COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 9

PROCESSO PENAL

COORDENAÇÃO DO TOMO 9

Marco Antonio Marques da Silva

PUCSP

São Paulo

2020

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR

Pedro Paulo Teixeira Manus

DIRETOR ADJUNTO

Vidal Serrano Nunes Júnior

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
José Manoel de Arruda Alvim
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz
Nelson Nery Júnior
Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE PROCESSO PENAL | ISBN 978-65-990464-4-5

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo VIII (recurso eletrônico)
: processo penal / coord. Marco Antonio Marques da Silva - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020
Recurso eletrônico World Wide Web
Bibliografia.
O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1.Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

PRISÃO TEMPORÁRIA

Jayme Walmer de Freitas

INTRODUÇÃO

A prisão temporária tem sido, no Brasil, um dos instrumentos cautelares mais utilizados pela Polícia Civil e pelo Ministério Público, na tentativa de desvendamento da autoria de crimes hediondos e graves.

Talvez por esse aspecto restritivo do direito à liberdade de locomoção, o diploma tem sofrido as mais variadas censuras, que, justas ou injustas, sempre agregam polêmica no seu entorno. E uma parcela significativa da doutrina, até o momento, não se convenceu da utilidade nem da conformação do instituto ao Texto Constitucional.

Visando a avaliar todas essas hipóteses e levantar outros pontos relevantes omitidos, decidimos reunir em um só corpo as mais varia-das vertentes. Pretendemos abordar todos os aspectos, polêmicos ou não, inerentes à prisão temporária, mediante um estudo sistemático, à luz da doutrina e da jurisprudência, de molde a possibilitar uma visão ampla e segura dos estágios de evolução do instituto até seu integral assentamento no orbe jurídico nacional.

Obviamente, por ter como tema central a constrição da liberdade, enfatizamos a responsabilidade do magistrado na análise do pedido prisional e sua acomodação aos postulados constitucionais e legais, porquanto a privação da liberdade antes de sentença con-denatória é um mal manifesto, de natureza excepcional, só concebível quando presentes requisitos legais e respeitadas as exigências constitucionais, em que preponderam a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência.

Na esteira desse pensamento, foi idealizado este trabalho, que começa pelos princípios constitucionais ligados, direta ou indiretamente, ao tema prisão temporária, valorizando a dignidade humana e a presunção de inocência.

Em seguida, enfocamos a prisão em suas várias modalidades, priorizando as cautelares (o flagrante, a prisão preventiva, por pronúncia e por sentença condenatória recorrível). É feita uma análise individual, sem detalhes profundos, em que defendemos, na pronúncia e na sentença condenatória, a imprescindibilidade da concorrência de

requisito autorizador da prisão preventiva, para adequação ao princípio da presunção da inocência.

Do capítulo seguinte em diante, é desenvolvido o tema principal.

A prisão temporária é vista em seu aspecto histórico, até a edição da Lei 7.960, de 21.12.1989. Editado o diploma definitivo, deparamo-nos com os críticos do então novel instituto e o cotejamos, em nível constitucional, com o princípio da presunção da inocência.

No desenvolvimento do estudo sobre a Lei 7.960/1989, chamamos atenção para seu caráter cautelar autônomo e diferenciado das demais modalidades prisionais. Promovemos, também, o cotejo da prisão temporária com a prisão preventiva e demonstramos que, a nosso ver, aquela tem pressupostos próprios que são autossuficientes para a segregação individual, não precisando de nenhum outro para sua decretação.

Os permissivos legais autorizadores da prisão temporária referentes à imprescindibilidade para a investigação, residência, ou dados pessoais, e fundadas razões de participação ou autoria em determinados crimes, são pesquisados de modo isolado. Desse exame, concluímos que a medida constritiva somente pode existir com a conjugação desses permissivos, de modo cumulado ou alternado, sob pena de constrangimento ilegal e violação da finalidade do diploma.

O procedimento para decretação da medida cautelar remete não só à observância da conjugação dos permissivos, mas também à prévia fundamentação judicial. No decreto de constrição, roga-se ao magistrado o afastamento do mecanicismo que o caleja com o passar dos anos, para avaliar cuidadosamente cada pleito e sopesar o prazo necessário para cumprimento das providências investigativas, em respeito à dignidade da pessoa humana, até porque, em crimes hediondos, o lapso prisional de trinta dias pode ser excessivo, no caso concreto. Não raro, pelos motivos mais diversos, a polícia não cumpre seu mister no prazo avençado e pleiteia a prorrogação, que é concedida sem maiores cautelas. Buscando evitar excessos injustificáveis, em face da pessoa humana, sugere-se a adoção de um controle jurisdicional da atividade policial.

Por fim, são vistos alguns diplomas estrangeiros e suas medidas restritivas semelhantes à prisão temporária, para cotejo e conhecimento do leitor.

SUMÁRIO

Introdução 2

1. Conceito 5

2. Natureza jurídica 6

3. A cautelaridade 6

4. Requisitos fundamentais: a perspectiva da presença de requisitos autorizadores da prisão preventiva 8

5. Decreto prisional 11

5.1. Recursos 12

6. Estudo dos permissivos legais 14

6.1. Investigação 14

6.2. Residência fixa 16

6.3. Fundadas razões 17

7. Do procedimento legal 22

7.1. O requerimento e a representação 22

7.2. Sujeito passivo 23

7.3. Legitimidade 23

7.4. Fundamentação 25

7.5. Prazo máximo de clausura 26

7.5.1. Lei de Crimes Hediondos 26

7.6. Ofensa ao princípio da proporcionalidade 30

7.7. Cômputo do prazo 32

7.8. Detração penal 32

7.9. Diligências 33

8. Execução da ordem de prisão 35

8.1. Nota de culpa 37
8.2. Dos direitos do preso 37
8.3. Separação obrigatória 38
8.4. Relaxamento da prisão 38
8.5. Abuso de autoridade 39
Referências 40

1. CONCEITO

O texto legal omitiu uma conceituação sobre o instituto, mas a doutrina traz, confortavelmente, subsídios a respeito da adequada definição do instituto em estudo.

Rogério Lauria Tucci, tendo em vista a finalidade, diz que a prisão temporária representa o encarceramento prévio do indiciado, no lapso temporal entre a iniciação da *informatio delicti* mediante portaria (inocorrente, portanto, a prisão em flagrante delito) e o momento em que se verifica a possibilidade de imediata reunião dos elementos necessários à decretação da prisão preventiva.[1]

Para Julio Fabbrini Mirabete, é uma 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.[2]

Bruno Teixeira Lino a define como uma espécie de prisão cautelar, decretada pelo juiz durante o inquérito policial, contra aquele que o Estado suspeita ter praticado determinado crime.[3]

Em nosso sentir, prisão temporária é espécie de prisão cautelar, com prazo certo, decretada pelo juiz durante o inquérito policial, contra suspeito de crime especialmente grave, cuja finalidade é cooperar com a persecução extrajudicial.

[1] TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, pp. 339-340.
[2] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*, p. 392.
[3] LINO, Bruno Teixeira. *Prisão temporária*, p. 20.

2. NATUREZA JURÍDICA

A prisão temporária tem natureza cautelar, cujo âmbito de incidência é mais reduzido que o da prisão preventiva, porquanto somente tem cabimento dentro de um inquérito policial.

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.

3. A CAUTELARIDADE

No orbe criminal as medidas cautelares são usualmente divididas em três espécies pela doutrina: (a) Pessoais (prisão temporária, flagrante e preventiva); (b) Probatórias (busca e apreensão e depoimento *ad perpetuam rei memoriam*); e (c) Reais (sequestro, arresto e hipoteca legal de bens).

As medidas constritivas da liberdade, de natureza pessoal, portanto, só podem ser decretadas como *ultima ratio*, porquanto os operadores do direito e o Estado Democrático do Direito exigem que todos os outros meios disponíveis sejam satisfeitos para, somente, a final, se optar pela privação da liberdade. No caso da prisão temporária, a polícia judiciária somente deve lançar mão de seu emprego, quando claramente não consegue elucidar o caso com o que possui até aquele momento. Ademais, a prisão temporária deve ser mostrar imprescindível para tal fim.

No processo, as medidas cautelares se ligam, instrumentalmente, ao processo cujo resultado visam garantir. No inquérito, atinente à prisão temporária, as características também são claras, mas, por sua especificidade, de interesse mostrar os pontos de distinção com as cautelares típicas. Tem natureza acessória, por destinar-se ao resultado do inquérito policial onde é decretada e, reflexamente, à estruturação do processo principal; é dotada de caráter provisório, por sua cogente duração limitada; e a instrumentalidade existe porque é meio e modo de garantir a tutela ao inquérito policial e

ao processo. Não se pode afastar a instrumentalidade hipotética, de Calamandrei, porque a concessão da cautela funda-se em momento processual anterior ao da prisão preventiva, e exclusivamente dentro do inquérito policial. Vale dizer, nas demais modalidades cautelares, o juiz, ao decretar uma medida segregatória, ou ao converter uma prisão em flagrante, tem em mira a probabilidade de desfecho do processo favorável ao Estado, em detrimento do preso, enquanto, na prisão temporária, o juiz tem em mira a investigação policial a subsidiar a futura ação penal.[4]

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

Vale dizer, difere da prisão preventiva nos pontos nevrálgicos, porque nela a tutela-meio visa acautelar a ordem pública, a conveniência da investigação ou instrução criminal, bem como para possibilitar a aplicação da lei penal, ao passo que, na prisão temporária, a cautela se direciona ao sucesso da investigação policial; enquanto aquelas sempre têm como tutela-fim o resultado do processo e a proteção social, sua finalidade é formar acervo probante ao membro do *parquet* ou querelante, de molde a proporcionar o início da ação penal.

