

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

DAVID SARRAFF

**PRISÃO TEMPORÁRIA E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

**CURITIBA
2006**

DAVID SARRAFF



**PRISÃO TEMPORÁRIA E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

CO-ORIENTADOR: Prof. Sylvio Roberto Degasper Kuhlmann

CURITIBA
2006

TERMO DE APROVAÇÃO
PRISÃO TEMPORÁRIA E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE

Por

DAVID SARRAFF

MONOGRAFIA APROVADA COMO REQUISITO PARCIAL PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM DIREITO, SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, PELA COMISSÃO FORMADA PELOS PROFESSORES:

ORIENTADOR:

Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Prof. Sylvio Roberto Degasperi Kuhlmann

Prof.^(a) M. / Dr.^(a)

CURITIBA, _____ de _____ de _____.

“Quando verificares, com tristeza, que nada sabes, terás feito teu primeiro progresso no aprendizado.”

Sensei Jigoro Kano

SUMÁRIO

RESUMO	VI
1. INTRODUÇÃO	01
2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A PRISÃO TEMPORÁRIA	03
2.1 PRISÃO TEMPORÁRIA	03
2.2 ASPECTOS IMPORTANTES NA LEI N.º 7.960 DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989	11
2.3 CRÍTICAS	19
3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA RELAÇÃO COM A PRISÃO TEMPORÁRIA	24
3.1 INTRODUÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	24
3.2 ELEMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PRISÃO TEMPORÁRIA	29
3.3 A FALSA SUPERAÇÃO DAS CRÍTICAS	36
4. CONCLUSÃO	44
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo discutir acerca do instituto da prisão temporária à luz do princípio da proporcionalidade. Num primeiro momento, busca-se tratar dos pontos basilares do instituto da prisão temporária, tais como conceito, natureza e finalidade. Após, traçar um singelo panorama dos pontos principais da lei que regulamenta a prisão temporária. Termina a introdução a prisão temporária demonstrando as críticas levantadas pela doutrina ao instituto em epígrafe. Já no segundo momento, após uma breve introdução ao princípio da proporcionalidade, trata-se de, ao mesmo tempo em que se aprofunda no princípio da proporcionalidade, relacionar com os pontos destacados da prisão temporária, especialmente demonstrando a possibilidade, ou não, da superação das críticas levantadas contra a prisão temporária através do princípio da proporcionalidade.

1. INTRODUÇÃO

A situação vivenciada pela sociedade brasileira na presente data, relacionada à criminalidade, é similar a realidade no final da década de oitenta no Brasil. Acontece que em ambas as épocas ocorreram grandes aumentos da criminalidade, em razão dos quais uma parte da sociedade clamava por uma atitude mais drástica e rígida do Estado, enquanto outra parte, especialmente formada por juristas e sociólogos, temia que estas medidas eventualmente adotadas pelo Estado ocasionassem a lesão aos direitos e garantias individuais assegurados na Constituição da República.

Como base nesta situação demonstra-se a importância de analisar e estudar o instituto da prisão temporária cumulativamente ao princípio da proporcionalidade. Pois tal análise trata justamente de uma medida adotada pelo Estado buscando a restrição à liberdade individual como forma de coibir e punir a violência e, de outro lado, o princípio da proporcionalidade consiste no princípio basilar de combate aos abusos do Estado sobre os particulares.

O presente trabalho busca através desta visão da prisão temporária sob o foco do princípio da proporcionalidade, abordar os pontos conflitantes e críticos da prisão temporária, demonstrando se há, ou não, o referido abuso estatal sobre os direitos e garantias individuais.

O estudo irá iniciar tratando, sucintamente, do panorama histórico vivenciado no final da década de oitenta, o qual proporcionou este anseio da sociedade por medidas mais drásticas. Sendo assim, ocorrendo a primeira menção legal ao instituto da prisão temporária através do projeto do Código de Processo Penal e, também, a consolidação legal da prisão temporária através da conversão

da Medida Provisória n.º 111, de 24 de novembro de 1989, na Lei n.º 7.960 de 21 de dezembro de 1989.

Ainda, quanto à prisão temporária, o presente trabalho irá analisar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o instituto, especialmente o conceito, natureza, disposição legal – requisitos e fundamentação – e, por fim, tratando das críticas levantadas pela doutrina contra esta medida restritiva do direito de liberdade individual.

Em um segundo momento, ratificando a intenção deste estudo, tratar-se-á do princípio da proporcionalidade privando por sua relação com os pontos então levantados sobre a prisão temporária. Em uma breve introdução ao princípio da proporcionalidade haverá a análise da origem deste princípio no que diz respeito a vertente substantiva do *due process of law*, abordando também a suposta confusão entre o uso dos termos razoabilidade e proporcionalidade, por consequência, destacando a importância para a interpretação do instituto da prisão temporária.

Por derradeiro, pretende-se verificar se com a utilização do princípio da proporcionalidade, especialmente na metodologia germânica - ou seja, na decomposição deste princípio nos elementos adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, é possível, ou não, superar os pontos conflitantes existentes no instituto da prisão temporária.

2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A PRISÃO TEMPORÁRIA

2.1 PRISÃO TEMPORÁRIA

Ao abordar o surgimento do instituto da prisão temporária no direito brasileiro, deve-se, por consequência, traçar um singelo comentário acerca da finalidade do referido instituto, pois, como qualquer outro instituto jurídico, foi criado para sanar um anseio da sociedade.

Mais do que isto, nota-se que o instituto da prisão temporária veio não somente para sanar uma necessidade da sociedade, mas também para regulamentar uma prática já existente.

Acontece que de um lado existia o grande aumento da violência, principalmente nos centros urbanos, resultando num clamor público para que o Estado adotasse medidas mais drásticas para coibir e punir os atos de violência, especialmente quando se tratava de crimes que ocasionavam maior repúdio perante a sociedade, tais como, seqüestro, terrorismo, etc.

Já, em contraponto, existia, habitualmente, nas delegacias de polícia a prática da chamada prisão para averiguações, ou, por suspeita. A autoridade policial, sem qualquer embasamento legal, dirigindo seus atos tão somente pelo seu juízo de valor, levava ao cárcere qualquer cidadão sob o qual depositasse alguma suspeita.

Sobre este tema, VALDIR SZNICK¹ além de comentar sobre o respaldo legal e sobre a intenção de combater a violência – essencialmente para os crimes

¹ SZNICK, Valdir. Liberdade, **Prisão Cautelar e Temporária**, 2ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1995, p. 485.

hediondos -, ressalta que o único objetivo (da criação da prisão temporária) foi o de proporcionar a legalidade às prisões para averiguações realizadas habitualmente pela polícia, até então sem qualquer embasamento legal.

Outrossim, OTO LUIZ SPONHILZ e ANTONIO ACIR BREDA² vão mais longe, pois além de comentarem sobre a indispensabilidade da prisão para averiguações baixada por autoridade jurisdicional, defendem, primeiro, que a prisão para averiguações existe independente da tolerância pela justiça comum; segundo, que, em caso de infratores perigosos, a prisão se faz necessária sob pena da frustração da detenção. Ademais, com bases nestes argumentos, justificam o projeto do Código de Processo Penal prever a prisão temporária como um substituto legal para a prisão para averiguações.

Assim, levado fundamentalmente por estes motivos, ocorreu a primeira menção ao termo prisão temporária no projeto do Código de Processo Penal, sendo que pela demora na tramitação do referido projeto, foi editada, pelo, então, Presidente da República, José Sarney, a Medida Provisória n.º 111 de 24 de novembro de 1989.

Mais tarde ocorreu à introdução da prisão temporária como a conhecemos no direito brasileiro através da Lei n.º 7.960 de 21 de dezembro de 1989, que converteu a Medida Provisória n.º 111 de 24 de novembro de 1989.

Acontece, ainda, que na época muitos foram os autores que se levantaram questionando a suposta inconstitucionalidade formal da Lei n.º 7960 de 1989, devido ao vício existente no seu processo de criação, como bem assinalou

² SPONHOLZ, Oto Luiz e BREDA, Antonio Acir. **Aspectos processuais da reforma da lei de segurança nacional**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1978, n. 59, p. 150.

ALBERTO SILVA FRANCO³, ao questionar o fato de que a Lei n.º 7.960 de 1989 originou-se de uma medida provisória baixada pelo chefe do Poder Executivo, sendo que apesar da sua conversão em lei pelo Congresso Nacional, não afasta esta invasão pelo Poder Executivo na área de competência reservada ao Poder Legislativo. Diz o autor que este vício de origem, ínsito nesta medida provisória, alcança a lei convertedora, gerando, assim, uma comunicação de invalidade. Prevalecendo assim o fato do Poder Executivo dispor sobre uma medida provisória em matéria processual penal, restringindo o direito de liberdade individual e, não, a ratificação desta medida em lei pelo Congresso.

Contudo, tal entendimento foi, de certo modo, superado mediante a necessidade da sociedade por tal medida, ou melhor, devido ao grande clamor público por medidas mais drásticas contra a violência, cumulada com a necessidade de regulamentar a famigerada prisão para averiguações. Ressalta-se a importância da aplicação dos princípios constitucionais fundamentais para manutenção do sistema constitucional vigente e controle constitucional da legislação, conforme se estudará no capítulo seguinte.

Reforçando a discussão sobre a necessidade e a finalidade de tal medida o professor JULIO FABBRINI MIRABETE se refere à própria exposição de motivos da lei: "o clima de pânico que se estabelece em nossas cidades, a certeza da impunidade que campeia célere na consciência do nosso povo, formando novos criminosos, exigem medidas firmes e decididas, entre elas a da prisão temporária"⁴.

Por fim, percebe-se que o instituto da prisão temporária está localizado especificamente na Lei n.º 7.960 de 21 de dezembro de 1989. sendo que o "eixo de

³ FRANCO, Alberto Silva, **Crimes Hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90**, 3ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p.163.

⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 392.

todas as prisões cautelares está hoje no artigo n.º 312 do Código de Processo Penal”.⁵

Quanto à conceituação do instituto da prisão temporária não há muita divergência na doutrina. Para FERNANDO CAPEZ consiste numa “prisão cautelar de natureza processual destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial.”⁶

Outrossim, JULIO FABBRINI MIRABETE entende que: “trata-se de medida acauteladora, de restrição à liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial”⁷. Não obstante, FERNANDO DA COSTA GRECO FILHO⁸ trata o instituto da prisão temporária como uma antecipação da prisão preventiva.

Todavia, situação oposta existe ao analisar o entendimento doutrinário a respeito da natureza da prisão temporária. Ocorre que, grosso modo, não há consenso sobre a natureza da prisão temporária como uma medida cautelar, uma medida pré-cautelar, ou uma medida judicial de cunho administrativo.

