

# UMA VISÃO CRÍTICA DA PRISÃO TEMPORÁRIA EM FACE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO DE 1988

Rafael Bezerra Cardoso\*

## RESUMO

Fortes são os argumentos a favor da decretação da inconstitucionalidade da prisão temporária, prevista na Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. A manutenção dessa espécie de prisão provisória só terá amparo no ordenamento jurídico se, em sua interpretação e aplicação, além de observar os requisitos essenciais das medidas cautelares, respeitar, sobretudo, os valores constitucionais emanados da constituição Federal de 1988, especialmente o da dignidade da pessoa humana e suas dimensões (os direitos fundamentais).

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito. Princípio da dignidade humana. Prisão para averiguação. Prisão temporária. Prisão cautelar.

## 1 INTRODUÇÃO

A prisão temporária, desde a sua instituição, através de medida provisória, vem gerando debates a respeito de sua constitucionalidade formal e material, cujo questionamento é objeto da ADIN 162/DF no Supremo Tribunal Federal.

A discussão está centrada, basicamente, no questionamento da possibilidade de, em um Estado Democrático de Direito, a exemplo do Brasil, prender um mero suspeito ou indiciado para, em seguida, investigá-lo. Para uma parte significativa da doutrina, a prisão temporária nada mais é do que o ressurgimento da famigerada prisão para averiguação, muito utilizada em regimes totalitários, agora recriada com um verniz de legalidade e juridicizada.

O objetivo do presente artigo é analisar a constitucionalidade da prisão temporária, em face dos valores emanados da ordem constitucional de 1988,

---

\* Delegado de Polícia Civil do Estado do Ceará. Corregedor-Chefe do Gabinete De Correição da Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social. Especialista em Direito Público – Universidade Federal do Ceará. Especialista em Processo Penal – Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Penal e Processo Penal – Escola Superior Do Ministério Público Do Ceará. Pós-Graduando em Direito Constitucional – Escola Superior da Magistratura Do Ceará.

especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, referencial valorativo para criação, interpretação e aplicação do Direito Pátrio.

## **2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO**

A República Federativa do Brasil, constituída em um Estado Democrático de Direito, tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, como reza o seu artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Sua estrutura difere das anteriores, leciona Silva (1998, p.91), por adotar a concepção de Estado de Direito, embasada no princípio da constitucionalidade, onde o respeito aos direitos fundamentais é o centro de gravidade da ordem jurídica, como lembra Bonavides (2005, p. 398).

A concepção de Estado de Direito liberal centrado na lei, na legalidade, da ordem jurídica anterior, é substituída pelo Estado de Direito Constitucional. O novo ordenamento jurídico, inaugurado com a promulgação da Constituição de 05 de outubro de 1988, impõe ao ente estatal, como limite de sua atuação, não só o princípio da legalidade, mas, sobretudo, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Magalhães Filho (2004, p.104) ressalta que:

[...] as bases do Estado Democrático de Direito são a soberania do povo, expressa na manifestação da vontade popular, e a dignidade humana, consagrada na enunciação dos direitos fundamentais.

Fazendo uma comparação com as Constituições anteriores, percebe-se a nítida intenção do legislador constituinte, ao elaborar a atual, a preocupação com o ser humano, pois, ao contrário das antecessoras logo no Título II, trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, “dimensões da dignidade da pessoa humana, a qual é, por isso mesmo, o suporte de todos eles”, conforme conceitua Magalhães Filho (2004, p.208).

O Brasil, a exemplo de diversos países, após a Segunda Guerra Mundial, reconheceu o ser humano como centro e fim do direito, passando a dignidade da pessoa humana a firmar-se como núcleo central do constitucionalismo brasileiro. Toda a construção do Direito será, obrigatoriamente, direcionada para resguardá-la.

A criação, interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional terão de observar os valores emanados da Magna Carta de 1988. Essa imposição distingue o atual Estado brasileiro do anterior, por cultuar a Constituição, enfatizando o princípio da constitucionalidade e o pleno reconhecimento da normatividade dos princípios consagradores dos direitos fundamentais, tendo, inclusive, as normas definidoras destes, aplicação imediata, conforme assevera o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

Em razão da posição e da importância da Constituição no ordenamento jurídico e por sintetizar a manifestação dos valores básicos da sociedade, percebeu-se a necessidade de o hermenauta observar a normatividade dos princípios, pois, no novo ordenamento jurídico, aplicação do Direito não consiste mais na mera subsunção do fato à norma.

