

# Sistema Penal & Violência

**Revista Eletrônica da Faculdade de Direito**  
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

**Porto Alegre • Volume 3 – Número 1 – p. 89-99 – janeiro/junho 2011**

Editor

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

Organização de

PAULO VINICIUS SPORLEDER DE SOUZA

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI

ALINE MARIA MONTEIRO

## PRISÃO TEMPORÁRIA E PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: DIFÍCIL COEXISTÊNCIA

*Luana Bedin Fávero*

Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), campus de Pinhalzinho, Santa Catarina.

*Maciel Colli<sup>1</sup>*

Advogado criminalista. Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Especialista em Ciências Penais (PUCRS).

### Resumo

O presente artigo por fim analisar o princípio da presunção de inocência, como norma de garantia trazida pela Constituição Federal para, posteriormente, confrontar suas disposições com o texto da lei da 7.960/89, a qual disciplina o procedimento legal da Prisão Temporária no Brasil. Para tanto, referido princípio será analisado em sua dupla manifestação no sistema processual penal brasileiro: como regra de tratamento e como regra probatória. O tema das prisões cautelares acirra ânimos e inaugura, frequentemente, discussões no ambiente acadêmico, exatamente por possuírem como característica insita a privação (antecipada) da liberdade de alguém antes (fase pré-processual) ou durante (fase processual) o trâmite do processo penal. A vagueza de alguns de seus requisitos aliada à frequente utilização na incessante busca por *culpados de crimes graves* que atormentam a sociedade, faz com que a medida seja, em certos casos, utilizada nos moldes da, já extinta e arbitrária, *prisão para averiguação* do regime militar, a qual deve ser, a todo custo, repelida pelo Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Prisão temporária; Presunção de inocência; Garantias fundamentais.

### Abstract

#### *Temporary detention and presumption of innocence: difficult coexistence*

This article has the aim of analyzing the presumption of innocence, as the standard warranty brought by the Federal Constitution and, later, to confront its provisions with the text of the Law 7.960/89, which regulates the legal procedure of temporary detention in Brazil. To do so, that principle will be examined in its double manifestation in the Brazilian Criminal Procedure: as a rule of treatment and as a rule of evidence. The issue of precautionary arrests intensifies mood and opens, often academic discussions, precisely because they have inherent characteristic deprivation (early) the freedom of someone before (pre-process) or during (procedural phase) the processing of criminal procedure. The vagueness of some of its requirements coupled with the frequent use in the incessant search for perpetrators of serious crimes that plague society, which the measure, in some cases, to be used along the lines of, now defunct and arbitrary detention for questioning the Military Regime, which must be, at all costs, repelled by the Democratic State of Law.

**Keywords:** Temporary prison. Presumption of innocence; Fundamental guarantees.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nosso País, que constitui um Estado Democrático de Direito, prima pela proteção e efetivação e eficácia de direitos e garantias individuais estatuídos pela *Lei Maior*: a Constituição Federal. O direito à liberdade, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Referido dispositivo assegura que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Da mesma forma, a *Lei Maior* garante a todos a condição de inocente, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória – *princípio da presunção de inocência* – para que juízos de culpabilidade antecipados –, portanto, sem a submissão a um *devido processo legal* – não ocorram por quem detém maior poder.

No entanto, também há no ordenamento as chamadas medidas restritivas de liberdade, que podem ser adotadas na fase de investigação preliminar e durante o trâmite do processo penal: são as chamadas *medidas (pré)cautelares*. Dentre essas está a *prisão temporária*, objeto do presente estudo. Em razão de a Constituição Federal assegurar o direito à liberdade, bem como, o *princípio da presunção de inocência*, o conflito daí surgido, especialmente pelo (ab)uso das *prisões cautelares*, tem gerado fervorosas discussões e debates no meio acadêmico-jurídico.

A *prisão temporária*, que resultou da conversão da Medida Provisória n. 111, de 24 de novembro de 1989, para a lei n. 7.960, de 21 de dezembro do mesmo ano, é considerada medida extrema, que pode ser decretada somente durante a fase preliminar de investigação (pré-processual), na qual o investigado estaria submetido a um modelo inquisitorial no qual, em princípio, seria mitigado o *contraditório*, vez que, inicialmente, inexistente, literalmente, um *processo penal*.