Nota-se que não existe possibilidade de conceder a natureza cautelar à prisão temporária, segundo os ensinamentos de JOSÉ DA COSTA POVOA e MARCOS ANTHONY STEVESON VILLAS⁹, uma vez que estes autores

⁵ POVOA, José da Costa, BOAS, Marco Anthony Steveson Villas. **Prisão Temporária, Coleção Temas de Direito e Processo Penal**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 13.

⁶ CAPEZ, Fernando, **Curso de Processo Penal**. 1.º edição, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 215.

⁷ MIRABETE, op cit. p. 392.

⁸ GRECO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18.º ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. Atlas, 1991, p. 241: “Pode-se dizer que a prisão temporária é uma antecipação da prisão preventiva; tem requisitos menos rigorosos que ela, mas não será decretada se manifestadamente não se decretaria aquela.”

⁹ POVOA, op cit. p.38: “Ora, se as medidas cautelares tem a finalidade exclusiva de garantir o processo e a eficácia de um julgamento de mérito, não vemos como aceitar a conceituação da prisão temporária como medida cautelar, sustentada por alguns autores como Julio Fabrini Mirabete (Processo Penal) e Vicente Greco Filho (Manual de Processo Penal). O resguardo das provas,

fundamentam tal posicionamento no fato do instituto ser abordado durante o inquérito policial, o qual possui natureza administrativa, não havendo sequer perspectiva da decisão de mérito a ser assegurada. Ainda, dizem os juristas que “A prisão cautelar é de caráter processual e somente emana do Juiz, visando à garantia imediata da tutela de um bem jurídico para impedir as conseqüências do *periculum in mora*, assentando-se num juízo de plausibilidade da condenação (*fumus boni iuris*) para garantia de aplicação da pena futura.”¹⁰

Não obstante, os mesmos autores¹¹ destacam que a prisão temporária não pode ser tida como uma prisão processual, posto que aquela somente pode ser decretada ou prorrogada antes da existência do processo, já esta é decretada por uma autoridade judiciária ou por ela mantida durante o curso do processo.

Destarte, após repudiarem a natureza cautelar, bem como a natureza processual, concluem que “a prisão temporária é uma medida judicial provisória e de cunho administrativo, pois apesar de ser decretada judicialmente, seu caráter é nitidamente inerente a um poder de polícia administrativa balizado pelo juiz”¹².

Entendimento diverso pertence aos autores¹³ que situam a prisão temporária como uma medida cautelar que atua no campo da *persecutio criminis*, atuando coercitivamente contra o *status libertatis* do réu.

Ocorre que se percebe através da manifestação de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, que os aspectos já mencionados por JOSÉ DA COSTA POVOA e

elementos, pessoas e situações durante o inquérito policial são de natureza administrativa, e não cautelar, pois ainda não há sequer perspectiva de decisão de mérito a ser assegurada.”

¹⁰ POVOA, op cit. p.20.

¹¹ idem, p.22.

¹² idem, p.40.

¹³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v.4, p. 13-110: “As medidas cautelares que atuam no campo da *persecutio criminis* são providencias coercitivas contra o *status libertatis* do réu, e se destinam a tutelar o interesse punitivo do Estado consubstanciado na provável condenação do réu; ou, então, visam impedir danos à liberdade do réu, como providencias de contra-cautela, com o escopo de garantir o *status libertatis* em face do poder coercitivo-cautelar do Estado.”

MARCOS ANTHONY STEVESON VILLAS, a saber, a atuação do instituto durante o inquérito policial, por consequência, antes do trânsito em julgado, podem dar margem ao posicionamento contrário ao adotado por estes. Defende que, justamente pela prisão temporária prezar pela investigação policial, pode ser aferida a natureza cautelar, pois desempenha o papel de um instrumento em prol da ordem pública, ou seja, da concretização do ordenamento jurídico. Isto é, EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA acredita que a prisão temporária possui natureza cautelar, no sentido de que “se refere à sua função de instrumentalidade, de acautelamento de determinados e específicos interesses de ordem pública”¹⁴.

Ademais, comentando a legislação da prisão temporária, EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA¹⁵ destaca que o próprio artigo primeiro da lei traz consigo a idéia de acautelamento, de instrumentalidade, ressaltando ainda que será considerada provisória pela existência expressa de sua duração na lei.

Neste prisma pode-se dizer que a prisão temporária é uma forma de prisão cautelar, que se justificaria em determinados casos, ante a urgência de certas providências para a eficiência da investigação policial, chegando a esta conclusão tendo como premissa que tal instrumento somente será decretado por juiz de direito

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 5ª ed. Belo Horizonte: editora DelRey., 2005. p. 402: “De outro lado, toda prisão anterior ao trânsito em julgado deve também ser considerada uma prisão cautelar. Cautelar no que se refere à sua função de instrumentalidade, de acautelamento de determinados e específicos interesses de ordem pública. Assim, a prisão que não decorra de sentença passada em julgado, será, sempre, cautelar e também provisória.”

¹⁵ Idem, p. 432: Trata-se de prisão cuja finalidade é a de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante se extrai do seu art. 1º, I, no que cumpriria a função de instrumentalidade, isso é, de cautela. E será ainda provisória, porque tem a sua duração expressamente fixada em lei, como se vê de seu art. 2º, e também do disposto no art. 2º, parágrafo 3º, da Lei n.º 8.072 de 1990.

e através de uma interpretação restritiva da Lei n.º 7.960/1989. Sendo esta a posição adotada por ANTONIO SCARANCE FERNANDES¹⁶.

Também se baseando na função de instrumentalidade desempenhada pela prisão temporária, encontramos WEBER MARTINS BATISTA¹⁷, o qual, além de conceber a prisão temporária com uma medida cautelar, qualifica esta instrumentalidade como uma “instrumentalidade hipotética e qualificada”. Sendo, hipotética, porque o resultado que pretende garantir, por ser futuro, é incerto; qualificada, porque tutela, instrumentalmente, a função jurisdicional.

Não obstante, outros autores contribuindo para o enriquecimento desta divergência doutrinária, situam a prisão temporária dentre a prisão processual, qualificando-a como prisão cautelar. Dentre eles, pode-se citar JULIO FABBRINI MIRABETE¹⁸.

Assim é possível afirmar que, apesar na inexistência de um consenso, a doutrina majoritária concebe a prisão temporária à natureza cautelar, sendo que além dos juristas já citados, ainda se pode mencionar ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO¹⁹, RENÉ ARIEL DOTTI²⁰, PAULO LUCIO NOGUEIRA²¹, dentre outros.

¹⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Prisão temporária e “fermo”**: estudo comparativo. In: *Justitia*. São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Paulkista do Ministério Público, 1992, n. 157, p. 26.

¹⁷ BATISTA, Weber Martins. **Liberdade provisória: modificações da Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.11.

¹⁸ MIRABETE, op. cit. p. 343: “a prisão processual, também chamada de provisória, é a prisão cautelar, em sentido amplo, incluindo a prisão em flagrante (...), a prisão preventiva (...), a prisão decorrente de pronuncia (...), a prisão resultante de sentença penal condenatória (...) e a prisão temporária (...).”

¹⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p.58: “Dente as cautelas penais, a mais freqüente e também de maio gravidade é, sem duvida, a prisão (...).”

²⁰ DOTTI, René Ariel. **Princípios do processo penal**. In: Fascículos de ciências penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, a. 6, v. 6, n. 1, p. 107: “A presunção de inocência não se pode opor às medidas cautelares de prisão (em flagrante, temporária, preventiva, em decorrência de pronuncia ou de sentença condenatória recorrível) (...).”

Não obstante, o Promotor de Justiça ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ traz, ainda, o termo pré-cautelar, sendo que, segundo o autor (o termo pré-cautelar) expressa com maior precisão a natureza da prisão temporária, justificando tal posicionamento no fato que:

A prisão temporária, de natureza pré-cautelar, de caráter provisório e pré-processual, assenta-se, a par dos requisitos inerentes a toda medida cautelar (accessoriedade, preventividade, instrumentalidade hipotética e provisoriedade), sobre o binômio *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. A fumaça do bom direito, inerente a qualquer prisão cautelar, consubstancia-se na presença de elementos de convicção que demonstram a verossimilhança da imputação iminente e que, portanto, tornam plausível admitir a participação delitiva do indiciado no fato objeto da apuração. A seu turno, o *periculum in mora* se materializa na própria necessidade da constrição ao *ius libertatis* do indivíduo, ante o receio de que, solto, possa o inculpado produzir danos à ordem pública, à instrução do processo ou à aplicação da lei penal.²²

Ademais, até mesmo o Superior Tribunal de Justiça se manifestou dizendo que a prisão temporária possui natureza de medida cautelar, *in verbis*:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO TEMPORÁRIA. MOTIVOS CONCRETOS. IMPRESCINDIBILIDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. A decretação da prisão temporária, como qualquer outra prisão cautelar, deve, necessariamente, estar amparada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado está obrigado a apontar os elementos concretos ensejadores da medida. Ordem concedida, para revogar a prisão temporária do paciente, se por outro motivo não estiver preso.²³ (grifo nosso)

Demonstrando-se assim que o entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência concede a prisão temporária a natureza cautelar.

²¹ NOGUEIRA, Paulo Lucio. **Curso completo de processo penal**. 4.º ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p.209: "A prisão ou custódia antes do julgamento (prisão em flagrante, preventiva ou por pronúncia) é também chamada de cautelar".

²² CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Texto: **Sessenta dias de prisão temporária. É razoável?** Extraído do site :<http://www.geocities.com/CapitolHill/Lobby/1647/artecron/artigo15.htm>, em 26.07.2006.

²³ HC 35292 / MS ; HABEAS CORPUS 2004/0062578-1. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Ministro Relator Paulo Medina. DJ 29.08.2005, p. 440.

2.2 ASPECTOS IMPORTANTES NA LEI N. ° 7.960 DE 21 DE DEZEMBRO DE 1989

Complementando esta singela introdução ao instituto da prisão temporária, ressalta-se na própria Lei n. ° 7.960 de 21 de dezembro de 1989, mais precisamente, o disposto nos três incisos do seu artigo 1º, ou seja, as hipóteses de cabimento da prisão temporária. Outrossim, para analisar as diversas interpretações sobre o referido dispositivo também se faz necessária a menção a determinados artigos da lei em epígrafe, especialmente no que diz respeito à necessidade de fundamentação na decretação da prisão temporária.

