito automático da sentença penal condenatória. Toda prisão que antecede a uma sentença penal condenatória irrecorrível é providência de ordem cautelar e somente poderá ser mentida (no caso de flagrância), ou decretada, nos demais casos, se for necessária. Tanto é verdade que a Constituição, no art. 5º, LXI, exige a fundamentação para toda e qualquer prisão, exceção feita, por razões óbvias, à prisão em flagrante. Fundamentar é justificar com argumentos; é lançar os fundamentos, expor razões. Assim, a sentença condenatória recorrível, por si só, não justifica a expedição de mandado de prisão contra o réu. A restrição à liberdade exige razões para justificá-la. Do contrário, a ordem constitucional seria uma excrescência e haveria, por outro lado, uma inversão de valores na hierarquia das leis: o Processo Penal se sobrepondo à Carta Magna. Atento a tais circunstâncias, o legislador agregou ao art. 387 o parágrafo único, estabelecendo que na sentença condenatória o juiz, fundamentalmente, decidirá sobre a manutenção ou a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar. *Fundamentalmente*, diz a lei. (grifo do autor).

Assim, é indispensável que o magistrado ao expor suas razões para a decretação da prisão seja bastante cauteloso, justificando seus argumentos. A limitação à liberdade, é a exceção, e para tanto deve ter seus motivos todos fundamentados. Do contrário, a presunção de inocência estaria estremecida, contrariando o que convoca a CF<sup>83</sup>.

Faz-se importante frisar que na seção 4.2.1 será estudada de modo mais detalhado a presunção de inocência frente à prisão temporária, caracterizando deste modo uma inconstitucionalidade material.

---

<sup>80</sup> BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689Compilado.htm)>. Acesso em: 9 out. 2009.

<sup>81</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 84.

<sup>82</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. p. 952.

<sup>83</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**.

Brasília, DF. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em 9 out. 2009.

### 3 DA PRISÃO TEMPORÁRIA

Neste capítulo será estudada de maneira mais detalhada a prisão temporária a partir de seus vários conceitos, juntamente com sua natureza jurídica, cabimento e prazo.

#### 3.1 CONCEITO DA PRISÃO TEMPORÁRIA

Existem vários conceitos a respeito da prisão temporária, porém se faz necessário começar citando Mirabete <sup>84</sup> ao noticiar a exposição dos motivos ensejadores desta prisão.

Vejamos:

[...] o clima de pânico que se estabelece em nossas cidades, a certeza da impunidade que campeia célere na consciência de nosso povo, formando novos criminosos, exigem medidas firmes e decididas, entre elas a da prisão temporária.

Nessa mesma exposição de motivos, é argumentado que não existindo a prisão temporária, o criminoso muitas vezes estando em liberdade, pode coagir a vítima, testemunhas e policiais, assim como adulterar e forjar provas e tumultuar a investigação de modo a prejudicar o esclarecimento dos fatos. <sup>85</sup>

Assim, a prisão temporária foi criada acompanhando uma tendência da política associada ao combate ao crime, chamada de “lei e ordem”, a qual buscou o enrijecimento no trâmite processual criminal e um aumento das penas de vários delitos. Desta maneira, foram atendidas as reclamações da população que vinha sendo vítima de vários crimes contra o patrimônio e contra a vida. <sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. p. 398.

<sup>85</sup> SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. p. 482.

<sup>86</sup> SILVA JÚNIOR, Antoniel Souza Ribeiro da. Prisão temporária: uma interpretação conforme a Constituição da República. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 8, n. 311, maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5199>>. Acesso em: 6 out. 2009.

Lopes Jr.<sup>87</sup> expõe:

A prisão temporária está prevista na Lei 7.960/89 e nasce logo após a promulgação da Constituição de 1988, atendendo a imensa pressão da polícia judiciária brasileira, que teria ficado 'enfraquecida' no novo contexto constitucional diante da perda de alguns importantes poderes, entre eles o de prender para 'averiguações' ou 'identificação' dos suspeitos. Há que se considerar que a cultura policial vigente naquele momento, onde prisões policiais e até a busca e apreensão eram feitas sem a intervenção jurisdicional, não concebia uma investigação policial sem que o suspeito estivesse completamente à disposição da polícia.

Para Nucci<sup>88</sup> “trata-se da modalidade de prisão cautelar voltada à garantia da eficiência da investigação policial, quando no contexto de determinados crimes graves”.

Já Lino<sup>89</sup> considera “[...] a prisão temporária, ou prisão para investigação, uma espécie da prisão cautelar, decretada pelo Juiz durante o inquérito policial contra aquele que o Estado suspeita ter praticado determinado crime”.

Como é possível analisar, os conceitos acima são claros ao explicar que a prisão temporária nada mais é que uma prisão de natureza cautelar, decretada por um Juízo competente a fim de auxiliar uma investigação criminal de crimes graves. Reiterando estes conceitos, Capez<sup>90</sup> explica que se trata de uma “prisão cautelar de natureza processual destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial”.

Portanto, é uma espécie de prisão cautelar onde sua finalidade é assegurar uma investigação policial eficaz quando se trata de apurar crimes de natureza grave. Ela está prevista na Lei 7.960/89<sup>91</sup> e foi instituída para legalizar a prisão para averiguação, que outrora era utilizada pela polícia judiciária. Logo, sua criação advém de uma necessidade para auxiliar nas investigações. Após a edição da CF, onde foi citado expressamente que somente a autoridade judiciária competente estaria autorizada a expedir um decreto de prisão contra um indivíduo, em ordem escrita e fundamentada, é que a autoridade policial não pode mais fazê-

---

<sup>87</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. p. 121.

<sup>88</sup> NUCCI, Guilherme de Souza; NUCCI, Náila Cristina Ferreira. **Prática forense penal**. p. 155.

<sup>89</sup> LINO, Bruno Teixeira. **Prisão temporária: lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 20.

<sup>90</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 275.

<sup>91</sup> BRASIL. Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm)>. Acesso em: 6 out. 2009.

la, de modo que, deve sempre solicitar a prisão de um suspeito ao Juiz.<sup>92</sup> Desta forma, somente o Juiz, por meio de uma representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, poderá decretar a temporária.<sup>93</sup>

Faz-se importante citar Sznick<sup>94</sup>, o qual comenta sobre o objetivo da prisão temporária no que concerne ao seu fundamento de que serve para combater a violência:

Apesar do seu embasamento legal e das justificativas de combate à violência – já que funciona apenas para os crimes mais graves – na verdade o objetivo único foi o de dar à Polícia maior alcance no que se refere às prisões, as chamadas ‘prisões para averiguações’, que eram ilegais, mas que a autoridade policial teimava em fazê-las e o Poder Judiciário a fechar os olhos como se a mesma não existisse.

Portanto é possível concluir que a prisão temporária foi criada com o intuito de legalizar um ato que antigamente já era praticado, porém de maneira abusiva e ilegal.

### 3.2 NATUREZA JURÍDICA

A prisão temporária tem, como foi dito anteriormente, uma natureza cautelar. Porém, a sua incidência é mais reduzida em relação às outras espécies de prisões provisórias.<sup>95</sup>

Como qualquer medida processual penal cautelar, a prisão temporária retém duas características essenciais: a excepcionalidade e a instrumentalidade. A excepcionalidade é de natureza constitucional, visto que decorre de alguns preceitos constitucionais elencados no art. 5º<sup>96</sup> da CF, tais como: LIV, LVII, LXI, LXII, LXV e

<sup>92</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. p. 540.

<sup>93</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. p. 636.

<sup>94</sup> SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. p. 485.

<sup>95</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 106.

<sup>96</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Brasília, DF. LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

LXVI. Tais preceitos são limitadores e condicionadores de qualquer medida que restrinja o direito de liberdade antes de uma decisão condenatória irrecorrível. A instrumentalidade, de natureza processual, visa garantir e manter de modo mais proveitoso o processo penal durante seu trâmite até o seu resultado. Logo, a fim de não desrespeitar as normas constitucionais tuteladoras do direito a liberdade, sempre que se for analisar a prisão temporária, deve-se levar em conta a excepcionalidade e a instrumentalidade.<sup>97</sup>

Nesse sentido, Freitas<sup>98</sup> assevera sobre a prisão temporária que:

Tem o propósito de instrumentalizar o inquérito policial com manancial probatório concernente à autoria ou participação do suspeito ou indiciado em grave infração penal e fornecer cabedal probante que subsidie a futura denúncia ou queixa. Outrossim, esse acervo probatório pode ser decisivo na transformação da prisão temporária em prisão preventiva e, como finalidade mais relevante, arrimar o convencimento ministerial, a *opinio delicti*, para oferecimento da inicial acusatória. (grifo do autor).

Ademais, ela também tem uma natureza acessória, pois se destina ao resultado do inquérito policial, onde ela é decretada e, conseqüentemente, a toda estrutura do processo penal. Também contém um caráter provisório, por ter sua duração limitada e agregada, como já foi dito, e a característica da instrumentalidade, eis que ela é o meio e a maneira de se assegurar a tutela do inquérito policial e do processo.<sup>99</sup>

Deste modo, ela tem vida própria dentro do inquérito policial, pois é uma prisão cautelar a qual destina tornar legítima a investigação, com a finalidade de obter material probatório para uma posterior ação penal.<sup>100</sup>

Nesse sentido, observamos:

Por ter vida própria dentro do inquérito policial, a prisão temporária é cautelar destinada a legitimar, imediatamente (tutela-meio), a investigação policial e, mediadamente (tutela-fim), angariar substrato material ao órgão acusador para ajuizamento da ação penal.

