

14/02/2022

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.109 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S) : PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB
ADV.(A/S) : WLADIMIR SÉRGIO REALE
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
AM. CURIAE. : GRUPO TORTURA NUNCA MAIS/RJ
ADV.(A/S) : THIAGO BOTTINO DO AMARAL

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 7.960/1989. PRISÃO TEMPORÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 5º, INCISOS LXI E LVII, DA CF. NECESSIDADE DE DECISÃO JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ART. 93, INCISO IX, DA CF. PRAZO IMPRÓPRIO DE 24 HORAS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 1º, INCISO III, DA LEI 7.960/1989. ROL DE NATUREZA TAXATIVA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. ART. 5º, INCISO XXXIX, DA CF. ART. 1º, INCISO I, DA LEI 7.960/1989. EXIGÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ART. 1º, INCISO II, DA LEI 7.960/1989. MERA AUSÊNCIA DE ENDEREÇO FIXO. VEDAÇÃO DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO TEMPORÁRIA. NECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE FATOS NOVOS OU CONTEMPORÂNEOS QUE JUSTIFIQUEM A ADOÇÃO DA MEDIDA. ART. 312, § 2º, CPP. APLICABILIDADE À PRISÃO TEMPORÁRIA. VEDAÇÃO DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA SOMENTE COM A FINALIDADE DE INTERROGATÓRIO. DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. ART. 282, INCISO II, E § 6º, DO CPP. DISPOSITIVOS APLICÁVEIS À PRISÃO TEMPORÁRIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PRISÃO CAUTELAR COMO *ULTIMA RATIO* DO SISTEMA PROCESSUAL

ADI 4109 / DF

PENAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, INCISO LXVI, DA CF. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

I – A parte autora não desenvolveu fundamentação jurídica mínima a amparar o pedido de inconstitucionalidade dos arts. 3º e seguintes da Lei 7.960/1989. Falta de causa de pedir. Ação conhecida somente no tocante à impugnação dos artigos 1º e 2º da Lei em comento.

II – A Constituição Federal autoriza que o legislador ordinário preveja modalidade de prisão cautelar voltada a assegurar o resultado útil da investigação criminal, como é o caso da prisão temporária, desde que respeitado o princípio da presunção de não culpabilidade. Inteligência do art. 5º, incisos LXI e LVII, da Constituição Federal.

III – Não viola a Constituição Federal a previsão legal de decretação de prisão temporária quando presentes fundados indícios da prática dos crimes de quadrilha, atual associação criminosa, e contra o sistema financeiro (alíneas “l” e “o” do inciso III do art. 1º da Lei 7.960/89). Cuida-se de opção do legislador, dentro do seu legítimo campo de conformação, com o escopo de conferir especial atenção a determinados crimes que em seu entender merecem maior necessidade de prevenção.

IV – A prisão temporária não é medida de caráter compulsório, já que sua decretação deve se dar mediante decisão judicial devidamente fundamentada em elementos aptos a justificar a imposição da medida. Inteligência do art. 2º, *caput* e § 2º, da Lei 7.960/1989, bem como art. 93, inciso IX, da CF.

V – O prazo de 24 horas previsto no § 2º do art. 2º da Lei 7.960/1989 é compatível com a Constituição Federal. Trata-se de prazo impróprio a ser observado conforme o prudente arbítrio do Magistrado competente para a decretação da medida.

VI – A decretação da prisão temporária reclama sempre a presença do inciso III do art. 1º da Lei 7.960/1989. O dispositivo, ao exigir a presença de fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes nele previstos, evidencia a necessidade do *fumus comissi delicti*, indispensável para a decretação de qualquer medida cautelar. Rol de crimes de natureza taxativa, desautorizada a analogia ou a interpretação

ADI 4109 / DF

extensiva, em razão dos princípios da legalidade estrita (art. 5º, inciso XXXIX, da CF) e do devido processo legal substantivo (art. 5º, inciso LXV, CF).

VII – A decretação da prisão temporária exige também a presença do inciso I do art. 1º da Lei de regência. O inciso, ao dispor que a prisão temporária pode ser decretada somente quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial, traz a necessidade de demonstração do *periculum libertatis* do representado, requisito indispensável para a imposição de prisões cautelares por força do princípio constitucional da presunção de inocência que obsta a antecipação de penas. Exigência de fundamentação calcada em elementos concretos, e não em simples conjecturas. Precedentes desta Corte.

VIII – O inciso II do art. 1º da Lei 7.960/1989 mostra-se dispensável ou, quando interpretado isoladamente, inconstitucional. Não se pode decretar a prisão temporária pelo simples fato de o representado não possuir endereço fixo. A circunstância de o indiciado não possuir residência fixa deve evidenciar de modo concreto que a prisão temporária é imprescindível para a investigação criminal (inciso I do art. 1º da Lei em comento).

IX – A prisão temporária deve estar fundamentada em fatos novos ou contemporâneos à decretação da medida (art. 312, § 2º, CPP). Ainda que se cuide de dispositivo voltado à prisão preventiva, a regra é consequência lógica da cautelaridade das prisões provisórias e do princípio constitucional da não culpabilidade.

X – É vedada a decretação da prisão temporária somente com a finalidade de interrogar o indiciado, porquanto ninguém pode ser forçado a falar ou a produzir prova contra si. Doutrina. Inteligência das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 395 e n.º 444, rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, STF, julgadas em 14/06/2018.

XI – A decretação da prisão temporária deve observar o previsto no art. 282, inciso II, do CPP. Trata-se de regra geral a incidir sobre todas as modalidades de medida cautelar, as quais, em atenção ao princípio da proporcionalidade, devem observar a necessidade e a adequação da

ADI 4109 / DF

medida em vista da gravidade do crime, das circunstâncias do fato e das condições pessoais do representado.

XII – O disposto no art. 282, § 6º, do CPP também deve ser atendido para a decretação da prisão temporária. Em razão do princípio constitucional da não culpabilidade, a regra é a liberdade; a imposição das medidas cautelares diversas da prisão a exceção; ao passo que a prisão, qualquer que seja a sua modalidade, a exceção da exceção, é dizer, a *ultima ratio* do sistema processual penal. Inteligência do art. 5º, inciso LXVI, da CF.

XIII – O art. 313 do CPP cuida de dispositivo específico para a prisão preventiva não aplicável à prisão temporária, porquanto, no caso desta, o legislador ordinário, no seu legítimo campo de conformação, já escolheu os delitos que julgou de maior gravidade para a imposição da prisão (inciso III do art. 1º da Lei 7.960/89). Entender de modo diverso implicaria confusão entre os pressupostos de decretação das prisões preventiva e temporária, bem como violação aos princípios da legalidade e da separação entre os poderes.

XIV – Ação Direta de Inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgados parcialmente procedentes os pedidos para conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1º da Lei 7.960/1989 e fixar o entendimento de que a decretação de prisão temporária autoriza-se quando, cumulativamente: 1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (*periculum libertatis*), constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação, ou quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II); 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (*fumus comissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo; 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP); 4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições

ADI 4109 / DF

personais do indiciado (art. 282, II, CPP); 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP).

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Virtual do Plenário de 4 a 11 de fevereiro de 2022**, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer em parte da ação direta e, no mérito, julgar parcialmente procedente o pedido para dar interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 1º da Lei 7.960/1989 e fixar o entendimento de que a decretação de prisão temporária autoriza-se quando, cumulativamente: 1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (*periculum libertatis*), constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação, ou quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II); 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (*fumus comissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo; 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP); 4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP); 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP), nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Relatora), Roberto Barroso, Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Alexandre de Moraes, nos termos dos respectivos votos. Nesta assentada o Ministro Gilmar Mendes reajustou

ADI 4109 / DF

seu voto.

Brasília, 14 de fevereiro de 2022.

Ministro EDSON FACHIN

Redator para o acórdão

Documento assinado digitalmente

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.109 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
REQTE.(S) : PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB
ADV.(A/S) : WLADIMIR SÉRGIO REALE
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
AM. CURIAE. : GRUPO TORTURA NUNCA MAIS/RJ
ADV.(A/S) : THIAGO BOTTINO DO AMARAL

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA):

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, em 15.7.2008, na qual se questiona a constitucionalidade material da Lei federal n. 7.960/1989:

“Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

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

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação

ADI 4109 / DF

com o art. 223, caput, e parágrafo único);

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

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

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

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

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

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.

§ 1º Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 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.

§ 3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

§ 4º Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa.

§ 5º A prisão somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial.

§ 6º Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal.

§ 7º Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá

ADI 4109 / DF

ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

Art. 3º Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.

Art. 4º O art. 4º da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, fica acrescido da alínea i, com a seguinte redação:

'Art. 4º i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade;'

Art. 5º Em todas as comarcas e seções judiciárias haverá um plantão permanente de vinte e quatro horas do Poder Judiciário e do Ministério Público para apreciação dos pedidos de prisão temporária.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrário" (fls. 25-27).

2. O Autor alega que a Lei n. 7.960/1989 contraria incs. LIV, LVII, LXI, LXIII, LXVI e § 3º do art. 5º da Constituição da República.

Salienta que os incs. I, II e III do art. 1º e, por arrastamento, o § 4º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, alterada pela Lei n. 11.464/2007, ofenderiam os incs. LIV e LXVI do art. 5º da Constituição da República.

Afirma que *"a redação imprecisa e com má técnica do art. 1º, incs. I, II e III, da Lei n. 7.960 (...) vem provocando infundáveis controvérsias nos meios jurídicos, em razão do desatendimento da garantia do devido processo legal (...) pois o ato normativo, no ponto, considerado desarrazoado para os objetivos que busca, excedendo, inequivocamente, os limites da razoabilidade"*.

Sustenta que a prisão temporária da Lei n. 7.960/1989 afrontaria o item 2 do art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O autor assevera que *"o art. 2º, caput, seus §§ e especialmente o § 2º, no tocante às expressões 'será' e 'e' bem como 'e prolatado dentro do prazo de vinte e quatro horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do*

ADI 4109 / DF

requerimento' incorrem em inconstitucionalidade material por ofensa aos incisos LIV, LVII, LXI, LXIII e LXVI do art. 5º, todos da [Constituição da República]".

Alega que o prazo de vinte e quatro horas estabelecido no § 2º do art. 2º impossibilita o despacho fundamentado do juiz, como exige o art. 93, inc. IX, da Constituição da República.

Pede seja declarada a inconstitucionalidade da "totalidade da legislação federal guerreada".

Subsidiariamente, pede: a) seja conferida interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, ao art. 1º, inc. I, II e III, da Lei n. 7.960/1989; b) a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º da Lei n. 7.960/1989 e, por arrastamento, dos arts. 3º e seguintes dessa lei.

3. Em 15.7.2008, o Ministro Gilmar Mendes, no exercício da presidência do Supremo Tribunal Federal, adotou o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/1999.

3. Em suas informações, o Presidente da República apontou a identidade de objeto entre a presente ação e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.360/DF e salientou a necessidade de serem apensadas.

Manifestou-se pelo não conhecimento da ação quanto à afronta ao art. 5º, inc. LVII e LXIII, da Constituição da República porque, nessa parte, foram trazidas apenas "*alegações genéricas de inconstitucionalidade, sem a necessária indicação precisa dos fundamentos jurídico dos pedidos*".

Alegou que a integralidade da Lei n. 7.960/1989 "*em nada se opõe aos preceitos do art. 5º, incisos LVII e LXIII*", da Constituição da República e que o art. 1º, inc. I, II e III e § 4º, desse diploma legal não ofende os princípios

ADI 4109 / DF

do devido processo legal e da liberdade provisória, insculpidos no art. 5º, inc. LIV e LXVI, da Constituição da República.

Argumentou que a prisão temporária não seria incompatível com os preceitos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e que, no ponto, o Autor teria se valido de *“alegações genéricas e imprecisas, sem demonstrar especificamente a pretensa inconstitucionalidade da Lei impugnada”*.

Asseverou que o art. 2º, *caput* e § 2º, da Lei n. 7.960/1989 não afrontaria o art. 5º, inc. LXI e LIV, da Constituição da República

Salientou que não deveria ser acolhido o pedido de inconstitucionalidade por arrastamento dos demais dispositivos da lei impugnada, porque não teriam sido demonstrados os vícios das outras normas legais.

Ressaltou, ainda, não ser caso de interpretação conforme dos inc. I, II e II do art. 1º dessa lei porque não haveria *“múltiplas possibilidades interpretativas”*, além de não ter o Autor fundamentado seu pedido.

4. Em suas informações, o Presidente do Congresso Nacional anotou que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmara-se no sentido da constitucionalidade dos dispositivos impugnados.

5. O Advogado-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da ação por não haver *“clareza, objetividade e demonstração específica do vício vislumbrado em cada um dos artigos e incisos impugnados”*. No mérito, manifestou-se pela improcedência da ação.

6. Pelos mesmos motivos apresentados pelo Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da República opinou pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela sua improcedência (fls. 470-483).

ADI 4109 / DF

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada aos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei n. 9.868/1999 c/c art. 87, inc. I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

23/11/2020

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.109 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

As ações diretas de inconstitucionalidade ns. 3.360 e 4.109 têm por objeto a validade constitucional da Lei n. 7.960/1989, que cuida do instituto da prisão temporária.

1. A Advocacia-geral da União argui a preliminar de inépcia nas ações diretas de inconstitucionalidade.

Diferente do alegado, nas petições iniciais se sustenta inconstitucionalidade do diploma legal, enfatizando-se, basicamente, a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º da Lei n. 7.960/1989 e do § 4º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelos quais disciplinados o cabimento e a aplicação da prisão temporária. Os autores alegam que aquelas normas afrontariam aos incs. LIV, LVII, LXI, LXIII e LXVI e ao § 3º da Constituição da República.

O autor da ação direta de inconstitucionalidade n. 4.109 impugna genericamente os dispositivos da Lei n. 7.960/1989, além daqueles postos nos arts. 1o. e 2o. daquela Lei e aos quais dedicada fundamentação. Quanto aos demais dispositivos não se desenvolvem fundamentos jurídicos para amparar o pedido, pelo que aquela ação não deve ser conhecida nessa parte. Nesse sentido, por exemplo, o seguinte julgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INEPCIA DA INICIAL. - É NECESSARIO, EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, QUE VENHAM EXPOSTOS OS FUNDAMENTOS JURIDICOS DO PEDIDO COM RELAÇÃO AS NORMAS IMPUGNADAS, NÃO SENDO DE ADMITIR-SE ALEGAÇÃO GENERICA DE

ADI 4109 / DF

INCONSTITUCIONALIDADE SEM QUALQUER DEMONSTRAÇÃO RAZOAVEL, NEM ATAQUE A QUASE DUAS DEZENAS DE MEDIDAS PROVISORIAS EM SUA TOTALIDADE COM ALEGAÇÕES POR AMOSTRAGEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE NÃO SE CONHECE” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 259/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ 19.2.1993).

2. A Lei n. 7.906, de 21 de dezembro de 1989, dispõe sobre prisão temporária, estabelecendo, em seus arts. 1o. e 2o. os casos de cabimento e as atribuições dos juízes na matéria.

Deve ser realçado que, muito depois do ajuizamento da presente ação (ajuizada, como relatado, em 2004), sobreveio a Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016, que incluiu a al. *p* (crimes previstos na Lei de Terrorismo) no inc. III do art. 1º da Lei n. 7.906:

*“Art. 18. O inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989 , passa a vigorar acrescido da seguinte alínea *p* :*

“Art. 1º (...)

III.

(...)

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.”

Para além disso, foram incluídos pela Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019 (Lei de abuso de autoridade), os §§ 4º-A e 8º e alterado o §7º do art. 2º da Lei n. 7.906:

Art. 40. O art. 2º da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.2º

(...)

§ 4º-A O mandado de prisão conterá necessariamente o período de duração da prisão temporária estabelecido no caput deste artigo, bem como o dia em que o preso deverá ser libertado.

ADI 4109 / DF

(...)

§ 7º *Decorrido o prazo contido no mandado de prisão, a autoridade responsável pela custódia deverá, independentemente de nova ordem da autoridade judicial, pôr imediatamente o preso em liberdade, salvo se já tiver sido comunicada da prorrogação da prisão temporária ou da decretação da prisão preventiva.*

§ 8º *Inclui-se o dia do cumprimento do mandado de prisão no cômputo do prazo de prisão temporária”.*

Não se tem alteração substancial nas normas impugnadas com o advento daquelas, pelo que seria desnecessário o aditamento da ação, considerando que as modificações incidiram sobre normas que não guardam relação de dependência com os dispositivos impugnados ou apenas aumentam o rigor de controle sobre o prazo das prisões temporárias.

3. A prisão temporária é espécie de prisão cautelar. Provoca polêmica, sendo considerada tema grave e de difícil solução no direito. Em fase de investigação do inquérito policial, constitui medida constritiva pessoal adotada em fase pré-processual.

Se prisão preventiva é medida excepcional, a temporária é de ser excepcionalíssima. Como afirmou o Ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido na ação direta de inconstitucionalidade n. 162, que analisou, em cautelar, norma análoga à que se contém no art. 1º. da Lei n. 7.906/1989: *“Não é hora de examinar o mérito desta medida provisória, embora confesse que continuo perplexo com o seu art. 1º., porque estou convencido de que muito esforço de hermenêutica adequada se há de fazer para fugir ao seu sentido literal inequívoco, o qual, nos dois primeiros incisos, concede um arbítrio que nenhuma prisão processual admite; e, no inciso III, para dizer o menos, restabelece, no Brasil, a prisão preventiva obrigatória, com requisitos ainda menos rígido que os do velho art. 312 do C.Pr.Penal. Mas, Senhor Presidente, é óbvio que não é o momento de discutir os gravíssimos defeitos do édito, ainda para os que defendem prisão temporária, senão como forma de pedir a atenção do*

ADI 4109 / DF

Tribunal para a gravidade da decisão que estamos tomando. ... Trata-se, repito, de uma medida que há décadas, se vem discutindo... De outro lado - e ninguém vai negar o relevo da preocupação nacional com o aumento da criminalidade violenta , como ninguém vai supor que essa prisão temporária resolverá o problema -, o certo é que, na limitada função que ela possa exercer, ela não vem suprir um vazio normativo: vem, apenas, para os seus defensores, flexibilizar o instrumento da prisão preventiva que, mesmo com os seus defeitos, pode perfeitamente desempenhar a sua função cautelar, enquanto se discute o aperfeiçoamento pela via democrática do amplo debate no Parlamento.”

O Ministro Sepúlveda Pertence realça, em prefácio de obra doutrinária, que *“a prisão cautelar é, sem dúvida, a instituição mais cruel e angustiante no paradoxo dramático de todo o processo penal que, como repetidamente enfatizado, sendo em si mesmo um castigo, se instaura para decidir final se é o caso de punir”* (Prefácio na obra de CRUZ, Rogério Schietti Machado - *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. XVI).

Diferente de outras modalidades de prisão cautelar (como a flagrância – arts. 301 a 310 do Código de Processo Penal; a prisão preventiva – arts. 311 a 316 do mesmo diploma legal; a prisão decorrente de pronúncia – § 1o. do art. 408 do mesmo diploma; decorrente da sentença penal recorrível – inc. I do art. 393 do mesmo diploma), a prisão temporária é instrumental. Por ela busca-se concretizar medida principal no processo penal. É acessória, vinculando-se à principal e sem a qual essa perderia eficácia. É provisória, prevalece enquanto não alcançado o efeito buscado e presentes os requisitos autorizativos. Tem-se afirmado que a prisão temporária não tem natureza processual, atendo-se à natureza de medida cautelar investigatória, logo, adotada em fase pré-processual.

Rogério Schietti Machado Cruz anota que *“ao mesmo tempo em que os estudiosos do tema se convencem, cada vez mais, de que a prisão cautelar*

ADI 4109 / DF

somente deve ser utilizada para casos excepcionais, quando outros mecanismos idôneos para a proteção dos bens, direitos e interesses perseguidos pelo processo penal tenham falhado, ou não sejam suficientes para tal proteção, verifica-se, ao menos no Brasil, um uso crescente das medidas cautelares pessoais previstas em nosso ordenamento positivo, notadamente a prisão temporária” (Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 1).