Atualmente, a sensação de insegurança coletiva, fomentada, na maioria das vezes pela impressão midiática de assolação criminosa urbana, gera uma sensação de (falsa) necessidade de maior repressão à crimes ligados às supostas *organizações criminosas*, tendo como consequência direta a pugnação pela criação de leis penais mais *duras*. O legislador, na tentativa de controlar o (suposto) aumento da criminalidade, deixa que sentimentos o influenciem, esquecendo, muitas vezes, do feito e cuidado que deve ter com a *técnica legiferante*. A vagueza dos requisitos legais banaliza, muitas vezes, a *prisão temporária*. Essa medida passa a ser mais um instrumento utilizado por agentes de repressão em momento anterior ao do processo penal. O presente artigo tem por fim analisar o conflito decorrente da aplicabilidade da *prisão temporária* à luz do princípio constitucional da presunção de inocência.

### 1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: NORMA DE GARANTIA

O *princípio da presunção de inocência* originou-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França, considerada fruto da Revolução Francesa, e foi reiterado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no século XX. O texto da Declaração constitui reação a um sistema processual repressivo, fundado em provas ilegais e no uso indiscriminado de medidas odiosas em detrimento da pessoa do acusado, cuja expressão máxima era a tortura (GOMES FILHO, 1991).

No ordenamento pré-revolucionário, baseado no sistema primitivo das *ordálias*, o acusado não era tratado como um simples suspeito, mas sim considerado culpado pela opinião do público, e cumpria a este destruir as aparências e demonstrar a própria inocência (GOMES FILHO, 1991). Apesar desses rigores, o sistema repressivo mostrou-se incapaz de conter o aumento da delinquência, tornando-se necessária a *reestruturação da justiça criminal, com o objetivo de fazer da punição uma função regular: 'não punir menos, mas punir melhor'* (GOMES FILHO, 1991, p. 10-11).

A doutrina de Beccaria, anterior à Revolução Francesa, já lançava um verdadeiro clamor contra o arbítrio (MARTINS, 2009), mencionando que uma pessoa não pode ser considerada culpada antes da

sentença do juiz e, de igual forma, a sociedade só poderá retirar a proteção pública *depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida* (BECCARIA, 1996, p. 35).

Desde que essa regra foi reconhecida expressamente na Declaração, não mais deixou de fazer parte de Constituições *modernas* (CRUZ, 2006). No ordenamento jurídico brasileiro, esse princípio está expressamente consagrado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, que prevê que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*, sendo considerado princípio reitor do processo penal (LOPES JÚNIOR, 2006).

As Constituições brasileiras anteriores, *embora sempre pródigas na enumeração de garantias fundamentais da justiça repressiva*, não faziam menção, expressa e direta, a referido princípio, porém, verificava-se *sensibilidade* na sua aplicabilidade eis que considerava-se *a presunção de inocência como princípio informador do nosso ordenamento, especialmente em face da adesão do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948* (GOMES FILHO, 1991, p. 31).

A fórmula adotada pela Constituição Federal brasileira inspirou-se na disposição constitucional italiana de 1948. Entretanto, pode-se realizar uma interpretação mais abrangente da garantia, não se restringindo ao *acusado e à esfera do processo penal propriamente dito, reportando-se a todos os estágios da repressão penal, inclusive à atividades policiais ditas preventivas e investigatórias* (GOMES FILHO, 2001, p. 30). Da *presunção de inocência* não sobrevém somente a ideia de *função protetiva do sujeito* conferida a justiça penal, mas, também, o estabelecimento de bases para a construção de um modelo processual idôneo e democrático (GOMES FILHO, 2001).

Nas palavras de Aury Lopes Junior, o *a presunção de inocência* é

[...] princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável. Isso porque, ao corpo social, *lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos*, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.

Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou de defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça. É uma defesa que se oferece ao arbítrio punitivo. (FERRAJOLI, 1997 apud LOPES JÚNIOR, 2006, p. 186, grifo do autor).

Esse princípio se apresenta de duas formas: a) como *regra probatória* ou b) como *regra de tratamento*. Na *primeira*, resguarda a liberdade e a inocência do agente contra juízos que se baseiam em mera probabilidade, determinando que o ônus probatório para uma eventual condenação, baseada em uma *certeza*, não caberá ao acusado provar, mas sim ao órgão acusador (*comprovar as afirmações de responsabilidade penal feitas ao acusado, sob pena de, restando qualquer dúvida sobre o objeto da prova, resolver-se aquela a favor da defesa (in dubio pro reo)*) (CRUZ, 2006, p. 69-70). O órgão acusador tem o *dever de encontrar hipóteses e provas, e a defesa tem o direito (não o dever) de contradizer com contra-hipóteses e contraprovas* (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 189). O julgador, que deve ser imparcial, tem o dever de analisar todas as hipóteses apresentadas e somente aceitar a da acusação se estiver devidamente provada (LOPES JÚNIOR, 2006).

