

A Prisão Temporária e a Justiça Federal

Ricardo Ribeiro Campos

*Juiz Federal na Seção Judiciária do Ceará.
MBA em Poder Judiciário pela FGV/RJ.*

A prisão temporária foi introduzida no direito brasileiro pela Medida Provisória nº 111/1989, convertida na Lei nº 7.960/1989. Trata-se de instituto que, segundo alguns autores¹, teria sido imaginado para legitimar as denominadas *prisões para averiguações*², ou seja, a detenção informal feita pela polícia para fazer levantamentos sobre um fato investigado e a pessoa do suspeito.

O instituto estava previsto no Projeto de Código de Processo Penal elaborado por José Frederico Marques, que a admitia para compelir o indiciado ou acusado ao cumprimento de ônus a que estivesse sujeito no inquérito policial ou no processo, ou quando ele estivesse perturbando o curso das investigações, deixasse

¹ MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 104 e 108; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 319; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005, p. 1039; DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 151; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 528.

² Para Diaulas Costa Ribeiro, distinguir-se-ia a prisão para averiguações da prisão para investigações. “A prisão para investigações, que é a nossa prisão temporária, parte de um fato criminoso para uma pessoa determinada. Já a prisão para averiguações parte de pessoas para levantar fatos, aleatoriamente. [...] [Na prisão para averiguações] as autoridades, em regra as Polícias, prendem pessoas para descobrir crimes que não estavam investigando, ou apurar crimes em que elas não eram suspeitas. São as conhecidas operações ‘arrastão’, realizadas em áreas de contingente criminoso.” (RIBEIRO, Diaulas Costa, “Prisão temporária (Lei 7.960, de 21.12.89): um breve estudo sistemático e comparado”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 707, p. 271-275, set. 1994, p. 273).

de comparecer a qualquer ato necessário à instrução do inquérito ou houvesse suspeita razoável de sua participação em crime de roubo, latrocínio, extorsão, sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto não consensual, quadrilha ou bando ou tráfico de entorpecentes.

Trata-se de medida inspirada em institutos similares de outros países, a exemplo da *prisión incomunicada* do direito espanhol e da “*garde à vue*” do direito francês.

A *prisión incomunicada* pode ser decretada pelo tribunal ou pelo juiz de instrução, e tem por fim evitar que se subtraiam da ação da justiça pessoas supostamente envolvidas nos fatos investigados, ou que elas atuem contra bens jurídicos da vítima, que ocultem, alterem ou suprimam provas ou que cometam novos delitos (artigo 509, 1, *Ley de Enjuiciamiento Criminal*). A incomunicabilidade durará somente o tempo necessário a evitar esses perigos e não poderá exceder a cinco dias, podendo este prazo ser prorrogado por uma vez se se tratar de terrorismo ou de organizações criminosas (artigo 509, 2). Não se admitirá que o preso faça ou receba qualquer comunicação, salvo se isto não frustrar os fins da prisão incomunicável (artigo 510, 3).

Por meio da denominada guarda à vista (*garde à vue*), por sua vez, o oficial de polícia poderá determinar, por necessidade de investigação, a prisão de qualquer pessoa suspeita de haver cometido ou tentado cometer uma infração penal. Nesse caso, o Ministério Público deverá ser cientificado da prisão, que não poderá durar mais de vinte e quatro horas, com possibilidade de ser prorrogada por igual período mediante autorização escrita do Procurador da República (artigo 63, CPP francês). Revelando preocupação com a necessidade de preservar a investigação³, o legislador francês estabeleceu que a pessoa colocada em guarda à vista pode pedir para que seja informada da sua prisão a pessoa com quem resida ou um parente próximo; ressalvou, entretanto, que se o oficial de polícia considerar que esse pedido pode comprometer

³ ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. *Medidas cautelares e de polícia do processo penal, em direito comparado*. Almedina: Coimbra, 2006, p. 104.

as investigações, negá-lo-á e comunicará esse fato ao Procurador da República, a quem caberá decidir sobre o acolhimento (artigo 63-2).