Os casos em que poderão ocorrer as decretações da prisão temporária foram dispostos no artigo 1º da Lei n. ° 7.960 de 1989, sendo que o inciso I deste dispositivo dispõe que caberá a prisão temporária quando esta for imprescindível para as investigações do inquérito policial.

Percebe-se que a intenção do legislador foi demonstrar o caráter excepcional de tal medida, uma vez que ao expressar a finalidade da prisão temporária – retirar obstáculos às investigações policiais – demonstra que este instrumento só será aplicável quando for imprescindível, ou seja, uma vez esgotado os outros meios menos gravosos possíveis de obter o resultado desejado.

O inciso II do artigo 1º da supra citada lei determina que será cabível a prisão temporária quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Um ponto que deve ser destacado neste inciso diz respeito à abrangência, em tese, da situação disposta nele pelo inciso primeiro do mesmo artigo, visto que a falta de residência fixa, ou a recusa do acusado em fornecer elementos necessários para o esclarecimento de

sua identidade, nada mais são do que obstáculos ao prosseguimento da investigação policial. Ademais, ressalta-se a falta de limites expressos em tal dispositivo, deixando, em tese, uma considerável margem ao cometimento de uma restrição indevida a liberdade individual de um cidadão, simplesmente por este não possuir residência fixa, por exemplo.

Por sua vez, o inciso III do artigo em epígrafe dispõe que uma vez existindo fundadas razões, em conformidade com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação dos indiciados nos seguintes crimes: homicídio doloso; seqüestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante seqüestro; estupro; atentado violento ao pudor; raptó violento; epidemia com resultado morte; envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificada pela morte; quadrilha ou bando; genocídio, em qualquer de suas formas típicas; tráfico de drogas; ou crime contra o sistema financeiro.

Isto posto, é possível discriminar um pouco mais sobre a divergência doutrinária que recai sobre o artigo 1º da Lei n.º 7.960 de 1989, consistente, grosso modo, na necessidade, ou não, da ocorrência simultânea das hipóteses previstas nos incisos do artigo, para a decretação da prisão temporária.

ANTONIO SCARANCE FERNANDES, cujo posicionamento é favorável à interpretação conjunta dos incisos, esclarece que uma interpretação literal do referido dispositivo poder-se-ia chegar a resultados absurdos. Ocorre que, segundo o autor, apesar da existência do advérbio de tempo 'quando' em cada inciso do dispositivo, demonstrando que estas hipóteses poderiam ocorrer separadamente, se

assim o fosse, “bastaria que alguém não tivesse residência fixa e em qualquer infração penal poderia ser preso, com base no inciso II, do artigo 1º”.²⁴

Já DIAULAS COSTA RIBEIRO²⁵ defende a posição oposta, deixando claro que jamais concordou com a necessidade de se conjugar as exigências dos três incisos para se decretar a prisão, pois para o autor esta solução teria como conseqüência à restrição da prisão temporária aos crimes do inciso III, e ainda se presentes às condições do inciso I ou II. Ademais, explica o autor que se fosse esta a intenção do legislador, não haveria a necessidade de dividir o artigo 1º em incisos, visto que, no sistema legislativo brasileiro, sempre foram unidades autônomas entre si, vinculadas ao preceito do parágrafo ou do artigo.

Favorável à interpretação autônoma dos incisos do artigo 1º, JULIO FABBRINI MIRABETE²⁶ aduz que basta, tão somente, o inciso III, para que se decrete a prisão temporária, sem que haja necessidade de conjuga-lo com os incisos I ou II, haja vista que para o autor nas hipóteses do inciso III é necessário somente demonstrar a existência de indícios suficientes de autoria dos crimes ali relacionados. Conclui-se, com base na enumeração legal do inciso III, que a medida é destinada a contentar a sociedade diante dos crimes graves mencionados, mas a lei não exige que tais situações estejam presentes no caso particular.

Por sua vez, EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA compartilha do mesmo entendimento de ANTONIO SCARANCE FERNANDES, defendendo a interpretação conjunta dos incisos, fundamentando seu posicionamento inclusive a respeito da abrangência do inciso II pelo inciso I, conforme se demonstra:

²⁴ FERNANDES, op. cit. p. 28.

²⁵ RIBEIRO, Diaulas Costa. **Prisão temporária: um breve estudo sistemático e comparado**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, n. 707, p. 272.

²⁶ MIRABETE, op. cit. p. 395.

Pensamos, por isso mesmo, que devem estar presentes, necessariamente, tanto a situação do inciso I, imprescindibilidade para a investigação policial, quanto aquela do III. A hipótese do inciso II, repetimos, já estaria contemplada com a aplicação do inciso I. Assim, a prisão temporária somente poderá ser decretada, e desde que presentes os requisitos cautelares (indícios de autoria e prova de materialidade), quando imprescindível para as investigações policiais e quando se tratasse dos crimes expressamente arrolados no inciso III do art. 1. Para outros, ali não mencionados, a única prisão cautelar possível seria a preventiva, nunca a temporária.²⁷

Quanto ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça também falta certeza sobre a interpretação conjunta, ou separada, dos referidos incisos, acontece que apesar de inúmeras decisões envolvendo a prisão temporária, não houve manifestação expressa sobre este ponto controverso da lei.

Ocorre, por exemplo, que as decisões²⁸ que tratam do requisito disposto no inciso II do artigo 1º da Lei n.º 7.960/1989 não ajudam na elucidação do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal, pois abordam também uma das hipóteses vislumbradas no inciso III do mesmo artigo, não havendo qualquer manifestação sobre a obrigatoriedade, ou não, desta ocorrência cumulativa.

²⁷ OLIVEIRA, op. cit. p. 433

²⁸ HC 49364/GO; HABEAS CORPUS 2005/0181082-5. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Ministro Relator Gilson Dipp. DJ 02.05.2006, p.356: CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PRISÃO TEMPORÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. INDÍCIOS DE AUTORIA. PACIENTE EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA AS INVESTIGAÇÕES. ORDEM DENEGADA. Hipótese em que o impetrante alega ausência de fundamentação na decisão que decretou a segregação provisória do paciente, suspeito de participação nos crimes de homicídio qualificado e formação de quadrilha, o qual se encontra em local incerto e não sabido. A determinação de prisão temporária deve ser fundada em fatos concretos que indiquem a sua real necessidade, atendendo-se os termos descritos na lei. Evidenciada a presença de indícios de autoria nos delitos de homicídio qualificado e formação de quadrilha, para os quais é permitida a decretação da custódia provisória, bem como o fato do réu encontrar-se em lugar incerto e não sabido, necessária se torna a decretação da prisão temporária, tendo em vista a dificuldade de investigação e conclusão do inquérito quando ausente o indiciado. Correta a imposição da medida por conveniência da instrução criminal, em virtude dos indícios dos acusados de estarem recebendo informações privilegiadas e dificultando as investigações policiais, aliado a necessidade de se garantir da ordem pública tendo em vista tratar-se de organização criminosa suspeita de praticar diversos e violentos delitos. Precedentes desta Corte. Ordem denegada. (grifo nosso)

Por sua vez, a Quinta Turma²⁹ decidiu a respeito de um crime relacionado no inciso III – latrocínio -, mas também frisou que no caso, o fato do paciente encontrar-se em lugar incerto é suficiente para a decretação da prisão temporária, devido à dificuldade causada as investigações policiais.

Outrossim, existem decisões que abordam conjuntamente o inciso I e III do artigo 1º da Lei n.º 7.960/1989, contudo, novamente, sem condicionar expressamente a decretação da prisão temporária à esta interpretação conjunta. *In verbis*:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ROUBO MAJORADO. PRISÃO TEMPORÁRIA. HIPÓTESES E CABIMENTO. ART. 1º, INCISOS I E III, ALÍNEA C, DA LEI Nº 7.960/89. INDÍCIOS DE AUTORIA. Atendidos os requisitos previstos no art. 1º, incisos I e III, alínea c, da Lei nº 7.960/89 e se encontrando foragido o paciente, em prejuízo das investigações no inquérito policial, afigura-se perfeitamente cabível a decretação da prisão temporária (Precedentes). Ordem denegada.³⁰ (grifo nosso)

²⁹ Pet. 4483/SC; PETIÇÃO 2006/0010718-3. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Ministro Relator Gilson Dipp. DJ 02.05.2006, p. 338: CRIMINAL. PETIÇÃO RECEBIDA COMO HC. LATROCÍNIO. PRISÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. INDÍCIOS DE AUTORIA. PACIENTE EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA AS INVESTIGAÇÕES. REALIZAÇÃO DE RECONHECIMENTO. IMPRESCINDIBILIDADE. CUSTÓDIA TEMPORÁRIA. PRAZO QUE COMEÇA A FLUIR COM O EFETIVO CUMPRIMENTO DO DECRETO SEGREGATÓRIO. ORDEM DENEGADA. A determinação de prisão temporária deve ser fundada em fatos concretos que indiquem a sua real necessidade, atendendo-se aos termos descritos na lei. Evidenciada a presença de indícios de autoria do paciente no delito de latrocínio, para o qual é permitida a decretação da custódia provisória, bem como a necessidade de realização de seu reconhecimento pela vítima sobrevivente, necessária se torna a decretação da prisão temporária. O fato de o paciente se encontrar em lugar incerto e não sabido, tanto que o decreto prisional até o momento não foi cumprido, é suficiente para fundamentar a segregação provisória, tendo em vista a dificuldade de investigação e conclusão do inquérito quando ausente o indiciado. Precedentes desta Corte. O fato de a vítima ter assinado escritura pública afirmando não ser o paciente um dos autores do delito investigado não pode ser tido como prova no feito, pois, além da possibilidade desta subscrição ter ocorrido sob coação, não há elementos que comprovem que as fotos a ela apresentadas são realmente do acusado, sendo, portanto, imprescindível a realização de reconhecimento pessoal pela testemunha. O prazo da custódia temporária começa a fluir a partir da efetiva prisão do acusado. Ordem denegada..

³⁰ HC 42885 / SP ; HABEAS CORPUS 2005/0050863-9. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Ministro Relator Felix Fischer. DJ 20.03.2006 p. 313.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça fez menção a necessidade de existência do termo por ele designado “crime grave”³¹, como fator condicionante para a decretação da prisão temporária, bem como manifestou-se pela negação da prisão temporária em face da não ocorrência de um dos crimes previstos no inciso III do supra citado artigo³². Contudo, no primeiro caso, não existem fundamentos para se afirmar que existe, ou não, a necessidade da ligação com as demais hipóteses do inciso I ou inciso II, visto que na referida decisão houve somente a menção da possibilidade de decretar a prisão temporária para “crimes graves”. E, também, quanto ao segundo caso, que negou a prisão temporária pela não incidência no inciso III, também não houve menção se para a decretação da prisão temporária bastaria somente que o crime fosse relacionado neste inciso III.

