

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Social Liberal (PSL), em face do art. 1º, I, II, III, 'l' e 'o'; e de expressões constantes no *caput* e no § 2º do art. 2º da Lei 7.960/1989, que "*dispõe sobre a prisão temporária*". Subsidiariamente, requer-se a declaração de inconstitucionalidade de todos os dispositivos correlatos na referida legislação.

Os dispositivos impugnados apresentam a seguinte redação:

“Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

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

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

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

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

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

§ 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”.

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

Em resumo, alega-se que:

1) a prisão temporária só se legitimaria desde que houvesse a cumulação dos três incisos do art. 1º, indispensáveis à decretação da custódia cautelar, presentes, no que couber, os requisitos autorizadores da prisão preventiva;

2) a redação do *caput* do art. 2º, ao adotar a expressão “ será decretada”, estabeleceria modalidade de prisão automática, vedada pela CF e pela jurisprudência do STF;

3) o prazo de 24h fixado no §2º do art. 2º inviabilizaria devida apreciação do julgador sobre o pedido de prisão temporária formulado, esvaziando o dever de motivação;

4) a previsão de cabimento da prisão temporária para casos de crimes contra o sistema financeiro e quadrilha seria desarrazoada, pois tais delitos não poderiam ser equiparados a “ *terrorismo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e os definidos como crimes hediondos* ”.

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

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

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

1. Premissas sobre a temática em questão

A prisão temporária é definida como uma espécie de medida cautelar pessoal, mais especificamente, de prisão cautelar, juntamente com a prisão

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

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

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

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

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

Não é hora de examinar o mérito desta medida provisória, embora confesso que continuo perplexo com o seu art. 1º, porque estou convencido de que muito esforço de hermenêutica adequada se há de fazer para fugir ao seu sentido literal inequívoco, o qual, nos dois primeiros incisos, concede um arbítrio que nenhuma prisão processual admite; e no inciso III, para dizer o menos, restabelece, no Brasil, a prisão preventiva obrigatória, com requisitos ainda menos rígidos que os do velho art. 312 do Código de Processo Penal”. (Voto Min. SEPÚLVEDA PERTENCE na ADI-MC 162; Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, DJ 27.8.1993)

Diante desse cenário, diversos aspectos relevantes devem ser problematizados para que se assentem premissas fundamentais à devida

compreensão do instituto, em conformidade com os ditames constitucionais e convencionais.

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

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

“Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nos termos do art. 282 do CPP:

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

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

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

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

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

Ademais, não se pode admitir a decretação de prisões cautelares a partir de meras conjecturas, como presunções no sentido de que imputados podem combinar versões ou destruir provas, sem qualquer embasamento concreto. A liberdade de um indivíduo suspeito da prática de infração penal somente pode sofrer restrições se houver **decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em fatos concretos e não apenas em hipóteses ou conjecturas ou na gravidade do crime**. Nesse sentido, os seguintes julgados: HC 84.662/BA, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, unânime, DJ 22.10.2004; HC 86.175/SP, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, unânime, DJ 10.11.2006; HC 88.448/RJ, de minha relatoria, Segunda Turma, por empate na votação, DJ 9.3.2007; HC 101.244/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, unânime, DJe 8.4.2010. Cito, também, trechos pertinentes de precedente de relatoria do eminente Min. Celso de Melo, nesta Segunda Turma:

“‘HABEAS CORPUS’ – DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO E NA SUPOSIÇÃO DE QUE A RÉ PODERIA VOLTAR A DELINQUIR – CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL – UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA – ‘HABEAS CORPUS’ CONCEDIDO DE OFÍCIO. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR. (...) A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A **privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade**. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios

suficientes de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - **A prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.** A prisão preventiva – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - **A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado.** Precedentes. A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE APOIAR-SE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAS. - **A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa.** - A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira. - **Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal.** (...). (HC 115.613, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25.6.2013, DJe 13.8.2014)

Além disso, o disposto no inciso II do art. 1º da Lei 7.960/1989, que autoriza a prisão temporária “ *quando o indicado não tiver residência fixa*

ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”, não pode ser interpretado no sentido de possibilitar o encarceramento indevido e automático de pessoas em situação de vulnerabilidade, sem “residência fixa”.