A interpretação constitucional terá como parâmetro, para aplicação de uma determinada norma, a teleologia e a axiologia. A primeira tem a missão de identificar os fins últimos da sociedade e da humanidade. A segunda possui a função de reconhecer os valores sociais essenciais e inerentes à natureza humana, pois, como leciona Magalhães Filho (2004, p.69), “o Direito está aberto para a sociedade e fundamenta-se na natureza humana”.

O valor pessoal do homem impõe limite ético e moral à interpretação constitucional, pois “[...] a natureza humana com as suas características de racionalidade e sociabilidade, é a fonte última do Direito, daí a razão de se dizer que a dignidade da pessoa humana é a causa final dos direitos” (MAGALHÃES FILHO, 2004, p. 85).

Inspiradoras e reflexivas são as palavras de Reale (1993, p.26) sobre a condição humana, ao dizer:

Não vivemos no mundo de maneira indiferente, sem rumos ou sem fim. Ao contrário, a vida humana é sempre uma procura de valores. Viver é indiscutivelmente optar diariamente, permanentemente entre dois ou mais valores. A existência é constantemente tomada de posição segundo valores. Se suprimirmos a idéia de valor, perderemos a substância da própria existência humana. Viver é, por conseguinte, uma realização de fins.

A dignidade da pessoa humana é referencial valorativo para os demais princípios proclamados pela Constituição Federal de 1988, atuando como importante diretriz hermenêutica cujos efeitos se estendem por todo o ordenamento. Aquela, por

ser um dos valores fundamentais da República Federativa do Brasil, é a responsável por conferir a unidade material de sua Constituição, através da hermenêutica constitucional, cuja aplicação consiste em observar o homem como o fim do Direito.

### **3 A PRISÃO PARA AVERIGUAÇÃO COM REFERENCIAL PARA A CRIAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA**

Para melhor compreensão e contextualização da prisão temporária no ordenamento jurídico pátrio, é importante, inicialmente que, discursemos sobre a prisão para averiguação, pois, como veremos mais adiante detalhadamente, conforme a doutrina, a primeira surgiu para substituir esta, em virtude de sua incompatibilidade com os ditames emanados da Constituição Federal de 1988.

O artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal de 1988 proclama que: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. (BRASIL, 1988)

A partir do citado mandamento constitucional, só poderá haver a privação do direito de ir e vir do cidadão em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, não subsistindo mais, no ordenamento jurídico pátrio, a prisão para averiguação.

Essa modalidade de prisão foi amplamente remontada à época do regime militar brasileiro de 1964, onde se prendiam pessoas para investigá-las, muitas vezes sob tortura. Cardoso (2009, p. 7), ao discorrer sobre os métodos abusivos utilizados contra os presos, no decorrer das investigações policiais, durante os anos de chumbo, tendo por fundamento as discussões sobre o tema nos tribunais superiores, afirma que:

A prática da tortura durante a fase da investigação foi amplamente utilizada durante o regime militar inaugurado em 1964, apesar da tentativa oficial de encobrir. Atualmente, discute-se no Superior Tribunal de Justiça a imprescritibilidade do crime de tortura, cometido por órgãos oficiais, durante aquele período de triste memória.

Diante de sua importância, citaremos a seguinte notícia contida no informativo nº 316 do STJ sobre o assunto: Primeira Turma. INDENIZAÇÃO. PRESO. REGIME MILITAR. TORTURA. IMPRESCRITIBILIDADE. Trata-se de ação ordinária proposta com objetivo de reconhecimento dos efeitos previdenciários e trabalhistas, acrescidos de danos materiais e morais, em face do Estado, pela prática de atos ilegítimos decorrentes de perseguições

políticas perpetradas por ocasião do golpe militar de 1964, que culminaram na prisão do autor, bem como em sua tortura, cujas conseqüências alega irreparáveis. Há prova inequívoca da perseguição política à vítima e de imposição, por via oblíqua, de sobrevivência clandestina, atentando contra a dignidade da pessoa humana, acrescida do fato de ter sido atingida sua capacidade laboral quando na prisão fora torturado, impedindo atualmente seu auto-sustento. Precedentes citados do STF: HC 70.389-SP, DJ 10/8/2001; do STJ: REsp 449.000-PE, DJ 30/6/2003. REsp 845.228-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 23/10/2007.

