



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Constitucionalidade da Prisão Temporária sob a ótica do Princípio da Presunção de Inocência

Taciana Murad Rodrigues da Silva

Rio de Janeiro
2011

TACIANA MURAD RODRIGUES DA SILVA

A Constitucionalidade da Prisão Temporária sob a ótica do princípio da Presunção de Inocência

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Profª Katia Silva

Profª Mônica Areal

Profª Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2011

A CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Taciana Murad Rodrigues da Silva.

Graduada pela Universidade Cândido Mendes - Centro. Advogada.

Resumo: Este trabalho tem como objetivo analisar a constitucionalidade da Prisão Temporária, sob a ótica dos princípios constitucionais, tendo como ponto principal o princípio da presunção de inocência. Para tal, será relevante contextualizar o momento histórico da Medida Provisória que deu origem a lei que instituiu esta modalidade de cerceamento de liberdade.

Palavras-Chaves: Prisão Temporária, Princípio Constitucional, Presunção de Inocência, Devido Processo Legal e Razoabilidade, Processo Penal.

Sumário: - Introdução. 1 Prisão Temporária. 2 – - Princípio da Presunção de inocência; 3 - Prisão Temporária sobre a ótica da presunção de inocência; 4- Análise sobre a ótica dos demais princípios: Conclusão: Referencias .

INTRODUÇÃO

Através deste artigo científico, pretende-se avaliar a aplicação da Prisão Temporária no ordenamento jurídico brasileiro, analisando criticamente este tipo de Prisão Provisória, com o propósito de mostrar que ela não é um meio apropriado e justo para garantir a eficácia do processo penal, por se direcionar ao cerceamento de defesa do acusado e à privação antecipa-

da de sua liberdade.

É perceptível a grande preocupação que a sociedade brasileira tem com o aumento da criminalidade no país e com isso cresceu a preocupação em relação as punições que devem ser impostas aos criminosos. Dessa forma, grande parte da população quer e exige medidas imediatas e repressivas, como penas privativas de liberdade mais severas com a finalidade de afastar o criminoso do convívio social.

Acontece que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, e não deve aprisionar o imputado sem que ele seja considerado culpado pela prática do fato delituoso. O ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade do ato prisional, mas este deve ocorrer em caráter de exceção, já que no país o direito a liberdade é um direito fundamental.

No Brasil, o cerceamento de liberdade é uma exceção e este deve ser evitado, quando for possível uma medida menos severa, até mesmo quando impera uma sentença condenatória com transito em julgado. Diante dessa realidade, é perceptível que a prisão cautelar é ainda mais excepcional, tanto que a Lei 12403/11 alterou as disposições do CPP, a fim de estipular requisitos que dificultam a concessão da Prisão Preventiva e regulando medidas cautelares que podem ser impostas ao invés da decretação da prisão. Ao longo do artigo será explicado o contexto histórico da criação da Prisão Temporária e a existência de divergência doutrinária quanto à constitucionalidade da norma. Para alguns autores, como Rangel¹ e Nicolitt², há violação ao princípio da inocência e que por isso a norma é inconstitucional, já para Polastri³ a norma está em perfeita consonância com a Constituição.

¹ RANGEL Paulo, *Direito Processual Penal*. 10. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p 669

² NICOLITT , Andre. *Manuel de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 434

³ POLASTRI, Marcellus, *Curso de Processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 109

A discussão deste tema contribuirá para o enriquecimento dos debates que estão ocorrendo no ordenamento jurídico, sendo de extrema relevância para toda sociedade, pois é necessário saber se os princípios que são garantidos pela Carta Magna estão sendo violados pelos operadores da justiça brasileira que ainda carrega traços inquisitoriais.

Esse tema ganha relevância, pois há uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, número 4109, proposta pelo PTB postulando a retirada dessa lei do ordenamento jurídico, questionando a sua constitucionalidade..

É o momento de se fazer uma análise sobre se o instituto da Prisão Temporária, inserido no sistema prisional, poderá fazer parte de um Estado Democrático de Direito e, se ele está de acordo com o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

1. PRISÃO TEMPORÁRIA

1.1 HISTÓRICO

A Prisão Temporária que é regulamentada atualmente pela lei 7960/89 foi criada através da Medida Provisória nº 111, a qual foi inspirada na proposta de reforma do Código de Processo Penal que tinha a sua base no anteprojeto elaborado por José Frederico Marques, em 1970.

A Medida Provisória foi criada por seguir uma tendência político-criminal conhecida como "lei e ordem", de endurecimento de tratamento processual criminal e aumento de pena de diversas figuras delituosas. Foram atendidos os apelos de uma parcela da sociedade que estava sendo vítima de vários delitos contra o patrimônio e contra a vida

Atualmente, a Constituição da República no art. 62, com redação da emenda constitucional n. 32 de 11 de setembro de 2001, que cuida da edição de medidas provisórias, veda expressamente que nesta espécie legislativa sejam veiculadas matérias que digam respeito ao direito penal e processual (& 1º, inciso I do art. 62).

A Prisão Temporária, de acordo com lições da doutrina processualística, vem compor o quadro das medidas cautelares de natureza pessoal, ao lado da preventiva, em virtude de decisão judicial e da Prisão em Flagrante, artigo 283 do CPP, com a nova redação da lei 12403/11, que passará a ter eficácia em nosso ordenamento a partir de 4 de julho de 2011.

1.2 DEFINIÇÃO

No texto legal há omissão de uma definição a respeito do instituto, contudo a doutrina tenta suprir essa omissão legislativa a fim de esclarecer o que ela significa. A Prisão Temporária, segundo Rogério Lauria Tucci,⁴ é o encarceramento prévio do indiciado no lapso temporal entre a iniciação da *informatio delicti*, mediante portaria, e o momento em que se verifica a reunião dos elementos necessários para que haja a decretação da Prisão Preventiva. Bruno Teixeira Lino⁵ define Prisão Temporária como uma espécie de prisão cautelar, que é decretada durante o inquérito policial, contra aquele que o Estado suspeita ser o autor de determinado crime.

