

2 – DOUTRINA NACIONAL

SESSENTA DIAS DE PRISÃO TEMPORÁRIA. É RAZOÁVEL?

ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ

SUMÁRIO: 1. A questão – 2. Necessidade de explicitação dos motivos justificadores da prisão temporária – 3. Excelso *in abstracto* no prazo da prisão temporária – 4. Flexibilização do prazo da prisão – 5. Princípio da razoabilidade – 6. Fonte constitucional do princípio da razoabilidade – 7. Decretação e manutenção da prisão: permanente avaliação da necessidade – 8. Conclusões.

1. A questão

A tão criticada Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) gerou discussões doutrinárias e jurisprudenciais em torno de alguns de seus dispositivos, notadamente os que vedaram o direito à liberdade provisória e à progressão de regime de pena aos acusados e condenados, respectivamente, pela prática de alguns dos crimes elencados na referida lei.

Todavia, inovação normativa de grande relevância e repercussão no sistema criminal pátrio não ensejou igual reação dos operadores jurídicos. Cuida-se do dispositivo que estabeleceu o prazo de 30 dias, prorrogável por outros 30, para a prisão temporária dos suspeitos da prática de crime considerado hediondo ou assemelhado (art. 2.º, § 3.º, da Lei 8.072/90), previsão esta, em nosso modesto ponto-de-vista, carente de constitucionalidade.

Ao escopo de corroborar tal opinião, desenvolveremos nosso pensamento tendo sempre em vista a seguinte questão: é razoável manter-se o indiciado preso, a título de prisão temporária, por até 60 dias, apenas e tão-somente para instruir um inquérito policial e formar a *opinio delicti* do Ministério Público?

2. Necessidade de explicitação dos motivos justificadores da prisão temporária

A prisão temporária, de natureza cautelar, ou, com maior precisão, pré-cautelar, de caráter provisório e pré-processual¹, assenta-se, a par dos requisitos inerentes a toda medida cautelar (acessoriedade, preventividade, instrumentalidade hipotética e provisoriedade), sobre o binômio *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

A fumaça do bom direito, inerente a qualquer prisão cautelar, consubstancia-se na presença de elementos de convicção que demonstram a verossimilhança da imputação iminente e que, portanto, tornam plausível admitir a participação delitiva do indiciado no fato objeto da apuração.

A seu turno, o *periculum in mora* se materializa na própria necessidade da constrição ao *ius libertatis* do indivíduo, ante o receio de que, solto, possa o inculcado produzir danos à ordem pública, à

⁽¹⁾ cf. A. Scarance Fernandes, "Prisão temporária e fermo: estudo comparativo", in *Justitia*, v. 157, p. 24, onde alude ao lecionamento de D'Ambrosio, "Commento al nuovo codice di procedura penale", v. IV, p. 347.

instrução do processo, ou à aplicação da lei penal.

No que pertine especificamente à prisão temporária, embora já se tenha sustentado que sua decretação condiciona-se aos mesmos requisitos da prisão preventiva,² parece-nos mais acertado o entendimento que a coloca em posição diferenciada em relação a esta última modalidade de prisão cautelar. Não fora assim, haveríamos de admitir que estas duas espécies de prisão provisória se distinguiam unicamente pelo prazo de duração e pela oportunidade da decretação, o que não se nos afigura sensato.

De qualquer modo, seja na prisão preventiva, seja na prisão temporária, é imposição constitucional (art. 93, inc. IX, da Carta Política de 1988) que o magistrado explicita o seu convencimento quanto à necessidade da segregação cautelar. Tal fundamentação somente será, a seu turno, possível se o Delegado de Polícia ou o membro do Ministério Público indicarem os motivos pelos quais se postula a prisão, não sendo satisfatório, evidentemente, limitar-se à autoridade a dizer *que a prisão temporária é imprescindível para as investigações do inquérito policial* (inc. I do art. 1.º, da Lei 7.960/89), ou *que o indiciado não tem residência fixa ou que não forneceu elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade* (inc. II). Cumpre, sim, ao postulante da medida indicar ao juiz o porquê de estas duas variantes, ou uma delas, justificarem o

encarceramento do suspeito ou indiciado, já que nem sempre é tal, medida indispensável ao sucesso das investigações policiais.

