



PRISÕES PROVISÓRIAS

J. M. Monteirás

- O Pacto de San José da Costa Rica e os Direitos Humanos.
- Imputabilidade penal:
- Conceito.
- Pena e sanção penal.
- Espécies de cumprimento de pena.
- Prisão: conceito
- Prisões provisórias:
- Espécies e conceito das prisões provisórias.

Esta obra é dedicada a todos que por um ou outro motivo se desviaram da boa conduta social, com seu esforço de recuperação moral e de ressocialização encontraram o caminho de volta.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 06 |
| 1.0 O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E OS DIREITOS HUMANOS..... | 12 |
| 2.0 IMPUTABILIDADE E INIMPUTABILIDADE..... | 13 |
| 2.1 Pena e sanção penal..... | 14 |
| 2.2 Espécies de cumprimento de pena | 15 |
| 3.0 PRISÃO | 13 |
| 4.0 PRISÕES PROVISÓRIAS..... | 13 |
| 4.1 Prisão em flagrante delito..... | 14 |
| 4.2 Prisão preventiva..... | 16 |
| 4.3 Prisão temporária | 17 |
| 5.0 CONCLUSÃO | 21 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 23 |

RESUMO

O direito penal é cruel e as prisões brasileiras ainda remetem às masmorras medievais.

Por conta disso, o neoconstitucionalismo vem a salvaguardar direitos individuais, muitas vezes violados por herança do positivismo ainda que somente considerado vigente até o século XX.

De modo que as prisões provisórias, que é o tema deste trabalho, quando não amparadas por dispositivos legais e bem fundamentadas são objeto de questionamento quanto à dignidade da pessoa humana.

Porquanto, daremos o conceito de cada uma dessas prisões, bem como as explicaremos na prática.

ABSTRACT

Criminal law is cruel and Brazilian prisons still recall the medieval dungeons .

Because of this, the neoconstitutionalism comes to safeguarding individual rights often violated by positivism heritage although considered effective only until the twentieth century .

So that the provisional arrest, which is the subject of this work, when not supported by legal and well-founded devices are the subject of questioning the dignity of the human person.

Of course, we give the concept of each of these prisons , as well as explain in practice.

INTRODUÇÃO

“Desde o início do banco acadêmico, uma indagação de Carnelutti me preocupa:

‘Para nós que pretendemos conhecer o Direito, esse é o dia em que, havendo constatado logicamente serem o Direito e a Justiça duas coisas distintas, e havendo ainda adequado o conceito de Justiça a uma regra, perguntamos: a que regra deve o Direito conformar-se para ser justo?’

Talvez, a resposta que pudesse mais rapidamente vir à mente deste escritor seria que não houvessem ilícitos, que todos os homens fossem livres e ideais, com a abnegação de prisões, e os operadores do Direito pudessem somente ocupar-se de outros contratos”.

CARNELUTTI apud J. A. César Salgado in A Sobrevivência do Direito.

Este trabalho, resumidamente, visa a abordar sobre prisões provisórias.

Abro-o com a observância de dois importantes princípios, o da ‘presunção de inocência’ e o do ‘devido processo legal’, ademais a dignidade da pessoa humana, vez que ao entrarmos no século XXI, saímos da era do positivismo e adentramos a era neoconstitucionalista, isso por conta da promulgação da atual Carta Magna, ocorrida na data de 05 de outubro de 1988, há apenas doze anos da virada do século XX para o XXI, pois, que viera para se contrapor à situação por vezes abusiva do positivismo, desrespeitosa, portanto, dos direitos e garantias individuais.

Em sendo assim, entendemos como era neoconstitucionalista por conta do estado democrático de direito e da importância que se dá ao texto constitucional vigente na argumentação jurídica, ou seja, é imperativo arguir os direitos promulgados de forma criteriosa, eivada de racionalidade e interpretação conforme.