Tão grave medida cautelar como é a prisão provisória foi ela adotada no sistema brasileiro, talvez, porque, como realçado na passagem antes mencionada do Ministro Sepúlveda Pertence, há “*o sentido inequívoco de dissimular a impotência da máquina judiciária para dar resposta, em tempo útil e razoável, às expectativas sociais de repressão eficaz, quer à violência urbana, quer à corrupção de governos ímprobos ou à criminalidade econômica*”.

4. No modelo brasileiro, a prisão temporária – cujo fundamento normativo se questiona na presente ação – tem sido considerada, em sua introdução na legislação, como “*sucedâneo da prisão para averiguação*”.

Seja observado, de início, que a prisão temporária não é instituto exclusivo da legislação brasileira, sendo adotada com particularidades em Portugal, Itália, Espanha, França, Alemanha, Estados Unidos e Inglaterra.

A prisão para averiguação é ilícita, tendo prevalecido no País especialmente em períodos de ditadura, ressalva feita àquela prevista na legislação penal militar em casos de transgressão ou infração especificadas naquele ordenamento especializado.

A despeito de haver decisões judiciais cujo objeto é aquele tipo de atuação estatal, acentuando-a ilegal (por exemplo, apelação n. 0024010-95.2013 da 13a Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo;) a matéria não perdeu importância ou atualidade.

ADI 4109 / DF

A distinção feita entre a prisão para averiguação (ilícita) e a temporária (prevista na Lei n. 7.906/89) está em que aquela era determinada e executada pelo agente policial e esta é determinada judicialmente e com fundamento específico e motivação expressa. E como acentua Marcellus Polastri, “...deve se fazer uma distinção, pois a prisão temporária ‘parte de um fato criminoso para uma pessoa determinada. Já a prisão para averiguações parte de pessoas para levantar fatos, aleatoriamente’” (POLASTRI, Marcellus – *Da prisão e da Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 87).

A prisão temporária distancia-se, assim, da repudiada prisão para averiguações, por ser precedida de autorização judicial que somente pode ser tida por válida com a efetiva demonstração, pela polícia ou pelo Ministério Público que podem requerê-la, da existência de indícios de envolvimento do investigado em delito previsto na Lei n. 7.960/1989 e da necessidade da custódia para o desenvolvimento das investigações, e, insista-se, somente é executada após a expedição do mandado judicial do § 5º do art. 2º da Lei n. 7.960/1989.

O que se busca no direito é conciliar os princípios constitucionais garantidores da liberdade e da dignidade humana com as regras assecuratórias da segurança individual e coletiva e a proteção eficiente do direito penal.

Institutos como o da prisão cautelar – em cujo quadro se põe a temporária – não prescindem do fundamento constitucional, como é óbvio. Excesso ou omissão dos poderes estatais é inconstitucional. Sobre o dever de proteção estatal leciona Douglas Fischer:

“Se compreendidos sistemicamente e contextualizados à realidade vigente, há se ver que os pilares do garantismo não demandam a aplicação de suas premissas unicamente como forma de afastar os excessos injustificados do Estado à luz da Constituição (proteção do mais fraco). Quer-se dizer que não se deve invocar a

ADI 4109 / DF

aplicação exclusiva do que se tem chamado de “garantismo negativo”. Hodiernamente (e já assim admitia Ferrajoli embrionariamente, embora não nessas palavras), o garantismo penal não se esgota numa visão de coibir (apenas) excessos do Leviatã (numa visão hobesiana). Em percuciente análise do tema ora invocado, Gilmar Mendes já se manifestou de forma abstrata acerca dos direitos fundamentais e dos deveres de proteção, assentando que ‘os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de omissão (Untermassverbot). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não-observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental. [...]’. É o que se tem denominado – esse dever de proteção – de garantismo positivo. (...)

...” (FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Revista de Doutrina da Quarta Região. Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em 19.2.2019).

Marcellus Polastri também anota que “devemos nos precaver, entretanto, de incursões demasiadamente minimalistas em relação à doutrina do garantismo, pois este deve ter duas faces, não só prestigiando as garantias individuais, mas, também, as garantias fundamentais da coletividade, mormente levando-se em consideração que, como já visto, as garantias fundamentais

ADI 4109 / DF

modernamente devem ser vistas não só como garantias individuais, mas também sociais” (A Tutela Cautelar no Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 19).

O dever de proteção estatal a bens jurídicos realiza-se por leis definidoras de tipos penais, cujas penas têm as funções retributiva, dissuasória e ressocializadora. Rogério Greco realça que *“a finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade (...). A pena, portanto, é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o Direito Penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade” (Curso de Direito Penal: parte geral. vol. I. 20. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2018. p. 2).*

A imposição de condenação pela prática delituosa somente é admitida se observados princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da vedação de produção e de utilização de provas ilícitas, da presunção de não culpabilidade, da individualização da pena. Pelo processo, chega-se à aplicação da lei penal, asseguradas ao acusado as garantias previstas constitucionalmente.

Como acentuado em numerosas decisões judiciais, processo exige tempo razoável, produção de provas, prazos para manifestação das partes, recursos até se chegar à decisão judicial. Por isso, para garantir-se o resultado útil do processo, a preservação de provas e a segurança pública, pode se mostrar imprescindível, antes do final do processo, a adoção de medidas urgentes como, por exemplo, sequestro de bens, busca e apreensão, oitiva antecipada de testemunha e até mesmo, em caráter excepcional, prisão cautelar.

Marcelus Pollastri pontua que *“jamais se poderá negar que o Processo Penal conta com uma série de medidas cautelares, que, em última análise, estão dispostas na lei processual penal para instrumentalizar, quando necessário, o*

ADI 4109 / DF

exercício da jurisdição. E nem poderia ser de forma diferente, uma vez que, para instrumentalizar a ação penal de conhecimento, e para garantir a execução penal, são necessárias medidas de cautela que, na verdade, nada mais são do que o meio e modo utilizados para se garantir o resultado útil da tutela jurisdicional a ser obtida pela ação principal, ou seja, o êxito do Processo de Conhecimento ou do Processo de Execução” (obra citada, p. 91).

A disciplina de medidas cautelares em lei processual penal, incluídas as prisões cautelares, advém do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, pelo qual *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”* (inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República). A ameaça a bem jurídico constitucionalmente tutelado exige a adoção de providências urgentes, sob pena de proteção estatal insuficiente.

Para a preservação da segurança pública, da vida e da integridade de pessoas, do regular andamento de investigações ou do processo penal, de provas e da futura aplicação da lei penal, pela Constituição conferiu-se ao Legislativo o dever-poder de legislar sobre a especificação das providências legítimas, quando necessárias de serem adotadas, para a eficiência da prestação jurisdicional penal e garantia dos direitos dos cidadãos à segurança contra cometimentos delituosos. Entre elas, foram estabelecidas situações de prisão de natureza cautelar, observados os princípios constitucionais da reserva de jurisdição e da exigência de fundamentação das decisões judiciais:

“Art. 5º (...)

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

“Art. 93. (...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão

ADI 4109 / DF

públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

A disciplina de custódias cautelares em lei não esbarra em obstáculo do princípio constitucional da não culpabilidade, pois a medida não se fundamenta em culpa, mas em fatos reveladores e fundamentados, com formalidade e objetivação, na necessidade da prisão cautelar imprescindível à proteção de outros valores fundamentais. Antonio Magalhães Gomes Filho observa:

“Numa visão mais radical, seria até mesmo possível sustentar que um sistema processual fundado na presunção de inocência não pode conviver com quaisquer formas de encarceramento anteriores à condenação definitiva (...).

Entretanto, é preciso ponderar que mesmo nos ordenamentos mais afeitos à proteção da liberdade individual, sempre houve a previsão de medidas restritivas em relação ao acusado, desde que necessárias. Mais especialmente, é oportuno registrar que, no Brasil, assim como em outros países, existe no próprio texto constitucional a referência a formas de prisão anteriores à condenação (art. 5º, LXI, da CF/1988; Art. 13 da Constituição italiana)” (Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011, em Medidas Cautelares no Processo Penal: Prisões e suas alternativas. Revista dos Tribunais, 2012. p. 21).

A prisão cautelar é admitida por convenções internacionais às quais a República Federativa do Brasil aderiu:

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
(Decreto n. 592/1992)

“ARTIGO 9

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém

ADI 4109 / DF

poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

2. *Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.*

3. *Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.*

Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto n. 678/1992)

“ARTIGO 7

Direito à Liberdade Pessoal

1. *Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.*

2. *Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”.*

O dever de legislar sobre prisão cautelar é constitucionalmente exercido quando submetido ao princípio da proporcionalidade, sob pena de se desnaturar a natureza acautelatória e excepcional da medida e vulnerar-se o devido processo legal substancial: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inc. LIV do art. 5º).

Não havendo direito fundamental absoluto, as leis devem se harmonizar os valores constitucionais, principalmente ao se cogitar restrição ao direito fundamental de liberdade.

ADI 4109 / DF

Antonio Magalhães Gomes Filho observa ser *“importante evitar que a utilização indiscriminada das medidas de natureza cautelar no processo penal constitua instrumento para a imposição de sanções atípicas que, sob a justificção de urgência e da necessidade, acabam por subverter princípios fundamentais do Estado de direito, consagrando algo muito próximo à ideia de justiça sumária”* (Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011, em Medidas Cautelares no Processo Penal: Prisões e suas alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 18).

Na lei processual penal devem ser estabelecidas as hipóteses legítimas de custódia cautelar de maneira adequada, necessária e razoável. O princípio da proporcionalidade delimita a legitimidade constitucional da produção legislativa, proibindo restrições excessivas a direitos fundamentais e conferindo aos órgãos de persecução penal instrumentos para o resguardo de bens jurídicos. Rogério Schietti Machado Cruz ressalta:

“A dimensão dos direitos fundamentais inerentes à persecução penal não se esgota no dever estatal de proteção do acusado, em geral consubstanciado nos direitos e garantias individuais a que aludem vários dos incisos do art. 5º da Constituição Federal.

Inserem-se nesse preceito constitucional outros mandamentos endereçados ao Estado, que podem, eventualmente, resultar na restrição de liberdades públicas, em nome de outros bens e interesses também protegidos pelo poder estatal, por igualmente interessarem à comunidade.

Entre esses direitos sobressai o direito à segurança, colocado ao lado do direito à liberdade logo no caput do art. 5º da Carta Magna, o que implica afirmar que o Estado está obrigado a assegurar tanto a liberdade do indivíduo contra ingerências abusivas do próprio Estado e de terceiros, quanto a segurança de toda e qualquer pessoa contra ataque de terceiros – inclusive do acusado – mediante a correspondente e necessária ação coativa (potesta coercendi) ou punitiva (jus puniendi)” (op. cit. p. 65-66).

ADI 4109 / DF

5. Pela Lei n. 7.960/1989, questionada nesta ação, disciplina-se a prisão temporária:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

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

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

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

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de

ADI 4109 / DF

junho de 1986).

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

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.

§ 1º Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 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.

§ 3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

§ 4º Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa.

§ 4º-A O mandado de prisão conterá necessariamente o período de duração da prisão temporária estabelecido no caput deste artigo, bem como o dia em que o preso deverá ser libertado. (Incluído pela Lei nº 13.869, de 2019)

§ 5º A prisão somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial.

§ 6º Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal.

§ 7º Decorrido o prazo contido no mandado de prisão, a autoridade responsável pela custódia deverá, independentemente de nova ordem da autoridade judicial, pôr imediatamente o preso em liberdade, salvo se já tiver sido comunicada da prorrogação da prisão temporária ou da decretação da prisão preventiva. (Incluído pela Lei nº 13.869, de 2019)

§ 8º Inclui-se o dia do cumprimento do mandado de prisão no

ADI 4109 / DF

cômputo do prazo de prisão temporária. (Redação dada pela Lei nº 13.869, de 2019)

Art. 3º Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.

Art. 4º O art. 4º da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, fica acrescido da alínea i, com a seguinte redação:

'Art. 4º (...)

i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade;'

Art. 5º Em todas as comarcas e seções judiciárias haverá um plantão permanente de vinte e quatro horas do Poder Judiciário e do Ministério Público para apreciação dos pedidos de prisão temporária”.

A Lei n. 7.960/1989 resultou da conversão da Medida Provisória n. 111/1989, cuja Exposição de Motivos, assinada pelo então Ministro da Justiça Saulo Ramos, é transcrita pela atualidade dos fundamentos:

“Tenho a honra de submeter a Vossa Excelência o anexo Projeto de Medida Provisória que dispõe sobre a prisão temporária, instituto que precisa ser adotado pela legislação brasileira com a máxima urgência.

Vossa Excelência já submeteu ao Congresso Nacional projeto de lei no mesmo sentido, em meados de setembro deste ano, mas até hoje a proposta legislativa não foi apreciada.

Acabou o Governo de descobrir uma das maiores fraudes cambiais do país praticada por uma quadrilha de falsários profissionais em evasão de divisas. Até o momento descobriram-se operações cambiais falsas efetuadas em dezesseis Bancos nacionais com a participação de quatro Bancos norte-americanos.

A fraude consistiu em simular importações através de documentação falsificada, que levou ao fechamento de câmbio para pagamento, no exterior, do produto importado que nunca chegou ao país.

ADI 4109 / DF

São os criminosos tão cínicos e atrevidos, que além de incluírem na remessa de dólares os preços de fretes para o transporte fictício, escolheram, para as falsas importações, produtos que em geral eram isentos de impostos.

Com esse expediente conseguiram provocar uma espantosa evasão de divisas, que pode ir a mais de U\$ 360.000.000,00 (trezentos e sessenta milhões de dólares), número detectado até agora pelas investigações conjuntas do Banco Central, Receita Federal, Cacex, Polícia Federal e Procuradoria-Geral da República, coordenadas pelo Ministério da Justiça.

Estamos diante de uma longa, complexa e difícil investigação, que demandará centenas de interrogatórios, de triagens de contas bancárias no Brasil e nos Estados Unidos, de identificação de operadoras de câmbio dos Bancos em que se realizaram as operações, dos corretores avulsos que as intermediaram (zangões), das corretoras de câmbio que intervieram nos contratos sem responder pela identidade das partes, das pessoas físicas verdadeiras que constituíram pessoas fantasmas.

Nestas inúmeras diligências, Senhor Presidente, várias prisões necessitarão ser realizadas para investigação.

Trata-se de detenções com finalidade investigatória típica, isto é, medida cautelar contra suspeito da prática de determinado crime para o qual a lei permita a prisão temporária.

A proposta prevê custódia de apenas cinco dias, decretada por Juiz de Direito a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, assegurado ao preso o direito de entrevistar-se com o advogado que constituir.

Ao lado da prisão em flagrante e da prisão preventiva, que têm outros pressupostos e distintos fundamentos, a cautelar temporária vem dotar a ordem pública brasileira de instrumento efetivo no combate à criminalidade, instrumento há muitos anos reclamado pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pela Polícia.

É medida adotada em Portugal, Espanha, França, Itália, Estados Unidos, em quase todos os países civilizados.

A solução legislativa de urgência aqui proposta obedece ao requisito científico e social consistente na indicação dos crimes a que é

ADI 4109 / DF

aplicável, não permitindo, em consequência, qualquer possibilidade de abuso contra a liberdade individual por suspeita de prática de delito não considerado hediondo ou de menor lesividade à ordem pública.

Neste momento a relevância está no fato de a mencionada quadrilha haver roubado do Tesouro Nacional a quantia recorde na história dos crimes patrimoniais – US\$ 360 milhões. E ainda não temos lei que permite a prisão de suspeitos!!!

E a urgência é urgentíssima, posto que os envolvidos identificados na linha de frente das operações fraudulentas poderão fugir, apagar vestígios, tudo sem revelar a quem beneficiava a fraude, pois os verdadeiros beneficiários da evasão de divisas, que se utilizaram do mecanismo armado pelos falsários, são pessoas abastadas e em grande número ligadas ao tráfico ilícito de drogas, tal o montante de dinheiro transferido para o exterior.

Indica a operação ter sido altamente vantajosa para traficantes porque tais dólares chegaram aos Estados Unidos como produto de ‘exportação’, isto é, limpos sob o ponto de vista legal naquele país. Pela diferença de cotação dos dólares, no Brasil, entre o mercado paralelo e o oficial, além da chamada ‘lavagem’ do dinheiro de drogas, essas operações possibilitaram a duplicação dos valores de posse dos traficantes.

Isto porque um dólar vendido no mercado paralelo permitiu, em cruzados, a compra de dois mil dólares no câmbio oficial adotado para as importações regulares.

Para estas investigações, rápidas, enérgicas, eficientes, o Estado precisa contar com a prisão cautelar temporária.

Nesta Medida Provisória, inclui-se também a custódia cautelar para outros crimes que vêm intranquilizando a sociedade brasileira, tais como latrocínio, homicídio doloso, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor e tráfico de drogas.

Pelas razões de indiscutível urgência, Senhor Presidente, tenho certeza de que o Congresso Nacional aprovará a decisão de Vossa Excelência em eleger, na defesa da sociedade e do patrimônio público, a via legislativa mais rápida para suprir a grave deficiência da legislação nacional neste importantíssimo setor de repressão criminal”.

ADI 4109 / DF

6. Em 11.12.1989, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 162 contra a Medida Provisória n. 111/1989. Em 14.12.1989, este Supremo Tribunal indeferiu a medida cautelar requerida em acórdão com a seguinte ementa:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Provisória nº 111/89. Prisão Temporária. Pedido de liminar.

- Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quando ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto.

- A prisão temporária prevista no artigo 2º da referida Medida Provisória não é medida compulsória a ser obrigatoriamente decretada pelo juiz, já que o despacho que a deferir deve ser devidamente fundamentado, conforme o exige o parágrafo 2º do mesmo dispositivo.

- Nessa oportunidade processual, não se evidencia manifesta incompatibilidade entre o parágrafo 1º do artigo 3º da Medida Provisória nº 111 e o disposto no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição, em face do que se contém no parágrafo 2º do artigo 3º daquela, quanto à comunicação do preso com o seu advogado.

- Embora seja relevante juridicamente a arguição de inconstitucionalidade da criação de delito por Medida Provisória, não está presente o requisito da conveniência, pois o artigo 4º da citada Medida Provisória, impugnado sob esse fundamento, apenas se destina a coibir abuso de autoridades contra a liberdade individual.

- A disposição de natureza processual, constante do artigo 5º da Medida Provisória nº 111, que estabelece plantão de 24 horas em todas as Comarcas e Sessões Judiciais do País, não tem o relevo jurídico necessário para a concessão de providência excepcional como é concessão de liminar, em ação direta de inconstitucionalidade.

- Pedido de liminar indeferido” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 162, Relator o Ministro Moreira Alves, Plenário, DJ 6.8.1993).

ADI 4109 / DF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 162 foi julgada prejudicada pelo Plenário, em 2.8.1993, pela perda do objeto.

A Medida Provisória n. 111/1989, convertida na Lei n. 7.960/1989 (Projeto de Lei de Conversão n. 3.655/1989 do Congresso Nacional) foi editada antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 32/2001, pela qual se alterou o art. 62 da Constituição da República, vedando-se a edição de medida provisória sobre direito processual penal.

7. Descabe cogitar de inconstitucionalidade formal da Lei n. 7.960/1989 por originar-se de medida provisória porque *a)* inexistia na Constituição da República proibição expressa à edição de medida provisória sobre matéria processual penal; *b)* presentes os pressupostos de urgência e relevância; *c)* a medida provisória foi debatida no Congresso Nacional e alterada pelo Projeto de Lei de Conversão n. 3.655/1989.

8. A lei sobre prisão temporária adveio do dever de proteção regularmente exercido pelo legislador sobre direito processual penal segundo a justificativa apresentada e fundamentou-se no inc. I do art. 22 da Constituição da República:

“Art. 22. Compete à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

A prisão temporária também está prevista no *caput* do art. 283 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 12.403/2011:

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

ADI 4109 / DF

9. A previsão legal da prisão temporária não contraria as normas dos incs. LIV, LVII, LXI, LXIII e LXVI e do § 3º da Constituição da República. Cabível apenas na fase investigativa, tem requisitos estritos e está em sintonia com os princípios constitucionais das custódias cautelares.