Rangel (2006, p. 616) faz a seguinte observação sobre a prisão para averiguação, utilizada no ordenamento jurídico anterior ao de 05 de outubro de 1988:

A famigerada prisão para averiguação da época da ditadura, através do falido instituto da contravenção de vadiagem (art. 59 da LCP), onde o indivíduo era preso por vadiagem, para que se pudesse investigar um outro delito em que havia suspeita de sua autoria e/ou participação.

Assim, em Estado Democrático de Direito, norteados pelo valor da dignidade da pessoa humana, a exemplo do Brasil, não há que se falar em prisão para averiguação, por clara incompatibilidade com os enunciados da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, Nucci (2009, p. 585) diz que:

Não mais tem cabimento admitir-se que a polícia civil ou militar detenha pessoas na via pública, para “averiguá-las”, levando-as presas ao distrito policial, onde, como regra, verifica-se se são procuradas ou não. Trata-se de instrumento de arbítrio, que, uma vez fosse admitido, ampliaria os poderes da polícia em demasia, a ponto de cidadão algum ter garantia de evitar a humilhação do recolhimento ao cárcere.

O cerceamento da liberdade de locomoção, praticado por autoridade policial através da prisão para averiguação, constitui crime de abuso de autoridade tipificado no artigo 4º, alínea “a”, da Lei nº 4.898 de 09 de dezembro de 1965, onde se lê: “ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder”. Este é o entendimento de Capez (2008, p. 23), ao discorrer sobre o crime tipificado no dispositivo legal supracitado, quando leciona que:

No caso da chamada prisão para averiguação, aquela em que o indivíduo é privado momentaneamente de sua liberdade, sem autorização judicial e fora das hipóteses de flagrante, apenas por mera conveniência e a critério da autoridade, com a finalidade de investigação, tipifica-se essa figura do abuso, uma vez que trata de privação da liberdade não autorizada nem pela lei, muito menos pela Constituição.

A jurisprudência pátria, conforme Nucci (2009, p. 585), vem julgando no sentido de não reconhecer a constitucionalidade da prisão para averiguação, conforme se vê:

A chamada prisão para averiguação, prática ainda usual neste país de exceções, constitui-se em grande ilegalidade, após a nova Constituição Federal, num flagrante abuso de autoridade abuso de autoridade, notadamente quando exercida por policiais militares que não podem desconhecer que a atual sistemática de prisão deriva, exclusivamente, do estado de flagrância e de ordem de custódia emanada de autoridade judiciária (JUTACRIM 24/305, Tribunal de Alçada do Paraná, incorporado pelo TJPR).

Investigação de polícia que mantém preso para averiguações menor imputável, pois trata-se de constrangimento físico à liberdade de outrem sem o mais remoto amparo legal e violador das garantias constitucionais do devido processo e da legalidade da privação da liberdade (TACRIM-SP, incorporado pelo TJSP, Ap. 16.203/4, Guarulhos, v.u., RJDTACRIM 9/56).

Não é difícil perceber a ausência das características e pressupostos, essenciais a qualquer medida cautelar, na utilização da prisão para averiguação na fase pré-processual, tratando-se, na realidade, de uma violação latente aos princípios da dignidade humana e o da presunção de inocência, mostrando ser completamente desproporcional cercear a liberdade do cidadão para depois investigá-lo. Nada mais é do que abuso de poder, devendo ser terminantemente expurgada do ordenamento jurídico e condenada a adoção de medida arbitrária tão odiosa.

#### **4 QUESTIONAMENTO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N° 7.960 DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989.**

Com a proibição em utilizar a prisão para averiguação, a partir de 05 de outubro de 1988, em 24 de novembro de 1989 foi editada a Medida Provisória nº 111 de 24 de novembro de 1989, instituindo uma nova modalidade de prisão cautelar denominada de temporária. No projeto, segundo Tourinho Filho (2009, p. 506), havia a previsão da decretação da incomunicabilidade do preso, afastada pelo legislador por considerar a medida inconstitucional, conforme demonstramos anteriormente. No dia 21 de dezembro de 1989, a citada medida provisória foi convertida na Lei nº 7.960.