Ao se apresentar como *regra de tratamento*, o *princípio da presunção de inocência* exige que o acusado seja tratado com o respeito que sua pessoa e dignidade exigem, e que não haja equiparações deste com aquela pessoa sobre a qual já pesa uma condenação definitiva (CRUZ, 2006). Por aplicação elementar do princípio da isonomia, não há pessoas '*mais presumidas*' inocentes e pessoas '*menos presumidas*', pois todos somos *presumidamente inocentes* (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 189). Não há motivos que justifiquem tratamento diverso daquele que a *dignidade da pessoa humana* exige, pela hediondez do fato que é imputado, tampouco pela existência prévia de uma condenação definitiva anterior. Qualquer distinção feita em função da natureza do crime imputado contrariaria o princípio da isonomia, pois, como dito, a Constituição Federal não faz distinção entre *mais-inocente* e *menos-inocente*. O que deve contar é o respeito à dignidade do ser humano, independente do crime que lhe é imputado (SUANNES, 1999).

Em decorrência da inocência presumida, qualquer espécie de rigor processual que seja desnecessário em relação ao sujeito, cuja culpa ainda não foi declarada por sentença condenatória definitiva, deve ser evitado. Durante todo o trâmite do processo, o sujeito merece o mesmo tratamento dispensado a qualquer pessoa livre. Não deve ter sua liberdade restringida antes da decisão final, nem deve ser submetido a constrangimento processual desnecessário, salvo em casos de absoluta necessidade (MACHADO, 2005). O *estado de inocência* veda a antecipação do resultado final do processo, ou seja, veda a prisão quando não *fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal* (OLIVEIRA, 2005, p. 32).

Pode-se dizer, também, que a *presunção de inocência* decorre do *princípio da jurisdicionalidade*, pois, se a jurisdição é considerada a atividade imprescindível a alcançar a prova de que um delito foi cometido, até que essa não se produza, mediante um devido processo legal, nenhum delito poderá ser considerado cometido e ninguém poderá ser considerado *culpado* nem submetido a uma pena (FERRAJOLI, 1997 apud LOPES JÚNIOR, 2006). Referido princípio representa, a um só tempo,

[...] 'garantia de liberdade' e 'garantia de verdade' e também 'uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica 'segurança', formada pelo Estado de Direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica 'defesa' destes contra o arbítrio punitivo. (FERRAJOLI, 1997 apud CRUZ, 2006, p. 71).

A *conquista* desse princípio tem sido desconsiderada em manifestações movidas, não raras vezes, pela repercussão midiática – ocorrente, em regra, em crimes que provocam grande clamor social – e por aqueles que entendem que o combate à *criminalidade* deve ser feito com o *máximo de rigor*, com a imposição do *interesse coletivo* sobre o *individual* (MARTINS, 2009). A prevenção e a repressão ao crime é dever do Estado, mas, da mesma forma, é a correta aplicação da lei. As garantias individuais não podem ser desconsideradas pelo fato de existir um aumento da criminalidade, pois, o *monopólio estatal para a distribuição da justiça pressupõe um sistema processual justo e imparcial*, sem o qual *não haverá tranquilidade social, meta maior da sociedade* (NUCCI, 1999, p. 27/28). Exatamente por essa razão o acusado tem assegurado a si o *respeito aos seus direitos [...] dando-lhe a garantia de não ser tratado como culpado antes da condenação definitiva, têm-se as condições mínimas para um processo justo e civilizado* (CRUZ, 2006, p. 71).

O *princípio da presunção de inocência*, portanto, sendo princípio que rege e orienta o processo penal, deve ser maximizado *em todas suas nuances*, principalmente *no que se refere à carga da prova (regla del juicio)*, e às *regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva [estigmatização do imputado] e à limitação do (ab)uso das prisões cautelares* (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 189).

## 2 PRISÃO TEMPORÁRIA E PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: DIFÍCIL COEXISTÊNCIA

Durante o governo de Costa e Silva e Ernesto Geisel, no período autoritário do regime militar, várias foram as tentativas de legalização da chamada *prisão para averiguação*. Superada a fase da ditadura, foi instituída pelo governo democrático semelhante forma de prisão, porém, com nome diverso, qual seja, *prisão temporária* (TOURINHO FILHO, 2007). A *prisão temporária*, prevista na lei 7.960/89, surgiu após a promulgação da Constituição de 1988, em atendimento a pleitos da polícia judiciária brasileira, que se sentia enfraquecida diante do novo contexto constitucional no qual perdeu importantes poderes, dentre eles o de privação de liberdade para averiguações ou identificação dos suspeitos. A mitigação dos poderes do aparato repressivo estatal, trazida pela Constituição de 1988, ao mesmo tempo que representou um avanço democrático, foi considerada pelos órgãos ligados à polícia repressiva/investigativa como *uma castração de suas funções* (LOPES JÚNIOR, 2010b, p. 146).