Portanto, difere das demais cautelares nos pontos nevrálgicos, porque nelas a *tutela-meio* varia de acordo com a espécie prisional, ora acautelando a ordem pública, ora a conveniência da instrução criminal, ao passo que, na prisão temporária, a cautela se direciona ao sucesso da investigação

---

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em 9 out. 2009.

<sup>97</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Prisão temporária. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Coord.). **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. p. 919 – 966.

<sup>98</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 106.

<sup>99</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 106.

<sup>100</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 107.

policial; enquanto aquelas sempre têm como *tutela-fim* o resultado do processo, sua finalidade é formar acervo probante ao membro do *parquet* ou querelante, de molde a proporcionar o início da ação penal. (grifo do autor).<sup>101</sup>

Logo, a prisão temporária pode ser vista como um instrumento, eis que é utilizada como meio nas investigações policiais e também, como fim, pois ela destina-se a dar subsídios para uma posterior ação penal. É importante salientar que ela se diferencia das demais cautelares no tocante ao seu objetivo, eis que busca assegurar a própria investigação policial, ou seja, seu objetivo abrange desde a instrução criminal até a ação penal, ao contrário das demais, onde o propósito é tutelar o processo. Portanto, sua finalidade é juntar uma quantidade de material probatório de modo a ensejar a instauração da ação penal.

Ainda assim, a natureza jurídica da prisão temporária enseja algumas controvérsias.

De acordo com Póvoa e Villas Boas<sup>102</sup>:

[...] se as medidas cautelares têm a finalidade exclusiva de garantir o processo e a eficácia de um julgamento de mérito, não vemos como aceitar a conceituação da prisão temporária como medida cautelar, pois ainda não há sequer perspectiva de decisão de mérito a ser assegurada.

Noutro raciocínio, Capez<sup>103</sup> afirma a natureza cautelar da prisão temporária:

A prisão temporária, que exclusivamente serve o inquérito policial é, como ele, medida cautelar. Somente se justifica porque as investigações precisam se realizar antes do desvanecimento dos elementos de convicção, sob pena de sua completa inutilidade. Se imprescindível ou útil às investigações, a prisão temporária tem natureza cautelar, porque urgente – e, portanto, sumária formal e materialmente - e baseada na aparência. Além disso, é temporária e incapaz de gerar a coisa julgada material. É, por fim, referível à pretensão de direito material que arrima o processo penal condenatório. (grifo do autor).

Em suma, a prisão temporária serve ao inquérito policial, justificando-se porque as investigações têm necessidade de se realizarem antes do desaparecimento de elementos que são importantes para o andamento do inquérito,

<sup>101</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 107.

<sup>102</sup> PÓVOA, Liberato; VILLAS BOAS, Marco. **Prisão temporária**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1996. p. 57.

<sup>103</sup> CAPEZ, Fernando (1998) apud LINO, Bruno Teixeira. **Prisão temporária: lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 33.

sob pena de se tornarem inúteis. Seu caráter cautelar existe pela sua urgência e sumariedade.

Nesse sentido Lopes Jr.<sup>104</sup> ensina:

A prisão temporária possui uma cautelaridade voltada para a investigação preliminar e não para o processo. Não cabe prisão temporária (ou sua permanência) quando já tiver sido concluído o inquérito policial. Então, se já houver processo ou apenas tiver sido oferecida a denúncia, não pode permanecer a prisão temporária.

[...]

Trata-se de uma prisão finalisticamente dirigida à investigação e que não sobrevive no curso do processo penal por desaparecimento de seu fundamento. Encerrada a investigação preliminar, não se pode mais cogitar de prisão temporária. (grifo do autor).

Mais uma vez a natureza cautelar da prisão temporária é invocada, não deixando dúvidas de que sua utilização é destinada somente ao inquérito policial, se esgotando ao final dele. Assim que houver sido oferecida denúncia, não se pode mais decretar uma prisão temporária. Então, nas palavras do autor, é uma prisão “finalista”, visto que se dirige apenas ao inquérito, não alcançando o trâmite do processo penal.

### 3.3 CABIMENTO

Após o estudo da natureza jurídica da prisão temporária, torna-se mais fácil examinar o seu cabimento, visto que para ser decretada se faz necessário a presença de dois requisitos já estudados: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Para ser decretada, a prisão temporária abrange três características, as quais estão dispostas no art. 1º da Lei 7.960/89. São elas: I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e, III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova

---

<sup>104</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional.** p. 124.

admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes expostos nas alíneas “a” à “o”.<sup>105</sup>

Nesse sentido, Tornaghi<sup>106</sup> comenta que “em lugar de estatuir uma regra geral, preferiu nosso legislador uma enunciação casuística no que respeita à aplicação da medida”.

Para tanto, existem várias interpretações acerca da necessidade de estarem presentes os três requisitos; as quais serão analisadas a seguir.

Primeiramente, o *fumus commissi delicti* está presente no art. 1º, inciso III da Lei 7.960/89<sup>107</sup>. Tal inciso exige que hajam “fundadas razões de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes”. Após este inciso, a lei enumera taxativamente 14 crimes que estão sujeitos à prisão temporária. Estes crimes vão desde o homicídio doloso até os crimes contra o sistema financeiro. Portanto, a prisão temporária em virtude de qualquer outro crime que não esteja no rol do art. 1º, inc. III da referida lei, é totalmente ilegal.<sup>108</sup>

Após a presença do *fumus commissi delicti*, ressalta-se também o *periculum libertatis*. Este, como já foi visto anteriormente, se trata do perigo que sucede do estado de liberdade do acusado.

Na mesma linha de raciocínio Moraes<sup>109</sup> atenta para estes requisitos, de modo que eles estão inseridos no art. 1º da referida lei:

O legislador, ao elaborar a lei instituidora da prisão temporária (Lei 7.960/89), atento à necessidade da concomitância desses dois requisitos (*periculum libertatis* e *fumus commissi delicti*), já os definiu em seu art. 1º. O *periculum libertatis* vem representado pelas três situações previstas nos incisos I e II do citado artigo: a) imprescindibilidade da prisão temporária para as investigações do inquérito policial (inc. I), b) o indiciado (sic) não ter residência fixa (inc. II, 1ª parte) e c) não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (inc. II, 2ª parte). A comprovação de qualquer uma dessas três hipóteses caracteriza a existência do requisito do *periculum libertatis*. Porém, somente esse dispositivo não é suficiente para a decretação da prisão temporária. Ainda é necessária a comprovação nos autos do *fumus commissi delicti*, o qual foi inserido pelo legislador no inc. III

<sup>105</sup> BRASIL. Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm)>. Acesso em: 6 out. 2009.

<sup>106</sup> TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 9. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 82.

<sup>107</sup> BRASIL. Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm)>. Acesso em: 6 out. 2009.

<sup>108</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. p. 124.

<sup>109</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Prisão temporária. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Coord.). **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. p. 919 – 966.

desse mesmo art. 1º, através da elaboração taxativa e inestendível do rol de crimes para os quais, e somente para os quais, é permitida a decretação dessa espécie de prisão. (grifo do autor).

Neste caso, é evidente a real necessidade de estarem os três requisitos presentes para a decretação da prisão temporária, visto que o *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti* estarem inseridos neles. Porém, existem discussões a respeito da imprescindibilidade de estarem todos os requisitos reunidos, ou apenas um ou dois deles.

Jesus<sup>110</sup> comenta que não há necessidade dos três requisitos coexistirem. Em suas palavras, a medida sendo imprescindível para a investigação (inc. I) e havendo as fundadas razões “concretas” da procedência de alguns dos crimes elencados (inc. III), não é necessário que o acusado tenha residência fixa ou que então, não forneça elementos para sua identificação, como dispõe o inc. II.

Nesse mesmo raciocínio, Freitas<sup>111</sup> explica que é o suficiente a interação de apenas dois requisitos. No seu entendimento, a concorrência dos três requisitos tornaria inaplicável a prisão temporária, pois raramente se atingiria um fato que ligasse uma pessoa de identidade desconhecida ou com domicílio não sabido somado à imprescindibilidade para a investigação e ainda assim, somado as fundadas razões de autoria ou participação num dos crimes dispostos em lei. Neste caso, segundo ele, jamais resultaria uma prisão temporária.

A desconformidade com a autonomia dos incisos está presente nas palavras de Lino<sup>112</sup>. Em sua concepção, tal fato ocasionaria em um absurdo de decretar a prisão temporária quando for praticada qualquer conduta contra qualquer pessoa:

A tese de autonomia dos incisos, neste caso, sem deslustre de sua proposição, levaria ao absurdo de possibilitar a decretação de prisão temporária quando praticada qualquer conduta típica e contra qualquer pessoa. Merece ser afastada. A mencionada autonomia ensejaria a constrição cautelar da liberdade com fundamento apenas na razoabilidade do direito invocado (inciso III) ou apenas no perigo que a liberdade do indiciado representaria para o deslinde do feito (incisos I ou II).

Ao prevalecer a tese da autonomia dos incisos, com a qual já expressamos nossa divergência, desnecessários seriam os incisos II e III da referida lei, sendo suficiente a alegação da imprescindibilidade da prisão para as investigações do inquérito policial.

---

<sup>110</sup> JESUS, Damásio E. de. **Código de processo penal anotado**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 684.

<sup>111</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 130.

<sup>112</sup> LINO, Bruno Teixeira. **Prisão temporária: lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989**. p. 52.