Além das características das cautelares, devem estar evidentes os demais pressupostos autorizadores da constrição, quais sejam, o *fumus boni juris*, o *periculum in mora* e a natureza da infração.

A má redação do art. 1º da Lei da Prisão Temporária gerou inúmeras controvérsias entre os doutrinadores, chegando-se atualmente a certa harmonia de pensamento, no tocante à presença desses requisitos no corpo dos incisos.

O *fumus boni juris*, consistente na plausibilidade de dano proveniente da conduta do suspeito ou indiciado, advém de fundadas razões de autoria ou participação em um ou mais dos tipos penais ali referidos, conforme a redação do inciso III do art. 1º da Lei 7.960/1989. A prova razoável de autoria ou participação não é suficiente para a custódia, sendo imprescindível prova, no mínimo provisória, da materialidade. Com esses elementos, é factível o decreto prisional.

[4] MARQUES, José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*, v. 2, p. 32.

De constatar que a natureza da infração integra o pressuposto da fumaça do direito ameaçada de lesão irreparável, de sorte que quando mencionarmos o *fumus boni juris* estaremos fazendo referência à natureza da infração.

O *periculum in mora* ou *periculum libertatis* vem previsto nos incisos I e II do art. 1º.

> "Inciso I — o encarceramento imperativo para o sucesso da investigação policial tem cunho instrumental, como visto, porque destinado a amealhar subsídio probatório para o inquérito ameaçado com eventual fuga do suspeito ou indiciado. O *periculum libertatis* também se destina a capitalizar material idôneo para o resultado do futuro processo de conhecimento, sob o risco de serem perdidas provas essenciais ao deslinde do fato.
>
> Inciso II — de igual instrumentalidade existe a segunda previsão expressa na situação do suspeito ou indiciado que nega ser identificado, pois eventual fuga conduziria ao fracasso total da investigação criminal."

Será estudada, oportunamente, a conjugação desses incisos para o decreto da prisão temporária, ficando consignado o caráter cumulativo a informar a custódia cautelar, em detrimento do critério individual. Cumula-se a um crime previsto em lei, inciso III, uma ou mais das situações previstas nos incisos I e II.

4. REQUISITOS FUNDAMENTAIS: A PERSPECTIVA DA PRESENÇA DE REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA

O fundamento para o decreto da prisão temporária reside, portanto, nos pressupostos cautelares reproduzidos no item antecedente. O *periculum in mora* e o *fumus boni juris* constam dos três incisos do art. 1º do diploma legal e formam a base em que o juiz há de fundamentar o decreto prisional contra o suspeito ou indiciado.

A prisão é um mal que deve ser evitado a todo custo. No caso de prisão cautelar – com destaque para a prisão temporária –, recrudesce a responsabilidade, haja vista a reduzida carga probante à disposição do magistrado, de sorte que somente quando claros os requisitos cautelares expressos no texto legal é que se cogitará da segregação pessoal. A absoluta necessidade deve ser medida caso a caso e concretamente. E o critério da

necessidade da prisão cautelar é medido em decorrência do *periculum libertatis*. Explica-se. Não basta que a custódia cautelar se justifique em face da presença de fundadas razões de autoria ou participação em grave crime – *fumus boni juris*. Imperativo, ainda, que a privação da liberdade seja necessária porque imprescindível para as investigações e/ou porque o suspeito se nega a fornecer os dados pessoais ou não tem residência fixa.

Deve o juiz avaliar criteriosamente se é caso de privação da liberdade, porquanto a gravidade da medida segregatória tem nivelado, no Brasil, o preso provisório ao definitivo, de vez que praticamente inexiste separação entre as diversas modalidades de presos, e a contaminação nociva resultante de tal convívio dantesco, como temos visto, quase sempre é insuperável no campo moral.

Não obstante o concerto prévio entre os dispositivos para justificação do decreto cautelar, como acenado acima, a doutrina diverge a respeito. Três correntes se posicionam sobre o cabimento da medida segregadora:

– Fernando da Costa Tourinho Filho[5] e Julio Fabbrini Mirabete[6] dizem que é cabível a prisão temporária, com base em qualquer das três situações estabelecidas em lei (alternatividade de requisitos);

– Vicente Greco Filho defende a alternatividade, desde que, com uma ou mais hipóteses legais, concorram ainda requisitos autorizadores da prisão preventiva[7];

– Antonio Scarance Fernandes,[8] Fernando Capez[9] e Paulo Lúcio Nogueira[10] defendem a prisão somente quando presente um dos crimes elencados no inciso III e desde que patente uma das situações previstas nos incisos I e II.

Essa é a posição que nos parece mais acertada e coerente com o princípio da inocência. Somente pode haver a prisão de agente suspeito ou indiciado pela prática de crime grave (*fumus boni juris*) quando sua prisão é necessária para as investigações e/ou quando não se identifica ou não fornece endereço, fatores que concorrem diretamente para a formação de justa causa ao oferecimento da denúncia em futura ação penal (*periculum in mora*).

---

[5] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da prisão e da liberdade provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* v. 2, nº 7.
[6] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*, p. 393.
[7] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, pp. 272-273.
[8] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 296.
[9] CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, p.233.
[10] NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*, p.307.

O envolvimento em crime grave (*fumus boni juris*) não é motivo suficiente para fundamentar o decreto de prisão temporária, nem o envolvimento singelo nas situações previstas catalogadas nos incisos I e II será suficiente para a medida constritiva.

Dia desses, em plantão judiciário, pedido de prisão temporária pela prática de crime de aborto foi indeferido por nós, porquanto desatendidos os parâmetros legais.

De outro lado, ante a posição defendida por parte da doutrina, indaga-se: é necessária a concorrência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva ao decreto de prisão?

A resposta deve ser negativa. Há de se ter em mira que a prisão temporária é medida cautelar que visa garantir a realização de atos investigatórios imprescindíveis ao inquérito policial e não se confunde com a finalidade da prisão preventiva, que é medida cautelar destinada ao processo penal.

O então Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, em voto no Superior Tribunal de Justiça, fez consignar que "a prisão preventiva não se confunde com a prisão temporária. A primeira é cautela relativa ao processo penal; a segunda visa ao recolhimento de dados para o inquérito policial".[11]

Quando a lei processual penal trata da garantia da ordem pública como pressuposto da prisão preventiva, verifica-se enorme vagueza conceitual aparentemente propositada que propiciaria até a absorção das hipóteses legais autorizadoras da prisão temporária. De se concluir que esse raciocínio é equivocado, pois a doutrina e a jurisprudência, mormente com fundamento nos princípios constitucionais, freiam excessos e delimitam claramente as situações insertas no conceito de ordem pública. Repise-se que a prisão temporária congrega duas finalidades bem claras e estratificadas, no auxílio à atividade policial (ou ao Ministério Público), com a investigação e cooperação com o membro do *parquet* ou querelante no acionamento judicial do suspeito ou indiciado.

Em consequência, diante da inexistência de região de conflito entre os pressupostos da prisão temporária e os das demais prisões cautelares, não se cogita da presença de requisitos autorizadores da prisão preventiva para fundamentação da prisão temporária.

[11] STJ, RHC 6.348/RJ, 6ª Turma, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJE 1.12.1997.

5. *DECRETO PRISIONAL*

Hipóteses de cabimento e sua repercussão processual.

Segundo o art. 1º da Lei 7.960/1989, tem cabimento a 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 da sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: homicídio doloso (art. 121, *caput*, e § 2º); sequestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, e §§ 1º e 2º); roubo (art. 157, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º); extorsão (art. 158, *caput*, e §§ 1º e 2º); extorsão mediante sequestro (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º); estupro (art. 213, *caput*, c/c art. 223, *caput*, e parágrafo único); atentado violento ao pudor (art. 214, caput, c/c art. 223, caput, e parágrafo único); rapto violento (art. 219 c/c art. 223, *caput*, e parágrafo único); epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado por morte (art. 270, *caput*, c/c art. 285), quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; ainda existe decreto nos casos de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei 2.889, de 1.10.1956), em qualquer de suas formas típicas; tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368/1976, de 21.10.1976) e crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492, de 16.6.1986).

Na medida em que a legislação em comento é da penúltima década do século XX, por conta das inúmeras leis que surgiram posteriormente, impõe-se promover uma necessária adequação, não significando prejuízo algum aos suspeitos ou indiciados em crime especialmente grave previsto no inciso III. No que respeita aos crimes de estupro (art. 213, *caput*, c/c art. 223, *caput*, e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214, *caput*, c/c art. 223, caput, e parágrafo único) e rapto violento (art. 219 c/c art. 223, *caput*, e parágrafo único), de se recordar que a Lei 12.015, de 7.8.2009, promoveu alterações significativas. Diante da revogação dos arts. 214, 219 e 223, deve ser interpretado, unicamente, o crime de estupro que passou a congregar o atentado violento ao pudor em sua estrutura (art. 213, *caput,* e §§ 1º e 2º), e os parágrafos por corresponderem ao revogado art. 223, *caput*, e parágrafo único.

A última novidade fica por conta da nova conceituação do crime previsto no art. 288, do diploma penal, como associação criminosa e não mais como quadrilha.

O decreto temporário terá como um de seus fundamentos qualquer desses crimes na sua forma fundamental, consumados ou tentados, e, ainda, em concurso com outras infrações.

