

Prisão temporária: inconstitucionalidade

RUI CASCALDI
Juiz de Direito — SP

Introduziu a Lei n.º 7.960 de 21 de dezembro de 1989, no cenário do Direito Processual Penal e ao lado da já conhecida prisão preventiva, o que denominou de “prisão temporária”, outra forma de privação da liberdade antes da sentença penal condenatória.

Evidente que o legislador, com essa nova modalidade de prisão não quis modificar a outra, pelo que, expressamente, não fez qualquer menção de que a prisão preventiva estaria revogada (art. 7.º).

Se compararmos os dispositivos legais de uma e outra prisão veremos que os pressupostos e condições de deferimento da prisão preventiva, especificados no Código de Processo Penal como sendo a garantia da ordem pública, a conveniência de instrução criminal e o asseguramento da aplicação da lei penal, desde que provada a existência do crime e indícios de autoria (art. 312 do Código de Processo Penal), não se encontram repetidos explicitamente na lei que se comenta, donde se inferir, *prima facie*, que o intuito do legislador foi o de criar um novo tipo de prisão.

É de se supor, portanto, que os pressupostos e condições da prisão temporária difiram dos que acabamos de enunciar, referentes à prisão preventiva, com menos exigência para aquele tipo de prisão, de forma a justificá-la.

De um exame da Lei 7.960/89, percebe-se, já no art. 1.º e seus incisos, esses pressupostos e condições. No inciso I, temõs como pressuposto a “imprescindibilidade da prisão para as investigações do inquérito policial”; no inciso II, temos as duas primeiras condições da prisão: “quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”; e finalmente no inciso III, a última condição, “quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes” que então enumera. Neste último inciso por “fundadas razões... de autoria ou participação do indiciado...” deve-se entender que esta última condição de prisão temporária é na verdade a presença de indícios de autoria. Não dá para se inferir nada diferente.

Não há, por outro lado, na lei comentada qualquer referência à “prova da existência do crime”, como ocorre para a prisão preventiva. Mas, se para a prisão temporária são necessários indícios de autoria ou, para se usar da denominação legal, “fundadas razões de autoria”, indaga-se: autoria do que? De algum crime de que certamente se sabe existir. Outra, no nosso ver, não pode ser a resposta.

Antes de abordarmos o traço inconstitucional da Lei que se comenta, convém fazermos mais alguns comentários com o intuito de provarmos que a mesma, embora tivesse tentado criar um tipo novo de prisão, com menos exigências do que as que se requerem para deferimento da prisão preventiva, na verdade seus dispositivos só podem ser aplicados por um juiz se presentes estiverem, pelo menos, os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, vale dizer, da prisão preventiva.

Como deverá um juiz se portar diante de um requerimento de delegado que diz necessária a prisão por ser ela imprescindível às investigações (inciso I)? Deferir a prisão com base exclusivamente nessa afirmação seria delegar à autoridade policial a análise dos elementos de prova que a levaram concluir pela imprescindibilidade da prisão em face das investigações do inquérito, o que feriria o parágrafo 2.º do art. 1.º comentado que impõe ao juiz fundamentar o seu decreto de prisão, o mesmo ocorrendo com a Constituição Federal, que, igualmente, impõe ao juiz o mesmo dever (art. 5.º, LXI). Feriria, portanto, a Constituição o juiz que decretasse prisão temporária sem ter examinado a causa da “imprescindibilidade” a que se refere o mencionado inciso I.

Mas, indaga-se, então: quais são os pressupostos da prisão temporária? Como o juiz só pode deferir a prisão por razões de interesse público e públicos são os pressupostos de decretação da prisão preventiva, é a estes que deverá o juiz recorrer para verificação da tal “imprescindibilidade”. De outra forma ao juiz não restaria o que analisar.

O inciso II, por seu turno, para não ser inconstitucional, já que põe como condição da prisão temporária não ter o indiciado “residência fixa”, em odiosa discriminação defesa pelo art. 5.º *caput* da Constituição, precisa ser interpretado conjuntamente com o que dispõe a sua segunda parte, isto é, com a circunstância do indiciado “não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”. Em outras palavras, não ter residência fixa passa a ser sinal de quem quer ocultar a própria identidade, não se deixando conhecer pelos vizinhos. Ora, nestes termos, o fator “residência” sempre foi ponderado pelos magistrados para relaxamento ou decretação da prisão preventiva, não constituindo novidade a sua inclusão no diploma comentado, resultando daí ser outro elemento da prisão preventiva a ser ponderado pelos magistrados para se deferir a prisão temporária.

O inciso III de cujo rápido exame já concluímos exigir indícios de autoria e existência de crime, enseja, por outro lado, dupla interpretação. Pode tanto significar que a prisão temporária se restringe aos crimes arrolados nesse mesmo inciso, como, homicídio doloso (letra “a”); seqüestro ou cárcere privado (letra “b”) etc., como significar que, em tendo o indiciado respondido ou estando a responder por um desses crimes, decorreria daí como que uma presunção de periculosidade a justificar, temporariamente, sua prisão em inquérito que visa apurar outro crime, constante ou não do rol do inciso III. A ser assim, os “indícios de autoria” mencionados neste inciso não se refeririam ao crime em razão do qual a prisão temporária é pleiteada, mas a outros, mencionados no rol, objeto de inquérito e processo próprios.

