



Fernando Rabello

A PRISÃO TEMPORÁRIA E A JUSTIÇA FEDERAL

PREVENTIVE CUSTODY AND BRAZILIAN FEDERAL JUSTICE

Ricardo Ribeiro Campos

55

RESUMO

Esclarece que a prisão temporária foi introduzida no Direito brasileiro pela Medida Provisória n. 111/89, convertida na Lei n. 7.960/89.

Afirma tratar-se 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.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Penal; prisão temporária; prisão cautelar; investigação; inquérito policial.

ABSTRACT

The author explains that preventive custody has been introduced into Brazilian Law by Executive Order No.111/89, later converted into Law No. 7,960/89.

He states that this institute is solely committed to safeguarding the investigation, or, in other words, to remove risks that may jeopardize the gathering of information on severe crimes as well as on their perpetrators' identities.

KEYWORDS

Criminal Procedural Law; preventive custody/detention; preventive custody/detention; investigation; police inquest.

A prisão temporária foi introduzida no Direito brasileiro pela Medida Provisória n. 111/1989, convertida na Lei n. 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 o 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 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.

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 delito.

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 subtraíam 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 (art. 509, 1, *Ley de Enjuiciamiento Criminal*). A incomunicabilidade durará somente o tempo necessário para 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 (art. 509, 2). Não se admitirá que o preso faça ou receba qualquer comunicação, salvo se não frustrarem os fins da prisão incomunicável (art. 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 (art. 63, CPP francês). Revelando preocupação com a necessidade de preservar a investigação (ALMEIDA, 2006, p. 104), 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; ressaltou, entretanto, que se o oficial de polícia considerar que esse pedido pode comprometer as investigações, negá-lo-á e comunicará esse fato ao procurador da República, a quem caberá decidir sobre o acolhimento (art. 63-2).

Ao comentar a prisão temporária, Rogério Leão Zagallo sinaliza: *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. (ZAGALLO, 2005, p. 83)

Não faltam críticas ao instituto. A primeira delas é de conteúdo formal, por ter sido a prisão temporária aprovada originariamente por medida provisória, antes de ter sido convertida na Lei n. 7.960/1980. No entender de Roberto Delmanto Junior (2001, p. 151), teria havido com isso violação à garantia da reserva legal, *que pressupõe, outrossim, a correta elaboração legislativa, abrangida por outra garantia constitucional, qual seja, a do substantive due process of law*³. Não obstante, o certo é que, antes do advento da Emenda Constitucional n. 33/2001, não vedava a Constituição de 1988 a edição de medida provisória em matéria processual. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 162/DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face da Lei n. 7.960/1980, o Supremo Tribunal Federal indeferiu, por oito votos a 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 conversão da Medida Provisória n. 111 em lei, a ADI 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 se trata de prisão cautelar de liberdade que tem assento no inc. LXI do art. 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 necessidade (TOURINHO FILHO, 2008, p. 497-498 e 503). 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 legal (KATO, 2005, p. 126). 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 indicado, efetivamente, é o autor do delito.* (RANGEL, 2004, p. 643)

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 delito⁴.

Muitos daqueles que criticam o instituto da prisão temporária e como ele tem sido 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 possuem. 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 de 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 a 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 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. (FREITAS, 2009, p. 91).

[...] 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.

Vale referir que o próprio Supremo Tribunal Federal, na pessoa do Ministro Cezar Peluso, valeu-se da prisão temporária, no bojo da denominada Operação *Hurricane* (Inquérito n. 2.424/RJ), para a investigação de delitos praticados por um ministro do Superior 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 (2008, p.445), *trata-se de prisão cuja finalidade é de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante se extrai do art. 1º, I, da Lei n. 7.960/89, no que cumpriria a sua função de instrumentalidade, isso é, de cautela*⁵. 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 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 art. 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*. Há, assim, plena configuração da prisão temporária como espécie de prisão cautelar.