Por derradeiro, em análise as decisões do Superior Tribunal de Justiça³³ nota-se que este não se manifestou expressamente sobre o conflito. Ainda assim,

³¹ RHC 14397 / RJ; RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2003/0065582-0 – Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Ministro Relator Jorge Scartezzini. DJ 19.12.2003 p. 499. PENAL E PROCESSUAL. ROUBO. QUADRILHA. PRISÃO TEMPORÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. Cabe decretar a prisão temporária em face da existência de crime grave, dentre os quais o roubo, em face de fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida em lei, da autoria ou participação do indiciado na prática delitiva sob averiguação. O decreto observa o prazo determinado na lei de regência e fundamenta a decisão em fatos concretos, com amparo legal adequado, razão pela qual inexistente constrangimento ilegal a sanar. Ordem denegada. (grifo nosso).

³² HC 35557 / PR; HABEAS CORPUS 2004/0068836-2 – Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Ministro Relator Felix Fischer. DJ 20.09.2004 p. 318: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 155 DO CP. PRISÃO TEMPORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. - Não pode subsistir o decisum que decretou a prisão temporária do paciente, investigado em sede de inquérito policial ela suposta prática do delito inculcado no art. 155 do CP, o qual não está inserido no rol do art. 1º, III, da Lei n.º 7.690/89. (Precedentes). Writ concedido, para revogar a decisão que determinou a prisão temporária do paciente, sem prejuízo de que nova custódia cautelar seja decretada, desde que em observância aos requisitos legais. (grifo nosso)

³³ HC 32348/RJ; HABEAS CORPUS 2003/0225400-6. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Ministro JORGE SCARTEZZINI. DJ 28.06.2004 p. 369: PROCESSUAL PENAL - PACIENTE SUSPEITO DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO - PRISÃO TEMPORÁRIA - GRAVIDADE DO DELITO - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - IMPRESCINDIBILIDADE PARA COMPLEMENTAÇÃO DAS INVESTIGAÇÕES POLICIAIS - FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. - A prisão temporária é justificável quando, além da gravidade do delito, resta demonstrada a necessidade da segregação cautelar para complementação das investigações policiais e para garantir-se a ordem pública. Ademais, conforme informações prestadas, o paciente encontra-se

existe em suas decisões uma certa rotina na menção aos crimes relacionados no inciso III do artigo 1º da Lei n.º 9.760/1989. Tal menção abre margem favorável para os defensores da teoria de interpretação conjunta dos incisos, visto que além da necessidade do crime estar relacionado no referido dispositivo, é consagrada a necessidade de fundadas razões para a prisão temporárias, as quais estarão, por conseqüência, relacionadas ao menos com o inciso I do mesmo artigo.

Ante ao exposto, resta observar que independente da postura adotada quanto à interpretação conjunta, ou não, dos referidos incisos, o que deve prevalecer é à intenção do legislador em resguardar o caráter excepcional de tal instrumento, seja através do uso dos termos: “imprescindível”³⁴ ou “fundadas razões”³⁵, como também nos demais artigos da mesma lei, que dizem respeito a necessidade expressa de fundamentação tanto na representação como no decreto da prisão temporária, conforme se nota especialmente no artigo 2º, *caput*, §2º, da Lei n.º 7.960 de 1989, *in verbis*:

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

§ (...)

§ 2º O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.³⁶

A doutrina, aqui representada por EUGENIO PACELLI DE OLIVEIRA³⁷, corrobora com tal entendimento com base no artigo 5º inciso LVIII da Constituição

foragido até a presente data, não demonstrando desejo de colaborar com as investigações. Ordem denegada. (grifo nosso)

³⁴ Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, artigo 1º: “(...) I- quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”.

³⁵ Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, artigo 1º: “(...) III- quando imprescindível para as investigações do inquérito policia quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:(...)”

³⁶ Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

³⁷ OLIVEIRA, op. cit. p. 402.

da República, pois, segundo o autor, o reconhecimento da situação jurídica de inocente impõe a necessidade de fundamentação judicial para toda e qualquer privação da liberdade, ressaltando que a competência é exclusiva do Judiciário para determinar tal medida. Ainda, ressalta que se a prisão for fundamentada em bases cautelares, devem estar presentes ainda à indispensabilidade e a necessidade de tal medida.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³⁸ também se encontram decisões que validam o referido posicionamento doutrinário, bem como o texto legal, visto que condicionam a decretação da prisão temporária, por exemplo, a necessidade de efetiva demonstração do *periculum libertatis* mediante exposição de motivos concretos sendo insuficiente meras conjecturas. Outrossim, é possível encontrar decisões do STJ³⁹ que deixam expressa a necessidade de fundamentação da decisão pra a decretação da prisão temporária.

Percebe-se assim que no que diz respeito à necessidade fundamentação do decreto da prisão temporária à opinião majoritária tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, é de que esta previsão legal deve ser efetivamente cumprida.

³⁸ RHC 11992/RJ – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N.º 2001/0137270-4 – Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Ministro Relator Edson Vidigal. DJ 18/03/2002, p. 275: PENAL. PROCESSO PENAL. TENTATIVA DE ROUBO. PRISÃO PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. 1. Para decretação da prisão provisória, sob argumento de imprescindibilidade para as investigações do inquérito, impõe-se a efetiva demonstração do *periculum libertatis* mediante exposição de motivos concretos sendo insuficiente para tanta meras conjecturas. 2. Recurso ordinário provido, para revogar decreto de prisão provisória contra o paciente, por ausência de fundamentação.

³⁹ RHC 15316/RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2003/0207405-7 – Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Ministro PAULO MEDINA. DJ 16.08.2004, p. 283: RECURSO DE HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PRISÃO TEMPORÁRIA. GRAVIDADE DO CRIME. COAÇÃO DISFARÇADA PARA FORNECER MATERIAL BIOLÓGICO. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. IMPRESCINDIBILIDADE. INEXISTÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE DO DELITO. SUBMISSÃO A EXAME DE ADN. INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS AUTORIZANTES. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE EM CRIMES HEDIONDOS. INCONSTITUCIONALIDADE. DENEGAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Para a decretação da prisão temporária, quando investigados quaisquer dos delitos constantes do inciso III, do art. 1º, da Lei 9.760/89, deve haver a imprescindibilidade da medida e obrigatoriedade de fundamentação da decisão; (...) 6. Recurso provido. (grifo nosso)

2.3 CRÍTICAS

Uma vez realizada esta singela introdução ao instituto da prisão temporária, é possível estudar importantes críticas levantadas contra o referido instituto, algumas já sucintamente mencionadas no decorrer desta introdução e que aqui serão aprofundadas.

A crítica basilar ao instituto da prisão temporária diz respeito a sua suposta inconstitucionalidade em face da, em tese, violação aos direitos e garantias individuais, grosso modo, no desrespeito aos princípios constitucionais, dentre eles o princípio da segurança jurídica, presunção da inocência e o princípio do devido processo legal. Contudo, existem outros pontos que são criticados do referido instituto pela doutrina, inclusive com referência a vícios na própria regulamentação deste.

O primeiro ponto diz respeito justamente ao questionamento de alguns autores, tais como ALBERTO SILVA FRANCO⁴⁰, a respeito da inconstitucionalidade formal no processo de criação, ou melhor, de normatização da prisão temporária. Tal questionamento consiste na alegada incompetência do Poder Executivo ao legislar sobre a matéria. Os autores sustentam que por tratar-se de matéria penal e de processo penal, o Poder Executivo (no ato, representado pelo então Presidente da

⁴⁰ FRANCO, op. cit. p.163:“a Lei n. 7960/89 originou-se de uma medida provisória baixada pelo Presidente da República e, embora tenha sido convertida em lei, pelo Congresso Nacional, representou uma invasão na área de competência reservada ao Poder Legislativo. Pouco importa a aprovação, pelo Congresso da Medida Provisória. O vício de origem, insito neste instrumento normativo, contagia a lei convertedora, havendo, em consequência, uma comunicação de invalidade. O fato de o Congresso vir a ratificar, com ou sem emendas, uma medida provisória, de caráter processual penal, que lesa o direito de liberdade do cidadão, não legitimaria a competência do Poder Executivo para normatizar a matéria. A lei convertedora submete-se a instância do controle político, é um ato com características políticas, que atende uma fiscalização de mérito, de oportunidade, conveniência política e não uma fiscalização jurídica.

República José Sarney), não poderia dispor sobre o tema, como havia feito mediante da Medida Provisória que originou a Lei n.º 7.960 de 1989.

Outrossim, PAULO RANGEL⁴¹ doutrina que este tipo de prisão é inconstitucional, primeiro por vício de iniciativa, uma vez que em matéria de processo penal e direito penal são de iniciativa da União (art. 22, I da CF/88). A inconstitucionalidade seria de ordem formal. Segundo, pois no Estado Democrático de Direito o Estado não pode inicialmente prender e depois investigar se o imputado é realmente autor do delito.

Outro fundamento de crítica da prisão temporária, este sim contando com um maior número de adeptos, se refere as, em tese, lesões aos princípios do devido processo legal, da liberdade, da presunção de inocência e da segurança jurídica.

A respeito deste tema, constam ainda como críticos à prisão temporária não somente juristas, mas também outros profissionais, como sociólogos e historiadores, devidos principalmente à preocupação em razão da realidade do sistema carcerário brasileiro, o qual ao invés de cumprir a sua função de reintegrar o cidadão a sociedade, acaba servindo como uma “escola do crime”, deixando-o cada vez mais distante da obediência à ordem pública. Sobre este tema JOSÉ DA COSTA POVOA e MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS⁴² discorrem que o referido instituto esta em confronto com o princípio do devido processo legal e com o princípio da liberdade, afirmando não ser possível sustentar a constitucionalidade do artigo 1º, inciso I, da lei n.º 7.960 de 1989, no que se refere à prisão do indivíduo que nem sequer foi investigado ou indiciado.

⁴¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8.º ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2004. p. 643.

⁴² POVOA, op. cit. p. 36

Ademais, o instituto da prisão temporária ainda sofre críticas por sua limitação a utilização do remédio constitucional consagrado no artigo 5º inciso LXVIII da Constituição da República, a saber, o *habeas-corpus*. Acontece que devido ao curto prazo de duração da prisão temporária, em regra, 05 (cinco) dias, dificulta a interposição do *habeas corpus* bem como sua tramitação, tornando-se inócuo. Ressaltando que não é porque a referida prisão dure tão somente, em regra, 05(cinco) dias, que o acusado não irá sofrer as mesmas conseqüências físicas, psicológicas e morais, de tal restrição em sua liberdade individual, especialmente se esta for indevida.

