



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

FELIPE DE AZEVEDO LIMA SILVA

PRISÃO TEMPORÁRIA:

Uma análise à luz dos requisitos fixados pelo STF nas ADI's 3360 e 4109

RECIFE

2022

FELIPE DE AZEVEDO LIMA SILVA

PRISÃO TEMPORÁRIA:

Uma análise à luz dos requisitos fixados pelo STF nas ADI's 3360 e 4109

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal

Orientadora: Prof. Maria de Fátima de Araújo Ferreira

RECIFE

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Silva, Felipe de Azevedo Lima.

Prisão temporária: uma análise à luz dos requisitos fixados pelo STF nas ADI's 3360 e 4109 / Felipe de Azevedo Lima Silva. - Recife, 2022.

60 f.

Orientador(a): Maria de Fátima de Araújo Ferreira

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2022.

1. Processo Penal. 2. Prisões Cautelares. 3. Prisão Temporária. 4. Lei 7.960/1989. 5. ADI's 3360 e 4109. I. Ferreira, Maria de Fátima de Araújo. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

FELIPE DE AZEVEDO LIMA SILVA

PRISÃO TEMPORÁRIA:

Uma análise à luz dos requisitos fixados pelo STF nas ADI's 3360 e 4109

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: 26 /10/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Maria de Fátima de Araújo Ferreira (Orientadora)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^o. Vitor Gomes Dantas Gurgel (Examinador Externo)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^o. Pedro de Oliveira Alves (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

À minha filha, Manuela

“A liberdade, Sancho, é um dos dons mais preciosos, que aos homens deram os céus: não se lhe podem igualar os tesouros que há na terra, nem os que o mar encobre; pela liberdade, da mesma forma que pela honra, se deve arriscar a vida, e, pelo contrário, o cativo é o maior mal que pode acudir aos homens.” (CERVANTES, 2005)

Miguel de Cervantes

RESUMO

O objetivo principal do presente trabalho é promover uma análise sistemática da Prisão Temporária, à luz dos requisitos cumulativos recentemente fixados pelo STF na decisão das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3360 e 4109. No estudo foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica, com destaque para o estudo da doutrina especializada e da jurisprudência nacional, de modo a demonstrar que este é um tema com importância na atualidade e que possui uma relevância jurídica, sobretudo, para o estudo daqueles que lidam com as ciências criminais. Nesse percurso, foram ponderados, principalmente, os aspectos atinentes à garantia da liberdade das pessoa investigadas e ao resguardo da eficiente investigação criminal. Fita-se ainda estabelecer, de maneira clara, qual a função desempenhada pelo instituto da prisão temporária no contexto do sistema de persecução penal pátrio. Para realização de tal desiderato, inicialmente traçam-se considerações acerca da natureza, histórico e finalidade do instituto. Ademais, as disposições legais, insculpidas na Lei n° 7.960/89, são confrontadas com a Constituição Federal e com os princípios basilares do Direito Processual Penal, a fim de aferirmos em que medida o modelo legal vigente se coaduna com o sistema acusatório e com as garantias processuais.

Palavras-chave: processo penal; prisões cautelares; prisão temporária; lei n° 7.960/89; requisitos; ADI's 3360 e 4109

ABSTRACT

The main objective of the present project is promote a systematic analysis of the Temporary Prison, in perspective of the recently cumulative requirements established by the STF in the decision of Direct Actions of Unconstitutionality 3360 and 4109. In the study, was used a researche method, with prominence in the study of specialized doctrine and national jurisprudence, in order to demonstrate that this is a topic with importance presently and that it has legal relevance, above all, for the study of those who deal with criminal sciences. In this context, aspects related to guaranteeing the freedom of those investigated and to the safeguarding an efficient criminal investigation were considered. It is also intended to clearly establish the function of the institute of which the prison is not yet set in the context of the criminal prosecution system. In order to achieve this aim, initially considerations are drawn about the nature, history and purpose of the institute. In addition, the legal provisions, which are in Law No. 7,960/89, are confronted with the Federal Constitution and with the basic principles of Criminal Procedural Law, in order to assess the extent to which the current legal model is in line with the accusatory system and with procedural guarantees.

Keywords: criminal proceedings; precautionary prisons; temporary arrest; law no 7.960/89; requirements; ADI's 3360 and 4109

SUMÁRIO

1	Introdução.....	9
2	A Prisão Temporária – Considerações preliminares.....	11
2.1	Origem da Lei da Prisão Temporária.....	11
2.2	Definição e Natureza Jurídica.....	14
2.3	Princípios aplicáveis.....	16
2.3.1	Presunção de inocência.....	17
2.3.2	Jurisdiscionalidade.....	18
2.3.3	Proporcionalidade.....	19
3	Prisão Temporária à luz da decisão do STF nas ADI’S 3360 e 4109.....	21
3.1	Cenário Prévio – Controvérsia.....	21
3.2	As Ações Diretas de Inconstitucionalidade.....	23
3.3	Decisão do STF.....	24
3.4	Imprescindibilidade para as investigações – <i>periculum libertatis</i>	25
3.5	Fundadas razões de autoria ou participação – <i>fumus comissi delicti</i>	28
3.5.1	O equívoco na utilização do termo “indiciado”.....	28
3.5.2	Cognição sumária e <i>standard</i> probatório.....	29
3.5.3	Cabimento da prisão temporária – rol de crimes.....	31
3.5.4	Tráfico ilícito de entorpecente e cabimento de prisão temporária.....	35
3.6	Contemporaneidade dos fatos.....	37
3.7	Adequação e insuficiência de medidas cautelares diversas.....	38
4	Procedimento para decretação e questões controvertidas.....	41
4.1	Procedimento.....	41
4.1.1	Necessidade de provocação jurisdicional.....	41
4.1.2	Prazo de Duração da Prisão.....	42
4.1.3	Prazo de 24 horas para Despacho da Autoridade Judicial.....	43
4.1.4	Fundamentação da decretação da Prisão Tempoária.....	44
4.2	Direitos do Preso Temporário.....	44
4.3	Questões controvertidas.....	45
4.3.1	Audiência de Custódia deve ser realizada no caso de prisão temporária?.....	45
4.3.2	O artigo 10 do CPP e a prisão temporária.....	49
4.3.3	Decretação de medida cautelar mais gravosa do que a requerida pelo ministério público.....	51
5	CONCLUSÃO.....	55
	REFERÊNCIAS.....	57

1 Introdução

A garantia do direito à liberdade é pressuposto mínimo para a existência de qualquer Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, as restrições impostas à liberdade deambulatoria devem restringir-se aos casos estritamente necessários e previstos expressamente em lei. O próprio Código de Processo Penal, baseado no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, deixa claro que a prisão é uma excepcionalidade, só podendo ocorrer em casos de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado¹.

Em um Estado no qual vige o princípio da não culpabilidade, o ideal seria que a privação da liberdade do indivíduo apenas ocorresse após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Entretanto, a fim de se resguardar a eficiência da persecução penal e de se evitar a impunidade, admitem-se prisões cautelares. Estas, por prescindirem de uma atribuição de culpa, devem revestir-se de um caráter de excepcionalidade ainda mais intenso.

Esse estudo é mais do que nunca relevante, pois as prisões cautelares (temporária e preventiva) têm sido utilizadas com uma enorme – e preocupante - frequência no dia a dia dos fóruns e delegacias. Um exemplo ilustrativo dessa realidade foi a Operação Lava Jato, na qual as prisões cautelares, que deveriam ser medidas excepcionalíssimas, tornaram-se de praxe e passaram a compor importante elemento para a espetacularização do Processo Penal.

Nesse sentido, no presente trabalho, será realizado estudo acerca de uma das espécies de prisão cautelar existentes no ordenamento jurídico pátrio, a Prisão Temporária, conferindo-se especial atenção à importante decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal, relativa às Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3360 e 4109, na qual se instituíram requisitos mais rígidos para decretação da referida medida cautelar². A análise empreendida neste estudo não ficará restrita aos aspectos puramente dogmáticos, levará também em consideração as repercussões práticas do “novo” modelo, tanto atinentes à persecução penal, quanto ao *jus libertatis* da pessoa investigada.

Peremptoriamente, serão traçadas considerações preliminares acerca da origem, natureza e finalidade da Prisão Temporária. Além do mais, serão colocados em evidência os

¹ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

² STF. ADI's 3360 e 4109. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2259375>. Acesso em: 02 abr. 2022

princípios que devem ser obrigatoriamente observados, a fim de compatibilizar-se o referido instituto com o regime constitucional vigente.

O segundo capítulo deste trabalho analisará detidamente os requisitos e as hipóteses de cabimento da prisão temporária. Nesse momento, especial relevância será conferida ao ponto central de todo este trabalho, a decisão do STF nas ADI's 3360 e 4109, que fixou requisitos cumulativos para imposição de prisão temporária. Desta forma, perpassar-se-á individualmente cada um dos requisitos: imprescindibilidade de medida para as investigações do inquérito policial; existência de fundadas razões de autoria ou participação do indiciado³; contemporaneidade das justificativas; adequação à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado; insuficiência de medidas cautelares diversas.

O último capítulo, por sua vez, será subdividido em três subcapítulos. Primeiramente, serão feitos breves comentários acerca do procedimento para decretação da prisão temporária. Em seguida serão enfrentadas questões controvertidas na doutrina e jurisprudência, em especial sobre as que possuem ampla repercussão prática, como por exemplo, se a audiência de custódia deve ser realizada nos casos de prisão temporária; quanto à contagem do tempo de prisão temporária para fins de prazo de encerramento do inquérito policial (artigo 10 do CPP); possibilidade de, após requerimento de medida cautelar diversa da prisão, haver imposição *ex-officio* de prisão temporária.

Por fim, em sede de conclusões, será elaborado um prognóstico. De forma que, partindo-se das análises realizadas no decorrer de todo o trabalho, tentar-se-á estabelecer qual função a prisão temporária, doravante, deverá desempenhar no processo penal pátrio. E mais, se sua existência, de fato, é benéfica à investigação criminal e ao resguardo dos direitos das pessoas investigadas.

³ Salienta-se a imprecisão técnica na utilização do termo “indiciado”. Na realidade o mais correto seria “pessoa investigada”. Sobre o tema traçam-se considerações no tópico 2.5.1.

2 A Prisão Temporária – Considerações preliminares

2.1 Origem da Lei da Prisão Temporária

A Lei nº 7960 de 21 de dezembro de 1989, resultado da conversão da Medida Provisória nº 111 de 24 de novembro de 1989, instituiu a prisão temporária no ordenamento jurídico brasileiro.

Desde sua origem, já causou debates e controvérsias em sede doutrinária e jurisprudencial. Parcela relevante da doutrina reputou que o fato de o Poder Executivo, por meio de Medida Provisória, ter legislado em matéria de Processo Penal, teria maculado o diploma de inconstitucionalidade por vício de iniciativa, que não poderia ser sanada com a conversão da Medida Provisória em lei.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, ao julgar a ADI 162/DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, decidiu unanimemente, que a Lei 7.960/89 não teria sido originada da conversão da MP nº 111, que, na realidade, teria perdido sua eficácia jurídica pelo transcurso do prazo⁴.

Apesar disso, é no mínimo curioso notar que no próprio cabeçalho da Lei 7.960/89, disponibilizada no *site* do Planalto, consta a informação “Conversão da Medida Provisória nº 111, de 1989”⁵. Ademais, insta registrar que em 2001, a Emenda Constitucional nº 32, conferindo nova redação ao artigo 62, da Constituição Federal, vedou expressamente a edição de medida provisória sobre matéria penal e processual penal.

A inspiração do instituto proveio da legislação estrangeira de diversos países, como Portugal, Inglaterra, França, Itália, Espanha, Argentina, Estados Unidos e Alemanha. Apesar de, como já salientado, ter sido introduzida em 1989, a Prisão Temporária já estava prevista como providência cautelar na proposta de reforma do Código de Processo Penal constante do Projeto de Lei n.º 1.655, de 1983, oriunda do Anteprojeto de José Frederico Marques, de 1970. Seu objetivo, justificado na exposição de motivos, era evitar prisões preventivas desnecessárias⁵.

Nesse sentido, o discurso oficial é de que a Prisão Temporária surgiu com o fim

⁴ STF. **ADI 162/DF**. Disponível em: <https://www.jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur118284.htm> . Acesso em:02/04/2022.

⁵ BRASIL. **Lei nº 7960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm. Acesso em:02 abr. 2022

precípua de resguardar a liberdade das pessoas investigadas, evitando, conforme preceituado no supracitado projeto de reforma do CPP, prisões preventivas desnecessárias e a utilização da famigerada “prisão para averiguações”. Esta última consistente na prática, utilizada ostensivamente durante o período de Ditadura Militar, de os órgão de investigação, sem ordem judicial ou constatação de situação flagrancial, arrebataram pessoas para aferirem possível ligação a infrações penais e investigarem vida pregressa, mesmo que sem indícios concretos de prévia prática delituosa.⁶

A prisão para averiguações revelava-se patentemente contrária ao estabelecido no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Basicamente, a lógica era primeiramente prender-se, para, a partir daí, buscarem-se indícios de envolvimento da pessoa investigada em quaisquer infrações penais. Nesse sentido, preceitua Rafael Bezerra Cardoso⁷:

Não é difícil perceber a ausência das características e pressupostos, essenciais a qualquer medida cautelar, na utilização da prisão para averiguação na fase pré-processual, tratando-se, na realidade, de uma violação latente aos princípios da dignidade humana e o da presunção de inocência, mostrando ser completamente desproporcional cercear a liberdade do cidadão para depois investigá-lo. Nada mais é do que abuso de poder, devendo ser terminantemente expurgada do ordenamento jurídico e condenada a adoção de medida arbitrária tão odiosa.