Neste sentido se alinha o pensamento sempre lúcido de Hélio Tomaghi⁴ acerca da prisão preventiva (válido, evidentemente, para a prisão temporária), ao lecionar que “o juiz deve ainda mencionar de maneira clara e precisa os *atos* que o levam a considerar *necessária* a prisão para garantir a ordem pública, ou para assegurar a instrução criminal, ou a aplicação da lei penal substantiva. Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, fraude a finalidade da lei e ilude as garantias da liberdade o fato de o juiz dizer apenas: “considerando que a prisão é necessária para a garantia da ordem pública ...” ou, então, “a prova dos autos revela que a prisão é conveniente para a instrução criminal ...”. Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou base exatamente aquilo que deveria demonstrar”.

3. Excesso *in abstracto* no prazo da prisão temporária

Retomando à indagação formulada atrás, vê-se, como sugere a própria redação da pergunta, não ser razoável que uma simples prisão temporária (efêmera, pré-processual) dure até 60 dias, simplesmente por tratar-se de um crime hediondo (que,

(2) Rui Cascardi, “Prisão temporária: inconstitucionalidade”, in *Justitia*, v. 153, p. 12.

(3) Quanto ao sujeito passivo da cautela, não é aceitável, *concessa venia*, a opinião de Júlio Fabbrini Mirabete, para quem é admissível a decretação de prisão temporária de testemunhas (*Processo Penal*, 2.ª ed., Atlas, p. 378), possibilidade esta contrária a um dos requisitos de qualquer medida cautelar, i.e., o juízo de probabilidade da participação do *sujeito passivo* da medida no crime investigado.

(4) *Curso de Processo Penal*, Saraiva, v. 2, p. 87. Desafortunadamente, verificamos com maior frequência tal comportamento nas decretações de prisão temporária, onde não se explicitam as circunstâncias que levam a autoridade a considerar necessária e cabível a custódia. Talvez o equívoco decorra do texto da lei, que apenas no tocante à *prorrogação* do prazo de 5 ou 30 dias faz menção à “extrema e comprovada necessidade” da prisão, como se tal avaliação não fosse exigível na *decretação* da medida.

pelo simples fato de ser assim legalmente qualificado, não pressupõe, *a priori*, uma tal complexidade a exigir prazo tão dilatado para sua apuração).

Insustentável, a nosso sentir, a crença de que o êxito das investigações policiais possa vir a depender da manutenção, no cárcere, do indiciado por tão longo período. Deveras, um interrogatório não dura mais do que algumas horas; um reconhecimento formal, outras tantas; igualmente, uma reconstituição do crime. Que outra providência, dependente da presença do indiciado, duraria mais do que um ou dois dias?

Raciocínio similar vale para as hipóteses de que cuida o inc. II do art. 1.º, da Lei 7.906/89, senão vejamos.

No que toca à situação de não ter o investigado residência fixa, a sua prisão somente justificar-se-á em havendo risco de que, por não ser conhecido o local onde aquele se abriga, a instrução criminal ou a eventual aplicação da lei penal possa vir a sofrer danos, o que, como se sabe, justifica a decretação não da prisão temporária, mas da prisão preventiva.

Se, porém, a falta de residência fixa do suspeito põe em risco tão-somente o bom termo das investigações policiais, não se falando ainda em cautela do futuro processo (o que desembocaria na prisão preventiva), cuidar-se-á, então, de prisão temporária como medida *imprescindível ao inquérito policial*, o que implicará a invocação da primeira das hipóteses autorizadoras da prisão temporária.⁵

Por último, a circunstância de não haver o investigado revelado sua identidade somente autorizará a sua prisão cautelar se fracassarem as diligências policiais que devem, via de regra, preceder a adoção daquela medida extrema a qual se finalmente adotada, não se justificará por mais tempo do que o necessário à identificação criminal do conjecturado autor do fato investigado.

Sem maiores esforços, portanto, aflora a percepção de que a prisão temporária, mesmo na sua modalidade menos gravosa (5 dias), serve e tem servido a outros propósitos que não simplesmente o de acautelar as investigações e indiretamente, o processo penal a ser eventualmente instaurado. Na verdade, ao estabelecer o legislador tão alongado prazo, o que se objetivou foi punir antecipadamente aquele sobre quem pairar a acusação da prática de crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, estigmatizando-o perante a sociedade, que parece sentir-se “aliviada” com a sumária “punição” do indiciado.⁶

4. Flexibilização do prazo da prisão

Se, como restou evidenciado, é totalmente desproporcional e desnecessária, ao atingimento dos fins a que se destina a prisão temporária, a fixação de prazo dilatado para o seu cumprimento, insustentável se mostra o hábito do Ministério Público e da Magistratura em não se valerem de um controle mais eficaz dos critérios de necessidade e proporcionalidade daquela prisão cautelar.