Logo, é visível que ao menos dois requisitos estejam presentes para a decretação da prisão, visto que, a tese da autonomia deles parece um pouco absurda, sendo que se fosse utilizada, não teria porque haver três requisitos, pois neste caso uma apenas bastaria para justificar, absorvendo os outros.

Fernandes<sup>113</sup> acompanha este entendimento. Em suas palavras não há possibilidade de uma interpretação no sentido de ser suficiente o preenchimento de apenas um dos requisitos. Desse modo, seria, segundo ele, cabível com fundamento único no inc. I do art. 1º, que em qualquer delito penal, havendo imprescindibilidade para a investigação ensejaria motivo para a decretação da prisão temporária. Bastasse que alguém não tivesse residência fixa e infringisse qualquer dispositivo de lei para ser preso, baseando-se no inc. II do art. 1º.

Sendo assim, não deve ser exigida a presença dos inc. I e II, visto que, tornaria pouco provável a sua ocorrência, pois neste caso alguém que tenha residência fixa jamais seria submetida à prisão temporária. Com isso, basta a presença de apenas um dos dois incisos. Então, seria possível a medida segregatória quando for preenchido o inc. III, cumulado com um dos incisos. I e II.<sup>114</sup>

Segundo posicionamento de Lopes Jr.<sup>115</sup> “a prisão temporária somente poderá ser decretada quando estiverem presentes as situações previstas nos incisos III e I.” Para ele, o inciso II apenas torna mais contundente o fundamento da prisão, eis que é absorvido pelo termo “imprescindibilidade”, daí o porquê de se dizer que é possível haver prisão temporária pela união dos três requisitos.<sup>116</sup>

Neste sentido, Freitas<sup>117</sup> conclui:

A conjugação das hipóteses é assecuratória, também, da observância ao critério da excepcionalidade da segregação cautelar como orienta o princípio da presunção da inocência. Interpretação diversa provocaria graves distorções, v.g., em prisão sob o argumento de que a custódia seria imprescindível para as investigações de crimes de médio porte, como furto, receptação ou estelionato.

Do exposto, chega-se à conclusão sensata de que exclusivamente a concorrência de duas ou mais circunstâncias justifica o *decisum*, do qual formam-se os pressupostos para o decreto temporário, a saber: presença de fundadas razões de autoria ou participação em um dos crimes mencionados no inciso III, e alternância ou cumulação das situações de imprescindibilidade da medida para as investigações criminais e não ter o

<sup>113</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. p. 322.

<sup>114</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. p. 322.

<sup>115</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. p. 127

<sup>116</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. p. 127.

<sup>117</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 132.

indiciado residência fixa ou não fornecer elementos hábeis ao esclarecimento de sua identidade. (grifo do autor).

Assim, pode-se afirmar que, para a decretação da prisão temporária é importante haver pelos menos dois requisitos presentes, sendo que, um deles impreterivelmente seja o inc. III <sup>118</sup>, o qual elenca os crimes.

Ademais, o despacho no qual for decretada a prisão precisa estar devidamente fundamentado, e tal qual a prisão preventiva, não são aceitas simplesmente expressões formais ou uma repetição do que diz a lei. Deste modo, o Juiz ao apreciar os fundamentos de fato e de direito do requerimento, deverá expressar sua motivação de maneira conveniente a sua decisão, citando os pressupostos solicitados na lei conforme cada caso. <sup>119</sup>

Tal fato é uma ordem constitucional conforme expressa no art. 93, inc.IX, CF, <sup>120</sup> onde exige que todas as decisões do Judiciário sejam fundamentadas, sob pena de nulidade. Isto é o chamado princípio da motivação das decisões judiciais. Assim, o despacho que decretar a prisão temporária deve, de fato, demonstrar a existência dos requisitos necessários. <sup>121</sup>

<sup>118</sup> BRASIL. Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. **Presidência da República**, Brasília, DF. III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: [...] Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm)>. Acesso em: 6 out. 2009.

<sup>119</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. p. 399. Veja-se neste sentido: SANTA CATARINA. HC 2009.014210-9 – SC. Terceira Câmara Criminal. Paciente: José Carlos Amarante Pessoa. Impetrante: Clauri Olávio da Silva. Relator Des. Torres Marques. Julgado em: 15.05.2009. Publicado em: 29.06.2009. Disponível

em:<<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qID=AAAGxaAALAAA5lyAAF&qToda s=Habeas+Corpus+n.+2008.002162-0&qFrase=&qUma=&qCor=FF0000>>. Acesso em: 21 out. 2009.

<sup>120</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Brasília, DF. IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 out. 2009.

<sup>121</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. p. 655.

### 3.4 PRAZO

Após os esclarecimentos a respeito do conceito, natureza jurídica e cabimento da prisão temporária, se faz necessário analisar o seu prazo, o qual está previsto no art. 2º da Lei 7.960/89 <sup>122</sup>.

É importante ressaltar que assim como o decreto, a prorrogação também é vedada de ofício, sendo necessárias a representação da autoridade policial e a manifestação do Ministério Público para qualquer dessas situações. No momento da prorrogação, além do requerimento, a manifestação do Ministério Público é indispensável sob pena de ilegalidade, ofendendo o texto da lei, caracterizando assim um abuso ao direito de liberdade e uma ausência de razão da restrição dessa liberdade. <sup>123</sup>

Neste sentido, Póvoa e Villas Boas <sup>124</sup> explicam:

O prazo de duração da prisão temporária será de até 5 dias, significando isso que poderá ser decretada por período menor, até mesmo por um dia ou algumas horas, sempre prorrogáveis por até mais 5 dias, em caso de extrema necessidade.

Essa prorrogação também não poderá ser determinada *ex officio* pelo juiz, devendo sempre ser requerida pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, que trarão aos autos elementos que comprovem essa necessidade extrema. Se requerida pela autoridade policial, entendemos que o Ministério Público deverá ser novamente ouvido, sob pena de nulidade da decisão. (grifo do autor).

Importante ressaltar que a decretação da prisão temporária é prevista em relação aos crimes hediondos em seu art. 2º parágrafo 4º, da Lei 8.072/90 <sup>125</sup>. É expresso nesses crimes, tais como: tortura, tráfico de drogas, terrorismo, entre outros, o prazo de 30 (trintas) dias prorrogáveis por igual período em casos de “extrema e comprovada necessidade”. Portanto, em se falando de prorrogação, esta só deve ser concedida em casos excepcionais, jamais como regra. <sup>126</sup>

Noutro ponto, é importante frisar que o acusado pode ser posto em liberdade antes do final desses prazos pela autoridade policial e sem necessidade

<sup>122</sup> BRASIL. Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm)>. Acesso em: 9 out. 2009.

<sup>123</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 138.

<sup>124</sup> PÓVOA, Liberato; VILLAS BOAS, Marco. **Prisão temporária**. p. 68 – 69.

<sup>125</sup> BRASIL. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos nos termos do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. 49. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>126</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. p. 320.

de autorização judicial, uma vez que já não haveria mais necessidade do seu encarceramento. Porém os prazos devem ser respeitados, sendo ilegal a decisão do Juízo decretando uma prisão temporária de 7 (sete) dias, pois, dessa maneira, excede o prazo legal, antecipando uma prorrogação de ofício. O prazo máximo é de 5 (cinco) dias, após isso, somente havendo um requerimento fundamentado e exposto da autoridade policial que poderá ter prorrogado o prazo para mais 5 dias.<sup>127</sup>

Noutras palavras, “a prisão temporária poderá ter no máximo 5 dias de duração, podendo o juiz determinar-lhe um prazo menor ou fazer cessar seus efeitos assim que demonstrada sua desnecessidade.”<sup>128</sup> Deste modo, o magistrado poderá decretar um prazo de 3 (três) dias, por exemplo, examinando sempre a real necessidade de tal medida e fundamentando sua decisão.

É considerável destacar a respeito de qual momento começa a fluir o prazo da prisão temporária. Assim vejamos:

[...] o prazo de duração da prisão temporária não começa a fluir a partir do instante em que o juiz a decreta, mas apenas após a efetivação da captura da pessoa contra quem foi emitida a ordem. Assim, decretada de modo fundamentado a prisão pelo juiz competente e capturado o suspeito ou indiciado após 20 dias da emissão da ordem, o prazo da prisão somente terá o início de sua fluência neste vigésimo dia de busca, ou seja, a ordem judicial somente começará a ser cumprida no tocante ao cumprimento do prazo fixado para a prisão a partir desse primeiro instante em que o suspeito é detido.<sup>129</sup>

Logo, a contagem do prazo da prisão começa assim que o acusado é capturado, e não a partir da data de emissão da decretação. Caso ele seja encontrado após alguns dias da data da ordem, é a contar do dia em que for detido que começará a fluir o prazo de sua prisão.

No quarto capítulo, será iniciado o estudo acerca das inconstitucionalidades formal e material da prisão temporária, abordadas em conjunto com a percepção doutrinária e jurisprudencial.

---

<sup>127</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. p. 123.

<sup>128</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Prisão temporária. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Coord.). **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. p. 919 – 966.

<sup>129</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Prisão temporária. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Coord.). **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. p. 919 – 966.

## 4 DAS INCONSTITUCIONALIDADES DA LEI 7.960/89

Em se tratando de prisão temporária existem muitos questionamentos acerca da sua constitucionalidade, tanto formalmente quanto materialmente. Sua inconstitucionalidade formal revela-se a partir da própria criação da Lei 7.960/89<sup>130</sup>. Por outro lado, a inconstitucionalidade material demonstra-se clara aos olhos do princípio da presunção de inocência, sendo que essa inconstitucionalidade não é uma exclusividade da prisão temporária, e sim, também de todas as outras prisões cautelares. Logo, neste capítulo veremos o posicionamento da doutrina e da jurisprudência a respeito desta medida cautelar.