A Prisão temporária tem natureza acessória, provisória e instrumental. Entende-se que ela tem natureza acessória porque ela serve para auxiliar as investigações das autoridades durante o inquérito policial. Ela é provisória, porque só dura enquanto não alcançada a finalidade principal e enquanto os requisitos que a autorizaram ainda estiverem

⁴ TUCCI *apud* FREITAS; Jayme Walmer. *Prisão temporária*, Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 105

⁵ LINO *apud* FREITAS; Jayme Walmer, *ibidem*, p.105

presentes e é medida instrumental porque serve de meio e modo a alcançar determinada medida principal no processo penal.

A diferença dessa modalidade de prisão para as demais modalidades de prisões cautelares se deve ao fato de se ter como fim a investigação policial a subsidiar a futura ação penal ao invés de visar a probabilidade de desfecho do processo favorável ao Estado.

1.3 NATUREZA JURÍDICA

A Prisão temporária tem natureza cautelar, cuja incidência é mais reduzida se comparada com as demais modalidades de prisões cautelares e sua função é de instrumentalizar o inquérito policial a fim de se obter a justa Causa (provas de autoria e de materialidade) para a propositura de futura ação penal.

Além de fornecer elementos para a propositura da denuncia, ela serve para que haja a transformação do decreto prisional, ou seja, que a Prisão Provisória passe de Prisão Temporária para a Preventiva.

1.4 REQUISITOS

O artigo 1 da lei 7960 estabelece o seguinte :

Art. 1º. Caberá prisão temporária:

- I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado..

A Prisão Temporária é uma espécie de prisão cautelar e exige, para a sua configu-

ração, os requisitos das cautelares, quais sejam, o *fumus boni iuris* (*fumus comissi delicti*) e o *periculum in mora* (*periculum libertatis*).

Surge então certa perplexidade referente aos requisitos para decretação da Prisão Temporária. Quatro são os entendimentos sobre quais sejam estes requisitos: O primeiro entendimento, de Mirabete,⁶ defende que todos os requisitos do artigo 1º são alternativos, ou seja, basta um deles estar presente para ser cabível a prisão.

Polastri⁷ defende de seu lado, que é imprescindível a presença do inciso III do artigo 1º da lei em comento, caracterizador do *fumus*, somando-se à situação do inciso I do mesmo artigo. Este autor reputa o inciso II como absolutamente irrelevante, vez que estaria contido no que prevê o inciso I.

Já para ara Paulo Rangel ⁸, o requisito que trás o artigo 1, I da lei 7960/89 traduz a configuração do requisito cautelar do *periculum libertatis* , tendo em vista que o decreto prisional é necessário para a conclusão do inquérito policial .

Para esse autor, o requisito do *fumus comicci delicti* estaria configurado no inciso III, já que para que haja a decretação da Prisão Temporária seria necessária fundadas razões de que o suspeito é o autor da infração penal .

Para Nicolitt ⁹, o inciso II do artigo primeiro da lei 7960 também configura o requisito cautelar do *periculum in mora* , tendo em vista que provoca grande dificuldade à investigação criminal, o fato do acusado não ter residência fixa e quando há duvidas acerca de sua identidade.

A corrente que vem prevalecendo entende, como Nicolitt e Rangel, que para a

⁶ Aula proferida pela professora Elisa Ramos Pittaro Neves, em 3/11/2008 na Emerj

⁷ POLASTRI, *op cit.*, p. 114.

⁸ RANGEL, *op. cit.*, p. 669.

⁹ NICOLITT, *op cit.*, p. 432.

decretação da Prisão Temporária é necessária a presença dos requisitos I e III do artigo 1 da Lei 7960/89 ou dos artigos II e III do mesmo dispositivo legal.

O único requisito que é obrigatório e tem que estar presente em conjunto com um dos incisos anteriores é o terceiro para essa corrente doutrinária. Caso o terceiro inciso não esteja presente, a decisão que o decretou será ilegal e passível de ser atacada por Habeas Corpus.

A última corrente entende que a Prisão Temporária só pode ser decretada quando presentes os motivos que autorizam a Prisão Preventiva, aqueles presentes no artigo 312 do CPP.¹⁰ Este entendimento foi emanado pelo Professor Rodrigo Machado, em aula ministrada na Universidade Cândido Mendes em 2006.

Neste mesmo sentido, o posicionamento do Procurador de Justiça do Estado de São Paulo Vicente Greco Filho¹¹

As hipóteses, portanto, de prisão temporária devem ser interpretadas como de situações de cabimento e de presunções de necessidade da privação da liberdade, as quais, contudo, jamais serão de presunções absolutas. Cabe, pois, sempre, a visão das hipóteses legais, tendo em vista a necessidade de garantia da ordem pública, a necessidade para a instrução criminal ou a garantia de execução da pena. Dentro das hipóteses legais, essas hipóteses são presumidas, mas a prisão não se decretará nem se manterá se demonstrado que não existem. A nova figura de prisão provisória teve por finalidade reduzir os requisitos da preventiva, facilitando a prisão em determinadas situações mas não pode, dentro de um sistema de garantias constitucionais do direito de liberdade, desvincular-se da necessidade de sua decretação.

Deve ser ressaltado que a alteração dos requisitos que autorizam a prisão preventiva não deve alterar essa corrente doutrinária, uma vez que a Prisão Preventiva ainda exige, para a sua admissibilidade, indício de autoria e prova de materialidade para a sua decretação.

A Prisão Temporária só pode ser decretada se houver o cometimento de um crime e não em contravenções penais. Também não é possível a sua decretação nos crimes culposos, já que o elenco de crimes estabelecidos no inciso III trás apenas a possibilidade do decreto

¹⁰ BRASIL. Decreto lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 07 de maio de 2011

¹¹ GRECO FILHO, Paulo Vicente, *Manual de Processo Penal*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 272.

prisional quando os crimes forem dolosos.

Há de ser destacado nesse ponto uma possível discussão doutrinária a respeito da permanência dos crimes de seqüestro ou bando e quadrilha na modalidade simples, dentre os crimes no rol do inciso III do artigo 1 da lei 79602/89, tendo em vista que os mencionados crimes tem penas inferiores a 4 anos e a nova disposição legal exige, como requisito da Preventiva, que a pena máxima cominada seja superior a 4 anos.