Ao comentar a prisão temporária, Rogério Leão Zagallo assinala:

*Esse tipo de prisão visa permitir que a autoridade policial, diante da prática de um crime que esteja disposto na Lei n. 7.960/1989, não possuindo ainda elementos de prova que permitiram a prisão preventiva e na ausência de flagrante, permaneça com o investigado sob sua proteção e disposição, com o fim de proceder à coleta de demonstrativos de autoria e materialidade.*⁴

Não faltam críticas ao instituto. A primeira delas é de conteúdo formal, por ter sido a prisão temporária aprovada originalmente por medida provisória, antes de ter sido convertida na Lei nº 7.960/1980. No entender de Roberto Delmanto Junior, teria havido com isso violação à garantia da reserva legal, “que presuppõe, outrossim, a correta elaboração legislativa, abrangida por outra garantia constitucional, qual seja, a do **substantive due process of law**”⁵. Não obstante, o certo é que antes do advento da Emenda Constitucional nº 33/2001, não vedava a Constituição de 1988 a edição de medida provisória em matéria processual. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 162/DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face da Lei 7.960/1980, o Supremo Tribunal Federal indeferiu, por oito votos e dois, liminar que pleiteava a suspensão da referida lei. Acolheu-se o voto do relator, Ministro Moreira Alves, no sentido de que, salvo em situações excepcionais, não cabe ao Poder Judiciário o exame da relevância e da urgência de uma medida provisória. Diante da

⁴ ZAGALLO, Rogério Leão. *Prisão provisória: razoabilidade e prazo de duração*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 83.

⁵ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 151. No mesmo sentido, RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 643.

conversão da Medida Provisória nº 111 em lei, a ADIn foi arquivada por perda de objeto. Quanto ao outro aspecto referido por Roberto Delmanto Junior, inexistente qualquer violação à cláusula do devido processo legal, já que a prisão temporária configura uma prisão cautelar de liberdade que tem assento no inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal.

A outra ordem de críticas é de teor material. Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, trata-se de previsão inconstitucional, “medida odiosa e arbitrária”, “estúpida”, posto que restringiria o direito de locomoção de uma pessoa, que não pode ser considerada culpada antes do trânsito em julgado da sentença, sem a demonstração de sua real necessidade⁶. Em igual sentido, assevera Maria Ignez Baldez Kato que a prisão temporária violaria o princípio da presunção de inocência por ser concebida para finalidade desprovida de feição cautelar; em outros termos, por não se destinar a assegurar no processo o procedimento do devido processo legal⁷. Paulo Rangel, por sua vez, entende que “em um Estado de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é o autor do delito”⁸.

A doutrina em sua maioria, porém, entende não existir a mencionada inconstitucionalidade da prisão temporária, por se tratar de prisão de natureza cautelar, instrumentalmente voltada a assegurar a investigação de um delito⁹.

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 497-498 e 503.

⁷ KATO, Maria Ignez Baldez Lanzellotti. *A (des)razão da prisão provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2005, p. 126.

⁸ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 643.

⁹ FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99-104. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 319-322; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Limites constitucionais à prisão temporária*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 207, p. 35-38, jan. 1995; LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 238-239; MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. “Prisão temporária”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, p. 325-327, jun. 1992; BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 149.

Muitos daqueles que criticam o instituto da prisão temporária e como ele vem sendo empregado na prática, principalmente no âmbito da Justiça Federal, na realidade expressam opinião formada sem o conhecimento de quaisquer detalhes das complexas investigações acerca dos graves crimes que justificaram a sua necessidade. Limitam-se geralmente essas pessoas, a partir de recortes de noticiários, a formar uma opinião equivocada, incompleta, obtusa, que enxerga apenas o papel - no sentido teatral, mesmo - que os investigados exercem no meio político ou empresarial, exibindo ao público apenas as várias comendas, títulos honoríficos e quejandos que possuem¹⁰. Esquecem os críticos, porém, que os crimes econômicos são praticados invariavelmente às ocultas e com grande sofisticação para burlar os órgãos de fiscalização. Na criminalidade econômica, regra geral, há uma concentração na prática dos delitos, limitando-se, portando, o envolvimento a pouquíssimas pessoas. A prática criminosa empresarial é restrita, quase sem exceção, a um núcleo rígido e de confiança mútua, formado pela cúpula da empresa ou somente por parte dela. A prática tem revelado que os empregados, mesmo quando detentores de cargos de gerência, geralmente desconhecem o que se passa nesse núcleo rígido e os crimes por ele promovidos. Chegam mesmo a ficar surpresos quando posteriormente têm ciência da verdade dos fatos. Há que se considerar também, nessa senda, a estrutura e o funcionamento do crime organizado, que, sobre ser compartimentado - e, portanto, a originar igual problemática -, é instrumentalmente planejado para obstar que a investigação chegue ao seu encaixe, valendo-se, para tanto, de violência ou de grave ameaça, ou de ofertas de vantagens, em relação a todos aqueles que lhe podem contrariar, como vítimas, testemunhas e

