

## VOTO VISTA

**O Senhor Ministro Edson Fachin:** Adoto como relatório os lançados pela ilustre Relatora, Ministra Cármem 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);

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 (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 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 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 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 Cármem 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 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 7.960/1889 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 eminent Relatora e o Ministro Gilmar Mendes, 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 constitucionalidade 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: “cabrá 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 constitucionalidade 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 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 a Liberdade Pessoal

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

*2. Ninguem pode ser privado de sua liberdade fisica, salvo pelas causas e nas condicoes previamente fixadas pelas constituicoes politicas 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 a liberdade e a segurança pessoais. Ninguem podera ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguem podera ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.*

*2. Qualquer pessoa, ao ser presa, devera ser informada das razoes da prisao e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.*

*3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal devera ser conduzida, sem demora, a presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e tera o direito de ser julgada em prazo razoavel ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento nao devera constituir a regra geral, mas a soltura podera estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questao a audiência, a todos os atos do processo e, se necessario for, para a execucao da sentenca".*

De igual modo, com relação aos crimes de quadrilha, atual associação criminosa, e contra o sistema financeiro (alíneas "I" 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.

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 7.960/1889, 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 7.960/90 encontra-se assim redigido:

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 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)

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 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. 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.

O dispositivo evidencia o *fumus comissi delicti* – necessário para a decretação de toda medida cautelar – ao exigir a presença de fundadas razões de autoria ou participação do representado nos crimes nele previstos.

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 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 evidencia o *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.

Vale registrar ainda que na linha da jurisprudência desta Corte o *periculum libertatis* deve estar calcado em dados concretos, e não 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 reus 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): 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, consequentemente, 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 recursar-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, 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, pelo *nemo tenetur se detegere*, não se pode decretar a prisão temporária com a finalidade de conduzir o investigado para ser ouvido:

E 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 juizes 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.)

Ha que se abandonar o ranço inquisitorio, 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 nao participar de qualquer ato probatorio, logo, esta logicamente autorizado a nao comparecer [...] **nao cabe a decretacao de prisao temporaria com a finalidade de conduzir o imputado para ser ouvido.** **So cabe prisao temporaria nos estritos limites do previsto na Lei n. 7.960/89** e ainda e preciso sempre recordar que o imputado tem direito de silêncio e de nao produzir prova contra si mesmo, de modo que nao ha qualquer motivo que justifique ou legitime sua condução ou prisao para ser ouvido (sem esquecer tambem que eventual confissão tambem nao constitui prova plena de nada...). (Lopes Junior, Aury. Direito Processual Penal. 16<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 820-821).

Por outro lado, com relação ao inciso II do art. 1º da Lei 7.960/1989, entendo que ele mostra-se dispensável ou, quando interpretado isoladamente, inconstitucional. Isso porque ou a circunstância de o representado não possuir residência física 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 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 última *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:

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.

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).

E como voto.