

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de cautelar, ajuizada pelo Partido Social Liberal (PSL) em face da Lei n. 7.960/1989, que dispõe sobre "prisão temporária".

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:

[...]

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

[...]

o) crimes contra o sistema financeiro;

[...]

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.

Sustenta o requerente, em apertada síntese, a inconstitucionalidade de toda a Lei n. 7.960/1989 ou, subsidiariamente, 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, uma vez que se trata *"de norma desarrazoada que, na espécie, embora obrigue ao magistrado despacho judicial fundamentado (CF, art. 93, IX), na prática essa medida fica inviabilizada de modo indireto nesse exíguo prazo de 24 horas"*; **(e)** 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, 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 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"*, e conclui que *"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)"*; **(f)** inconstitucionalidade da prisão temporária em *"face do direito à liberdade provisória, referido no art. 5º, LXVI, da Constituição da República, nos 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. 192/199), pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça (fls. 202-223) e pelo Presidente do Congresso Nacional (fls. 243-256).

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 conhecer da presente ação, uma vez que " *a petição inicial contém alegações genéricas de inconstitucionalidade, não havendo sido inteiramente atendida a exigência de indicação precisa dos fundamentos jurídicos relativos aos diferentes pedidos* ". Todavia, se conhecida, opinou pela sua improcedência, ao argumento de que " *há inegável compatibilidade entre a Lei n. 7.960, de 1989, e os preceitos constitucionais invocados como parâmetro para a presente impugnação* " (fls. 259-273).

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. 9.868/99, que prevê a necessidade de fundamentação do pedido de declaração de inconstitucionalidade. No mérito, opinou pela improcedência da ação (fls. 275-280).

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 impugnado, como exigido pela legislação de regência.

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

No mérito, contudo, peço vênias 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 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:

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. 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 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 delicto) 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 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 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 commissi 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 commissi 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 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 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 , 11^a ed., Editora Gen Forense, 2014, p. 530-532 e *Leis penais e processuais penais comentadas, Volume 2* , 7^a ed., Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 615-628); EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (*Curso de processo penal* , 18^a 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* , 11^a ed., Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 278); GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ (*Processo penal* , 4^a ed., Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.045-1.048); ANTONIO SCARANCE FERNANDES (*Processo penal constitucional* , 7^a ed., Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 301-305); AURY LOPES JÚNIOR (*Direito processual penal* , 12^a 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 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. 5^o, 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. 5^o, 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. 5^o, 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 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 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 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 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 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 "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 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 microsistema (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.

(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.

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 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.

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, 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 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*".

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 precautelada";

(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 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.