### 4.1 INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

Em uma primeira avaliação a prisão temporária até pode ser vista como constitucional, visto que está prevista em lei a fim de resguardar a persecução *ex judicio*, além de provir de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, tal qual determina o art. 5º, LXI<sup>131</sup> CF.<sup>132</sup> Porém, se adentrarmos numa análise a respeito da sua criação, será constatado que a Lei 7.960/89 padece de vício de constitucionalidade.

---

<sup>130</sup> BRASIL. Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm)>. Acesso em: 9 out. 2009.

<sup>131</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Brasília, DF. LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 out. 2009.

<sup>132</sup> ZARINS NETO, Alfredo. Prisão temporária: inconstitucionalidade formal e material. **Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**. São Paulo, jul. 2004. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=2004071416433957](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2004071416433957)>. Acesso em: 10 out. 2009.

#### 4.1.1 Criação da Lei 7.960/89 e a visão doutrinária

A prisão temporária adentrou em nosso ordenamento jurídico, primeiramente, por meio da MP n° 111 <sup>133</sup> de 24/11/1989, e após, convertida na Lei n° 7.960 <sup>134</sup>, datada de 21/12/89.

Em visto de ela ter advindo de uma medida provisória, ou seja, do Poder Executivo, faz com que a medida seja inconstitucional logo que foi criada, isso porque, conforme dita o art. 22, inc. I <sup>135</sup>, CF, somente a União pode legislar sobre lei processual. Neste caso, segundo o art. 48 <sup>136</sup>, CF, cabe ao Congresso Nacional, ou seja, ao Poder Legislativo, a competência de legislar sobre as matérias da União, incluindo as leis processuais.

Por outro lado, uma medida provisória, consoante dispõe o art. 84, inc. XXVI <sup>137</sup>, CF, compete unicamente ao Presidente da República legislar, em casos de “relevância e urgência”, tal qual expressa o art. 62 <sup>138</sup> da CF.

---

<sup>133</sup> BRASIL. Medida Provisória n° 111, de 24 de novembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/1988-1989/111.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1988-1989/111.htm)>. Acesso em: 13 out. 2009.

<sup>134</sup> BRASIL. Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm)>. Acesso em: 13 out. 2009.

<sup>135</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 out. 2009.

<sup>136</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF. Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União,[...]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 out. 2009.

<sup>137</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF. Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 out. 2009.

<sup>138</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF. Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2009.

Logo, a Lei 7.960/89 padece de vício de constitucionalidade pelo simples fato de ter sido criada por meio de uma medida provisória quando neste caso, somente o Poder Legislativo, por meio de um projeto de lei, pode criar uma norma cujo conteúdo disponha sobre lei processual. Devido a isso, não se admite que o Poder Executivo prescreva em área que lhe é vedada.<sup>139</sup>

Nesse sentido Franco<sup>140</sup> comenta:

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

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

A Lei n. 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.

[...]

Entendimento diverso equipararia a lei de conversão em lei de sentido estrito, subverteria as competências prefixadas na Constituição Federal e poria em sério risco o Estado Democrático de Direito na medida em que o Poder Executivo, por estar seguro de contar com maioria parlamentar, se sentiria livre para invadir, sem outros questionamentos, a reserva de competência do Congresso Nacional. A Lei 7.960/89 atrita, portanto, de modo explícito com a Constituição Federal.

Assim, segundo o autor, deixar que o Poder Executivo crie maneiras de restringir a liberdade do indivíduo é uma afronta a preceitos constitucionais tão rigorosos como a divisão dos poderes e o princípio da reserva legal. Tais preceitos baseiam o Estado Democrático de Direito, e permitir o desvirtuamento deles seria permitir que o Poder Executivo impusesse suas vontades além do que a Constituição lhe permite.

Logo, é possível perceber o quão é repudiada esta lei por ter configurado uma verdadeira afronta constitucional, atingindo o princípio da reserva legal, em seu art. 5º, XXXIX<sup>141</sup>, CF.<sup>142</sup>

<sup>139</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 435.

<sup>140</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. p. 435 – 437.

<sup>141</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Brasília, DF. XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Disponível em:

Para Rangel <sup>143</sup> “a Lei traz um vício de iniciativa que não é sanado com a conversão da medida em lei. Há flagrante de inconstitucionalidade por vício formal, qual seja: a iniciativa da matéria”. Portanto, é visível a inconstitucionalidade da prisão temporária visto que a conversão da medida provisória em lei não desfaz o vício.

Lino <sup>144</sup> contesta sobre essa ingerência do Poder Executivo em face do Poder Legislativo:

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

Dessa maneira, no momento em que o Poder Executivo cria uma medida de repressão à liberdade pessoal no processo penal, além de ser uma violação aos princípios constitucionais da legalidade e da divisão dos poderes, dá oportunidade a outras medidas abusivas e até mesmo autoritárias perante o Estado Democrático de Direito. Desta forma, a prisão temporária apresenta-se como um dos modos de repressão pessoal que atinge diretamente o direito de liberdade do indivíduo. <sup>145</sup>

Contudo, é importante destacar a existência de interpretação que ainda assim vê a prisão temporária como constitucional pelo fato de ela só poder ser decretada por um Juízo competente. <sup>146</sup>

#### 4.1.2 Da visão jurisprudencial

A respeito deste vício de constitucionalidade, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ajuizou em 11/12/1989, uma Ação Direta de

---

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 out. 2009.

<sup>142</sup> LINO, Bruno Teixeira. **Prisão temporária: lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989**. p. 45.

<sup>143</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. p. 646.

<sup>144</sup> LINO, Bruno Teixeira. **Prisão temporária: lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989**. p. 45.

<sup>145</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. p. 435.

<sup>146</sup> AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. p. 316.

Inconstitucionalidade (ADI) 162 MC/DF com pedido de liminar pelos motivos de: criação de uma nova modalidade de prisão provisória, estabelecimento de permissão para incomunicabilidade do preso, e, criação de novo tipo penal de abuso de autoridade. Ainda complementou que as matérias imputadas são típicas de lei ordinária e, por fim, não encerrariam os requisitos de “relevância e urgência”, os quais autorizam a edição de uma medida provisória.

Vejamos este julgado de relatoria do Min. Moreira Alves:

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 quando 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 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. <sup>147</sup> (grifo nosso).

Neste julgado, o STF utilizou como argumentos para o indeferimento desta liminar: que não há ausência dos requisitos de relevância e urgência; que a decretação da prisão temporária por parte da autoridade judiciária não implica em obrigatoriedade, assim, não ofende o art. 5º, inc. LXI <sup>148</sup>, CF; que não há

<sup>147</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 162 – 1989 – DF. Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator Min. Moreira Alves. Julgado em: 14.12.1989. Publicado em: 19.09.1997. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI\\$.SCLA.%20E%20162.NUME.%29%20OU%20%28ADI.ACMS.%20ADJ2%20162.ACMS.%29&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI$.SCLA.%20E%20162.NUME.%29%20OU%20%28ADI.ACMS.%20ADJ2%20162.ACMS.%29&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 13 out. 2009.

<sup>148</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Brasília, DF. LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. Disponível em: <

incompatibilidade entre o parágrafo 2º do artigo 3º <sup>149</sup> da MP com o art. 5º, inc. LXIII <sup>150</sup>, CF; que não há criação de delito nesta medida provisória, visto que em seu art. 4º <sup>151</sup>, determina o acréscimo da alínea “i”, ao artigo 4º da Lei nº 4.898/65 <sup>152</sup>, e, finalmente, que não há ofensa à autonomia dos Estados (art. 25 <sup>153</sup> e 125 <sup>154</sup> CF) na determinação em seu art. 5º <sup>155</sup> onde determina que todas as comarcas tenham um plantão permanente de 24 horas do Poder Judiciário, uma vez que tal medida atende à conveniência do interesse público, eis que é necessário para a observância das medidas adotadas pela MP. <sup>156</sup>

---

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2009.

<sup>149</sup> BRASIL. Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. **Presidência da República**, Brasília, DF. O preso, ainda que incomunicável, poderá entrevistar-se, livre e reservadamente, com advogado constituído, que terá acesso aos autos da investigação. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/1988-1989/111.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1988-1989/111.htm)>. Acesso em: 13 out. 2009.

<sup>150</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Brasília, DF. LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2009.

<sup>151</sup> BRASIL. Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. **Presidência da República**, Brasília, DF. Art. 4º O art. 4º da Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, fica acrescido da alínea *i*, com a seguinte redação: “Art. 4º (...) *i*) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade”. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/1988-1989/111.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1988-1989/111.htm)>. Acesso em: 13 out. 2009.

<sup>152</sup> BRASIL. Lei 4.898, de 09 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4898.htm)>. Acesso em: 13 out. 2009.

<sup>153</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Brasília, DF. Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2009.

<sup>154</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Brasília, DF. Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2009.

<sup>155</sup> BRASIL. Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. **Presidência da República**, Brasília, DF. Art. 5º Em todas as comarcas e sessões judiciárias haverá um plantão permanente de vinte e quatro horas do Poder Judiciário e do Ministério Público para apreciação dos pedidos de prisão temporária. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/1988-1989/111.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1988-1989/111.htm)>. Acesso em: 13 out. 2009.