Em uma primeira corrente, capitaneada pelo Professor Marcos Paulo¹², não teria o menor sentido prender temporariamente o indiciado, quando mais tênue for o *fumus commissi delicti* e ser obrigado a por em liberdade quando o indiciado fosse denunciado, momento em que o *fumus bônus iuris* mostra-se exuberante. Para o ilustre Professor, o indiciado iria ter que torcer pela denúncia, que importaria a sua soltura, diante da impossibilidade da Prisão Preventiva.

Há que ser analisado um possível entendimento que poderá vir a surgir no sentido de que os dois tipos penais permanecem inclusos no rol dos crimes que justificam a Temporária. Segundo esse entendimento, a Prisão Temporária ainda seria útil quando a Prisão Preventiva fosse justificada pela reincidência em crime doloso ou pela violência doméstica ou familiar, artigos 313, II e III do CPP. Nesse caso, a Temporária seria decretada em razão da gravidade do crime e, ao final do inquérito, quando presente a justa causa para a denuncia, a preventiva poderia vir a ser justificada pelo mencionado dispositivo legal.

A Prisão Temporária só pode ser decretada por decisão fundamentada e escrita da autoridade judiciária a pedido do Ministério Público ou da autoridade policial por tempo certo e determinado. É imperativo constitucional, artigo 93, IX da CRFB, que as decisões nos processos judiciários ou administrativos sejam fundamentadas, sob pena de nulidade. Diante

¹² Aula Proferida pelo professor Marcos Paulo em 17 de junho de 2011 no Curso Forum

disso o despacho que vier a decretar a Temporária deve manifestar os requisitos cautelares da lei em conteúdo, a análise da possibilidade das medidas cautelares do artigo 319 do CPP e para os que entendem ser requisito, os presentes do artigo 312 (alteração efetuada pela lei 12.403/11) do CPP, não bastando repetir os dispositivos legais.

A autoridade judiciária, ao decretar a prisão, deve analisar o caso concreto e determinar o motivo e os elementos daquele caso em específico que venham a preencher os requisitos para poder decretar a prisão.

Entre esses requisitos, há de ser analisada se não há a possibilidade de decretação das medidas cautelares ao invés do encarceramento do indiciado, pois a imposição dessas medidas, seria possível com a nova redação dada pela Lei 12403/11 ao CPP, quando possibilita a adoção dessas medidas durante o curso do Inquérito Policial, de acordo com os artigos 319 e 320 do CPP.

Para o Professor Marcos Paulo¹³, só se poderia decretar a Temporária se o juiz motivadamente demonstrasse a insuficiência dessas medidas, demonstrando cabalmente que o encarceramento é imprescindível para que o inquérito possa ser concluído.

Uma vez visto os requisitos necessários para a decretação da Prisão Temporária é necessário se verificar o momento em que ela pode ser requerida pelo Ministério Público ou pela autoridade policial. A fase para que ela ocorra é durante o curso do inquérito policial, contudo existe entendimento de que há a possibilidade de decreto prisional sem o mesmo, tendo em vista que se trata de um procedimento administrativo não obrigatório.

Há discussão doutrinária se seria possível a Prisão Temporária, sem inquérito policial, a requerimento da Polícia Militar com base no T.R.O. (Talão de Registro de ocorrência), Este posicionamento doutrinário não repercute o pensamento de Paulo Rangel,

¹³ Aula Proferida pelo professor Marcos Paulo em 17 de junho de 2011 no curso Forum

Paulo Rangel¹⁴ rejeita essa idéia, pois segundo o autor a atividade judiciária somente pode ser exercida pelas policias civis e federais, salvo crime militar. O segundo motivo seria porque a policia militar atua na prevenção dos crimes e não em sua investigação e, por fim, porque uma policia não pode ingressar na esfera de atuação da outra sob pena de se criar repercussões nos direitos e garantias individuais.

A regra geral determina que esse prazo de duração deve ser de cinco dias (art. 2º, §7º da Lei 7960/89), prorrogado por mais cinco dias em caso de extrema necessidade, contado-se o prazo do momento em que a ordem de prisão é executada, conforme prevê o artigo 10 do CPP. O prazo pode ser de 30 dias prorrogável por igual período se for caso de um crime hediondo, conforme estabelece o artigo 02 parágrafo 3 da lei 8072/90.

Segundo Paulo Rangel¹⁵, é possível que o prazo decretado nesta modalidade de prisão seja menor do que o que a lei permite, desde que haja concordância do ente Ministerial e para isso apresenta algumas explicações.

A primeira é pelo brocardo de quem pode mais, também pode o menos. Se a lei permite que a Temporária seja decretada por cinco dias, é porque a autoridade judiciária pode decretar a prisão nesse tempo ou por um tempo menor.

O segundo motivo é pelo fato da prisão servir como meio de se apurar a justa causa para que se possa propor a denúncia. Se o prazo inferior ao permitido em lei suprir esse objetivo, não há porque o negar.

Uma discussão salutar que se faz necessária, com o advento da Lei 12403/11, é sobre a possibilidade de Prisão Domiciliar, pois pelo princípio da especialidade, este instituto não englobaria a Temporária, mas essa solução geraria a perplexidade porque quanto mais grave

¹⁴ RANGEL, *op. cit.*, p. 670.

¹⁵ *Ibidem*, p. 675.

ficasse a situação do indiciado com a denúncia, esse faria jus a esse benefício, causando uma espécie da Prisão Cautelar, que antes não era possível. Diante disso, através do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, deve ser estendido tal benefício às Prisões Temporárias.

O parágrafo 7 do artigo 2 determina que assim que findar o prazo, o indiciado deve ser posto em liberdade, se não tiver sido decretada a Prisão Preventiva. Uma vez decretada no curso do Inquérito policial deve ter a consequência do Ministério Público apresentar a denúncia, pois se não existir indício suficiente de autoria e de materialidade, não poderá ocorrer sua decretação. Ao contrário, o indiciado, deve ser posto em liberdade, pois mantê-lo encarcerado seria arbitrário e ilegal.

2. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A origem do Princípio da Presunção de Inocência remete ao art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 1789 cujas raízes estão no ‘Iluminismo’, que teve à frente, dentre outros, o Marquês de Beccaria, Voltaire, Montesquieu, Rousseau.