Portanto, de fato, a prisão temporária foi instuída para substituir a prisão para averiguações, uma vez que esta tornou-se incompatível com o regime constitucional inaugurado em 1988. Tendo em vista a supressão da possibilidade de prisão “para averiguações” ou “para identificação”, passou a haver imensa pressão por parte da Polícia Judiciária, que teria ficado enfraquecida pelo cerceamento dos meios de investigação. Sobre o assunto, Aury Lopes leciona:

Há que considerar que a cultura policial vigente naquele momento, em que prisões policiais e até a busca e apreensão eram feitas sem a

⁶ COSTA RIBEIRO, Diaulas. **Lei n.º 7.960, de 21 de Dezembro 1989 Um breve estudo sistemático e comparado**. Disponível em http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=214&p_ch . Acesso em:02 abr. 2022.

⁷ CARDOSO, Rafael Bezerra. **UMA VISÃO CRÍTICA DA PRISÃO TEMPORÁRIA EM FACE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO DE 1988**. Disponível em: http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/edf_2010/artigos/art12RafaelBezerraCardoso.pdf. Acesso em:02 abr. 2022

intervenção jurisdicional, não concebia uma investigação policial sem que o suspeito estivesse completamente à disposição da polícia. A pobreza dos meios de investigação (da época) fazia com que o suspeito fosse o principal “objeto de prova”. Daí por que o que representava um grande avanço democrático foi interpretado pelos policiais como uma castração de suas funções. A pressão foi tão grande que o Presidente José Sarney cedeu e, em 21-12-1989, foi institucionalizada a prisão para averiguações, agora com o nome de “ prisão temporária” (como se existisse prisão perpétua...) ⁸

Na mesma toada, Tourinho Filho aduz que, a prisão temporária seria, na realidade, a antiga ‘prisão para averiguações’ revestida de um contorno de legalidade:

No Governo Costa e Silva e no Governo Geisel (períodos de exceção) houve várias tentativas visando à criação da prisão para averiguação, coisa, aliás, que na prática existia e continua existindo. Contudo, aqueles que por ela propugnavam não logram êxito... Passado o período da ditadura, o governo democrático a instituiu com o nome de “prisão temporária.” ⁹

Paulo Rangel aduz que a mesma lógica que era aplicada à prisão para averiguação foi transplantada para aplicar-se à prisão temporária:

A prisão temporária é também inconstitucional por uma razão muito simples: no Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é o autor do delito. Trata-se de medida de constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados. ¹⁰

Não se pode concordar com o argumento segundo o qual a prisão temporária constituiria mera reprodução da sistemática da prisão para averiguações. Representou sim avanços do ponto de vista da garantia dos direitos das pessoas investigadas, uma vez que, além de estabelecer requisitos necessários à privação de liberdade, fixou a imprescindibilidade de pronunciamento judicial. Dessa forma, a autoridade policial não mais se viu livre para impor a prisão para averiguações, devendo requer a segregação cautelar (prisão preventiva ou temporária) a um juízo imparcial. Além do mais, outro ponto explícito de melhoria foi o fato de se ter estabelecido um prazo máximo de duração da prisão temporária (60 dias para os crimes hediondos e 10 para os demais), diferentemente da prisão preventiva, que pode se estender por

⁸ LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**– 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. Páginas 111-112

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando. **Processo penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 3 v. Páginas 505-506

¹⁰ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

um período indefinido.

Por todo o exposto, percebe-se que a Lei da Prisão Temporária, desde sua introdução no ordenamento jurídico pátrio, foi marcada por grandes constestações acerca de sua constitucionalidade, tanto sob o prisma formal, dado ter se originado da conversão de uma Medida Provisória, quanto material, tendo em vista a possível afronta ao princípio da não culpabilidade.

Apesar das críticas, o fato é que a Lei nº 7.960/89 encontra-se plenamente vigente e é aplicada de maneira constante no dia a dia da prática forense e policial.

2.2 Definição e Natureza Jurídica

Primeiramente, para entendimento mais acurado acerca da natureza jurídica da prisão temporária, é imprescindível realizar-se a clara distinção entre a prisão cautelar (*carcer ad custodiam*) e a prisão penal (*carcer ad poenam*). A diferença fulcral entre essas duas modalidades de privação de liberdade diz respeito aos seus respectivos fundamentos.

Por um lado, a execução da prisão penal exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, que qualquer sanção penal seja imposta sem prévia atribuição judicial de culpa, após o devido processo legal. Nesse sentido, a Constituição Federal estabelece no artigo 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Quanto a isso, a postura adotada pelo legislador constituinte é, sem dúvidas, a mais acertada. Não há de se admitir a execução de sanção penal sem que se tenha possibilitado ao réu acesso a todos os meios de defesa e recursos disponíveis. Interessante registrar inclusive a decisão do STF na ADC 44/DF, julgada em 2019, na qual, por apertada maioria (6x5), se assentou o entendimento de que o artigo 283, do CPP, seria constitucional, inviabilizando a execução provisória da pena, após condenação em segunda instância¹¹.

Entretanto, o desenrolar do processo penal, especialmente no Brasil, leva muito tempo. Dessa forma, a morosidade processual traz inegáveis riscos à efetividade do processo. Muitas vezes, a adoção de medidas de urgência faz-se necessária, seja para assegurar a proteção da coletividade, seja para resguardar-se a integridade dos elementos probatórios.

Para realizar tal tarefa, o legislador pátrio estabeleceu diversas medidas cautelares, tanto no CPP, quanto na legislação extravagante. O que não poderia deixar de fazer, uma vez

¹¹ STF. **ADC 44**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em: 04 abr. 2022

que constituem instrumento indispensável à defesa da sociedade. Dentre tais medidas, as mais gravosas, sem dúvidas são as prisões cautelares, fundamentadas na necessidade de preservar-se o resultado útil do processo, prescindindo da realização de uma atribuição judicial de culpa, baseada em um juízo exauriente de provas. Dissertando acerca da tutela cautelar no processo penal, Renato Brasileiro de Lima assinala:

de nada valeria, por exemplo, uma sentença condenatória à pena privativa de liberdade, se o acusado já tivesse se evadido do distrito da culpa; ou garantir à parte o direito de reproduzir determinada prova testemunhal se, ao tempo da instrução processual, essa testemunha já estivesse morta. É evidente, pois, que o processo penal precisa dispor de instrumentos e mecanismos que sejam capazes de contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo.¹²

A prisão temporária possui natureza jurídica de autêntica prisão cautelar (*carcer ad custodiam*), uma vez que é decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, com o fito de assegurar a eficácia da investigação criminal, evitando-se a impunidade.

Quanto à sua definição, a doutrina apresenta relativa uniformidade. Gustavo Henrique Badaró define prisão temporária da seguinte maneira¹³:

A prisão temporária, instituída pela Lei nº 7.960/1989, é uma modalidade de prisão cautelar, de duração limitada no tempo, a ser utilizada durante a fase da investigação policial, destinada a evitar que em liberdade o investigado possa dificultar a colheita de elementos de informação durante a investigação policial de determinados crimes de maior gravidade.

Em sentido semelhante, preconiza Edilson Mougenot¹⁴: “Trata-se de modalidade de prisão cautelar, específica para o inquérito policial, que tem por finalidade permitir a investigação de crimes particularmente graves.”

Por outro lado, Renato Brasileiro¹⁵:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente durante a fase preliminar de investigações, com prazo preestabelecido de duração, quando a privação da liberdade de locomoção do indivíduo for indispensável para a obtenção de elementos

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. Página 929.

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique **Processo penal**. - 3. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015. Página 994

¹⁴ MOUGENOT, Edilson **Curso de processo penal**. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. Página 707

¹⁵ Ob. Cit.. Página 1105

de informação quanto à autoria e materialidade das infrações penais mencionadas no art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, assim como em relação aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º), viabilizando a instauração da *persecutio criminis in iudicio*.

Dentre todas, a mais precisa é a de Renato Brasileiro, pois não restringe a aplicabilidade da prisão temporária ao inquérito policial. Deve-se realizar uma interpretação extensiva do inciso I, do artigo 1º, da Lei da prisão temporária, para abranger outras formas de investigação preliminar, como por exemplo, o Procedimento Investigatório Criminal, promovido pelo Ministério Público. Tal questão será melhor detalhada, adiante.

Portanto, dispensando-se os elementos acidentais, tem-se que as definições de prisão temporária possuem três pontos fulcrais e que se mantêm:

1. É uma espécie de prisão cautelar
2. Destinada a resguardar a eficiência da investigação criminal
3. Aplicável a crimes especialmente graves previstos em lei

2.3 Princípios aplicáveis

A prisão temporária deve estar submetida aos princípios aplicáveis às medidas cautelares de natureza pessoal.

Para além da necessidade de submissão à supracitada sistemática, é imprescível que esteja igualmente submetida ao regramento constitucional, especialmente no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana. O operador do direito deve ter sempre em vista que o escopo magno do processo penal é a proteção da dignidade humana, tanto do réu/pessoa investigada, quanto das vítimas. Não é razoável atribuir-se uma feição maniqueísta ao processo penal: não serve para garantir **apenas** os direitos das vítimas, punindo duramente as pessoas acusadas; igualmente, não serve **apenas** para resguardar, de maneira cega, os direitos das pessoas acusadas, fulminando o resultado útil do processo.

Para que seja compatível com a Constituição Federal, a prisão temporária deve, conforme já referido, estar sempre submetida a uma série de princípios, dentre eles: não culpabilidade, jurisdicionalidade e proporcionalidade. A seguir, serão traçados breves comentários acerca de cada um dos mencionados.

Vale salientar que a aplicação destes princípios não se dá de maneira isolada e estática, mas entrelaçada e dinâmica. Conforme se observará no decorrer deste trabalho, há diversos pontos de interpenetração entre eles e outros princípios e regras que formam o arcabouço constitucional do processo penal.

2.3.1 Presunção de inocência

A Constituição Federal, no inciso LVII, do artigo 5º, consagrou o princípio da não culpabilidade que assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Partindo-se de uma interpretação literal do dispositivo constitucional, poder-se-ia afirmar que a Carta Magna não consagrou o princípio da presunção de inocência (previsto, por exemplo, na Declaração de Direitos Humanos¹⁶), mas, em realidade resguardou a presunção de não culpabilidade. Quanto ao assunto expõe Castanho de Carvalho¹⁷:

Sustenta-se que não se pode presumir a inocência do réu, se contra ele tiver sido instaurada ação penal, pois, no caso, haveria um suporte probatório mínimo. O que se poderia presumir é sua não-culpabilidade; até que assim seja declarado judicialmente. Não se poderia, assim, cogitar-se propriamente em uma presunção.

Portanto, a partir da via interpretativa supracitada¹⁸, após a instauração da ação penal, que ocorre com o recebimento da denúncia, não se poderia presumir inocência, mas meramente a não culpabilidade.

Entretanto, insta salientar que a prisão temporária apenas pode ser decretada e mantida, enquanto a ação penal não tiver sido inaugurada. Nesse momento, prévio ao início da *persecutio in iudicio*, deve vigorar a presunção de inocência em sua mais pura forma.

Como consectário lógico desse princípio, tem-se uma das características mais marcantes da prisão temporária: sua excepcionalidade. Tendo em vista o fato de sempre se considerar o indivíduo inocente, *à priori*, qualquer medida vocacionada a tolher sua liberdade deve ser estrita e extramente necessária.

A presunção de inocência molda e governa a prisão temporária. A interpretação da Lei 7.960/89 deve sempre partir desse pressuposto. Dessa forma, vias interpretativas que conduzem, por exemplo, à imposição de uma prisão automática (*ex lege*), ao se constatar a ocorrência de crimes previstos no inciso III do artigo 1º, não pode ser aceita.

¹⁶ Artigo 11º 1. Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

¹⁷ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição** - 4ª edição, revista e ampliada Editora Lumen Juris Rio de Janeiro 2006

¹⁸ Em sentido diverso, Girolamo Bellavista aduz que a presunção de inocência não se trataria de uma presunção de natureza propriamente judicial, mas de natureza política, que conectaria o processo penal às escolhas político-constitucionais que o governam. **Studi sul Processo Penale**, IV; pp. 83-93, 1976, Giuffrè Editore, Milão.

2.3.2 Jurisdicionalidade

Conforme já salientado anteriormente, a Lei da Prisão Temporária constituiu inegável avanço frente à sistemática anteriormente vigente. Grande parte desse progresso deve-se ao fato de ter passado a exigir autorização judicial para que a liberdade da pessoa investigada fosse tolhida. Dessa forma, retirou-se da Polícia Judiciária a possibilidade de prender para “averiguações”.

Caso tal necessidade não fosse prevista, o diploma legal seria flagrantemente inconstitucional. O novo regime constitucional, inaugurado em outubro de 1988, passou a exigir decisão judicial que determinados direitos fundamentais fossem limitados. Dentre esses, a liberdade de ir e vir.

Portanto, dada sua enorme relevância, diante do direito à liberdade de ir e vir, o Poder Judiciário tem sempre a última palavra. Discorrendo sobre o assunto, leciona Canotilho¹⁹:

A ideia de reserva de jurisdição implica a reserva de juiz relativamente a determinados assuntos. Em sentido rigoroso, reserva de juiz significa que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última palavra mas também a primeira palavra. É o que se passa, desde logo, no domínio tradicional das penas restritivas da liberdade e das penas de natureza criminal na sua globalidade. Os tribunais são os guardiões da liberdade e das penas de natureza criminal e daí a consagração do princípio *nulla poena sine iudicio* ...

A Constituição de 1988 conferiu grande relevância à tal princípio, consagrando-o em diversos incisos ao longo do artigo 5º: que ‘ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’ (art. 5º, LIV); que ‘ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente’ (art. 5º, LXI); que ‘a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juízo competente’ (art. 5º, LXII); que ‘a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária’ (art. 5º, LXV); que ‘ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança’ (art. 5º, LXVI).

Assim, percebe-se, a CF/88 estabeleceu claramente que a constrição do *jus libertatis* do indivíduo está severamente submetida a uma decisão do Poder Judiciário, tendo este a primeira e a última palavra acerca do assunto.