Se a lei fala em prisão por 5 dias ou por 30 dias (para as hipóteses previstas na Lei 8.072/90), por que não se avaliar,

preventiva”. Entendimento contrário daria à prisão temporária “um caráter de compulsoriedade, o que contrasta frontalmente com as garantias constitucionais”.

(6) Nesse sentido, Alberto Silva Franco, *op.cit.*, p. 246.

(5) Como observa Odone Sanguiné (“Prisão provisória e princípios constitucionais” in *Fascículos de Ciências Penais*, p. 111), citado por Alberto Silva Franco, *Crimes hediondos*, 3.ª ed., RT p. 243, “é de todo inadmissível decretar-se “a prisão temporária *tout court*, com base na gravidade dos crimes elencados ou na ausência de residência fixa, sem que isso fosse conveniente para as investigações do inquérito ou ausente um dos pressupostos para a futura prisão

sopesando-se as explicações da autoridade policial, o tempo realmente necessário à custódia? Se o que se pretende com a prisão temporária é, e.g., o reconhecimento formal do indiciado, ou o seu interrogatório,⁷ ou a reconstituição do crime, por que não se decretar a prisão por período menor do que 5 dias? Se o crime é considerado hediondo, e são muitas as diligências policiais a serem cumpridas, necessariamente com a presença do suposto autor do ilícito investigado, por que não fixar prazo bem inferior aos 30 dias?⁸

Conquanto a letra da lei pareça indicar que a prisão deverá, se decretada, durar 5 dias (ou 30, se hediondo ou a ele assemelhado o crime) será inconsistente, diante do Estado de Direito entre nós vigente, advogar o entendimento de que a lei proíbe o juiz de fixar prazo menor do que os mencionados. Em face da excepcionalidade de qualquer medida limitadora da liberdade do indivíduo, tais prazos não de ser compreendidos como *limites máximos à constrição do ius libertatis*, o que implicará a avaliação, caso a caso, do tempo necessário à segregação do indivíduo do convívio social.

5. Princípio da razoabilidade

Atingimos um ponto de nossa exposição em que se pode invocar o subsídio de uma das mais significativas conquistas da processualística penal: referimo-nos a princípio do devido processo legal, notadamente em sua faceta substantiva.⁹

Assim, ao lado das implicações decorrentes do *procedural due process* — princípios do contraditório e da ampla defesa, da imparcialidade do juiz, da publicidade e motivação das decisões judiciais etc. — evoluiu aquela cláusula para assumir uma vestimenta material, erigindo-se “num requisito da “razoabilidade” (reasonableness) e de “racionalidade” (rationality) dos atos estatais, o que importa num papel de termômetro axiológico acerca da *justiça das regras de direito*”.¹⁰

Este aspecto material do *due process of law*, correspondente em significado ao “princípio da razoabilidade”, trasladou-se do direito administrativo (onde primeiramente teve aplicação) pra outros ramos do direito, como, v.g., o direito penal¹¹ e o direito processual penal, sendo aqui aplicado principalmente em relação às medidas

(7) Valdir Sznick, in “Liberdade, prisão cautelar e temporária”, Leud, p. 746, informa que “Na França, segundo escreve Donnedieu de Vabres (*La Justice Pénale d'aujourd'hui*) e Pierre Bouzat (*Revue Intern. Droit Pénal*, 1953, n. 1-2) não só as violências físicas e torturas estão prescritas. Ainda que um suspeito possa ser interrogado em 24 horas, sem autorização do Ministério Público, deve contudo respeitar o intervalo de repouso do interrogado, não o mantendo sob constante interrogatório, enquanto os policiais, interrogadores, vão se revezando nos interrogatórios”.

(8) Neste sentido, a Constituição da Espanha, cujo art. 17.2 determina que “la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”.

(9) Embora o assim chamado princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) tenha sido desenvolvido no direito alemão, sua formulação inicial atravessou-se do direito norte-americano, onde, através de evolução doutrinário-jurisprudencial, o princípio do devido processo legal passou a ser estudado e aplicado dentro de uma ótica material e não apenas processual, como inicialmente concebido.