Ana Flávia Messa assinala que *“a prisão temporária possibilita a investigação de crimes graves, para garantir a eficácia na apuração da infração penal pela polícia, permitindo o esclarecimento da verdade real, garantindo a tutela da persecução extrajudicial e resguardando elementos de provas, pessoas, e situações durante o inquérito policial”* (Prisão e Liberdade. 2. ed. Saraiva, 2013. p. 169).

Pela norma do *caput* do art. 2º da Lei n. 7.960/1998, a prisão temporária é decidida por juiz, a requerimento do Ministério Público ou por representação do delegado de polícia, neste caso também ouvido previamente o Ministério Público, observado, portanto, o princípio da reserva de jurisdição.

Como disposto no § 2º do art. 2º da Lei n. 7.960/1998, o decreto de prisão não prescinde de fundamentação expressa e suficiente, em harmonia com o preceito do inc. LXI do art. 5º da Constituição da República: *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”*.

A prisão temporária não pode ser arbitrária, não apenas pela aplicação daquele princípio fundamental, mas porque, sendo atuação estatal de excepcional de constrição pessoal do investigado, submete-se, superiormente, ao disposto também no inc. XI do art. 93 da Constituição do Brasil.

Somente assim se tem a possibilidade de submissão do decreto prisional ao controle judicial de instância superior competente.

ADI 4109 / DF

Ademais, é na fundamentação, em cada caso, que se pode ter a demonstração de atendimento aos pressupostos exigidos pela Lei n. 7.960/1989, indicadores do caráter excepcional de medida cautelar tão gravosa e em fase pré-processual: *a)* quando imprescindível para as investigações, *b)* quando o indiciado não tiver residência fixa ou não esclarecer sua identidade; *c)* quando houver fundadas razões, por meio de qualquer prova, de o indiciado ter envolvimento nos crimes listados na Lei n. 7.960/1989 ou na Lei de Crimes Hediondos.

Os delitos enumerados no inc. III do art. 1º da Lei n. 7.960/1989 e na Lei n. 8.072/1990 revestem-se, na opção do legislador, de maior gravidade, a justificar a possibilidade da prisão temporária quando indispensável às investigações para o esclarecimento de sua prática. O princípio da proteção suficiente reclama proporcional atuação estatal para a defesa de bens jurídicos constitucionalmente tutelados. Diferente do afirmado pelo autor da ação direta de inconstitucionalidade n. 3.360, a previsão de prisão temporária para apuração de crimes de quadrilha, atual associação criminosa, e contra o sistema financeiro consubstancia legítima escolha do legislador para o esclarecimento e desmantelamento da criminalidade organizada e salvaguarda da higidez do sistema financeiro.

10. Pela legislação vigente, a prisão temporária é decretada na fase de inquérito e tem duração máxima de cinco dias, prorrogável uma única vez, se demonstrada a extrema necessidade, por decisão judicial fundamentada. Sequer a prorrogação – se legítima a decretação da custódia temporária – dispensa a imprescindível justificativa formal, expressa e suficiente. Em caso de crime hediondo ou a ele equiparado, o prazo é de trinta dias, também prorrogável, pela norma do § 4º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990. A limitação de prazo da prisão reforça a excepcionalidade e a imperiosidade de demonstração, em cada caso, de estrito acatamento ao princípio da proporcionalidade. Neste sentido, por

ADI 4109 / DF

exemplo, o julgado deste Supremo Tribunal pelo qual se rejeitou como válida custódia temporária que extrapolou o prazo legal:

“HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO TEMPORÁRIA. EXCESSO DE PRAZO. FALTA DE SUBSTRATO FÁTICO PARA A MEDIDA. OFENSA AINDA À GARANTIA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691. ORDEM CONCEDIDA. I - A colheita de um depoimento isolado, pelo Ministério Público, não pode sustentar prisão temporária que já perdura por dezoito meses. II – Ademais, a decisão atacada não está suficientemente fundamentada. III - Situação cuja ilegalidade permite a superação da Súmula 691 do STF. IV - Ordem concedida”.

(Habeas Corpus n. 90.652/BA, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ 14.9.2007).

11. A expressão *“será decretada pelo juiz”*, no *caput* do art. 2º da Lei n. 7.960/1989, não pode ser interpretada, em qualquer caso, como imposição automática.

Em primeiro lugar, por inexistir prisão automática no sistema brasileiro e não poder ter lugar em face da principiologia constitucional. Prisão no Brasil, em especial a cautelar, é sempre excepcional, motivada, formalizada e dependente de decisão judicial prévia e fundamentada, em cada caso, segundo os princípios e as regras vigentes.

Em segundo lugar, cada caso tem um quadro fático subjacente sobre o qual incide a norma jurídica. Não há prisão coletiva. Não há prisão sem fato especificado e identificação expressa de sua motivação e de seu fundamento.

A interpretação teleológica da norma posta no inc. III do art. 1o. da lei n. 7.906/1989 revela o dever de exame e decisão do magistrado sobre a presença dos pressupostos legais e dos elementos indiciários

ADI 4109 / DF

apresentados pelo Ministério Público ou pela autoridade policial no caso concreto. A norma deve ser interpretada sistematicamente com o *caput* do art. 1º, pelo qual fixadas hipóteses de cabimento da prisão temporária, insistindo-se que tal medida não pode jamais ser tida como obrigatoriedade judicial, menos ainda automaticidade de sua adoção. Se assim fosse a decisão seria do autor do requerimento e, o que é mais, uma diminuição da jurisdição, que passaria a ser carimbador de requerimentos.

Deve ser anotado que no inc. III do art. 1º se condiciona a imposição da prisão temporária à demonstração de *“fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado”* nos crimes descritos.

Essa análise é atribuição do juiz, que pode concluir pela insuficiência de elementos indiciários para o decreto de prisão temporária. Vicente Greco Filho acentua que, *“apesar de estabelecer certas situações objetivas de aparente prisão obrigatória, não é possível abstrair do princípio geral da prisão provisória, que é o da necessidade da restrição da liberdade”* (Manual de Processo Penal. 11. ed. Saraiva, 2015. p. 318).

Sobre a impossibilidade de decretação automática da prisão temporária este Supremo Tribunal assim se pronunciou:

“PRISÃO TEMPORÁRIA – AUTOMATICIDADE. A prisão temporária não pode alcançar a automaticidade, descabendo determiná-la para fragilizar o acusado. PRISÃO TEMPORÁRIA. Não serve à prisão temporária a suposição de o envolvido, nas investigações, vir a intimidar testemunhas” (Habeas Corpus n. 105.833/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ 22.3.2012).

No voto condutor do julgamento do *Habeas Corpus* n. 95.009/SP, o Ministro Eros Grau ressaltou a exigência de suficiente fundamentação do

ADI 4109 / DF

decreto judicial de prisão temporária:

“O controle difuso da constitucionalidade da prisão temporária deverá ser desenvolvido perquirindo-se necessidade e indispensabilidade da medida. Daí que a primeira indagação a ser feita no curso desse controle há de ser a seguinte: em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação?”

Exclua-se desde logo a afirmação de que se prende para ouvir o detido. Pois a Constituição garante a qualquer um o direito de permanecer calado (art. 5º, n. LXIII) – e temos afirmado aqui exaustivamente – o que faz com que a resposta à inquirição investigatória consubstancie uma faculdade. Ora, não se prende alguém para que exerça uma faculdade!

Sendo a privação da liberdade a mais grave das constringências que a alguém se pode impor, é imperioso que o paciente dessa coação tenha a sua disposição alternativa de evitá-la. Se a investigação reclama a oitiva do suspeito, que a tanto se o intime e lhe sejam feitas perguntas, respondendo-as o suspeito se quiser, sem necessidade de prisão.

Tampouco se pode acolher a prisão para impedir que provas sejam destruídas sem que o suspeito tenha dado qualquer motivo para se afirmar essa possibilidade. Na dicção do Ministro Celso de Mello, para tanto é indispensável ‘base empírica idônea’.

Não falta quem diga que a prisão temporária é, às vezes, a ‘única punição’ que o suspeito sofre. Mas a prisão cautelar não é pena, de sorte que a circunstância de ter sido ela o único constrangimento por ele suportado consubstanciará prova cabal de que, não tendo sido condenado, o acusado não merecia ser punido.

Pior ainda é o argumento da ‘agilização’ da investigação. Pois antes de ser ágil é preciso que ela seja legal e necessária, inexistindo qualquer outra via para o seu curso. (...)

Note-se que entre prisão temporária e prisão preventiva não há relação de menos e mais. Uma e outra são distintas mercê de seu caráter, uma para atender necessidades da investigação, outra para a proteção da ordem pública e da instrução criminal” (Plenário, DJ 19.12.2008).

ADI 4109 / DF

12. O prazo de vinte e quatro horas previsto no § 2º do art. 2º para a decisão do juiz sobre a imposição da prisão temporária não compromete o dever de fundamentação exigido pelo inc. IX do art. 93 da Constituição da República. A razão da fixação do prazo está na urgência da medida pela eficiência das investigações, não se exigindo exame exaustivo de provas, conquanto seja imprescindível.

Mas a urgência da medida conduz à imposição do tempo máximo para exame, porque da demora poderia resultar a ineficácia da providência pleiteada.

13. Pelo § 6º do art. 2º da Lei n. 7.960/1989, a autoridade policial tem o dever de informar ao preso temporário os direitos fundamentais, em conformidade com o inc. LXIII da Constituição da República, pelo qual “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. O dever de informação do investigado é também resguardado pelo fornecimento de via do mandado judicial:

“Art. 2º (...)

§ 4º Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa.

§ 4º-A O mandado de prisão conterá necessariamente o período de duração da prisão temporária estabelecido no caput deste artigo, bem como o dia em que o preso deverá ser libertado. (Incluído pela Lei nº 13.869, de 2019)

§ 5º A prisão somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial”.

14. São fixadas providências para a preservação da integridade do investigado, que deve ser separado dos demais detentos, e para impedir que a custódia ultrapasse o tempo fixado, quando deverá ser posto imediatamente em liberdade independente de alvará judicial. Julio

ADI 4109 / DF

Fabbrini Mirabete observa que *“não está o preso, porém, sujeito à incomunicabilidade, proibida pela Constituição Federal, podendo entrevistar-se com advogado, pessoa da família ou qualquer outra, respeitados os regulamentos referentes às visitas a estabelecimentos prisionais”* (Processo Penal. 18. ed. Atlas, 2007. p. 402).

15. Assegura-se à defesa, pelo § 3º do art. 2º da Lei n. 7.960/1989, formulação de requerimento de apresentação do preso temporário ao juiz, que poderá submetê-lo a exame de corpo de delito, conferindo-se efetividade ao comando do inc. XLIX do art. 5º da Constituição, pelo qual *“é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”*.

16. A prisão temporária não pode ser utilizada como meio de obter-se o interrogatório do indiciado. Este Supremo Tribunal declarou a incompatibilidade com a Constituição da República da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório e pronunciou a não recepção da expressão *“para o interrogatório”*, constante do art. 260 do Código de Processo Penal, no julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental ns. 395 e 444 (Relator o Ministro Gilmar Mendes, julgadas em 14.6.2018).

A prisão temporária para interrogatório do investigado afronta o devido processo legal e a prerrogativa contra a autoincriminação, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal quanto às conduções coercitivas. O Ministro Celso de Mello assentou no voto proferido no julgamento do *habeas corpus* n. 80.494/MS:

“aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de

ADI 4109 / DF

perícia criminal” (DJ 13.3.2013).

17. A Lei n. 7.690/1989 harmoniza-se com a Convenção Americana de Direitos Humanos, pela qual vedados detenção ou encarceramento arbitrários (item 3 do art. 7º).

No item 2 do art. 7º da Convenção, *“garante[-se] a todas as pessoas o direito à liberdade, proibindo[-se] que alguém seja privado de sua liberdade física, a não ser ‘pelas causas previamente fixadas pelas condições políticas dos Estados-Partes’”*.

A norma supranacional de proteção à liberdade ressalva as hipóteses de restrição estabelecidas nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes.

Não se sustenta a alegação de contrariedade da Lei n. 7.960/1989 à norma do inc. LXVI do art. 5º da Constituição da República, pela qual *“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”*. O instituto da liberdade provisória refere-se à prisão em flagrante. A prisão temporária não se confunde com a decorrente de flagrante, espécie de custódia cautelar com requisitos próprios.

18. Os requisitos da prisão temporária também diferem dos previstos nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal para a imposição da prisão preventiva. A prisão temporária tem por finalidade as investigações, assegurados os direitos fundamentais do indiciado.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se no sentido de que a prisão temporária é *“importante instrumento a serviço da investigação criminal. Trata-se de medida cautelar cujo escopo é garantir que o inquérito policial possa conduzir a resultados úteis. Destina-se a permitir que a autoridade responsável pela coleta de elementos demonstrativos da autoria e da materialidade do delito tenha o investigado à sua disposição, em caso de necessidade, quando não configurada hipótese de flagrante”* (fl. 16, evento 12).

ADI 4109 / DF

A Procuradoria-Geral da República salienta, em seu parecer, que “a prisão temporária relativiza a liberdade individual a fim de que se preserve a investigação, sem, contudo, elaborar um juízo prévio de culpabilidade sobre a pessoa investigada. Ao contrário, visa à certeza dos fatos e à efetiva concreção da segurança pública e da justiça social, ainda que, para tanto, seja necessário cercear, em casos precisos e maneira justificada, sempre temporariamente, a liberdade do indivíduo numa persecução penal” (fl. 14, evento 14).

Confirmam-se, por exemplo, os seguintes julgados deste Supremo Tribunal quanto à prisão temporária:

“HABEAS CORPUS. PRISÃO TEMPORÁRIA. FATOS OCORRIDOS HÁ MAIS DE QUATRO ANOS. RÉU FORAGIDO. INQUÉRITO POLICIAL AINDA NÃO RELATADO POR DEFICIÊNCIA DA MÁQUINA ADMINISTRATIVA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Os fatos imputados ao paciente ocorreram em abril de 2004, sem que, ao longo destes quatro anos, tenha havido qualquer outra decisão ou conversão da prisão temporária em prisão preventiva. 2. Até o momento, o Inquérito Policial não foi relatado em virtude do acúmulo de serviço e da falta de funcionários na delegacia local, e não em razão da fuga do paciente. 3. Nos termos da Lei n° 7.960/89, a prisão temporária tem por única finalidade legítima a necessidade da custódia para as investigações. A deficiência da máquina administrativa retira a legitimidade do decreto prisional impugnado. 4. Ordem concedida. Possibilidade de decretação da prisão preventiva, desde que presentes seus pressupostos e requisitos” (Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 92.873/SP, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 19.12.2008).

“PROCESSUAL PENAL. PRISÃO TEMPORÁRIA. FORAGIDO. DECRETAÇÃO FUNDAMENTADA. DENEGAÇÃO. 1. A questão trazida no presente writ diz respeito ao possível constrangimento ilegal que estaria sofrendo o paciente em razão da decretação de sua prisão temporária. 2. O paciente,

ADI 4109 / DF

investigado como incurso no crime previsto nos artigos 121 e 211 do Código Penal, encontra-se foragido desde o início do inquérito até a presente data. 3. Decreto de prisão temporária prorrogado pelo prazo de 30 dias. 4. A prisão temporária é uma prisão cautelar de natureza processual que restringe a liberdade de locomoção do indiciado por tempo determinado, a fim de possibilitar as investigações acerca de determinados crimes considerados graves, entre os quais o homicídio doloso. 5. A prisão temporária impugnada foi decretada em julho de 2006 e o paciente encontra-se foragido desde a instauração do inquérito policial até a presente data, restando sem cumprimento o mandado de prisão. 6. Manter-se foragido durante toda a investigação criminal dá justificativa à manutenção da medida extrema, imprescindível para as investigações policiais. 7. Habeas corpus denegado”(Habeas Corpus n. 102.974/SP, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 7.2.2011).

20. A interpretação adequada das hipóteses normativas de cabimento da prisão temporária dispostas no art. 1º da Lei n. 7.960/1989 deve resultar da cumulação dos incs. I e III. A prisão temporária somente é legitimamente decretada se presentes fundadas razões, de acordo com prova admitida na legislação penal, da participação do investigado em algum dos crimes previstos no inc. III, desde que imprescindível para as investigações.

A circunstância de o indiciado não ter residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (inc. II do art. 1º) por si só não justifica a prisão temporária, a não ser se associada à demonstração da imprescindibilidade da medida para as investigações, na forma do inc. I, e presentes as fundadas razões de envolvimento em crime descrito no inc. III.

A prisão temporária é cabível quando caracterizadas conjuntamente as hipóteses dos incs. I e III ou I, II e III. Admitir-se a prisão temporária pela aplicação isolada de algum dos incisos do art. 1º da Lei n. 7.960/1989 conduziria a repudiado automatismo na decretação da custódia. Exigir-se

ADI 4109 / DF

a acumulação dos incisos do art. 1º, entretanto, tornaria a prisão temporária de rara aplicação, em dissonância com os propósitos da lei. Essa compreensão é corroborada por parte da doutrina. Marcellus Polastri leciona (obra citada, pp. 213-214):

“Para nós, sempre serão necessários os incs. I e III, uma vez que o primeiro demonstra a necessidade da prisão (periculum libertatis) para o sucesso da investigação, sendo esta a razão primeira do instituto, e o terceiro, como visto, porque demonstra o fumus commissi delicti.

Quanto ao segundo, queremos crer, apesar de demonstrar este, também, o periculum libertatis, não basta, por si só, para, junto com o terceiro requisito, autorizar a prisão, pois sempre deverá ser demonstrada a necessidade para o sucesso da investigação. O agente pode não ter residência fixa ou identidade certa, e a prisão não ser necessária para a investigação, pois, v. g., já se encontra praticamente concluída. Neste caso, a hipótese seria de prisão preventiva, para assegurar o bom andamento da instrução criminal ou mesmo a futura aplicação da lei penal, e não a decretação da prisão temporária.

Aliás, o inciso II nos parece redundante ante o inciso I, já que sendo necessário não se perder o contato com o suspeito ou indiciado para o sucesso da investigação, e não tendo ele identidade ou residência certa, a prisão se faz cabível, com o simples exame do inciso I, não havendo necessidade de socorro ao inciso II: a prisão será necessária para o sucesso da investigação.

Assim, entendemos que, para a decretação da temporária, sempre devem estar presentes os incs. I e III da Lei especial, sendo a aferição do inciso II complementar, mas não essencial”.

E Aury Lopes Jr. ensina:

“Os incisos devem ser interpretados em conjunto, de modo que só pode haver prisão de alguém suspeito de ser autor ou partícipe de algum daqueles crimes (cujo rol é taxativo), e quando imprescindível para a investigação.

Logo, sempre deve estar presente o inciso III.

Da mesma forma, a necessidade da prisão está estampada no inciso I, de modo que a tal ‘imprescindibilidade para as investigações’

ADI 4109 / DF

não pode faltar.

Contudo, tanto o inciso I como inciso III, de forma isolada, não justificam a prisão temporária, somente quando combinados.

O inciso II (indiciado sem residência fixa ou que não fornece elementos para sua identificação) é completamente contingencial, ou seja, sozinho não autoriza a prisão temporária, e sua combinação apenas com o inciso I ou apenas com o inciso III não justifica a prisão temporária. Mais do que isso, o inciso II acaba sendo absorvido pela ‘imprescindibilidade’ do inciso I, tornando-se logicamente redundante” (Prisões Cautelares. 4. ed. Saraiva, 2013. p. 174).