Uma das rupturas com o pensamento anterior feita pelo iluminismo foi tirar o acusado da condição de objeto do processo, no qual não se tinha nenhuma garantia ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

Nessa época, começou a surgir o Sistema acusatório, cuja finalidade era tratar o acusado com mais dignidade, colocando o cidadão como um Sujeito de Direitos e não como um objeto.

Apesar de o princípio ter se iniciado na França, é na Itália que se encontra debates sobre a presunção de Inocência com três escolas diferentes, a saber, a Clássica, a Positivista e a Escola Técnico Jurídica. A primeira escola, na lição de Nicolitt,¹⁶ encarava o processo com duplo objetivo, quais sejam, castigar os delinqüentes e evitar a condenação dos inocentes, sendo que se tinha certa preferência para não condenar os inocentes. Para esta escola o princípio da presunção de inocência era uma absoluta condição de legitimidade com o propósito de restringir a atuação do acusador e do juiz para evitar erro no judiciário. Assim, ela foi criticada pela escola Positivista que entendia que não era cabível a presunção de inocência quando o acusado era preso em flagrante ou quando este confessava o cometimento do delito. Por fim, e a Escola Técnica Jurídica via no processo uma forma de se repreender toda a criminalidade.

Segundo o entendimento de Rangel¹⁷ não se deve adotar a terminologia presunção de inocência, pois para ele a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Para o autor uma coisa é a certeza da culpa e outra é a sua presunção.

O princípio supracitado surgiu no Brasil inicialmente em 1948 com a Declaração de Direitos do Homem. A atual Constituição consagra o princípio da presunção da inocência ou de não culpabilidade em seu artigo 5, LVII, segundo este princípio¹⁸, para se reconhecer a culpa de um indivíduo no cometimento de um ilícito penal, é necessário o transcurso de um processo penal que condene o acusado e que não caiba mais recurso contra a decisão. Antes de estabelecer-se como definitiva, ninguém poderá ser considerado culpado, mantendo-se dessa forma a primariedade do réu até que a decisão transite em julgado.

¹⁶NICOLITT, *op.cit.*, p. 56.

¹⁷RANGEL, *op. cit.*, p. 24.

¹⁸MOTTA FILHO, Sylvio Clemente. *Curso de Direito Constitucional*, 2..ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009 p. 144 e 145.

Segundo Motta, não é possível, sob pena de inconstitucionalidade, a adoção de qualquer pré-julgamento a cerca da culpabilidade do acusado, inclusive o lançamento do nome do réu no rol dos culpados antes de se tornar definitiva a condenação. Isto ocorre, pois sem o advento do trânsito em julgado não se tem certeza sobre a sua responsabilidade na imputação criminal que lhe foi feita.

O Princípio também significa que é dever do Ministério Público ou do ofendido, nas ações penais públicas e privadas, respectivamente, fornecer elementos ao judiciário que comprovem a autoria e a materialidade nos processos penais, cabendo somente ao acusado se defender das acusações feitas, não sendo obrigado a comprovar a sua inocência.

Diante desse princípio é grande a discussão em torno das prisões cautelares, tendo em vista que elas ocorrem antes do trânsito em julgado da ação condenatória. Segundo o Superior Tribunal de Justiça a decretação da prisão cautelar não ofende o princípio da presunção da inocência, conforme pode-se averiguar com a transcrição *in verbis*¹⁹

A constituição da república, não paira dúvida tem como regra geral ficar-se em liberdade enquanto se aguarda o desenrolar do processo penal. Todo cidadão é inocente, até que seja irremediavelmente condenado (art. 5, LVII); É que o preso, por sofrer restrição em sua liberdade de locomoção, não deixa de ter o direito de ampla defesa diminuído. Mas, por outro lado, pode estar em jogo valor que também deve ser protegido para a apuração da verdade real. Daí a mesma Constituição (que constitui um sistema lógico político) permitir a prisão em circunstancias excepcionais (art.5, LXI e LXVI), exigindo sempre sua fundamentação, sobretudo por se tratar de exceção (artigo 93, IV). Por tal motivo, mesmo primário e de bons antecedentes pode ser preso sem nenhum arranhão aos princípios constitucionais (6 T; rhc Nº 3.715/ MG

Para o STF, a prisão cautelar é possível, contudo é medida extraordinária, tendo – se em vista a observância do princípio estudado, como se pode averiguar pela transcrição de decisão de um *habeas corpus* julgado pelo Superior Tribunal Federal sobre o assunto, retratando o posicionamento da Corte máxima sobre o tema prisão cautelar no ordenamento jurídico atual,

¹⁹ *ibidem*, p.145.

Habeas Corpus julgado pelo STF ²⁰

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – PRISÃO EM FLAGRANTE – DENEGAÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – FALTA DE ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO DO ATO QUE MANTÉM A PRISÃO EM FLAGRANTE – CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL – UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA – SIGNIFICADO E ALCANCE DO ART. 310, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP - PEDIDO DEFERIDO, COM EXTENSÃO DE SEUS EFEITOS AO CO-RÉU. – A prisão cautelar – qualquer que seja a modalidade que ostente no ordenamento positivo brasileiro (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão motivada por condenação penal recorrível) – somente se legitima, se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do “status libertatis” do indiciado ou do réu. Precedentes. - Aquele que foi preso em flagrante, embora formalmente perfeito o auto respectivo (CPP, arts. 304 a 306) e não obstante tecnicamente caracterizada a situação de flagrância (CPP, art. 302), tem, mesmo assim, direito subjetivo à obtenção da liberdade provisória (CPP, art. 310, parágrafo único), desde que não se registre, quanto a ele, qualquer das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, a significar que a prisão em flagrante somente deverá subsistir se se demonstrar que aquele que a sofreu deve permanecer sob a custódia cautelar do Estado, em razão de se verificarem, quanto a ele, os requisitos objetivos e subjetivos justificadores da prisão preventiva. Doutrina. Jurisprudência. - Constitui situação de injusto constrangimento ao “status libertatis” do indiciado ou do réu a decisão judicial que, sem indicar fatos concretos que demonstrem, objetivamente, a imprescindibilidade da manutenção da prisão em flagrante, denega, ao paciente, a liberdade provisória que lhe assegura o parágrafo único do art. 310 do CPP. - Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal. A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 94157. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Publicado no DOU 25.03.2011

estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.