Na época, a pressão foi tanta, que o Presidente José Sarney, no ano de 1989, institucionalizou a *prisão para averiguações*, a qual, apesar de possuir defeito genético, oriundo da conversão de Medida Provisória em lei, foi/é aplicada por juízes brasileiros que fazem vista grossa para grave inconstitucionalidade originária (LOPES JÚNIOR, 2010b). Por esse motivo, trata-se, a *prisão temporária*, de medida que visa satisfazer interesses da atividade policial, pois, sob o *manto da 'imprescindibilidade para as investigações do inquérito'* permite-se que essa disponha do imputado como bem entender (LOPES JÚNIOR, 2010b, p. 146b).

Os motivos invocados pelo legislador para instituir a *prisão temporária* foram, basicamente, o crescimento da violência e a necessidade de tornar mais eficaz a ação policial repressiva, com a fantasiosa ideia de que a simples otimização dos mecanismos repressivos seria capaz de resgatar a segurança ameaçada pelo *rápido* aumento da criminalidade no país. No entanto, tais ilusões autoritárias são comuns em discursos dos profissionais jurídicos, que acreditam na segurança e paz social a serem obtidas a partir de práticas repressivas (MACHADO, 2005). Porém,

[...] tais convicções ideológicas podem ter a nefasta conseqüência de determinar um uso indiscriminado e distorcido das prisões provisórias em geral e da prisão temporária em particular. Esta última, tal como ocorreu com outros mecanismos legislativos que tinham também o propósito de recrudescer a ação estatal repressiva, como é o caso da lei dos crimes hediondos, talvez se inscreva naquela categoria de diplomas legais que os processualistas deliberam chamar de 'legislação do pânico', editada sob a influência do medo que a crescente criminalidade vem suscitando no espírito dos brasileiros e também na consciência de suas autoridades. (MACHADO, 2005, p. 108/109).

Referidos argumentos e providências, de cunho visivelmente autoritário, fazem crer que o recrudescimento da repressão policial e judiciária seriam *remédios* para os males da violência e da criminalidade, quando, na realidade, servem somente *para manutenção coercitiva do status quo vigente, reforçando os objetivos da burocracia policial, sempre muito interessada na ampliação de sua margem de poder e de ação repressora* (MACHADO, 2005, p. 109). O nosso sistema constitucional preferiu fazer da liberdade a regra e da prisão processual a exceção prescrevendo, em seu artigo 5º, o *due process of law* como pressuposto da perda da liberdade. Ainda, definiu que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem judicial (NICOLITT, 2006). Assim, é de suma importância reconhecer que a prisão processual somente poderá ser decretada como *medida excepcional de natureza cautelar, instrumental, ligada à estreita necessidade de preservar o processo e sua efetividade*, para, assim, poder conviver em harmonia com o *princípio da presunção de inocência* (NICOLITT, 2006, p. 112-114).

A *prisão temporária* pode se estender por até 30 (trinta) dias, quando o crime praticado for *hediondo*, mas, mesmo que seja decretada pelo prazo mínimo de 05 (cinco) dias, aflora a percepção de que serve e tem servido a fim diverso do acautelamento das investigações e, de forma indireta, do processo penal que eventualmente poderá ser instaurado. Em princípio e ao que se constata, na verdade, a intenção do legislador foi punir de forma antecipada o sujeito sobre o qual paira uma acusação de prática de crime, fazendo com que esse seja estigmatizado diante da sociedade, a qual, por sua vez, alcançaria o *alívio* com a punição sumária do indiciado (MONTEIRO, 2002).

Na prática, durante o prazo de dez dias e, quando o crime for *hediondo*, pelo prazo até de sessenta dias, é permitido pelo juiz que um suspeito se sujeite a toda sorte de maus tratos (LOPES JÚNIOR, 2010b). *Maus tratos, sim, porque, se não houvesse para a Polícia a necessidade deles, por que requerer a prisão?* (CIRILO DE VARGAS, 1992, p. 267). Através da custódia por ordem judicial, *o cidadão está sujeito a suplícios que não deixam vestígios, sem valia nenhuma o exame médico para constatar violências* (CIRILO DE VARGAS, 1992, p. 267).