(10) Carlos Roberto de Siqueira Castro, “O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil”, 2.ª ed., Forense, p. 383.

(11) Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, in *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, 1990, p. 30, nota 9, cita Beccaria (Dos delitos e das penas) e Montesquieu (O espírito das leis) como os primeiros a sustentarem a proporcionalidade das penas em relação ao crime praticado.

cautelares que restringem a liberdade ou a livre disposição de bens do imputado.¹²

6. Fonte Constitucional do Princípio da Razoabilidade

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade decorre, constitucionalmente, do Estado de Direito e da essência dos direitos fundamentais. Nicolas Serrano¹³ sublinha que a Ley de Enjuiciamiento Criminal espanhola “no recoge expresamente el principio de idoneidad [um dos subprincípios do princípio da proporcionalidade], a diferencia de los Códigos procesales penales más modernos, como el portugués (art. 193.1)¹⁴ o el italiano (art.

275.1). Semejante omisión, sin embargo, nos es relevante, dado que la C.E. es norma de aplicación directa y el principio de prohibición de exceso encuentra su apoyo normativo en los preceptos constitucionales que garantizan los derechos fundamentales. Tampoco en la R.F.A., por otra parte, la St.P.O. menciona expresamente el principio de idoneidad y su vigencia, derivada de la Ley Fundamental, es aceptada sin dificultad”.

No que respeita ao nosso ordenamento Constitucional positivo, a leitura do inc. LIV do art. 5.º (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), permite sustentar¹⁵ seguramente que tal garantia abrange também o *substantive due process*.

Outrossim, os direitos expressos na Constituição Cidadã “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5.º, § 2.º do Texto Fundamental), o que implica admitir, sem hesitações, que o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade está abrigado em nosso regime constitucional.

7. Decretação e manutenção da prisão: permanente avaliação da necessidade

É sabido que a palavra-chave para o uso e a manutenção de qualquer prisão caute-

idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto. 2. Ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata. 3. La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata”.

(15) Cf. posicionamento externado pelo Min. Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, na Aula Inaugural do Curso de pós-graduação *lato sensu* de 1995, oferecido pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

(12) Para uma plena compreensão do alcance e da aplicação do princípio da proporcionalidade (razoabilidade, proibição de excesso ou outras denominações que se lhe costumam atribuir) ao processo penal, consultar a magnífica obra de Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, citada na nota anterior. Entre nós, recomendável a leitura de Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *O processo penal em face da Constituição*, Forense; Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, Saraiva; Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, 2.ª ed., Forense; Érico Bergmann, *Prova ilícita – a Constituição de 1988 e o princípio da proporcionalidade*, amprgs/esmp, Estudos MP 5.

(13) Op.cit., p. 155.

(14) Art. 193 do CPP português: “(Princípio de adequação e proporcionalidade) 1. As medidas de coação e de garantia patrimonial a aplicar em concreto devem ser adequadas às exigências cautelares que o prazo requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas. 2. A prisão preventiva só pode ser aplicada quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coação”.

Art. 275 do CPP italiano: “(Criteri di scelta delle misure). 1. Nel disporre le misure, il giudice tiene conto della specifica

lar é a sua *necessidade*, sem a qual não se justifica tal medida excepcional.

Mas, além da necessidade, a intervenção estatal na esfera da liberdade do indivíduo se condiciona também à *idoneidade* da medida (em relação de meio ao fim que visa a atingir) e à sua *proporcionalidade stricto sensu* (entendida como a própria razoabilidade do sacrifício do interesse individual em nome do interesse coletivo.

Se a *decretação*, da prisão temporária é necessária e idônea para o sucesso das investigações policiais, e justificável, em nome do interesse coletivo, a custódia cautelar do indiciado pela prática de um dos crimes elencados no inc. III do § 1.º da Lei 7.960/89, a sua *manutenção* se condicionará à contínua presença daqueles requisitos legais de que já falamos.¹⁶

Logo, se a prisão do indiciado fez-se necessária para que, v.g., fosse ele interrogado, identificado e reconhecido, não mais pode perdurar a sua custódia se aqueles atos já foram realizados, sendo, pois, eventualmente excessivo o prazo de 5 dias (e; *a fortiori*, 10, 30 ou 60 dias) para a conclusão das investigações que inicialmente justificaram a prisão pré-cautelar.¹⁷

Se a decretação da prisão temporária por 5 dias pode ser, em alguns casos, necessária ante a eventual possibilidade de que tal prazo seja proporcional aos objetivos que a medida visa atingir,¹⁸ não há como negar que, no tocante à prisão temporária por 30 dias (renovável por igual período), a irrazoabilidade ou desproporcionalidade da medida é flagrante.¹⁹

vontade real por parte das autoridades competentes em levar a cabo o processo".