Havia discussão jurisprudencial e doutrinária, antes da reforma do CPP de 2009 quanto à constitucionalidade do agora revogado artigo 594 do mesmo dispositivo legal. Segundo jurisprudência do Pleno do STF a prisão em decorrência da sentença Penal condenatória recorrível seria possível na atual Constituição Brasileira, tendo sido esta recepcionada pelo constituinte originário, o que se pode averiguar pelo entendimento manifestado no HC abaixo transcrito ²¹

Habeas Corpus. 2. Condenado reincidente. prisão resultante de sentença condenatória. Aplicabilidade do art. 594, do Código de processo penal. 3 os maus antecedentes do réu, ora paciente, foram reconhecidos, na sentença condenatória, e, também, outros aspectos da sua personalidade violenta. 4 Código de Processo Penal art. 594: norma recepcionada pelo regime constitucional de 1988. Ora, se este artigo é válido, o benefício que dele decorre, de poder apelar em liberdade, há de ficar condicionado à satisfação dos requisitos ali postos, isto é, o réu deve ter bons antecedentes e ser primário, 5. Habeas Corpus denegado e cassada a medida liminar.

No entanto, este entendimento não era pacífico dentro Supremo Tribunal Federal, para o Ministro Marco Aurélio ²², o artigo 594 não seria harmônico com a atual Constituição Federal, por se tratar de extravagante pressuposto de recorribilidade, que conflita até mesmo com o objetivo do recurso. A atual hermenêutica da norma se coaduna com o pensamento de Sepulveda Pertence, que entende que o acautelamento do preso deveria ter a sua necessidade fundamentada. Pois ao contrário seria uma antecipação da pena, o que violaria o princípio da presunção de não culpabilidade.

Diante das posições mencionadas, o trabalho elaborado tende a concordar com as posições de Marco Aurélio e de Sepulveda Pertence, de que o artigo 594 não tinha sido recepcionado pela atual Carta Magna, por violar o princípio da presunção de inocência.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Brasília: Saraiva, 2008, p. 635.

²² *Ibidem*, p. 636.

Em relação aos outros tipos de prisão provisória, percebe-se, como regra, que o instituto não viola o princípio da não culpabilidade sempre que for fundamentado e for baseado nos requisitos do artigo 312 do CPP que estabelece que ela será possível quando for uma garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

A Prisão Provisória só se justifica se for extremamente necessário, sobretudo no atual contexto histórico, já que recentemente foram criadas medidas cautelares substitutivas do cerceamento de liberdade provisória, previstas no artigo 319 do CPP, do contrário o réu estaria sofrendo uma pena antecipada e isso violaria o princípio da presunção de inocência, fato que não pode ser aceito em um Estado Democrático de Direito que deve zelar e garantir todos os direitos e garantias individuais.

3. PRISAO TEMPORÁRIA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Prisão Provisória sempre foi prevista no ordenamento pátrio e tem natureza cautelar, devendo ser imposta somente em caráter excepcional, em situações de absoluta necessidade. Por isso mesmo para ser legítima a supressão de liberdade, é imprescindível que se evidenciem razões, com fundamento em base empírica idônea, que justifiquem a imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação de liberdade do indiciado ou do réu.

A Prisão Temporária, como visto, é uma espécie de prisão cautelar. A exposição de motivos²³ dessa prisão estabelece:

Permitir que a autoridade policial, diante da prática de um crime, não possuindo ainda elemento de prova que permitiriam a prisão, e na ausência do flagrante, permaneça com o investigado sob sua disposição, com o fim de proceder a coleta de elementos de autoria e materialidade.

Ao analisar a exposição de motivos e o conteúdo da lei que a instituiu, Valdir Sznick²⁴ disse que a respeito das justificativas apresentadas para a elaboração da lei, o verdadeiro e único objetivo dela foi de dar aos policiais, sob a ótica da Constituição de 1988, maior alcance no que se denominava prisões para averiguações, que por mais que fossem ilegais, as autoridades policiais faziam e o Poder Judiciário ignorava que as mesmas estavam ocorrendo.

Como se pode analisar pela exposição de motivos da Prisão Temporária, ela é utilizada como sucedâneo da Prisão por Averiguações. A diferença, é que na Prisão Temporária há a necessidade de que o requerimento da prisão seja feito ao poder Judiciário, diferentemente do que ocorria na época em que foi criada a prisão por Averiguação, que dispensava tal requerimento para a sua execução.

Paulo Rangel²⁵ entende que esse instituto é inconstitucional, pois em um Estado democrático de Direito, a prisão deveria ser uma exceção e só decretada em casos excepcionais, isto é, quando existirem elementos suficientes para a propositura da denúncia.

Para ele, isto não ocorre na Temporária, pois ela ocorre para que as autoridades policiais possam investigar e nela encontrarem elementos que dêem a Justa Causa para a propositura do elemento deflagrador da Ação penal.

²³ BRASIL, Lei 7960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/presolei7960.htm>>. Acesso em 06 de maio de 2011.

²⁴ SZNICK, apud, SILVA JUNIOR, Walter Nunes. *Curso Direito Processual penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 834.

²⁵RANGEL, *op.cit.*, p.668.

No mesmo sentido, Nicolitt ²⁶ afirma que o Estado de Direito não se coaduna com a idéia de prender para que depois haja a investigação, uma vez que a liberdade é a regra constitucional e tendo isso como princípio deve-se primeiro investigar para que somente depois a prisão possa ocorrer. Asseverando que “Prisão Temporária viola o próprio conteúdo axiológico da Constituição, mormente a presunção de inocência.”

Tourinho afirma, a seu turno, ²⁷ que em face do princípio da presunção de inocência, elevado a dogma constitucional, não faz sentido restringir a liberdade de alguém sem que se demonstre a real necessidade. Asseverando que nesse aspecto é supinamente inconstitucional.

Walter Nunes da Silva Junior ²⁸ ensina:

Têm razão os doutrinadores que apontam incompatibilidade da prisão temporária com os ditames da Constituição, caso se queira utilizar essa medida como instrumento a ser manejado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público no afã de angariar elementos probatórios necessários para o futuro pleito de decretação da prisão preventiva. Estreme de dúvidas que um Estado Democrático Constitucional elaborado sob a batuta dos direitos fundamentais não se coaduna com a intenção legislativa de legalizar a prisão por averiguações, até porque, para todos os efeitos, a regra é o direito a liberdade, somente podendo se coartado, como medida acautelatória esse direito essencial da pessoa humana, caso além da necessidade, haja suporte probatório mínimo referente à existência do crime e indícios ou fundadas razões de sua autoria ou participação na empreitada criminosa..