Assim, a prisão temporária surge com a missão de legalizar ou, nas palavras de Rangel (2006, p. 615), “com o de vedar a chamada prisão para averiguação”. Tourinho Filho (2009, p. 505-506), ao tratar do tema ora em debate, é enfático ao afirmar que:

No Governo Costa e Silva e no Governo Geisel (períodos de exceção) houve várias tentativas visando à criação da prisão para averiguação, coisa, aliás, que na prática existia e continua existindo. Contudo, aqueles que por ela propugnavam não logram êxito... Passado o período da ditadura, o governo democrático a instituiu com o nome de “prisão temporária”.

Nucci (2006, p. 658) adota posição mais pragmática, ao discorrer sobre o surgimento da prisão temporária, onde defende o avanço desta em relação à prisão para averiguação, pois, segundo ele:

A sua inequívoca vantagem consiste em promover a substituição da antiga prisão para averiguação, realizada pela polícia, sem o crivo judicial, nem o acompanhamento do Ministério Público, que poderia redundar, muitas vezes, em autêntico abuso de autoridade imponente, pois desconhecido ou de difícil comprovação.

Essa medida cautelar de restrição da liberdade de locomoção, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não é, na lição de Mirabete (2006, p. 397), instituto exclusivo do Brasil. Outros países, a exemplo de Portugal, Espanha, França, Itália e Estados Unidos, utilizam-na durante a fase pré-processual. A justificativa para a introdução da prisão temporária no ordenamento jurídico nacional deveu-se, segundo Oliveira (2008, p. 425), à “preocupação com a complexidade das investigações de determinadas infrações penais, mais gravemente apenadas”.

Mirabete (2006, p. 398), ao apresentar a razão da introdução da prisão temporária no ordenamento jurídico pátrio, cita a exposição de motivos da Lei nº 7.960/89, cuja justificativa estava embasada no “clima de pânico que se estabeleceu em nossas cidades. A certeza da impunidade que campeia célere na consciência de nosso povo, formando novos criminosos, exigem medidas firmes e decididas, entre elas a da prisão temporária”.

Conforme dito anteriormente, a prisão temporária ingressou no ordenamento jurídico pátrio através da edição da Medida Provisória nº 111 de 24 de novembro de 1989, fato que gerou questionamentos doutrinários a respeito da sua constitucionalidade formal, mais precisamente pelo vício de iniciativa, em razão da

vedação expressa do texto constitucional (art. 22, I) na proibição do Poder Executivo legislar sobre matéria de Direito Penal e Processual Penal, cuja competência é do Congresso Nacional.

Os vícios formais são defeitos existentes na formação do ato normativo pela não observação da técnica legislativa ou por incompetência do órgão expedidor. O controle formal, segundo Bonavides (2005, p. 298), é estritamente jurídico, exercendo “nomeadamente no interesse dos órgãos do Estado para averiguar a observância da regularidade na repartição das competências ou para estabelecer nos sistemas federativos o equilíbrio constitucional dos poderes”. Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 1.011), discorrendo sobre os vícios formais dos atos normativos, asseveram que aqueles

[...] traduzem defeitos de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem procedimental ou pela violação de regras de competências. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.

Árduo defensor da inconstitucionalidade da prisão temporária, Rangel (2006, p. 616) explica, com maestria, a origem do vício formal responsável por contaminar o ato normativo gerador da prisão temporária, fazendo a seguinte explanação:

A questão que nos parece interessante, de início, é que a referida prisão foi criada através da Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, ou seja, o Executivo, através de Medida Provisória, legislou sobre Processo Penal e Direito Penal, matérias que são da competência da União (cf. art. 22, I, da CRFB) e, portanto, deveriam ser tratadas pelo Congresso Nacional, pois o art. 4º da Lei de Prisão Temporária criou um tipo penal na Lei nº 4.898/65. Neste caso, entendemos que a Lei traz um vício de iniciativa que não é sanado com a conversão da medida em lei. Há flagrante inconstitucionalidade por vício formal, qual seja: a iniciativa da matéria.