É de realçar, outrossim, que o Brasil, através do Decreto 678/92 (publicado no DOU de 09.11.1992. Seção I, p. 15.562), aprovou o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José - Costa Rica), cujo art. 7.º, inc. 5.º, dispõe que "Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito à ser julgada dentro de um prazo razoável, ou a ser posta em liberdade sem prejuízo de que prossiga o processo...". Tal garantia, presente igualmente em outros *Bills of Rights*, reflete-se na fase inquisitorial da persecução penal, pois somente com a rapidez das investigações policiais poderá a futura ação penal ser julgada em prazo razoável.

(16) Neste sentido Ernesto Pedraz Penalva, "Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad, in *Constitucion, jurisdiccion y proceso*, Akal, p. 343.

(17) Convém anotar que não se há de legitimar a prática de atos de investigação em relação ao indiciado preso como se solto estivesse, ou seja, sem a preocupação de concluir as diligências o mais rápido possível, viabilizando-se, o quanto antes, a formação da *opinio delicti* do Ministério Público, acompanhada ou não da transformação da prisão temporária em prisão preventiva, se presentes obviamente os seus requisitos legais. Saliente-se, a propósito, que uma das Recomendações tomadas no XV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em setembro de 1994, no Rio de Janeiro, foi no sentido de que "... deve-se proibir ordenar ou manter a prisão provisória se não existirem indícios sérios de culpabilidade e uma

(18) A hipótese se amolda na "zona de incerteza" de que fala Nicolas Serrano, op.cit. p. 315, onde esclarece que o princípio da proporcionalidade apresenta três zonas diferenciadas, quanto à facilidade de seu controle: uma zona de certeza positiva, "dentro de la cual las medidas se consideran constitucionalmente admisibles, porque resulta claro que no infringen el principio de proporcionalidad"; uma zona de certeza negativa, que compreende "aquellas medidas cuya desproporcion es evidente"; e a zona de incerteza, dentro da qual se agrupam "las injerencias cuyo respeto por dicho principio es dudoso".

(19) Entendimento diverso adotáramos se se tratasse de prisão preventiva, que não se adstringe à fase inquisitorial da persecução penal, podendo prolongar-se até mesmo, segundo alguns, depois da sentença condenatória recorrível. Neste caso, não se aco-

Semelhante conclusão é ainda mais evidente quando se recorda que:

1.º Para concluir inquérito policial, relativo a *indiciado solto*, dispõe a autoridade policial de *30 dias*, prazo este que somente pode ser dilatado por autorização judicial, ouvido o Ministério Público. Como justificar, então, que este mesmo prazo seja utilizado para idêntica finalidade, estando o indiciado preso?

2.º Para concluir inquérito policial, relativo a indiciado preso, pela prática de crime não elencado nas Leis 7.960/89 e 8.072/90, dispõe a autoridade policial de apenas *10 dias*, prazo este que não pode ser prorrogado de nenhum modo, a menos que o indiciado seja libertado. Assim, tratando-se de inquérito policial instaurado por força de uma prisão em flagrante, v.g., de um estupro, o procedimento deverá, necessariamente, concluir-se no máximo em 10 dias; porém, tratando-se do mesmo crime, mas não tendo sido o seu suposto autor preso em flagrante, eventual prisão temporária sujeitá-lo-á a aguardar por até 60 dias, antes que o Ministério Público formule sua acusação.

3.º O tempo máximo de duração de *toda a persecução penal*, estando o réu preso, não poderá exceder, segundo entendimento doutrinário jurisprudencial, 81 dias.²⁰ Como admitir-se, então, que so-

imaria de irrazoável dispositivo legal que permitisse a duração de uma prisão preventiva por um período bem maior ao que se aceita atualmente como limite máximo para a conclusão da instrução criminal, seguindo-se, assim, o exemplo de outros países, como Portugal e Itália, cujos Códigos de Processo Penal estabelecem prazos bem dilatados para a duração da prisão cautelar.