¹⁰ Na obra *Derecho penal económico*, Silvina Bacigalupo e Miguel Bajo apontam, com base em uma fórmula denominada *Psicograma de Mergen*, as seguintes características dos criminosos econômicos: a) somente atribuem valor aos bens materiais, sendo impulsionados por uma avidez na busca incontrolável do proveito material; b) são egocêntricos, sofrendo de fria solidão, que compensam se mostrando generosos, pródigos e caritativos; c) utilizam-se de suas inteligências para o êxito imediato; d) não se consideram criminosos (*apud FISCHER*, Douglas. *Delinquência econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 140-141).

mesmo auxiliares menores, a exemplo dos “laranjas”. Assim, a investigação que se restringir a utilizar exclusivamente métodos limitados, como a oitiva de testemunhas e requisição de documentos, estará fadada inevitavelmente ao fracasso, o que ocorrerá em prejuízo da efetividade da tutela penal e em prol da subsistência da arraigada seletividade do sistema penal. Talvez por isto não se deva estranhar se o móvel das críticas for outro, a saber, o de derruir esse importante instrumento de investigação, que tem se mostrado muito eficaz, no âmbito da Justiça Federal, no combate aos crimes anteriormente mencionados, atingindo pessoas que antes se consideravam imunes ou acima da lei, e que agora estão incomodadas ao se verem por ela alcançadas.

Jayme Walmer de Freitas observa:

A prisão temporária tem vários pontos favoráveis, e dentre eles se destaca o de ser um instrumento ágil e eficaz no deslinde de crimes graves, a despeito da falta de recursos, mormente de inteligência, dos organismos policiais. Embora se atinja a liberdade pessoal com elementos probatórios escassos, a polícia tem conseguido, diariamente, a elucidação de crimes bárbaros e de extrema gravidade. O dia a dia forense tem confirmado essa assertiva.

Salvo excessos aqui e acolá, a sociedade tem obtido vantagens com o instituto. Explica-se. A lei se volta especificamente à repressão de crimes hediondos ou de especial periculosidade, e toda custódia exige cumprimento fiel à determinação legal, isto é, depois da manifestação do órgão ministerial é que sobrevém o decreto prisional de natureza judicial.¹¹

Vale referir que o próprio Supremo Tribunal Federal, na pessoa do Ministro Cezar Peluso, se valeu da prisão temporária, no bojo da denominada *Operação Hurricane* (Inquérito nº 2.424/RJ), para a investigação de delitos praticados por um Ministro do Supe-

¹¹ FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 91.

rior Tribunal de Justiça, dois Desembargadores do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, um membro do Ministério Público Federal, um Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas, conhecidos bicheiros e outros envolvidos com a exploração de jogos ilegais, negociação de decisões judiciais e outros delitos.

No que diz com a crítica de teor jurídico, naquilo que vislumbra na prisão temporária ausência de natureza cautelar, uma atenção à sua finalidade revela que a censura não procede. Em verdade, a prisão temporária possui, inegavelmente, natureza cautelar. Trata-se, com efeito, de instituto voltado exclusivamente à salvaguarda da investigação, ou seja, destina-se a afastar riscos que comprometam a colheita de elementos de informação em crimes graves e a identificação de sua autoria. Não se tem, *in casu*, qualquer resquício de antecipação de pena. O só fato de ter assento em momento anterior à instauração do processo penal não implica qualquer tipo de vício. Aliás, a própria prisão preventiva pode ser decretada na fase de investigações. O que lhe afastaria da cautelaridade seria o fato de assumir finalidade própria de uma pena, o que, como se viu, não ocorre.

Também não procede a crítica de quem vê na prisão temporária uma prisão para investigar. Na realidade, trata-se de uma prisão para assegurar a investigação, colocada em risco, em situações concretas, pela conduta do suspeito. Em outros termos, como bem expressado por Eugênio Pacelli de Oliveira, “trata-se de prisão cuja finalidade é de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante se extrai do art. 1º, I, da Lei nº 7.960/89, no que cumpriria a sua função de instrumentalidade, isso é, de cautela”¹². Tem ela, portanto, inegavelmente, natureza cautelar. Se em algum caso concreto estiver sendo utilizada como porta de entrada da investigação, sem qualquer consideração sobre o fato concreto, deve esse desvio ser repellido pelo Judiciário

¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 445. É o que alerta acerca da *prisión incomunicada* Silvia Barona Vilar: “para poder acordar esta *modalidad de prisión provisional* deberá existir peligro de frustración del éxito de la investigación penal.” (AROCA, Juan Montero *et. al.*. *Derecho jurisdiccional III: proceso penal*. 10. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 464)

e pelo próprio Ministério Público, o que, entretanto, não implica ilegitimidade do instituto. O desvio excepcional do instituto, na prática, não pode servir para lhe definir a natureza jurídica.