Compartilham da mesma posição de Távora e Antonni (2009, p. 472-473):

A temporária ingressou no ordenamento jurídico por iniciativa do executivo, dissociado não só do fator relevância e urgência, essencial às medidas provisórias, e o pior, instituiu-se restrição a um direito fundamental – liberdade ambulatorial -, sem lei no sentido estrito, como no ato inerente ao Poder Legislativo. Em que pese a conversão posterior da medida provisória na lei infante, é de se ressaltar que a mácula não se convalida, e a inconstitucionalidade perpetua até os dias atuais, apesar de o nossos

tribunais não a reconhecerem, tendo o STF na ADIN 162/DF rejeitado a liminar que poderia sepultar o instituto.

No dia 08 de novembro de 2000, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 254818/PR, considerou inadmissível a possibilidade de a medida provisória tratar de matéria de Direito Penal, admitido-a, no entanto, somente quando a inovação legislativa trouxer norma penal mais benéfica do que a contida no ato normativo anterior, conforme decisão abaixo transcrita:

EMENTA: I. Medida provisória: sua inadmissibilidade em matéria penal - extraída pela doutrina consensual - da interpretação sistemática da Constituição -, não compreende a de normas penais benéficas, assim, as que abolem crimes ou lhes restringem o alcance, extingam ou abrandem penas ou ampliam os casos de isenção de pena ou de extinção de punibilidade. II. Medida provisória: conversão em lei após sucessivas reedições, com cláusula de "convalidação" dos efeitos produzidos anteriormente: alcance por esta de normas não reproduzidas a partir de uma das sucessivas reedições. III. MPr 1571-6/97, art. 7º, § 7º, reiterado na reedição subsequente (MPr 1571-7, art. 7º, § 6º), mas não reproduzido a partir da reedição seguinte (MPr 1571-8 /97): sua aplicação aos fatos ocorridos na vigência das edições que o continham, por força da cláusula de "convalidação" inserida na lei de conversão, com eficácia de decreto-legislativo (RE 254818 / PR).

É oportuno lembrar que a presente decisão do Pretório Excelso é de 08 de novembro de 2000, anterior à Emenda Constitucional nº 32, datada de 11 de setembro de 2001, responsável pela proibição expressa de medida provisória tratar de matéria sobre Direito Penal e Processual Penal. Reza a nova redação do artigo 62, § 1º, inciso I, alínea "b", da Constituição Federal:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

b) direito penal, processual penal e processual civil;

Além do questionamento a respeito da constitucionalidade formal da Lei nº 7.960/89, há, também, discussão a cerca da inconstitucionalidade material da citada lei. Na definição de Tourinho Filho (2009, p. 510), a prisão temporária "outra coisa não é senão a antiga 'prisão para averiguação', agora com roupagem legal..." Assim a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, criou nova modalidade de prisão

cautelar cuja finalidade é, indiscutivelmente, substituir a prisão para averiguação, garantido, para a sua devida aplicação, a intervenção judicial com o regular acompanhamento do Ministério Público.

Apesar do crivo do Poder Judiciário e da supervisão do Ministério Público, na prisão temporária, em tese, prende-se para, depois, investigar, situação em desarmonia com o princípio constitucional da presunção de inocência, pois, em nosso ordenamento jurídico, a liberdade é a regra e a prisão, exceção. A restrição cautelar da liberdade só terá cabimento quando imprescindível para a persecução penal, desde que demonstrada a sua efetiva necessidade, adequação e proporcionalidade da medida diante do caso concreto em análise. Há de haver uma ponderação entre o direito fundamental, a segurança pública, e o direito à liberdade, por ser considerado inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória transitada em julgado.

O argumento da necessidade atual de, durante a fase pré-processual, prender para, em seguida, investigar, não parece estar em harmonia com os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro. Sustentada a inconstitucionalidade material da Lei nº 7.960/89, Rangel (2006, p. 616) faz a seguinte observação:

A prisão temporária é também inconstitucional por razão muito simples: no Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é o autor do delito. Trata-se de medida de constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que estes elementos sejam encontrados.

Tourinho Filho (2009, p. 505) emite a seguinte consideração sobre a inconstitucionalidade material da prisão temporária em face do princípio de presunção de inocência:

Como se trata de prisão decretada na fase do inquérito policial, ela se inscreve na modalidade de “prisão cautelar”, embora sem *fumus boni juris* e até mesmo o *periculum in mora*... Toda e qualquer prisão somente poderá ser decretada pelo Juiz. E está o é. Logo, não se pode dizer, sob esse aspecto, seja ela inconstitucional. Mas, em face do princípio de que ninguém pode ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória, elevado a dogma constitucional, não faz sentido restringir a liberdade ambulatoria do cidadão sem a demonstração de sua real necessidade. Sob esse aspecto, ela é supinamente inconstitucional.