Ao contrário da *prisão preventiva*, onde o preso fica em estabelecimento prisional e, quando a polícia tem interesse em interrogá-lo ou conduzi-lo para participar de algum ato de investigação, necessita solicitar autorização à autoridade judicial,

[...] a prisão temporária lhes dá plena autonomia, inclusive para que o detido fique preso na própria delegacia de polícia. Significa dizer que ele está 24h por dia à disposição de todo e qualquer tipo de pressão ou maus tratos, especialmente das ardilosas promessas do estilo ‘confessa ou faz uma delação premiada que isso acaba’. (LOPES JÚNIOR, 2010b, p. 146).

Essa espécie de prisão cautelar é considerada constitucional no aspecto de que deve ser decretada pelo juiz, assim como toda e qualquer prisão (TOURINHO FILHO, 2007). No entanto, no que se refere ao princípio constitucional da *presunção de inocência*, *não faz sentido restringir a liberdade ambulatoria do cidadão sem demonstração da sua real necessidade* e, sob esse aspecto, essa modalidade de prisão é *supinamente inconstitucional* (TOURINHO FILHO, 2007, p. 485). Pode-se afirmar, sem dúvidas, que existe verdadeira afronta ao princípio constitucional da *presunção de inocência*, que não permite que um acusado receba o mesmo tratamento de um culpado, além de configurar desrespeito ao *princípio da dignidade da pessoa humana que não admite que um ser humano permaneça, por prazo desarrazoado, numa situação de incerteza a respeito do exercício do seu direito de liberdade* (FRANCO, 2005, p. 477).

Toda a prisão provisória demanda o preenchimento de dois requisitos: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. O primeiro não trata da prova da *existência de um direito*, mas sim, da *aparência* do cometimento de um crime. Nas prisões cautelares existe um juízo de probabilidade, que se justifica diante da impossibilidade de o homem ser conhecedor da *certeza absoluta* (TOURINHO FILHO, 2007). Na *prisão temporária*,

[...] onde estará o *fumus boni iuris*? Responda-se com o próprio texto legal: ‘*nas fundadas razões baseadas em qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado*’ na prática de um daqueles crimes elencados no inc. III do art. 1º da citada lei. (TOURINHO FILHO, 2007, p. 490, grifo do autor).

O requisito *fundadas razões* configura-se na existência de razões *idôneas, concretas*. Do contrário, a *prisão temporária* poderá se transformar em um instrumento de perseguição e tortura. Essa lei, por falha

técnica na sua redação, acarreta abusos que afetam, diretamente, o *status dignitatis* e o *status libertatis* do sujeito-alvo. Se a *materialidade* do crime não estiver provada, torna-se uma medida violenta. Aliás, essa modalidade de prisão não é outra coisa senão a antiga *prisão para averiguações*, mas agora com roupagem legal (TOURINHO FILHO, 2007).

O fundamento do *periculum libertatis* no processo penal ostenta um caráter de efetivo perigo ao desenvolvimento normal do processo penal em decorrência do estado de liberdade do agente. Torna-se imprescindível ter em mente que as medidas processuais no direito penal são instrumentos que estão a serviço do processo, para tutelar a prova ou garantir a presença da parte passiva (LOPES JÚNIOR, 2006). Da mesma forma, o requisito *fumus commissi delicti*, não exige uma certeza da ocorrência do delito, mas sim, uma *probabilidade razoável*, ou seja, sinais externos com suporte fático real que por meio de um *raciocínio lógico, sério e desapassionado* possibilite concluir sobre a existência de um crime, *cujas realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto* (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 201/202).

Para que uma prisão processual seja decretada, necessário se faz a existência de um juízo de *probabilidade* e não de *possibilidade*. Enquanto em um juízo de *possibilidade* há a predominância de razões negativas, em um juízo de *probabilidade* é indispensável a preponderância de razões *positivas*, razões densas, ou seja, verossimilhança (de verdadeiro) (LOPES JÚNIOR, 2006). Mas, os requisitos da *prisão temporária*, diferentemente da *prisão preventiva*, sequer exigem a certeza da existência *material* do crime, nem as situações de perigo que a liberdade do agente representa. Para que seja decretada, basta a existência de *fundadas razões* da prática de algum dos crimes previsto na lei, aliado ao argumento de que a custódia é *imprescindível às investigações* (MACHADO, 2005). Há certa concordância na doutrina de que a *prisão preventiva*, da forma prevista em nosso sistema processual, satisfaz os objetivos visados pela *prisão temporária*. Em decorrência da extrema abstração dos requisitos dessa espécie de prisão, cabe ao magistrado verificar, de forma rigorosa, a existência dos pressupostos da *prisão preventiva*. Assim, tem-se que a *prisão temporária* é um instituto dispensável, pelo fato de sua imposição estar submetida a requisitos que se assemelham aos da custódia *preventiva*, bem como, pelo fato de que esta poderia atingir os mesmos fins perseguidos pela *prisão temporária* (MACHADO, 2005).