Alguns autores, ainda, levantam a tese da falta de necessidade do referido instituto, como por exemplo: FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO⁴³, bem como existem autores que defendem a tese de uma suposta motivação política que levou a criação da lei n.º 7.960 de 1989.

Tratando da suposta motivação política na criação da prisão temporária, ANDERSON LUIZ ALMEIDA ANDRADE⁴⁴, com referência as forças políticas brasileiras, diz que estas forças tendem a uma simplificação demagógica do problema, em síntese, buscando acalmar a sociedade através da imposição de uma sanção mais gravosa, desnecessária e inadequada. Concluindo que foi dada ao instituto da prisão provisória a capacidade de privar o homem de sua liberdade em prol da eficácia do processo penal, sendo que para o autor esta eficácia é à projeção ideológica relacionada como eficaz remédio contra a criminalidade.

⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. III. 19.º ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p.390: "De qualquer sorte, mesmo sem a incomunicabilidade, a prisão temporária é medida odiosa e arbitrária, porque decretada sem a real necessidade."

⁴⁴ ANDRADE, Anderson Luiz Almeida. **A Razão da prisão provisória: uma incursão pela ontologia do instituto**. Brasília: Revista do TRF 1ª Região, n.º 2, março de 2002.

Ainda sobre os fundamentos e a necessidade da prisão temporária, DAVID ALVEZ MOREIRA⁴⁵ considera a prisão temporária como a modalidade de prisão cautelar mais arbitrária no ordenamento jurídico, justificando tal afirmativa pelo fato de que a prisão temporária pode ser decretada sob fundamentos que não mostram nenhuma necessidade.

Remetendo, novamente, as conseqüências prejudiciais e irremediáveis da prisão temporária ocasionadas ao cidadão, ressalta-se, mais uma vez a existência de autores que destacam a realidade do sistema carcerário brasileiro relacionando não somente a suposta inconstitucionalidade desta prisão temporária, como também nas conseqüências ao cidadão que teve seu direito de liberdade violado, como também criticam o descumprimento a um dos dispositivos da própria Lei n.º 7.960/89, a qual prevê que o estabelecimento carcerário da prisão temporária deve ser distinto dos demais.

Assim se manifestou ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ⁴⁶ ao discorrer sobre a prisão temporária nos crimes hediondos, afirmando que a intenção da prisão temporária não foi simplesmente o acautelamento das investigações e, indiretamente, o processo penal a ser eventualmente instaurado, mas, sim, o objetivo foi punir antecipadamente aquele sobre quem pairar a acusação da prática de crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, estigmatizando-o perante a sociedade, ocasionando assim um sentimento de alívio para essa com a sumária punição do indiciado.

⁴⁵ MOREIRA, David Alves, **Prisão Provisória: as medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal – de sua indevida aplicação, conseqüências e fundamentos a sua reparação**, 1º ed., Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 96.

⁴⁶ CRUZ, op. cit. p. 354.

Ilustrando este ponto de discussão tanto SERGIO PITOMBO, como WEBER MARTINS BATISTA, discorreram sobre as conseqüências da prisão, especialmente criticando a realidade do sistema carcerário brasileiro.

O Desembargador SERGIO PITOMBO manifestou-se da seguinte maneira:

(...) a prisão traz hoje consigo risco de mal grave, perigo de lesão intensa. Sem esquecer a quebra da dignidade da pessoa humana. As celas, nos Distritos Policiais, tornaram-se jaulas obscenas e perigosas. Impossível ignorar o que todos sabem e ninguém contesta.(...)Aquém da grade, o tempo não se conta em dias, nem sequer em horas, porém, em minutos.⁴⁷

Por derradeiro, a crítica fundamental à prisão temporária, possui fundamentos desde sua criação, pois para estes críticos a prisão temporária nem deveria ter existido, pois surgiu embasada em uma manobra política, com o objetivo principal de regulamentar a prática da famigerada prisão para averiguações, as quais eram rotineiras nas delegacias de polícia. Trata-se de um instituto odioso, que assim como a tortura, censura, etc., ataca diretamente os princípios de um Estado Democrático de Direito, assim não devendo ser admitida, sob qualquer manto.

Concluindo, nas palavras de WEBER MARTINS BATISTA, “a quase unanimidade dos estudiosos aconselha a, sempre que possível, tirar da cadeia os condenados, para evitar que fiquem mais corrompidos; melhor, portanto, não pôr nela aqueles que ainda gozam do status de inocentes”⁴⁸.

⁴⁷ APELAÇÃO CÍVEL N.º 054.432.5/0-00, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Voto n.º 6276, Desembargador Relator Sergio Pitombo.

⁴⁸ BATISTA, op. cit. p. 51.

3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA RELAÇÃO COM A PRISÃO TEMPORÁRIA

3.1 INTRODUÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O Professor LUIS FLAVIO GOMES ensina que o princípio da proporcionalidade é a expressão do princípio *due process of law*, em sua face substantiva. SUZANA DE TOLEDO BARROS⁴⁹ compartilha do mesmo entendimento: "(...)em relação à fase substantiva do *due process of law* no direito americano anuncia o próprio conteúdo do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, com seus sub-princípios estruturais: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Percebe-se nos ensinamentos dos referidos juristas que a utilização do termo razoabilidade e proporcionalidade apontam para o mesmo dispositivo constitucional, qual seja, o inciso LIV do artigo 5º da Constituição da República, sendo que o primeiro termo se refere à doutrina norte-americana, já o segundo a doutrina alemã.

Outrossim, ANTONIO SCARANCE FERNANDES, citando LUIS ROBERTO BARROSO, aponta a existência de uma "(...)vertente doutrinária que identifica o princípio da proporcionalidade com o princípio da razoabilidade, cuja origem remonta à garantia do devido processo legal, afirmando-se essa assimilação principalmente na fase em que se atribui a essa garantia feição substancial (...)"⁵⁰

⁴⁹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3.º ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 66.

⁵⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional** – 3.º ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 51.

Com referencia a trajetória historia do princípio da proporcionalidade, pode-se apontar, sucintamente a interpretação de SUZANA DE TOLEDO BARROS⁵¹ dada aos ensinamentos de AUGUSTIN GORDILHO, comentando que a trajetória do princípio da proporcionalidade é tangente a história da defesa dos direitos humanos. Acrescenta, ainda, que a consolidação do referido princípio corresponde ao período de transição do Estado de Polícia para o Estado de Direito, tendo como objetivo fundamental assegurar à liberdade individual em face dos interesses da administração.

Sendo este justamente o papel que se busca ressaltar neste trabalho, confrontando o princípio da proporcionalidade com a prisão temporária. Pois, nada mais exemplificativo do poder de polícia do Estado do que as medidas que este possui para restringir o direito de liberdade individual. Assim o princípio da proporcionalidade, como um dos fundamentos do Estado de Direito, é capaz de demonstrar a discrepância na restrição da liberdade individual de um cidadão, sem a devida adequação e necessidade desta medida.

Novamente, estudando a origem do princípio da proporcionalidade, cabe mencionar, ainda, ANTONIO SCARANCE FERNANDES o qual aponta para os “pensamentos jusnaturalistas e iluministas, com os quais se afirmaram as idéias de que a limitação da liberdade individual só se justifica para a concretização de interesses coletivos superiores.”⁵²

Outrossim, SYLVIO ROBERTO DEGASPERI⁵³ menciona justamente que a intenção do princípio da proporcionalidade foi a de combater o poder desmedido

⁵¹ BARROS, op. cit. p. 37.

⁵² FERNANDES, op. cit. p. 51.

⁵³ KUHLMANN, Sylvio Roberto Degasper. **Os atos do Ministério Público no devido processo penal.** UFPR, 2003, p. 49-50.

do monarca, privando, assim, pelo fundamento do jusnaturalismo inglês dos séculos XVII e XVIII, qual seja, liberdade do indivíduo. Ademais aponta que a origem do princípio da proporcionalidade é no direito administrativo francês, vindo a consolidar-se no direito constitucional alemão.

Por sua vez, quanto à utilização do princípio da proporcionalidade no Direito Processual Penal, o entendimento predominante é de que o referido princípio desempenhou seu papel anteriormente na alçada do Direito Administrativo e posteriormente foi utilizado com expressividade e veemência no campo penal e processual penal. Outrossim, SUZANA DE TOLEDO BARROS, citando BECCARIA afirma que “o princípio da proporcionalidade foi consagrado no direito administrativo como uma evolução do princípio da legalidade, mas inicialmente na idéia de proporção ligava-se somente às penas.”⁵⁴

Da mesma maneira CANOTILHO⁵⁵ observa que o princípio da proporcionalidade nasceu no âmbito do Direito Administrativo, como princípio geral do poder de polícia.

Outro ponto que merece ser destacado nesta abordagem inicial ao estudo do princípio da proporcionalidade é a variação terminológica existente entre a utilização do termo “proporcionalidade” e “razoabilidade”, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Alertando para os diversos significados que podem ser dados ao termo razoabilidade, SUZANA DE TOLEDO BARROS⁵⁶ considera que o apesar do Supremo Tribunal Federal utilizar com freqüência o termo razoabilidade (comumente

⁵⁴ BARROS, op. cit. p. 38-39.

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p.259.

⁵⁶ BARROS, op. cit. p. 72.

usado pelos norte-americanos), é preciso que o interprete esteja atento ao sentido técnico que a ele será dado no determinado caso.

A mesma autora⁵⁷ após traçar um panorama entre a doutrina alemã, que utiliza o termo proporcionalidade ou proibição de excesso, para designar o princípio que os norte-americanos tratam por razoabilidade, explica que o termo proporcionalidade tem um sentido literal limitado, consubstanciando no alcance do equilíbrio entre duas grandezas. Contudo, sustenta que a proporcionalidade em sentido amplo vai além, tratando da adequação entre meios e fins e a utilização de uma medida (por exemplo, a prisão temporária) para a proteção de um determinado direito (no mesmo exemplo, a investigação policial). Concluindo que a utilização do termo proporcionalidade tem como entrave a necessidade de diferenciar a proporcionalidade em sentido estrito da proporcionalidade tomada em sentido lato e que designa o princípio constitucional.

Complementando sua linha de pensamento, SUZANA DE TOLEDO BARROS diz que: "(...) no que diz respeito à utilização do termo razoabilidade, afirmar que tal expressão ao ser invocada pela excelsa Corte, tem por fim expressar a exigência de que a causa do pedido ou do próprio recurso esteja articulada com o fim pleiteado, em uma relação, portanto, lógica, e em harmonia com a ordem jurídica vigente"⁵⁸.