Nesse sentido, a Constituição brasileira é notavelmente avançada, inclusive se comparada a países “desenvolvidos”. Países como a Itália e a Espanha, em determinadas

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2ª edição, Almedina, Lisboa, 1998.

hipóteses, permitem que o Ministério Público ordene a prisão da pessoa investigada por determinado período de tempo, até posterior homologação pelo Poder Judiciário. Na Itália, por exemplo, admite-se o *fermo*, previsto no art. 384 do Código de Processo Penal italiano, utilizado para deter indivíduos sobre os quais recaiam graves suspeitas de prática de crime punido com prisão perpétua ou com reclusão não inferior, no mínimo, a dois anos de reclusão e, no máximo, superior a seis anos²⁰.

A Lei n° 7.960/89 é taxativa em seu artigo 2° ao estabelecer que a prisão temporária apenas poderia ser decretada pelo juízo. Qualquer tentativa de alteração do texto legal, no sentido de conferir poderes a outras autoridades, como por exemplo o Delegado(a) de Polícia ou o Promotor(a) de Justiça, seria incompatível com a Carta Magna.

2.3.3 Proporcionalidade

A proporcionalidade é um princípio implícito à Constituição, uma vez que, apesar de não estar expressamente previsto, é decorrência lógica do Estado Democrático de Direito e do Princípio Republicano. Portanto, a proporcionalidade deve pautar todo o agir estatal e, especialmente, o agir que possa vir a restringir o *jus libertatis* individual.

Pode-se perceber que atualmente a proporcionalidade tornou-se lugar comum na retórica jurídica. A ponto de se converter em um conceito com um significado tão abrangente que beira o indeterminado. Aplicada dessa forma, de nada serve, a não ser para justificar decisões genéricas e abstradas, pretensamente lastreadas na proporcionalidade da medida/prisão.

Nesse sentido, valiosa é a estrutura racional aplicada por Robert Alexy à proporcionalidade.²¹ Em suas digressões, Alexy desenvolveu um critério racional de ponderação, a ser estabelecido a partir de um método. Dessa forma, a proporcionalidade (em sentido amplo) foi subdividida em 3 subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Primeiramente, **adequação** diz respeito a aptidão da medida estatal a alcançar ou ao

²⁰ Art.384 (Fermo di indiziato di delitto) 1. Anche fuori dei casi di flagranza, quando sussistono specifici elementi che, anche in relazione alla impossibilità di identificare l'indiziato, fanno ritenere fondato il pericolo di fuga, il pubblico ministero dispone il fermo della persona gravemente indiziata di un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a due anni e superiore nel massimo a sei anni ovvero di un delitto concernente le armi da guerra e gli esplosivi. 2. Nei casi previsti dal comma 1 e prima che il pubblico ministero abbia assunto la direzione delle indagini, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria procedono al fermo di propria iniziativa. 3. La polizia giudiziaria procede inoltre al fermo di propria iniziativa qualora sia successivamente individuato l'indiziato ovvero sopravvengano specifici elementi che rendano fondato il pericolo che l'indiziato sia per darsi alla fuga e non sia possibile, per la situazione di urgenza, attendere il provvedimento del pubblico ministero.

²¹ ALEXY, Robert, **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.**

menos fomentar a consecução dos objetivos visados. Acerca dessa subregra, Virgílio Afonso da Silva esclarece equívoco cometido por maior parte da doutrina nacional, de identificar a adequação apenas como meio apto **alcançar** o fim²²:

adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Há uma grande diferença entre ambos os conceitos, que fica clara na definição de Martin Borowski, segundo a qual uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que o 'objeto legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado'. Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.

Em segundo lugar, a **necessidade** diz respeito à imposição da medida menos gravosa ao alcance dos objetivos visados. Não basta que a medida seja apta a fomentar determinada finalidade, mas deve ser também, dentre as possíveis, a menos gravosa. De maneira prática, se uma medida cautelar diversa da prisão tem capacidade de resguardar satisfatoriamente a investigação criminal, não há razão para imposição da prisão temporária (medida mais gravosa). Em síntese, realiza-se uma comparação entre os meios disponíveis, optando-se pelo menos gravoso ao indivíduo.

Por fim, deve-se aferir a **proporcionalidade em sentido estrito**, que consiste em um raciocínio de sopesamento realizado entre a intensidade da restrição ao direito dos cidadãos e a importância da realização do outro direito fundamental que lhe é colidente e que, por isso, parece fundamentar a adoção da medida restritiva.²³ Percebe-se que essa última subregra possui especial relevância, pois na decretação da prisão temporária, o juízo deve estar atento a realizar de maneira acurada o sopesamento entre o direito fundamental de liberdade da pessoa investigada, registre-se, presumidamente inocente, e a proteção da coletividade, materializada na devida punição de condutas possivelmente atentatórias aos bens jurídicos relevantes.

Portanto, apenas após perpassar esse rigoroso caminho de verificação é que o operador do direito estará apto a afirmar que determinada prisão temporária é, de fato, proporcional.

²² DA SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50.

Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. Acesso em: 17 out. 2022

²³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** - 12. ed. rev., atual, e ampl. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. Página 278.

3 Prisão Temporária à luz da decisão do STF nas ADI'S 3360 e 4109

3.1 Cenário Prévio – Controvérsia

A Lei nº 7.960/89 previu, já em seu artigo primeiro, as hipóteses de cabimento da prisão temporária:

D) quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III) quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986); p) crimes previstos na Lei de Terrorismo (incluído pela Lei nº 13.260/16).

Tal previsão suscitou, desde o princípio, amplo debate doutrinário acerca da cumulatividade ou alternatividade de tais hipóteses. É possível identificar-se cinco correntes doutrinárias²⁴:

1. Fundamentando-se em regra hermenêutica segundo a qual incisos não se comunicam com incisos, **Diaulas Costa Ribeiro** defende que bastaria a presença de qualquer um dos incisos para possibilitar-se a decretação da prisão temporária.²⁵
2. **Guilherme de Souza Nucci** anteriormente defendia que seria necessária a

²⁴ Classificação extraída de Renato Brasileiro, **Manual de processo penal: volume único**– 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. Página 1105.

²⁵ “os incisos representam unidades autônomas entre si, vinculadas ao preceito do parágrafo ou do artigo”. (**Prisão temporária – Lei nº 7.960/89, de 21.12.89 – um breve estudo sistemático e comparado**. Revista dos Tribunais, nº 707, p. 272, set. 1994).

presença cumulativa dos três incisos.²⁶ Contudo, vale salientar que tal posicionamento foi posteriormente abandonado pelo autor, que aderiu à corrente número 4, abaixo descrita.²⁷

3. **Vicente Greco Filho** sustenta que, além da necessidade da presença cumulativa dos três incisos, seria ainda imprescindível a combinação com uma das hipóteses autorizativas da Prisão Preventiva;
4. **Antônio Sacarance Fernandes e Ada Pellegrini Grinover** defendem posição, considerada majoritária na doutrina nacional, segundo a qual sempre seria necessária a combinação do inciso I ou II (demonstrativos do *periculum libertatis*) com o inciso III (caracterizador do *fumus comissi delicti*)²⁸
5. **Renato Brasileiro de Lima**, por sua vez, aduz que, para a decretação da prisão temporária sempre seria necessária a presença dos incisos I e III, pois apenas assim seria possível constatar-se a presença do *periculum libertatis* e do *fumus comissi delicti*. A combinação do inciso II com o III não seria capaz de dar ensejo à decretação de prisão temporária.

A corrente número 5, sem dúvidas, é a mais acertada. Pois, as demais, em alguma medida, conduzem a uma interpretação legal deturpada dos valores consagrados constitucionalmente.

Admitir-se a possibilidade de decretação com base na presença isolada de qualquer um dos incisos do artigo 1º estaria viabilizando ataques frontais à CF/88: primeiramente, estaria-se possibilitando a imposição de uma prisão *ex-lege*, ao impor a prisão temporária ante a presença isolada do inciso III; ademais, a imposição da prisão temporária com base apenas na convêniência da investigação policial (inciso I), sem a presença de qualquer elemento indiciário de prática delituosa, estaria ressuscitando a infame prisão para averiguações, o que feriria a própria razão de ser da Lei nº7.960/89; por fim, dar-se-ia azo para a esdrúxula decretação de prisão temporária pelo mero fato de o indivíduo não possuir residência fixa ou não fornecer elementos necessários à identificação.

Por outro lado, exigir-se a necessidade da presença cumulativa dos três incisos conduziria a uma verdadeira inutilização do instituto da prisão temporária, pois restringiria

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 658.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal** - 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 954

²⁸ GRINOVER, Ada, FERNANDES, Antônio Sacarance. **As nulidades no processo penal** – 12ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 278.

indevidamente sua possibilidade de decretação à raríssima ocasiões. Como consequência, adviria, em muitos casos, a imposição de uma medida mais danosa à pessoa investigada: prisão preventiva, que, ao contrário da temporária, não possui prazo pré-determinado.

Portanto, exigir-se a presença cumulativa dos incisos I e III é a interpretação legal que melhor se coaduna com a Lei n° 7.960/89. Não se pode admitir que o simples fato de a pessoa investigada não possuir residência fixa, ainda que em cumulação com o *fumus comissi delicti* (inciso III), possa viabilizar a imposição de medida tão gravosa, pois o inciso II não consubstancia, por si só, o imprescindível *periculum libertatis*.

Essa 5ª corrente foi a adotada pelo STF na decisão das ADI's 3360 e 4109, conforme será a seguir melhor explicitado.

3.2 As Ações Diretas de Inconstitucionalidade

As ADI's 3360 e 4109 foram ajuizadas respectivamente pelo Partido Social Liberal (PSL) e pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB); a primeira em 02-12-2004 e a segunda em 15-05-2008. As referidas ações aduziram a inconstitucionalidade material total da Lei n° 7960/1989.

Em síntese, a fundamentação das ações baseou-se na violação aos incisos. LIV, LVII, LXI, LXIII, LXVI e § 3º do art. 5º da Constituição da República. De acordo com os autores:

1. A prisão temporária apenas poderia ser decretada quando constatada a presença cumulativa dos incisos I, II e III do artigo 1º da Lei n° 7960/89, sob pena de macular-se o devido processo legal;
2. Quanto ao artigo 2º, a presença do vocábulo “será” (a prisão temporária será decretada pelo juízo) denotaria a obrigatoriedade de o juízo atender à representação do Delegado de Polícia ou ao requerimento do Ministério Público;
3. O prazo de 24 horas, previsto no §2º do artigo 2º inibilizaria o despacho fundamentado do juízo, ante a exiguidade de tempo;

Subsidiariamente ao pedido de declaração de inconstitucionalidade, pleiteou-se: “a) seja conferida interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, ao art. 1º, inc. I, II e III, da Lei n. 7.960/1989; b) a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º, da Lei n. 7.960/1989 e, por arrastamento, dos arts. 3º e seguintes dessa lei.”

Em suas informações, o Presidente da República salientou a necessidade de apensamento das ADI's 3360 e 4109, tendo em vista a identidade de objeto.

3.3 Decisão do STF

Por apertada maioria (6x5) o STF conheceu em parte da ADI para dar interpretação conforme à Constituição Federal ao artigo 1º da Lei n. 7960/1989 e fixar entendimento de que a decretação de prisão temporária apenas seria viável na presença dos seguintes requisitos cumulativos:

1. For imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (*periculum libertatis*), constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação, ou quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II);
2. Houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado²⁹ nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (*fumus comissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo;
3. For justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP);
4. A medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP);
5. Não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP)

A decisão se deu nos termos do voto vencedor do Ministro Edson Fachin, restando vencidos os Ministros Carmém Lúcia (relatora), Roberto Barroso, Luiz Fux, Nunes Marques (que acompanharam a relatora) e o Ministro Alexandre de Moraes, que fez voto divergente julgando o pedido improcedente.

Nesse sentido, é pertinente salientar os fundamentos sucitados pelo Ministro Alexandre de Moraes, que, como dito, julgou o pedido improcedente por não vislumbrar qualquer inconstitucionalidade no diploma legal.

Em seu voto, após expor a divergência doutrinária acerca dos requisitos necessários para a decretação da prisão temporária, aduz:

Todavia, independentemente do ângulo que se analise a questão envolvendo a prisão temporária (mormente os requisitos autorizadores para a sua decretação), não me parece ser o caso de se aplicar a técnica de interpretação conforme à Constituição, tal como sustentado pelo

²⁹ Salienta-se a imprecisão técnica na utilização do termo “indiciado”. Na realidade o mais correto seria “pessoa investigada”. Sobre o tema traçam-se considerações no tópico 2.5.1.

requerente, uma vez que inexistente qualquer violação constitucional. [...] O que se exige, portanto, na esteira da doutrina majoritária – que entendo adequada – , é que, estando presentes os requisitos autorizadores da imposição de qualquer medida cautelar no processo penal – *fumus comissi delicti* (previsto no inciso III do art. 1º da Lei n. 7.960/1989) e *periculum libertatis* (inciso I ou o inciso II do art. 1º da Lei n. 7.960/89) –, é possível a decretação da prisão temporária, desde que determinada por ordem escrita e fundamentada do Magistrado (art. 5º, LXI, da CF) e a pedido do Ministério Público ou da autoridade policial. Isso porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, o encarceramento provisório do indiciado sempre será visto como medida excepcional (a liberdade é a regra).

Apesar do respeitável entendimento do Ministro, a concessão de interpretação conforme à Lei da Prisão Temporária foi a decisão mais acertada, pois a literalidade do texto legal inegavelmente poderia conduzir a uma interpretação desconectada dos mais básicos princípios constitucionais, como por exemplo, a corrente doutrinária segundo a qual bastaria a presença de qualquer um dos três incisos para viabilizar-se a decretação da prisão temporária.

A insegurança jurídica, que já é por si só um mal a ser evitado, quando incidente em searas atinentes ao direito à liberdade, torna-se ainda mais indesejável.