O *princípio da presunção de inocência* veda a antecipação dos resultados finais do processo, assim como veda a *prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal* (OLIVEIRA, 2005, p. 32). Esse princípio é fruto de um incontrolável *anseio libertário da nação brasileira* e, conseqüentemente, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, *toda e qualquer prisão deve revestir-se de natureza cautelar* (TOURINHO FILHO, 2001, p. 67). Se a liberdade (e a inocência) é(são) a regra constitucional, a sua restrição somente poderá ocorrer, antes da sentença penal condenatória, quando efetivamente existam elementos concretos para tanto, sob risco de se estar diante da *banalização* do (ab)uso de prisões cautelares, como é o caso da *prisão temporária*. Evidentemente, a liberdade, consagrada no rol do artigo 5º da Constituição, é direito fundamental que abrange a todos. Sua constrição poderá ocorrer, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, em casos excepcionalíssimos e quando estritamente necessária, por cautela, e não como forma de punição antecipada (TOURINHO FILHO, 2001).

Para que seja decretada uma *prisão cautelar*, a *necessidade* deve ser demonstrada a partir de fatos concretos e quando existentes indícios suficientes de *autoria*. Uma decisão que se limita a fatos genéricos, sem indicar nenhum indício de *participação* ou *autoria* do sujeito na prática dos crimes investigados não deve subsistir, pois desprovida de fundamentação idônea. Da mesma forma, a simples menção de dispositivos legais não é bastante para autorizar a custódia provisória (STJ, HC n. 60.425/MT, Rel: Ministro Arnaldo Esteves



Lima, DJ 28/05/2008). Não se pode admitir que a custódia cautelar de qualquer espécie seja desvirtuada e passe a caracterizar um cumprimento antecipado de pena (HC 90.464/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 04/05/2007).

Os princípios constitucionais ligados às garantias fundamentais e, de igual forma, os fundamentos da República, em especial o da *dignidade da pessoa humana*, devem constituir a base para o processo penal, pois dentre os objetivos daí almejados/obtidos está o de que o poder punitivo estatal, quando exercido, esteja em harmonia e em sincronia com o sistema de garantias constitucionais, *sem o qual não terá legitimidade e dará sinais de barbárie incompatível com o Estado Democrático de Direito, cuja plenitude é almejada por todos* (NICOLITT, 2006, p. 51). A *prisão temporária*, portanto, é medida tão *descabida* que mesmo que não haja necessidade para sua decretação, não *haverá tempo para julgá-la mercê de um habeas corpus*, ante a exiguidade do tempo (TOURINHO FILHO, 2007, p. 491). A liberdade de todos

[...] é incessante, contínua, tanto que só pode ser restringida nas remotas permissões legais, por autoridade judiciária, que seja competente para expedir o mandado e que a ordem seja fundamentada. O Estado Democrático de Direito exige do magistrado a interpretação e o obriga a apontar fatos, indícios e preceitos legais em que se baseou para prolatar sua decisão”, descabendo ‘decretar a prisão temporária sem estar presentes de forma conjunta os requisitos do art. 1º, incisos I e III ou II e III da Lei n. 7.960/89’ (STJ, HC n. 134977/RS, Rel: Ministro Jorge Mussi, DJ 15/03/2010)

Quando existente o conflito entre o *jus libertatis* e o *jus puniendi*, aquele, em regra, deverá prevalecer. O princípio *in dubio pro societate* não se mostra condizente com um Estado Democrático de Direito, onde a *dúvida* não pode autorizar uma acusação, colocando um cidadão no banco dos réus (LOPES JÚNIOR, 2010a). O grande número de prisões cautelares mostra-se dispensável, considerando as confusões que causam na doutrina, jurisprudência e, principalmente, na prática. Melhor seria se houvesse no ordenamento somente a custódia *preventiva*, originária de *flagrante*, e, ainda, quando presentes estivessem os requisitos para a cautela, ou decretada pelo magistrado em presença de fato autorizador, sempre como medida excepcional (NICOLITT, 2006). A privação da liberdade do sujeito não pode ser confundida com política de combate à violência, pois, referido instituto não guarda, em princípio, relação direta com índices de criminalidade. Se crimes *barbaros* são frequentes, é dever do Estado adotar medidas capazes de reprimir a onda de violência (RANGEL, 2006). Culpar o judiciário por não aplicar medidas cautelares para contê-la não se mostra um entendimento inteligente, pois, uma coisa