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

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

“(…) PROCESSO PENAL – PODER GERAL DE CAUTELA – INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE ESTRITA E DA TIPICIDADE PROCESSUAL – CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DA ADOÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS, INESPECÍFICAS OU INOMINADAS EM DETRIMENTO DO “STATUS LIBERTATIS” E DA ESFERA JURÍDICA DO INVESTIGADO, DO ACUSADO OU DO RÉU – O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DA LIBERDADE JURÍDICA DAS PESSOAS SOB PERSECUÇÃO CRIMINAL. – Inexiste, em nosso sistema jurídico, em matéria processual penal, o poder geral de cautela dos Juízes, notadamente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade das pessoas, vedada, em consequência, em face dos postulados constitucionais da tipicidade processual e da legalidade estrita, a adoção, em detrimento do investigado, do acusado ou do réu, de providimentos cautelares inominados ou atípicos. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica das pessoas sob persecução criminal. Doutrina. Precedentes: HC 173.791/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 173.800/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 186.209- -MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g..” (HC 186490, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 22.10.2020)

Assim, a prisão temporária deve ser cabível somente aos crimes previstos expressamente na legislação, visto que definido rol exaustivo no dispositivo aqui em análise. Cita-se, por exemplo, a sua inadmissibilidade em hipóteses de imputação por organização criminosa, visto que o crime de quadrilha ou bando, tipificado no art. 288 do Código Penal (previsto no rol da

temporária), é totalmente autônomo com relação àquele previsto na Lei 12.850/13. Ainda que se considere o crime do art. 2º da Lei nº 12.850/13 mais grave, não há autorização legal específica para a prisão temporária para esse delito, sendo importante destacar que o princípio da legalidade estrita ou cerrada é corolário da proteção dos direitos fundamentais dos investigados, que deveriam ficar livres das considerações de ordem subjetiva, pessoal ou arbitrária sobre a gravidade em abstrato de crimes que podem acarretar ou não em ordens de prisão.

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

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

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

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

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

Trata-se de uma opção democrática para assegurar que uma pessoa não possa ser considerada culpada sem o devido transcorrer do processo penal, com a proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais. Exatamente por isso não se pode simplesmente acusar uma pessoa do cometimento de

um crime e já restringir sua liberdade como se culpada fosse, sem a comprovação concreta dos fatos, com respeito ao contraditório.

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

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

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

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

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

“1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. (...) 4. Presunção de não culpabilidade. A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes. Violação. 5. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor

intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o ser humano mero objeto no Estado, conseqüentemente, contraria a dignidade humana (NETO, João Costa. Dignidade Humana: São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84). Na **condução coercitiva, resta evidente que o investigado é conduzido para demonstrar sua submissão à força, o que desrespeita a dignidade da pessoa humana.** 6. Liberdade de locomoção. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve. 7. **Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio.** Direito consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado. 8. **Potencial violação à presunção de não culpabilidade.** Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII. A restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado. 9. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. **O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva.** 10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP”. (ADPF 444, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 22.5.2019)

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

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

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

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

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

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

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

Contudo, **não se pode afirmar que o direito à não autoincriminação somente impede que o Estado exija que o indivíduo preste declarações,**

dando uma contribuição ativa para definição de sua culpa. Assim, “ *não importa ser essa ‘cooperação’ ativa ou passiva, declaratória ou comportamental* ” (GIACOMOLLI, Nereu J. **Devido processo penal.** Atlas, 2014. p. 193).

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

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

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

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

4. Outras impugnações na ADI

Com relação à tese de que o prazo de 24h fixado no §2º do art. 2º inviabilizaria devida apreciação do julgador sobre o pedido de prisão temporária formulado, esvaziando o dever de motivação, não há incompatibilidade constitucional a ser verificada. Primeiramente, a análise sobre um pedido de prisão pressupõe uma resposta célere do Poder Judiciário, pois, em caso de necessidade e devida justificação concreta, a

imposição da medida pode ser urgente. Além disso, de qualquer modo, poder-se-ia afirmar que tal previsão determinaria um prazo impróprio, que, a depender da complexidade da questão, pode requerer uma análise mais alongada.

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

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

5. Dispositivo

Diante do exposto, **divirjo da Relatora e julgo parcialmente procedente esta ADI 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).

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 13/11/20 18:39