Portanto, apesar de ser passível de críticas, a concessão de interpretação conforme à Lei 7.960/1989, sem dúvidas, representa um progresso do ponto de vista da proteção dos Direitos Fundamentais, uma vez que reduz a possibilidade de aplicação do instituto da prisão temporária de maneira desconectada dos mais caros preceitos da ordem constitucional.

Extirpa-se, por exemplo, a possibilidade de um indivíduo ter sua liberdade tolhida pelo simples fato de não ter residência fixa. Interpretação absolutamente teratológica, que fere de morte o princípio da igualdade e da própria dignidade humana.

Vale salientar que o STF não declarou a inconstitucionalidade da expressão “será”, prevista no artigo 2º, tampouco do prazo de 24h, previsto no §2º do artigo 2º.

A seguir, os requisitos fixados pelo STF serão minuciosamente analisados, destacando os aspectos positivos e negativos, além das repercussões práticas.

3.4 Imprescindibilidade para as investigações – *periculum libertatis*

Nos termos do acórdão, a prisão temporária apenas poderá ser decretada quando: “For imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (*periculum libertatis*), constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação, ou

quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II).”

Quanto a esse primeiro requisito, percebe-se a indispensabilidade da demonstração do *periculum libertatis/periculum in mora*, que deve estar presente quando da decretação de qualquer medida cautelar. Tal imprescindibilidade precisa ser demonstrada não com base em suposições abstratas ou juízos de possibilidade remota, mas embasada por fatos concretos aptos a evidenciar o perigo causado pela liberdade do sujeito à lisura das investigações.

Infelizmente, no cotidiano jurídico inúmeras prisões temporárias são decretadas com base em meras suposições, como por exemplo na possibilidade hipotética de a pessoa investigada ameaçar testemunhas ou destruir provas. Traça-se verdadeira presunção de perigo, sem que haja nos autos, elementos concretos que corroborem tal entendimento.

Esse tipo de decisão sequer pode-se considerar fundamentada, pois, na realidade, no mais das vezes, invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra prisão. Nesse sentido, o artigo 315 do CPP, em seu parágrafo 2º, incluído pela Lei nº 13.964/2019, estabelece explicitamente que: “§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.”

Como já dito neste trabalho, a prisão processual apenas deve ser decretada em casos excepcionais, ante a ineficácia de outras medidas alternativas. Tendo isso em vista, a prisão temporária não pode ser medida “de praxe”, devendo estar devidamente fundamentada nos elementos concretos constates dos autos que indiquem para sua indispensabilidade. Vedada a fundamentação baseada em juízos hipotéticos ou meras conjecturas. Portanto, bem andou o STF ao fixar tal requisito, que apesar de já dever ser óbvio, tendo em vista o regime constitucional vigente, muitas vezes era olvidado pelas autoridades do país.

Outro ponto que merece atenção é o fato de constar do acórdão: “For imprescindível para as investigações do inquérito policial.” Há quem possa interpretar então que a prisão temporária apenas poderá ser decretada a partir de um inquérito policial, sendo inviável em outros tipos de investigação criminal, como por exemplo no Procedimento Investigatório Criminal (PIC), titularizado pelo Ministério Público ou Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).

Tal alegação não procede, pois o acórdão meramente repetiu o termo utilizado no artigo 1º da Lei nº 7960/1989. Antes mesmo da decisão, a doutrina e jurisprudência majoritária já conferiam interpretação extensiva ao dispositivo para viabilizar a imposição de prisão temporária em outras modalidades de investigação.

Além disso, não há nos votos dos Ministros qualquer argumentação no sentido de que

a decretação de prisão temporária em outros procedimentos investigatórios seria inconstitucional. Até porque tal posição seria completamente desarrazoada, uma vez que a atribuição investigatória não é exclusivamente da polícia judiciária. Entendimento inclusive consolidado no STF, desde quando entendeu que o Ministério Público teria atribuição para promover investigação de natureza penal.³⁰

Portanto, tem-se que o *periculum libertatis* para fins de decretação de prisão temporária apenas poderá ser demonstrado a partir da imprescindibilidade dessa medida para a preservação da investigação criminal. A decisão do STF corretamente descartou a possibilidade, defendida por parcela da doutrina³¹, de o *periculum libertatis* manifestar-se nos termos do inciso II, do artigo 1º, da Lei nº 7960/1989: “quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”. Essa ausência de identificação, por si só, não representa um risco para a investigação, deve estar atrelada a outros elementos que indiquem para a indispensabilidade da prisão.

Nesse sentido, merece destaque a Lei nº 12.037/2009, que ao dispor sobre a identificação criminal, estabelece que, na impossibilidade de realização de identificação civil, feita por documentos públicos oficiais, deve-se realizar a identificação datiloscópica e fotográfica da pessoa investigada. Ademais, no artigo 3º, estabelece-se que mesmo que a pessoa investigada apresente documento de identificação, poderá ocorrer a identificação criminal quando:

- I – O documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;
- II – O documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;
- III – O indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;
- IV – A identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;
- V – Constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
- VI – O estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Ora, se o próprio ordenamento jurídico fornece meio menos gravoso para resguardo

³⁰ STF, 1ª Turma. **HC 85011/RS**, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, julgado em 26/5/2015 (Info 787). STF. Plenário. **RE 593727/MG**, rel. orig. Min. Cezar Peluso, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/5/2015 (repercussão geral) (Info 785).

³¹ GRINOVER, Ada, FERNANDES, Antônio Sacarance. **As nulidades no processo penal** – 12ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 278.

da investigação, por que motivo se iria impor uma medida tão gravosa quanto a prisão do sujeito?

A custódia cautelar no caso de dificuldade ou impossibilidade de identificação da pessoa investigada apenas deve ser possível no caso de fracasso das diligências alternativas. E, ainda assim, sempre limitada pelo tempo estritamente necessário para submissão do sujeito à identificação criminal.

Para além, a hipótese de decretar-se prisão temporária tão somente pelo fato de a pessoa investigada não possuir residência fixa revela-se ainda mais teratológica. O Direito Penal e Processual Penal brasileiros sempre demonstraram facetas socialmente excludentes. Como por exemplo, até meados de 2009, a Lei de Contravenções Penais previa a figura típica de mendicância³². Esse tipo de previsão apenas institucionaliza a prisão de pessoas que vivem em situação de rua. Demonstra-se, portanto, inconstitucional, pois infirma a dignidade da pessoa humana, na medida em que aproxima do cárcere pessoas em razão de sua condição socioeconômica, considerada de maneira isolada.

3.5 Fundadas razões de autoria ou participação – *fumus commissi delicti*

3.5.1 O equívoco na utilização do termo “indiciado”

Preliminarmente, cumpre evidenciar o equívoco técnico, perpetrado pelo legislador na Lei n° 7.960/1989, quanto à utilização do termo indiciado. Esse mesmo erro, lamentavelmente, foi repetido na redação do acórdão pelo STF.

Na Lei de Prisão Temporária, especificamente no inciso III, do artigo 1°, e no §4°, do artigo 2°, o termo indiciado é indevidamente utilizado como se fosse um sinônimo de investigado:

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

(...)

“§ 4° 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.

No mesmo sentido, replicando a imprecisão técnica, o acórdão do STF nas ADI's 3360 e 4109: “houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos

³² Art. 60. Mendigar, por ociosidade ou cupidez: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.

no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (*fumus commissi delicti*) (...)"

O indiciamento é ato privativo do Delegado(a) de Polícia, através do qual uma pessoa investigada é apontada como provável autora de um delito, devendo fundamentar-se em elementos de informação que certifiquem a materialidade e forneçam razoáveis indícios de autoria.³³

Apesar de poder ocorrer em qualquer momento do inquérito, devido à exigência de prova de materialidade e indícios razoáveis de autoria, o indiciamento geralmente ocorrerá no momento final do inquérito, pois só então haverá elementos de informação suficientes para fundamentá-lo.

Por outro lado, a prisão temporária é geralmente utilizada no momento inicial da investigação, a fim de proporcionar o resguardo dos elementos informativos que serão colhidos *a posteriori*.

Assim, seria um contrassenso lógico se admitir a decretação da prisão temporária apenas com relação à pessoas já indiciadas, uma vez que, se já foram colhidos elementos suficientes de autoria e materialidade delitiva, fulmina-se um dos requisitos para decretação da prisão temporária: a imprescindibilidade da medida para a investigação criminal.

Dessa forma, a interpretação mais adequada é a de que houve um erro por parte do legislador, ao escrever indiciado, onde deveria constar investigado/pessoa investigada. No mesmo erro incorreram os ministros do STF ao utilizarem o termo legal "indiciado", sem evidenciar a imprecisão conceitual.

3.5.2 Cognição sumária e *standard* probatório

O *fumus commissi delicti*, juntamente com o *periculum libertatis*, compõem pressupostos mínimos para a imposição de uma medida cautelar de natureza pessoal. Tais expressões se tratam na realidade de adaptações para o processo penal do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, tipicamente empregados no processo cautelar cível.

Esse pressuposto consiste basicamente na constatação de indícios, ou melhor, conforme a literalidade legal, de fundadas razões de autoria ou participação na prática delituosa, aferida por meio de uma cognição sumária. Importante destacar que tal juízo de constatação de indícios, não exige do julgador uma cognição profunda e exauriente do conteúdo fático; não se pode antecipar o juízo de culpa realizado na sentença, após o devido processo legal. Acerca da diferença entre as técnicas de cognição, destaca-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

³³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**– 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 225.

A restrição da cognição no plano vertical conduz ao chamado juízo de probabilidade ou às decisões derivadas de uma convicção de probabilidade. (...) A tutela de cognição exauriente garante a realização plena do princípio do contraditório, ou seja, não permite a postecipação da busca da “verdade e da certeza”. Por isso mesmo, a tutela de cognição exauriente, ao contrário da tutela sumária, é caracterizada por produzir coisa julgada material.¹⁷ O juiz, quando concede a tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que assevere que o direito que supôs existir na verdade não existe.³⁴

Ainda nesse sentido, faz-se pertinente dedicar algumas linhas para um tema de grande importância, pouco debatido na doutrina pátria: standard probatório. Esse conceito, importado da tradição anglo-saxã, consiste em síntese no “quanto de prova é necessário para proferir uma decisão.”³⁵

Aury Lopes afirma que os padrões de standard são³⁶:

1. prova clara e convincente (clear and convincing evidence)
2. prova mais provável que sua negação (more probable than not)
3. preponderância da prova (preponderance of the evidence)
4. prova além da dúvida razoável (beyond a reasonable doubt)

Dessa forma, por exemplo, para que seja possível condenar alguém criminalmente, tendo-se em vista a presunção de inocência consagrada pela Constituição Federal, faz-se necessário um alto grau de probabilidade de veracidade da imputação acusatória: prova além da dúvida razoável.

Por outro lado, há situações em que o legislador, por questões de política pública/processual, exige um menor grau de certeza para determinadas fases procedimentais, promovendo um rebaixamento do standard.

Diversas são as situações nas quais o CPP exige apenas indícios razoáveis, indícios suficientes, fundadas razões etc. Tais padrões consistem em uma carga probatória “mais fraca” do que a exigida para formação de um juízo condenatório. Entretanto, ainda assim, deve haver elementos concretos minimamente robustos, de forma que o magistrado(a) possa formar um juízo de probabilidade acerca da autoria ou participação delituosa.

Assim como no juízo acerca da presença do *periculum libertatis*, a avaliação do

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Provisória** [livro eletrônico] – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

³⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020. p. 575

³⁶ Obra citada. p. 575

fumus comissi delicti não pode estar embasada em meras suposições desprovidas do mínimo suporte probatório.

Por fim, é preciso pôr em termos a abrangência das “fundadas razões”. Tal standard probatório eleito pelo legislador exigiria prova da materialidade delituosa? Ou bastariam os indícios de materialidade?

Sempre houve divergência na doutrina quanto ao assunto. Renato Brasileiro, por exemplo, advoga a tese de que a prova da materialidade seria indispensável à decretação de prisão temporária, pois a prisão temporária não poderia ser decretada em virtude da conveniência da investigação policial para prender um suspeito³⁷.

Com tal entendimento não se pode concordar, sob pena de equiparar-se a prisão temporária à preventiva, desvirtuando o próprio instituto, desrespeitando-se ademais a discricionariedade do legislador.

Quanto à prisão preventiva, consta expressamente do CPP a necessidade de “prova da existência do crime” (artigo 312). Por outro lado, quanto à prisão temporária, o legislador se contendeu com a exigência de fundadas razões, ou seja: indícios plausíveis.

Muitas vezes, é inviável a formação célere de prova da materialidade. Entretanto, ainda assim, a prisão temporária pode ser imprescindível para a sequência da investigação e posterior formação de tal materialidade.

Portanto, contato que haja elementos concretos e objetivos aptos a demonstrar a plausibilidade da prática delitiva, por mais que não constituam “prova de materialidade”, será possível a decretação da prisão temporária. Esse foi exatamente o sentido da decisão do STF, que acertadamente respeitou o standard probatório exigido pela Lei n° 7960/1989.

3.5.3 Cabimento da prisão temporária – rol de crimes

O inciso III, da Lei n° 7960/1989 originalmente estabeleceu um rol taxativo de crimes para os quais seria cabível a prisão temporária. Esses crimes, por possuírem especial gravidade, foram eleitos pelo legislador pátrio como merecedores de maior acautelamento em suas respectivas investigações.

Atualmente constam da Lei de Prisão Temporária os seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2°);
- b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1° e 2°);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1°, 2° e 3°);

³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único– 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1109.

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

Nos termos do acórdão proferido pelo STF, a prisão temporária apenas poderá ser decretada quando: “Houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (*fumus comissi delicti*), **vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo.**” Esse trecho final pode suscitar dúvidas, principalmente no caso de uma leitura do acórdão sem a devida atenção ao contexto dos votos prolatados.