Apesar do crivo do Poder Judiciário e da supervisão do Ministério Público, na prisão temporária, em tese, prende-se para, depois, investigar, situação em desarmonia com o princípio constitucional da presunção de inocência, pois, em nosso ordenamento jurídico, a liberdade é a regra e a prisão, exceção. A restrição cautelar da liberdade só terá cabimento quando imprescindível para persecução penal, desde que demonstrada a sua efetiva necessidade, adequação e proporcionalidade da medida diante do caso concreto em análise.

## **5 INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 7.960 DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989 CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A interpretação conforme a constituição desenvolve-se como método hermenêutico, cuja finalidade é observar a supremacia das normas constitucionais em face da legislação ordinária, ou seja, a interpretação das normas infraconstitucionais deve estar em harmonia com os ditames constitucionais. O presente método, na lição de Bonavides (2005, p. 518), “não é um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição”.

A utilização desse método de interpretação decorre, segundo Bonavides (2005, p. 510), da natureza rígida das Constituições, da superioridade hierárquica das normas e do caráter de unidade que a ordem jurídica necessariamente ostenta, podendo acrescentar, ainda, de acordo com Moraes (2006, p. 11), da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público.

O artigo 1º da Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989 impõe três requisitos para a decretação da prisão temporária. São eles: quando a medida cautelar for imprescindível para as investigações do inquérito policial, não tiver o indiciado residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes de homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 *caput*, e parágrafo único (*revogado pela Lei nº 11.101/2005*), epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando,

genocídio em qualquer de suas formas típicas, tráfico de drogas e os crimes contra o sistema financeiro.

Há controvérsia acerca da conjugação dos requisitos emanados nos três incisos, anteriormente citados. A pergunta é: seriam eles cumulativos ou alternativos? Não há consenso doutrinário a conduzir a uma resposta singular. Avena (2009, p. 815) enumera quatro posições sobre a discussão, ora em debate:

1ª posição: Pode ser decretada desde que se faça presente uma das três hipóteses mencionadas no art. 1º da Lei 7.960/1989, indistintamente.

2ª posição: Seu cabimento só é possível quando as três situações mencionadas estiverem presentes, cumulativamente.

3ª posição. Há a necessidade de coexistirem os requisitos da preventiva para que seja ela decretada.

4ª posição. A prisão temporária é cabível apenas se tratar de um dos crimes referidos no art. 1º, III, e desde que concorra pelo menos uma das hipóteses citadas nos incisos I e II, outrossim, a coexistência dos requisitos da preventiva. Sustenta-se esta posição na circunstância de que a prisão temporária é espécie de prisão cautelar, e, como tal, exige para a sua configuração a existência dos requisitos de toda custódia cautelar, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Trata-se do entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência.

A posição predominante, a respeito dos requisitos necessários para a decretação da prisão temporária, socorre-se da interpretação conforme a Constituição para tentar preservar a constitucionalidade da Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989, pois a simples interpretação gramatical levaria à concordância com o primeiro posicionamento, claramente contrário à dignidade da pessoa humana, ao princípio constitucional da presunção de inocência, demonstrando-se como medida desproporcional aos interesses de uma persecução penal oriunda de um Estado Democrático de Direito.

A restrição da liberdade em razão dos postulados prescritos nos incisos I e II do artigo 1º da Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989, isoladamente, demonstra ser a medida desproporcional ao resultado almejado pelo legislado, pois, em aceitando a decretação da prisão temporária, embasada somente em um desses dispositivos, por exemplo, poderia ser decretada prisão temporária em face do cometimento de infração penal apenada com multa ou crime culposos, que juridicamente não comporta a expedição de prisão preventiva durante a persecução penal. Assim, conforme Oliveira (2008, p. 428), “admitida que seja a necessidade de esclarecer a identidade do indiciado, deixaria sem explicação a possibilidade de uma medida cautelar mais grave que o próprio processo principal que lhe dá legitimidade”.