[...] é a certeza de que nas ruas não há polícia, outra, bem diferente, é, em decorrência disso, haver necessidade de, no curso do processo, o réu ser preso. Não é a prisão cautelar que vai resolver o problema da violência nas ruas, mas sim a adoção de políticas públicas sérias de combate à violência pelo Executivo. O Judiciário não pode substituir a ação do Executivo. Polícia nas ruas, garantindo nossa segurança, é problema do Executivo. Prisão cautelar, para assegurar o curso do processo penal justo, é medida a ser adotada pelo Judiciário. (RANGEL, 2006, p. 557).

A obediência aos requisitos não se mostra exagerada. Pelo contrário, exagero é a antecipação de uma pena, uma violência real que se dá sem um devido processo legal e sem uma sentença, cumpridas em uma delegacia em condições incompatíveis com a dignidade, com superlotação e sérios riscos de vida (LOPES JÚNIOR, 2006). É comum no dia a dia das delegacias e casas de detenção a tortura que é muito mais psicológica do que física, não deixando, mesmo assim, de ser menos cruel e eficiente. A segregação *temporária* apresenta

todas as condições necessárias para se transformar em uma prisão para tortura psicológica, pois o preso fica à disposição do inquisidor. *A prisão temporária é um importantíssimo instrumento na cultura inquisitória que ainda norteia a atividade policial, em que a confissão e a colaboração são incessantemente buscadas. Não se pode esquecer que a verdade esconde-se na alma do herege, sendo ele o principal objeto da investigação* (LOPES JÚNIOR, 2010b, p. 147).

Em nosso país, um dia de detenção traz à tona a alta probabilidade de se transformar em uma verdade pena de morte e, não somente pela violência empregada cotidianamente por sujeitos de ambos os pólos (*repressores e reprimidos*), mas também em decorrência do risco de contaminação por doenças infecto-contagiosas (LOPES JÚNIOR, 2006). Dessa forma, quando da decretação da *prisão temporária*, é imprescindível um *juízo sério, desapassionado e, acima de tudo, racional. Infelizmente, muitos juízes olvidam-se disso e, com base em frágeis elementos, como é o caso desta [prisão temporária], tomam decisão “séria e estigmatizante”* (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 205).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um Estado Democrático de Direito, tão importante quanto aplicar sanção a quem transgrida os preceitos legais, é assegurar e garantir a todos o acesso e a implementação dos direitos previstos na Constituição Federal. Dentre os *direitos fundamentais* está o *princípio da presunção de inocência*, o qual deve ser utilizado na prática como *forma de tratamento* ao acusado durante o trâmite do processo penal e, também, como *regra probatória*, estabelecendo que todos os atos se baseiem em provas contundentes acerca da *culpabilidade* do réu, sob pena da dúvida ser interpretada em favor deste (*in dubio pro reo*). A liberdade, porém, não pode ser tomada como absoluta, eis que, por força expressa da Constituição, existe a possibilidade do Estado restringi-la, desde que em *flagrante delicto* ou por *ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*.

Os reflexos negativos do cárcere são incontestes. *A prisão temporária*, assim como qualquer outra modalidade de prisão cautelar, não pode ter os mesmos efeitos de uma sentença condenatória. No entanto, tal entendimento até pode se mostrar possível para os operadores do direito, mas, certamente, não para as demais pessoas da sociedade. Alguém que tenha sua liberdade restringida, intra-cárcere, mesmo que por cinco dias (prazo considerado exíguo para quem nunca esteve em um *presídio à brasileira*), terá, possivelmente, tratamento diverso daquele oferecido à outra pessoa que nunca tenha passado por tal experiência. Eis a estigmatização proveniente da *cautelaridade*.

Apesar de a Constituição Federal autorizar a privação da liberdade por ordem escrita de autoridade competente, esta deve basear-se em provas convincentes. Do contrário, estará se admitindo que o instituto seja utilizado de forma arbitrária e, no caso da *prisão temporária*, nos moldes da *prisão para averiguação* utilizada no regime militar e, atualmente, repelida pelos princípios do Estado Democrático de Direito. E, não somente pelo fato da previsão da garantia constitucional de liberdade e de presunção de inocência, mas, também, porque nossa legislação prevê inúmeros meios para coleta de provas, devendo prevalecer a característica de *ultima ratio* do direito penal. Havendo outras maneiras de se investigar um crime, estas devem ser utilizadas e não a *prisão temporária*.