A propósito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Suárez Rosero v. Equador*, decidiu que do artigo 8º, n. 2, do Pacto de São José da Costa Rica, deriva “la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios *para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones* y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”¹³. Há, assim, plena configuração da prisão temporária como espécie de prisão cautelar.

Pois bem. Partindo agora para a análise da regulamentação legal, é importante atentar para os termos como a prisão provisória é tratada no artigo 1º da Lei nº 7.960/1989, que assim dispõe:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento 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);

¹³ Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf>. Acesso em 4 de fevereiro de 2009.

- 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 o 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 01.10.1956), e qualquer de suas formas típicas;*
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368 de 21.10.1976¹⁴);*
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492 de 16.06.1986).*

Como o texto legal não esclarece se para a decretação da prisão temporária há necessidade de estarem presentes conjuntamente os pressupostos previstos nos três incisos do artigo 1º, ou se bastaria a presença de apenas um ou uma combinação deles, coube à doutrina solucionar essa questão, o que fez quase sem controvérsia.

Afastou-se, em um primeiro passo, o entendimento de que seria necessária a presença concomitante dos requisitos previstos nos três incisos, visto que isso implicaria a imunidade à prisão temporária daqueles que tivessem residência fixa e identidade conhecida¹⁵. Outra possibilidade também repelida foi a possibilidade de decretação da prisão temporária quando incidente qualquer um dos incisos do artigo 1º da Lei nº 7.960¹⁶. É que esse modo

¹⁴ Corresponde atualmente ao artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

¹⁵ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 160-61; MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 105-106. Antonio Scarance Fernandes chegou a defender esse ponto de vista, mas depois o reviu diante da problemática mencionada no texto (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 321-322.

¹⁶ Diaulas Costa Ribeiro defendeu essa orientação com amparo no que estava previsto no Projeto de Código Penal de José Frederico Marques e tendo em vista que, no sistema le-

de entender acarretaria verdadeiros absurdos: quanto ao inciso I, possibilitaria prisões temporárias por quaisquer delitos, inclusive os de reduzida gravidade, e até detenções de terceiros, como testemunhas renitentes; em relação ao inciso II, ensejaria o encarceramento temporário de pessoas sem residência, mesmo não tendo cometido qualquer crime; e, por fim, no que diz com o inciso III, implicaria prisão cautelar automática, destituída de qualquer finalidade cautelar.

Tendo em vista que para a decretação de qualquer prisão cautelar é necessária a presença dos requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, chegou-se a uma solução intermediária. Com efeito, já que o primeiro requisito estaria consubstanciado no inciso III do artigo 1º, e o segundo requisito, por sua vez, nos incisos I e II, há um consenso de que, para a legitimidade da prisão temporária, é mister a incidência do inciso III em conjunto ou com o inciso I ou com o inciso II. Em outros termos, “à presença da condição prevista no inciso III (configurando o *fumus boni iuris*) é suficiente que se cumule um dos dois requisitos revistos nos incisos I e II (caracterizadores, ambos, do *periculum libertatis*)”¹⁷.

gislativo brasileiro, os incisos seriam unidades autônomas entre si (RIBEIRO, Diulas Costa, “Prisão temporária (Lei 7.960, de 21.12.89): um breve estudo sistemático e comparado” *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 707, p. 271-275, set. 1994, p. 273).

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Limites constitucionais à prisão temporária”. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 207, p. 35-38, jan. 1995, p. 38. No mesmo sentido, FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130-132; ZAGALLO, Rogério Leão. *Prisão provisória: razoabilidade e prazo de duração*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 92-93; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 321-322; PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005, p. 1041; MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Prisão provisória: medida de exceção no direito criminal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 83; Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 528-529. Marcellus Polastri Lima entende que “sempre serão necessários os incs. I e III, uma vez que o primeiro demonstra a necessidade da prisão (*periculum libertatis*) para o sucesso da investigação, sendo esta a razão primeira do instituto, e o terceiro, como visto, porque demonstra o *fumus comissi delicti*”, razão pela qual considera “a aferição do inciso II complementar, mas não essencial” (LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 246). É igualmente a opinião de Eugênio Pacelli de Oliveira, uma vez que, para ele, a hipótese do inc. II já estaria contemplada pela aplicação do inc. I (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 446).

Pois bem. O primeiro pressuposto, configurador do *periculum libertatis*, diz com o fato de a prisão temporária ser “imprescindível para as investigações do inquérito policial”. Resulta do preceito, inicialmente, que ela somente será cabível em inquéritos policiais, não se admitindo a sua decretação, portanto, em procedimentos de investigação conduzidos por outros órgãos, como o Ministério Público, Comissões Parlamentares de Inquérito, etc¹⁸. Consequência do disposto é que a prisão temporária não será cabível uma vez iniciada a ação penal, o que se harmoniza com a sua finalidade específica.

A prisão temporária será considerada imprescindível para as investigações quando, diante da natureza do delito e das circunstâncias concretas do fato, concluir-se que o suspeito, direta ou indiretamente, está atuando na ocultação, destruição e falsificação de provas, ou ainda que há um forte risco de que agirá nesse sentido, obstaculizando, desse modo, as investigações da polícia. Deve-se advertir que a prisão temporária será cabível se houver o risco de interferência indevida em quaisquer elementos de informação. Não se restringe, assim, ao risco de fencimento de documentos ou outras provas materiais. Se houver indícios concretos de que o suspeito está confabulando ou irá confabular com partícipes, testemunhas etc., também será o caso de decretação da prisão temporária. É o que ensina Nicolás Barrera Hernández ao comentar a *prisión incomunicada* do direito espanhol:

El único fin de tal régimen es evitar la injerencia perturbadora del preso en la investigación, siendo por tanto una medida contra el peligro de que desaparezcan las pruebas. Con ello se especifica al propio tiempo el fin primordial cuya ob-

¹⁸ Em sentido contrário, LIMA, Marcellus Polastri. **A tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 243. O Projeto de Lei nº 116/2007, da Câmara dos Deputados, apresentado pelo Deputado Neilton Mulim, pretende autorizar a prisão temporária em investigações conduzidas por Comissões Parlamentares de Inquérito, que poderiam, portanto, formular representação a um juiz nesse sentido. A pretensão, porém, deve ser repelida, por temerária. As investigações das Comissões Parlamentares são, em sua grande maioria, impulsionadas por interesses político-partidários, prevalecendo, ao invés de critérios técnicos de apuração, interesses de agrupamentos partidários de ocasião.

*tención quiere asegurar, tratando de eliminar toda posible influencia o confabulación secreta con aquellas personas, coinculpados o terceros, bien sea de modo inmediato o a través de los demás presos o de cualesquier otros sujetos.*¹⁹

Roberto Delmanto Junior defende ser inaceitável o inciso I do art. 1º da Lei 7.960/1989, pois não haveria hipótese em que a prisão do suspeito possa ser considerada imprescindível para as investigações. Detalha seu ponto de vista aduzindo que, no caso de interrogatório, o investigado tem o direito de permanecer em silêncio. Quanto a outras diligências, tendo em vista o direito de não produzir prova contra si mesmo, o suspeito não seria obrigado a colaborar com a polícia. Se fosse necessário submeter o suspeito a reconhecimento, seria suficiente proceder-se à sua condução coercitiva na forma do art. 260 do Código de Processo Penal. Por fim, restaria a hipótese de coação ou suborno de testemunhas, destruição de provas etc., situação que, segundo ele, autorizaria a decretação da prisão preventiva, sendo desnecessária, assim, a prisão temporária²⁰.

Sem razão, entretanto, Roberto Delmanto Junior. Não se pode transmutar o direito de não produzir prova contra si mesmo em um direito de atuar ilicitamente na alteração e ocultação de provas. Não existe, no direito brasileiro, o direito de empecer investigações! É muito comum que investigados atuem de modo direcionado, em quadrilhas ou organizações criminosas, a apagar ou ocultar os rastros de suas atividades delituosas, comunicando-se, por exemplo, de modo cifrado com comparsas, sempre com orientações variadas para burlar órgãos estatais diversos (Polícia, Receitas Federal e Estaduais, Banco Central etc.), providenciando a destruição ou a ocultação de registros de operações ilícitas (fac-símiles, recibos, dados em computadores etc.), planejando, enfim, delitos dos mais diversos, que, apesar de muitos e graves,

¹⁹ HERNÁNDEZ, Nicolás Barrera. *La reforma de la prisión provisional*. 1999. 327 f. Tese (Doutorado) - Universidad de Alicante, Alicante, 1999, p. 112.

²⁰ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 156-159.

seus vestígios são preordenados, em ocorrendo qualquer problema, a serem rápida e facilmente apagados. É ingenuidade supor que, em tais casos, bastará a convocação de depoimentos ou de interrogatórios para a descoberta dos crimes. Assim que os investigados sejam alertados de tais diligências, os vestígios terão desaparecido como num estalar de dedos, e as versões que serão apresentadas no inquérito, previamente ajustadas, serão tão idênticas como universais são os contos de fadas. Por outro lado, não será cabível, em regra, em tais casos a prisão preventiva, exatamente porque ainda não se tem prova da materialidade do crime. Plenamente justificável, por conseguinte, a prisão temporária na hipótese do inciso I do artigo 1º da Lei nº 7.960/1980.

O segundo pressuposto, também relativo ao *periculum libertatis*, ocorrerá quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Aqui, o fim imediato da prisão temporária continua a ser o resguardo das investigações, mas, em alguns casos, servirá também para assegurar a aplicação da lei penal diante da incerteza da identidade verdadeira ou da residência do investigado. Assim, o pressuposto sob exame confunde-se, de certa forma, com o primeiro, visto que se o investigado não possui residência fixa ou se não é certa a sua identidade, haverá, a depender da situação concreta, imprescindibilidade para as investigações da obtenção desses dados²¹.

O terceiro pressuposto, a caracterizar o *fumus commissi delicti* e que deve ser conjugado com algum dos dois anteriores, estará presente quando “existirem fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado” nos crimes enumerados taxativamente no inciso III do artigo 1º da Lei 7.960/1980²². A Medida Provisória

²¹ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 150.

²² Por força do § 4º do artigo 1º da Lei 8.072/1990 (§ 3º, antes da Lei nº 11.464/2007), devem ser acrescentados também os delitos de tortura, terrorismo, latrocínio tentado (art. 157 § 3º, c/c art. 14 do Código Penal), “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais” (art. 273, *caput* e § 1º-A e § 1º-B, do Código Penal), (cf. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 324-324; LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 248).

nº 111/1989 possuía redação um pouco distinta, estabelecendo que era necessária uma “*fundada suspeita* de autoria ou participação do *investigado* [...]”. Tem razão Diaulas Costa Ribeiro quando diz que o legislador piorou a Medida Provisória nº 111 quando de sua conversão em lei, visto que “uma situação é prender para investigar; outra é prender com o resultado das investigações”, ou seja, “a prisão temporária visa assegurar as investigações [...]. Se já chegou ao autor, ela não é mais cabível, senão excepcionalmente”²³.

Com efeito, a prisão temporária se destina principalmente a investigados, e não a indiciados. Tratando-se de pessoa já indiciada, a prisão temporária não mais será, em regra, cabível. É que se o suspeito foi indiciado, isso decorreu da reunião, pela polícia, de elementos suficientes acerca da materialidade e da autoria do delito investigado. Assim, se o indiciado estiver atuando contra quaisquer elementos de prova, o caso será de decretação de prisão preventiva, fundada no artigo 312 do Código de Processo Penal²⁴. Deve-se ressaltar, porém, que se, mesmo após o indiciamento, as investigações da polícia ainda estiverem com outras diligências em relação a outros crimes praticados pelo indiciado ou em relação a coautores ou partícipes, nessa situação será admissível a prisão temporária do indiciado. Sem razão, portanto, Antonio Scarance Fernandes quando defende que a prisão temporária somente será possível em relação a indiciados, o que decorreria, segundo ele, da ideia de inadmissibilidade de prisão cautelar “enquanto não forem coletados elementos sensíveis que indiquem ser o suspeito o autor provável do crime apurado”²⁵. Na realidade, embora a sua

²³ RIBEIRO, Diaulas Costa, **Prisão temporária (Lei 7.960, de 21.12.89): um breve estudo sistemático e comparado**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 707, p. 271-275, set. 1994, p. 273-274.

²⁴ O raciocínio exposto por Jayme Walmer de Freitas é no sentido de que “se a lei autoriza a prisão do indiciado que é o mais, nenhuma ofensa legal admitir-se a prisão do suspeito, que é o menos. Aliás, se a prisão preventiva, que tem destinação diversa e alcance mais abrangente, admite a custódia do suspeito, outra não poderia ser a interpretação” (FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 120).

²⁵ Em sentido contrário, Antonio Scarance Fernandes defende que a prisão temporária somente será possível em relação a indiciados, o que decorreria. FERNANDES, Antonio Scarance. “Funções e limites da prisão processual”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 64, p. 239-252, jan./fev. 2007, p. 248-149.

premissa seja verdadeira - qualquer prisão cautelar, realmente, exige indícios da autoria de um delito - dela não decorre a conclusão extraída. É que pode haver elementos de informação que indiquem ser alguém o autor de um delito (p. ex., interceptações telefônicas), sem que se tenha, não obstante, prova da materialidade do crime, justamente porque o investigado atua de alguma forma criando óbices à obtenção dessa prova. Nessa hipótese, que é a mais típica da prisão temporária, será cabível a sua decretação independentemente de prévio indiciamento, o qual sequer seria cabível na espécie.

De outro lado, a referência a “fundadas razões” revela que os motivos da decretação da prisão temporária devem se fundamentar em elementos concretos, consubstanciados em “qualquer prova admitida na legislação penal”.

Afastam-se, desse modo, pedidos e decisões lastreados em meras conjecturas. Devem existir elementos concretos de provas convergentes à suspeita da prática de um dos crimes especificados na Lei 7.960/1989. Não há necessidade, na prisão temporária, de prova da materialidade delitiva, até porque pode objetivar justamente a obtenção dessa prova. Também não é imprescindível um robusto conjunto de provas indicativo da prática do delito. O inciso III do artigo 1º “não significa que deverá existir uma farta resenha probatória em desfavor da pessoa que está sujeita à investigação”²⁶. Em outros termos, segundo alerta Diaulas Costa Ribeiro,

Não é necessário que as informações contenham pormenores, mas tão só os elementos fáticos da suspeita, de maneira a permitir um juízo sobre a sua conformidade com o direito. É fundamental, apenas, que a Polícia, que procedeu às investigações até então desenvolvidas, porém insuficientes, tenha uma suspeita sincera, autêntica, no sentido de que a pessoa em causa praticou o crime (honest suspicion).

²⁶ ZAGALLO, Rogério Leão. *Prisão provisória: razoabilidade e prazo de duração*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 83.

*Ela tem que oferecer ao Poder Judiciário os elementos e condições para se verificar se, mesmo com a custódia, será mantido intacto o núcleo de proteção ínsito na Constituição Federal, buscando encontrar o adequado equilíbrio entre a defesa das instituições democráticas, dentro de uma ótica do interesse geral e da proteção dos direitos individuais.*²⁷

Quanto ao procedimento, a Lei nº 7.960, em seu artigo 2º, prevê que a prisão temporária somente poderá ser decretada mediante representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público, ou por iniciativa deste órgão. Inadmite-se, assim, a decretação *ex officio* de prisão temporária por parte do juiz. Trata-se de previsão perfeitamente afinada com o sistema acusatório, afastando-se os magistrados de iniciativas investigatórias.

Segundo previsto no mesmo dispositivo, a prisão temporária terá o prazo de cinco dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Nos casos de crimes hediondos e equiparados, por força do artigo 2º, § 4º da Lei nº 8.072/1990, a prisão temporária terá o prazo de trinta dias, também prorrogável sob iguais condições. Escoado o prazo, o detido deverá ser imediatamente colocado em liberdade, independentemente de decisão ou alvará judiciais, salvo se tiver sido decretada a sua prisão preventiva.

A melhor exegese do preceito, para assegurar a instrumentalidade que deve ser ínsita a toda prisão cautelar, é no sentido de que o prazo previsto em lei é o limite máximo de tempo que alguém pode ficar detido temporariamente. À vista disso, impõe-se que, cumprida a finalidade motivadora da prisão temporária, o preso seja libertado antes do término do prazo inicialmente previsto na decisão do juiz²⁸. Nesse caso, porém, a libertação deve ser autorizada judicialmente, não podendo a autoridade policial

²⁷ RIBEIRO, Diáulas Costa, “Prisão temporária (Lei 7.960, de 21.12.89): um breve estudo sistemático e comparado”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 707, p. 271-275, set. 1994, p. 274.