Destarte, os princípios vieram para imperar: o da ‘presunção de inocência’, embora não descritamente previsto, por isso inicialmente remete à tecnicidade da teoria geral do direito, cuja fontes mediatas são os costumes, os princípios gerais do direito, a jurisprudência e a

doutrina, com a observação de, no caso do direito civil, quando a lei for omissa, ficar a critério do juiz decidir, ainda, por analogia.

Ocorre que, diferentemente do direito civil, o direito penal é punitivo, e assim, como somente da União provem a sua fonte material, ou seja, somente a União legisla sobre direito penal (artigo 22, I, CF), não há decisão por analogia, mas sim devidamente fundamentada. Então, como não se cria norma por analogia, resta consagrado pela doutrina que norma deriva do estado democrático de direito, ou seja, da legislação oriunda da União.

De modo que *nullum crimen nulla poena sine previa lege*, ou seja, não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, ‘princípio da legalidade’ e ‘princípio da anterioridade’, luz do artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição, os quais, por obediência, repete-se no artigo 1º do Código Penal Brasileiro.

Assim, o princípio da legalidade dá amparo jurídico às decisões fundamentadas, ou seja, a segurança de que se necessita dar aos direitos e garantias individuais, cujo conceito de neoconstitucionalismo aqui se aborda.

Nesse sentido, Luis Regis Prado (2006):

“O princípio da legalidade também rege a medida de segurança, sob pena de comprometer, seriamente, direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados”¹.

Nessa esteira interpretativa, a presunção de inocência é prior, vez que o brocardo *in dubio pro reo*, que é princípio implícito, exige para a apuração dos fatos e a punibilidade à pessoa do condenado, o ‘devido processo legal’, este constitucionalmente fulcrado no artigo 5º, inciso LIV, em que aglutina outros princípios, a exemplo do ‘contraditório e ampla defesa’.

Cabe salientar, ainda, *o nemo tenetur se detegere*, ou seja, o direito que a pessoa tem de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada, compreendido como

¹PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 1.

‘princípio da não autoincriminação’, luz do artigo 5º, LXIII da Constituição Federal e do artigo 8, ‘2’, ‘g’ da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. (Decreto 678/1992).

Importante ressaltar virem esses princípios a amparar o réu, dada a sua muitas vezes falta de conhecimento jurídico, assim como nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor, letra do artigo 261 do Código de Processo Penal.

Expostas essas preliminares, é cediço que não há cumprimento de pena sem o devido processo legal e sem o trânsito em julgado. Por conta disso, abriremos adiante um breve tópico sobre imputabilidade, inimputabilidade e pena, para que não se confunda com prisões provisórias.

Isso porque em outras palavras, as prisões provisórias, como o nome diz, não são cumprimento de pena, que decorre de sentença com trânsito em julgado, mas medidas cautelares, dentro do devido processo legal, como também se verá adiante.

O alerta, o estudo do Direito não se esgota em dois ou três parágrafos sobre determinado tema. Embora há aqui alguma exposição em sede de preliminar, efetivamente sobre o Pacto de San José da Costa Rica, sobre pena e sanção penal, e sobre as espécies de cumprimento de pena, ademais, cabe frisar que sobre as prisões provisórias, objeto deste trabalho, cujas espécies são três, ou seja, prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária, também foram feitos de forma resumida, logo, longe de ter eu esgotado o tema.

1.0 O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E OS DIREITOS HUMANOS.

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, reconhece a República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, e, entre outros fundamentos, a dignidade da pessoa humana (inciso III).

O Estado brasileiro consagra-se no artigo 4º, inciso II, ao afirmar que nas relações internacionais, rege-se com a prevalência dos direitos humanos, por isso, é signatário do Pacto de San José da Costa Rica, marco importante nas questões dos direitos humanos, porque trouxe para a nossa sociedade um novo conceito humanitário, ou seja, com o Tratado Internacional, resultado da Convenção Americana de Direitos Humanos ou Conferência

Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, adotada e aberta à assinatura em 22 de novembro 1969, sobre a qual, embora tardiamente, porque somente em 25 de setembro de 1992, ou seja, vinte e três anos após, depositou a Carta de Adesão, promulgando-a aos brasileiros, através do Decreto nº 678, na data de 06 de novembro de 1992.