Tal celeuma pode ocorrer justamente quanto a extensão conferida à vedação de interpretação extensiva do rol previsto.

Primeiramente, porque diversos dos tipos previstos no texto original do diploma, como por exemplo: rapto violento, quadrilha ou bando, atentado violento ao pudor, apesar de não terem sofrido *abolitio criminis* total, atualmente se enquadram em outros tipos penais, em virtude da continuidade típico-normativa.

A conduta antes tipificada pelo artigo 219 (rapto) foi absorvida pelo art. 148, § 1º, V (sequestro qualificado por fins libidinosos). O atentado violento ao pudor (artigo 214), que consistia em praticar ato libidinoso mediante violência ou grave ameaça, simplesmente migrou para o artigo 213 (estupro). Já o crime de quadrilha ou bando, que consistia na conduta de associarem-se **mais** de três pessoas com o fim de cometer crimes, foi substituído pelo delito de associação criminosa, para o qual basta a associação de **pelo menos** três pessoas.

Apesar das diversas alterações no Código Penal, o legislador não teve a cautela de

também promover as devidas mudanças na Lei n° 7960/1989. Apesar disso, anteriormente à decisão do STF, a doutrina majoritária se posicionava no sentido de que a possibilidade de imposição da prisão se mantinha para tais condutas, tendo em vista a referida continuidade típico-normativa. Nesse sentido, por todos: Guilherme Nucci³⁸ e Renato Brasileiro³⁹.

Tal entendimento não foi alterado pela decisão do STF, conforme percebe-se facilmente pelos votos prolatados. Destaca-se o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:

Cita-se, por exemplo, a sua inadmissibilidade em hipóteses de imputação por organização criminosa, visto que o crime de quadrilha ou bando, tipificado no art. 288 do Código Penal (previsto no rol da temporária), é totalmente autônomo com relação àquele previsto na Lei 12.850/13. Ainda que se considere o crime do art. 2º da Lei n° 12.850/13 mais grave, não há autorização legal específica para a prisão temporária para esse delito, sendo importante destacar que o princípio da legalidade estrita ou cerrada é corolário da proteção dos direitos fundamentais dos investigados, que deveriam ficar livres das considerações de ordem subjetiva, pessoal ou arbitrária sobre a gravidade em abstrato de crimes que podem acarretar ou não em ordens de prisão.⁴⁰

Percebe-se que o que está sendo corretamente vedada é a extensão da possibilidade de imposição de prisão temporária a crimes que não estão expressamente previstos na legislação, com base apenas na gravidade *in abstracto* do delito. O Ministro Gilmar Mendes, inclusive destacou em seu voto a impossibilidade de decretação de prisão temporária ao delito de organização criminosa, apesar de ser, em tese, um crime mais grave do que a própria Associação Criminosa (quadrilha ou bando).

Em segundo lugar, outro debate que pode ocorrer é justamente quanto à continuidade da possibilidade de decretação da prisão provisória aos delitos que, apesar de não elencados no rol taxativo da Lei n° 7.960/89, estejam previstos na Lei n° 8.072/90.

Logo após a vigência da Lei de Prisão Temporária, entrou em vigor a Lei de Crimes Hediondos, que previu originalmente em seu artigo 2º, §3º (atualmente §4º): “A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos *crimes previstos neste artigo*, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.”

Nesse sentido, indaga-se: a Prisão Temporária apenas seria cabível nos delitos elencados na Lei n° 7.960/89 e, apenas quanto aos delitos previstos simultaneamente na Lei de

³⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal** – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 956

³⁹ Obra citada. p. 1111

⁴⁰ **ADI 4109**. Voto Ministro Gilmar Mendes. p. 11

Crimes Hediondos, o prazo seria diferenciado (30 dias prorrogáveis por mais 30)? Ou a Lei de Crimes Hediondos alargou o rol de cabimento da Prisão Temporária, estendendo-o a todos os crimes hediondos e equiparados (tráfico, tortura e terrorismo).

O entendimento prevalecente na jurisprudência e doutrina pátria foi o segundo. A prisão temporária não seria cabível tão somente nos delitos previstos no inciso III da 7960/1989, mas também quanto aos crimes hediondos e equiparados.

Aparentemente o STF manteve a orientação pretérita. O que pode ser percebido, mais uma vez, pela análise do voto da Ministro Gilmar Mendes: “Assim, a prisão temporária deve ser cabível somente aos crimes previstos expressamente **na legislação**, visto que definido rol exaustivo no dispositivo aqui em análise.”⁴¹

Ora, se a exigência traçada pela decisão do STF fita o respeito ao princípio da legalidade, não há motivo plausível para se vedar uma aplicação do rol traçada em lei (no caso, pela Lei de Crimes Hediondos). O sentido pretendido pela decisão foi justamente barrar interpretações que viabilizassem a imposição da prisão temporária a delitos não previstos expressamente no rol do inciso III, da Lei de Prisão Temporária e previstos na Lei de Crimes Hediondos.

Portanto, realizando-se uma conjugação dos dois diplomas legais, pode-se traçar o seguinte rol de cabimento:

- I. homicídio doloso, em qualquer de suas formas;
- II. lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º);
- III. lesão corporal seguida de morte contra policiais, similares e seus respectivos cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau, em razão dessa condição (art. 129, § 3º c/c §12º);
- IV. roubo, em qualquer de suas formas;
- V. extorsão em qualquer de suas formas (artigo 158 §§1º, 2º e 3º)
- VI. extorsão mediante sequestro, na forma simples ou qualificada (art. 159, caput, e §§ 1o, 2o e 3o)
- VII. estupro, em qualquer de suas formas (art. 213, caput e §§ 1o e 2o);
- VIII. estupro de vulnerável, em qualquer de suas formas (art. 217-A, caput e §§ 1o, 2o, 3o e 4º)
- IX. epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º)
- X. falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins

⁴¹ ADI 4109. Voto Ministro Gilmar Mendes. p. 11

- terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1o, § 1o-A e § 1o-B)
- XI. 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).
- XII. furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A).
- XIII. o crime de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956)
- XIV. o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo **de uso proibido** (art. 16 §2º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003)
- XV. o crime de comércio ilegal de armas de fogo (art. 17 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003);
- XVI. o crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição (art. 18 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003);
- XVII. o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.
- XVIII. Associação Criminosa (artigo 288)
- XIX. envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- XX. crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- XXI. crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Lei nº 13.260, de 2016)
- XXII. Tortura (Lei nº 9.455/1997)
- XXIII. Tráfico ilícito de entorpecentes (Lei nº 11.343/2006) (art. 33, caput, e § 1º)

Quanto ao delito previsto na Lei 8.072/1990 como tráfico ilícito de entorpecentes, será necessário realizar algumas considerações mais específicas.

3.5.4 Tráfico ilícito de entorpecente e cabimento de prisão temporária

A Lei de Crimes Hediondos, em consonância com o inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal, previu o delito de tráfico como equiparado a crime hediondo. Quanto à hediondez do tráfico e dos demais delitos equiparados a hediondos (tortura e terrorismo), diferentemente dos demais crimes hediondos, o Constituinte não deixou espaço de discricionariedade para o legislador ordinário, estabeleceu de maneira prévia e explícita a gravidade de tais condutas.

O entendimento do STJ é assente nesse sentido de que a classificação da narcotraficância como infração penal equiparada a hedionda decorre diretamente da previsão

constitucional estabelecida no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal.⁴²

Portanto, não é cabível ao legislador ordinário retirar a hediondez do tráfico de drogas. A problemática, entretanto, reside em saber quais dos tipos previstos atualmente na Lei nº 11.343 se enquadram no conceito de tráfico, pois não há nenhum tipo com esse *nomen iuris*. Para fins de definição do cabimento de prisão temporária esse tema apresenta grande relevância, pois a Lei 8072/1990 repetiu o termo utilizado pelo Constituinte no artigo 5º: tráfico ilícito de entorpecentes. Denota-se, assim, que pretendeu conferir a mesma abrangência.

Desta forma, é preciso deixar claro que a prisão temporária não caberá para todas as infrações previstas na Lei de Drogas, mas apenas para aquelas consideradas equiparadas a crime hediondo.

O tema suscita divergências na doutrina. Guilherme Nucci, por exemplo, sustenta que apesar de se considerarem crimes equiparados a hediondo, tanto as condutas descritas no artigo 33, da Lei de Drogas, como as tipificadas nos artigos 34 a 37, a decretação de prisão temporária apenas caberia para o artigo 33 da Lei 11.343/2006⁴³.

Data venia, não há razão para realizar tal distinção. O §4º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos é claro quando estabelece o cabimento da prisão temporária a todos os crimes previstos no *caput* do mesmo artigo 2º e este, por sua vez, explicita: “Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.” Percebe-se, como já dito, que o dispositivo legal utilizou a mesma nomenclatura constante do inciso XLIII, da CF/88. Ora, se a lei não traçou qualquer distinção, não haveria motivo para o intérprete fazê-lo. Tanto a equiparação a delito hediondo, quanto a análise do cabimento da prisão temporária dependem da abrangência conferida ao termo “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”.

O atual entendimento do STF é de que apenas as modalidades de tráfico previstas no artigo 33 *caput* e no §1º da Lei nº 11.343/2006 são condutas equiparadas a crime hediondo⁴⁴. Essa mesma orientação deve ser adotada para fins de possibilidade de decretação de prisão temporária, sob pena de criar-se um paradoxo jurídico, adotando-se interpretações diferentes de um mesmo termo, a depender da finalidade visada: equiparação a crime hediondo ou imposição de prisão temporária.

Por mais que se reconheça a extrema gravidade dos delitos previstos nos artigos 34 e 36: financiamento do tráfico e tráfico de maquinários, não se pode realizar uma interpretação

⁴² STJ. 3ª Turma. AgRg no HC 729.332/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 19/04/2022.

⁴³ Nucci, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas** – 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p.1098

⁴⁴ HC 118533/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, 23.6.2016. (HC-118533)

extensiva, pois não configuram propriamente tráfico de drogas. Tal interpretação é forçosa tendo-se em vista a legalidade estrita que deve prevalecer em matéria penal. Dessa forma, os delitos mencionados deveriam estar previstos expressamente ou na Lei 7.960/89 ou na Lei 8.072/1990, para que fosse possível a imposição de prisão temporária. Essa alteração legislativa, inclusive, é extremamente pertinente tendo em vista a complexidade da investigação desses delitos.

3.6 Contemporaneidade dos fatos

A Lei nº 13.964/2019 introduziu o §2º ao artigo 312, do CPP, que assim dispõe: “A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.”

Apesar do dispositivo legal tratar especificamente da prisão preventiva, a doutrina mais balizada defendia sua aplicação também à prisão temporária. A contemporaneidade dos fatos justificadores constitui consentâneo do *periculum libertatis*. Ora não se pode sustentar a necessidade de prender-se alguém com base em fatos temporalmente longínquos, pois perderia-se a própria razão de ser da medida cautelar.

Com a decisão do STF proferida nas ADI's 3360 e 4109, Em seu voto, o Ministro Edson Fachin, acompanhando o Ministro Gilmar Mendes, asseverou que:

Com relação à prisão estar fundamentada em fatos novos ou contemporâneos (art. 312, § 2º, CPP), ainda que se cuide de dispositivo voltado à prisão preventiva, entendo que a regra é também aplicável à prisão temporária. Trata-se não apenas de uma decorrência lógica da própria cautelaridade das prisões provisórias, como também consequência do princípio constitucional da não culpabilidade. A assertiva anterior, entretanto, não impede a decretação de prisão cautelar por crimes antigos; apenas obsta a imposição de prisão caso não haja fato contemporâneo ao decreto que justifique, de maneira objetiva, o *periculum libertatis*.⁴⁵

É importante entender-se exatamente sobre o que incide essa contemporaneidade. Não basta que o *periculum libertatis* esteja justificados por fatos concretos, tais fatos precisam ser também contemporâneos à imposição da prisão. No caso específico da prisão temporária, o referido *periculum libertatis* sempre estará justificado pela imprescindibilidade para

⁴⁵ ADI 4109. Voto Ministro Edson Fachin. p. 18

investigação criminal. Portanto, os fatos que forem utilizados para evidenciar essa necessidade devem ser atuais, entenda-se temporalmente próximos à decretação da medida cautelar.

Observa-se que a contemporaneidade não se refere à prática delitiva em si, mas aos fatos evidenciadores do *periculum libertatis*. É plenamente possível, por exemplo, a prisão temporária de uma pessoa investigada por fundadas razão de autoria em homicídio praticado 10 anos antes, contanto que, tenha por exemplo passado recentemente a ameaçar testemunhas no decorrer da investigação criminal.

Por fim, é necessário asseverar que não se exige simultaneidade da medida cautelar, o que, sem dúvidas, acarretaria uma inocuização do próprio instituto. Como já dito, basta a proximidade temporal.

3.7 Adequação e insuficiência de medidas cautelares diversas

Conforme já exposto anteriormente neste trabalho, a proporcionalidade deve pautar as ações de um Estado que preze pelo respeito aos Direitos Individuais. Tal proporcionalidade, entretanto, não pode ser uma palavra “vazia”, apta a justificar qualquer tipo de decisão, ao bel prazer do operador do direito.

É necessário que seja seguido um método, a fim de se conferir contornos minimamente seguros a um conceito que por si só seria abstrato. Nesse sentido, revela-se a importância de novamente trazer-se à tona o critério racional de ponderação desenvolvido por Robert Alexy.

A repartição da proporcionalidade em três subprincípios - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - possibilita ao operador jurídico condições para aferir a proporcionalidade de uma medida diante do caso concreto. Com relação a prisão temporária, esse critério possui enorme importância, visto que a prisão cautelar constitui uma excepcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

A aferição dessa proporcionalidade não deve estar restrita à apreciação do Poder Judiciário, mas deve pautar tanto os requerimentos do Ministério Público, quanto as representações do Delegado de Polícia. Essas autoridades do sistema de persecução penal possuem grande importância, pois estão em contato direto com a investigação. Assim, não só as concessões de prisão temporária devem ser excepcionais, mas também seus pedidos. É absolutamente inadmissível a prática de requerer-se prisão temporária de maneira automatizada, sem uma análise minuciosa e uma fundamentação minimamente embasada. Infelizmente, essa ainda é a realidade em alguns lugares do país.