Eugênio Paceli anota:

“devem estar presentes, necessariamente, tanto a situação do inciso I, imprescindibilidade para a investigação policial, quanto aquela do inciso III. A hipótese do inciso II, repetimos, já estaria contemplada pela aplicação do inciso I. Assim, a prisão temporária somente poderá ser decretada se e desde que presentes também os requisitos tipicamente cautelares (indícios de autoria e prova de materialidade), seja imprescindível para as investigações policiais e se trate dos crimes expressamente arrolados no inciso III do art. 1º, para outros, ali não mencionados, a única prisão cautelar possível seria a preventiva, nunca a temporária” (Curso de Processo Penal. 21. ed. Atlas, 2017. p. 559).

Renato Brasileiro de Lima salienta que “serão sempre necessários os incisos I e III, na medida em que o primeiro demonstra a necessidade da prisão (periculum libertatis) para o sucesso da investigação, sendo esta a razão primeira do instituto, e o terceiro demonstra o fumus comissi delicti. É essa, a nosso ver, a posição mais acertada, porquanto a combinação do inciso II com o inciso III não deve autorizar, por si só, a decretação da prisão temporária, na medida em que sempre será necessário se demonstrar a imprescindibilidade da adoção da medida para se assegurar a eficácia das investigações”.

As contestações àquelas exigências expressas na lei não se sustentam, porque se o previsto no inc. II se contém no inc. I ele é de

ADI 4109 / DF

cumprimento obrigatório. Se não se comprovarem tais circunstâncias não se pode dar a prisão temporária, sempre havendo a possibilidade de comprovação de ser caso de prisão preventiva, segundo os requisitos legais (art. 312 do Código de Processo Penal). De resto, há de se observar não ser incomum se ter a conversão de prisão temporária em preventiva.

22. Deve ser anotada, ainda, e conquanto não conste de lei nem do diploma questionado, a inconstitucionalidade de providência policial ou administrativa de qualquer natureza, que exponha o preso, seja qual for a circunstância, à divulgação pública, descumprindo o seu direito de jamais servir à sanha de curiosos ou à vaidade dos agentes efetivadores da prisão de apresentar outro ser humano como troféu.

23. Pelo exposto, **conheço da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.360 e em parte da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.109 e julgo-as parcialmente procedentes para, sem redução de texto, atribuir interpretação conforme à Constituição da República ao art. 1º da Lei n. 7.960/1989 e admitir o cabimento da prisão temporária desde que presentes cumulativamente as hipóteses dos incs. I e III ou I, II e III.**

23/11/2020

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.109 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S) : PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB
ADV.(A/S) : WLADIMIR SÉRGIO REALE
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
AM. CURIAE. : GRUPO TORTURA NUNCA MAIS/RJ
ADV.(A/S) : THIAGO BOTTINO DO AMARAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, em 15.7.2008, na qual se questiona a constitucionalidade material da Lei federal n. 7.960/1989.

Os dispositivos impugnados apresentam a seguinte redação:

“Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus

ADI 4109 / DF

§§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

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.

§ 1º Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 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.

§ 3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

§ 4º Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa.

§ 5º A prisão somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial.

§ 6º Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal.

§ 7º Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso

ADI 4109 / DF

deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

Art. 3º Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.

Art. 4º O art. 4º da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, fica acrescido da alínea i, com a seguinte redação: 'Art. 4º i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade;'

Art. 5º Em todas as comarcas e seções judiciárias haverá um plantão permanente de vinte e quatro horas do Poder Judiciário e do Ministério Público para apreciação dos pedidos de prisão temporária.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrário" "

Aponta-se violação aos incisos LIV, LVII, LXI, LXIII, LXVI e § 3º do art. 5º da Constituição da República.

A eminente Relatora vota por conhecer da ADI n. 3.360 e em parte da ADI n. 4.109 e julgar parcialmente procedentes para, sem redução de texto, atribuir interpretação conforme à Constituição da República ao art. 1º da Lei n. 7.960/1989 e admitir o cabimento da prisão temporária desde que presentes cumulativamente as hipóteses dos incs. I e III ou I, II e III.

Embora acompanhe a Relatora em suas premissas, creio que a interpretação a ser atribuída deve considerar também os princípios gerais definidos no Código de Processo Penal às medidas cautelares pessoais, além da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal.

Portanto, **apresento divergência para assentar interpretação mais ampla em seus critérios para o cabimento da prisão temporária**, embora em tal proposta também englobe as disposições determinadas pela Relatora em seu voto.

ADI 4109 / DF

1. Premissas sobre a temática em questão

A prisão temporária é definida como uma espécie de medida cautelar pessoal, mais especificamente, de prisão cautelar, juntamente com a prisão preventiva, regulada no CPP. Afirma-se que se trata de *“prisão cuja finalidade é a de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante se extrai do art. 1º, I, da Lei n.º 7.960/89, no que cumpriria a função de instrumentalidade, isso é, de cautela”* (PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22ª ed. 2018. p. 561).

Pode-se considerar a prisão em flagrante uma medida pré-cautelar, que, com a reforma trazida pela Lei 12.403/2011 e generalização da audiência de custódia, não tem capacidade de manter a prisão de um cidadão após o período de 24h e durante o processo penal. Assim, depois de verificar a legalidade do flagrante, o julgador pode decretar a prisão preventiva ou temporária, para afastar a regra – que deve ser a liberdade antes da formação da culpa em matéria penal.

A Lei 7.960/1989, que regula a prisão temporária, resultou da conversão da Medida Provisória 111, de 24 de novembro de 1989. Em tal momento, a CF, na sua redação original, não vedava a edição de medidas provisórias em matéria penal e processual, o que restou inserido apenas em 2001 pela EC 32.

O debate sobre a constitucionalidade e os limites à prisão temporária não é novo nesta Corte. Sobre a questão, vale citar trecho de voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence:

"A questão da chamada prisão temporária vem sendo discutida no Brasil há mais de uma década, dividindo radicalmente as opiniões. (...)

Não é hora de examinar o mérito desta medida provisória, embora confesso que continuo perplexo com o seu art. 1º, porque estou convencido de que muito esforço de hermenêutica

ADI 4109 / DF

adequadora se há de fazer para fugir ao seu sentido literal inequívoco, o qual, nos dois primeiros incisos, concede um arbítrio que nenhuma prisão processual admite; e no inciso III, para dizer o menos, restabelece, no Brasil, a prisão preventiva obrigatória, com requisitos ainda menos rígidos que os do velho art. 312 do Código de Processo Penal”. (Voto Min. SEPÚLVEDA PERTENCE na ADI-MC 162; Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, DJ 27.8.1993)

Diante desse cenário, diversos aspectos relevantes devem ser problematizados para que se assentem premissas fundamentais à devida compreensão do instituto, em conformidade com os ditames constitucionais e convencionais.

2. Requisitos para a decretação da prisão temporária: pressupostos de cautelaridade e vedação à prisão automática

Inicialmente, discute-se a devida fundamentação para a decretação de uma prisão temporária, ou seja, quais requisitos devem ser atendidos para tanto. Nos termos da Lei 7.960/1989:

“Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: (...)”.

A partir da simples leitura de tais dispositivos, pode-se aventar a possibilidade de restrição automática da liberdade individual pela simples imputação de um dos crimes previstos no rol do inciso III ou pelo fato de o indiciado não possuir residência fixa, por si só.

ADI 4109 / DF

Na prática, há notícias de prisões temporárias decretadas para pressionar imputados a confessar ou colaborar com a persecução penal. Também se noticia a decretação de prisões com base em presunções e meras conjecturas no sentido de que imputados poderiam combinar versões ou destruir provas, sem qualquer embasamento fático concreto.

Sem dúvidas, tal panorama precisa ser repudiado, pois contrário aos ditames constitucionais e à jurisprudência assentada neste Tribunal.

Então, na doutrina, afirma-se que “(...) *devem estar presentes, necessariamente, tanto a situação do inciso I, imprescindibilidade para a investigação policial, quanto aquela do inciso III. A hipótese do inciso II, repetimos, já estaria contemplada pela aplicação do inciso I*”. (PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22ª ed. 2018. p. 564)

Portanto, não se pode admitir que uma prisão temporária seja decretada exclusivamente com base no inciso III do art. 1º da Lei 7.960/1989, pois a mera investigação ou acusação por um dos delitos indicados em tal rol não pode permitir uma prisão sem embasamento em motivos cautelares.

Desse modo, **só se pode aceitar como legítima a interpretação no sentido de que os requisitos previstos nos incisos I e III são cumulativos e indispensáveis**. Contudo, somente a leitura dos dispositivos da legislação específica (Lei 7.960/1989) não é suficiente para assentar uma sistemática legítima à prisão temporária. Deve-se realizar uma filtragem constitucional e também considerar os princípios gerais assentados no CPP sobre medidas cautelares pessoais.

Assim, **as premissas constantes do CPP, especialmente a partir da reformas implementadas pelas Lei 12.403/2011 e 13.964/2019, em relação à teoria geral das medidas cautelares penais, devem ser aplicadas também à prisão temporária** (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª ed. 2018, p. 673). Conforme assentado na doutrina, “*as hipóteses de prisão preventiva demarcam os contornos da necessidade de prisão cautelar (arts. 312 e 313, CPP), impondo que a (prisão) temporária se fundamente ao mesmo nível*” (PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22ª ed. 2018. p. 564).

ADI 4109 / DF

Nos termos do art. 282 do CPP:

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

Também destaca-se a recente inovação introduzida pela Lei 13.964/2019 que determinou o requisito de ser a medida restritiva **justificada em fatos novos ou contemporâneos que a fundamentem** (art. 312, §2º, CPP). Trata-se de dispositivo adequado à presunção de inocência e às premissas de cautelaridade, em conformidade com a jurisprudência desta Corte:

“Penal e Processual Penal. 2. Prisão domiciliar. Acessoriedade. Medida substitutiva da prisão preventiva. 3. Falta de demonstração concreta dos requisitos do art. 312 do CPP. 4. Ausência de contemporaneidade. 5. Paciente permaneceu em liberdade durante a instrução do processo. 6. Agravo do Ministério Público Federal a que se nega provimento.” (HC 182111 AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 27.4.2020)

Ademais, não se pode admitir a decretação de prisões cautelares a partir de meras conjecturas, como presunções no sentido de que imputados podem combinar versões ou destruir provas, sem qualquer embasamento concreto. A liberdade de um indivíduo suspeito da prática de infração penal somente pode sofrer restrições se houver **decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em fatos concretos e não apenas em hipóteses ou conjecturas ou na gravidade do crime**. Nesse sentido, os seguintes julgados: HC 84.662/BA, Rel. Min. Eros Grau,

ADI 4109 / DF

Primeira Turma, unânime, DJ 22.10.2004; HC 86.175/SP, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, unânime, DJ 10.11.2006; HC 88.448/RJ, de minha relatoria, Segunda Turma, por empate na votação, DJ 9.3.2007; HC 101.244/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, unânime, DJe 8.4.2010. Cito, também, trechos pertinentes de precedente de relatoria do eminente Min. Celso de Melo, nesta Segunda Turma:

“HABEAS CORPUS’ – DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO E NA SUPOSIÇÃO DE QUE A RÉ PODERIA VOLTAR A DELINQUIR – CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL – UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA – ‘HABEAS CORPUS’ CONCEDIDO DE OFÍCIO. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR. (...) A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A **privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade.** A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da

ADI 4109 / DF

adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - **A prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.** A prisão preventiva – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - **A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE APOIAR-SE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIIS. - A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa. - A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira. - Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da**

ADI 4109 / DF

liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal. (...). (HC 115.613, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25.6.2013, DJe 13.8.2014)

Além disso, o disposto no inciso II do art. 1º da Lei 7.960/1989, que autoriza a prisão temporária “quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”, não pode ser interpretado no sentido de possibilitar o encarceramento indevido e automático de pessoas em situação de vulnerabilidade, sem “residência fixa”.

Por fim, importante também destacar que a leitura do **rol de crimes previsto no inciso II do art. 1º da Lei 7.960/1989 não é passível de analogia ou interpretação extensiva**. Sabe-se que em matéria penal, especialmente quando se tratar de medidas restritivas à liberdade, a legalidade deve ser respeitada rigorosamente.

Nesse sentido, recente julgado da Segunda Turma destacou a ilegitimidade de um poder geral de cautela no processo penal:

“(…) PROCESSO PENAL – PODER GERAL DE CAUTELA – INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE ESTRITA E DA TIPICIDADE PROCESSUAL – CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DA ADOÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS, INESPECÍFICAS OU INOMINADAS EM DETRIMENTO DO “STATUS LIBERTATIS” E DA ESFERA JURÍDICA DO INVESTIGADO, DO ACUSADO OU DO RÉU – O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DA LIBERDADE JURÍDICA DAS PESSOAS SOB PERSECUÇÃO CRIMINAL. – Inexiste, em nosso sistema jurídico, em matéria processual penal, o poder geral de cautela dos Juízes, notadamente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade das pessoas, vedada, em consequência, em face dos postulados constitucionais da tipicidade processual e da

ADI 4109 / DF

legalidade estrita, a adoção, em detrimento do investigado, do acusado ou do réu, de provimentos cautelares inominados ou atípicos. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica das pessoas sob persecução criminal. Doutrina. Precedentes: HC 173.791/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 173.800/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 186.209- -MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.” (HC 186490, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 22.10.2020)

Assim, a prisão temporária deve ser cabível somente ao crimes previstos expressamente na legislação, visto que definido rol exaustivo no dispositivo aqui em análise. Cita-se, por exemplo, a sua inadmissibilidade em hipóteses de imputação por organização criminosa, visto que o crime de quadrilha ou bando, tipificado no art. 288 do Código Penal (previsto no rol da temporária), é totalmente autônomo com relação àquele previsto na Lei 12.850/13. Ainda que se considere o crime do art. 2º da Lei nº 12.850/13 mais grave, não há autorização legal específica para a prisão temporária para esse delito, sendo importante destacar que o princípio da legalidade estrita ou cerrada é corolário da proteção dos direitos fundamentais dos investigados, que deveriam ficar livres das considerações de ordem subjetiva, pessoal ou arbitrária sobre a gravidade em abstrato de crimes que podem acarretar ou não em ordens de prisão.

3. Vedação à prisão para averiguações e respeito ao direito de não produzir prova contra si mesmo

A prisão temporária, a partir de tais premissas, não pode se caracterizar como uma prisão para averiguações, em completo desrespeito aos requisitos de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Sem a devida fundamentação em motivos cautelares, viola-se a presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF) e o direito à liberdade de locomoção.

A Constituição Federal consagra o direito à liberdade de locomoção

ADI 4109 / DF

de forma genérica, ao enunciar o direito à liberdade (art. 5º, *caput*), a ser restringido apenas sob observância do devido processo legal (art. 5º, LIV); e de forma específica, ao estabelecer regras estritas sobre a prisão (art. 5º, LXI, LXV, LXVI, LXVII). A Carta também enfatiza a liberdade de locomoção ao consagrar a ação especial de *habeas corpus* como remédio contra restrições e ameaças ilegais (art. 5º, LXVIII).

O processo penal possui uma característica singular, uma premissa que orienta toda a estruturação dogmática do direito processual penal: a presunção de inocência. Na doutrina, afirma-se:

“[...] a presunção de inocência não é mais um princípio do processo, é o próprio processo. O princípio da presunção de inocência constitui uma proibição de desautorização ao processo”. (SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia*. Marcial Pons, 2012. p. 37, tradução livre)

Trata-se de uma opção democrática para assegurar que uma pessoa não possa ser considerada culpada sem o devido transcorrer do processo penal, com a proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais. Exatamente por isso não se pode simplesmente acusar uma pessoa do cometimento de um crime e já restringir sua liberdade como se culpada fosse, sem a comprovação concreta dos fatos, com respeito ao contraditório.

Conforme assentado no voto do Min. Celso de Mello, no HC 126.292:

“Mostra-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!?!?) , tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de

ADI 4109 / DF

respeito à dignidade da pessoa humana”.

Em suma, a presunção de inocência é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Essas são duas das três consequências determinadas pela presunção de inocência: regra de tratamento, regra probatória e regra de juízo. (MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010)

Portanto, somente se pode impor uma restrição à liberdade de um imputado, durante o processo, se houver a devida verificação de elementos concretos que justifiquem motivos cautelares.

A partir de lógica semelhante, o Supremo Tribunal Federal determinou a proibição de conduções coercitivas de réus em persecuções penais, nos termos das ADPFs 395 e 444:

“1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. (...) 4. Presunção de não culpabilidade. A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes. Violação. 5. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o ser humano mero objeto no Estado, conseqüentemente, contraria a dignidade humana (NETO, João Costa. *Dignidade Humana*: São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84). Na **condução coercitiva, resta evidente que o investigado é**

ADI 4109 / DF

conduzido para demonstrar sua submissão à força, o que desrespeita a dignidade da pessoa humana. 6. Liberdade de locomoção. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve. 7. **Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio.** Direito consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado. 8. **Potencial violação à presunção de não culpabilidade.** Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII. A restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado. 9. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. **O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva.** 10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP”. (ADPF 444, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 22.5.2019)

Portanto, a prisão temporária não pode ser uma prisão para

ADI 4109 / DF

averiguações, devendo sempre ser embasada em elementos concretos que justifiquem a existência de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, a partir dos requisitos descritos anteriormente (tópico 2 deste voto).

Ademais, **tampouco pode a prisão temporária ser utilizada em violação ao direito de não produzir prova contra si mesmo.**

O direito à não autoincriminação tem fundamento mais amplo do que o expressamente previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Em verdade, ele é derivado da “*união de diversos enunciados constitucionais, dentre os quais o do art. 1º, III (dignidade humana), o do art. 5º, LIV (devido processo legal), do art. 5º, LV (ampla defesa), e do art. 5º, LVII (presunção de inocência)*” (TROIS NETO, Paulo Mário C. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio.** Livraria do Advogado, 2011, p. 104). Foi justamente nesse sentido que a jurisprudência se posicionou no período imediatamente posterior à Constituição (HC 68.929, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 22.10.1991).

Na doutrina, afirma-se que “*o princípio nemo tenetur se detegere passou a ser considerado direito do cidadão diante do poder estatal, limitando a atividade do Estado na busca da verdade no processo penal e, sobretudo, como medida de respeito à dignidade, consolidando-se como direito fundamental no Estado de Direito*” (QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo.** Saraiva, 2012. p. 478).

O direito ao silêncio foi consagrado em tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, os quais enunciam o direito do acusado de não depor contra si mesmo (art. 14, 3, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em execução por força do Decreto 592/1992, e art. 8.2, “g”, do Pacto de San José da Costa Rica, em execução por força do Decreto 678/1992).

Assim, assentou-se que o *nemo tenetur se detegere* determina que “*o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório*” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** Saraiva, 2017. p. 104).

ADI 4109 / DF

Dessa forma, “o nemo tenetur é gênero que sofre um processo de clivagem para criar diversas regras, espécies, que visam evitar intervenções não autorizadas pela Constituição, não somente no interrogatório, mas nos diversos meios de prova que dependam de conduta do acusado” (GUEDES, Gabriel P. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: aproximações entre os cases da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação, PUCRS, 2014. p. 80).

Contudo, **não se pode afirmar que o direito à não autoincriminação somente impede que o Estado exija que o indivíduo preste declarações, dando uma contribuição ativa para definição de sua culpa**. Assim, “*não importa ser essa ‘cooperação’ ativa ou passiva, declaratória ou comportamental*” (GIACOMOLLI, Nereu J. **Devido processo penal**. Atlas, 2014. p. 193).

O Supremo Tribunal Federal já consignou que o direito de “permanecer calado”, previsto na Constituição, **deve ser interpretado de modo amplo e não somente de forma literal com relação a declarações verbais**. Assim também se posiciona a doutrina (CARVALHO, Luis Gustavo G. C. **Processo Penal e Constituição**. Saraiva, 2014. p. 210).

Portanto, o direito à não autoincriminação (art. 5º, LXIII, CF) não se limita ao direito ao silêncio – o qual somente veda obrigações declaratórias –, mas, conforme consignado pelo Supremo Tribunal, também abrange outros deveres de colaboração do imputado, como as imposições de fornecimento de padrões grafotécnicos (HC 77.135-8/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1998), de participação em reconstituição de crime (HC 69.026-2/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 1991), de submissão a exame de alcoolemia (HC 93.916, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.6.2008) e de ser conduzido para prestar esclarecimentos (ADPF 395, de minha relatoria, j. 14.6.2018).