Como bem assinalou o professor SYLVIO ROBERTO DEGASPERI KUHLMANN⁵⁹ os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não podem ser considerados como iguais, apesar de que possuem muitos pontos congruentes.

⁵⁷ BARROS, op. cit. p. 75.

⁵⁸ Idem, p. 73.

⁵⁹ KUHLMANN, op. cit. p. 55-56.

Como já levantado estes princípios foram formados a partir de um mesmo núcleo de idéias jusnaturalistas, tendo, por fim, a limitação ou controle do poder do Estado.

Não obstante, o princípio da razoabilidade remete a uma indagação do conteúdo de valor das medidas restritivas dos direitos fundamentais a se apurar apenas no exame do caso concreto, sendo esta uma característica própria do ordenamento jurídico norte-americano.

Já o princípio da proporcionalidade busca através de seus elementos predispostos indagar qual o método adequado, necessário e proporcional para o alcance do objetivo, ou seja, por sua vez tem como característica o método utilizado pelo direito germânico. Por fim, destaca ainda o I. professor que o princípio da razoabilidade possui fundamentação normativa historicamente consagrada no devido processo legal substantivo, enquanto o princípio da proporcionalidade pôde lograr ocupar esse lugar em razão da falta de distinção conceitual na doutrina e na jurisprudência brasileira.

Com relação ao Supremo Tribunal Federal⁶⁰, o qual utilizou pela primeira vez a expressão princípio da proporcionalidade em sede de controle de constitucionalidade em 1993, ressaltando que este não deixou de fazer referência à razoabilidade, deixando assente a possibilidade de utilização de ambas as expressões.

Ante ao exposto, para fins deste estudo, com a devida vênia à já demonstrada diferença entre o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, será feito uso de certa "intercambialidade"⁶¹ entre tais princípios, pois conforme explica

⁶⁰ BARROS, op. cit. p. 76.

⁶¹ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 287.

MARIA ROSYNETE OLIVEIRA LIMA⁶² o princípio da proporcionalidade carrega em si a noção de razoabilidade, em uma relação inextrincável, e que não pode ser dissolvida.

3.2 ELEMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PRISÃO TEMPORÁRIA

O princípio da proporcionalidade, com referência a concepção estrutural reconhecida pela maioria da doutrina alemã e segundo ensinamentos de SUZANA DE TOLEDO BARROS⁶³, é composto por três elementos ou sub-princípios, a saber: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito; os quais dão-lhe a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida pelos operadores do direito.

Sendo este o entendimento predominante na doutrina, o princípio da proporcionalidade é assim subdividido em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, com o intuito de facilitar a utilização deste princípio no caso concreto. Ou seja, através desta divisão nestes três fundamentos a tarefa do intérprete torna-se mais fácil, quando buscar a confrontação do princípio da proporcionalidade com o instituto da prisão temporária. Desempenhando fundamental papel principalmente quando se tratar de restrição a direitos e garantias individuais, como no caso da prisão temporária.

⁶² Idem, p. 287.

⁶³ BARROS, op. cit. p. 77

Outrossim, ANTONIO SCARANCE FERNANDES diz que “consolidou-se no processo de elaboração e conceituação do princípio a idéia de que o exercício do poder é limitado, só sendo justificadas restrições a direitos individuais em face da Constituição, por razões de necessidade, adequação e supremacia do valor a ser protegido em confronto com aquele a ser restringido”⁶⁴.

O elemento “adequação” diz respeito à análise dos meios tendo em vistas a finalidade visada, ou seja, cabe ao intérprete realizar um juízo objetivo sobre a capacidade do meio eleito em alcançar a finalidade proposta. Isto é, deve o intérprete julgar se a prisão temporária, no caso determinado em análise, terá a capacidade de alcançar a sua finalidade, sendo estas finalidades já comentadas no capítulo anterior ao tratar na análise aos três incisos do artigo 1º da Lei n.º 7960/1989.

Aprofundando-se nos ensinamentos de SUZANA TOLEDO DE BARROS⁶⁵ percebe-se que elemento adequação é o primeiro a ser utilizado ao se tratar do princípio de proporcionalidade, sendo que consiste, simplesmente, na tarefa de julgar se o meio escolhido é capaz de obter a finalidade proposta.

Agora, remetendo ao estudo da prisão temporária, conforme os aspectos já destacados no capítulo anterior, ressalta-se que está em tela um interesse público presente na finalidade da prisão temporária, o qual pode ser, grosso modo, sintetizado como o interesse público no bom andamento das investigações policiais, por consequência, na eliminação de obstáculos a realização da justiça. É possível dizer que o juízo de adequação irá dizer se a prisão temporária é o meio certo para

⁶⁴ FERNANDES, op. cit. p. 53-54.

⁶⁵ BARROS, op. cit. p. 78.

alcançar este interesse público, ou seja, a retirada de entraves à investigação policial.

Ainda abordando o elemento adequação, ANTONIO SCARANCE FERNANDES⁶⁶, com referência em NICOLAS GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, traz uma subdivisão deste elemento em adequação qualitativa e quantitativa. Remetendo esta abordagem a prisão temporária, pode-se perceber que a prisão temporária deve, assim, ostentar qualidade essencial que a habilite a alcançar o fim pretendido (adequação qualitativa), a sua duração ou intensidade deve ser condizente com a sua finalidade (adequação quantitativa) e deve a medida ser dirigida a um indivíduo sobre o qual incidam as circunstâncias exigíveis para ser realizada (adequação subjetiva).

Ademais, pode-se dizer que a adequação qualitativa diz respeito se a prisão temporária é capaz de permitir o bom prosseguimento das investigações policiais. Já a adequação quantitativa pressupõe que o intérprete deve analisar se o prazo de duração da prisão temporária é capaz de alcançar seu fim, sendo que esta análise desempenha fundamental papel em pontos críticos do instituto em epígrafe, a saber, possibilidade de prorrogação do prazo de prisão, o prazo geral para a prisão que, em tese, dificulta a utilização do remédio constitucional do *habeas corpus*, e, também, o prazo maior para os crimes considerados hediondos. Ademais, quanto à adequação subjetiva, de igual modo, tem grande importância, pois consiste

⁶⁶ FERNANDES, op. cit. p. 54.

na verificação se o indivíduo que, porventura, será submetido à prisão temporária, é dotado de características tais que ensejem esta restrição ao seu direito individual de liberdade.

Por sua vez, o princípio da necessidade, segundo SUZANA DE TOLEDO BARROS⁶⁷, consiste em analisar se a medida restritiva é indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.

Destarte, neste segundo momento da interpretação do instituto da prisão temporária com luz ao princípio da proporcionalidade, uma vez já constatada se a prisão temporária é o meio certo para garantir o interesse público, cabe analisar a necessidade deste instrumento.

Neste sentido, SUZANA DE TOLEDO BARROS cita: “É forçoso concluir que o princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação. Só se fala em exigibilidade se o meio empregado pelo legislador for idôneo a prossecução do fim constitucional. GILMAR FERREIRA MENDES, citando PIEROTH e SCHLINK, observa: ‘apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado’.”⁶⁸

Outrossim, constata-se que a finalidade do elemento necessidade é verificar quais dos meios já tidos como adequados, ocasionarão o menos dano possível, como bem assinalou ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES⁶⁹. Visto que para o autor a análise da necessidade, seja quantitativa ou qualitativa, é feita através

⁶⁷ BARROS, op. cit. p. 81.

⁶⁸ Idem, p. 83.

⁶⁹ FERNANDES, op. cit. p. 55

de juízo positivo, por meio do qual se indica, dentre os vários meios adequados para atingir um fim, qual deles ocasionará a menor restrição possível, ou seja, o mais adequado.

Isto posto, ao estudar a necessidade do uso da prisão temporária, deve haver o estudo tanto quantitativo como qualitativo, pois mesmo que a restrição da liberdade individual de uma determinada pessoa seja considerada apta para eliminar obstáculos para a investigação policial e, ainda, seja considerado o meio mais adequado para tanto, ou seja, necessário qualitativamente, faz-se necessário analisar se o prazo de duração, por exemplo, deste meio seja realmente estritamente necessário, como por exemplo julgar necessário uma prisão temporária de 60 (sessenta) dias para uma suspeita de um crime hediondo.

ALBERTO SILVA FRANCO em que pese sua respeitável crítica ao instituto da prisão temporária, em especial ao artigo 1º da Lei 7.960 de 1989, contribuiu para este estudo realçando a importância e a presença do princípio da necessidade na Constituição da República:

O exercício do poder cautelar do Estado, desde a Constituição de 1988, está submetido sempre a uma exigência inafastável: a de sua necessidade. Nenhuma providência que limite o direito de liberdade do cidadão pode prescindir dos requisitos da *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Ora, os diversos incisos do art. 1 da Lei 7.960 de 1989, autorizadores da prisão temporária, não se ajustam, com fidelidade, a estes pressupostos.⁷⁰

⁷⁰ FRANCO, op. cit. p.119.

Com referência ao princípio da presunção de inocência, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO⁷¹ aponta justamente para o foco deste estudo, ou seja, o papel do princípio da proporcionalidade na suposta superação das críticas a prisão temporária, tema que será abordado no capítulo seguinte. O autor, em face do referido princípio, trata a prisão temporária como exceção, condicionando-a somente mediante a demonstração de sua real necessidade.

Por fim, quanto ao último elemento denominado proporcionalidade em sentido estrito, consiste na verificação se o meio, já considerado adequado, é realmente estritamente necessário, através de uma comparação objetiva entre o bem tutelado e o bem prejudicado.

A proporcionalidade em sentido estrito, conforme ensinamentos de ANTONIO SCARANCE FERNANDES⁷², consiste no procedimento que visa a predominância do valor de maior relevância, evitando-se restrições desmedidas aos direitos fundamentais.

Outrossim, SUZANA DE TOLEDO BARROS faz uso do termo equilíbrio de valores ao se referir ao sub-princípio da proporcionalidade strictu sensu: “Assim, o princípio da proporcionalidade strictu sensu, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada.”⁷³

⁷¹ TOURINHO FILHO, op. cit. p.390.

⁷² FERNANDES, op. cit. p. 55.

⁷³ BARROS, op. cit. p. 85.