Essa análise da proporcionalidade, como um todo, está intimamente ligada ao cotejo

da imprescindibilidade da prisão para as investigações, nos termos do inciso I do artigo 1º da Lei 7.960/89. Ora, para que se possa afirmar uma medida como imprescindível, ela deve ser no mínimo adequada, necessária e estritamente proporcional. Tal proporcionalidade não incide apenas sobre a (im)possibilidade de decretação da prisão, repercute igualmente sobre o prazo: nem sempre o prazo máximo é necessário e isso deve ser cuidadosamente analisado.

Nesse sentido, o STF fixou a adequação e a necessidade como requisitos para a decretação de prisão temporária, nos termos do acórdão, caberá prisão temporária quando: “4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP); 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP).”

Primeiramente, deve-se averiguar a adequação da prisão temporária ao resguardo da investigação criminal. A adequação consiste basicamente na idoneidade da medida (prisão) para fomentar um determinado fim (lisura da investigação). A prisão temporária deve ser, antes de tudo, potencialmente útil ao resguardo da investigação. A análise dessa adequação deve ser feita levando em consideração as minúcias do caso concreto: gravidade concreta do crime, circunstâncias do fato, condições pessoais do indiciado, etc.

Ademais, a prisão temporária deve ser estritamente necessária, ou seja, dentre as medidas adequadas, ela deve ser a menos gravosa. Nesse sentido, se uma medida cautelar diversa da prisão for capaz de realizar o fim visado, não haverá necessidade de se impor situação mais gravosa à pessoa investigada.

A Lei 12.403/2011, superando uma lógica maniqueísta de prisão ou liberdade, que vigia no sistema processual penal pátrio, introduziu no CPP instrumentos cautelares diversos da prisão. O artigo 319 os enumera:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

Assim, se qualquer dessas medidas for suficiente ao resguardo da investigação criminal, não se deverá cogitar a possibilidade de prisão temporária. Lamentavelmente, essas medidas ainda são, em certa medida, preteridas, pois se traça uma presunção abstrata e à priori de sua ineficácia. Deve haver elementos nos autos que demonstrem a insuficiência das medidas alternativas.

4 Procedimento para decretação e questões controvertidas

4.1 Procedimento

Além dos requisitos para decretação, é pertinente analisar-se o procedimento estabelecido para imposição dessa modalidade de cárcere cautelar. A Lei n° 7960/1989, a partir de seu artigo 2º, regula questões que vão desde a necessidade de provocação ao prazo de duração e possibilidade de prorrogação. A seguir, serão traçados alguns comentários sobre tais questões.

4.1.1 Necessidade de provocação jurisdicional

O *caput* do artigo 2º da Lei de Prisão Temporária dispõe: “A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.” Percebe-se, desde logo, que o legislador, de maneira muito acertada, vedou a possibilidade de o juiz impor a prisão temporária de ofício.

Essa necessidade de provocação judicial resguarda o modelo processual acusatório, no qual o magistrado não possui papel de investigador e muito menos de acusador. Por isso, só poderá haver prisão temporária diante de representação do Delegado de Polícia ou de requerimento do Ministério Público.

O §1º do artigo 2º estabelece que no caso de representação da autoridade policial, o juiz ouvirá o Ministério Público. Daí surge a dúvida, se, diante de uma representação policial, houver manifestação do *Parquet* em sentido contrário, seria cabível ao juiz decidir pela imposição da prisão temporária? Apesar de a literalidade do dispositivo sugerir que a manifestação do órgão ministerial seria meramente opinativa, a melhor interpretação é de que, no caso de representação, será imprescindível a aquiescência do Ministério Público. Uma vez que, na condição de *dominus litis*, apenas ao *Parquet* cabe decidir pelo oferecimento de denúncia, logo seria verdadeiro contrassenso admitir-se a imposição de uma prisão sem a concordância desse órgão. No mesmo sentido é o escólio de Renato Brasileiro⁴⁶:

Na hipótese de uma prisão temporária ser decretada de ofício, ou diante de mera representação policial, sem a obrigatória e prévia manifestação do Ministério Público, ter-se-á manifesto constrangimento ilegal, haja vista ser o Parquet o titular da ação penal pública, sendo ilógica e arbitrária a adoção da medida cautelar sem que o *dominus litis*

⁴⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único– 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1115.

manifeste-se favoravelmente à adoção da medida. Com efeito, basta imaginarmos o quanto inconveniente seria a decretação de uma prisão temporária sem a aquiescência do órgão ministerial, caso o Ministério Público deliberasse posteriormente pelo não oferecimento de denúncia.

Tanto a representação policial quanto o requerimento do Ministério Público devem estar devidamente fundamentados e instruídos com elementos que demonstrem a presença dos requisitos da prisão temporária: *fumus commissi delicti*, *periculum in mora*, contemporaneidade das justificativas, adequação e insuficiência das medidas cautelares alternativas.

Por fim, cabe salientar que, diferentemente da preventiva, descabe requerimento do querelante para prisão temporária. Até porque atualmente não há previsão de nenhum delito de ação penal de iniciativa privada no rol de cabimento da prisão temporária. Ainda que posteriormente algum delito de ação penal privada venha a ser incluído no rol do artigo 1º, descaberá requerimento do querelante, ante a disposição explicitada no artigo 2º, que não prevê tal possibilidade.

4.1.2 Prazo de Duração da Prisão

A estipulação de um prazo máximo de duração é um dos principais pontos positivos da prisão temporária. Diferentemente da prisão preventiva, que pode se estender por um período indefinido de tempo, o legislador preocupou-se em limitar temporalmente a prisão temporária. Do ponto de vista do resguardo dos Direitos individuais essa limitação é digna de aplausos e torna a prisão temporária uma medida menos gravosa do que a prisão preventiva⁴⁷.

Nesse sentido, a Lei nº 7960/1989 estabelece que a Prisão Temporária terá o prazo de 5 dias, prorrogável por igual período no caso de extrema e comprovada necessidade. Paralelamente, a Lei nº 8072/1990 prevê que, para os delitos nela previstos, a prisão temporária terá o prazo de 30 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Primeiramente, é preciso salientar que esses prazos previstos na legislação referem-se ao prazo máximo de duração da prisão temporária. Seria verdadeiramente teratológica uma interpretação do dispositivo que tendesse a vedar a imposição de prisão por um período menor que 5 dias (Lei nº 7.960/89) ou que 30 dias (Lei nº 8.072/1990).

A estipulação do prazo inicial deve estar estritamente pautada na necessidade. Dessa forma, se um dia for suficiente ao resguardo da investigação criminal, não se justificará a imposição de cinco dias. Da mesma forma, as prorrogações de prazo devem estar limitadas

⁴⁷ AVENA, Norberto. **Processo penal**. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

pela necessidade vislumbrada no caso concreto.

Ademais, a contagem desse prazo deve ser realizada nos termos do artigo 10, do Código Penal: inclui-se o dia do começo. Dessa forma, nos termos do §8º do artigo 2º, incluído pela Nova Lei de Abuso de Autoridade, o prazo será contado a partir do cumprimento do mandado de prisão. Se a pessoa investigada for presa no dia 10 (a qualquer horário), tendo sido decretada prisão temporária por 5 dias, deverá ser solto no último instante do dia 14 (às 23h59m59s, para fins práticos 00h00m do dia 15).

O prazo de duração, assim como o dia em que o preso deverá ser liberado, devem constar do mandado de prisão, do qual uma via deverá ser entregue ao preso, a fim de que esteja ciente do dia em que deverá ser liberado.

Insta salientar ainda que a soltura deve ocorrer automaticamente, independentemente de ordem judicial, exceto se a autoridade responsável já tiver sido comunicada da prorrogação do prazo ou da decretação de prisão preventiva. Inclusive a autoridade que deixar de realizar a soltura do preso temporário poderá incorrer na figura delitiva prevista no artigo 12, IV, da Lei nº 13869/2019, desde que tenha agido com o fim específico de “prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.”

Por fim, após o recebimento da denúncia, mesmo que o prazo da prisão temporária ainda não tenha se exaurido, o preso deverá ser posto em liberdade, uma vez que a prisão temporária não pode ser decretada nem mantida após o início do processo penal.

4.1.3 Prazo de 24 horas para Despacho da Autoridade Judicial

O §2º do artigo 2º da Lei de Prisão Temporária prevê que, a partir do recebimento da representação ou requerimento, a autoridade judicial terá o prazo de 24 horas para proferir o despacho. Essa imposição do legislador se justifica pela urgência que é ínsita à própria prisão cautelar. Por isso mesmo, requer-se celeridade na apreciação do Poder Judiciário.

Inclusive esse foi um dos pontos suscitados na ADI 4109, a argumentação do autor foi no sentido de que essa limitação do prazo inviabilizaria uma apreciação minuciosa do julgador sobre o pedido de prisão temporária. Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes, não vislumbrando qualquer inconstitucionalidade na disposição legal, argumentou:

A análise sobre um pedido de prisão pressupõe uma resposta célere do Poder Judiciário, pois, em caso de necessidade e devida justificação concreta, a imposição da medida pode ser urgente. Além disso, de qualquer modo, poder-se-ia afirmar que tal previsão determinaria um prazo impróprio, que, a depender da complexidade da questão, pode

requerer uma análise mais alongada.⁴⁸

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Edson Fachin, entendendo pela consitucionalidade do dispositivo e pela existência de prazo impróprio.⁴⁹

Portanto, a apreciação do pleito pelo judiciário deve ser o mais célere possível, pois a demora pode causar sérios e irreversíveis danos à eficiência da investigação criminal. Testemunhas podem ser coagidas ou mortas, provas podem ser destruídas, entre outras inúmeras situações danosas que podem ocorrer.

Não se pode se perder de vista, entretanto, a necessidade do adequado cotejo dos elementos constantes dos autos e da presença/ausência dos requisitos para decretação. Por isso mesmo, o STF entendeu tratar-se de um prazo impróprio, que pode ser estendido diante de situações excepcionais, sem que se gere qualquer nulidade pelo seu descumprimento.

4.1.4 Fundamentação da decretação da Prisão Tempoária

O artigo 93, IX da Constituição Federal estabelece que toda e qualquer decisão do Poder Judiciário deve ser fundamentada. Um rigor ainda maior deve ser dispensado quando a decisão judicial puder restringir a liberdade do indivíduo.

Nesse sentido, o magistrado, ao decretar a prisão temporária, deve demonstrar a presença de cada um dos requisitos da prisão temporária: *fumus comissi delicti*, *periculum in mora*, contemporaneidade das justificativas, adequação da medida e insuficiência de medida cautelar alternativa. A fundamentação deve indicar os elementos que levaram o juiz à formação do seu convencimento.

O juízo não pode se limitar à mera afirmação de que a prisão da pessoa investigada é imprescindível e que todos os requisitos estão presentes. Se assim for feito, estará caracterizado patente constrangimento ilegal, a ser sanado pelo *Habeas Corpus*, posto que a decisão não poderá ser considerada fundamentada.

4.2 Direitos do Preso Temporário

Os direitos conferidos aos presos condenados (*carcer ad poenam*) igualmente devem ser garantidos aos presos provisórios. Nesse sentido, sem entrar em detalhes, até porque não é

⁴⁸ **ADI 4109/DF**. Voto do Ministro Gilmar Mendes. P. 17

⁴⁹ “com relação ao prazo de 24 horas previsto no § 2º do art. 2º, entendo não haver incompatibilidade com a Constituição Federal. Primeiro, porque, em determinadas situações, a urgência pode impor a análise do pedido pelo Juiz em um prazo reduzido, como, por exemplo, um possível crime de sequestro em curso no qual a vítima esteja em poder do sequestrador. Segundo, trata-se de prazo impróprio, a ser observado conforme o prudente arbítrio do Magistrado competente para a decretação da medida no caso concreto.” ADI 4109/DF. Voto do Ministro Edson Fachin. P. 8

objetivo desse trabalho, convém citar alguns: resguardo da integridade física e mental; imediata comunicação ao juízo, ministério público e familiares do preso; direito ao silêncio; garantia da assistência de advogado; direito à identificação dos responsáveis pela prisão.

Além disso, a Lei nº 7960/1989 estabelece, em seu artigo 3º, que os presos temporários devem permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais presos. Essa opção de política criminal tem como objetivo evitar que haja contato entre os presos provisórios, para os quais ainda não houve uma atribuição de culpa, com os presos definitivos, que muitas vezes têm um alto grau de periculosidade. Um rigor ainda maior é estabelecido pela Lei de Execução Penal, que requer uma separação entre os próprios presos provisórios, de acordo com o tipo de crime cometido: “§ 1o Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II.”

Entretanto, apesar da grande importância, essas regras muito raramente são cumpridas, tendo em vista a superlotação dos estabelecimentos penais. A esse respeito Paulo Rangel acertadamente assevera:

Dispositivo inútil, que não tem o menor respeito por parte do administrador no Brasil, pois é cediço que as delegacias de polícia estão superlotadas e não há a menor vontade de se solucionar o problema. A regra inserta neste dispositivo legal é corolário lógico do disposto no art. 300 do CPP. Porém, os presos provisórios acabam sendo misturados aos presos condenados, que aguardam resposta aos seus recursos, ou aos que já estão com trânsito em julgado de sua decisão condenatória. O legislador cria o direito, o Judiciário tenta conceder, mas o Executivo não cria a estrutura material para a incidência fática da norma. Ou seja, trata-se de dispositivo inútil, como o próprio administrador.⁵⁰

A prática de misturar os presos numa mesma cela, sem qualquer critério, é um verdadeiro absurdo e torna a imposição da prisão provisória ainda mais violenta e degradante.