A prisão temporária é a última criação legal de prisão por ordem judicial. Veio agregar-se ao flagrante e à preventiva. Não esqueçamos que a reforma processual de 2008, pelas Leis 11.689 e 11.719, revogou as modalidades de prisão por pronúncia e por sentença condenatória recorrível.

Importa consignar que se revela incompatível a convivência do instituto da liberdade provisória com a prisão temporária, pois, se existe razão para a privação de liberdade, estará ausente requisito autorizador da contracautela. Como somente se justifica a custódia por necessidade extrema, é incombinável o pedido libertário.

Para harmonizar o decreto prisional com os princípios constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito, donde avultam a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência, de mister, a plena correspondência ao texto legal.

5.1. Recursos

A observância estrita aos preceitos legais é obrigatória, sob pena de constrangimento ilegal sanável via *habeas corpus*.

Da decisão que concede a prisão temporária não existe previsão recursal. Ainda que houvesse, seria inócuo demonstrar inconformismo por essa via, diante da demora em seu processamento. Assim, o remédio constitucional é o mais acertado, dada sua rapidez.

De outro lado, também não há previsão legal no desprovimento do requerimento do Ministério Público. A disciplina vem sendo dada pela doutrina ou jurisprudência, podendo o *parquet* fazer uso do recurso em sentido estrito ou da correição parcial.[12]

De interesse avivarmos a questão recursal na hipótese de negativa judicial ao pleito ministerial. É induvidoso que o representante do parquet, ao ver insatisfeita sua pretensão prisional, sofre um prejuízo.

[12] MOSSIN, Heráclito Antônio. Prisão temporária. *Revista Jurídica*, nº 36.

As decisões monocráticas devem ser revistas, pois os homens são falíveis e, de regra, a revisão do decisum compete a um órgão colegiado, com magistrados mais experientes e cultos, havendo ampla possibilidade de geração de melhor distribuição de justiça.

O duplo grau de jurisdição, como princípio constitucional implícito, oferece melhores condições de avaliação ao pleito ministerial.

A primeira solução que se apresenta plausível é a interposição de correição parcial, porque ausente previsão legal. Mas essa não é a solução adequada, pois embora se possa argumentar o erro de procedimento judicial (*error in procedendo*), ele não provoca tumulto processual. Vejamos. O indeferimento pode caracterizar *error in procedendo*? A resposta é positiva, pois com a prisão poderia formar-se quadro probante dificultado pela liberdade do suspeito ou indiciado. Mas a rejeição ao pedido ministerial implica tumulto processual? A resposta é negativa, nenhum tumulto advém da negativa ao pedido prisional; ao contrário, o inquérito policial não sofrerá sobressaltos pela liberdade do suspeito ou indiciado. Por esses motivos, defendemos que não é caso de correição parcial.

A segunda possibilidade, e à qual nos filiamos, é o cabimento de recurso em sentido estrito, por analogia.

No tocante às hipóteses mencionadas no art. 581 do Código de Processo Penal, predomina o entendimento de que a enumeração é taxativa porque o diploma processual nacional adotou o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias, de modo que os casos positivados são exceção a essa regra.

Apesar da taxatividade, predomina o entendimento ampliativo, admitindo-se a interpretação extensiva para inserir novas hipóteses, desde que a situação nova esteja implícita na previsão legal. De convir que o Código de Processo Penal tem mais de meio século de existência e as situações trazidas por novos diplomas, quando omissas, hão de ser ajustadas à realidade existente. Assim, se a hipótese concreta versar situações equivalentes, por interpretação extensiva, observada a imprecisão ou insuficiência legal, basta corrigir a expressão verbal e reconhecer que a regra pode abarcar a situação equivalente. Carlos Maximiliano bem analisa a questão, ao dizer que a interpretação extensiva "completa a norma existente, trata de espécie já regulada pelo Código, enquadrada no sentido de um preceito explícito, embora não se compreenda na letra

deste"; valendo-se da situação desregulada "busca o sentido amplo de um preceito estabelecido", de sorte que "a própria regra se dilata". Em resumo, diz que "a interpretação revela o que a regra legal exprime, o que da mesma decorre diretamente, se a examinam com inteligência e espírito liberal".[13]

Assim, a jurisprudência admite o recurso da decisão que rejeita o aditamento da denúncia ou queixa, bem como o despacho que recebe a denúncia com capitulação diversa daquela indicada pelo Ministério Público ou querelante, por equivaler a uma rejeição da inicial (inciso I); igualmente, admite o recurso do despacho que suspende o processo com fulcro no art. 366 do Código de Processo Penal, por equivaler à hipótese do inciso XVI, além de outras situações.

Nessa linha de raciocínio, na medida em que o inciso V permite a interposição do recurso em sentido estrito da decisão que indefere requerimento de prisão preventiva, entendemos que a similitude autoriza a extensão do alcance da norma para abranger a situação alvitrada, porque, se cabe o recurso na situação mais abrangente, cabe na menor — *in eo quod plus est semper inest et minus.*[14]

6. ESTUDO DOS PERMISSIVOS LEGAIS

6.1. Investigação

"Art. 1º (...)

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial".

O inquérito policial é o início e o fim da prisão temporária. A investigação visa à obtenção dos elementos concernentes à materialidade e autoria, para formação de subsídios à justa causa penal.

É da rotina policial, consoante se vê dos jornais, revistas, televisão e de nossa vida profissional, a dificuldade desmedida no esclarecimento de crimes violentos, derivados de organizações criminosas ou não. O homicídio rotineiro envolvendo a guerra

[13] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 227.
[14] Literalmente: "àquele a quem se permite o mais, não deve negar-se o menos" ou, na tradição do direito, "quem pode o mais, pode o menos." (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 257).

do tráfico é um exemplo que atinge a realidade do cidadão de qualquer cidade de porte médio, porquanto o débito não saldado em certo lapso temporal redunda na perda da vida do usuário. Apesar da quase insolubilidade de casos do gênero, não raro aparece alguém (testemunha, parente da vítima e até comparsa) que fornece ajuda ao desvendamento da autoria do crime. Observe-se que, embora exista a materialidade da morte, a autoria é mera referência (às vezes existe o reconhecimento fotográfico que propicia maior segurança) probatória, servindo a constrição da liberdade como importante instrumento cautelar. O recolhimento do suspeito proporcionará a realização de provas no inquérito policial, como reconhecimento pessoal e interrogatório, o qual, apesar do direito ao silêncio, pode ser frutífero de algum modo na investigação, até nas conversas informais que podem redundar em diligência positiva.

Breve visualização no campo prático permite entrever o nascimento e o fim de uma prisão temporária.

1) Instaurado inquérito policial para apuração de crime hediondo ou especialmente grave — de autoria desconhecida —, os elementos de prova iniciais coletados passam a indicar um suspeito que pode ser o indiciado. A custódia, na ótica da autoridade policial e/ou do órgão ministerial, torna-se imprescindível para a descoberta da autoria e, consequentemente, para a futura ação penal.

2) Mediante representação, com prévio parecer do órgão ministerial, ou por meio de requerimento deste, o magistrado competente avaliará a presença dos requisitos legais e, fundamentadamente, decidirá.

3) Autorizada a custódia, o preso será recolhido em estabelecimento próprio. Posteriormente, será interrogado e submetido ao reconhecimento pessoal.

4) Frutífera a coleta de provas, justifica-se a manutenção da prisão temporária e a continuidade do inquérito policial, com a realização das provas restantes. Já seria o caso de ser convolada a prisão temporária em prisão preventiva, dada a segurança obtida ao complexo probante. Não obstante, tem-se visto que as autoridades policiais preferem encerrar o inquérito policial e, uma vez relatado, representar pela prisão preventiva. Ao oferecer a denúncia, o representante do *parquet*, em sua cota introdutória, concorda ou não com o pleito policial. O juiz, verificados os pressupostos inerentes à inicial acusatória e à representação pela prisão preventiva, decidirá sobre ambos os pleitos, desvinculado da manifestação ministerial sobre a prisão preventiva.

5) Frustrada a prova, o preso deve ser libertado. O prazo de cinco ou trinta dias não é antecipação de pena e, por essa razão, mesmo antes de ultimado, o preso deve ser posto em liberdade, porquanto a finalidade precípua, benefício para a investigação policial, também se frustrou.

Os pedidos formulados pela autoridade policial hão de consignar, em regra, que a materialidade está provada e a autoria desconhecida. E o pedido de prisão pode abranger tanto o suspeito como o indiciado, justificando-se a imprescindível custódia para garantia da investigação.

E por que a prisão pode recair sobre o suspeito, se os incisos II e III se referem unicamente ao indiciado?

Se a autoria da infração é desconhecida, tanto o suspeito como o indiciado podem ser os responsáveis pelo fato. A omissão ao sujeito passivo foi proposital. Não podemos olvidar que a finalidade da lei é cooperar com a investigação policial; logo, se da prova angariada conclui-se que a autoria ou participação no crime recai sobre pessoa fora do rol daquelas que interagiram com o inquérito policial, a prisão é perfeitamente coerente. Assim, por nenhum óbice o suspeito pode ser sujeito passivo do decreto prisional.

Se a lei autoriza a prisão do indiciado, que é o mais, nenhuma ofensa legal admitir-se a prisão do suspeito, que é o menos.

Aliás, se a prisão preventiva, que tem destinação diversa e alcance mais abrangente, admite a custódia do suspeito, outra não poderia ser a interpretação.

6.2. Residência fixa

"Art. 1º (...)

II - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;"

Tem sido da tradição de nosso direito processual o uso das proposições em tela como justificantes de decreto prisional. Mesmo com a reforma no tema prisão trazida pela Lei 12.403/2011, a nova redação do art. 313, parágrafo único, permite a prisão preventiva "quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em

liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida"; por sua vez, o art. 328 admite a revogação da liberdade provisória com fiança, mediante expedição de mandado de prisão, no caso de o réu mudar de residência sem prévia permissão da autoridade processante.

Se, de um lado, admite-se a temporária ao omisso em fornecer dados pessoais ou não possui residência fixa, a preventiva contenta-se com aquela conduta ou pela dúvida sobre a identidade fornecida. O diferencial é que na preventiva, o esclarecimento da identidade implica na imediata soltura do encarcerado.

Eduardo Espínola Filho, ao retratar a situação do cidadão de bem que, ocasionalmente, envolve-se em um fato criminoso, diferencia-o dos demais e justifica o tratamento favorável da lei processual, anotando que "quando o indivíduo tem o seu lar, exerce um emprego, tem um centro de negócios, ou possui bens, está tão fortemente preso ao lugar onde vive, a ponto de se apresentar como muito provável que, respondendo a crime compatível com a soltura provisória mediante fiança, não abandonará família, haveres, ocupações, para lançar-se, por terras estranhas, numa aventura, às mais das vezes, improfícua, sem compensar os grandes riscos".[15]

Não é a simples ausência de residência fixa que induz à presença do requisito legal. É mister que o agente seja ou esteja indiciado e não forneça endereço algum. No dia a dia forense tem sido comum a detenção de pessoas que se declaram moradoras de rua ou se declaram ciganos ou dizem desconhecer seu endereço ou, ainda, fornecem endereço que não consta dos guias locais. Casos tais prejudicam o andamento do inquérito policial e de eventual processo, uma vez que as autoridades policial e judiciária não terão meios para localizar os prováveis delinquentes.

Quando alguém não fornece elementos hábeis ao esclarecimento de sua identidade e se furta a cumprir as exigências burocráticas necessárias à sua identificação civil, avulta a presunção de ser portador de maus antecedentes. Esta interpretação também se estende ao disposto no art. 313, parágrafo único.

6.3. Fundadas razões

[15] ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, v. 3, p. 401.

"Art. 1º (...)

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: (...)."

A previsão está a pedir que o juiz se debruce sobre as provas, obviamente lícitas, oferecidas pela autoridade policial ou órgão ministerial e averigue a presença de fundadas razões de autoria ou participação do suspeito ou indiciado em determinado crime.

A expressão "fundadas razões", da prisão temporária, equivale à expressão "indícios", da prisão preventiva, já que ambas retratam um dos pressupostos da medida cautelar.

E qual o significado de "indício" contido nos arts. 239 e 312 do Código de Processo Penal?

Mittermayer, em sua obra destinada à prova criminal, enuncia que indício representa um fato em relação tão precisa com outro fato que, de um, o julgador chega ao outro, por conclusão natural. Então, existe a necessidade de que haja na causa dois fatos, um verificado e outro não provado, e se prova raciocinando do conhecido para o desconhecido. Atinente ao processo criminal, o indício é o fato, circunstância acessória que se prende ao crime principal e que, por isso, concorre para se chegar à conclusão, ou de um indivíduo ter cometido o crime, ou de ter nele participado, ou de ter sido o crime consumado desta ou daquela maneira. Em resumo, os indícios versam ou sobre o fato, ou sobre o agente, ou sobre o modo do fato. Dá exemplos: (a) acha-se no lugar do crime um fragmento da roupa de "A", donde a conclusão de que "A" passou por ali; (b) um indivíduo tem sangue na roupa e falta um botão na casaca de "A" e este botão é achado no sangue empoçado ao pé do cadáver de "B".[16]

Para José Frederico Marques, a definição legal de indício, do art. 239 do Código de Processo Penal, equivale à de presunção[17] abraçada pelos civilistas, e "por isso revela

[16] MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*, p. 496.

[17] Camargo Aranha escreve que "A palavra indício tem sua origem etimológica no termo latino indicium, que significa o que é apontado, o que é indicado, isto é, aquele que, pelos elementos colhidos, pelas circunstâncias fáticas assinaladas, é o provável autor do fato. É sempre um fato ligado ao crime que aponta e indica o possível autor. O indício é um sinal demonstrativo de crime: signum demonstrativum delicti. É a conjetura provável de uma coisa incerta. Presunção deriva do latim praesumere, que significa tomar antecipadamente, sendo a dedução não evidente que o juiz faz, por si mesmo ou baseado em preceitos legais, alicerçado num fato certo, por causa de uma conexão que este tem com o fato incerto que se pretende provar. Por não ser evidente, essa dedução recebe o nome de conjetura provável. O fato certo que está na base da conjetura costuma ser chamado de indício". No diapasão dos demais doutrinadores, diz que

o erro crasso e palmar de afirmar-se que nenhuma presunção, por mais veemente que seja, dará lugar à condenação. Tal assertiva equivaleria a abolir-se a prova indiciária do processo penal." Explica que o indício é uma prova indireta e crítica, pois o fato a ser provado não coincide com a prova direta ou histórica, isto é, com o fato provado. A prova indiciária deriva da demonstração de um fato que não compõe o *thema probandum*, mas abre caminho para se chegar a este. Enquanto na prova direta ou histórica o juiz tem diante de si a *quaestio facti* porque houve confissão, perícia ou testemunho visual, na prova crítica ou lógica o fato demonstrado ou comprovado indica o caminho a seguir para elucidação daquela *quaestio facti* que é o objeto da pesquisa probatória.[18]

Dos exemplos ministrados por Mittermayer, a confissão e o testemunho presencial resultam em prova direta, facilitando o trabalho policial e judicial. Contudo, sem as provas pessoais, a prova pericial e outras circunstâncias poderiam conduzir à autoria da infração, como provas críticas ou indiretas. Por isso que o art. 239 do Código de Processo Penal estabelece: "considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias."

Saliente-se que é permitida a condenação por indícios, desde que se chegue à prova do fato, porque o indício acaba adquirindo corpo, por meio de construção lógico-crítica, na visão de Vito Gianturco, citado por José Frederico Marques.[19] No entanto, jamais se pode chegar a uma condenação com base em fundadas razões de autoria ou participação em uma infração penal.

Resulta claro que o legislador preferiu hierarquizar a dedução resultante do raciocínio utilizado para alcançar a verdade real numa e noutra fórmula indiciária.

---

indícios, presunções e circunstâncias têm o mesmo significado, a mesma natureza jurídica, representando o mesmo tipo de prova, apenas usados em campos diversos, pois pensa como François Gorphe, que afirma que "os civilistas preferem falar em presunções, enquanto os criminalistas usam a expressão indício e os juristas ingleses e americanos circunstâncias". Conclui que "podem ser entendidos como sinônimos, já que a linha separadora e diferenciadora entre eles é tênue apenas" (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*, pp. 164-165).

[18] MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. 2, p. 344. Conclusão que diz ter retirado do estudo de presunções e indícios no processo civil, por meio das definições de Clóvis Beviláqua e Neves e Castro, comparadas com os dizeres do art. 239 do Código de Processo Penal.

[19] GIANTURCO, Vito. *La prova indiziaria*, p. 175, *apud* MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. 2, p. 345.

Enquanto uma se atém à prisão temporária e é mais tênue, a outra se direciona à prisão preventiva e é mais robusta.

Recorde-se que o inquérito policial ganhou dois momentos próprios com a cautelar temporária: o primeiro, já estudado, referente à tutela da prova a ser colhida durante a fase investigativa e sua estruturação no complexo da justa causa que visa amparar o processo; e, neste inciso, o segundo momento próprio, com a criação das fundadas razões, como novo método dedutivo de descoberta de autoria ou participação em infração penal, cuja qualificação fica abaixo de indício.

No cotidiano das decisões monocráticas ou colegiadas, verifica-se o uso da expressão "indício" na prisão temporária. Se a cientificidade da nova expressão não foi objeto de estudo pela doutrina até o momento, não se pode negar que fundadas razões são indícios menores, não tão claros quanto os que regulam a prisão preventiva, mas suficientes para a prisão temporária.

Estudemos a evolução legal da expressão "fundadas razões" para, a seguir, voltarmos a cotejá-la com os indícios.

Na medida provisória, o legislador utilizou a expressão "fundadas suspeitas", elogiada por Hélio Tornaghi, por ser clara e ter sentido, sendo superior tecnicamente à expressão "fundadas razões" da lei, que não traduziria bem o pensamento do legislador e nada significa.[20]

A despeito da crítica de Hélio Tornaghi, a expressão "fundadas razões" é utilizada no Código de Processo Penal nacional em várias disposições (arts. 240, § 1º; 250, § 2º; e 290, § 2º)[21] e no Código de Processo Penal português,[22] e, com certeza, nosso legislador se abeberou numa delas para promover a substituição da expressão constante da medida provisória.

Com a devida vênia, não há distinção acentuada na substituição de "fundadas suspeitas" por "fundadas razões", pois embora ambas tenham cunho de técnica argumentativa para, do fato indiciário (premissa menor), chegar-se a uma solução acerca

[20] TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*, v. 2, p. 82-83.
[21] A Lei 1.060, de 5.2.1950, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, usa a expressão também: "Art. 5º O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas."
[22] Código de Processo Penal de Portugal: "Art. 187º. 3. É proibida a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o argüido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objeto ou elemento de crime."

da autoria (premissa maior), deter razão sobre autoria ou participação em crime supera em raciocínio dedutivo deter suspeita.