Confrontando as leis restritivas de direitos fundamentais com o princípio da proporcionalidade, SUZANA DE TOLEDO BARROS faz importante contribuição para o confronto deste com o instituto da prisão temporária, especialmente tratando-se do fundamento proporcionalidade em sentido estrito: “é de refletir-se sobre a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade da lei, com fundamento na proporcionalidade em sentido estrito, quando em exame medidas legais que, embora se proponham a dar garantia a um determinado direito, acabam por afetar, via reflexa, outro também protegido constitucionalmente, situação ensejadora de uma colisão de direitos”⁷⁴.

Isto é, demonstra justamente o importante papel deste sub-princípio no confronto de direitos existentes na lei que regulamenta a prisão temporária, de um lado o direito a liberdade individual, de outro, o interesse da administração no êxito da investigação policial.

Face ao exposto, percebe-se que segundo a doutrina, especialmente nos ensinamentos de SUZANA DE TOLEDO BARROS⁷⁵, a proporcionalidade *strictu sensu* envolve apenas a otimização de possibilidades jurídicas, encontrando seu sentido quando já complementada aos princípios da adequação e necessidade, servindo de instrumento de medida para o legislador para que este consiga uma justa distribuição de ônus. Assim, é possível afirmar que cabe ao interprete verificar se a prisão temporária é o meio capaz de desobstruir os entraves à investigação policial, ocasionando o menor dano possível e constatando se a utilização da prisão

⁷⁴ BARROS, op. cit. p. 85.

⁷⁵ BARROS, op. cit. p. 86

temporária é suficientemente necessária para sobrepor o interesse público presente ao direito de liberdade individual que será restrito.

3.3 A FALSA SUPERAÇÃO DAS CRÍTICAS

Isto posto, nota-se que o papel desempenhado pelo princípio da proporcionalidade, especialmente em sua visão tripartida sugerida por SUZANA DE TOLEDO BARROS⁷⁶ – adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito -, no sistema jurídico brasileiro, pode e deve ser utilizado igualmente ao instituto da prisão temporária.

Antes de aprofundar-se nesta idéia é fundamental citar a conclusão levantada pelo estudo da prisão temporária no direito alemão e brasileiro, realizado por SIDNEI AGOSTINHO BENETTI:

Todo o sistema das prisões provisórias, na Alemanha e no Brasil, observa o chamado princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), pelo qual a prisão preventiva não pode ser imposta caso não exista adequação da grave restrição de liberdade à infração imposta e à pena prevista. Desse princípio resulta a inadmissibilidade da prisão preventiva relativamente a pequenas infrações, para as quais não seja prevista pena privativa de liberdade.⁷⁷

⁷⁶ BARROS, op. cit. p. 182-183: estabelece três premissas básicas para a comprovação de que a restrição atende ao princípio da proporcionalidade, primeiro: se a medida adotada é apta para atingir o fim proposto; segundo: se existe outra medida menos gravosa apta a lograr o mesmo objetivo; se o sacrifício imposto ao titular do direito fundamental atingido está em uma relação proporcional com a importância do bem jurídico que se pretender salvaguardar.

⁷⁷ BENETTI, Sidnei Agostinho. **Prisão provisória: direito alemão e brasileiro**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos tribunais, 1991, n. 669, p. 272.

Ademais, o Professor SYLVIO ROBERTO DEGASPERI KUHLMANN⁷⁸, interpretando as palavras de DANIEL SARMENTO⁷⁹, traz uma segunda alternativa ao estudo do conflito constitucional de princípios. Segundo esta interpretação, na ponderação de bens deve-se focar nas peculiaridades do caso concreto, sendo que no confronto entre dois ou mais princípios, existe a possibilidade da aplicação concomitante de ambos, conforme o *peso* que tenham. De certo modo esta visão pode ser cabível a este estudo, visto que no confronto existente entre o interesse na aplicação da prisão temporária e a restrição à liberdade individual, é possível haver uma ponderação entre estas grandezas, visando qual deve se sobrepor à outra. Contudo, a jurisprudência brasileira é adepta da primeira interpretação, de origem germânica, baseada na visão tripartida do princípio da proporcionalidade, e não na ponderação de bens caso a caso, como vigora em países regidos pelo modelo jurídico norte-americano.

Posto isto, pode se aprofundar na análise do confronto de princípios existente na aplicação da prisão temporária no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como instrumento o princípio da proporcionalidade, especialmente em seus três elementos basilares: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Um ponto fundamental que deve ser alvo desta análise diz respeito à legalidade da prisão temporária e sua finalidade (no sentido da real necessidade da

⁷⁸ KUHLMANN, op. cit. p. 52.

⁷⁹ SARMENTO, Daniel e outros. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 94: "O método da ponderação de bens é amplamente utilizado em países que possuem contencioso constitucionais, notadamente nos Estados Unidos, na Alemanha e na Espanha. No Brasil, a jurisprudência dominante não se vale explicitamente do método da ponderação, usando-o porém de forma velada, no afã de mascarar as condicionantes da decisão que não pertençam ao domínio da lógica-formal".

sociedade por tal medida). Entende-se que esta análise – legalidade e finalidade – deve ser realizada em conjunto, visto sua clara ligação, pois a lei, em regra, é criada justamente como expressão da vontade popular, seja direta ou indiretamente manifestada.

Como já abordado em capítulo anterior, alguns doutrinadores defendem que a forma como o instituto da prisão temporária surgiu, ou seja, através da conversão de uma medida provisória criada pelo então Presidente da República José Sarney, consistiria em uma inconstitucionalidade formal, visto que o Poder Executivo não possui competência para dispor através de medida provisória sobre matéria de direito penal e processual penal.

Ademais existem ainda alguns que defendem que a criação do instituto da prisão temporária não passou de uma manobra política⁸⁰ para contentar uma parte da sociedade, em vistas a onda de violência crescente na época, a qual clamava por medidas mais drásticas pelo poder público. Contudo, justamente com base na essência do princípio da proporcionalidade, o juízo de valor que deve ser feito a este respeito, diz respeito à aferição sobre a existência de uma real necessidade da sociedade por este instituto, a qual deva prevalecer sobre um suposto interesse eleitoral na criação desta medida. Isto é, se houve, ou não, uma manobra política na criação da prisão temporária, torna-se irrelevante na medida que se constatar que existe uma real necessidade na criação deste instituto.

⁸⁰ ANDRADE, op. cit.: "Em verdade, as forças políticas brasileiras tendem a uma simplificação demagógica do problema, criando uma resposta aos anseios de segurança da sociedade a conversão do processo penal em uma gravosa, desnecessária e inadequada sanção, dando ao instituto da prisão provisória a deletéria capacidade de sancionar o homem, privando-lhe da liberdade, em nome da eficácia do processo penal, eficácia ideologicamente relacionada como eficaz remédio contra criminalidade."

Outrossim, o próprio ODONE SANGUINÉ diz que: “O princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso exige que as restrições dos direitos fundamentais se encontrem previstas pela lei, sejam adequadas aos fins legítimos aos quais se dirijam, e constituam medidas necessárias em uma sociedade democrática para alcançá-los”⁸¹.

Assim, mesmo considerando que a prisão temporária possua determinadas finalidades, de extrema importância para o cumprimento do sistema processual penal vigente, tais como a preservação das investigações policiais, o que não é o caso, visto que conforme já tratado, esta medida busca sim a simples regulamentação da prática existente na época denominada “prisão para averiguação”⁸². Deve-se ressaltar ainda que não é simplesmente pela existência de uma lei dispendo sobre o assunto, no caso a Lei n.º 7.960 de 21 de dezembro de 1989, que se torne irrelevante o fato de que ocorreu uma violação de competência do Poder Executivo, quando este legislou sobre a matéria através de medida provisória.

Com referência ainda à previsão legal e a necessidade de medidas restritivas de direitos, ANTÔNIO FERNANDES SCARANCE⁸³ inova ao trazer como

⁸¹ SANGUINÉ, Odone. **Prisão provisória e princípios constitucionais**. In: Fascículos de ciências penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, a. 5, v. 5, n. 2, p. 101.

⁸² SPONHOLZ, op. cit. p. 150: “Parece indispensável à adoção da chamada prisão para averiguações (ou prisão temporária, na terminologia do Projeto de Código de Processo Penal) baixada por autoridade jurisdicional. A realidade demonstra que a prisão para averiguações existe, mesmo que não tolerada na justiça comum. (...). Realmente, em casos de infratores perigosos (assaltantes, terroristas, etc.), ausente a prisão em flagrante, esperar-se a prisão preventiva é frustrar a detenção. Por isso mesmo, o futuro Código de Processo Penal cria o instituto da prisão temporária, como um substituto legal da famigerada “prisão para averiguações”.

⁸³ FERNANDES, op. cit. p. 53.2

pressupostos basilares para a aplicação do princípio da proporcionalidade, um formal, o da legalidade e outro material, o da justificação teológica. Especialmente ao tratar da justificação teológica no processo penal, percebe-se que a visão do autor é condizente com a análise da prisão temporária sob a luz do princípio da proporcionalidade ao afirmar que “Do pressuposto da justificação teológica, decorre que a limitação a direito individual só tem razão de ser se tiver como objetivo efetivar valores relevantes do sistema constitucional”. Ora vejamos, no caso da prisão temporária é notório que inexistente tal valor relevante que justifique esta restrição da liberdade do indivíduo, pois o bom andamento das investigações policiais pode ser obtido de outros modos, não absurdamente lesivos aos direitos e garantias individuais de um cidadão.

Ressalta-se que o princípio da proporcionalidade, propicia que não só por se tratar de um direito a liberdade individual, ou seja, um direito fundamental, que este não possa sofrer restrições, do mesmo modo que outros direitos fundamentais previstos na Constituição da República estão submissos a determinadas limitações desde que tenha como objeto um fim maior.

Tal entendimento é defendido inclusive por PAULO BONAVIDES⁸⁴ ao dizer que o princípio da proporcionalidade é utilizado com crescente assiduidade para aferição da constitucionalidade dos atos do Estado, como instrumento de proteção dos direitos fundamentais.

Neste prisma, PAULO BONAVIDES⁸⁵ ressalta a importância deste princípio, visto que o seu descumprimento ou sua lesão é a mais grave das

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 1997. p. 359

⁸⁵ BONAVIDES, op. cit. p. 396.

inconstitucionalidades, uma vez que sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há democracia nem Estado de Direito.

Uma vez abordada esta discussão acerca da inconstitucionalidade formal da Lei n.º 7.960 de 21 de dezembro de 1989, bem como sobre a desnecessidade deste dispositivo legal em face da própria falta de motivos do próprio instituto da prisão temporária, cabe, agora, analisar as críticas levantadas especificamente aos dispositivos constantes na lei em epígrafe.