4.3 Questões controvertidas

4.3.1 Audiência de Custódia deve ser realizada no caso de prisão temporária?

Ponto que merece destaque é a celeuma acerca da (im)prescindibilidade da realização da audiência de custódia após o cumprimento do mandado de prisão temporária. Essa questão tem suscitado debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Para proporcionar um melhor

⁵⁰ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal** – 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

entendimento, é mister traçar um breve histórico acerca do regramento legal desse instituto que é relativamente novo no Brasil.

O Pacto de São José da Costa Rica foi o primeiro diploma a impor a necessidade de realização da audiência de custódia no país. Em seu artigo 7º, item 5, dispôs que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”. Tendo em vista a suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, o CNJ editou a Resolução 213, que entrou em vigor em 01-02-2016.

A referida resolução impôs a necessidade de apresentação do preso à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Essa apresentação deveria ocorrer independentemente da modalidade da prisão realizada: em flagrante ou por mandado de prisão cautelar ou definitiva. Portanto, a audiência de custódia era dotada de grande amplitude.

Em 2019, contudo, o Pacote Anticrime de maneira inédita introduziu a previsão da audiência de custódia no Código de Processo Penal. Nesse sentido o artigo 310 estabeleceu a necessidade de realizar-se audiência de custódia no caso da prisão em flagrante. Entretanto, faz-se necessária cautela ao analisar o dispositivo, pois uma leitura assistemática poderia levar à errônea conclusão de que a audiência de custódia só deveria ser realizada no caso de prisão em flagrante.

Essa não é a melhor interpretação. Tomando-se como base o próprio entendimento do STF, os tratados internacionais de direitos humanos gozam de um *status* suprallegal, ou seja, estão numa posição hierarquicamente superior às leis ordinárias. Ora, se o Pacto de São José da Costa Rica estabelece categoricamente a necessidade de realizar-se audiência de custódia para todo e qualquer indivíduo que tenha sua liberdade tolhida (preso, detido ou retido), não seria possível que o pacote anticrime (lei ordinária) viesse a restringir a amplitude da audiência de custódia.

Nesse sentido, em outubro de 2020, o Min. Edson Fachin, reconsiderando sua própria decisão monocártrica exarada em 12-02-2019⁵¹, deferiu medida liminar, *ad referendum* do Plenário do STF, para determinar que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro realizasse, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, audiência de custódia em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas⁵². Em seguida os efeitos da decisão foram estentidos para os demais estados da federação. Até o momento da redação deste trabalho, o julgamento pelo Plano do STF ainda está pendente.

No plano do Código de Processo Penal, uma leitura sistemática dos artigos

⁵¹ **Rcl 29303 AgR/RJ**, rel. Edson Fachin, julgamento em 12.2.2019. (Rcl-29303)

⁵² **STF, AgRg na Reclamação n. 29.303/RJ**, Decisão monocrática do Min. Edson Fachin, j. 10.12.2020

introduzidos pela Lei Anticrime também aponta para imprescindibilidade da realização da audiência de apresentação no caso de prisão preventiva e temporária. Primeiramente, tem-se o artigo 287 que preceitua: “Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia.” A partir tão somente dele já se vislumbrava uma situação de realização de audiência de custódia no caso de prisão cautelar por mandado.

Além disso, em 30-04-2021, diversos vetos do Presidente da República foram “derrubados” pelo Congresso Nacional⁵³, dentre eles, o veto ao §1º do artigo 3º-B, que prevê “O preso em flagrante ou **por força de mandado de prisão provisória** será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.” Apesar da suspensão de sua eficácia, diante da liminar deferida pelo Ministro Luiz Fux nos autos das ADI’s 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, o dispositivo sem dúvidas evidencia que não foi pretensão do legislador retirar a obrigatoriedade da realização de audiência de custódia para os casos de prisão provisória por mandado.

Deve-se ter em vista qual é a função da audiência de custódia: salvaguardar os direitos da pessoa custodiada, garantindo sua apresentação diante do juiz, ministério público e da defesa, a fim de que esclareça em que circunstâncias ocorreu sua prisão. Seria ilógico negar esse direito ao preso preventivo e temporário.

Portanto, no caso de prisão temporária, a audiência de custódia deve ser indispensável. Além do mais, o artigo 2º, §3º, faculta ao juiz a possibilidade de a qualquer momento, inclusive de ofício:

1. determinar que o preso lhe seja apresentado;
2. solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial;
3. submetê-lo a exame de corpo de delito;

Todos esses, além da imprescindível audiência de custódia, são instrumentos importantes para o combate aos abusos, agressões e torturas que, infelizmente, ainda ocorrem com frequência no Brasil.

Por fim, tema que merece atenção é a questão do juízo no qual deve ser realizada a audiência de custódia do preso temporário. Sempre houve divergência entre os tribunais pátrios

⁵³ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/30/vetos-derrubados-do-pacote-anticrime-sao-promulgados>. Acesso em: 17 out. 2022

(estaduais e federais), de forma que alguns, indistintamente, realizavam as audiências nas centrais de custódia, qualquer que fosse a modalidade de prisão: flagrante, temporária, preventiva ou definitiva.

As chamadas centrais de custódia são amparadas pelo artigo 1º, §2º, da Resolução 213/2015 do CNJ:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

...

§ 2º Entende-se por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça Militar, Tribunal Regional Federal, Tribunal Regional Eleitoral ou do Superior Tribunal Militar que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista.

Dessa forma, foi concedida autorização para que os tribunais locais definissem o conceito de autoridade judicial competente, à qual a pessoa custodiada deveria ser apresentada. No entanto, tal regramento só é válido com relação aos casos de prisão em flagrante, como deixa claro o *caput* do artigo 1º.

O juízo de realização de audiências de custódia decorrentes de prisão preventiva, temporária e definitiva possuem regulamentação diversa, o artigo 13, da Resolução 213/2015 do CNJ, estabelece:

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução. Parágrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local

Assim, não sendo caso de prisão em flagrante, a audiência de custódia deverá ser obrigatoriamente realizada pelo juízo que determinou a ordem de prisão. Sendo vedada a realização por centrais de custódia ou órgãos similares.

Em agosto de 2022, tendo em vista a persistência de atos normativos de alguns

tribunais determinando a realização de audiências nos polos de custódia, a Ministra Thereza da Assis Moura, Corregedora Nacional de Justiça, proferiu decisão na qual deixou clara a inconformidade dessa conduta com as regulações do CNJ. Nesse sentido asseverou que⁵⁴:

(...) essa estipulação objetiva assegurar a inequívoca ciência, pela unidade prolatora da ordem de captura, de que a constrição aconteceu, possibilitando que já nessa ocasião a necessidade da medida possa ser revista pelo Juízo natural. Diante da impossibilidade de que os magistrados atuantes nas centrais de custódia ou os juízes plantonistas exerçam revisão ou retratação das prisões estipuladas pelo órgão jurisdicional competente, bem assim como porque é fundamental a certeza de que aquele que ordenou a captura tomou inequívoca e imediata ciência de que ela aconteceu e das suas circunstâncias, é que nesses tipos de prisão o CNJ deliberou que as solenidades sejam conduzidos pelos Juízos naturais e que desencadearam a privação da liberdade.

Portanto, a realização da audiência de custódia pelo juízo natural constitui verdadeira garantia da pessoa custodiada, inclusive nos casos de prisão temporária.

4.3.2 O artigo 10 do CPP e a prisão temporária

O artigo 10 do Código de Processo Penal estabelece que, no caso de a pessoa investigada estar presa, o inquérito deve ser concluído no prazo máximo de 10 dias. Douro lado, a Lei da Prisão Temporária e de Crimes Hediondos possibilitam a manutenção da prisão temporária pelo prazo máximo de 10 e 60 dias, respectivamente.

Dessa forma, surge a dúvida se o prazo de prisão temporária deveria ser inserido dentro da contagem para fins de encerramento do inquérito policial. Assim, se determinado indivíduo for preso temporariamente, por 10 dias, na data de 15-10-2022, qual será a data final para encerramento do inquérito policial? Há duas soluções plausíveis:

- A posição defendida por Fernando Capez⁵⁵ é no sentido de que o prazo para encerramento do inquérito policial só começaria a ser contado após o fim da prisão temporária. No caso hipotético delineado acima, apenas iniciaria-se a contagem dos 30 dias para finalização do inquérito no dia 25-10-2022. O prazo seria de 30 dias uma vez que a pessoa investigada já estaria solta. De forma que, tendo em vista que prazo para encerramento do inquérito possui natureza

⁵⁴ Decisão. CNJ. Disponível em: <https://www.direitopenalbrasileiro.com.br/wp-content/uploads/2022/08/audiencia-custodia-feita-juizo-ordenou.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal** / Fernando Capez. – 19.ed. – São Paulo : Saraiva, 2012. P. 142

processual, devendo ser contado nos termos do artigo 798 do CPP (exclui-se o dia do começo e inclui-se o do vencimento), o inquérito deverá ser concluído até às 23h59m do dia 24-11-2022.

- Doutro lado, Norberto Avena⁵⁶ aduz que o tempo em que a pessoa investigada estiver preso temporariamente deve ser computado na contagem do prazo para encerramento do inquérito policial. Dessa forma, no caso acima, o último dia para finalização do inquérito seria o dia seguinte ao fim da prisão temporária, dia 26-10-2022, pelo fato de, conforme já salientado, tratar-se de prazo processual. Na defesa dessa “tese”, Norberto Avena enfrenta um paradoxo com relação às prisões temporárias decretadas nos termos da Lei de Crimes Hediondos, com o prazo de até 60 dias. Ora, se o prazo de prisão temporária deve ser computado para contagem do inquérito, como poderia se manter a pessoa investigada presa por mais 50 dias, se o inquérito já teria de estar finalizado, sendo que a prisão temporária não poderia se manter após a fase de inquérito? Resolve a celeuma afirmando que, nesses casos, o inquérito poderia durar enquanto se estendesse a prisão temporária, assim o prazo para finalização do inquérito acabaria no dia seguinte ao fim da prisão temporária.

Registra-se precedente do STJ, no qual se acolheu a tese de que a contagem do prazo para encerramento do inquérito não se iniciaria com a imposição de prisão temporária:

(...) 1. Nos termos do art. 10 do Código de Processo Penal, a contagem do prazo de 10 dias para conclusão do inquérito e de 5 dias para oferecimento da denúncia não tem início com a execução da prisão temporária, mas com a prisão preventiva. Além disso, não há excesso de prazo se a denúncia é oferecida em tempo razoável, e, tampouco, na decisão que prorroga o prazo para conclusão do inquérito policial, considerado o grande número de investigados e a complexidade dos fatos em apuração. (...) (AGRG NA CAUINOMCRIM 36 / Df Agravo Regimental Na Cautelar Inominada Criminal 2020/0205389-3 Relator Ministro Benedito Gonçalves Órgão Julgador Ce - Corte Especial Data Do Julgamento 18/11/2020 Data Da Publicação/Fonte Dje 04/12/2020)

A questão é de fato complexa. Não se pode argumentar, baseando-se simplesmente em uma interpretação literal do artigo 10 do CPP, que a contagem do prazo de 10 dias para o fim

⁵⁶ AVENA, Norberto **Processo penal** / Norberto Avena. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. P. 254

do inquérito apenas ocorreria nos casos de prisão em flagrante e preventiva, e, por isso seria inaplicável à prisão temporária. É preciso atentar-se que o referido artigo ainda é remanescente da redação original do CPP, oportunidade na qual sequer existia o instituto da prisão temporária, de forma que seria impossível ao legislador prever essa possibilidade.

Nesse sentido, torna-se imprescindível realizar-se uma interpretação teleológica da norma insculpida no artigo 10. Ora, se o fim ao qual a norma se volta é o de conferir maior celeridade à investigação criminal na qual a pessoa investigada encontra-se presa, não haveria razão para não se estender tal imposição à prisão temporária, sob pena de inescusável afronta à isonomia.

Ademais, a interpretação segundo a qual o período de prisão temporária não seria computado no prazo para encerramento do inquérito conduz a uma dilação indevida e abusiva do inquérito policial, o que sem dúvidas é extremamente danoso para o pessoa investigada que, além da prisão, tem de enfrentar uma duradoura indefinição quanto à sua situação. Uma vez que o indivíduo é preso - saliente-se - cautelarmente preso, o mínimo que o Estado tem que fazer é dar-lhe uma resposta: o que foi obtido com sua prisão? Para que serviu? Teve de fato alguma relevância prática? Ou apenas serviu como um instrumento promotor da espetacularização do processo penal? Tal resposta, tem de ser célere, pois uma demora indevida e inescrupulosa só exacerba o constrangimento e a violação dos direitos da pessoa investigada.

Apesar de se reconhecer o argumento daqueles que alegam a insuficiência do prazo para investigação de crimes complexos, como homicídio, tendo-se em vista principalmente a carência de recursos e de pessoal das polícias judiciárias (polícias civis) em algumas regiões do país. Essa realidade, no entanto, não pode servir de escora para violações massivas do direitos das pessoas investigadas.

O legislador pátrio, inclusive, tem realizado inovações no sentido de manter a eficácia da investigação criminal, sem promover abusivas dilatações de prazo. Nesse sentido, o artigo 3º-B, §2º, inserido no CPP pelo Pacote Anticrime, apesar de ainda estar com eficácia suspensa, possibilita que o juízo de garantias prorogue o prazo para encerramento do inquérito policial por até 15 dias.

Portanto, o melhor entendimento é de que o tempo de prisão temporária deve ser computado no prazo para encerramento do inquérito policial.

4.3.3 Decretação de medida cautelar mais gravosa do que a requerida pelo ministério público

Questão que tem tomado relevo nos debates doutrinários e jurisprudenciais é a da possibilidade de escolha, pelo magistrado, de medida cautelar diversa da requerida pelo

Parquet. Em recente julgamento, o STJ assentou o entendimento de que essa conduta do juiz não configuraria uma atuação *ex-officio*, sendo, desta forma, compatível com o sistema acusatório.