O Pacto diz em seu preâmbulo:

“É o propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais”.

Por conta desses direitos, diz o inciso LXI do artigo 5º constitucional que 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.

Como somente a autoridade judiciária competente pode decretar prisão que não em flagrante, esse dever de fundamentação submete-se à luz do artigo 93, IX da mesma Carta.

“IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

De modo que por obediência ao disposto constitucional, as prisões provisórias obedecem a certos procedimentos dispostos no Código de Processo Penal, os quais trataremos conforme discorrermos sobre as espécies daquelas.

2.0 IMPUTABILIDADE E INIMPUTABILIDADE.

Imputabilidade é a condição que submete o agente capaz a responder juridicamente pela prática de determinado ilícito penal.

(ANÍBAL BRUNO *apud* NUCCI, Código Penal Comentado. p.173) assim conceitua:

“Imputabilidade é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível. Constitui, como sabemos, um dos elementos da culpabilidade”.²

É imputável, portanto, o agente que goza de determinadas condições pessoais, sobremaneira de boa saúde psíquica e praticam crime por dolo ou culpa.

Também são imputados ao agente os crimes cometidos sob emoção e paixão, embriaguez voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos, como fulcra o artigo 28, em seus incisos I e II.

Responde, ainda, à luz do parágrafo único do artigo 26, do mesmo Código Penal, embora com a pena reduzida de um a dois terços, o agente relativamente capaz, ou seja, aquele que em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Já inimputabilidade é a condição que isenta de pena o indivíduo que, por conta de algum distúrbio psíquico, era, ao tempo do ato praticado, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo esse entendimento. Portanto, chamado de inimputável, não responde juridicamente pela prática de determinado ilícito penal, mas é submetido a tratamento — ver outro artigo meu no qual escrevi sobre a Medida de Segurança.

²BRUNO, Aníbal. **Direito penal** – Parte geral, t. II, *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. p.173.

2.1 Pena e sanção penal.

Sinceramente, não compreendo porque o mundo exige-se ser tão mal educado, posto que prisão não educa, às vezes mata.

Pena é a sanção imposta pelo Estado ao agente que comete ilícito, após o devido processo legal ou seja, é a consequência da natureza jurídica da sanção penal na devolução do *quantum criminis* ao infrator, punição proporcional ao crime praticado, visando a ressocialização do indivíduo que praticou determinado ilícito penal.

Como o Direito Penal é a *ultima ratio*, ou seja, a intenção do Estado é de sempre manter o indivíduo no núcleo social, no entanto, dada a razão do próprio homem, fática e falível, por vezes leva-o a prática de ilícitos que, em certo grau e tipificados pelo ordenamento penal, não resta outra alternativa senão a de o Estado em seu status de tutor da sociedade, de pleno democrático de direito e do devido processo legal, fazer valer-se de sua legitimidade no exercício do *ius puniendi*, ou seja, não restando, então, outra alternativa, senão a de aplicação de determinada sanção penal, ainda assim, sem deixar de observar os também institutos jurídicos que versem em favor dos direitos humanos, o que faz sempre se bater o Estado no objetivo da ressocialização, uma vez cumprida a respectiva sentença.

2.2 Espécies de cumprimento de pena.

No Brasil, a pena é vicariante, ou seja, é imposta ou na modalidade detenção, ou na modalidade de reclusão.

O apenado na modalidade detenção, submete-se a tratamento ambulatorial, retornando à detenção, após o atendimento clínico. Apenado é quem cumpre pena, portanto, no caso da detenção é medida aplicada a indivíduo sano que comete crime cuja tipificação da pena é mais branda, ou seja, inferior a oito anos; é também medida que pode ser aplicada a indivíduos que apresentam algum distúrbio psíquico parcial, ou seja, ao que como já dissemos, chamamos de relativamente incapaz.