Partindo agora à análise da regulamentação legal, é importante atentar para os termos como a prisão provisória é tratada no art. 1º da Lei n. 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) seqüestro 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 seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º, da Lei n. 2.889 de 01.10.1956), e qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei n. 6.368 de 21.10.1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 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 art. 1º, ou se bastaria a presença de apenas um ou uma combinação deles, coube à doutrina solucionar essa questão, que o 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 como isso implicaria a imunidade à prisão temporária daqueles que tivessem residência fixa e identidade conhecida⁷. Outra possibilidade também repelida foi a de decretação da prisão temporária quando incidente qualquer um dos incisos do art. 1º da Lei n. 7.960⁸. É que esse modo de entender acarretaria verdadeiros absurdos: quanto ao inc. I, possibilitaria prisões temporárias por quaisquer delitos, inclusive os de reduzida gravidade, e até detenções de terceiros, como testemunhas renitentes; em relação ao inc. II, ensinaria o encarceramento temporário de pessoas sem residência, mesmo não tendo cometido qualquer crime; e, por fim, no que diz com o inc. III, implicaria prisão cautelar automática, destituída de qualquer finalidade cautelar.

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.

Tendo em vista que para a decretação de qualquer prisão cautelar é necessária a presença dos requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, chegou-se a uma solução intermediária. Com efeito, já que o primeiro requisito estaria consubstanciado no inc. III do art. 1º e o segundo requisito, por sua vez, nos incs. I e II, há um consenso de que, para a legitimidade da prisão temporária, é mister a incidência do inc. III em conjunto ou com o inc. I ou com o inc. 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*)⁹.

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 Inquéritos etc.¹⁰. 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 feticionamento 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 obtención quiere asegurar, tratando de eliminar toda posible influencia o confabulación secreta con aquellas personas, coincurados o terceros, bien sea de modo inmediato o a través de los demás presos o de cualesquier otros sujetos.* (HERNÁNDEZ, 1999, p.112)

Roberto Delmanto Junior defende ser inaceitável o inc. 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 temporária. (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 156-159)

Sem razão, entretanto, Roberto Delmanto Junior. Não se pode transmutar o direito de não produzir prova contra si mesmo em um direito de atuar ilícitamente 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, para apagar ou ocultar os rastros de suas atividades delituo-

sas, comuniquem-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, seus vestígios são preordenados, na hipótese de 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 inc. I do art. 1º da Lei n. 7.960/1989.

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 como 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 a obtenção desses dados. (BECHARA, 2005, p. 150)

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 inc. III do art. 1º da Lei

n. 7.960/1989¹¹. A Medida Provisória n. 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 ao dizer que o legislador piorou a Medida Provisória n. 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*. (1994, p. 273-274).

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.

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. 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 art. 312 do Código de Processo Penal¹². 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 co-autores 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* (FERNANDES, 2007, p. 248-249). Na realidade, embora a sua 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 fundamentar-se em elementos concretos, consubstanciados em “qualquer pro-

va admitida na legislação penal”.

Afastam-se, desse modo, pedidos e decisões lastreadas 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 inc. III do art. 1º *não significa que deverá existir uma farta resenha probatória em desfavor da pessoa que está sujeita à investigação*. (ZAGALLO, 2005, p. 83). 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). 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. (RIBEIRO, 1994, p. 274).

Quanto ao procedimento, a Lei n. 7.960, em seu art. 2º, prevê que a prisão temporária somente poderá ser decretada mediante representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público, ou por iniciativa deste órgão. Inadmitisse, 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 art. 2º, § 4º, da Lei n. 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 insita 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 juiz (ZAGALLO, 2006, p. 109). Nesse caso, porém, a libertação deve ser autorizada judicialmente, não podendo a autoridade policial proceder de ofício. Deverá a autoridade policial, ademais, manifestar-se de modo fundamentado. (MARTINS, 2004, p. 85). Desestimulasse, 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 das 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 finali-

dade 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.