Conforme já assentei em julgados anteriores, salvo em casos de necessidade para fins de identificação (nos limites da CF e da Lei 12.037/2009), não se pode admitir que o imputado tenha o dever de comparecer aos atos probatórios ou de colaborar com a persecução penal.

ADI 4109 / DF

Desse modo, concluo no sentido de que **a prisão temporária não pode ser utilizada como prisão para averiguações nem para forçar a presença ou a colaboração do imputado em atos de investigação ou produção de prova**, em conformidade com a presunção de inocência e o direito à não autoincriminação.

4. Outras impugnações na ADI e fundamentação genérica

Com relação à tese de que o prazo de 24h fixado no §2º do art. 2º inviabilizaria devida apreciação do julgador sobre o pedido de prisão temporária formulado, esvaziando o dever de motivação, não há incompatibilidade constitucional a ser verificada. Primeiramente, a análise sobre um pedido de prisão pressupõe uma resposta célere do Poder Judiciário, pois, em caso de necessidade e devida justificação concreta, a imposição da medida pode ser urgente. Além disso, de qualquer modo, poder-se-ia afirmar que tal previsão determinaria um prazo impróprio, que, a depender da complexidade da questão, pode requerer uma análise mais alongada.

Já no que diz respeito à tese de não cabimento de prisão temporária para crimes contra o sistema financeiro e quadrilha, se atendidos os requisitos anteriormente expostos (tópico 2 deste voto), penso inexistir violação que justifique a declaração de inconstitucionalidade dos incisos especificamente impugnados.

Como bem destacado pela Relatora, nesta ADI 4109 impugna-se genericamente os dispositivos da Lei n. 7.960/1989, além daqueles postos nos arts. 1º. e 2º. daquela Lei e aos quais dedicada fundamentação. Quanto aos demais dispositivos não se desenvolvem fundamentos jurídicos para amparar o pedido, pelo que **a ação não deve ser conhecida nessa parte.**

ADI 4109 / DF

Ao fim, reitero que, embora acompanhe a Relatora em suas premissas, creio que a interpretação a ser atribuída deve considerar também os princípios gerais definidos no Código de Processo Penal às medidas cautelares pessoais, além da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Portanto, **apresento divergência para assentar interpretação mais ampla em seus critérios para o cabimento da prisão temporária**, embora em tal proposta também englobe as disposições determinadas pela Relatora em seu voto.

5. Dispositivo

Diante do exposto, adoto o entendimento de que, em conformidade com a CF e o CPP, **a decretação de prisão temporária autoriza-se quando, cumulativamente:**

1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (*periculum libertatis*), a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, sendo proibida a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação e quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II);

2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (*fumus comissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo;

3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, §2º, CPP);

4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP), respeitados os limites previstos no art. 313 do CPP;

5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, §6º, CPP).

Considerando o voto proferido após a devolução do pedido de vista

ADI 4109 / DF

pelo eminente Min. Edson Fachin (em 10.8.2021), que substancialmente aderiu à divergência e às teses por mim propostas no voto original (em 13.11.2020), **reconsidero o dispositivo para acompanhar a divergência de modo a unificá-la.**

Em resumo, houve a adoção das conclusões anteriormente apresentadas em meu voto divergente, com duas ressalvas:

1. adicionou-se no item 1 das conclusões a vedação expressa à decretação de prisão temporária, fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (art. 1º, II, Lei 7.960/1989), com a qual concordo e já havia assim me manifestado no conteúdo deste voto;

2. suprimiu-se no item 4 das conclusões a necessidade de respeito aos limites previstos no art. 313 do CPP, ponto a que adiro, mas mantenho ressalva, visto que não é legítima a imposição de qualquer prisão cautelar (preventiva ou temporária) em situação de manifesta desproporcionalidade, como quando houver potencial conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Portanto, mantendo em essência o conteúdo do voto divergente que originalmente proferi e embasou a manifestação que agora acompanho, **altero o dispositivo para acompanhar a divergência apresentada pelo Min. Edson Fachin.**

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.109

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S) : PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB

ADV.(A/S) : WLADIMIR SÉRGIO REALE (003803/RJ)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

AM. CURIAE. : GRUPO TORTURA NUNCA MAIS/RJ

ADV.(A/S) : THIAGO BOTTINO DO AMARAL (102312/RJ)

Decisão: Após o voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora), que conhecia parcialmente da ação direta e julgava-a parcialmente procedente para, sem redução de texto, atribuir interpretação conforme à Constituição da República ao art. 1º da Lei n. 7.960/1989 e admitir o cabimento da prisão temporária desde que presentes cumulativamente as hipóteses dos incs. I e III ou I, II e III; e do voto do Ministro Gilmar Mendes, que acompanhava a Relatora quanto ao conhecimento parcial da ação, mas divergia na parte conhecida e julgava parcialmente procedente esta ADI para dar interpretação conforme ao art. 1º da Lei nº 7.960/1989 e fixar o entendimento de que, em conformidade com a CF e o CPP, a decretação de prisão temporária autoriza-se quando, cumulativamente: 1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei nº 7.960/1989) (*periculum libertatis*), a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, sendo proibida a sua utilização como prisão para averiguações ou em violação ao direito à não autoincriminação; 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei nº 7.960/1989 (*fumus commissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo; 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP); 4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP), respeitados os limites previstos no art. 313 do CPP; 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP), pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin. Falou, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Adriano Martins de Paiva. Plenário, Sessão Virtual de 13.11.2020 a 20.11.2020.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

30/08/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.109 DISTRITO FEDERAL

VOTO VISTA

O Senhor Ministro Edson Fachin: Adoto como relatório os lançados pela ilustre Relatora, Ministra Cármen Lúcia.

Apenas para rememorar consigno cuidar-se de Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADI 4.109 e 3.390), ajuizadas, respectivamente, pelos Partido Trabalhista Brasileiro/PTB e Partido Social Liberal – PSL, contra a Lei nº 7.960/1989, que dispõe sobre a prisão temporária.

A legislação em comento encontra-se vazada atualmente nos seguintes termos:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

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

ADI 4109 / DF

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

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

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

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

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

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

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.

§ 1º Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 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.

§ 3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

§ 4º Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa.

§ 4º-A O mandado de prisão conterà necessariamente o período de duração da prisão temporária estabelecido no caput

ADI 4109 / DF

deste artigo, bem como o dia em que o preso deverá ser libertado. (Incluído pela Lei nº 13.869. de 2019)

§ 5º A prisão somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial.

§ 6º Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal.

§ 7º Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

§ 7º Decorrido o prazo contido no mandado de prisão, a autoridade responsável pela custódia deverá, independentemente de nova ordem da autoridade judicial, pôr imediatamente o preso em liberdade, salvo se já tiver sido comunicada da prorrogação da prisão temporária ou da decretação da prisão preventiva. (Incluído pela Lei nº 13.869. de 2019)

§ 8º Inclui-se o dia do cumprimento do mandado de prisão no cômputo do prazo de prisão temporária. (Redação dada pela Lei nº 13.869. de 2019)

Art. 3º Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.

Art. 4º O art. 4º da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, fica acrescido da alínea i, com a seguinte redação:

"Art. 4º

i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade;"

Art. 5º Em todas as comarcas e seções judiciárias haverá um plantão permanente de vinte e quatro horas do Poder Judiciário e do Ministério Público para apreciação dos pedidos de prisão temporária.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrário.

Lei 8.072/90 (com redação dada pela Lei 11.464/07):

§ 4o A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no

ADI 4109 / DF

7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Alegam os autores violação ao art. 5º, *caput*, e incisos LIV, LVII, LXI, LXIII, LXVI, e § 3º, da Constituição Federal. Sustentam, em síntese, que a redação imprecisa dos art. 1º, incisos I, II e III, da Lei 7.960/1989 provoca controvérsias interpretativas na comunidade jurídica, com soluções desarrazoadas, em ofensa à cláusula do devido processo legal material. Argumentam que a prisão temporária reveste-se com a finalidade de prisão para averiguações. Sustentam a inconstitucionalidade da lei diante do direito à liberdade provisória e da presunção de inocência, por ser uma modalidade de prisão com menos requisitos que a prisão preventiva e, portanto, inconstitucional. Argumentam que a expressão “será” decretada constante do art. 2º, *caput*, é inconstitucional, pois imprime a ideia de imperatividade, quando deveria ser o juiz “poderá” decretar a prisão temporária. Sustentam que o prazo de 24 horas para a prolação da decisão ofende o devido processo legal. Apontam ser desarrazoada a inclusão no rol do inciso III dos crimes de quadrilha ou bando (art. 288 do CP) e dos crimes contra o sistema financeiro, pois não podem ser equiparados a terrorismo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e os definidos como crimes hediondos (ADI 3.390). Requerem a declaração da inconstitucionalidade total da legislação. Subsidiariamente, pedem: a) seja conferida interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, ao art. 1º, incisos I, II e III, da Lei n. 7.960 /1989; b) a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º da Lei n. 7.960/1989 e, por arrastamento, dos arts. 3º e seguintes dessa lei (ADI 4.109).

A Relatora, Ministra Cármen Lúcia, conheceu da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.360 e, em parte, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.109. No mérito, julgou-as “parcialmente procedentes para, sem redução de texto, atribuir interpretação conforme à Constituição da República ao art. 1º da Lei n. 7.960/1989 e admitir o cabimento da prisão temporária desde que presentes cumulativamente as

ADI 4109 / DF

hipóteses dos incs. I e III ou I, II e III.”

O Ministro Gilmar Mendes, conquanto tenha acompanhado a Relatora em suas premissas, divergiu para assentar interpretação do art. 1º da Lei 7.960/1989 que englobasse os princípios gerais do Código de Processo Penal e a jurisprudência desta Corte. Assim, julgou os pedidos parcialmente procedentes para:

dar interpretação conforme ao art. 1º da Lei 7.960/1989 e fixar o entendimento de que, em conformidade com a CF e o CPP, a decretação de prisão temporária autoriza-se quando, cumulativamente:

1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (*periculum libertatis*), a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, sendo proibida a sua utilização como prisão para averiguações ou em violação ao direito à não autoincriminação;

2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (*fumus comissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo;

3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, §2º, CPP);

4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP), respeitados os limites previstos no art. 313 do CPP;

5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, §6º, CPP).

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

1. Preliminar

Assim como a eminente Relatora e o Ministro Gilmar Mendes,

ADI 4109 / DF

conheço da ADI 4.109 apenas no tocante aos artigos 1º e 2º da Lei 7.960/1889. Isso porque a parte autora não desenvolveu fundamentação jurídica mínima a amparar o pedido de inconstitucionalidade dos arts. 3º e seguintes da Lei em comento. Dessa forma, o pedido formulado, dada à falta de causa de pedir, não comporta conhecimento.

2. Mérito

A prisão temporária, ao lado da prisão em flagrante e da prisão preventiva, configura uma das modalidades de prisão cautelar. Ela ostenta natureza pré-processual e tem a finalidade de assegurar o resultado útil da investigação criminal. É o que se extrai do art. 1º, inciso I, da Lei 7.960/89 assim redigido: “cabará prisão temporária [...] quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”.

Como toda prisão de natureza cautelar, em vista do princípio constitucional da presunção de inocência previsto no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, é medida excepcionalíssima – se a imposição de cautelares diversas de prisão é medida de exceção, as prisões são a exceção da exceção – que se revela cabível somente quando preenchidos os estritos requisitos legais e de forma devidamente fundamentada pela autoridade judicial competente.

Tal como a Ministra Relatora e o Ministro Gilmar Mendes, não vislumbro inconstitucionalidade na prisão temporária em si. A Constituição Federal, ao contrário, autoriza a imposição de prisões cautelares no inciso LXI do art. 5º. Assim, desde que atento ao princípio da não culpabilidade que veda a execução antecipada da pena, nada impede que o legislador ordinário estabeleça uma modalidade de prisão cautelar voltada a assegurar o resultado útil da investigação criminal ou do processo penal. Busca-se, dessa forma, proteger outros direitos, igualmente, assegurados em nossa Constituição como a vida, a segurança, a propriedade, a integridade física, a saúde pública.

Ademais, vale registrar que, da mesma forma que a Constituição da República Federativa do Brasil, a Convenção Americana de Direitos

ADI 4109 / DF

Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos não impedem ou proíbem a criação de prisões cautelares pelos Estados-partes.

Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto n. 678/1992)

“ARTIGO 7

Direito à Liberdade Pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

2. *Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”.*

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto n. 592/1992)

“ARTIGO 9

1. *Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.*

2. *Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.*

3. *Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.*

De igual modo, com relação aos crimes de quadrilha, atual

ADI 4109 / DF

associação criminosa, e contra o sistema financeiro (alíneas “l” e “o” do inciso III do art. 1º da Lei 7.960/89), também não verifico incompatibilidade com a Constituição Federal na previsão legal de decretação de prisão temporária quando presentes os fundados indícios da prática desses delitos.

Cuida-se de uma opção do legislador, dentro do seu legítimo campo de conformação, com o escopo de conferir especial atenção a determinados crimes que em seu entender merecem maior necessidade de prevenção. Assim, considerados os demais direitos assegurados em nossa Constituição, dentre eles, o equilíbrio do sistema financeiro nacional e a proteção à criminalidade organizada, não há óbice na decretação da prisão temporária quando existentes fundados indícios desses crimes, desde que, por certo, presente a cautelaridade da medida representada pelo *periculum libertatis* do representado.

Sobre a suposta inconstitucionalidade da expressão “será” contida no *caput* do art. 2º da Lei de regência – a qual atribuiria o possível entendimento de que o juiz é obrigado a decretar a prisão temporária –, não só o § 2º do mesmo dispositivo como o art. 93, inciso IX, da CF determinam que as decisões judiciais devem ser necessariamente fundamentadas. Isto é, a prisão temporária não é medida compulsória já que sua decretação deve ser obrigatoriamente acompanhada de fundamentos aptos a justificar a implementação da medida, até mesmo porque tal fundamentação ampara o controle não só daquele que é atingido pela prisão como também das instâncias superiores, em caso de recurso.

De igual maneira, com relação ao prazo de 24 horas previsto no § 2º do art. 2º, entendo não haver incompatibilidade com a Constituição Federal. Primeiro, porque, em determinadas situações, a urgência pode impor a análise do pedido pelo Juiz em um prazo reduzido, como, por exemplo, um possível crime de sequestro em curso no qual a vítima esteja em poder do sequestrador. Segundo, trata-se de prazo impróprio, a ser observado conforme o prudente arbítrio do Magistrado competente para a decretação da medida no caso concreto.

ADI 4109 / DF

Por fim, analiso a controvérsia acerca da interpretação a ser dada ao artigo 1º e incisos da Lei 7.960/89.

A Relatora entendeu ser o caso de conferir interpretação conforme à Constituição da República e admitir cabível a prisão temporária quando presentes cumulativamente as hipóteses dos incisos I e III ou I, II e III. Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes divergiu para assentar interpretação do art. 1º da Lei 7.960/1989, que englobasse os princípios gerais do Código de Processo Penal e a jurisprudência desta Corte e, assim, entender cabível a prisão temporária quando cumulativamente:

1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (*periculum libertatis*), a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, sendo proibida a sua utilização como prisão para averiguações ou em violação ao direito à não autoincriminação;

2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (*fumus comissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo;

3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, §2º, CPP);

4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP), respeitados os limites previstos no art. 313 do CPP;

5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, §6º, CPP).

Adianto que acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Gilmar Mendes; entretanto, com algumas ressalvas.

O artigo 1º da Lei 7.960/89 encontra-se assim redigido:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do

ADI 4109 / DF

inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

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

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

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

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

ADI 4109 / DF

A doutrina sempre divergiu sobre a interpretação adequada desse dispositivo frente aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal. Alguns entendiam que os incisos eram alternativos e bastava a presença de um deles para a decretação da prisão temporária; outros entendiam que era necessária a presença dos incisos I e III ou II e III para a decretação da medida; por fim, parte da doutrina entendia que os incisos II e III não poderiam embasar sozinhos a prisão temporária, de modo que, para essa última corrente, ela só se revela cabível quando presentes os incisos I e III ou I, II e III.

Esse dissenso interpretativo também já foi objeto de preocupação nesta Corte. No julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 162, que versou sobre a pretérita medida provisória que estabeleceu a prisão temporária com redação similar à disposta na Lei 7.906/1989, o Ministro Sepúlveda Pertence pontuou:

"A questão da chamada prisão temporária vem sendo discutida no Brasil há mais de uma década, dividindo radicalmente as opiniões. [...] **Não é hora de examinar o mérito desta medida provisória, embora confesso que continuo perplexo com o seu art. 1º, porque estou convencido de que muito esforço de hermenêutica adequada se há de fazer para fugir ao seu sentido literal inequívoco, o qual, nos dois primeiros incisos, concede um arbítrio que nenhuma prisão processual admite; e no inciso III, para dizer o menos, restabelece, no Brasil, a prisão preventiva obrigatória, com requisitos ainda menos rígidos que os do velho art. 312 do Código de Processo Penal. Mas, Senhor Presidente, é óbvio que não é o momento de discutir os gravíssimos defeitos do édito, ainda para os que defendem prisão temporária, senão como forma de pedir a atenção do Tribunal para a gravidade da decisão que estamos tomando**".

Posta a questão nesses termos, entendo que a decretação da prisão temporária reclama sempre a presença do inciso III do art. 1º da Lei 7.960/1989.

ADI 4109 / DF

O dispositivo, ao exigir a presença de fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes nele previstos, evidencia a necessidade do *fumus comissi delicti*, indispensável para a decretação de qualquer medida cautelar.

Esse rol, de mais a mais, como pontuou o Ministro Gilmar Mendes, é taxativo e não admite analogia ou interpretação extensiva por força do princípio da legalidade estrita que deve reger a imposição de medidas cautelares penais quando restritivas da liberdade individual.

Enfatizo que, em razão do princípio da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal) e do devido processo legal substantivo (art. 5º, inciso LXV, CF), no âmbito da persecução penal, o intérprete encontra-se inexoravelmente ancorado ao texto legal. Isso porque o processo penal não é apenas forma, mas também garantia limitadora do direito de punir estatal, o qual deverá ocorrer sem arbítrios, estritamente com base na lei e, sobretudo, na Constituição Federal. Dessa maneira, para que a intervenção estatal opere nas liberdades individuais com legitimidade, é necessário o respeito à estrita legalidade e às garantias fundamentais.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes desta Corte:

PROCESSO PENAL – PODER GERAL DE CAUTELA – INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE ESTRITA E DA TIPICIDADE PROCESSUAL – CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DA ADOÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS, INESPECÍFICAS OU INOMINADAS EM DETRIMENTO DO “STATUS LIBERTATIS” E DA ESFERA JURÍDICA DO INVESTIGADO, DO ACUSADO OU DO RÉU – O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DA LIBERDADE JURÍDICA DAS PESSOAS SOB PERSECUÇÃO CRIMINAL. – Inexiste, em nosso sistema jurídico, em matéria processual penal, o poder geral de cautela dos Juízes, notadamente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade das pessoas, vedada, em consequência, em face dos postulados constitucionais da tipicidade processual e da

ADI 4109 / DF

legalidade estrita, a adoção, em detrimento do investigado, do acusado ou do réu, de provimentos cautelares inominados ou atípicos. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica das pessoas sob persecução criminal. Doutrina. Precedentes: HC 173.791/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 173.800/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 186.209- -MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g. (HC 188888, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-292 DIVULG 14-12-2020 PUBLIC 15-12-2020)

EMENTA: Individualização da pena: regime de cumprimento de pena: critério legal. A gravidade do crime, para todos os efeitos legais, se traduz na escala penal cominada ao tipo. Se, nos limites dela, a pena imposta comporta determinado regime de execução, não cabe, para impor outro, mais severo, considerar novamente, e como única razão determinante, a gravidade em abstrato da infração cometida: **o regime de estrita legalidade que rege o Direito Penal não admite que, à categoria legal dos crimes hediondos, o juiz acrescente outros, segundo a sua validação subjetiva de modo a negar ao condenado o que lhe assegura a lei.** Precedentes do Tribunal, de ambas as Turmas, e agora do Plenário (HC 77.682, 22.10.98). (RHC 80970, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 12/06/2001, DJ 10-08-2001 PP-00020 EMENT VOL-02038-03 PP-00417)

A par da imprescindibilidade do inciso III, a decretação da prisão temporária exige a presença do inciso I da Lei de regência. Este inciso, ao dispor que a prisão temporária pode ser decretada somente quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial, traz a necessidade de demonstração do *periculum libertatis* do indiciado, requisito indispensável para a imposição de prisões cautelares por força do princípio constitucional da presunção de inocência que obsta a antecipação de penas.