Já o cumprimento de pena na modalidade reclusão é aplicada a indivíduo efetivamente sano que comete crime cuja tipificação da pena extrapola oito anos. Ao apenado na modalidade reclusão, se lhe sobrevier distúrbios psíquicos, submeter-se-á a tratamento em internação, portanto, disforme de tratamento ambulatorial, reitera-se, permanecendo aí até a cura da doença e retornando ao presídio para o cumprimento do restante da pena.

Portanto, reitera-se, ainda, o cumprimento de pena quer na modalidade detenção, quer na modalidade reclusão não são aplicáveis a indivíduo que apresenta a condição psíquica de inteira incapacidade de entender o ilícito por ele cometido, ou seja, o que goza de inimputabilidade, que o isenta de pena, mas devendo-o ser remetido a tratamento, via a medida de segurança determinada em juízo. Nosso foco aqui não é o inimputável.

Muito resumidamente, como dissemos que assim abordáramos, o indivíduo que não cumpre determinada norma sujeita-se a determinada sanção penal (por meio de sentença com trânsito em julgado: prisão-pena), esta que é gênero e tem como espécies a multa, a privativa de liberdade e a restritiva de direitos.

A pena de multa é pecuniária; a pena privativa de liberdade é a detenção ou a reclusão; a pena restritiva de direitos é a limitação quanto a fazer, ou a deixar de fazer, é a proibição ou a imposição a certos atos, que não deixa de ser privativa de liberdade.

Masson (2009) dá a sua definição para pena, igualmente, para sanção penal:

“Pena é a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais da sua estrutura e, assim, é definido como crime; e sanção penal é a resposta estatal, no exercício do *ius puniendi* e após o devido processo legal, ao responsável pela prática de um crime ou de uma contravenção penal, e se divide em duas espécies: penas e medidas de segurança”.³

³MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**. p. 593-594.

Pelo dito, não iremos trabalhá-las aqui, mas reiteramos que a sanção penal, qualquer das três espécies, aplica-se a ilícitos cujos agentes sejam indivíduos em pleno gozo de suas funções psíquicas.

3.0 PRISÃO.

O nosso conceito de prisão é mesmo a privação da liberdade e decorre da efetivação do brocardo jus puniendi, que significa direito de o Estado punir o agente que comete ilícito, sobremaneira exige o devido processo legal e o trânsito em julgado, o que culminará na privação da liberdade quer em cárcere, quer domiciliarmente. Portanto, prisões que não de trânsito em julgado são provisórias.

Mas é necessário trabalhar mais o tema para, assim, não restar dúvidas quanto às espécies de prisão: ‘prisão em flagrante delito’ é o imediato cumprimento constitucional do artigo 5º, LXI a que deve obediência o artigo 301 do Código de Processo Penal, cuja especificidade inerente ao ato consiste na lavratura do auto pela autoridade policial e em vinte e quatro horas na sua remessa a juízo, sob pena de vício e nulidade e relaxamento.

Apreciada a prisão em flagrante e constatado não haver elementos que determinem a ‘prisão preventiva’, ou sejam, que contrariem a garantia da ordem pública e a ordem econômica, não haja inconveniência à instrução criminal e esteja assegurado a aplicação da lei penal, o que significa dizer afastados o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* (artigo 312 do Código Processual), será concedida a liberdade provisória, obediência ao inciso III do artigo 310, do mesmo ordenamento, para, como se vê, responder o acusado em liberdade, até mesmo porque a prisão preventiva não tem prazo peremptório, embora se estime oitenta e um dias, pode ser excedido com base em um juízo de razoabilidade para a instrução criminal.

Já ‘prisão temporária’ decorre da Lei nº 7.960/89 e à luz do artigo 2º expressa um tempo determinado de cinco dias, podendo ser prorrogado por igual período, também vincula-se à imprescindibilidade do inquérito e visa a facilitar as investigações, para que o processo possa se desenvolver adequadamente.

Por conta desses elementos do regramento classificam-se como prisões provisórias a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária, e como prisão não-provisória a decorrente de trânsito em julgado, que é prisão definitiva: prisão-pena. A seguir, estudaremos mais as prisões provisórias.