Essa hierarquia existe, do mesmo modo, na Espanha, onde se optou por "motivos racionalmente suficientes", para o particular,[23] e por "motivos racionalmente bastantes", para a autoridade ou agente da polícia judiciária[24] efetivarem *la detención*, que se equipara à nossa prisão temporária, e por motivos bastantes para *la prisión provisional*, nossa prisão preventiva, na LECrim.[25]

Fundamentalmente, todas as expressões indicam a plausibilidade de dano constatada pela autoridade policial ou representante do Ministério Público, e, por derradeiro, pelo magistrado, ante a possível autoria ou participação não em qualquer infração, mas num dos crimes denotativos de alta periculosidade, catalogados no inciso III.

E como definir fundadas razões? São dados objetivos que formam indícios mais tênues e apontam para a conclusão de que o suspeito ou indiciado pode ser autor ou partícipe de crime. Essa conclusão desfavorável deve formar um conjunto de provas sério, importante e denotador de gravidade.[26] Não há convicção de autoria ou participação, mas indícios bastantes para a segregação provisória.

Ao juiz, responsável pelo decreto dessa modalidade prisional, impõe-se rigor na análise dos pressupostos cautelares, dada a escassez natural, em regra, de que é composto o conjunto probante, para se evitar abusos que possam afetar o *status dignitatis* ou *status libertatis* do suspeito ou indiciado. De todo modo, as "fundadas razões" serão aferidas diante de elementos concretos, objetivos, que permitam uma avaliação positiva do juiz a respeito da autoria ou participação do indiciado.

---

[23] LECrim: "*Artículo 491. El particular que detuviere a otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior.*"
[24] LECrim: "*Artículo 492. La autoridad o agente de la policía judicial tendrá obligación de detener: 4º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes: 1ª Que la autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.*"
[25] LECrim: "*Artículo 503. Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes: 3ª Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.*"
[26] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da prisão e da liberdade provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 2, nº 7

Em suma, fundadas razões não são mais nem menos que indícios mais leves do que os da prisão preventiva. Essa é a diferença básica entre os institutos. A preventiva haverá de surgir quando formado quadro probatório mais sólido e amplo.

7. DO PROCEDIMENTO LEGAL

7.1. O requerimento e a representação

O art. 2º da Lei em estudo preconiza que "[a] prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de cinco dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade."

A pretensão de prisão temporária é formalizada por meio de uma das autoridades referidas. A autoridade policial ou o órgão ministerial estadual ou federal devem postular à autoridade judiciária competente. A representação é o meio mais comum, porquanto é a autoridade policial quem mais está no *front* dos crimes, razão por que vai valer-se, imediatamente, da prisão do suspeito ou indiciado para buscar incrementos ao quadro probatório existente. É prevista, igualmente, a possibilidade de requerimento através do representante do Ministério Público, hipótese em que o órgão ministerial atua isolado ou conjuntamente com a autoridade policial, e está envolvido com as investigações.

Tanto a representação quanto o requerimento devem fornecer os fundamentos de fato e de direito, pelos quais se pede o encarceramento, de molde a respaldar a necessidade e conveniência da medida.

É vedado o decreto prisional de ofício, por objetivar atender à persecução penal extrajudicial, embora admitido nas demais modalidades, em especial na preventiva, durante a ação penal, consoante dispõe o art. 311 do Código de Processo Penal *in verbis* "Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial."

O princípio da inércia tem inteira aplicabilidade. *Ne procedat judex ex officio* ou *nemo judex sine actore*. Para decretar a prisão temporária, o magistrado deve ser

provocado. Se a provocação vier por meio de representação da autoridade policial, o juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público (art. 2º, § 1º, da Lei 7.960/1989).

7.2. Sujeito passivo

O pleito prisional formulado pela autoridade policial ou pelo representante do parquet deve indicar pessoa certa — suspeito ou indiciado. Em caso de decretação, o juiz deve estar seguro quanto ao sujeito passivo.

Na acepção de Abraham Bartoloni Ferro, "[a] individualização da personalidade do processado, a individualização judicial do imputado, permite tornar efetivo o princípio penal da individualização legal pessoal aos efeitos da individualização da pena e das medidas de segurança." E prossegue, "o pleno conhecimento do imputado é indispensável para julgá-lo. Desperta o direito penal com a valoração do delinquente, sua personalidade deve ser explorada no processo com os critérios que subministrem a antropologia e a psicologia criminal e com os dados derivados de seus precedentes morais e penais e as circunstâncias do fato."[27]

É mister que o mandado de prisão designe com precisão a pessoa contra quem é expedido, para a boa e justa execução da ordem: mencionará, destarte, seu nome ou alcunha e todos os característicos que o individualizam e identificam.[28]

7.3. Legitimidade

Decorre de preceito constitucional que a prisão há de ser determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. O juiz terá prazo de vinte e quatro horas para despachar a representação ou requerimento.

---

[27] FERRO, Abraham Bartoloni. *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales (acción, jurisdicción, proceso)*, p. 249. No original: "*La individualización de la personalidad del procesado, la individualización judicial del imputado, permite hacer efectivo el principio penal de la individualización legal del mismo a los efectos de la individualización de la pena y las medidas de seguridad. El pleno conocimiento del imputado es indispensable para juzgarlo. Avivado el derecho penal con la valoración del delincuente, su personalidad debe ser explorada en el proceso con los criterios que suministra la antropología y la psicología criminal y con los datos derivados de sus precedentes morales y penales y de las circunstancias del hecho.*"
[28] NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*, p. 154.

Dispõe o art. 5º que todas as comarcas e sessões judiciárias contarão com plantão permanente de vinte e quatro horas para apreciação dos pedidos de prisão temporária. Por versar medida cautelar urgente e imprescindível para as investigações, o Poder Judiciário e o Ministério Público são obrigados a disponibilizar um profissional para atendimento, acompanhamento e definição dos pleitos.

Em existindo plantão judicial, à evidência, o magistrado, com competência criminal ou não, que decretar a medida constritiva, não estará prevento para a futura ação penal.

Aliás,

> "Qualquer juiz da comarca poderá estar de plantão, mesmo que não atue na área criminal, vindo a impor a prisão temporária: assim, não há como aplicar-se à prisão temporária as normas do art. 75, parágrafo único, e 83, do CPP, no ponto que tornam preventa a competência do juiz que, durante a investigação, decretou qualquer medida cautelar para o julgamento da causa e para a imposição de preventiva. Assim, o juiz com competência em matéria civil não poderia, só pelo fato de ter resolvido sobre a prisão temporária quando estivesse em plantão, passar a ter competência em matéria criminal."[29]

De outro lado, caso tramitem inquéritos policiais em comarcas distintas para apuração de fatos conexos, o decreto de prisão temporária prevenirá a jurisdição, obrigando a união dos procedimentos investigatórios e o julgamento *simultaneus processus*.

Prevenir significa chegar antes de, antecipar-se, que em direito representa o conhecimento antecipado de determinado assunto. O art. 83 do Código de Processo Penal estabelece que "verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c)."

[29] FERNANDES, Antonio Scarance. Prisão temporária e "Fermo": estudo comparativo. *Justitia*, v. 54, nº 157.

São as hipóteses de crimes cometidos nas divisas de duas ou mais comarcas, ou quando incerto o limite territorial entre elas; nos crimes continuados ou permanentes; quando o réu deve ser processado no foro do seu domicílio ou residência e não tem domicílio ou residência certos ou é ignorado seu paradeiro; e no concurso de jurisdições da mesma categoria.

O juiz estará prevento ou prevenida a jurisdição quando se antecipar a outro, igualmente competente, na prática de algum ato decisório, mesmo antes do oferecimento da denúncia ou queixa. Exemplos de prevenção são: decretação de prisão preventiva, concessão de fiança, reconhecimento de pessoas ou coisas, pedido de explicações, determinação de busca e apreensão no processo de crime contra a propriedade imaterial, requisição de informações de estabelecimentos bancários, determinação de escuta telefônica ou quebra de sigilo etc. Igualmente, estará prevento o juiz quando se antecipar a outro, em atos decisórios, e decretar prisão temporária fora das situações de plantão.[30]

7.4. Fundamentação

É exigência constitucional o dever de fundamentar. Trata-se de obrigação do magistrado, pois todos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário hão de ser públicos e todas as decisões, fundamentadas, sob pena de nulidade, conforme preceitua o art. 93, IX, da Carta Política.[31]

Deflui dos princípios do contraditório e da ampla defesa a imposição constitucional da publicidade dos julgamentos e da motivação das decisões judiciais. Exige-se a obrigatoriedade de motivação da sentença, não como uma exposição ordenada de fatos, num mero sistema lógico formal, mas argumentativo, com demonstração clara dos fundamentos que determinaram a decisão, quer absolutória, quer condenatória.

Já se decidiu que a motivação dos atos jurisdicionais, enquanto garantia constitucional inderrogável, atua como condição de eficácia e requisito de validade dos pronunciamentos decisórios emanados dos magistrados e tribunais. A inobservância do dever imposto aos órgãos do Poder Judiciário pela Carta Magna gera a desqualificação

[30] Nesse sentido: STJ, RHC 10.630/CE, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 20.08.2001.
[31] NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*, pp. 68-69.

jurídica das decisões por eles proferidas, atingindo-se com a sanção da nulidade, já que o réu tem o absoluto direito de conhecer — até mesmo para efeito de ulterior impugnação judicial — as razões que levaram o Estado a afetar-lhe ou a restringir-lhe o *status libertatis*.[32]

Para o decreto temporário, não bastam meras expressões formais ou repetição do texto legal, impondo-se a apreciação dos fundamentos de fato e de direito do pedido, com motivação balizada nos pressupostos legais, *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Significa que não se decreta a medida excepcional de prisão temporária sem a necessária fundamentação, demonstrada pela imprescindibilidade da cautela.