ADI 4109 / DF

Vale registrar ainda que na linha da jurisprudência desta Corte o *periculum libertatis* deve estar calcado em dados concretos, e não em simples conjecturas. (HC 92914, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 09/12/2008, DJe-089 DIVULG 14-05-2009 PUBLIC 15-05-2009 EMENT VOL-02360-02 PP-00283; HC 97047, Relator(a): EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-204 DIVULG 28-10-2009 PUBLIC 29-10-2009 EMENT VOL-02380-02 PP-00394).

Além disso, entendo que não se mostra compatível com a Constituição Federal a utilização da prisão temporária como forma de prisão para averiguação ou em violação ao direito à não autoincriminação.

A prisão para averiguação foi instrumento utilizado como forma manifesta de constrangimento. Ela implicava o arrebatamento de pessoas pelos órgãos de investigação, que eram presas, para aferir a vinculação delas a uma infração, ou para investigar a sua vida pregressa. Essa prisão para averiguação é de todo ilegal e caracteriza abuso de autoridade.

Ademais, esta Corte, no julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 395 e 444, entendeu ser incompatível com a Constituição Federal, a condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Confira-se a ementa da ADPF 444:

1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. 2. Agravo Regimental contra decisão liminar. Apresentação da decisão, de imediato, para referendo pelo Tribunal. Cognição completa da causa com a inclusão em pauta. Agravo prejudicado. 3. Cabimento da ADPF. Objeto: ato normativo pré-constitucional e conjunto de decisões judiciais. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99):

ADI 4109 / DF

ausência de instrumento de controle objetivo de constitucionalidade apto a tutelar a situação. Alegação de falta de documento indispensável à propositura da ação, tendo em vista que a petição inicial não se fez acompanhar de cópia do dispositivo impugnado do Código de Processo Penal. Art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.882/99. Precedentes desta Corte no sentido de dispensar a prova do direito, quando “transcrito literalmente o texto legal impugnado” e não houver dúvida relevante quanto ao seu teor ou vigência – ADI 1.991, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 3.11.2004. A lei da ADPF deve ser lida em conjunto com o art. 376 do CPC, que confere ao alegante o ônus de provar o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se o juiz determinar. Contrario sensu, se impugnada lei federal, a prova do direito é desnecessária. Preliminar rejeitada. Ação conhecida. 4. Presunção de não culpabilidade. A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes. Violação. 5. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o ser humano mero objeto no Estado, conseqüentemente, contraria a dignidade humana (NETO, João Costa. Dignidade Humana: São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84). Na condução coercitiva, resta evidente que o investigado é conduzido para demonstrar sua submissão à força, o que desrespeita a dignidade da pessoa humana. 6. **Liberdade de locomoção. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve.** 7. **Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como**

ADI 4109 / DF

admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado. 8. Potencial violação à presunção de não culpabilidade. Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII. A restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado. 9. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva. 10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP. (ADPF 444, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 21-05-2019 PUBLIC 22-05-2019)

Entendo que os fundamentos desses precedentes do Plenário desta Corte aplicam-se à presente Ação Direta. Se não pode conduzir alguém coercitivamente para ser interrogado, também não se pode decretar a prisão somente com a finalidade de interrogar, na medida em que ninguém pode ser forçado a falar ou a produzir prova contra si.

Portanto, a prisão temporária não pode ser utilizada com o sentido de conferir a ela, por vias transversas, a imposição ao sujeito de se submeter à oitiva em fase inquisitorial.

Nessa direção, cito doutrina de Aury Lopes Júnior, ao ressaltar que,

ADI 4109 / DF

pelo *nemo tenetur se detegere*, não se pode decretar a prisão temporária com a finalidade de conduzir o investigado para ser ouvido:

É importante não esquecer que o suspeito também está protegido pela presunção de inocência e, principalmente, pelo *nemo tenetur se detegere*, ou seja, não está ele obrigado a praticar nenhum ato de prova que lhe possa prejudicar. **Daí por que eventual recusa em submeter-se a reconhecimentos, acareações, reconstituições etc. deve ser respeitada, pois constitucionalmente garantida, jamais servindo de fundamento para a decretação da prisão temporária.** Infelizmente, ainda existem juízes que decretam a prisão temporária porque o imputado “não está colaborando com as investigações” ... Isso é um absurdo.

Assim, é ilegal a prisão temporária que, com fundamento na “imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial”, pretende disponibilizar o *corpo do suspeito* para que dele disponha a autoridade policial (obrigando-o a participar de reconhecimentos, reconstituições etc.)

Há que se abandonar o ranço inquisitório, em que o juiz (inquisidor) dispunha do corpo do herege, para dele extrair a verdade real... O suspeito (e o acusado) tem o direito de silêncio e de não participar de qualquer ato probatório, logo, está logicamente autorizado a não comparecer [...] **não cabe a decretação de prisão temporária com a finalidade de conduzir o imputado para ser ouvido. Só cabe prisão temporária nos estritos limites do previsto na Lei n. 7.960/89 e ainda é preciso sempre recordar que o imputado tem direito de silêncio e de não produzir prova contra si mesmo**, de modo que não há qualquer motivo que justifique ou legitime sua condução ou prisão para ser ouvido (sem esquecer também que eventual confissão também não constitui prova plena de nada...). (Lopes Junior, Aury. Direito Processual Penal. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 820-821).

Por outro lado, com relação ao inciso II do art. 1º da Lei 7.960/1989,

ADI 4109 / DF

entendo que ele mostra-se dispensável ou, quando interpretado isoladamente, inconstitucional. Isso porque ou a circunstância de o representado não possuir residência fixa evidencia de modo concreto que a prisão temporária é imprescindível para as investigações (inciso I) ou não se pode decretar a prisão pelo simples fato de que alguém não possui endereço fixo.

Nesse sentido, não é constitucional a decretação da prisão temporária quando se verificar, por exemplo, apenas uma situação de vulnerabilidade econômico-social – pessoas em situação de rua, desabrigados – por violação ao princípio constitucional da igualdade em sua dimensão material.

Parte dessas observações constaram nos votos precedentes, em especial do Ministro Gilmar Mendes; contudo, entendo ser o caso de se deixar expresso no dispositivo a vedação a essa interpretação.

Com relação à prisão estar fundamentada em fatos novos ou contemporâneos (art. 312, § 2º, CPP), ainda que se cuide de dispositivo voltado à prisão preventiva, entendo que a regra é também aplicável à prisão temporária. Trata-se não apenas de uma decorrência lógica da própria cautelaridade das prisões provisórias, como também consequência do princípio constitucional da não culpabilidade.

A assertiva anterior, entretanto, não impede a decretação de prisão cautelar por crimes antigos; apenas obsta a imposição de prisão caso não haja fato contemporâneo ao decreto que justifique, de maneira objetiva, o *periculum libertatis*.

De igual modo, entendo ser o caso de acompanhar a divergência para assentar que a medida de prisão temporária deve ser adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, inciso II, CPP).

A Lei 12.403/2011, ao modificar as disposições gerais do Código de Processo Penal sobre as medidas cautelares, disciplinou no art. 282 o seguinte:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei

ADI 4109 / DF

nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

Ainda que a prisão temporária esteja prevista em lei extravagante, o art. 282, inciso II, do CPP traz uma regra geral de aplicação a incidir sobre todas as modalidades de medida cautelar – seja de prisão ou não –, as quais, em atenção ao princípio da proporcionalidade, devem observar a necessidade e a adequação em vista da gravidade do crime, das circunstâncias do fato e das condições pessoais do representado.

Na mesma linha, entendo ser hipótese de se observar o disposto no art. 282, § 6º, do CPP para a decretação da prisão temporária, segundo o qual a prisão apenas poderá ser determinada quando não se mostrar suficiente a imposição de outra medida cautelar.

A interpretação está em consonância com o princípio constitucional da não culpabilidade, de onde se extrai que a regra é a liberdade; a imposição das medidas cautelares diversas da prisão a exceção; ao passo que a prisão, qualquer que seja a sua modalidade, a exceção da exceção, é dizer, a *ultima ratio* do sistema processual penal. Nessa linha, cumpre rememorar, por oportuno, o art. 5º, inciso LXVI, da CF, segundo o qual “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, de onde se constata a conformidade dessa interpretação com a Constituição.

Por outro lado, tenho não ser o caso de se adotar interpretação que exija para a prisão temporária a observância do art. 313 do CPP e, no ponto, com a devida vênia, divirjo do voto do Min. Gilmar Mendes.

O art. 313 do CPP encontra-se assim redigido:

ADI 4109 / DF

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Sobretudo quando se analisa os incisos, trata-se de dispositivo específico para a prisão preventiva, uma vez que, no caso da prisão temporária, o legislador ordinário, no seu legítimo campo de conformação, já escolheu os delitos que julgou de maior gravidade para sua imposição (inciso III da Lei 7.960/89). Entender de modo diverso implicaria confusão entre os pressupostos de decretação das prisões preventiva e temporária, bem como violação aos princípios da legalidade e da separação entre os poderes.

Assim, ao meu sentir, não é hipótese de se conjugar a Lei de prisão temporária com o art. 313 do CPP.

ADI 4109 / DF

Por fim, ainda que se pudesse afirmar que a lógica consagrada no § 2º deste artigo deva ser também aplicada às prisões temporárias, entendo que a cautela com a impossibilidade de decretação da prisão como antecipação de cumprimento de pena ou pela mera existência de uma investigação criminal, já está resguardada pela interpretação dada ao inciso I da Lei 7.960/89 na presente decisão.

Ante o exposto, acompanho, com ressalvas, a divergência inaugurada pelo Min. Gilmar Mendes e conheço da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.360 e em parte da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.109; no mérito, julgo os pedidos parcialmente procedentes para dar interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1º da Lei 7.960/1989 e fixar o entendimento de que a decretação de prisão temporária autoriza-se quando, cumulativamente:

1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (*periculum libertatis*), constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação, ou **quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II);**

2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (*fumus comissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo;

3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP);

4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP);

5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP).

É como voto.

ADI 4109 / DF

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.109

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S) : PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB

ADV.(A/S) : WLADIMIR SÉRGIO REALE (003803/RJ)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

AM. CURIAE. : GRUPO TORTURA NUNCA MAIS/RJ

ADV.(A/S) : THIAGO BOTTINO DO AMARAL (102312/RJ)

Decisão: Após o voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora), que conhecia parcialmente da ação direta e julgava-a parcialmente procedente para, sem redução de texto, atribuir interpretação conforme à Constituição da República ao art. 1º da Lei n. 7.960/1989 e admitir o cabimento da prisão temporária desde que presentes cumulativamente as hipóteses dos incs. I e III ou I, II e III; e do voto do Ministro Gilmar Mendes, que acompanhava a Relatora quanto ao conhecimento parcial da ação, mas divergia na parte conhecida e julgava parcialmente procedente esta ADI para dar interpretação conforme ao art. 1º da Lei nº 7.960/1989 e fixar o entendimento de que, em conformidade com a CF e o CPP, a decretação de prisão temporária autoriza-se quando, cumulativamente: 1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei nº 7.960/1989) (*periculum libertatis*), a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, sendo proibida a sua utilização como prisão para averiguações ou em violação ao direito à não autoincriminação; 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei nº 7.960/1989 (*fumus commissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo; 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP); 4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP), respeitados os limites previstos no art. 313 do CPP; 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP), pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin. Falou, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Adriano Martins de Paiva. Plenário, Sessão Virtual de 13.11.2020 a 20.11.2020.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Edson Fachin, que acompanhava, com ressalvas, a divergência inaugurada pelo Min. Gilmar Mendes e conhecia da Ação Direta de Inconstitucionalidade

n. 3.360 e em parte da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.109; e, no mérito, julgava os pedidos parcialmente procedentes para dar interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1º da Lei 7.960/1989 e fixar o entendimento de que a decretação de prisão temporária autoriza-se quando, cumulativamente: 1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (*periculum libertatis*), constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação, ou quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II); 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (*fumus comissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo; 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP); 4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP); 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP), no que foi acompanhado pela Ministra Rosa Weber; e dos votos dos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux (Presidente) e Nunes Marques, que acompanhavam a Ministra Cármen Lúcia (Relatora), pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, Sessão Virtual de 20.8.2021 a 27.8.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

14/02/2022

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.109 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de cautelar, ajuizada pelo PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO (PTB), em face da Lei n. 7.960/1989, que dispõe sobre "prisão temporária", e, por arrastamento consequencial, do § 4º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, que dispõe sobre crimes hediondos.

Eis, em destaque, o teor dos dispositivos impugnados:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

[...]

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.

[...]

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

ADI 4109 / DF

[...]

§4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Sustenta o requerente, em apertada síntese, a inconstitucionalidade de toda a Lei n. 7.960/1989 ou, subsidiariamente, a inconstitucionalidade de alguns dispositivos e expressões constantes na Lei n. 7.960/1989, que estariam contrariando o art. 5º, LIV, LVII, LXI, LXIII, LXVI e § 3º, da Constituição Federal.

Pugna, portanto, pela **(a)** inconstitucionalidade de todos os dispositivos constantes na Lei n. 7.960/1989; **(b)** aplicação da técnica de interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar o entendimento de que seria indispensável a presença cumulativa dos três requisitos legais previstos no art. 1º, I, II e III, da Lei n. 7.960/1989, para a decretação da prisão temporária; **(c)** inconstitucionalidade da expressão "será" constante do art. 2º, *caput*, da Lei n. 7.960/1989, por ofensa ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal, tendo em vista que a expressão "será" estaria a subtrair do juiz a competência para decidir sobre o mérito da prisão, uma vez que o obrigaria a atender automaticamente à representação da autoridade policial ou ao requerimento do Ministério Público, além de ofensa ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal, pois levaria à prisão de simples suspeitos; **(d)** inconstitucionalidade do prazo de 24 horas para que o juiz decida, de forma fundamentada, acerca da prisão temporária, por violação ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal, em razão da sua desproporcionalidade, o que impossibilitaria que "o magistrado tenha a possibilidade de sequer examinar os autos. É o que se vê, no cotidiano do país, sobretudo em relação aos 'crimes contra o sistema financeiro c/c art. 288, do Código Penal', que, em geral, são apurados mediante inquéritos policiais com dezenas ou, em alguns casos com mais de uma centena de volumes. Trata-se de decisão cautelar em casos complexos e materialmente inexecutável para ser prolatada em 24 horas"; **(e)** inconstitucionalidade em "face do direito à liberdade provisória, referido no art. 5º, LXVI, da Constituição da República, nos

ADI 4109 / DF

termos previstos no art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, tendo em conta que a criação dessa modalidade de detenção, in casu, com menos pressupostos ou requisitos do que estabelecido pela prisão preventiva, é, sem dúvida, inconstitucional".

A ação foi processada sob o rito estabelecido no art. 12 da Lei n. 9.868/1999.

Foram prestadas informações pelo Presidente da República (fls. 278-298).

A Advocacia-Geral da União, no exercício da sua atribuição prevista no art. 103, § 3º, da Constituição Federal, apresentou as suas considerações, aduzindo que não seria o caso de se conhecer da presente ação, uma vez que *"a petição inicial do requerente não atende aos requisitos exigidos por essa Egrégia Corte por lhe faltar clareza, objetividade e demonstração específica do vício vislumbrado em cada um dos artigos e inciso impugnados. A inicial apresenta seus fundamentos na forma de inúmeras sugestões de inconstitucionalidade, sem antagonismo específico para cada questão tratada, além de não observar a exigência de fundamentação que mantenha pertinência lógica com o pedido"*. Todavia, se conhecida, opinou pela sua improcedência (fls. 452-467).

A Procuradoria-Geral da República apresentou parecer, manifestando-se pelo não conhecimento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, dado o não cumprimento do art. 4º, *caput*, da Lei n. 9.868/1999, que prevê a necessidade de fundamentação dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade. No mérito, opinou pela improcedência da ação (fls. 470-483).

É o relatório.

Preliminarmente, verifico que a presente ação direta atende aos requisitos legais de admissibilidade, porque foi promovida por ente constitucionalmente legitimado, tendo por objeto lei ordinária (Lei n. 7.960/1989), dotada dos atributos de generalidade e abstração, impugnada em face da Constituição Federal. A petição inicial indica claramente o pedido, está fundamentada e foi acompanhada de cópia do ato normativo

ADI 4109 / DF

impugnado, como exigido pela legislação de regência.

Assim, ACOMPANHO a Relatora quanto ao conhecimento da ação proposta.

No mérito, contudo, peço vênia para DIVERGIR de sua Excelência.

I. Do breve histórico da Lei n. 7.960/1989 e da impossibilidade de aplicação da técnica de interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar o entendimento de que seria indispensável a presença cumulativa dos três requisitos legais previstos no art. 1º, I, II e III, da Lei n. 7.960/1989, para a decretação da prisão temporária.

A prisão temporária surgiu no Brasil com a edição da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, resultante da conversão da Medida Provisória n. 111/89, tendo sido idealizada para substituir, legalmente, a antiga "prisão para averiguação". Segundo GUILHERME DE SOUZA NUCCI, a prisão para averiguação refere-se a um "*instrumento de arbítrio, que, uma vez fosse admitido, ampliaria os poderes da polícia em demasia, a ponto de cidadão algum ter a garantia de evitar a humilhação do recolhimento ao cárcere*". (*Manual de processo penal e execução penal*, 11ª ed., Editora Gen Forense, 2014, p. 530-532).

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

A *prisión incomunicada* pode ser decretada pela autoridade judiciária (juiz de instrução ou tribunal), por decisão motivada, não podendo exceder o prazo de 5 dias (passível de prorrogação por uma vez), em razão da necessidade urgente de evitar consequências graves que possam colocar em perigo de vida, a liberdade ou a integridade física de uma pessoa, como também em face da necessidade de se evitar o comprometimento do processo criminal.

Na chamada *garde à vue*, o oficial de polícia poderá determinar, por necessidade de investigação criminal, a prisão de qualquer pessoa suspeita de haver cometido ou tentado cometer uma infração penal. A

ADI 4109 / DF

prisão não poderá durar mais de 24 (vinte e quatro) horas (art. 63, II, do *Code de Procédure Pénale*), exceto nos casos em que o crime cometido é apenado com pena de prisão não inferior a 01 (um) ano ou se a prorrogação da medida for o único meio de se alcançar pelo menos um dos objetivos mencionados nos pontos 1º a 6º, do artigo 62-2, do *Code de Procédure Pénale*, em que o prazo poderá ser prorrogado por igual período, desde que haja autorização escrita e motivada do Procurador da República.

Por fim, no direito italiano, encontramos o chamado *fermo di indiziati di reato*, espécie de prisão cautelar similar à prisão temporária, levada a cabo na fase investigatória e que não exige prévia ordem judicial, podendo ser decretada pelo Ministério Público ou pela autoridade policial, quando da prática de crimes para os quais a lei preveja a pena de ergástulo (perpétua) ou de reclusão não inferior a 02 (dois) anos ou superior a 06 (seis) anos, ou de crime relativo a armas de guerra e explosivos ou de um crime de terrorismo.

No direito brasileiro, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser garantido, expressamente, que somente a autoridade judiciária, por ordem escrita e fundamentada, estaria autorizada a decretar a prisão de alguém (art. 5º, LXI, da CF/1988).