Aceitar, por fim, como único fundamento para decretação da prisão temporária, indícios de autoria e a prova da materialidade de prática de crime prescrito no inciso III, feriria de morte o princípio da presunção de inocência, pois a decretação da medida não teria por embasamento motivação de natureza cautelar, estando fundamentada, segundo Oliveira (2008, p. 427), na “simples aparência da existência do crime!”

A presente prisão cautelar só poderá ser decretada pela autoridade judiciária, por representação da autoridade policial, delegado de polícia, ou a requerimento do representante do Ministério Público, conforme reza o artigo 2º da Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989. A competência para decretação da prisão temporária está sob a égide da cláusula de reserva de jurisdição, cujo princípio impõe a prática de determinados atos somente por juízes.

No entanto, foi vetado decretar de ofício pelo magistrado a prisão temporária, conforme se depreende da leitura do artigo 2º da Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989, em razão do modelo processual penal, imposto pela Constituição Federal de 1988, de caráter eminentemente acusatório, onde se veda a possibilidade do magistrado o papel de acusador e investigador, na lição de Oliveira (2008, p. 426). Nesse sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, ao considerar inconstitucional o artigo 3º da Lei 9.034 de 03 de maio de 1995, por autorizar o juiz a realizar diligências pessoalmente, sob o argumento de que as atribuições de investigar e inquirir são atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. “JUIZ DE INSTRUÇÃO”. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9.034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º, e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia.

Precedentes. Ação julgada procedente, em parte (ADI 1570-2, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 22-10-2004).

A prisão temporária somente é admitida quando demonstrar ser imprescindível para as investigações do inquérito policial, conforme inciso I do artigo 1º da Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Não há de se admitir a decretação desta modalidade de prisão cautelar sem o devido inquérito policial instaurado. Nesse sentido, Nucci (2006, p. 659), ao afirmar ser “essencial a existência de prévio inquérito policial para a decretação da prisão temporária”.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A prisão temporária é fortemente criticada pela doutrina pátria, em razão da nítida intenção do legislador de, através dela, legalizar a famigerada prisão para averiguação, cuja natureza é diversa da prisão cautelar, por não ser condição para a sua utilização a existência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, não existindo, assim, nenhuma vinculação, do seu emprego, com a necessidade instrumentária do processo principal.

Não se pode admitir a privação do direito de ir e vir do cidadão com base no argumento na necessidade de investigá-lo, pois tal medida é inteiramente incompatível com os ditames do Estado Democrático de Direito. A prisão para averiguação é, infelizmente, freqüentemente utilizada em regimes totalitários.

A prisão temporária, para continuar constitucionalmente válida, apesar dos robustos argumentos a favor de sua inconstitucionalidade, terá de ser interpretada em conformidade com a Constituição Federal de 1988. Sua utilização terá, obrigatoriamente, que observar a presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, aliada à junção do inciso III e pelo menos à presença de um dos requisitos prescritos nos incisos I e II, todos inscritos no artigo primeiro da Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Esse entendimento decorre do fato de ser a prisão temporária espécie de prisão cautelar e, portanto, é necessária a presença da prova da existência de um crime e de indícios suficientes de sua autoria, para a sua decretação estar em conformidade com a ordem jurídica pátria, centrada na dignidade da pessoa humana.

## **A CRITICAL VIEW OF TEMPORARY DETENTION IN THE FACE OF BRAZILIAN DEMOCRATIC STATE OF LAW**

### **ABSTRACT**

The arguments are strong for the unconstitutionality of the decree of temporary detention as provided in Law No. 7960 of December 21, 1989. Maintaining this kind of preventive detention will only have protection in law if, in its interpretation and application, in addition to observing the essential requirements of the precautionary measures, to respect, above all, the constitutional values emanating from the constitution of 1988, especially the dignity of human person and its dimensions (fundamental rights).

**Keywords:** Democratic State of Law. Principle of human dignity. Jail for investigation. Imprisonment. Prison precaution.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. São Paulo: Método, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação especial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.

CARDOSO, Rafael Bezerra. A polícia repressiva na perspectiva constitucional e política de suas atribuições. **Revista de Política e Administração Pública L&C**, Brasília, ano 12, n. 131, p. 4-9, maio 2009.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO Inocêncio Mártines, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETI, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Leis penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando. **Processo penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 3 v.