Segundo esse autor a necessidade da prisão para conferir poder investigatório não é suficiente para que seja flexibilizado o direito à liberdade, pois a lógica é investigar primeiro para que depois seja possível a efetuação da prisão e não o contrário.

O autor Szinick, ²⁹ por fim, entende que a Prisão Temporária teria um aspecto inconstitucional, por possibilitar que um indivíduo venha a ser preso, para que depois no decorrer da investigação criminal venha a ser descoberta a sua inocência.

²⁶ NICOLITT, *op. cit.*, p. 434.

²⁷ TOURINHO, *apud*, POLASTRI, *op. cit.*, p.10.9

²⁸ SILVA JUNIOR, *op. cit.*, p.839.

²⁹ SZINICK, *apud* FREITAS, Jayme, *op. cit.*, p. 99.

No que pese esses entendimentos, Polastri³⁰ entende que a norma está em consonância com o ordenamento jurídico, segundo o autor ao estabelecer que o princípio constitucional da presunção da inocência só se aplica a prisão pena, até porque a Constituição admite a prisão Cautelar por ordem de juiz competente.

O argumento pincelado acima não enfrenta a questão da violação do instituto da Prisão Temporária. É inegável que as Prisões Provisórias podem existir em nosso ordenamento sem arranhar princípios constitucionais protegidos, tendo em vista que são previstos de forma excepcional pela Constituição da República, mesmo com a atual orientação de se primeiro averiguar se as medidas cautelares que a Lei 12403/11 são suficientes para proteger a aplicação da lei penal, a conveniência da instrução e da investigação penal e a ordem pública ou econômica. .

A Prisão Temporária, contudo, não está em consonância com o objetivo vislumbrado pelo Constituinte Originário. O objetivo traçado pelo constituinte foi de possibilitar a correta instrução processual e a aplicação da lei penal quando já se tem ao menos indícios de autoria e não nortear as investigações em sede de inquérito policial para que o investigador prenda os indivíduos, por meras suspeitas de seu envolvimento, a fim de conseguir os indícios necessários para dar início à ação penal

Pode-se concluir pela análise dos autores, que entendem que a norma é inconstitucional, que a prisão não pode ser uma satisfação à sociedade e sim uma necessidade para que se garanta a efetividade do processo penal. Isto não ocorre com a Prisão Temporária, pois ela é decretada para dar uma resposta à sociedade e também para investigar um determinado crime, no qual se tem um suspeito de sua prática criminosa, o que por si só não é admissível. Este tipo de prisão, *a priori*, ocorre em um estado ditatorial, em um Estado

³⁰ POLASTRI, *op.cit.*, p.110.

de exceção e não em um Estado Democrático de Direito.

Deve ser observado, ainda, o que ensina o professor Luiz Flavio Gomes³¹ que diz:

O eixo, a base, o fundamento de todas as prisões cautelares no Brasil residem naqueles requisitos da prisão preventiva. Quando presentes, pode o Juiz fundamentadamente decretar qualquer prisão cautelar; quando ausentes, ainda que se trate de reincidente ou de quem não tenha bons antecedentes, ou de crime hediondo ou de tráfico.

Se for feita uma análise baseada no entendimento do autor, a lei 7960/89 ofenderia o princípio constitucional da "presunção de inocência", preconizado no art. 5º, LVII da Carta Magna, se os requisitos desse instituto não coincidirem com os da Prisão Preventiva, prevista no Código de Processo Penal. Dessa forma, a contra censo, se for adotado o posicionamento de Greco Filho, quando este estabelece que os requisitos da Prisão Temporária devem ser os mesmos da Prisão Preventiva, não há violação do princípio constitucional.

Isto porque, para ser decretada a Prisão Preventiva, é necessária a presença do *fumus commissi delicti* (indícios de autoria e prova de materialidade), e do *periculum libertatis*, que é necessidade do encarceramento do indiciado/réu, para que este não prejudique a investigação, a instrução processual ou a aplicação da lei penal.

O Instituto não é inconstitucional, pois nessa modalidade de cerceamento de liberdade, o órgão acusador já tem elementos para deflagrar a ação penal e a prisão serve para assegurar o objeto processual e não para nortear as investigações policiais, quando se tem ainda meras suspeitas de quem é o autor do fato e até mesmo incerteza quanto a existência de um crime.

Partindo da concepção da corrente capitaneada por Greco Filho, pode-se chegar à

³¹GOMES, apud JORGE, Carlos Augusto. *Inconstitucionalidade das prisões temporárias no bojo do inquérito policial sem a formação de culpa ou do devido processo legal*. Disponível em<. <http://jusvi.com/artigos/33053/2>> Acesso em 07 de maio de 2011.

conclusão de que o Instituto da Temporária é desnecessário, uma vez que todos os requisitos da Prisão Temporária estão dentro dos que são previstos para a Preventiva.(isto se adotado o posicionamento de que não persistem mais no rol do artigo 1, III, os crimes de seqüestro e bando na modalidade simples) .

Contudo, se adotarmos o segundo posicionamento de que os crimes previstos no artigo 1, III, b e l permanecem no rol dos tipos penais que autorizam a Temporária, a alteração efetuada pela lei 12.403/11³² pode ter alterado esse entendimento, pois a nova disposição legal, trás como requisito para a decretação da Prisão Preventiva que o crime cometido seja doloso, com pena máxima superior a quatro anos e esses dois crimes previstos na Prisão Temporária têm pena máxima cominada inferior a esse prazo. Diante disso, a Prisão Preventiva não estaria abrangendo mais todas as hipóteses da Temporária, o que tornaria esse instituto imprescindível, já que seria vontade do legislador possibilitar a prisão cautelar desses crimes.