A tutela à liberdade com a consequente limitação do Poder estatal sobre o *status libertatis* do indivíduo consiste em uma das maiores conquistas do Direito Constitucional, sendo clássica previsão inglesa da Magna Charta Libertatum, outorgada por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, que, em seu item 39, estabelecia:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de Harmonia com a lei do país.

Como salientam CANOTILHO e MOREIRA:

ADI 4109 / DF

O direito à liberdade engloba fundamentalmente os seguintes subdireitos: a) direito de não ser detido ou preso pelas autoridades públicas, salvo nos casos e termos previstos neste art. (27 da Constituição portuguesa); b) direito de não ser aprisionado ou fisicamente impedido ou constrangido por parte de outrem; c) direito à proteção do Estado contra os atentados de outrem à própria liberdade. (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da república portuguesa anotada, 3ª ed. Coimbra Editora, 1993, p. 184).

A regra constitucionalmente prevista, portanto, é a liberdade, com inúmeros direitos e garantias protetores da manutenção desse preceito básico em um estado de direito. No entanto, a própria Constituição Federal prevê hipóteses de supressão do direito de liberdade, sempre, porém, em caráter excepcional e taxativo.

Dessa forma, em relação ao binômio liberdade-prisão, poderíamos apontar a seguinte regulamentação constitucional, referente a todas as espécies de prisões, sejam elas penais, processuais, civis e disciplinares: **(a)** como regra geral: a liberdade; **(b)** exceções excepcionais e taxativas: flagrante delito e por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente nas hipóteses descritas em lei, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definido em lei.

A Constituição de 1988 restringiu a noção de autoridade competente para a decretação da prisão. Assim, diferentemente das Constituições de 1824 (art. 179, X), 1891 (art. 72, §13º), 1934 (art. 113, n. 21), 1937 (art. 122, n. 11), 1946 (art. 141, §20º), 1967 (art. 150, §12º), EC n. 01/69 (art. 153, §10º), somente do Poder Judiciário poderão emanar ordens de prisão, não tendo havido recepção das normas infraconstitucionais que permitiram tal conduta à autoridade administrativa.

Note-se que, em face do princípio da reserva legal, constitui pressuposto constitucional implícito, porém indispensável ao cerceamento do *status libertatis*, com conseqüente decretação de prisão, a expressa previsão constitucional ou legal das hipóteses ensejadoras.

ADI 4109 / DF

Dessa forma, não poderá a autoridade judiciária competente, arbitrariamente e sem que haja previsão legal, determinar o cerceamento da liberdade de algum indivíduo.

No direito brasileiro, podemos distinguir 5 (cinco) espécies de prisão, cuja titularidade para decretação, a partir da Constituição Federal de 1988, é exclusiva do Poder Judiciário: (I) prisão penal; (II) prisão processual; (III) prisão administrativa; (IV) prisão civil; e (V) prisão disciplinar.

As prisões penais são as resultantes do trânsito em julgado da sentença condenatória e aplicáveis pelo Poder Judiciário, após o devido processo legal, em virtude da prática de uma infração penal.

As prisões processuais englobam as prisões temporárias (Lei n. 7.960/1989), em flagrante delito (art. 301 a 310 do CPP) e preventivas (art. 311 a 316 do CPP). Anote-se somente que, em relação ao Código de Processo Penal Militar, existe uma espécie de prisão processual denominada Menagem, consistente em prisão provisória fora do cárcere, a ser concedida facultativamente pelo juiz-auditor, desde que verificada a natureza do crime, os bons antecedentes do acusado e que a pena privativa de liberdade cominada ao crime não exceda quatro anos (art. 263 e seguintes do CPPM).

As prisões administrativas são previstas em leis especiais, como, por exemplo, o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1980), entre outras.

Por fim, a única hipótese de prisão civil é aquela decretada pelo Poder Judiciário nas hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de dívida de alimentos (lembrando que a prisão civil do depositário infiel foi declarada inconstitucional por esta CORTE, o que resultou na edição da Súmula Vinculante n. 25 do STF).

Portanto, em consequência de toda e qualquer prisão ser, necessariamente, aferida em decisão fundamentada do juiz ou do Tribunal, não poderia a Lei n. 7.960/1989, responsável por instituir a prisão temporária, prever algo diferente, afinal, trata-se de cumprimento da cláusula de reserva de jurisdição (art. 5º, LXI, da CF/1988). Aliás, tanto não o fez, que previu no art. 2º que "*a prisão temporária será decretada pelo*

ADI 4109 / DF

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”.

A propósito, JULIO FABBRINI MIRABETE define esta modalidade prisional como sendo uma *"medida acauteladora, de restrição da liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial"*. (Processo Penal, 14. ed., Editora Atlas, 2003, p. 392). Já ROGÉRIO LAURIA TUCCI, sustentando que *"a prisão temporária, por sua vez, tem a mesma finalidade de encarceramento prévio do indiciado no lapso temporal entre a iniciação da informatio delicti mediante portaria (inocorrente, portanto, a prisão em flagrante delito) e o momento em que verificada a possibilidade de imediata reunião dos elementos necessários à decretação da prisão preventiva"*. (Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 257-258).

Independentemente da definição conceitual adotada, é certo que a prisão temporária, como espécie de prisão cautelar, tornou-se um instrumento ágil e eficaz para a solução de crimes graves que solapam a nossa sociedade, especialmente ante a falta de recursos aplicados pelo Poder Público na área de inteligência (segurança pública). Além disso, não desconheço que o advento da Lei n. 7.960/1989 amenizou a prática de abusos policiais e permitiu uma melhoria nas investigações, sobretudo porque banuiu do ordenamento jurídico brasileiro a inconstitucional "prisão para averiguação", incontroversa fonte promíscua de corrupção.

Desse modo, acerca do cabimento da prisão temporária, diz o art. 1º da Lei n. 7.960/1989:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

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

III - quando houver fundadas razões, de acordo com

ADI 4109 / DF

qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, *caput*, e seu §2º);
- b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, e seus §§1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, *caput*, e seus §§1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, *caput*, e seus §§1º e 2º);
- e) extorsão mediante sequestro (art. 159, *caput*, e seus §§1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, §1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas;
- o) crimes contra o sistema financeiro;
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Diverge a doutrina, entretanto, quanto aos requisitos para a decretação da prisão temporária. É que, pela má redação do dispositivo infraconstitucional, aliada a uma leitura dissociada dos postulados constitucionais e de regras de interpretação, já se cogitou, equivocadamente, pelo cabimento da decretação de prisão temporária para o crime de furto (art. 155 do CP) quando o indiciado não tivesse residência fixa, por exemplo.

No entanto, como adverte ANTONIO SCARANCE FERNANDES:

É mister outra leitura desse art. 1º, por meio da qual não se

ADI 4109 / DF

perca de vista a natureza cautelar de toda prisão durante a investigação ou durante o processo, sendo trabalho do intérprete verificar se ele contempla, em seus três incisos, as exigências do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, ajustando-se, assim, a prisão temporária ao princípio da presunção de não culpabilidade. (Processo Penal Constitucional, 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 290).

A esse respeito, RENATO BRASILEIRO DE LIMA (*Legislação criminal especial comentada, Volume único, 6. ed., Editora JusPodivm, 2018, p. 827-883*) reconhece a existência de 5 (cinco) correntes sobre o tema: **(1)** basta a presença de qualquer um dos incisos previstos no art. 1º da Lei n. 7.960/1989; **(2)** é necessária a presença cumulativa dos três incisos previstos no art. 1º da Lei n. 7.960/89; **(3)** afora o preenchimento dos três incisos previstos no art. 1º da Lei n. 7.960/89, também se exige a presença de uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (art. 312 do CPP); **(4)** sempre serão necessários os incisos I e III previstos no art. 1º da Lei n. 7.960/1989; **(5)** o inciso III deve estar sempre presente, seja combinado com o inciso I, seja combinado com o inciso II.

A primeira corrente, por meio da qual seria suficiente a presença de qualquer um dos incisos previstos no art. 1º da Lei n. 7.960/1989, para a decretação da prisão temporária, dá de ombros ao princípio da presunção de inocência, uma vez que possibilitaria, por exemplo, a prisão daquele que praticou qualquer um dos crimes previstos sem a necessidade da presença dos pressupostos cautelares (*fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*). Bastaria, assim, que se tivesse a notícia de um crime de roubo ou um crime contra o sistema financeiro para decretar-se a prisão temporária. Por outro lado, a vingar tal entendimento, seria permitida, inclusive, a prisão de qualquer pessoa que não tivesse residência fixa ou que não tivesse fornecido elementos necessários ao esclarecimento da sua identidade. Aqui, a prisão temporária serviria como inequívoca forma de execução antecipada de pena! É a posição de DIAULAS COSTA RIBEIRO (*Prisão temporária – Lei n. 7.960/89, de 21.12.89 – um breve estudo sistemático*

ADI 4109 / DF

e comparado, Revista dos Tribunais n. 707, Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 272).

A segunda corrente, que autoriza a decretação da prisão temporária se e quando presentes, cumulativamente, todos os incisos do art. 1º da Lei n. 7.960/1989, acaba por inviabilizar a aplicação do instituto. Afinal, na prática, seria muito difícil verificar alguma situação concreta de alguém (a) sem residência fixa (inciso II), (b) suspeito de praticar um dos crimes previstos no inciso III (roubo, por exemplo) e que (c) a sua custódia fosse imprescindível para as investigações do inquérito policial (inciso I). Logo, em razão de ser muito improvável que um suspeito da prática de crime contra o sistema financeiro (art. 1º, III, "o", da Lei n. 7.960/1989) não tenha residência fixa, a previsão legal aqui se tornaria letra morta para essa finalidade.

A terceira corrente prevê que, para a decretação da prisão temporária, deveriam estar presentes, além dos requisitos da Lei n. 7.960/1989, as hipóteses que autorizariam a prisão preventiva. Tal corrente é capitaneada por VICENTE GRECO FILHO (*Manual de processo penal*, 6ª ed., Editora Saraiva, 1999, p. 272-273), que aduz: "*essas hipóteses parecem ser puramente alternativas e destituídas de qualquer outro requisito. Todavia, assim não podem ser interpretadas. Apesar de instituírem uma presunção de necessidade da prisão, não teria cabimento a sua decretação se a situação demonstrasse cabalmente o contrário. É preciso, pois, combiná-las entre si e combiná-las com as hipóteses de prisão preventiva, ainda que em sentido inverso, somente para excluir a decretação*".

A quarta corrente sustenta que, para a decretação da prisão temporária, serão necessários os incisos I e III do art. 1º da Lei n. 7.960/1989. Isso porque, enquanto o inciso I demonstraria a necessidade da prisão para o sucesso da investigação (*periculum libertatis*), o inciso III representaria a existência de fundadas razões de autoria ou da participação do indiciado (*fumus comissi delicti*). Portanto, não bastaria, apenas, a presença do inciso III combinado com o inciso II, uma vez que sempre seria necessário demonstrar a imprescindibilidade da prisão para assegurar a eficácia das investigações (inciso I). Nesse caso, poder-se-ia

ADI 4109 / DF

cogitar da decretação da prisão preventiva. Na trilha dessa corrente estão: RENATO BRASILEIRO DE LIMA (*Manual de processo penal, Volume único*, 4. ed, Editora JusPodivm, 2016, p. 971-986 e *Legislação criminal especial comentada, Volume único*, 6ª ed., Editora JusPodivm, 2018, p. 827-883); MARCELLUS POLASTRI (*A tutela cautelar no processo penal*, 3. ed., Editora Atlas, 2014, p. 208-217).

Por fim, a quinta e última corrente entende que, para a decretação da prisão temporária, faz-se necessária a presença do inciso III do art. 1º da Lei n. 7.960/1989 (*fumus comissi delicti*) com o inciso I do art. 1º da Lei n. 7.960/1989 ou com o inciso II do art. 1º da Lei n. 7.960/1989 (*periculum libertatis*). Assim, somente seria possível a utilização dessa modalidade de prisão cautelar quando houvesse fundadas razões de autoria ou participação do indiciado na prática de um dos crimes listados no inciso III, associado à imprescindibilidade da segregação cautelar para a investigação policial (inciso I) ou à situação de ausência de residência fixa ou de identidade incontroversa (inciso II). Esta é a corrente majoritária na doutrina: GUILHERME DE SOUZA NUCCI (*Manual de processo penal e execução penal*, 11ª ed., Editora Gen Forense, 2014, p. 530-532 e *Leis penais e processuais penais comentadas, Volume 2*, 7ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 615-628); EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (*Curso de processo penal*, 18ª ed., Editora Atlas, 2014, p. 544-548); ADA PELLEGRINI GRINOVER (*Limites constitucionais à prisão temporária*, Revista Jurídica Brasileira, n. 207, 1995, p. 35-38); ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES (*As nulidades no processo penal*, 11ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 278); GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ (*Processo penal*, 4ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.045-1.048); ANTONIO SCARANCE FERNANDES (*Processo penal constitucional*, 7ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 301-305); AURY LOPES JÚNIOR (*Direito processual penal*, 12ª ed., Editora Saraiva, 2015, p. 677-683).

Todavia, independentemente do ângulo que se analise a questão envolvendo a prisão temporária (mormente os requisitos autorizadores para a sua decretação), não me parece ser o caso de se aplicar a técnica de

ADI 4109 / DF

interpretação conforme à Constituição, tal como sustentado pelo requerente, uma vez que inexistente qualquer violação constitucional.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL possui jurisprudência no sentido de que a consagração do princípio da inocência (art. 5º, LVII, da CF) não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias (prisão temporária e prisão preventiva) que, não obstante a presunção *juris tantum* da não culpabilidade dos réus, podem validamente incidir sobre seu *status libertatis*.

A saudosa ADA PELLEGRINI GRINOVER (*Limites constitucionais à prisão temporária*, Revista Jurídica Brasileira, n. 207, 1995, p. 35), sem dúvida nenhuma uma das maiores processualistas do Brasil, também registrou que a prisão temporária não infringia a Constituição Federal (art. 5º, LXI) ao apontar que "*do mesmo modo, a prisão temporária não infringe a Constituição, quanto à sua configuração de prisão cautelar, a uma de cujas formas a Lei Maior alude, no mesmo inciso LXI do art. 5, ao referir-se à prisão em flagrante delito*". No mesmo sentido, entendendo ser constitucional a Lei n. 7.960/1989, EDGARD MAGALHÃES NORONHA assevera:

Quando de seu surgimento muito se questionou sobre sua constitucionalidade, porém a nós parece que não atenta contra a Carta Magna, pois esta manteve a prisão cautelar ou qualquer outra coerção processual, como se constata do art. 5º, LXI, da Constituição Federal. Este dispositivo manteve a prisão processual, exigindo apenas que seja judicial e fundamentada, e tais requisitos são encontrados na prisão temporária. Temos para nós que encontra amparo no dispositivo constitucional referido. (Curso de Direito Processual Penal, 21ª ed., Editora Saraiva, 1992, p. 173).

Nesse sentido, diversos os precedentes deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL sobre o tema:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS

ADI 4109 / DF

RECEBIDO COMO HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO FUNDAMENTADA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A presunção de inocência, ou de não culpabilidade, é princípio cardeal no processo penal em um Estado Democrático de Direito. Teve longo desenvolvimento histórico, sendo considerada uma conquista da humanidade. Não impede, porém, em absoluto, a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo, exigindo apenas que essas sejam necessárias e que não sejam prodigalizadas. "A antecipação cautelar da prisão", conforme lição do eminente Ministro Celso de Mello, "não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade" (HC 94.194/CE, decisão monocrática, 28.8.2008, DJE nº 165, de 2.9.2008). Não constitui um véu inibidor da apreensão da realidade pelo juiz, ou mais especificamente do conhecimento dos fatos do processo e da valoração das provas, ainda que em cognição sumária e provisória. O mundo não pode ser colocado entre parênteses. O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser valorado para decretação ou manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva, já que a imposição desta tem por pressuposto a presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria. Se as circunstâncias concretas da prática do crime revelam risco de reiteração delitiva e a periculosidade do agente, justificada está a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria. [...]

(RHC 108.440/DF, Rel. Min. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 17/04/2012);

É inquestionável que a antecipação cautelar da prisão – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento

ADI 4109 / DF

positivo (prisão temporária, prisão preventiva ou prisão decorrente da sentença de pronúncia) - não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade (RTJ 133/280 - RTJ 138/216 - RTJ 142/855 - RTJ 142/878 - RTJ 148/429 - HC 68.726/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA).

(HC 84.787/MC-PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 03/11/2004);

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. QUESTÃO NOVA. PRISÃO PREVENTIVA. FUGA DO RÉU. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII).

I. - Por conter questão nova, não apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, o habeas corpus não pode ser conhecido, sob pena de supressão de instância.

II. - A fuga do réu do distrito da culpa, por si só, justifica o decreto de prisão preventiva.

III. - **A presunção constitucional de não-culpabilidade não desautoriza as diversas espécies de prisão processual, prisões inscritas em lei para o fim de fazer cumprida a lei processual ou para fazer vingar a ação penal.**

IV. - H.C. conhecido, em parte, e, nessa parte, indeferido.

(HC 81.468/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJe de 01/08/2003);

Habeas corpus. - Com base no disposto no artigo 125, par. 1º, da Constituição Federal, a Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 79, II, 'a', conferiu aos Tribunais de Alçada competência para processar e julgar, em matéria criminal, os crimes contra o patrimônio, seja qual for a natureza da pena cominada, excetuados os com evento morte. - Inexistência, no caso de excesso de prazo para a prisão cautelar, pois a nulidade da sentença por nulidade na fixação da pena não demanda a reabertura da instrução, e é pacífico o entendimento de que, encerrada a instrução, não há que se falar em excesso de prazo. - **Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que a**

ADI 4109 / DF

prisão cautelar não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, conclusão essa que decorre da conjugação dos incisos LVII, LXI e LXVI, do artigo 5º da Constituição Federal. "Habeas corpus" indeferido.

(HC 71.169/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJe de 16/09/1994)

O que se exige, portanto, na esteira da doutrina majoritária – que entendo adequada –, é que, estando presentes os requisitos autorizadores da imposição de qualquer medida cautelar no processo penal – *fumus comissi delicti* (previsto no inciso III do art. 1º da Lei n. 7.960/1989) e *periculum libertatis* (inciso I ou o inciso II do art. 1º da Lei n. 7.960/89) –, é possível a decretação da prisão temporária, desde que determinada por ordem escrita e fundamentada do Magistrado (art. 5º, LXI, da CF) e a pedido do Ministério Público ou da autoridade policial. Isso porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, o encarceramento provisório do indiciado sempre será visto como medida excepcional (a liberdade é a regra).

Por sinal, tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei com o objetivo de reformar o Código de Processo Penal (PL n. 156/2009 - "Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal"), que, se aprovado nos termos em que está, colocará fim à discussão doutrinária existente acerca dos requisitos autorizadores para a decretação da prisão temporária, haja vista que a positivou no próprio diploma legal e reformulou os requisitos previstos na Lei n. 7.960/1989, a saber:

Seção IV

Prisão temporária

Art. 563. Fora das hipóteses de cabimento da prisão preventiva, o juiz, no curso da investigação, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, poderá decretar prisão temporária, quando não houver outro meio para garantir a realização de ato essencial à apuração do crime, tendo em vista indícios precisos e objetivos de que o investigado obstruirá o andamento da investigação

ADI 4109 / DF

dos seguintes crimes:

I – homicídio doloso (art. 121, *caput* e §2º, do Código Penal);

II – sequestro ou cárcere privado (art. 148, *caput* e §§1º e 2º, do Código Penal);

III – roubo (art. 157, *caput* e §§1º, 2º e 3º, do Código Penal);

IV – extorsão (art. 158, *caput* e §§1º e 2º, do Código Penal);

V – extorsão mediante sequestro (art. 159, *caput* e §§1º, 2º e 3º, do Código Penal);

VI – estupro e estupro de vulnerável (arts. 213 e 217-A do Código Penal);

VII – epidemia com resultado de morte (art. 267, §1º, do Código Penal);

VIII – envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com art. 285, do Código Penal);

IX – quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal);

X – genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

XI – tráfico de drogas e condutas correlatas (arts. 33, *caput* e §1º, 34, 35, 36 e 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006);

XII – crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

§1º Aplica-se à prisão temporária o disposto nos arts. 556, §§1º, 2º e 3º, e 557.