<sup>156</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 162 – 1989 – DF. Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator Min. Moreira Alves. Julgado em: 14.12.1989. Publicado em: 19.09.1997. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI\\$.SCLA.%20E%20162.NUME.%29%20OU%20%28ADI.ACMS.%20ADJ2%20162.ACMS.%29&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI$.SCLA.%20E%20162.NUME.%29%20OU%20%28ADI.ACMS.%20ADJ2%20162.ACMS.%29&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 13 out. 2009.

Em outro julgado de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, na ADI 525 MC/DF, nota-se a atenção do STF para com a criação das medidas provisórias.

Vejamos:

**EMENTA:** I. ADIn: legitimação ativa: "entidade nacional de classe" (CF, art. 103, IX): inteligência. Questão de legitimidade da autora da ADIn 526 - FENASTRA, Federação Nacional de Sindicatos e Associações e os Trabalhadores da Justiça do Trabalho -, negada pelo Relator da ADIn 433 (Ministro Moreira Alves) e, nela, ainda pendente de decisão, em razão de pedido de vista; votos agora proferidos na ADIn 526, favoráveis e contrários à sua legitimação a título de "entidade de classe de âmbito nacional" (CF, art. 103, IX); sustentação do exame da questão, na ADIn 526, para julgamento conjunto com a ADIn 433, sem prejuízo da decisão sobre a liminar requerida na primeira, visto que contida a matéria no pedido mais amplo da ADIn 525, do Partido Socialista Brasileiro. II - **Medida provisória: requisitos de "relevância e urgência" (CF, art. 62): limites do exame jurisdicional: edição na pendência, em regime de urgência, de projeto de lei sobre matéria, de iniciativa presidencial. 1. A ocorrência dos pressupostos de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias não estão de todo imunes ao controle jurisdicional, restrito, porém, aos casos de abuso manifesto, dado caráter discricionário do juízo político que envolve, confiado ao Poder Executivo, sob censura do Congresso Nacional (ADIn 162, de 14.12.89).** [...] <sup>157</sup> (grifo nosso).

Neste julgado, o entendimento do STF é de que nas edições de medidas provisórias os requisitos de relevância e urgência não estão livres de um controle jurisdicional, pois em casos de abusos evidentes, face ao caráter discricionário do Poder Executivo, pode haver uma censura por parte do Congresso Nacional.

Por fim, é de suma importância destacar o seguinte julgamento do STF de relatoria do Min. Celso de Mello, ADI 2213 MC/DF, onde assim decidiu:

**E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - A QUESTÃO DO ABUSO PRESIDENCIAL NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DA URGÊNCIA E DA RELEVÂNCIA (CF, ART. 62, CAPUT) [...] A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, "caput"). - Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura**

<sup>157</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 525 – 1991 – DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Requerido: Presidente da República. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 12.06.1991. Publicado em: 02.04.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADIn%20MC%20162&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 13 out. 2009.

constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes. - A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais. **UTILIZAÇÃO ABUSIVA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - INADMISSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA.** - A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. - Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo - quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material - investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de "checks and balances", a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. **Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes.** - Configuração, na espécie, dos pressupostos constitucionais legitimadores das medidas provisórias ora impugnadas. Consequente reconhecimento da constitucionalidade formal dos atos presidenciais em questão. <sup>158</sup> (grifo nosso).

Neste acórdão segue o posicionamento do STF a respeito de que o Poder Judiciário pode, no desempenho de suas funções, impedir que o Poder Executivo crie medidas provisórias de maneira que incida em excesso de poder, de modo que

<sup>158</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2313 – 2002 – DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido dos Trabalhadores e Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura. Requerido: Presidente da República. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em: 04.04.2002. Publicado em: 23.04.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=poder%20executivo%20medida%20provis%F3ria%20inconstitucional&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 out. 2009. Veja-se também neste sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1024- 1995- SC. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator Min. Ilmar Galvão. Julgado em: 19.10.1995. Publicado em: 17.11.1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=a%E7%E3o+direta+de+inc+onstitucionalidade+pris%E3o+tempor%E1ria&pagina=2&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 out. 2009.

acabe distorcendo o princípio da separação dos poderes, o qual está expresso no art. 2º<sup>159</sup> CF. Ao agir desta maneira, o Executivo estará invadindo competência inerente ao Poder Legislativo, o qual é legitimado para a criação de leis referentes ao direito processual penal, causando deste modo grandes preocupações no que tange a concepção de um Estado Democrático de Direito. Tal afirmação sobre a legitimidade do Poder Legislativo para criar normas referentes ao processo penal está expressa nos arts. 22, inc. I e 48<sup>160</sup>, CF.

Na próxima seção, será estudada a inconstitucionalidade material juntamente com sua visão doutrinária e jurisprudencial. Tal inconstitucionalidade baseia-se na sua oposição ao princípio da presunção de inocência.

## 4.2 INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

Após o estudo da inconstitucionalidade formal da prisão temporária, é mister analisarmos a inconstitucionalidade referente a sua materialidade, uma vez que este vício afronta o art. 5º, inc. LVII<sup>161</sup>, CF. Porém, existem várias posições na doutrina a respeito da existência ou não desta inconstitucionalidade. Desta maneira, será feita uma análise sobre a visão doutrinária e jurisprudencial sobre este tema.

---

<sup>159</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2009.

<sup>160</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União [...] Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 out. 2009.

<sup>161</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Brasília, DF. LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em: 16 out. 2009.

#### 4.2.1 Da presunção de inocência e a visão doutrinária

Lopes Jr.<sup>162</sup> sugere que “a presunção de inocência é um princípio reitor do processo penal constitucional e democrático, podendo-se perfeitamente avaliar o grau de civilidade do processo a partir do seu nível de eficácia”. Desta maneira, a presunção de inocência é uma espécie de “dever de tratamento”, pois obriga que o réu seja tratado como se inocente fosse.<sup>163</sup>

Para Sznick<sup>164</sup>, quando falamos em presunção de inocência podemos entendê-la como uma regra de prova e de juízo, pois a presunção é ligada à prova, sendo que funciona como um limite a favor do réu quando for feita uma avaliação probatória, assim como, pode-se entender que essa presunção destina-se a impedir que o acusado fique sujeito a medidas que apenas seriam cabíveis a um condenado.

Porém, quando se fala em “presunção de inocência”, existe uma discussão a respeito de sua terminologia, uma vez que também pode ser entendida como um “estado de inocência” ou de “não-culpabilidade”.

Bonfim<sup>165</sup> explica que a expressão “presunção de inocência” não é correta, tecnicamente falando. Pois “presunção” é o termo jurídico que une o fato provado por meio de indícios ao suposto autor do delito, tratando-se, portanto, de uma análise lógico-dedutiva. Em vista disso, o que está consagrado na CF é um princípio de não-culpabilidade, visto que ela afirma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Deste modo, o princípio contém uma garantia constitucional, destinando-se a um “estado de inocência” ou então, de “não culpabilidade”.

Assim, o princípio do estado de inocência diz respeito aos fatos, de modo que se for provada a autoria do crime, altera-se a presunção de inocência, uma vez que não se trata de um princípio absoluto.<sup>166</sup>

---

<sup>162</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. p. 47.

<sup>163</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. p. 47.

<sup>164</sup> SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. p. 1.

<sup>165</sup> BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de processo penal**. 3. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 45.

<sup>166</sup> BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de processo penal**. p. 45 - 46.

Seguindo este posicionamento, Mirabete <sup>167</sup> explica:

[...] existe apenas uma *tendência* à presunção de inocência, ou, mais precisamente, um *estado de inocência*, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado. Assim, melhor é dizer-se que se trata do ‘princípio de não-culpabilidade’. Por isso, a nossa Constituição Federal não ‘presume’ a inocência, mas declara que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado. (grifo do autor).

De tal modo, pode-se entender que o princípio da presunção de inocência, também pode ser compreendido como um “estado de inocência” ou então de “não-culpabilidade”, visto que este estado persistirá durante o processo penal até que não haja um trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. <sup>168</sup>

Em tratando de prisões cautelares, é de grande importância lembrar que as prisões decretadas antes da condenação jamais poderiam ser admitidas, de modo que somente justificassem tal excepcionalidade quando a liberdade do acusado pudesse expor a perigo o desenvolvimento e a eficácia de todo o processo penal. Sendo assim, aos olhos da presunção da inocência, não se admite qualquer forma de encarceramento decretado como uma antecipação da pena. <sup>169</sup>

Neste mesmo posicionamento, Capez <sup>170</sup> afirma que afronta o princípio constitucional da presunção de inocência permitir a prisão cautelar de um indivíduo apenas por estar sendo suspeito pela prática de algum crime. Assim, haveria uma antecipação da execução da punição.

Rangel <sup>171</sup> expõe que “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”. Para tanto, o mencionado autor afirma que:

Prisão não pode ser uma satisfação à sociedade por mais grave que seja o crime, mas sim uma necessidade para se assegurar o curso do processo. No caso da temporária é para assegurar que se realize uma investigação sobre o fato, dizem, praticado pelo apontado *suspeito*, o que, por si só, é

<sup>167</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. p. 23.

<sup>168</sup> BONFIM, Edílson Mougén. **Curso de processo penal**. p. 45.

<sup>169</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 65.

<sup>170</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p. 276.

<sup>171</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. p. 647.

inadmissível. Prender um suspeito para investigar se é ele, é barbárie. Só na ditadura e, portanto, no Estado de exceção.<sup>172</sup> (grifo do autor).

Segundo o autor, a prisão temporária é materialmente inconstitucional na medida em que primeiro prende para somente após investigar se o suspeito, de fato, é o autor do delito.