Deve ser ressaltado, contudo, que o entendimento que se extrai dessa corrente doutrinária é ilegal, pois não se pode conceber um encarceramento que teve seu início baseado na gravidade do crime e que posteriormente se agasalha na hipótese de reincidência ou de crime praticado contra a unidade doméstica ou familiar, baseado tão somente nos requisitos legais, sem nenhuma mudança nas circunstâncias externas ensejadoras do acautelamento, tão somente para manter o indiciado preso, pois há que ser ressaltado que a prisão é exceção e não regra, ainda mais estando disponíveis outras modalidades cautelares eficazes para a proteção do processo e da ordem pública e econômica.

No que pese a possibilidade da aplicação dessas medidas cautelares e que estas são bem menos coercitivas que o acautelamento, não se pode deixar de entender que as mesmas

³² BRASIL. Lei 12.403 de 05 de maio de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm. >. Acesso em: 08 de maio de 2011.

são inconstitucionais (não adotando a última corrente), pois apesar de serem medidas que substituem o encarceramento, continuam sendo medidas restritivas de liberdade, que impedem a livre locomoção do indiciado, sem que ainda se tenha contra ele indícios da autoria do crime a ele imputado, ferindo o princípio da presunção de inocência, como já estudado.

Apesar de inconstitucional, o legislador já deu um grande passo, pois ostentou a possibilidade de uma medida bem menos coercitiva e bem menos violadora de direitos fundamentais que todo indivíduo tem direito.

4. ANÁLISE SOBRE A ÓTICA DE OUTROS PRINCÍPIOS

A discussão sobre a constitucionalidade da Prisão Temporária não fica restrita sobre se há violação ou não ao princípio da presunção de inocência. Há uma Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta no Supremo Tribunal Federal a espera de julgamento, que veicula outros argumentos para que a norma que a institui seja declarada inconstitucional.

A ADI número 4109 argúi que a Prisão Temporária viola os princípios do Devido Processo Legal (*due processo of Law*), pois o instituto é desarrazoado para a finalidade que almeja e, que ao fazer isso, excede os limites da razoabilidade .

Por causa dessa ADI, faz-se necessária a análise dos demais dispositivos por ela impugnados, para se averiguar se eles estão de acordo com a atual Constituição e com os princípios que dela emanam.

4.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL

É o princípio que visa assegurar a todos os indivíduos um processo com todos os procedimentos previstos na lei processual, além das garantias constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa. Ele é o princípio mais importante que se tem no ordenamento, tendo em vista que dele derivam todos os demais, e uma vez não observado este princípio, gera a nulidade do ato processual. Ele reflete em uma dupla proteção ao sujeito, no âmbito material e formal, de forma que o indivíduo receba instrumentos para atuar com paridade de condições com o Estado-persecutor.

Segundo Walter Nunes,³³ o Devido Processo Legal tem certas peculiaridades, quando se trata de um processo criminal que tem por finalidade uma pretensão condenatória por parte do Estado. Para que esse princípio não seja violado, é necessária a observância de todos os direitos fundamentais a que o acusado tem direito.

No entanto, isso não significa que há violação ao devido processo legal quando for necessário conceder uma medida de urgência sem a prévia oitiva de outra parte, se o seu prévio conhecimento tornar a medida ineficaz. Neste caso, os direitos fundamentais que tem o acusado são postergados para um momento futuro.

Conforme pode depreender de sua lição doutrinária, o juiz deve conceder essa medida cautelar sempre que estiverem presentes as justificativas do requerente sobre a necessidade do acautelamento, o qual deve conter os requisitos da prova de materialidade e indícios de autoria.

Ao analisar os requisitos apontados pelo autor, denota-se que o devido processo legal é respeitado quando se analisa a prisão preventiva, tendo em vista que é requisito para

³³ SILVA JUNIOR, *op. cit.*, p. 421 – 422.

essa modalidade de cerceamento de liberdade, a apuração de indícios de autoria e provas de materialidade.

No entanto, quando se analisa a Prisão Temporária, denota-se que esses requisitos não estão presentes, uma vez que o pedido de prisão é justamente para se apurar os indícios de autoria e se o suspeito praticou algum fato típico previsto no ordenamento jurídico.

Diante disso o devido processo legal poderia estar sendo violado, pois não se teria os requisitos para se conceder uma medida de urgência, não sendo possível postergar o contraditório e a ampla defesa.

O devido processo legal também estaria sendo violado na decretação da Temporária, mesmo que se considere a sua decretação como uma medida de urgência, pois o seu curto prazo de duração torna inviável a postergação do contraditório e da ampla defesa, uma vez que quando for dado esse direito, provavelmente o prazo de sua duração já estará encerrado e o indiciado já estará em liberdade ou terá sido decretada a sua Prisão Preventiva.

Neste mesmo sentido, Tourinho Filho³⁴ ao dispor que na Prisão Temporária não há tempo de se averiguar se a prisão é legal ou não dado ao seu pequeno tempo de duração.

Ademais, a medida é tão estúpida, que, se realmente não houver necessidade para sua decretação, nem haverá tempo para jugulá-la mercê de um habeas corpus: primeiro porque em face da exigüidade do tempo e, em segundo lugar, porque em sede de habeas corpus, normalmente, não se faz um exame analítico das provas.

Conclui-se então que esta modalidade de prisão é extremamente avessa à impugnação do acusado, até mesmo por causa de seu curtíssimo prazo expressamente estabelecido.

4.2 DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3. Volume. 23. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 469

É pacífico que o princípio da razoabilidade é composto por três sub princípios, quais sejam: adequação, necessidade, e proporcionalidade. No primeiro investiga-se se a medida é apta e apropriada para atingir o fim perseguido. Na necessidade tenta-se adotar a medida restritiva que seja indispensável para a conservação do que se visa buscar e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa e por fim, a proporcionalidade visa que o resultado obtido com a imposição seja proporcional à carga coativa da mesma.

Quando o Estado se utiliza da prisão, para investigar os fatos típicos cometidos, deve ter em vista o princípio da proporcionalidade e aplicá-lo no caso em que estiver analisando e tendo como premissa que o Estado deve se basear na proporcionalidade. É importante analisar se esse princípio é aplicado quando se decreta a Prisão Temporária .

Deve ser analisado se a prisão é o meio adequado para se apurar os fatos durante o inquérito (adequação) . Se ela é o meio menos gravoso para que as autoridades policiais conduzam uma investigação (necessidade) e por fim se a prisão é uma medida que deve ser aceita para se tentar solucionar um crime, mesmo que se tenha que prender um inocente para que se tente não deixar o crime impune (proporcionalidade).

Uma resposta negativa deve imperar, tendo em vista, que a prisão não é o meio idôneo para que se investigue um crime e nem é o meio menos gravoso para que as autoridades policiais elucidem uma prática criminosa. Existem outros meios coercitivos para impedir que o indicado venha a atrapalhar as investigações e por fim não é proporcional a medida, pois não é aceitável que as autoridades restrinjam a liberdade locomotiva de um indivíduo por meras suspeitas de sua ligação com práticas delituosas, dada a sua incapacidade de investigar com o sujeito solto.

Assim, denota-se que a Prisão Temporária não é um meio de encarceramento aceitável, pois fere os pressupostos de validação por não ser o meio adequado, necessário e proporcional para elucidação de uma conduta criminosa, além do mais fere os princípios emanados da declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pois estaria tratando o acusado como objeto do processo e não como um sujeito de direitos.

Há que se preponderará ainda, sobre a possível necessidade da Prisão Temporária, no caso de ser adotada a corrente doutrinária que disciplina que os crimes de bando e seqüestro persistem no rol dos crimes da Temporária e que esta modalidade de encarceramento não seria em vão, pois a Preventiva poderia ser justificada em outros requisitos do artigo 313 do CPP.

A resposta que deve imperar é que não há necessidade da manutenção do encarceramento, pois a *mens legis* da Prisão Temporária é possibilitar o encarceramento dos indiciados que tenham cometido crimes que são considerados graves no ordenamento jurídico e a nova disposição trazida pela Lei 12403/11 demonstra que o legislador entende que os crimes que tenham pena máxima inferior a 4 anos não são detentores de gravidade a ensejar uma prisão cautelar. O que significa que o acautelamento não poderá subsistir por esse motivo, não tendo mais como se justificar a Temporária. Pensar em contrário, tem-se uma situação esdrúxula, pois o indiciado iria torcer para ser denunciado, pois assim conseguiria a sonhada liberdade

Além disso, a justificativa de que a Temporária ainda seria útil, tendo como base a possibilidade da preventiva poder ser decretada com fulcro em outros incisos do artigo 313 também não se justifica, uma vez que, em primeiro lugar, a mudança do motivo prisional mudaria sem nenhuma alteração externa das circunstâncias que a justificaram. Sendo,

portanto, ilegal; e segundo porque feriria a homogeneidade das prisões cautelares, na qual a prisão é exceção e não regra.

CONCLUSÃO

Desse modo, o Princípio da Presunção de Inocência é violado pelo instituto da Prisão Temporária, pois há um pré-julgamento acerca da culpabilidade do acusado, uma vez que esse tipo de Prisão está em desacordo com o ordenamento jurídico pátrio, por não ser um meio apropriado e justo para garantir a eficácia do processo penal, já que há cerceamento antecipado da liberdade, a fim de se conduzir uma investigação policial, sobre uma certa conduta criminosa que pode nem mesmo ter ocorrido, priorizando-se a sociedade em detrimento de direitos fundamentais que o indivíduo tem em um estado democrático de direito.

O princípio do *in dubio pro societate* é aplicado sem qualquer limite em detrimento do estado de inocência do acusado. Por força da Constituição Federal, se não há certeza da materialidade e ou menos indícios da autoria do crime, que a decisão seja proferida em favor do acusado, não da sociedade.

O tema é de grande importância, tanto que foi proposta uma Ação direta de inconstitucionalidade, postulando que seja decretada a inconstitucionalidade da norma e a conseqüente retirada dela do ordenamento jurídico.

Espera-se que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a lei 7960/89 a interprete sobre a ótica dos princípios constitucionais que emanam da Constituição e decida pela sua

inconstitucionalidade por total afronta ao Princípio da presunção de inocência e por afronta aos tratados internacionais que o Brasil é signatário, já que a Prisão Temporária presume a culpa do acusado e é arbitrária., já que é concedida sem que o indiciado tenha o direito ao contraditório e a ampla defesa, nem mesmo de forma postergada.

Esta modalidade não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, pois ela foi criada através de uma medida provisória durante o período da ditadura militar que tinha como finalidade dar uma resposta à sociedade que estava cansada da violência e irritada com a impunibilidade estatal. Apesar de ainda termos os mesmos problemas, a busca por uma sociedade mais justa, sem criminalidade, por enquanto está longe de ser atingida, principalmente por causa da presença de fatores sociais que diferenciam as pessoas que convivem em um mesmo âmbito social. Porém, é defeso ao Estado extrapolar os limites garantidos pela Constituição Federal, norma maior do nosso ordenamento jurídico, que protege alguns direitos individuais essenciais para se chegar a essa justiça social.

REFERÊNCIA

BRASIL. Decreto Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848.htm>>. Acesso em 07 de maio de 2011.

BRASIL .Decreto Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 07 de maio de 2011.

BRASIL, Lei 7960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/presolei7960.htm>>. Acesso em 06 de maio de 2011.

BRASIL. Lei 12.403 de 05 de maio de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm. >. Acesso em: 08 de maio de 2011.

BRASIL, Tratado Internacional de São José da Costa Rica, ratificado em 25 de setembro de 1992. Disponível em < [http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos / bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm](http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm).>. Acesso em 08 de maio de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 94157. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Publicado no DOU 25.03.2011.

FREITAS, Jayme Walmer. *Prisão temporária*, Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

GRECO FILHO, Paulo Vicente, *Manual de Processo Penal*, 6.ed. Saraiva, 1999.

JORGE, Carlos Augusto. *Inconstitucionalidade das prisões temporárias no bojo do inquérito policial sem a formação de culpa ou do devido processo legal*. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/33053/2>. Acesso em 07 de maio de 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 3 ed. Brasília: Saraiva, 2008.

MOTTA FILHO, Sylvio clemente da. *Curso de Direito Constitucional*, 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NICOLITT, Andre. *Manuel de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevie, 2009.

POLASTRI, MARCELLUS, *Curso de Processo penal*, 4.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris ,2010.

RANGEL, Paulo, *Direito Processual Penal, 10.ed* , Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes. *Curso de Direito Processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 3. Volume. 23. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2001.