(20) É bom esclarecer que o princípio da razoabilidade tem sido também utilizado para, excepcionalmente, justificar eventuais excessos no prazo da instrução criminal. Pioneiro neste sentido foi o posicionamento do eminente Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, cujos votos prolatados em julgamentos ocorridos na Turma do Superior Tribunal de

mente as investigações pré-processuais perdurem por 60 dias?²¹

Toda esta argumentação não nos leva a negar a utilidade desta modalidade de prisão provisória, que, diga-se de passagem, encontra similares no direito alienígena.²² Em determinadas situações, *quando ainda não se reuniram elementos suficientes para a decretação de uma prisão preventiva, e diante da necessidade da custódia do indiciado ou suspeito para o êxito das investigações policiais*, outro caminho não restará senão o uso da prisão temporária.

O que, todavia, propugnamos é uma mudança de postura dos operadores do direito — enquanto não sobrevém mudança legislativa — para que não nos tornemos veículos da inconstitucionalidade de dispositivos aprovados em processo legislativo viciado pelo afogadilho e pela histeria punitiva de então.

8. Conclusões

1) Sendo a prisão temporária uma medida pré-cautelar, destinada ao esclareci-

Justiça já fazem escola (vide RHC 1.453, DJU de 09.12.1991, p. 18.044; HC 1.028, DJU de 16.12.1991, p. 18.533; RSTJ 30/96; RJTJSP 81/411; RSTJ 29/95; RHC 3.672-9, DJU de 20.02.1995, p. 3.214; RHC 2.635, DJU 07.06.1993, p. 11.275; RHC 3.672-9, DJU 20.02.1995, p. 3.214, e outros).

(21) Sobre esta questão argumenta Alexandre Gonçalves, "A prisão temporária e seus aspectos controversos" in *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, n. 37, p. 78, que não se pode deixar de computar o tempo da prisão temporária no prazo de formação da culpa. De fato, se na hipótese de prisão preventiva o período em que o imputado esteve preso durante o inquérito policial é computado para fins de averiguação do tempo máximo da instrução processual, não nos parece sustentável outro posicionamento quando o acusado esteve inicialmente acautelado a título de prisão temporária.

(22) vide Valdir Sznick, op.cit. p. 497 e A. Scarance Fernandes, op.cit.

mento dos fatos apurados em inquérito policial, somente poderá ser decretada se explicitados os motivos e a necessidade da cautela para o êxito das investigações policiais;

2) impõe-se à autoridade policial ou ao Ministério Público, portanto, indicar ao magistrado quais as medidas que dependem da prisão do indiciado para ser concretizadas, devendo a autoridade judiciária motivar devidamente sua decisão, fixando prazo eventualmente inferior ao estabelecido em lei para a prisão temporária, já que se trata de limite máximo e não termo único para a decretação da medida;

3) o constituinte brasileiro acatou o princípio do devido processo legal, que, modernamente, também se mostra sob a ótica substantiva, identificada com o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, aplicável ao processo penal, máxime no que respeita às medidas restritivas da liberdade;

4) logo, apresenta-se como norma totalmente contrária ao texto constitucional a previsão inserida no art. 2.º, § 3.º da Lei 8.072/90, de acordo com a qual os indi-

ciados por crime previsto naquele diploma legal estão sujeitos a serem presos, antes de qualquer acusação formal e sem que se demonstre real necessidade, idoneidade e proporcionalidade da medida, por período de até 60 dias;

5) cumpre, portanto, aos operadores do direito valerem-se deste instrumento de apuração de infrações penais com a devida ponderação, verificando a efetiva necessidade de ser decretada a prisão temporária; avaliando o prazo máximo que justificará a segregação cautelar do indiciado; sopesando, enfim, se, ao invés de prisão temporária, não é cabível a prisão preventiva;

6) de qualquer modo, nada justificará o prosseguimento do nefasto hábito de se decretar por trinta dias uma prisão temporária, com nítido caráter punitivo, pelo simples motivo de tratar-se de hipótese de crime hediondo ou a ele legalmente assemelhado. A irrazoabilidade ou a desproporcionalidade de tal previsão ética que não pode estar ausente da persecução penal. Afinal, *libertas inestimabilis res est* (Paulo).