Neste ponto, é necessário ressaltar que o princípio da presunção de inocência, o qual é consagrado como cláusula pétrea, foi criado pelo legislador como uma presunção em favor do acusado. Em vista disso, sua utilização deve ser feita de modo cuidadoso e criterioso, sob pena de ofender o *periculum libertatis* do réu.<sup>173</sup>

Portanto, em se tratando de uma medida cautelar onde o indivíduo deve ser tratado como inocente, uma vez que não há uma sentença penal condenatória transitada em julgado, é absolutamente necessário que a restrição da liberdade seja fundamentada de maneira devida pelo Juiz.<sup>174</sup>

Deste modo, as restrições da liberdade antes da sentença final, além de obrigatoriamente deverem ser justificadas pelo Juízo, somente serão utilizadas para resguardar o desempenho regular e apropriado da jurisdição penal. Tais prisões devem ser decretadas apenas em caráter cautelar a fim de tutelar o processo. Somente assim será legitimada a privação da liberdade de quem constitucionalmente deve ser visto como inocente.<sup>175</sup>

Destarte, a prisão cautelar somente é legítima quando for utilizada como um instrumento que visa garantir a eficácia da persecução penal em situações previstas em lei onde realmente haja um risco real. Se o seu uso trouxesse consequências mais graves que o próprio fim almejado na ação penal, ela perderia a sua razão de existir, de modo que, desempenharia uma função punitiva. Assim, a prisão cautelar deverá ser proporcional, a fim de que seja legítima.<sup>176</sup>

Neste sentido, Lopes Jr.<sup>177</sup> comenta:

Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência

<sup>172</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. p. 647.

<sup>173</sup> MORAIS, Paulo José Iasz de. Abusos na decretação da prisão temporária. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, n. 267, p.38 - 39, fev. 2008.

<sup>174</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 415.

<sup>175</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. p. 415.

<sup>176</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. p. 416.

<sup>177</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. v.1. p. 179.

não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça.

O autor ressalta a importância da presunção de inocência não apenas como uma garantia constitucional em favor do acusado, mas também como uma segurança social, de modo que todos os cidadãos sejam resguardados por tal princípio de quaisquer penas aplicadas arbitrariamente pelos magistrados. Tal segurança expressaria a confiança da sociedade na Justiça, pois não estariam desamparados numa hipotética prisão descabida.

Neste prisma, Delmanto Junior <sup>178</sup> complementa que “negar o direito à presunção de inocência significa negar o próprio processo penal, já que este existe em função da presunção de inocência, afigurando-se em um Estado Democrático de Direito [...]”.

Por outro lado, existem interpretações as quais defendem que as prisões cautelares não são incompatíveis com o princípio da presunção de inocência. Pois partindo de um entendimento de que toda medida cautelar é incorreta, a excepcionalidade que lhe fundamenta perderia o sentido, uma vez que essa excepcionalidade é uma característica do princípio. Assim, quando é decretada a prisão temporária, o Juízo deve seguir à risca o que diz o texto da lei de tal modo que a prisão seja determinada diante do critério da necessidade. <sup>179</sup>

Para tanto, Freitas <sup>180</sup> leciona:

Se, antes da representação policial, a inocência era absoluta e intangível, a prova de materialidade, somada a indícios de autoria ou participação em infração grave, faz brotar para o Estado a presunção de periculosidade do agente. Diante dessa presunção, o Estado exerce direito legítimo na estruturação do sistema acusatório, decretando sua custódia cautelar. Não se arranha a presunção de inocência, pois houve crime especialmente grave e o Estado tem o dever de perseguir o delinquente. De um lado, o preso deve ser tido como inocente, até sentença definitiva condenatória; de outro, o Estado deve investigar, com os meios disponíveis e lícitos, a autoria ou participação da forte mácula social provocada no bem jurídico tutelado.

Segundo explica o autor, a prisão cautelar não fere a presunção de inocência, posto que o Estado tem o dever de acusar e perseguir o acusado. Assim, ao decretar uma medida cautelar o Estado está cumprindo seu dever, não

---

<sup>178</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 64.

<sup>179</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 103.

<sup>180</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. p. 103.

ensejando uma incompatibilidade com o princípio em questão, visto que a inocência não é mais absoluta uma vez que demonstra que há prova de materialidade somada com indícios de autoria.

Para Demercian<sup>181</sup>, a prisão temporária, assim como outras medidas cautelares, têm um caráter estritamente cautelar, e é neste sentido que cabe destacar que ela não é uma prisão inconstitucional, pois não decorre de sentença condenatória transitada em julgado e, assim, não fere o princípio da presunção de inocência.

Seguindo este posicionamento, Gomes Filho<sup>182</sup> explica que “em princípio, a restrição da liberdade em caráter cautelar instrumental não é incompatível com a afirmação da presunção de inocência, uma vez que não é imposta como antecipação da punição”. Portanto, no ponto de vista do autor, não se fala em incompatibilidade do princípio da presunção de inocência com as prisões cautelares, visto que ela não é aplicada como uma antecipação da pena.

Não obstante a presunção de inocência estar expressa na CF, as medidas cautelares são utilizadas em nosso país continuamente, de modo que somente ao analisar cada caso, será possível afirmar se a prisão fere ou não tal princípio.

#### 4.2.2 Da visão jurisprudencial

Primeiramente, é de suma importância destacar alguns julgados que tratam a respeito das prisões cautelares e sua excepcionalidade dentro do processo penal brasileiro. Existem interpretações que as julgam inconstitucionais sob a alegação de que são uma espécie de execução antecipada da pena e outras de que são perfeitamente aplicáveis, visto que segundo o art. 637 do CPP<sup>183</sup>, não há efeito suspensivo na pendência de recurso extraordinário. Vejamos alguns julgados que tratam dessa questão da inconstitucionalidade das prisões cautelares.

---

<sup>181</sup> DEMERCIAN, Pedro. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 187.

<sup>182</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. p. 70.

<sup>183</sup> BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 20 out. 2009.

Quanto à inconstitucionalidade da “execução antecipada da pena”, o STF no julgamento do HC nº 94408/MG, de relatoria do Min. Eros Grau, assim decidiu:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.<sup>184</sup>

Como se pode observar, o STF manifesta-se de maneira contrária à chamada “execução antecipada da pena”, convocando o art. 5º, LVII<sup>185</sup> da CF. Por conseguinte, a prisão decorrente de sentença recorrível é vista como inconstitucional sob a acusação de que é contrária à dignidade da pessoa humana.

Noutro entendimento, o julgamento do HC nº 90645/PE de relatoria do Min. Marco Aurélio assevera a constitucionalidade. Vejamos:

EMENTA *Habeas corpus*. Constitucional. Processual penal. Execução provisória da pena. Pendência de julgamento dos Recursos especial e extraordinário. Ofensa ao princípio da presunção da inocência: não-ocorrência. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência. 2. *Habeas corpus* indeferido.<sup>186</sup>

<sup>184</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94408 – 2009 – MG. Segunda Turma. Paciente: Gilberto da Cruz Rocha. Impetrante: Geraldo Costa de Faria e Outro(s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Eros Grau. Julgado em: 10.02.2009. Publicado em: 27.03.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=efeito%20suspensivo%20recursos&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 out. 2009. Veja-se também neste sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 85417 – 2008 – RS. Segunda Turma. Paciente: Luiz Antônio Grechi Greller. Impetrante: Luiz Maximiliano Leal Telesca Mota e Outro(s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Ellen Gracie. Julgado em: 02.09.2008. Publicado em: 14.11.2008. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=efeito%20suspensivo%20recursos&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 out. 2009.

<sup>185</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF. LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 out. 2009.

<sup>186</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 90645 – 2007 – PE. Primeira Turma. Paciente: Regiene de Souza Pereira. Impetrante: Wendell Siqueira Ferraz e Outro(s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em: 11.09.2007. Publicado em: 14.11.2007. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=efeito+suspensivo+recursos&pagina=2&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 out. 2009. Veja-se também neste sentido: BRASIL.

Supremo Tribunal Federal. HC 91675 – 2007 – PR. Primeira Turma. Paciente: Sílvio Rodrigues de Lima. Impetrante: Genilson Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 04.09.2007. Publicado em: 07.12.2007. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=efeito+suspensivo+recursos&pagina=2&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 out. 2009.

Não obstante, alguns julgados apontarem a prisão decorrente de sentença não transitada em julgado, ser inconstitucional; o julgado acima reforça o sentido de que é possível a execução provisória da pena mesmo havendo recursos pendentes, afirmando deste modo o art. 637 do CPP <sup>187</sup>. De tal modo, mesmo havendo recursos em tramitação, não é possível haver efeito suspensivo dos efeitos da sentença em recursos extraordinários.

Neste sentido, é importante destacar que o STF utiliza-se de argumentos que acabam confundindo os cidadãos, ao expor que é possível a execução provisória da pena sob a justificativa de que os recursos especial e extraordinário não contemplam efeito suspensivo, sendo excepcionais, de modo que não ofendem o princípio da presunção de inocência. Desta forma, o próprio STF sobrepõe uma lei ordinária a uma norma de índole constitucional, o que demonstra, mais uma vez, a inconstitucionalidade de tal prisão.