²⁸ ZAGALLO, Rogério Leão. *Prisão provisória: razoabilidade e prazo de duração*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 95; CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 109.

proceder de ofício. Deverá a autoridade policial, ademais, manifestar-se de modo fundamentado²⁹. Desestimula-se, com essa cautela, eventuais pressões da polícia para obter confissões em troca da libertação antecipada de detidos. No dia a dia da Justiça Federal tem ocorrido a revogação da prisões temporárias antes do termo inicialmente estabelecido quando a Polícia Federal consegue efetuar as diligências investigatórias atingidas pela conduta do suspeito, como execuções de mandados de busca e apreensão, interrogatórios dos envolvidos, oitivas de testemunhas etc. Esse fato vem despertando críticas, que são decorrentes de uma incompreensão da finalidade da prisão temporária. Acoimam as prisões de desnecessárias ou abusivas. A verdade é, porém, que salvo em raríssimas exceções, as prisões temporárias têm se mostrado imprescindíveis em tais hipóteses, para assegurar a incolumidade de provas e o êxito das investigações.

Uma outra alternativa, defendida por alguns autores, seria a possibilidade de fixação de prazo inferior ao previsto em lei, máxime na hipótese de crimes hediondos e equiparados, em que se prevê um período consideravelmente dilatado para a prisão temporária³⁰. Assim, se diante da justificativa apresentada pela autoridade policial ou pelo Ministério Público vislumbrar-se que a finalidade da prisão temporária será atendida em prazo inferior ao marco temporal previsto em lei, poderia o magistrado fixar um prazo menor, de acordo com esse prognóstico. Essa alternativa, porém, cria um problema na prática. Suponha-se que tenha sido fixado o prazo de quinze dias para a prisão temporária no caso de crime hediondo, e não o de trinta dias como previsto na Lei nº 8.072. Pergunta-se: essa prisão poderá ser prorrogada somente uma vez, limitando-se o seu prazo a trinta dias, ou poderá ser prorrogada por mais três vezes, respeitando-se o limite legal de sessenta dias? Como o importante para a Lei nº 7.960 é o limite de tempo da prisão temporária, exigindo-se decisão da prorrogação

²⁹ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Prisão provisória: medida de exceção no direito criminal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 85.

³⁰ Denilson Feitoza. *Direito processual penal*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005, p. 1042-1043; FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 144.

apenas para que se avalie se a sua continuidade é realmente necessária, parece que o mais correto é admitir, no exemplo citado, mais de uma prorrogação, respeitado o limite global de sessenta dias³¹. Ao revés de causar prejuízo ao detido, assegura-se, com a fixação inferior de prazo, um maior controle sobre a necessidade da prisão temporária. Ou seja, no exemplo citado, em vez de haver apenas uma análise sobre a necessidade da prisão temporária, o que ocorreria se fosse fixado para a prisão temporária o prazo de trinta dias, previsto na Lei 8.072, ocorrerá uma reavaliação a cada quinze dias. É bom reiterar que todas as decisões de prorrogação devem ser expressamente motivadas acerca da sua “extrema e comprovada necessidade”, não se configurando como tal a simples inércia ou desídia da polícia na realização de diligências investigatórias. Para isso, a autoridade policial deverá fazer um relato preciso das diligências já efetuadas, das que ainda estão pendentes e da necessidade de continuidade da segregação cautelar.

Estudada a prisão temporária, convém registrar algumas considerações finais. Na realidade, as críticas que têm sido direcionadas à prisão temporária parecem ser motivadas por outras circunstâncias. É que no Brasil repete-se o fenômeno referido por Perfecto Andrés Ibáñez: o caráter problemático da prisão provisória começou a ganhar visibilidade tendo em vista a reação que partiu de uma nova categoria de réus “excelentes”, pessoas que em países como a Itália e a Espanha passaram a ser processadas criminalmente por graves crimes de corrupção, a partir de quando sobressaíram manifestações acerca da crueldade da prisão provisória e ardorosas reclamações quanto ao princípio da presunção de inocência³². É o que estamos a vivenciar hoje em dia. Ao que parece, a prisão temporária vem sendo alvo de ardorosas críticas porque se tem mostrado um instrumento indispensável para assegurar o êxito de investigações em crimes complexos, praticados por agentes do crime organizado ou por aqueles que detêm um

³¹ FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 144.

³² IBÁÑEZ Perfecto Andrés. “El juez y la prisión provisional”. In: SANTOS, Marino Barbero. *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997, p. 16.

poder de influência econômica e política que lhes assegurava a impunidade. Antes, esses crimes raramente recebiam qualquer punição. Hoje em dia, principalmente com investigações da Polícia Federal e decisões da Justiça Federal, inúmeros e graves crimes vêm sendo reprimidos, tudo em benefício da sociedade brasileira e da eficácia da lei penal. 