A fundamentação, requisito imprescindível por preceito constitucional, na visão dos tribunais, é considerada adequada mesmo quando o despacho judicial for sucinto, mas desde que atenda aos pressupostos legais.

Enfatize-se que a fundamentação se caracteriza pela explicitação efetiva, baseada em dados concretos sobre o fato, não bastando meras referências ao texto legal. A repetição do texto legal não oferece o real conhecimento ao suspeito ou indiciado sobre o porquê de o magistrado ter chegado àquela decisão constritiva.

7.5. Prazo máximo de clausura

De acordo com o art. 2º da Lei 7.960/1989, o prazo é de até cinco dias, prorrogável por mais cinco, em caso de extrema necessidade. Essa necessidade deve ser comprovada e justificada pela autoridade policial em seu requerimento.

Tanto quanto no decreto como na prorrogação, é vedado ao magistrado agir de ofício. Lá, a representação e a manifestação ministerial são exigências imprescindíveis. Na prorrogação, além do pedido, também a manifestação ministerial é de rigor, sob pena de constrangimento ilegal por ofensa a texto de lei caracterizador de ausência de justa causa para a medida constritiva.

7.5.1. Lei de Crimes Hediondos

[32] STF, HC 72.106/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJU 16.06.1995.

A Lei 8.072/1990, no art. 2º, § 3º, prevê que, se o sujeito praticar crimes hediondos ou assemelhados (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo), que são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória, bem como de anistia, graça e indulto, o cumprimento da pena será em regime integral fechado, e a prisão provisória terá prazo de trinta dias prorrogáveis por mais trinta, em caso de necessidade comprovada.

A Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, XLIII, que "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."

Atendendo à previsão constitucional, em 25.6.1990, foi sancionada a Lei 8.072/1990, batizada de Lei de Crimes Hediondos.

Seu art. 1º, duas vezes alterado, primeiro pela Lei 8.930/1994 e depois pela Lei 9.695/1998 (que lhe acrescentou o inciso VII-B), considera hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei 2.848, de 7.12.1940 — Código Penal, na forma consumada ou tentada:

> "I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); I-A - lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); V - estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º); VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), e VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput, e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei n. 9.677, de 2-7-1998); VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput*, e §§ 1º e 2º)."

Também é considerado hediondo, consoante o parágrafo único do referido dispositivo, o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 2.889, de 1.10.1956, tentado ou consumado.

São considerados hediondos, por equiparação, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.[33]

O crime de tráfico de drogas atualmente vem previsto nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei de Drogas. O novo diploma, chancelado com o 11.343/2006, subdividiu as condutas que permeiam a mercancia ilícita em diversos tipos penais, punindo com maior ou menor gravidade o agente, dependendo da intensidade de lesão ao bem jurídico tutelado. De 1976, quando a lei anterior veio a lume, até os dias de hoje, inúmeras hipóteses caracterizadoras de tráfico surgiram, suscitando novos tipos penais. Criaram-se exceções pluralísticas à teoria monista, a fim de abarcar o maior número de situações que a doutrina e a jurisprudência pontuavam. A medida foi salutar, porquanto alguns fatos tratados com desprezo – guarda compartilhada – e outros punidos com extremada severidade – olheiro –, ferindo de morte o princípio da proporcionalidade, foram insertos e receberam a punição compatível.

Dentro dessa preocupação, tipificou-se o uso compartilhado ou oferecimento eventual de droga (art. 33, § 3º) como infração de menor potencial ofensivo. Puniu-se qualquer forma de participação relevante ao uso de droga (art. 33, § 2º). O colaborador informante, quando assim surpreendido, passa a sofrer pena inferior à do traficante (art. 37). E, no topo da pirâmide das penas privativas de liberdade, superando o crime de tráfico, inclusive, pune-se o agente que financia ou custeia o tráfico de drogas (art. 36); nada mais justo, porquanto o investidor é quem fomenta, torna factível a estruturação e a manutenção da indústria do comércio de drogas, como organização criminosa.

A nosso ver o legislador agiu corretamente nas novas previsões, salvo no art. 33, § 2º, quando se mostra injustificável a redução de pena para o partícipe, porquanto aquele que induz, instiga ou auxilia outrem ao uso de droga é traficante e não mereceria tamanha complacência legal. Talvez o legislador tenha encontrado como justificativa a situação

[33] Preconiza a Súmula 698 que: "[n]ão se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura". Curial que após a entrada em vigor da Lei 11.464/2007, que alterou o art. 2º e §§ da Lei 8.072/1990, permitindo a progressão de regime prisional aos crimes hediondos e assemelhados, o enunciado perdeu sua eficácia.

rotineira que hoje se vê em que pais são verdadeiros criminosos, induzindo, instigando ou auxiliando seus filhos ao uso de droga, quando não fazem o uso compartilhado.

Ante a nova lei, quais crimes devem ser considerados hediondos, portanto, aptos a autorizar um decreto de prisão temporária? Embora as normas penais tenham natureza restritiva, não se pode negar que os crimes de financiamento e custeio ao tráfico e do colaborador informante são modalidades de tráfico de drogas, de modo a equipará-lo aos crimes hediondos.

A materialidade inerente ao investimento para financiamento ou custeio, em regra, precisa ser provada, por exemplo: transferência de valores entre contas correntes entre o aplicador e o executor material ou intermediário do tráfico, retiradas expressivas de valores sem a comprovação do destino, movimentação de considerável quantia em conta corrente, ou, ainda, manutenção de empresas de fachada para "lavar" o dinheiro obtido com a atividade ilícita etc. A investigação inerente à prisão temporária tem por fim esclarecer a participação de cada integrante da quadrilha ou organização criminosa e puni-lo na medida de sua culpabilidade, ou seja, investidor, traficante, usuário etc.

Mesma interpretação deve-se dar contra quem colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação, destinado à prática de crime de tráfico de droga (art. 37). Como exemplos de informantes há advogados que servem de pombos correio para o crime organizado, levando e trazendo informes para os líderes do crime organizado, bem como o olheiro da "boca de fumo" ou "biqueira" ou o policial que, ciente da investigação a ser feita, alerta o traficante da ação a ser desencadeada.

Em consequência, às modalidades básicas de tráfico, previstas no art. 33, *caput* e § 1º, e art. 34, acrescem-se estas para admitir o decreto de prisão temporária, pois cada tipo especial em tela representa, em essência, uma modalidade de tráfico de drogas.

Se todas as modalidades de tráfico permitem a prisão temporária, vem a questão: é possível a decretação de prisão temporária em crimes de associação para o tráfico ou para seu financiamento ou custeio? O art. 35 e parágrafo único punem os crimes de associação para o tráfico e associação para financiar ou custear o tráfico, com sanções de três a dez anos de reclusão. E é tranquilo na jurisprudência o entendimento de que o crime de associação não é hediondo.

De todo modo, nada impede que a autoridade policial, em ajuste com o Ministério Público, formule o pedido da prisão temporária com fulcro no crime de

associação criminosa, previsto no art. 288, do diploma penal, haja vista a nova redação desta disposição, permitindo a sociedade delinquente por três ou mais pessoas. Obviamente, a associação para o tráfico praticada por somente dois agentes estaria excluída de apreciação judicial, por conta de sua inadequação legal.

7.6. Ofensa ao princípio da proporcionalidade

A elevação de cinco dias (crimes especialmente graves) para trinta dias (crimes hediondos) mostra-se desarrazoada e desproporcional? O legislador mostrou-se coerente com as modalidades delitivas dos dois diplomas legais? Entendemos que não, e podemos observar que a ausência de parâmetro é facilmente medida. É que, do rol de crimes que autorizam a prisão temporária, boa parte é igualmente hedionda ou equiparada, a saber: homicídio qualificado, latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro, estupro, epidemia com resultado morte, genocídio e tráfico de drogas. Se essa lista guarda pouca distância do rol dos hediondos, afigura-se sem critério e desproporcional o legislador partir de um **período máximo** de prisão de dez dias, na Lei 7.960/1989, para, em alguns meses, na Lei 8.072/1990, elevar esse teto para sessenta dias, sem explicar os paradigmas que o orientaram a adotar semelhante medida constrangedora.

A prisão temporária é de natureza provisória e efêmera, donde se mostrar injustificável tamanho lapso temporal para a formação de um conjunto de provas provisório. Ofende o princípio da proporcionalidade que deve nortear o legislador em sua atuação legiferante.

Nas palavras de Rogério Schietti Machado Cruz:

> "Apresenta-se como norma totalmente contrária ao texto constitucional, posto que contrária ao princípio do *substantive due process* (razoabilidade ou proporcionalidade da norma) a previsão inserida no artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei n. 8.072/90, de acordo com a qual os indiciados por crime previsto naquele diploma legal estão sujeitos a serem presos, antes de qualquer acusação formal e sem que se demonstre real necessidade, idoneidade e proporcionalidade da medida, por período de até 60 dias."[34]

[34] CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Doutrina jurídica brasileira*.

O acervo probatório idôneo se forma com o interrogatório, alguns depoimentos e provas periciais. Esse rol de provas, inexistindo entraves burocráticos, pode ser concluído em vinte dias, ou pouco mais; sessenta dias são um exagero. Mas, supondo toda sorte de barreiras, a autoridade policial lastreará o pedido de prorrogação ao juiz competente mediante justificada fundamentação, por imprescindível às investigações.