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 temporária (FEITOSA, 2005, p. 1042-1043; FREITAS, 2009, p. 144). 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 n. 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 n. 7.960 é o limite de tempo da prisão temporária, exigindo-se decisão da prorrogação 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 dias. (FREITAS, 2009, p. 144). Ao revés de causar prejuízo ao detido, assegura-se, com a fixação inferior de um 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 n. 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 inocência. (IBÁÑEZ, 1997, p. 16). É o que estamos a vivenciar hoje em dia. Ao que parece, a prisão temporária tem sido 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 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 corajosas da Justiça Federal, inúmeros e graves crimes têm sido reprimidos, tudo em benefício da sociedade brasileira e da eficiência da lei penal.

NOTAS

- 1 Consultar: MACHADO (2005, p. 104 e 108); Fernandes (2005, p. 319); Pacheco (2005, p. 1039); Delmanto Junior, (2001, p. 151); e Nucci (2005, p. 528).
- 2 Para Diáulas 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.*

- 3 No mesmo sentido, RANGEL (2004, p. 643).
- 4 Consultar: FREITAS (2009, p. 99-104); FERNANDES (2005, p. 319-322); GRINOVER (n. 207, p. 35-38, jan. 1995); LIMA (2005, p. 238-239); MAIEROVITCH (n. 680, p. 325-327, jun. 1992); e BECHARA (2005, p. 149).
- 5 É o que alerta acerca da *prisión incomunicada* Silvia Barona Vilar: *para poder acordar esta modalidade de prisión provisional deberá existir peligro de frustración del éxito de la investigación penal*. (AROCA, Juan Montero, 2001, p. 464).
- 6 Corresponde atualmente ao art. 33 da Lei n. 11.343/2006.
- 7 Consultar: Delmanto Junior (2001, p. 160-61); Machado (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, 2005, p. 321-322).
- 8 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 legislativo brasileiro, os incisos seriam unidades autônomas entre si (n. 707, p. 271-275, set. 1994, p. 273).
- 9 Consultar: Grinover (n. 207, p. 35-38, jan. 1995, p. 38). No mesmo sentido, Freitas (2009, p. 130-132); Zagallo (2005, p. 92-93); Fernandes (2005, p. 321-322); Pacheco (2005, p. 1041); Martins (2004, p. 83); Souza (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 *afeição do inciso II complementar, mas não essencial* (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, 2008, p. 446).
- 10 Em sentido contrário, Lima (2005, p. 243). O Projeto de Lei n. 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, em vez de critérios técnicos de apuração, interesses de agrupamentos partidários de ocasião.
- 11 Por força do § 4º do art. 1º da Lei 8.072/1990 (§ 3º, antes da Lei n. 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 (p. 324-324); Lima, (2005, p. 248)].
- 12 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 (2009, p. 120).

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. *Medidas cautelares e de polícia do processo penal, em direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2006.
- AROCA, Juan Montero et al. *Derecho jurisdiccional III: proceso penal*. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf >. Acesso: em 4 fev. 2009.
- CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Funções e limites da prisão processual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, p. 239-252, jan./fev. 2007.
- FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Limites constitucionais à prisão temporária. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 43, n. 207, p. 35-38, jan. 1995.
- BARRERA HERNÁNDEZ, Nicolás. *La reforma de la prisión provisional*. 1999. 327 f. Tese (Doutorado) – Universidad de Alicante, Alicante, 1999.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. El juez y la prisión provisional. In: BARBERO SANTOS, Marino. *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997.
- KATO, Maria Ignez Baldez Lanzellotti. *A (des)razão da prisão provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Prisão temporária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, p. 325-327, jun. 1992.
- MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Prisão provisória: medida de exceção no direito criminal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- RIBEIRO, Diaulas Costa. Prisão temporária: lei 7.960, de 21.12.89: um breve estudo sistemático e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, n. 707, p. 271-275, set. 1994.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3.
- ZAGALLO, Rogério Leão. *Prisão provisória: razão-*

abilidade e prazo de duração. São Paulo: J. de Oliveira, 2005.

Artigo recebido em 19/3/2009.