Ante a excepcionalidade desta prisão cautelar, é importante observar o julgamento do HC nº 90753/RJ de relatoria do Min. Celso de Mello:

E M E N T A: "*HABEAS CORPUS*" - CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL - SUBSISTÊNCIA, MESMO ASSIM, DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) - RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE O PROCESSO - RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, Nº 2) - ACÓRDÃO QUE ORDENA A PRISÃO DO CONDENADO, POR REPUTAR LEGÍTIMA "A IMEDIATA EXECUÇÃO DO JULGADO" E, TAMBÉM, PELO FATO DE OS RECURSOS EXCEPCIONAIS DEDUZIDOS PELO SENTENCIADO (RE E RESP) NÃO POSSUÍREM EFEITO SUSPENSIVO - DECRETABILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR - POSSIBILIDADE, DESDE QUE SATISFEITOS OS REQUISITOS MENCIONADOS NO ART. 312 DO CPP - NECESSIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA, EM CADA CASO, DA IMPRESCINDIBILIDADE DA ADOÇÃO DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - PEDIDO DEFERIDO. <sup>188</sup>

Neste julgado, é perceptível o caráter excepcional das prisões cautelares posto que são decretadas desde que estejam preenchidos os requisitos expressos

<sup>187</sup> BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 20 out. 2009.

<sup>188</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 90753 – 2007 – RJ. Segunda Turma. Paciente: Adamastor Lino Gomes Neto. Impetrante: Claudenor de Brito Prazeres e Outro(s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em: 05.06.2007. Publicado em: 23.11.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=efeito+suspensivo+recursos&pagina=2&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 6 out. 2009.

no art. 312 do CPP <sup>189</sup>, os quais são os da prisão preventiva, que, como já foi estudado anteriormente, baseia todas as demais medidas cautelares. Neste acórdão é possível analisar o quanto é necessário verificar cada caso para a aplicação de uma medida cautelar, demonstrando assim a excepcionalidade de tais medidas.

Quanto à aplicação da prisão temporária a luz da presunção de inocência, é imprescindível verificar alguns julgados para um melhor acompanhamento deste estudo.

Assim vejamos:

**É inquestionável que a antecipação cautelar da prisão - qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão temporária, prisão preventiva ou prisão decorrente da sentença de pronúncia) - não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade [...]** Impõe-se advertir, no entanto, que a prisão cautelar - que não se confunde com a prisão penal (*carcer ad poenam*) - não objetiva infligir punição à pessoa que sofre a sua decretação. Não traduz, a prisão cautelar, em face da estrita finalidade a que se destina, qualquer idéia de sanção. Constitui, ao contrário, instrumento destinado a atuar 'em benefício da atividade desenvolvida no processo penal'. <sup>190</sup> (grifo nosso).

O STF aponta que a antecipação da prisão não implica em uma aplicação de pena, portanto, não se pode falar em execução antecipada da punição. Logo, o entendimento de prisão cautelar é de que é um instrumento que se destina a beneficiar o andamento do processo penal, não sendo, desta maneira, incompatível com o princípio da presunção de inocência.

O STJ no julgamento HC nº 125318/SP, de relatoria do Min. Og Fernandes, também demonstra seu entendimento sobre essa aplicação da prisão cautelar frente à presunção de inocência:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA. ANÁLISE NESTE *WRIT*. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. LIBERDADE DO PACIENTE QUE FACILITA A ATIVIDADE DELITUOSA. 1. O *habeas corpus* não é o instrumento adequado para a análise da inconstitucionalidade do instituto da prisão temporária, ainda mais quando tal questão sequer foi apreciada perante o Tribunal de origem, não merecendo conhecimento, no ponto. 2.

<sup>189</sup> BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 20 out. 2009.

<sup>190</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 80719 – 2001 – SP. Paciente: Antônio Marcos Pimenta Neves. Impetrante: Antônio Cláudio Mariz de Oliveira e Outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em: 23.03.2001. Publicado em: 29.03.2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%2080719%29%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 20 out. 2009.

**Quando a prisão cautelar se demonstra necessária para a garantia da ordem pública, em face dos fundamentos apresentados na decisão que a decreta, o princípio da presunção de inocência e as supostas condições favoráveis do paciente não impedem a sua manutenção.** 3. A prática do crime mediante associação organizada, que causa transtornos à ordem pública ao se arquitetarem vários crimes contra o patrimônio na região, é motivação suficiente para a preservação da prisão preventiva. 4. Ordem conhecida em parte e denegada nessa extensão. <sup>191</sup> (grifo nosso).

O posicionamento deste Juízo demonstra que a necessidade da aplicação de uma prisão cautelar a fim de se garantir a ordem pública, como neste caso, e quando estão expostos os fundamentos na decisão que a decretou, não é incompatível tal prisão com a presunção de inocência, embora o réu tenha condições favoráveis para ficar em liberdade. Portanto, quando houver necessidade pode acontecer à decretação da prisão sem ir contra o princípio.

Faz-se importante destacar, que grande parte dos réus em nosso país são miseráveis, o que torna praticamente impossível ascender ao STF para discutir sobre tais questões. Como os juízes de Primeiro Grau continuam concedendo as prisões cautelares cotidianamente, fica muito complicada a efetivação da garantia constitucional. Além disso, no Estado de Santa Catarina é um pouco mais grave esta situação, visto que não há uma Defensoria Pública constituída.

Por fim, neste capítulo foram apresentadas as inconstitucionalidades da prisão temporária de maneira que fosse possível sua compreensão sob o olhar doutrinário e jurisprudencial.

---

<sup>191</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 125318 – 2009 – SP. Sexta Turma. Impetrante: João Augusto de Almeida Neto. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Julio Cesar da Costa Napoli. Relator Min. Og Fernandes. Julgado em: 17.09.2009. Publicado em: 05.10.2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=pris%E3o+tempor%E1ria&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 20 out. 2009.

## 5 CONCLUSÃO

Foi observado no presente trabalho, que a prisão temporária há muito tempo é estudada pelos doutrinadores e aplicadores do Direito a fim de que se possa interpretá-la e, por conseguinte, aplicá-la do modo mais devido possível, buscando sempre em primeiro lugar uma justificativa aceitável aos olhos da CF. Entretanto, ela nem sempre é decretada devidamente pelos nossos magistrados.

Tal prisão foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela MP nº 111 de 24/11/89 e após, convertida em lei, buscando atender ao clamor público, pois a sociedade estava em desespero frente a enorme violência que se instaurava ao final da década de 80, principalmente em razão dos crimes hediondos, assim como estava desiludida com a impunidade existente. É fato que a criação da prisão temporária não reduziu os índices de violência, mesmo porque, ela é um elemento estrutural da sociedade, e, uma norma jamais terá o poder de acabar com a violência nas ruas. Além disso, a falência do nosso sistema carcerário não colabora para atenuar este quadro e tampouco a prisão temporária estancou a impunidade em nosso país. Porém, de qualquer sorte, ela existe em nosso processo penal e é utilizada de modo costumeiro em nossas delegacias.

É importante frisar que esta prisão, então confirmada pela Lei 7.960/89, é uma espécie de medida cautelar, tendo como finalidade respaldar as investigações criminais durante o inquérito policial. E, tendo um cunho cautelar, tem particularidades a serem observadas, tal como a imprescindibilidade de sua aplicação de modo que não atinja a dignidade do indivíduo, o que infelizmente nem sempre é resguardada.

As prisões cautelares, também conhecidas como provisórias ou processuais, existem, segundo os doutrinadores, para resguardar o processo penal a fim de que não haja percalços ao longo - tanto do inquérito policial, quanto principalmente, da ação penal. Deste modo é importante destacar que tal prisão é vista como uma prisão sem pena, eis que não é decorrente de sentença condenatória transitada em julgado. Portanto, não deve ser encarada como uma execução antecipada da pena.

Contudo, o STF demonstra posicionamentos divergentes a respeito da natureza jurídica da prisão cautelar. Alguns a vêem como uma execução antecipada

da pena, de modo que a interpretam inconstitucional sob a ótica do princípio da presunção de inocência, já outros a tomam como necessária frente à gravidade de alguns delitos, contanto que preencham os requisitos obrigatórios elencados no art. 312 do CPP.

Dentre estes requisitos, são invocados o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Tais condições são apontadas para que com base nelas a prisão cautelar seja decretada de modo fundamentado. Assim, uma medida cautelar somente poderá ser decretada quando houver indícios suficientes de autoria do delito e da materialidade do crime agregadas ao perigo da liberdade do acusado.

Tais elementos ensejadores de uma prisão cautelar devem estar existentes em todas as espécies de prisões provisórias, as quais são a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão decorrente de pronúncia, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, e a prisão temporária.

A prisão temporária, componente de foco deste estudo, foi analisada com base na sua conceituação, a qual é decretada apenas durante a instauração do inquérito policial, não podendo ser decretada após o término deste, pois durante o processo penal, apenas é indicada a prisão preventiva. Deste modo, foi demonstrado de maneira que fique claro o seu cabimento, com base em requisitos expressos na lei, bem como sua natureza jurídica de caráter provisório e instrumental, e por fim seu prazo de duração.

Em se tratando dos requisitos, pelo que foi analisado, é mais adequada quando preenchidos os incisos I e III da Lei 7.960/89. Visto que o inc. II seria absorvido pela própria imprescindibilidade exposta no inc. I da referida lei.

Para tanto, é importante atentar que a prisão temporária compreende uma natureza acessória, vista que existe, e somente é legitimada durante o inquérito policial, sendo ilegal após o término deste. Por isso que se fala em sua excepcionalidade e instrumentalidade.