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. MINISTÉRIO PÚBLICO PUGNA PELA CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM CAUTELARES DIVERSAS. MAGISTRADO DETERMINOU CAUTELAR MÁXIMA. PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO. NÃO OCORRÊNCIA. PRÉVIA E ANTERIOR PROVOCAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. REITERAÇÃO EM DELITOS DE VIOLÊNCIA NO ÂMBITO DOMÉSTICO. AGRESSÕES CONTRA FILHA MENOR DE IDADE E COMPANHEIRA GRÁVIDA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

1. Infere-se dos autos que o MP requereu, durante a audiência de custódia, a conversão da prisão em flagrante em cautelares diversas, no entanto, o Magistrado decretou a cautelar máxima.

2. Diversamente do alegado pelo Tribunal de origem, não se justificaria uma atuação *ex officio* do Magistrado por se tratar de crime de violência doméstica e familiar contra a mulher, com fundamento no princípio da especialidade. Não obstante o art. 20 da Lei n. 11.340/2006 ainda autorize a decretação da prisão preventiva de ofício pelo Juiz de direito, tal disposição destoia do atual regime jurídico. A atuação do juiz de ofício é vedada independentemente do delito praticado ou de sua gravidade, ainda que seja de natureza hedionda, e deve repercutir no âmbito da violência doméstica e familiar.

3. A decisão que decretou a prisão preventiva do paciente foi precedida da necessária e prévia provocação do Ministério Público, formalmente dirigida ao Poder Judiciário. No entanto, este decidiu pela cautelar pessoal máxima, por entender que apenas medidas alternativas seriam insuficientes para garantia da ordem pública.

4. A determinação do Magistrado, em sentido diverso do requerido pelo Ministério Público, pela autoridade policial ou pelo ofendido, não pode ser considerada como atuação *ex officio*, uma vez que lhe é permitido atuar conforme os ditames legais, desde que previamente provocado, no exercício de sua jurisdição. (...) (STJ. 6ª Turma RHC 145.225-RO, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 15/02/2022)

No mesmo sentido, a 2ª Turma do STF:

Agravo regimental no habeas corpus. 2. Agravo que não impugna todos os fundamentos da decisão agravada. Princípio da dialeticidade violado. 3. Prisão preventiva decretada a pedido do Ministério Público, que, posteriormente requer a sua revogação. Alegação de que o magistrado está obrigado a revogar a prisão a pedido do Ministério Público. 4.

Muito embora o juiz não possa decretar a prisão de ofício, o julgador não está vinculado a pedido formulado pelo Ministério Público. 5. Após decretar a prisão a pedido do Ministério Público, o magistrado não é obrigado a revogá-la, quando novamente requerido pelo Parquet. 6. Agravo improvido. (HC n. 203.208 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, Dje 30/8/2021)

Tendo em vista a fundamentação balizadora das decisões dos tribunais superiores, o mesmo entendimento seria aplicável à prisão temporária. Ou seja, nos casos em que o Ministério Público requeresse qualquer medida cautelar diversa da prisão, por a entender adequada e suficiente ao caso concreto, ainda assim, o magistrado(a) poderia impor prisão temporária, sem que tal atuação fosse considerada *ex-officio*.

Data venia, esse entendimento merece severas críticas. Como é sabido, o Processo Penal pátrio, por muito tempo, esteve pautado por uma lógica inquisitorial, na qual grandes poderes eram concentrados nas mãos do magistrado, que fazia as vezes de julgador, acusador e defensor, simultaneamente.

A doutrina sempre teceu duras críticas ao sistema inquisitivo, entendendo-o incompatível com as garantias constitucionais que devem existir num Estado Democrático de Direito. Principalmente porque infirma a imparcialidade necessária ao julgador.

Apenas com a Lei nº 13.964/2019, consagrou-se o sistema acusatório no Código de Processo Penal, de maneira a compatibilizá-lo com a CF/88, de forma a eleger e reforçar a necessidade de respeito ao sistema acusatório, que deve permear todo o Processo Penal.

Dessa forma, percebe-se que as decisões que conferem ampla discricionariedade ao julgado quanto à decretação de medidas cautelares são absolutamente teratológicas e têm como fim e efeito precípuo fraudar o sistema acusatório, partindo de uma errônea capacidade superior do magistrado(a) para avaliar a melhor medida cabível ao caso concreto.

A função de zelar pela ação penal de iniciativa pública foi constitucionalmente incumbida ao Ministério Público. Logo, é forçoso concluir-se que esse é o único órgão dotado de atribuição constitucional para decidir qual a medida cautelar mais adequada ao caso concreto. O magistrado(a) deve estar adstrito ao requerimento do Ministério Público, isso é decorrência lógica do sistema acusatório.

Percebe-se nesse tipo de decisão uma resistência por parte do Poder Judiciário em aceitar a “nova” sistemática. Persistem agarrados ao passado inquisitorial, no qual eram conferidos amplos poderes ao magistrado(a). Entretanto, essa cultura nociva deve ser, de uma vez por todas, abandonada. O magistrado(a) deve manter-se imparcial e equidistante, encontrando sua limitação máxima naquilo que foi requerido pelo Ministério Público.

Seria um contrassenso admitir-se, por exemplo, que diante do requerimento do MP da medida cautelar de comparecimento periódico em juízo (art. 319, I, do CPP), o juízo, por considerar mais conveniente, decretasse prisão temporária da pessoa investigada. É uma atuação de ofício, e pior, gravosa ao indivíduo.

Em seu voto, o Ministro Rogério Schietti Cruz aduziu que:

Impor ou não cautelas pessoais, de fato, depende de prévia e indispensável provocação; contudo, a escolha de qual delas melhor se ajusta ao caso concreto há de ser feita pelo juiz da causa. Entender de forma diversa seria vincular a decisão do magistrado ao pedido formulado pelo Ministério Público, de modo a transformar o julgador em mero chancelador de suas manifestações, ou de lhe transferir a escolha do teor de uma decisão judicial, em total despreço à função jurisdicional estatal.⁵⁷

Tal alegação de que o juízo se tornaria mero chancelador das manifestações do MP não procede. A única conduta vedada ao magistrado(a) é a de impor uma cautelar mais gravosa do que requerida pelo *Parquet*. A manifestação do órgão ministerial constitui apenas um limitador máximo da decisão judicial. Ainda é possível que o magistrado(a) imponha uma medida cautelar menos gravosa, assim como indefira o requerimento.

Portanto, quanto à prisão temporária, sua imposição só será cabível em duas hipóteses:

- 1) Quando o Ministério Público manifestar-se explicitamente por sua imposição
- 2) Quando o Ministério Público requerer a imposição de prisão preventiva e o magistrado (a) considerar a imposição de temporária como suficiente para o caso concreto

A hipótese 2 se faz possível pelo fato de, como já salientado neste trabalho, a prisão temporária constituir medida menos gravosa do que a prisão preventiva. Assim, caso seja suficiente, estejam preenchidos os requisitos legais e haja manifestação do *Parquet* pela imposição de preventiva, poderá o magistrado decretar a prisão temporária, sem que haja ofensa ao sistema acusatório ou às garantias processuais da pessoa investigada.

⁵⁷ RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 145225 - RO (2021/0097859-6)

5 CONCLUSÃO

A prisão temporária tem sua origem histórica intimamente entrelaçada a uma tentativa de superação do autoritário modelo da prisão para averiguações. Nesse sentido, apesar de inegavelmente ter concretizado avanços do ponto de vista do respeito ao direito das pessoas investigadas – exigindo decisão judicial e determinando um prazo máximo de duração – na prática, sua utilização perpetuou, em grande medida, a imposição de um prisão *ex-lege*, sem a devida atenção à excepcionalidade que devia reger sua aplicação.

A decisão proferida pelo STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3360 e 4109, realizou uma interpretação conforme da Lei nº 7.960/1989, fixando requisitos cumulativos para a decretação da prisão temporária: *periculum libertatis*, *fumus commissi delicti*, contemporaneidade dos fatos justificadores, adequação e insuficiência de medidas cautelares diversas.

Tal decisão foi extremamente benéfica, pois, além de conferir uma maior segurança jurídica quanto aos pressupostos para imposição da prisão temporária, proporcionou uma adequação do instituto aos princípios regentes das medidas cautelares no processo penal. Assim, privilegiou-se a estrita necessidade da medida para o resguardo da investigação criminal, além de preservar o caráter excepcional de imposição de prisão cautelar.

Partindo-se dessa mudança de paradigma e das análises empreendidas ao longo desse trabalho, é possível se perceber que a prisão temporária passou a possuir contornos mais garantistas e compatíveis com o regime constitucional vigente.

Nesse sentido, é necessário asseverar qual função a prisão temporária desempenha no sistema processual penal pátrio. Durante muito tempo esse foi um tema nebuloso, pois havia certa indefinição quanto aos casos nos quais cabia, tanto a imposição da prisão temporária, como da prisão preventiva (conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal). De forma que, chegava-se inclusive ao questionamento se, de fato, haveria algum sentido na existência do instituto da prisão temporária. Não bastaria uma única modalidade de prisão cautelar: prisão preventiva?

Atualmente, principalmente após a decisão do STF, que conferiu novos contornos ao instituto, é possível afirmar que a prisão temporária deve ser preservada no ordenamento pátrio e desempenha uma clara função. Deve ser mantida, pois representa uma medida menos gravosa do que a prisão preventiva, uma vez que, ao contrário dessa, possui um prazo de duração máximo pré-definido. E, por essa mesma razão, deve ser vista e entendida como a prisão cautelar própria da investigação criminal.

Assim, diante da necessidade de imposição de uma prisão cautelar no decorrer da investigação criminal, deve-se privilegiar a prisão temporária, em detrimento da prisão preventiva. De forma que a prisão preventiva só deverá ser decretada em casos de manifesta insuficiência da prisão temporária. Quanto a isso, revela-se de suma importância o controle do juízo, pois diante de um requerimento de prisão preventiva, em um caso concreto no qual se verifica a suficiência da prisão temporária, poderá decretar esta, ao invés daquela; conforme já pontuado, o requerimento do Ministério Público constitui apenas o limitador máximo da decisão judicial.

Portanto, diante de todo exposto ao longo desta monografia, conclui-se que a prisão temporária é um importante instrumento voltado ao resguardo da investigação criminal. Sua utilização, entretanto, deve sempre estar pautada na excepcionalidade e estrita necessidade. Ademais, além de útil, essa modalidade de prisão cautelar revela-se adequada, pois se encontra delimitada pelos ditames constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva - São Paulo, Landy, 2001

AVENA, Norberto. **Processo penal** / Norberto Avena. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. - 3. ed. revi, atual. e ampl. - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BELLAVISTA, Girolamo. **Studi sul Processo Penale**, IV, Giuffrè Editore, Milao.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 26 ago. 2022

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 26 ago. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em **Habeas Corpus Nº 145225**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Publicação no DJe em 23-03-2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=RHC+145225&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 29 ago. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 729.332**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Publicação no DJe em 24-05-2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=hc+729332&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 29 ago. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 44**. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicação no DJe em 21/05/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em: 29 ago. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3360**. Relator: Min. Cármen Lúcia. Publicação no DJe em 19/05/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2259375>. Acesso em: 29 ago. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4109**. Relator: Min. Cármen Lúcia. Publicação no DJe em 05/05/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2629686>. Acesso em: 29 ago. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 118533**. Relator: Min. Cármen Lúcia. Publicação no DJe em 01-08-2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4432320>. Acesso em: 29 ago. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 85011**. Relator: Min. Luiz

Fux. Publicação no DJe em 22-09-2015. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2252309>. Acesso em: 29 ago. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 29303**. Relator: Min. Edson Fachin. Publicação no DJe em 14-12-2020. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5329173>. Acesso em: 29 ago. 2022

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2ª edição, Almedina, Lisboa, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal** – 19.ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CARDOSO, Rafael Bezerra. **UMA VISÃO CRÍTICA DA PRISÃO TEMPORÁRIA EM FACE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO DE 1988**.

Disponível

em:

http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/edf_2010/artigos/art12RafaelBezerraCardoso.pdf. Acesso em: 02 abr. 2022

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição** - 4ª edição, revista e ampliada Editora Lumen Juris Rio de Janeiro, 2006.

CERVANTES, Miguel de. **Dom Quixote de La Mancha – Segunda Parte**. [Saavedra] Tradução: Francisco Lopes de Azevedo Velho de Fonseca Barbosa Pinheiro Pereira e Sá Coelho (1809- 1876) Conde de Azevedo Antônio Feliciano de Castilho Visconde de Castilho. [S.l.]: Edição eBooksBrasil, 2005. E-book. Disponível em: <https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/4/o/quixote2.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2022.

COSTA RIBEIRO, Diaulas. **Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro 1989: Um breve estudo sistemático e comparado**. Disponível em:
http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=214&p_ch=. Acesso em: 02 abr. 2022

DA SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798 (2002):23-50. Disponível em:
<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. Acesso em: 17 out. 2022

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** - 12. ed. rev., atual, e ampl. 2021 - Salvador: Ed. JusPodivm.

GRINOVER, Ada, FERNANDES, Antônio Sacarance. **As nulidades no processo penal** – 12ª ed. 2011 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

ITALIA. **Codice di Procedura Penale**. Disponível em:
https://www.congresso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_85/pdfs/27.pdf. Acesso em: 29 ago. 2022

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** – 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**– 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Provisória** [livro eletrônico] – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MOUGENOT, Edilson **Curso de processo penal**. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal** - 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 29 ago. 2022

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 29 ago. 2022

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal** – 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando. **Processo penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 3 v.

VETOS derrubados do pacote anticrime são promulgados. Agência Senado, Brasília, 3 maio 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/30/vetosderrubado-s-do-pacote-anticrime-sao-promulgados>. Acesso em: 29 ago. 2022.