Alberto Silva Franco reclamava e indagava, antes da edição da Lei de Tortura:

> "O que teria conduzido o legislador a aumentar o prazo da prisão temporária, em relação aos crimes enumerados na Lei n. 8.072/90? Nada que possa ser razoavelmente justificado. Os delitos etiquetados como 'hediondos' já constavam do rol de crimes explicitados na Lei n. 7.960/89. O tráfico ilícito de entorpecentes também ensejava a aplicação da prisão temporária. Na Lei n. 7.960/89, não se fazia alusão apenas aos delitos de tortura e de terrorismo. Mas tais figuras criminosas não foram ainda montadas pelo legislador penal. Tudo está, portanto, a indicar que o alongamento desarrazoado da prisão temporária, com a consequente prorrogação temporal das investigações policiais, teve, por objetivo único e exclusivo, estigmatizar eventuais autores de crimes hediondos, tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de terrorismo."[35]

Valdir Sznick critica a previsão legal, ao afirmar que:

> "Por simples suspeita — muitas vezes mais 'capricho' policial — prender-se alguém, preventivamente (*sic*), por 30 dias, prorrogando-se por mais 30 dias, é afrontar o direito do cidadão de se ver processado (o devido processo legal), mas não preso sem culpa formada. E, no caso, concede-se 30 dias de prisão provisória e, esgotado o prazo, decreta, ainda sem os requisitos legais (materialidade do crime, ou seja, sua existência e indícios de autoria), a prisão preventiva".

E, para essa suposta irreflexão do legislador, sugere ao encarcerado acionar o Estado pela prisão indevida, cobrando indenização pelos dias retidos sem justa causa.36

Na prática, temos visto a representação com pedido de clausura máxima, sobrevindo manifestação concorde do membro do *parquet* e o deferimento judicial sem

[35] FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90*, p. 113.
[36] SZNICK, Valdir. Anotações à Lei dos Crimes Hediondos. *RF*, v. 331.

maiores cautelas. Essa praxe é injusta, porquanto se está admitindo cumprimento de pena sem processo.

Ao magistrado compete avaliar o fato e os elementos probantes colacionados à representação ou requerimento, com o aprofundamento que a dignidade humana solicita. Inferindo da prova coligida ao pedido a necessidade da cautela, incumbe-lhe hipotetizar um prazo razoável à coleta do material indispensável para formação da justa causa. Ninguém melhor que um juiz criminal, diariamente presidindo instruções processuais, para mensurar os dias que faltam para conclusão daquele inquérito policial. Em vez de conceder trinta dias, o magistrado poderá, *v. g.*, conferir vinte, quinze, dez ou menos.

7.7. Cômputo do prazo

A contagem do prazo de prisão temporária deve obedecer aos parâmetros definidos no Código Penal e começa a fluir da data em que se deu o encarceramento do suspeito ou indiciado. Na contagem deve-se atentar para o que preconiza o art. 10 do diploma penal, ou seja, conta-se o dia do início, ainda que recolhido às 23 horas e 59 minutos de determinada data.

O prazo da prisão temporária é computado no cálculo para efeito de pedido de liberdade provisória? Não. Como a prisão temporária visa formar dados probantes sobre a autoria ou participação em um dos crimes capitulados na Lei 7.960/1989, art. 1º, III, seu caráter é meramente subsidiário. De modo que o prazo que se conta para o fim de reclamar-se excesso de prazo da prisão cautelar é contado, no caso concreto, a partir do decreto de prisão preventiva. Em outras palavras, o prazo da prisão temporária não se soma ao da prisão preventiva para efeito de configurar excesso de prazo, pois as prisões são decretadas com finalidades e motivações diversas.

7.8. Detração penal

Interessante lembrar que todo o período de prisão cautelar é computado na pena privativa de liberdade ou medida de segurança a cumprir.

Para Heleno Cláudio Fragoso, detração penal é o abatimento na pena a ser cumprida do tempo de prisão já cumprida pelo condenado. Estabelece o Código Penal

que se computam, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão preventiva ou provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em hospital ou manicômio (art. 42).[37] Curial que dentre as espécies de prisão provisória está a prisão temporária.

7.9. Diligências

O § 3º do art. 2º da Lei 7.960/1989 confere ao juiz, de ofício, ou a pedido do Ministério Público ou de advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

O Código Penal há de tutelar, como preocupação primária de seu campo de incidência, os bens jurídicos de maior significação, que são os valores da pessoa humana.

Para Aníbal Bruno, dentre os valores da personalidade do indivíduo, inclui-se o bem fundamental que é a vida, origem e suporte de todos os demais, uma vez que com a extinção da vida se põe fim à condição de homem e a todas as manifestações do direito que se apoiam nessa condição. A ele se seguem a integridade corporal e a incolumidade da vida e da saúde, os bens que podem ser ofendidos na rixa, a honra, a liberdade pessoal, a inviolabilidade de domicílio, correspondência e segredos.[38]

Desse elenco, a preocupação judicial deve residir na proteção à integridade física do preso. A prática de lesão corporal é punida pelo ordenamento pátrio. E o art. 129 do Código Penal pune a lesão à integridade física e mental.

Desde a Constituição de 1824, manifestações agressivas admitidas pelo ordenamento pátrio foram sendo abolidas. Assim, o art. 179, XIX, suprimiu os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e outras penas cruéis. A Constituição Federal de 1891, em seu art. 72, §§ 20 e 21, aboliu as penas de galés, a de banimento judicial e a de morte.

Nossa Carta Política atual consagra o direito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), bem como a garantia de que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III). Não obstante a evolução acentuada do

[37] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, p. 303.
[38] BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, v. 4, p. 54.

respeito aos direitos humanos nas Cartas Políticas, em diversos diplomas internacionais voltados a essa garantia, e também no atual Texto Constitucional, é rotineiramente anunciada no Brasil a prática de tortura em presos, como forma de obtenção da confissão, sem que os agentes sofram qualquer punição.

Porém, a fim de conferir eficácia a esses princípios, a atual Carta Magna preordena diversas garantias penais apropriadas, como o dever da autoridade policial de comunicar imediatamente ao juiz competente e à família, ou pessoa indicada, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre; de informar ao preso seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, assegurada a assistência da família e de advogado, o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão e interrogatório policial.[39]

Na esteira dessas garantias, o legislador pátrio optou, como referido há pouco, pela edição da Lei 9.455/1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências, o que representou mais um passo na busca da mitigação de abusos policiais.

Resguardados os direitos do preso, passamos a analisar o procedimento legal.

Cumprido o mandado de prisão temporária, conquanto facultativo, é de bom alvitre que o juiz se utilize da inspeção judicial *de visu*, ou seja, exija a apresentação do preso para constatar se foi objeto de tortura ou de qualquer violação à sua integridade corporal ou mental[40]. Caso sinta-se impossibilitado de adotar esse procedimento, convém determinar a realização de perícia, consistente em exame de corpo de delito.

Bruno Teixeira Lino, preocupado com os excessos policiais e com a garantia à integridade física e mental do preso, sugere que o magistrado realize novo exame pericial, ao término do lapso prisional. Contudo, reconhece que a polícia tem meios de driblar essa determinação, porquanto ultimado ou não o prazo determinado, a autoridade simplesmente põe o preso em liberdade. Alude que: "na verdade, após conseguir, muitas vezes, a confissão do indiciado antes de esgotado o prazo da prisão temporária, a Autoridade Policial expede o alvará de soltura, uma vez que a prisão alcançou a sua finalidade. A verificação pelo juiz de eventual violência fica gravemente prejudicada."[41]

Consigne-se que o diploma legal, ao conferir legitimidade ao magistrado para estar face a face com o preso temporário, possibilita conter o excesso de violência que

[39] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 178.
[40] SZNICK, Valdir. Anotações à *Lei dos Crimes Hediondos*, p. 506.
[41] LINO, Bruno Teixeira. *Prisão temporária*, p. 71.

grassa em nossos distritos policiais. No entanto, pouco há a fazer, caso sejam empregadas sevícias que não deixam vestígios, recurso de que os policiais lançam mão para obter confissões dos presos, e que foi largamente utilizado em porões dos quartéis e delegacias brasileiras, conforme reportagem da revista Veja, que traz profunda tristeza a quem sonha com a obtenção da prova com pleno respeito à dignidade dos envolvidos.[42]

De qualquer modo, ao magistrado resta o exame pericial e a inspeção visual para contrabalançar e frear abusos. Aliás, de elogiar o legislador, pois adotou uma postura de respeito à pessoa do preso, em harmonia com os princípios constitucionais apontados.

Importante consignar que, atualmente, em praticamente todo o Brasil, a partir de exigências formuladas pelo Conselho Nacional de Justiça, a audiência de custódia, aos presos em flagrante, virou praxe e os magistrados estão checando, em poucas horas após a prisão do agente as suas condições pessoais.

Usando este mesmo paradigma, mostra-se coerente que os juízes que decretam a prisão temporária adotem idêntica postura, exatamente para resguardar a dignidade da pessoa humana, evitando os abusos e excessos policiais que gostaríamos de eliminar de nossos pensamentos.

8. EXECUÇÃO DA ORDEM DE PRISÃO

A redação do § 4º do art. 2º da Lei 7.960/1989 prevê que, "decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa."

O comando constitucional, relativo à prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, aqui é materializado com a expedição do mandado (art. 5º, LXI).

O art. 286 do Código de Processo Penal, inserido no Capítulo I — Disposições Gerais, do Título IX — Da Prisão e da Liberdade Provisória, já estabelecia que "o mandado será passado em duplicata, e o executor entregará ao preso, logo depois da prisão, um dos exemplares com declaração do dia, hora e lugar da diligência (...)" Na prisão temporária, a entrega de uma das vias servirá como nota de culpa.