Em se tratando da criação da Lei 7.960/89, ficou evidente a preocupação da doutrina quanto a sua legitimidade, visto que foi criada por uma medida provisória por meio do Poder Executivo, quando na verdade, a CF dispõe que apenas a União (representada pelo Poder Legislativo) tem a legitimidade para normatizar sobre conteúdo processual penal. Entretanto, a jurisprudência é levemente desordenada, pois na ADI 162 MC/DF, ao mesmo tempo em que diz que a prisão temporária é constitucional, esclarece também que as edições de medidas provisórias admitem

um controle jurisdicional em casos de abusos no poder de legislar do Presidente da República. Noutros julgados, como no caso da ADI 2213 MC/DF, de relatoria do Min Celso de Mello, pede a atenção para esse abuso de poder do Executivo nos casos em que cria medidas provisórias com base nos requisitos de relevância e urgência. Desta forma, torna claro que essa ingerência do Poder Executivo sobre a legitimidade do Poder Legislativo é uma afronta ao princípio da separação dos poderes e conseqüentemente, a estrutura democrática do Poder e do Estado.

Neste caso, portanto, é visível a preocupação do Poder Judiciário quanto a edição exacerbada de medidas provisórias, não obstante tenha compactuado com a criação da MP n° 111, fechando assim os olhos para uma inconstitucionalidade formal evidente.

Quanto a sua inconstitucionalidade material, existem divergências tanto no posicionamento dos doutrinadores, quanto jurisprudencial. Na doutrina há duas vertentes, sendo que uma discorda da admissão da prisão antes da condenação, pois na presunção de inocência não se admite uma execução antecipada da pena. Deste modo, seria uma afronta ao princípio permitir o encarceramento do indivíduo antes de uma sentença transitada em julgado. Já no tocante da prisão temporária propriamente dita, ela é vista inconstitucional, pois na visão doutrinária ela primeiro prende para somente depois investigar se o suspeito é realmente o autor do delito.

Não obstante deste posicionamento de inconstitucionalidade, existe outra vertente doutrinária que afirma ser constitucional à prisão cautelar, visto que ela não é uma prisão-pena e sua instrumentalidade justifica sua aplicação, sendo que se não tivesse caráter cautelar, nem haveria porque existir. Portanto, neste sentido, ela não seria incompatível com a presunção de inocência e conseqüentemente não seria inconstitucional, pois não é aplicada como uma antecipação da pena.

Por outro lado, nenhum dos julgados trata de maneira esclarecedora sobre a real inconstitucionalidade da prisão temporária, e sim quanto às prisões cautelares. Desta forma, a prisão decorrente de sentença condenatória não transitada em julgado, é vista como inconstitucional de como que é chamada de uma execução antecipada da pena. De qualquer sorte, a decretação de qualquer prisão cautelar, especialmente da prisão temporária, deve ser devidamente fundamentado pelo Juízo sob pena de ilegalidade e ilegitimidade.

Assim, noutro sentido, a jurisprudência também aponta para a constitucionalidade das prisões cautelares, invocando o art. 637 do CPP e também,

alegando que as prisões cautelares não são incompatíveis com a presunção de inocência já que não têm o objetivo de infligir punição, sendo uma prisão de cunho cautelar que serve de instrumento com finalidade de beneficiar o processo penal.

Porém, ante sua excepcionalidade, somente é possível se falar em afronta ao princípio da presunção de inocência em cada caso específico, o qual deverá ser analisado detalhadamente. Entretanto, a inconstitucionalidade material da prisão temporária se torna clara no momento em que não forem observados não só os requisitos elencados na Lei 7.960/89, mas também os previstos no art. 312 do CPP.

Em vista disso, tais divergências doutrinárias e jurisprudenciais fazem da prisão temporária uma marca indelével do nosso sistema penal, e suas inconstitucionalidades ensejam muitos questionamentos e estudos, de modo que a sociedade se sinta menos insegura à medida que não queira mais estar à mercê da violência e da impunidade, assim como, sinta segurança no sentido de ninguém ser preso sob uma mínima suspeita infundada. Contudo, infelizmente, a prisão temporária que primeiramente surgiu para aplacar a criminalidade e impunidade, trouxe novas preocupações para o processo penal brasileiro.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BATISTI, Leonir. Curso de direito processual penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

BONFIM, Edílson Mougenot. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm)>. Acesso em 9 out. 2009.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 9 out. 2009.

BRASIL. Lei 4.898, de 09 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4898.htm)>. Acesso em: 13 out. 2009.

BRASIL. Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm)>. Acesso em: 6 out. 2009.

BRASIL. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos nos termos do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. 49. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. **Presidência da República**, Brasília, DF. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/1988-1989/111.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1988-1989/111.htm)>. Acesso em: 13 out. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 125318 – 2009 – SP. Sexta Turma. Impetrante: João Augusto de Almeida Neto. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Julio Cesar da Costa Napoli. Relator Min. Og Fernandes. Julgado em: 17.09.2009. Publicado em: 05.10.2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=pris%E3o+tempor%E1ria&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 20 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 162 – 1989 – DF. Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator Min. Moreira Alves. Julgado em: 14.12.1989. Publicado em: 19.09.1997. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI\\$.SCLA.%20E%20162.NUME.%29%20OU%20%28ADI.ACMS.%20ADJ2%20162.ACMS.%29&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI$.SCLA.%20E%20162.NUME.%29%20OU%20%28ADI.ACMS.%20ADJ2%20162.ACMS.%29&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 13 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 525 – 1991 – DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Requerido: Presidente da República. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 12.06.1991. Publicado em: 02.04.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADIn%20MC%20162&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 13 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1024- 1995- SC. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator Min. Ilmar Galvão. Julgado em: 19.10.1995. Publicado em: 17.11.1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=a%E7%E3o+direta+de+inconstitucionalidade+pris%E3o+tempor%E1ria&pagina=2&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2313 – 2002 – DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido dos Trabalhadores e Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura. Requerido: Presidente da República. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em: 04.04.2002. Publicado em: 23.04.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=poder%20executivo%20medida%20provis%F3ria%20inconstitucional&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 80719 – 2001 – SP. Paciente: Antônio Marcos Pimenta Neves. Impetrante: Antônio Cláudio Mariz de Oliveira e Outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em: 23.03.2001. Publicado em: 29.03.2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%2080719%29%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 20 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078 – 2004 – MG. Primeira Turma. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em: 05.02.2009. Publicado em: 17.02.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo534.htm>>. Acesso em: 9 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 85417 – 2008 – RS. Segunda Turma. Paciente: Luiz Antônio Grechi Greller. Impetrante: Luiz Maximiliano Leal Telesca Mota e Outro(s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Ellen Gracie. Julgado em: 02.09.2008. Publicado em: 14.11.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=efeito%20suspenso%20recursos&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 90645 – 2007 – PE. Primeira Turma. Paciente: Regiene de Souza Pereira. Impetrante: Wendell Siqueira Ferraz e Outro(s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em: 11.09.2007. Publicado em: 14.11.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=efeito+suspenso+recursos&pagina=2&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 90753 – 2007 – RJ. Segunda Turma. Paciente: Adamastor Lino Gomes Neto. Impetrante: Claudenor de Brito Prazeres e Outro(s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em: 05.06.2007. Publicado em: 23.11.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=efeito+suspenso+recursos&pagina=2&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 6 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91675 – 2007 – PR. Primeira Turma. Paciente: Sílvio Rodrigues de Lima. Impetrante: Genilson Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 04.09.2007. Publicado em: 07.12.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=efeito+suspenso+recursos&pagina=2&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94408 – 2009 – MG. Segunda Turma. Paciente: Gilberto da Cruz Rocha. Impetrante: Geraldo Costa de Faria e Outro(s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Eros Grau. Julgado em: 10.02.2009. Publicado em: 27.03.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=efeito%20suspenso%20recursos&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 out. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELMANTO, Roberto. Os abusos nas decretações e execuções de prisões temporárias. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, n. 277, p. 25, jul. 2008.

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

DEMERCIAN, Pedro. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. **Prisão em flagrante**. São Paulo: Saraiva, 2004.

JESUS, Damásio E. de. **Código de processo penal anotado**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. v.1.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009. v. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maurício Zanoide de. Prisão temporária. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Coord.). **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MORAIS, Paulo José Iasz de. Abusos na decretação da prisão temporária. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, n. 267, p.38 - 39, fev. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_; NUCCI, Náila Cristina Ferreira. **Prática forense penal**. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paula: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PÓVOA, Liberato; VILLAS BOAS, Marco. **Prisão temporária**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1996.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SANTA CATARINA. HC 2009.014210-9 – SC. Terceira Câmara Criminal. Paciente: José Carlos Amarante Pessoa. Impetrante: Clauri Olávio da Silva. Relator Des. Torres Marques. Julgado em: 15.05.2009. Publicado em: 29.06.2009. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qID=AAAGxaAALAAA5lyAAF&qTodas=Habeas+Corpus+n.+2008.002162-0&qFrase=&qUma=&qCor=FF0000>. Acesso em: 21 out. 2009.

SILVA JÚNIOR, Antoniel Souza Ribeiro da. Prisão temporária: uma interpretação conforme a Constituição da República. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 8, n. 311, maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5199>>. Acesso em: 6 out. 2009.

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

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 9. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a. v. 1 e 2.

\_\_\_\_\_. **Manual de processo penal**. 11. ed. rev. e atual. São Paula: Saraiva, 2009b.

ZARINS NETO, Alfredo. Prisão temporária: inconstitucionalidade formal e material. **Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**. São Paulo, jul. 2004. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=2004071416433957](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2004071416433957)>. Acesso em: 10 out. 2009.