A liberdade constitui direito fundamental e não poderá ser restringida arbitrariamente. Ninguém poderá sofrer as nefastas consequências de uma *pena*, sem que para tanto haja sentença definitiva transitada em julgado, exceto quando estiverem presentes fortes indícios de *autoria* ou *participação* e, quando a liberdade do agente constituir perigo efetivo ao bem estar da coletividade, ou seja, quando estiverem evidenciados os pressupostos da *medida cautelar*: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Os requisitos da *prisão temporária* são vagos e podem ser facilmente enquadrados em casos que não demandam o encarceramento do investigado para a investigação preliminar. A restrição da liberdade em razão da aplicação de uma *medida cautelar segregadora* deverá estar acompanhada, no caso concreto, de seus pressupostos autorizadores. Além disso, há que se considerar, também, que a *prisão temporária* somente pode ser decretada na fase preliminar, onde mitiga-se o *contraditório* e, ainda, onde há, como consabido, constante midiática e influência da sociedade, em especial nos crimes que possuam maior clamor social. Nesses casos, os direitos e as garantias fundamentais tendem a ser deixados de lado, em prol de uma suposta punição do investigado.

A prisão não pode ser considerada a solução, tão pouco, a resposta à sociedade e à mídia. Admiti-la e aplicá-la com esse fim, além de configurar verdadeira ignorância e sobrepujamento ao *princípio da presunção de inocência*, acabaria por representar grave ofensa ao *princípio da dignidade da pessoa humana*. Ao que se constata, a intenção do legislador foi instituir a medida para aplicá-la a casos que realmente demandem a privação da liberdade do sujeito, quando não houvesse outro meio previsto no Direito para esse mesmo fim. Não podem, sob risco de se inverter a lógica estrutural do processo penal constitucional, os operadores do Direito utilizarem-se de brechas existentes na lei sob o pretexto de que *a punição (antecipada) é a melhor solução*.

No entanto, apesar das inúmeras críticas, tanto no campo da doutrina, quanto da jurisprudência, a *prisão temporária* ainda possui (ab)uso banalizado. Dessa forma, em busca da prevenção da continuidade de flagrante violação do *princípio da presunção de inocência* e, também, com o intuito de se evitar os efeitos que uma prisão pode trazer àqueles a ela submetidos, quando da sua decretação, os requisitos autorizadores ao seu emprego deverão ser analisados de forma cumulativa (combinação do inciso III, com o inciso I ou II, do artigo 1º, da lei 7.960/89), para que não se constitua em verdadeira medida violadora de garantias fundamentais e para que não se retorne ao modelo ditatorial da *prisão para averiguações*, contrária aos anseios do Estado Democrático e Constitucional de Direito brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1996.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Feral, 1988.
- BRASIL. *Lei n. 7.960, de 24 de novembro de 1989*. Dispõe sobre a prisão temporária. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 dez. 1989.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 60.425/MT. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 28 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=60425&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 15 out. 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus n. 134977/RS. Relator: Ministro Jorge Mussi. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 15 mar. 2010. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=134977](http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=134977)>. Acesso em: 15 out. 2010.
- CIRILO DE VARGAS, José. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 272 p.
- \_\_\_\_\_. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. 315 p.

- \_\_\_\_\_. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010a. v. I.
- \_\_\_\_\_. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010b. v. II.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- MARTINS, Jorge Henrique Schaeffer. *Prisão provisória: medida de exceção no direito criminal brasileiro*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009. 188 p.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 818 p.
- MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos: Texto, comentários e aspectos polêmicos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NICOLITT, André Luiz. *As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. 163 p.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 279 p.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. **5. ed. Rio de Janeiro:** Lumen Júris, 2005. 768 p.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3.
- \_\_\_\_\_. *Processo penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

## NOTA

1 Professor-Convitado no Programa de Pós-Graduação em Ciências Penais Contemporâneas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Docente da Pós-Graduação (Especialização) em Direito Penal e Processual Penal, e da Graduação em Direito, da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Coordenador Regional, em Santa Catarina, do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRAPP). Membro do Grupo de Pesquisas *Processo Penal e Estado Democrático de Direito: a Instrumentalidade Constitucional (Garantista) como Limitação do Poder Punitivo*, cadastrado no CNPq e vinculado à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. (PUCRS). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).