[42] PETRY, André e OLTRAMARI, Alexandre. Porão iluminado. *Veja*, número 1576. São Paulo: 1998.

O mandado expedido deve estar devidamente preenchido. As formalidades do mandado de prisão vêm estatuídas no art. 285, parágrafo único, do Código de Processo Penal, e a omissão de ponto fundamental — como ausência de assinatura da autoridade judiciária — acarreta a inexistência da ordem de prisão[43] ou sua nulidade. Haverá mera irregularidade na lavratura por escrivão ou outro serventuário, mas, obrigatoriamente, assinado pela autoridade judiciária.

No tocante à prisão temporária, o mandado deverá obedecer às seguintes formalidades: (a) conter os dados da pessoa a ser presa (nome, alcunha, sinais característicos etc.); (b) indicar o prazo da prisão; (c) mencionar a infração penal que motivar a prisão; e (d) ser dirigido a quem tiver qualidade para a execução do ato, isto é, à autoridade policial.

É imprescindível a menção à infração penal, para confirmar o enquadramento em um dos crimes do inciso III do art. 1º da Lei 7.960/1989, pressuposto fundante e obrigatório da prisão temporária.

De regra, os pedidos são formulados pela autoridade policial e a ela são dirigidos, para pronta execução da ordem. Contudo, o pedido pode ter partido do representante do Ministério Público, hipótese em que nada obsta seja o mandado também dirigido à polícia militar ou a oficial de justiça, para execução da ordem.

É certo que a prisão temporária veio regularizar e coibir os excessos policiais. Mesmo assim, não raro, algumas autoridades, ao desvendar a autoria de uma infração grave, mantêm o ranço de outrora. O objetivo da legislação foi implementar a prisão imprescindível para a investigação, partindo-se de um fato para uma pessoa determinada, e não coonestar a prisão para averiguar, em que se parte de pessoas para levantar fatos, de modo aleatório, sem critério. A segregação da liberdade só é permitida após a expedição de ordem escrita, soando arbitrária a detenção para posterior requerimento policial, o que, além de contrariar o texto sub examine e constituir crime de abuso de autoridade (art. 4º, "a", da Lei 4.898/1965), é ontologicamente contrário ao espírito trilhado pelo diploma em estudo. Também haverá crime da mesma espécie se o sujeito for preso com mandado viciado, sujeitando a autoridade que o expediu, bem como o

[43] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da prisão e da liberdade provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 2, nº 7.

executor da ordem, às penas do art. 4º, "a", da Lei 4.898/1965. Importante salientar que, se o mandado estiver irregular e o preso resistir à prisão, não cometerá crime algum, já que atua no exercício regular de direito próprio.

O texto legal ressalta que uma das vias do mandado de prisão temporária terá a força de nota de culpa.

8.1. Nota de culpa

Tradicionalmente, tem aplicabilidade à prisão em flagrante e é documento destinado a prover o acusado das informações necessárias à sua custódia, no qual constará o motivo, o nome do condutor, das testemunhas e a assinatura da autoridade policial. Deve ser entregue no prazo de vinte e quatro horas, contadas da prisão, e não da lavratura do auto de prisão em flagrante delito. A autoridade policial deve colher do preso o recibo da nota de culpa. Se ele se recusar a assinar, ou não souber, sua assinatura será suprida pela de duas pessoas que testemunharão a entrega do documento.

E na prisão temporária? Aqui, o preso passará recibo na segunda via do mandado, ficando com a original. Em se negando, duas pessoas testemunharão a entrega do documento. De toda forma, nessa ocasião será informado de seus direitos constitucionais.

8.2. Dos direitos do preso

O art. 2º, § 6º, da Lei 7.960/1989 preconiza que, efetuada a prisão, o preso será cientificado de seus direitos constitucionais.

Por se tratar de medida de natureza extraordinária, privativa da liberdade, os preceitos constitucionais correspondentes hão de ser observados, na íntegra, pela autoridade policial. Avulta de significado o contido no inciso LXIII do art. 5º, de vez que o preso deve ser orientado quanto ao direito ao silêncio quando de seu interrogatório, bem como direito à assistência familiar e a advogado de sua escolha. Consequentemente, é direito do preso optar pela presença de seu defensor no interrogatório, policial ou judicial, mesmo vedada a formulação de perguntas ou influência nas respostas (art. 187 do CPP).

A presença do defensor é fator preponderante na garantia da integridade pessoal e na lisura dos atos policiais.

Ademais, a linha defensiva, em especial no que tange à autodefesa, pode ser desenvolvida após prévia entrevista com seu patrono, pessoa habilitada profissionalmente. Conquanto não prevista legalmente, a prévia entrevista entre advogado e preso se justifica, com o fito de garantir o respeito à dignidade da pessoa humana e ao *due process of law*, e para que se faça interação entre a autodefesa e a defesa técnica.[44]

Não se pode olvidar, ainda, no campo dos direitos subjetivos, a garantia à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (art. 5º, LXIV, da CF). No campo procedimental, competirá à autoridade policial comunicar, imediatamente, a prisão do suspeito ou indiciado, e o local onde se encontra, ao juiz competente e à sua família ou pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII, da CF).

8.3. Separação obrigatória

O art. 3º da Lei estatui que os presos temporários deverão permanecer obrigatoriamente separados dos demais detentos.

Essa separação tem duas vertentes principais: evitar a convivência deletéria com presos de outra categoria e facilitar a obtenção de provas.

8.4. Relaxamento da prisão

No término do prazo de custódia, o preso deve ser colocado imediatamente em liberdade, salvo se, por outro motivo, for preciso mantê-lo encarcerado, como em decorrência de prisão preventiva.

No decurso do prazo de prisão, podem surgir provas que prejudiquem o custodiado e conduzam à convolação da prisão temporária em prisão preventiva.

[44] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, pp. 74-75.

Para tanto, o representante do Ministério Público ou a autoridade policial formularão o pedido respectivo (relembre-se que ao juiz é vedada a prisão ou sua prorrogação *ex officio*). Se decretada a preventiva, o preso temporário terá contra si expedido novo mandado de prisão. A redação do § 7º do art. 2º não deixa dúvida quanto a essa providência, ao expressar que, "decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva." A mesma regra se aplica em crime hediondo ou equiparado, quando o prazo prisional pode chegar a trinta dias.

Indaga-se: concluída a prova no inquérito policial antes do prazo constante do mandado, e sendo favorável ao custodiado, deve ele ser posto, incontinenti, em liberdade? A resposta é positiva e complementa o esposado acima. Afigure-se uma prisão por trinta dias por crime hediondo em que, após quinze, todas as provas colhidas sejam favoráveis ao preso; o relaxamento deve ser imediato, independente de ordem judicial. Não se pode aguardar que sobrevenha alvará de soltura da autoridade judiciária, que pode levar dias; basta que a autoridade policial liberte o preso e consigne a providência no corpo do inquérito, visto que afastado o pressuposto da necessidade para investigação.

Portanto, somente se admite a continuidade da custódia cautelar: (a) em virtude de prorrogação da prisão temporária; (b) no caso de decretação da prisão preventiva; e (c) se por al (outro motivo legal) deva permanecer preso.

8.5. Abuso de autoridade

Constitui crime de abuso de autoridade o fato de ser prolongada a execução da prisão temporária. Diz o art. 4º da Lei 7.960/1989: "O art. 4º da Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, fica acrescido da alínea 'i', com a seguinte redação: i) prolongar a execução da prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade."

Findo o prazo de custódia, o relaxamento de prisão há de ser imediato, como visto, salvo se por outra razão deva estar preso.

Para parte da doutrina[45] e jurisprudência,[46] o tipo penal acrescentado à Lei de Abuso de Autoridade revogou o art. 350, II, do Código Penal, que tinha basicamente idêntica redação. Julio Fabbrini Mirabete, na obra citada, enfatiza e acrescenta mais, com arrimo em doutrina e jurisprudência prevalente, "que os crimes de exercício arbitrário ou abuso de poder previstos no artigo 350 foram absorvidos e, portanto, revogados, pela Lei 4.898, de 1965, sob a denominação de abuso de autoridade."

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: São Paulo: Forense, 1966. Volume 4.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Doutrina jurídica brasileira.* Sérgio Augustin (org.). Caxias do Sul: Plenum, 2001.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1955. Volume 3.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Prisão temporária e "Fermo": estudo comparativo. *Justitia*, vol. 54, nº 157. São Paulo: 1992.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

[45] Nesse sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 3, p. 422; MORAES, Alexandre de e SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*, p. 49. Em sentido contrário: JESUS, Damásio E. de. *Código Penal anotado*, p. 932.
[46] Nesse sentido: RT, 394/267, 405/417, 489/354, 504/379, 520/466 e 558/322.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

LINO, Bruno Teixeira. *Prisão temporária*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARQUES, José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal.* Campinas: Bookseller, 1997. Volumes 2 e 4.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. São Paulo: Freitas Bastos, 1965.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 3. ed. Trad. por Alberto Antonio Soares e Pontes de Miranda. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1917.

MOSSIN, Heráclito Antônio. Prisão temporária. *Revista Jurídica*, nº 238. Porto Alegre: 1997.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

PETRY, André; OLTRAMARI, Alexandre. Porão iluminado. *Veja*, nº 1576. São Paulo.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. Volume 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da Prisão e da Liberdade Provisória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 2, número 7. São Paulo: 1994.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1993.

SZNICK, Valdir. Anotações à Lei dos Crimes Hediondos. *RF*, vol. 331. Rio de Janeiro: 1995.