No início deste artigo afirmamos que o legislador quis criar uma modalidade nova de prisão que exigisse menos requisitos para se meter alguém na cadeia. Logo, não seria errado concluir que a intenção do legislador ao elaborar esta lei não foi a de restringir a prisão temporária aos crimes do rol do inciso III, mas a de ensejá-la até mesmo diante da prova da autoria, ocorrida em qualquer tempo, de um dos crimes do dito rol. Distinguir-se-ia, assim, a prisão temporária da preventiva, por um traço marcante: não seria preciso para se decretar aquela a prova da autoria ("fundadas razões de autoria") do delito.

Todavia, em sendo esta a correta interpretação que se deva dar ao inciso III, ela padece de ilegalidade. Haveria dupla punição pelo mesmo fato: processada uma pessoa por um dos crimes do rol, viria ela a ser presa temporariamente, noutro caso, porque processada por um dos crimes desse mesmo rol. Mais razoável seria decretar-se a prisão do indiciado, ou réu, no processo ou inquérito pelo qual ele já está a responder e não fazer com que um processo ou inquérito enseje prisão noutro processo, enquanto no próprio não a acarretou. De duas uma: ou o indiciado já é perigoso e deve ser preso no processo que se apura um dos crimes do rol, ou não é perigoso e faz juz à liberdade tanto no processo mesmo, como naquele em que se quer a sua prisão temporária. Nesta última hipótese é de se indagar: se nem nos autos a que responde o indiciado, mereceu ele ser preso, com base no que deve ser decretada sua prisão no inquérito onde se pretende a temporária? O simples fato de responder alguém a um processo, ou, mesmo, inquérito, não pode servir de base para decretação de sua prisão, pois haveria, então, uma presunção de periculosidade que foi até abolida da legislação penal por ocasião da última reforma, quando então se restringiram as medidas de segurança aos casos de insanidade, afastando-as dos casos de periculosidade com culpabilidade. O fato de um indiciado responder a vários processos é questão a ser analisada pelo juiz, podendo resultar daí não representar ele qualquer perigo, embora o seu crime conste daquela relação.

Entendo que a presunção absoluta de periculosidade pelo fato de se responder a certos crimes fere o art. 5.º inciso LVII, da Constituição, pois equipara a situação do processado à do condenado em definitivo, para efeito de presumi-los culpados e vai até além, pois o culpado pode não ser perigoso estando-se, então, a presumir periculosidade sem peias.

A outra interpretação do inciso III é que consiste em restringir a prisão temporária aos crimes que esse mesmo inciso especifica, com a exigência da prova de autoria e de existência do crime, não parece ter sido a pretendida pelo legislador. É que, então, faleceria distinção entre prisão temporária e prisão preventiva. Os pressupostos desta passariam a ser os mesmos daquela (imprescindibilidade para as investigações = garantia de ordem pública, conveniência da instrução criminal e asseguramento da aplicação da lei penal), o mesmo se dando com as condições (fundadas razões de autoria ou participação = indícios de autoria e prova da existência do crime), entrando o elemento "residência" e "ocultação da identidade" como meio de se apurar os pressupostos. Tudo, aliás, deixamos esclarecido acima como sendo a única interpretação razoável do instituto prisional em estudo. Como diferença entre as duas prisões restaria a sua duração, pelo que haveria desvantagem para quem pleiteia a prisão temporária, ensejadora de apenas cinco dias de prisão (prorrogáveis por mais cinco), contra 81 dias da prisão preventiva.

Mas tudo o que se disse até aqui é nada perto da inconstitucionalidade que tizna a lei em estudo em face do art. 5.º, inciso LXVI, da Constituição, *in verbis*: "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade

provisória, com ou sem fiança". Portanto, em sendo caso de liberdade provisória não cabe qualquer forma de prisão. Mas, o que vem a ser a liberdade provisória? A resposta nos é dada pelo parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal. A resposta consiste em afirmar que a liberdade provisória é o reverso da medalha da prisão preventiva. Em outras palavras, segundo o Código de Processo Penal o juiz deve conceder a liberdade provisória quando não ocorrem as hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Logo, as hipóteses autorizadas de prisão preventiva, em face do que veio a dispor a Constituição no inciso LXVI do art. 5.º, passaram a constituir a **garantia mínima** do cidadão em matéria de liberdade: só perderá esta se presentes pelo menos as hipóteses da prisão preventiva e não outras com menos requisitos de deferimento.

Encerrando, concluímos que, ou a Lei 7.960/89 reprisou o que o Código Processual Penal já dispunha para a prisão preventiva e, por isso, digamos, "choveu no molhado", ou de fato o legislador criou uma forma nova de prisão, mais fácil de ser aplicada, com menos requisitos de deferimento que os da prisão preventiva, e incidiu em inconstitucionalidade.