4.0 PRISÕES PROVISÓRIAS.

As prisões provisórias são denominadas prisões cautelares ou processuais, porque ainda não provindas de sentença transitada em julgado. Úteis, portanto, para auxiliar na conclusão do inquérito e a garantir o desfecho do processo.

Porquanto, até mesmo para que não aconteçam arbítrio e excessos por conta de agentes policiais, somente poderão ser decretadas desde que bem fundamentadas (artigo 93, IX, CF), de modo a garantir a investigação ou a instrução criminal, como já dito, também nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de outras infrações penais, bem como para a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, pressupostos conforme os incisos I e II, respectivamente, do rol do artigo 282 do Código de Processo Penal, por fim, a garantir a aplicação da lei penal.

De modo que, prisão provisória, quando no singular, é gênero. As prisões provisórias são espécies de prisões cautelares e se dividem em três: prisão em flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária, reitere-se.

4.1 Prisão em flagrante delito.

A prisão em flagrante delito ou simplesmente prisão em flagrante somente é legal se respeitado o rol taxativo do artigo 302 do Código de Processo Penal, por considerar em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal, ao que se chama de flagrante próprio; II - acaba de cometê-la, igualmente conceito de flagrante próprio; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração, ao que se conceitua de flagrante impróprio ou quase flagrante; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração, ao que se chama de flagrante presumido ou flagrante ficto.

Em uma interpretação, eivada em uma analogia não paradoxal, mas ainda que humanística, como não poderia deixar de ser, sobremaneira no direito vigente, porque ilegal e injusta é a prisão se eivada de vícios que a obste, a exemplo de falta de provas no flagrante, ou do pedido de prisão baseado em provas falsas, cuja medida combativa (no caso de prisão em flagrante ilegal, reitere-se) é o relaxamento (artigo 5º, LXV, CF/88), assim como a medida emergencial combativa da prisão em flagrante legal, é a liberdade provisória (artigo 5º, LXVI, CF/88, artigo 310, III e outros do CPP).

A expressão prisão em flagrante apoia-se na origem do verbo *flagrare*, que livremente pode ser traduzido como algo ainda pegando fogo ou que acaba de acontecer. Evidente, é dever das autoridades policiais prender em flagrante, sendo facultativo para qualquer um do povo.

Quanto à validade do flagrante, exige a lei algumas formalidades da autoridade, ou seja, o auto de prisão ao ser lavrado não poderá contrariar o disposto nos artigos 304 e 306 do Código de Processo Penal ou ainda no caso do artigo 50, §§ 1º e 2º da lei 11.343/2006 (lei de drogas).

Exemplos: diz o caput do artigo 304, do CPP que apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

Nessa linha de requisitos obrigatórios podemos ver o § 2º do mesmo artigo que diz a falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade. Já o § 3º diz que quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste.

Sem prejuízo de outros exemplos, ressalte-se que a validade da prisão em flagrante exige tamanha formalidade, muito mais ainda na lei de drogas, dada a pena para o caso concreto que a própria fulcra. Por conta disso, a exigência de laudos de constatação, químicos

e toxicológicos, sob pena de nulidade da sentença, dando margem à absolvição do acusado da imputação, ainda que seja culpado.

Nesse sentido os artigos 50, §§ 1º e 2º da lei 11.343/06 tratam de laudo de constatação, um exame preliminar para a comprovação da materialidade. E assim diz o caput: ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

Destarte o § 1º: para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea; e o § 2º: o perito que subscrever o laudo a que se refere o § 1º deste artigo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo

Nessa esteira de formalidades para a legalidade da prisão em flagrante temos ainda o artigo 158 do CPP, sobre a indispensabilidade do exame de corpo de delito, quando a infração deixar vestígios. A falta de fórmulas acarreta nulidade da prisão, neste exemplo sobre corpo de delito a clareza está na alínea 'b' do inciso III do artigo 564, também do Código de Processo Penal, dentre outros. Lembrando que a matéria não se esgota aqui.

Por fim, diz o artigo 10 do Código de Processo Penal que o inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

4.2 Prisão preventiva.

Como já dito, também medida cautelar, a prisão preventiva é cabível quando presentes dois requisitos objetivos para a sua decretação, consagrados no artigo 312 do Código de Processo Penal, quais sejam: o *fumus commissi delicti*, que significa a comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria, o que é fato punível, porque diz respeito à plausibilidade do direito posto em jogo; e o *periculum libertatis*, que significa o risco que o agente em liberdade possa oferecer à sociedade, o que se traduz em garantia da

ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal. Assim, notadamente quando houver perigo iminente ou perigo na demora que cause fundado receio de que, enquanto se aguarda a tutela definitiva favoreça ocorrer algo danoso e irreparável ao processo, como o bom desenvolvimento da ação principal, até mesmo a sua execução.

A medida combativa para a prisão preventiva é a sua revogação (artigo 316, do CPP).

Para maior clareza, no *fumus* estão contidos os pressupostos de prova e indício, enquanto no *periculum* estão contidos outros pressupostos, autônomos entre si, que são: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, para a conveniência da instrução criminal, para a aplicação da lei penal.

Ausentes os pressupostos cabíveis para a decretação da prisão preventiva, e presentes outros requisitos, agora chamados subjetivos, porque já não dizem respeito à objetividade da lei penal, mas ao sujeito, à pessoa, ao indivíduo, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, derrubam a necessidade da decretação da prisão preventiva, restando, senão, somente a sua revogação.

Importante dizer que sempre se mira a ressocialização do indivíduo, portanto, é cabível ainda a revogação da prisão preventiva mediante a ausência dos crimes dolosos, ou se o agente não for reincidente nesse tipo de crime — isso porque esses crimes são puníveis com pena superior a quatro anos, pelo que ‘poderá’ decretar o juiz a prisão preventiva, se entender necessário, com a observância do artigo 312 supra comentado —; ainda cabível a revogação da prisão preventiva quando o crime não envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa deficiente, todos com fulcro no artigo 313 do Código de Processo Penal.

Como o direito penal é a *ultima ratio*, ou seja, prisão é exceção e a liberdade é a regra, o juiz ‘poderá’ substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar, aos maiores de oitenta anos, aos extremamente debilitados por motivo de doença grave, aos que gozem da imprescindibilidade de prestar cuidados especiais a pessoas menores de seis anos de idade ou

com deficiência e a gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco, faculdade do artigo 318 do CPP. Evidente que para a justificativa, o juiz exigirá um laudo, por isso cabe lembrar a motivação exigida no artigo 315 do mesmo Código de Processo Penal.

Há outras medidas cautelares diversas da prisão, como proibição de acesso ou de frequentar determinados lugares, ou a proibição de ausentar-se da Comarca, o dever de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência fixa e trabalhos fixos, o uso de monitoração eletrônica e outras elencadas nos nove incisos do artigo 319, também cabe observar o disposto no artigo 320 do Código de Processo Penal, quanto a ausentar-se do País.

Reitera-se que o Direito não são somente dois ou três parágrafos sobre determinado tema. Discorri até aqui, resumidamente, sobre a prisão em flagrante e a prisão preventiva, por fim e igualmente, o farei sobre a prisão temporária.

4.3 Prisão temporária.

A prisão temporária é, na sua essência, a que expressa um tempo determinado. Criada pela lei 7.960/89, com sete artigos, vincula-se ao inquérito e visa a facilitar as investigações, para que o processo possa se desenvolver adequadamente. Portanto, somente será decretada se existir imprescindibilidade ao inquérito, e mesmo assim, pelo prazo de cinco dias, letra do artigo 2º, podendo ser prorrogável por mais cinco dias, apenas. Ainda, o despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de vinte e quatro horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento, letra do § 2º, do artigo 2º da lei em pauta.

A medida combativa para a prisão temporária é a sua revogação (artigo 1º, I, II, III da Lei 7960/89).

No caso dos crimes hediondos (lei 8.072/90), sobre que discorreremos muito pouco no parágrafo seguinte, dado não ser o objeto deste, a prisão será pelo prazo de trinta dias, letra do § 4º do artigo 2º, prorrogável por igual período — mas não necessariamente igual período, podendo ser menor que trinta dias, se suficiente.

Nesse sentido, diz o artigo 10 do Código de Processo Penal que o inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo artigo 5º, inciso XLIII, diz que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem, surgiu a lei 8.072/90.

Importante dizer que o conceito de hediondez não está associado a comoção da sociedade, reflexo na mídia etc., mas ao tipo penal cuja lei especial é a de número 8.072/90.

De maneira que essa lei especial dá em seu artigo 1º um rol de oito incisos e parágrafo único do que entende por crimes hediondos, que de suma importância reproduzir:

Art. 1º - São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII);

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine;

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); –

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º

VII-A – (VETADO

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

Também a reproduzir o artigo 1º da lei 7.960/89 (lei da prisão temporária), com as catorze alíneas do inciso III:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - 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 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).

5.0. CONCLUSÃO.

Neste trabalho, passeamos sobre direitos constitucionais, norma supra legal, doutrinas, leis, visando a demonstrar o conceito e a aplicabilidade das prisões provisórias, que são: a prisão em flagrante delito, a prisão preventiva e a prisão temporária, reitere-se.

Legal e justa a prisão em caso de relevância justificada e fundamentada para a conclusão de inquérito; ou evidentemente se em cumprimento de pena com trânsito em julgado. Destarte, prisão provisória é cautelar, qual seja a medida, há ritos e prazos. E o relaxamento, bem como a revogação e o alvará de soltura impedem rasgar-se ainda mais a ferida social que a constituição brasileira neoconstitucionalista promulgada em 1988 visa a combater. Porque a liberdade é a regra, a prisão, exceção.

Até onde entramos na matéria, acreditamos termos demonstrado a importância do assunto, destarte, somos um estado democrático de direito, sobremaneira de respeito à dignidade humana, vez que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XV, com manifesta clareza, desempece o direito de ir e vir, e no inciso XLVII, “b” diz não haver prisão em caráter perpétuo, pelo que recebe o Pacto de San José da Costa Rica, como norma supralegal.

Em sendo assim, a prisão provisória é algo cuidadoso, qual seja a espécie, ainda que fundamentada, na qual não se deve esquecer da temporalidade que exacerba da necessidade de se apurar os fatos, é-o, também, dentro do seu tempo, ainda que mínimo, como fosse perpétua e afronta à Constituição, porque cerceia a segurança jurídica e a do indivíduo, o direito de ir e vir e sobretudo a dignidade da pessoa humana.

Porque as prisões provisórias são medidas cautelares e cabíveis somente em casos extremos e desde que bem fundamentadas, concluímos com o ressaltar dispositivos que fizemos apenas uma abordagem concisa. Porquanto, reitera-se que as leis mudam e que o

Direito não são dois ou três parágrafos sobre determinado tema. Portanto, ao operador do Direito, exige-se ir além.

Mas eis resumidamente sobre as três espécies de prisões provisórias.

**O autor é poeta, escritor, compositor, formado em Direito. Pós-graduando-se em Direito Previdenciário e em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. É pós graduado em Direito Penal, pós-graduado em Direito Processual Penal, licenciado para ensino superior. Professor.
Contato: jmmonteiras@gmail.com*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constituição da República Federativa do Brasil (**CRFB/88**).

Decreto 678/92 (**O Pacto de San José da Costa Rica**)

Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941.

(**Código de Processo Penal**).

ANÍBAL BRUNO, **Direito penal** – Parte geral, t. II, p.39 apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 3ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. p.173.

CARNELUTTI apud J. A. César Salgado in **A Sobrevivência do Direito. Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1ª edição, 1962, p.458.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 593-594.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: volume1 – parte geral: artigos 1º a 120. 3ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.