Ocorre que, conforme já levantado no capítulo anterior, existem críticas relacionadas à precariedade da regulamentação da prisão temporária, a qual, em tese, daria margem a lesões indevidas ao direito de liberdade individual, dentre outros princípios constitucionais. Aponta-se, por exemplo, que a incerteza e controvérsia sobre a aplicabilidade conjunta, ou não, dos incisos do artigo 1º da Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989, proporcionaria ainda mais insegurança jurídica ao instituto.

É possível perceber que, especificamente quanto a este ponto de conflito, na própria Lei encontram-se elementos para solucioná-lo. Ora vejamos, até mesmo com a interpretação mais ampla do artigo 1º da Lei n.º 7.960 de 21 de dezembro de 1989, por exemplo, na hipótese de um pedido de prisão temporária pela autoridade policial ao juiz, com fundamento unicamente na parte inicial do inciso II do artigo em epígrafe, ou seja, pela falta de residência fixa do acusado. Não significa que na apreciação de tal pedido, pesará somente o fato do acusado não ter residência fixa, pois, a própria lei, é clara ao mencionar a necessidade de fundamentação da decisão, no sentido de que caberá ao juiz o papel de analisar se a prisão temporária

é o meio adequado para proporcionar a defesa da investigação policial, se dentre outros meios que possam ser adotados pela autoridade policial, a prisão temporária é o mais adequado, e, por fim, se a falta de residência fixa do acusado que ocasionou óbice investigação policial possui um valor tal que possibilite a decretação da prisão temporária do acusado, com a certeza de manter o equilíbrio dos valores jurídicos envolvidos.

Destarte, a função do princípio da proporcionalidade esta presente mesmo na corrente mais ampla da prisão temporária, a qual vislumbra que bastaria a ocorrência de um dos incisos do artigo 1º da lei supra citada para a decretação da prisão temporária, inclusive sendo este inciso o inciso II, o qual é o mais criticado, por dispor sobre a falta de residência fixa, o que daria margem a críticas relacionadas à desigualdade social. Até mesmo nesta hipótese percebe-se que o papel desempenhado pelo princípio da proporcionalidade é fundamental para garantir o respeito ao ordenamento jurídico brasileiro.

Ressaltando que esta simples demonstração de que a lei - que regulamenta a prisão temporária - dispôs sobre o tema condicionando a decretação da prisão temporária à fundamentação pelo Juiz. Dando margem a pressupor que caberá ao juiz realizar o juízo de valor que irá constatar a real necessidade de tal medida. Não justifica, nem torna menos relevante, o fato de que a prisão temporária não deva ocorrer, pois pela própria aplicação do princípio da proporcionalidade, percebe-se que os fins que ela busca proteger estão em total desvantagem aos direitos que ela irá restringir.

Interpretação distinta seria conceber uma falsa superação das críticas à

prisão temporária, com base em princípios que buscam justamente a proteção aos direitos e garantias individuais, tal como o próprio princípio da proporcionalidade, e não devem servir de instrumento para justificar práticas abusivas de um Estado autoritário, tais como: prisão, tortura, censura, etc.

4. CONCLUSÃO

O conflito existente no exercício do poder de polícia do Estado, em especial no uso das medidas restritivas de liberdade individual, visando à prevenção e punição à violência, em oposição aos direitos e garantias individuais é questão freqüente na jurisprudência e na doutrina atual. Como, de um lado, garantir que o Estado não abuse deste poder (lesionando os direitos e garantias assegurados pela Constituição da República), e de outro lado, assegurar que aquele que infringiu o ordenamento jurídico seja punido, impedindo-o de contrariar a ordem pública e que a repetição desta violação seja prevenida.

Especialmente ao tratar-se da prisão temporária, a qual traz incertezas até mesmo pelo vício formal existente em sua disposição legal, devido à invasão de competência pelo Poder Executivo na disposição, sobre ela, através de medida provisória, a qual foi, posteriormente, convertida em lei pelo Congresso Nacional.

Ademais, foi criada justamente para atuar e proteger a fase das investigações policiais, período em que vigora o poder inquisitivo do Estado, caracterizado pela limitação ao contraditório e ampla defesa.

Não obstante, é de grande importância constar outros dois fatores que dizem respeito à origem da prisão temporária; o primeiro diz respeito à suposta manobra política realizada pelo Poder Executivo para contentar a parte da sociedade que clamava por medidas mais drásticas em combate a violência e, o segundo diz respeito à maneira encontrada pelo Estado para legalizar a famigerada prisão para averiguações.

O princípio da proporcionalidade é um dos instrumentos à disposição do jurista para elucidar este conflito, garantir que o exercício do poder de polícia pelo Estado não ultrapasse os limites de um Estado Democrático de Direito e passe a figurar como um Estado Autoritário, a mercê do poder discricionário do governante.

Contudo, deve haver o cuidado para que o princípio da proporcionalidade, especialmente na sua visão tripartida – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, seja usado justamente em desfavor aos objetivos que busca proteger. Ou seja, não é rara a ocasião em que o Estado cria medidas restritivas de direitos com a pretensão de proteger um suposto interesse coletivo representado, na ocasião, por um bem, que é tido como superior aos direitos então restritos, justificando tal posicionamento através de uma análise simplória do princípio da proporcionalidade.

É o que ocorre no caso da prisão temporária, que consiste num instrumento criado com o objetivo de satisfazer o anseio da sociedade por medidas drásticas do Estado contra a violência e para regulamentar a prática rotineira da prisão para averiguações nas delegacias de polícia. Não obstante, trouxe, expresso em seu dispositivo legal, simplesmente a finalidade de proteger e garantir o bom andamento das investigações policiais. Ademais, faz o mau uso do princípio da proporcionalidade para aferir que, em determinados casos, não há outro meio adequado, necessário e mais eficaz do que a restrição temporária da liberdade individual para garantir o êxito das investigações policiais. Como se fosse possível afirmar que esta (investigação policial) seja mais importante do que a restrição da liberdade individual de um cidadão sem o devido processo legal.

Cabendo, ainda, ressaltar que tal situação se torna ainda mais drástica ao vislumbrarmos a situação do sistema carcerário brasileiro, especialmente a estrutura das celas nas delegacias de polícia civil, para onde os presos temporários são normalmente enviados. O absurdo é tamanho em afirmar que a prisão temporária poderia ser justificada pelo princípio da proporcionalidade, pois com isto estaria a submeter um cidadão qualquer que não possua residência fixa, sobre o qual repouse algum indício da prática de um ilícito, a danos físicos e morais que jamais poderão ser remediados.

Por derradeiro, entende-se que o princípio da proporcionalidade não pode e não deve ser utilizado como um instrumento de legitimação da prisão temporária, pois como já demonstrado, este princípio proporciona simplesmente uma falsa superação das críticas ao instituto em epígrafe. O princípio da proporcionalidade é sim capaz de demonstrar a incompatibilidade da prisão temporária não somente com a Constituição da República, especialmente no que diz respeito ao princípio da liberdade e do devido processo legal, como também incompatível aos fundamentos de um Estado Democrático de Direito, no qual não devem prevalecer atitudes arbitrárias, discricionárias e autoritárias sobre os direitos e garantias individuais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Anderson Luiz Almeida. **A Razão da prisão provisória: uma incursão pela ontologia do instituto**. Brasília: Revista do TRF 1ª Região, n.º 2, março de 2002.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3.º ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BATISTA, Weber Martins. **Liberdade provisória: modificações da Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- BENETTI, Sidnei Agostinho. **Prisão provisória: direito alemão e brasileiro**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos tribunais, 1991, n. 669.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPEZ, Fernando, **Curso de Processo Penal**. 1º edição, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 215.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2º edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.
- _____. **Crítica a Teoria Geral do Processo**. Editora Renovar Ltda, 2001.
- _____. **Um novo ensino do Direito Processual Penal**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 33, 1994.
- _____. **Introdução aos princípios gerais do Processo Penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, n. 30, 1998.
- CRUZ, Rogerio Schietti Machado. Texto: **Sessenta dias de prisão temporária. É razoável?** Extraído do <http://www.geocities.com/CapitolHill/Lobby/1647/artecron/artigo15.htm>, em 26.07.2006. *site*

- DOTTI, René Ariel. **Princípios do processo penal.** In: Fascículos de ciências penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, a. 6, v. 6, n. 1.
- FERNANDES, ANTONIO SCARANCE. **Prisão temporária e “fermo”:** estudo comparativo. In: *Justitia*. São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, 1992, n.º 157.
- FERNANDES, ANTONIO SCARANCE. **Processo penal constitucional** – 3.º ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FRANCO, Alberto Silva, **Crimes Hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90**, 3ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar.** São Paulo: Saraiva, 1991.
- GRECO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. Atlas, 1991.
- JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal Anotado.** Editora Saraiva s.a. Livreiros Editores, 2004.
- KUHLMANN, Sylvio Roberto Degasper. **Os atos do Ministério Público no devido processo penal.** UFPR, 2003.
- LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica: ciência e conhecimento científico; métodos científicos; teoria, hipóteses e variáveis; metodologia jurídica.** São Paulo Atlas, 2004.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica/Eduardo de Oliveira Leite.** 5.º edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001 (Série Métodos em Direito – volume 01).
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** 2.º edição, revista e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v.4.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 14ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MOREIRA, David Alves, **Prisão Provisória: as medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal – de sua indevida aplicação, conseqüências e fundamentos a sua reparação**, 1º ed., Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

- NOGUEIRA, Paulo Lucio. **Curso completo de processo penal**. 4.º ed., São Paulo: Saraiva, 1990.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 5ª ed. Belo Horizonte: editora DelRey., 2005.
- OLIVEIRA, Silvio Luiz de. **Metodologia científica aplicada ao direito**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning – 2002.
- _____. **Tratado de metodologia científica: projetos de pesquisas, TGI, TCC, monografias, dissertações e teses**. São Paulo: Pioneira – 1997.
- POVOA, José da Costa, BOAS, Marco Anthony Steveson Villas. **Prisão Temporária, Coleção Temas de Direito e Processo Penal**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal**. Tese de Doutorado. UFPR: 1997.
- SANGUINÉ, Odone. **Prisão provisória e princípios constitucionais**. In: Fascículos de ciências penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, a. 5, v. 5, n. 2.
- SARMENTO, Daniel e outros. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SPONHOLZ, Oto Luiz e BREDÁ, Antonio Acir. **Aspectos processuais da reforma da lei de segurança nacional**. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, 1978, n. 59.
- SZNICK, Valdir. **Liberdade, Prisão Cautelar e Temporária**, 2ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1995.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 6.º edição, revista, atualizada, ampliada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Processo Penal**. Vol. III. 19º ed., São Paulo: Saraiva, 1997.