§2º A medida cautelar prevista neste artigo não poderá ser utilizada com o único objetivo de interrogar investigado.

Art. 564. Ressalvadas as disposições da legislação especial, a prisão temporária não excederá a 5 (cinco) dias, admitindo-se uma única prorrogação por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade.

Pela leitura dos dispositivos acima destacados, além da manutenção dos prazos diferenciados para a prisão temporária em se tratando de crimes hediondos (art. 564, do PL n. 156/2009), é possível constatar uma preocupação do legislador com a redação dos requisitos autorizadores do

ADI 4109 / DF

decreto cautelar: enquanto na Lei n. 7.960/89, como visto, devemos conjugar o inciso III (*fumus comissi delicti*) com o inciso I ou com o inciso II (*periculum libertatis*), neste novo Projeto de Lei verifica-se que o legislador aboliu o criticado inciso II, que previa a possibilidade de prisão temporária "quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade", permitindo a decretação da prisão temporária, no curso da investigação, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, quando não houver outro meio para garantir a realização de ato essencial à apuração do crime, tendo em vista a existência de indícios precisos e objetivos de que o investigado obstruirá o andamento da investigação dos crimes previstos (homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro e estupro de vulnerável, epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas e condutas correlatas, e crimes contra o sistema financeiro).

Assim, com a eventual aprovação do Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal (PL n. 156/2009), nos termos acima, não haverá mais dúvida doutrinária para identificar quais os requisitos cautelares necessários para o decreto da prisão temporária. O *fumus comissi delicti* estará consubstanciado nos indícios precisos e objetivos de que o investigado obstruirá o andamento da investigação relacionada à prática de qualquer um dos crimes elencados, ao passo que o *periculum libertatis* estará presente quando não houver outro meio para garantir a realização de ato essencial à apuração do crime.

II. Do princípio acusatório e da ausência de inconstitucionalidade da expressão "será" constante do art. 2º, caput, da Lei n. 7.960/1989, por ofensa ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

Aponta o requerente, ainda, ofensa ao art. 5º, LXI, da Constituição Federal e ao princípio da razoabilidade, tendo em vista que a expressão

ADI 4109 / DF

"será", constante no art. 2º, *caput*, da Lei n. 7.690/1989, estaria a subtrair do Juiz a competência para decidir sobre o mérito da prisão, uma vez que o obrigaria a atender automaticamente à representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público (o dispositivo não diz que o juiz "poderá" decretar a prisão temporária, mas sim que ela "será" decretada).

Porém, sem razão.

A Constituição Brasileira de 1988 consagrou, em matéria de processo penal, o sistema acusatório, atribuindo a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e julgamento. O sistema acusatório opõe-se, doutrinariamente, ao sistema inquisitório, no qual o Poder Judiciário atua ativamente na fase de investigação. No sistema acusatório, diversamente, o juiz não atua como investigador e acusador.

A jurisprudência desta CORTE prestigia o sistema acusatório, obstando que o Poder Judiciário interfira na formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público, nos crimes de ação penal pública:

INQUÉRITO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PARLAMENTAR. NOMEAÇÃO DE FUNCIONÁRIO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES INCOMPATÍVEIS COM O CARGO EM COMISSÃO OCUPADO. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE PECULATO DESVIO (ART. 312, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO DE OFÍCIO, SEM OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. DOUTRINA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um "magistrado de garantias", mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a *opinio delicti* do Ministério Público.

2. A doutrina do tema é uníssona no sentido de que, *verbis*: "Um processo penal justo (ou seja, um *due process of law* processual penal), instrumento garantístico que é, deve

ADI 4109 / DF

promover a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, como forma de respeito à condição humana do sujeito passivo, e este mandado de otimização é não só o fator que dá unidade aos princípios hierarquicamente inferiores do microssistema (contraditório, isonomia, imparcialidade, inércia), como também informa e vincula a interpretação das regras infraconstitucionais." (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Inquérito Policial, Democracia e Constituição: Modificando Paradigmas. Revista eletrônica de direito processual, v. 3, p. 125-136, 2009).

3. Deveras, mesmo nos inquéritos relativos a autoridades com foro por prerrogativa de função, é do Ministério Público o mister de conduzir o procedimento preliminar, de modo a formar adequadamente o seu convencimento a respeito da autoria e materialidade do delito, atuando o Judiciário apenas quando provocado e limitando-se a coibir ilegalidades manifestas.

4. In casu: (i) inquérito destinado a apurar a conduta de parlamentar, supostamente delituosa, foi arquivado de ofício pelo i. Relator, sem prévia audiência do Ministério Público; (ii) não se afigura atípica, em tese, a conduta de Deputado Federal que nomeia funcionário para cargo em comissão de natureza absolutamente distinta das funções efetivamente exercidas, havendo juízo de possibilidade da configuração do crime de peculato-desvio (art. 312, caput, do Código Penal).

5. O trancamento do inquérito policial deve ser reservado apenas para situações excepcionalíssimas, nas quais não seja possível, sequer em tese, vislumbrar a ocorrência de delito a partir dos fatos investigados. Precedentes (RHC 96713, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010; HC 103725, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010; HC 106314, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 21/06/2011; RHC 100961, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010).

6. Agravo Regimental conhecido e provido.

ADI 4109 / DF

(Inq 2.913 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Rel. p/ acórdão Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 21/06/2012, grifo nosso).

Sobre a titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público, sua condição de *dominus litis*, e sua autoridade para a formação da *opinio delicti*, confirmam-se ainda os seguintes julgados desta CORTE: Inq 4.045 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 19/6/2017; HC 93.921 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 1º/2/2017; RHC 120.379 ED, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/9/2016.

Tal entendimento foi o sufragado pelo Pleno desta CORTE quando do julgamento da ADI 4.693/BA, de minha relatoria, DJe de 30/10/2018:

CONSTITUCIONAL. SISTEMA CONSTITUCIONAL ACUSATÓRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO E PRIVATIVIDADE DA PROMOÇÃO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA (CF, ART. 129, I). INCONSTITUCIONALIDADE DE PREVISÃO REGIMENTAL QUE POSSIBILITA ARQUIVAMENTO DE INVESTIGAÇÃO DE MAGISTRADO SEM VISTA DOS AUTOS AO PARQUET. MEDIDA CAUTELAR CONFIRMADA. PROCEDÊNCIA.

1. O sistema acusatório consagra constitucionalmente a titularidade privativa da ação penal ao Ministério Público (CF, art. 129, I), a quem compete decidir pelo oferecimento de denúncia ou solicitação de arquivamento do inquérito ou peças de informação, sendo dever do Poder Judiciário exercer a "atividade de supervisão judicial" (STF, Pet. 3.825/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES), fazendo cessar toda e qualquer ilegal coação por parte do Estado-acusador (HC 106.124, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, DJe de 10/9/2013).

2. Flagrante inconstitucionalidade do artigo 379, parágrafo único do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia, que exclui a participação do Ministério Público na investigação e decisão sobre o arquivamento de investigação contra magistrados, dando ciência posterior da decisão.

ADI 4109 / DF

3. Medida Cautelar confirmada. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente.

A propósito, a Lei n. 7.960/1989 prevê duas situações que reforçam o princípio acusatório: **(1)** em caso de representação da autoridade policial pela prisão temporária, deverá o Magistrado, antes de decidir, ouvir o Ministério Público, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei n. 7.960/1989; **(2)** não se permite que a autoridade judiciária decrete, *ex officio*, a prisão temporária de um suspeito.

Com relação à expressão "será", constante do art. 2º, *caput*, da Lei n. 7.960/1989, não há dúvida de que a análise da presença dos requisitos autorizadores (art. 1º da Lei n. 7.960/1989) será da autoridade judiciária (juiz ou tribunal), ainda mais por se tratar de cláusula de reserva de jurisdição (art. 5º, LXI, da CF/1988).

Aliás, no passado, quando do julgamento da Medida Cautelar na ADI 162/DF (Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, DJe de 19/09/1997), esta SUPREMA CORTE já decidiu pela inexistência de "compulsoriedade" na decretação da prisão temporária pelo juiz:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Provisória nº 111/89. Prisão Temporária. Pedido de liminar. Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quando ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto. **A prisão temporária prevista no artigo 2º da referida Medida Provisória não é medida compulsória a ser obrigatoriamente decretada pelo juiz, já que o despacho que a deferir deve ser devidamente fundamentado, conforme o exige o parágrafo 2º do mesmo dispositivo.** Nessa oportunidade processual, não se evidencia manifesta incompatibilidade entre o parágrafo 1º do artigo 3º da Medida Provisória nº 111 e o disposto no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição, em face do que se contém no

ADI 4109 / DF

parágrafo 2º do artigo 3º daquela, quanto à comunicação do preso com o seu advogado. Embora seja relevante juridicamente a argüição de inconstitucionalidade da criação de delito por Medida Provisória, não está presente o requisito da conveniência, pois o artigo 4º da citada Medida Provisória, impugnado sob esse fundamento, apenas se destina a coibir abuso de autoridades contra a liberdade individual. A disposição de natureza processual, constante do artigo 5º da Medida Provisória nº 111, que estabelece plantão de 24 horas em todas as Comarcas e Sessões Judiciais do País, não tem o relevo jurídico necessário para a concessão de providência excepcional como é concessão de liminar, em ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar indeferido.

III. Da ausência de inconstitucionalidade do prazo de 24 horas para que o juiz decida, de forma fundamentada, acerca da prisão temporária, por suposta violação ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

Alega o requerente que a fixação do prazo de 24 horas para que o Magistrado decida acerca da prisão temporária seria desproporcional, uma vez que a Constituição Federal exige, no seu art. 93, IX, que toda decisão judicial deve ser fundamentada. Segundo o requerente, "*na prática essa medida fica inviabilizada de modo indireto nesse exíguo prazo de 24 horas*".

Nesse caso, também não há que se falar em inconstitucionalidade material do art. 2º, § 2º, da Lei n. 7.960/1989.

O primeiro motivo é que, embora curto o período para decidir (24 horas), sempre existem juízes de plantão com a finalidade de analisar as representações das autoridades policiais. Aliás, é essa a conclusão a que chega GUILHERME DE SOUZA NUCCI ao reconhecer a escassez do prazo para a análise do pedido: "[...] Além disso, o prazo de 24h (vinte e quatro horas), na prática, não se dá. A urgência na decretação desse tipo de prisão impõe maior agilidade, motivo pelo qual, havendo representação da autoridade policial, ouve-se o Ministério Público de imediato, passando-se o pedido ao juiz,

ADI 4109 / DF

que acolherá, sendo o caso, o pedido algumas horas depois. Se um indiciado está prestes a fugir, a demora de vinte e quatro horas é mais que suficiente para que desapareça. A bem da verdade, há sempre juízes de plantão, durante as vinte e quatro horas do dia, com a finalidade de analisar as representações das autoridades policiais nesse sentido." (Leis penais e processuais penais comentadas, Volume 2, 7ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 624).

O segundo motivo é que o eventual atraso na decisão judicial privilegiaria o *status libertatis* do indiciado e não geraria qualquer prejuízo para ele, circunstâncias essas que, na seara do Direito Penal, são caríssimas.

O terceiro motivo é que a delimitação do prazo de 24 horas se justifica em razão da urgência e da necessidade da prisão temporária de um investigado (*periculum libertatis*). Afinal, em se tratando de medida acauteladora, de restrição da liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial, entendo que seria desproporcional que o legislador tivesse previsto prazo mais elástico para a sua análise.

IV. Da ausência de inconstitucionalidade, por ofensa ao art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, em razão da inclusão, entre as hipóteses de prisão temporária, dos crimes de quadrilha ou bando e contra o sistema financeiro nacional.

De outro lado, pugna o requerente pela inconstitucionalidade da inclusão, entre as hipóteses de prisão temporária, dos crimes de quadrilha ou bando e contra o sistema financeiro nacional, por conta "*do escândalo, à época, de remessas cambiais fraudulentas. A inclusão na referida MP editada, norma processual penal, de caráter duradouro, não deveria ficar vinculada irrazoavelmente a este ou aquele caso concreto (CF art. 5º, LIV). Também não parece razoável, ao autor, a aplicação, no caso, da prisão temporária, pois se para a decretação da prisão preventiva nesses crimes, além dos pressupostos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal, o art. 30, da Lei 7.492, introduziu*

ADI 4109 / DF

um novo requisito de 'magnitude da lesão causada', tudo para impedir a punição prévia do acusado sem que estivesse ele condenado, ou seja, uma espécie de antecipação penal [...] desse modo, desarrazoada a prisão temporária atribuída aos 'crimes contra o sistema financeiro, c/c o art. 288 do Código Penal', porquanto não podem estes ser equiparados a terrorismo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e os definidos como crimes hediondos (CF, art. 5º, XLIII)".

Pela leitura dos dispositivos da Lei n. 7.960/1989 em conjunto com a Lei n. 8.072/1990, não se verifica qualquer equiparação entre os crimes comuns de associação criminosa e contra o sistema financeiro com os crimes hediondos.

O prazo para a manutenção da custódia cautelar de suspeitos de praticar crimes comuns (entre eles o de associação criminosa e contra o sistema financeiro) é de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período (art. 2º, *caput*, da Lei n. 7.960/1989), ao passo que, para os crimes hediondos, o prazo passa para 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período (art. 2º, § 4º, da Lei n. 8.072/1990).

Além disso, a escolha dos crimes que estariam no rol taxativo do art. 1º, III, da Lei n. 7.960/1989 foi do Poder Legislativo, que optou por elencar crimes de maior gravidade e complexidade na lista daqueles passíveis de prisão temporária. Tanto isso é verdade que a própria Lei n. 7.960/1989 prevê a soltura do suspeito após o período de detenção.

V. Da ausência de inconstitucionalidade da prisão temporária à luz do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, que prevê que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança".

Por fim, alega o requerente que a prisão temporária seria inconstitucional em "*face do direito à liberdade provisória, referido no art. 5º, LXVI, da Constituição da República, [...] tendo em conta que a criação dessa modalidade de detenção, in casu, com menos pressupostos ou requisitos do que estabelecido pela prisão preventiva, é, sem dúvida, inconstitucional*".

ADI 4109 / DF

Em que pese seja incontroverso que a prisão temporária possui menos requisitos para a sua decretação quando comparada com os requisitos da prisão preventiva, não há qualquer inconstitucionalidade nessa diferenciação.

Em se tratando de prisão cautelar é salutar que cada espécie (prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva) tenha requisitos e hipóteses próprias.

Bastar verificar, no que tange à matéria penal, que o legislador optou por um sistema autônomo de prisão cautelar:

(a) a prisão em flagrante somente é cabível, pela própria etimologia, em situações de flagrante delito e tem duração, em regra, de 24 horas (art. 306, § 1º, do CPP, após a superveniência da Lei n. 12.403/2011), período em que o preso será apresentado à autoridade judiciária para a realização da sua audiência de custódia, oportunidade em que o juiz poderá: converter a sua prisão flagrancial em prisão preventiva, relaxar a prisão ou fixar medidas cautelares diversas da prisão (art. 310, do CPP). Por esse motivo, inclusive, essa prisão tem sido reconhecida pela doutrina por "prisão precautelar";

(b) a prisão temporária, típica prisão cautelar, não pode ser decretada de ofício pelo juiz e tem uso muito restrito, pois só é cabível na fase investigativa, diante da prática de algum dos crimes previstos no rol taxativo (art. 1º, III, da Lei n. 7.960/1989) e por prazo determinado (em caso de crimes comuns, o prazo é de 05 dias, prorrogável por igual período, ao passo que em se tratando de crimes hediondos, o prazo é de 30 dias, prorrogável por igual período);

(c) a prisão preventiva, por fim, tem espectro muito mais amplo, podendo ser decretada enquanto perdurarem as investigações ou já na fase judicial, desde que o crime praticado seja doloso e punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, o agente não tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ou se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de

ADI 4109 / DF

urgência, além de não ter prazo definido para a manutenção da custódia cautelar do preso (o prazo deve ser razoável).

Desse modo, se a prisão temporária implicasse inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da liberdade provisória (art. 5º, LXVI, da CF), também se deveria declarar a inconstitucionalidade em relação às demais espécies de prisão provisória listadas acima.

Assim, não há qualquer ofensa direta ao art. 5º, LXVI, da Constituição Federal (*ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*), pois, em caso de prisão temporária ilegal, por expressa previsão constitucional, ela deverá ser imediatamente relaxada (art. 5º, LXV, da CF).

Vale lembrar, inclusive, como já destacado, que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL possui jurisprudência pacífica no sentido de que o princípio da inocência (art. 5º, LVII, da CF) não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias: RHC 108.440/DF, Rel. Min. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 17/4/2012; HC 84.787/MC-PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 3/11/2004; HC 81.468/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJe de 1º/8/2003; HC 71.169/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJe de 16/9/1994.

Diante do exposto, conheço da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade e, no mérito, DIVIRJO da eminente Relatora, para JULGAR IMPROCEDENTE o pedido.

É voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.109

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S) : PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB

ADV.(A/S) : WLADIMIR SÉRGIO REALE (003803/RJ)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

AM. CURIAE. : GRUPO TORTURA NUNCA MAIS/RJ

ADV.(A/S) : THIAGO BOTTINO DO AMARAL (102312/RJ)

Decisão: Após o voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora), que conhecia parcialmente da ação direta e julgava-a parcialmente procedente para, sem redução de texto, atribuir interpretação conforme à Constituição da República ao art. 1º da Lei n. 7.960/1989 e admitir o cabimento da prisão temporária desde que presentes cumulativamente as hipóteses dos incs. I e III ou I, II e III; e do voto do Ministro Gilmar Mendes, que acompanhava a Relatora quanto ao conhecimento parcial da ação, mas divergia na parte conhecida e julgava parcialmente procedente esta ADI para dar interpretação conforme ao art. 1º da Lei nº 7.960/1989 e fixar o entendimento de que, em conformidade com a CF e o CPP, a decretação de prisão temporária autoriza-se quando, cumulativamente: 1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei nº 7.960/1989) (*periculum libertatis*), a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, sendo proibida a sua utilização como prisão para averiguações ou em violação ao direito à não autoincriminação; 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei nº 7.960/1989 (*fumus comissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo; 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP); 4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP), respeitados os limites previstos no art. 313 do CPP; 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP), pediu vista dos autos o Ministro Edson Fachin. Falou, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Adriano Martins de Paiva. Plenário, Sessão Virtual de 13.11.2020 a 20.11.2020.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Edson Fachin, que acompanhava, com ressalvas, a divergência inaugurada pelo Min.

Gilmar Mendes e conhecia da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.360 e em parte da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.109; e, no mérito, julgava os pedidos parcialmente procedentes para dar interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1º da Lei 7.960/1989 e fixar o entendimento de que a decretação de prisão temporária autoriza-se quando, cumulativamente: 1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (*periculum libertatis*), constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação, ou quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II); 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (*fumus comissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo; 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP); 4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP); 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP), no que foi acompanhado pela Ministra Rosa Weber; e dos votos dos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux (Presidente) e Nunes Marques, que acompanhavam a Ministra Cármen Lúcia (Relatora), pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, Sessão Virtual de 20.8.2021 a 27.8.2021.

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu em parte da ação direta e, no mérito, julgou parcialmente procedente o pedido para dar interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1º da Lei 7.960/1989 e fixar o entendimento de que a decretação de prisão temporária autoriza-se quando, cumulativamente: 1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (*periculum libertatis*), constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação, ou quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II); 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (*fumus comissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo; 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP); 4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP); 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP), nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Relatora), Roberto Barroso,

Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Alexandre de Moraes, nos termos dos respectivos votos. Nesta assentada o Ministro Gilmar Mendes reajustou seu voto. Plenário, Sessão Virtual de 4.2.2022 a 11.2.2022.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário