

## VOTO

### A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

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

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

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

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

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INEPCIA DA INICIAL. - É NECESSARIO, EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, QUE VENHAM EXPOSTOS OS FUNDAMENTOS JURIDICOS DO PEDIDO COM RELAÇÃO AS NORMAS IMPUGNADAS, NÃO SENDO DE ADMITIR-SE ALEGAÇÃO GENERICA DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM QUALQUER DEMONSTRAÇÃO RAZOAVEL, NEM ATAQUE A QUASE DUAS DEZENAS DE MEDIDAS PROVISORIAS EM SUA TOTALIDADE COM ALEGAÇÕES POR AMOSTRAGEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE NÃO SE CONHECE”* (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 259/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ 19.2.1993).

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

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

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

*“Art. 1º (...)*

*III.*

*(...)*

*p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.”*

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

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

*“Art.2º*

*(...)*

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

*(...)*

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

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

Não se tem alteração substancial nas normas impugnadas com o advento daquelas, pelo que seria desnecessário o aditamento da ação, considerando que as modificações incidiram sobre normas que não

guardam relação de dependência com os dispositivos impugnados ou apenas aumentam o rigor de controle sobre o prazo das prisões temporárias.

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

Se prisão preventiva é medida excepcional, a temporária é de ser excepcionalíssima. Como afirmou o Ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido na ação direta de inconstitucionalidade n. 162, que analisou, em cautelar, norma análoga à que se contém no art. 1o. da Lei n. 7.906/1989: “*Não é hora de examinar o mérito desta medida provisória, embora confesse que continuo perplexo com o seu art. 1o., porque estou convencido de que muito esforço de hermenéutica 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 rígido que os do velho art. 312 do C.Pr.Penal. Mas, Senhor Presidente, é óbvio que não é o momento de discutir os gravíssimos defeitos do édito, ainda para os que defendem prisão temporária, senão como forma de pedir a atenção do Tribunal para a gravidade da decisão que estamos tomando. ... Trata-se, repito, de uma medida que há décadas, se vem discutindo... De outro lado - e ninguém vai negar o relevo da preocupação nacional com o aumento da criminalidade violenta , como ninguém vai supor que essa prisão temporária resolverá o problema -, o certo é que, na limitada função que ela possa exercer, ela não vem suprir um vazio normativo: vem, apenas, para os seus defensores, flexibilizar o instrumento da prisão preventiva que, mesmo com os seus defeitos, pode perfeitamente desempenhar a sua função cautelar, enquanto se discute o aperfeiçoamento pela via democrática do amplo debate no Parlamento.*”

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

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

Rogério Schiatti Machado Cruz anota que “ *ao mesmo tempo em que os estudiosos do tema se convencem, cada vez mais, de que a prisão cautelar somente deve ser utilizada para casos excepcionais, quando outros mecanismos idôneos para a proteção dos bens, direitos e interesses perseguidos pelo processo penal tenham falhado, ou não sejam suficientes para tal proteção, verifica-se, ao menos no Brasil, um uso crescente das medidas cautelares pessoais previstas em nosso ordenamento positivo, notadamente a prisão temporária*” ( *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas* . Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 1).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Marcellus Polastri também anota que *“devemos nos precaver, entretanto, de incursões demasiadamente minimalistas em relação à doutrina do garantismo, pois este deve ter duas faces, não só prestigiando as garantias individuais, mas, também, as garantias fundamentais da coletividade, mormente levando-se em consideração que, como já visto, as garantias fundamentais modernamente devem ser vistas não só como garantias individuais, mas também sociais” ( A Tutela Cautelar no Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 19).*

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

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

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

Marcelus Pollastri pontua que *“jamais se poderá negar que o Processo Penal conta com uma série de medidas cautelares, que, em última análise, estão dispostas na lei processual penal para instrumentalizar, quando necessário, o exercício da jurisdição. E nem poderia ser de forma diferente, uma vez que, para instrumentalizar a ação penal de conhecimento, e para garantir a execução penal, são necessárias medidas de cautela que, na verdade, nada mais são do que o meio e modo utilizados para se garantir o resultado útil da tutela jurisdicional a ser obtida pela ação principal, ou seja, o êxito do Processo de Conhecimento ou do Processo de Execução”* (obra citada, p. 91).

A disciplina de medidas cautelares em lei processual penal, incluídas as prisões cautelares, advém do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, pelo qual *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário*

*lesão ou ameaça a direito*” (inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República). A ameaça a bem jurídico constitucionalmente tutelado exige a adoção de providências urgentes, sob pena de proteção estatal insuficiente.

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

*“Art. 5º (...)*

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

*“Art. 93. (...)*

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

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

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

*Entretanto, é preciso ponderar que mesmo nos ordenamentos mais afeitos à proteção da liberdade individual, sempre houve a previsão de medidas restritivas em relação ao acusado, desde que*



*necessárias. Mais especialmente, é oportuno registrar que, no Brasil, assim como em outros países, existe no próprio texto constitucional a referência a formas de prisão anteriores à condenação (art. 5º, LXI, da CF/1988; Art. 13 da Constituição italiana) ” ( Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011, em Medidas Cautelares no Processo Penal: Prisões e suas alternativas . Revista dos Tribunais, 2012. p. 21).*

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

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

*“ARTIGO 9*

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

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

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

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

*“ARTIGO 7*

*Direito à Liberdade Pessoal*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Art. 1º Caberá prisão temporária:*

*I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*§ 2º O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro)*

horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

‘Art. 4º (...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Ao lado da prisão em flagrante e da prisão preventiva, que têm outros pressupostos e distintos fundamentos, a cautelar temporária*

vem dotar a ordem pública brasileira de instrumento efetivo no combate à criminalidade, instrumento há muitos anos reclamado pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pela Polícia.

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

A solução legislativa de urgência aqui proposta obedece ao requisito científico e social consistente na indicação dos crimes a que é aplicável, não permitindo, em consequência, qualquer possibilidade de abuso contra a liberdade individual por suspeita de prática de delito não considerado hediondo ou de menor lesividade à ordem pública.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A Medida Provisória n. 111/1989, convertida na Lei n. 7.960/1989 (Projeto de Lei de Conversão n. 3.655/1989 do Congresso Nacional) foi

editada antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 32/2001, pela qual se alterou o art. 62 da Constituição da República, vedando-se a edição de medida provisória sobre direito processual penal.

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

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

*“Art. 22. Compete à União legislar sobre:  
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.*

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

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

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

Ana Flávia Messa assinala que *“a prisão temporária possibilita a investigação de crimes graves, para garantir a eficácia na apuração da infração penal pela polícia, permitindo o esclarecimento da verdade real, garantindo a tutela da persecução extrajudicial e resguardando elementos*



*de provas, pessoas, e situações durante o inquérito policial” ( Prisão e Liberdade . 2. ed. Saraiva, 2013. p. 169).*

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

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

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

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

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

Os delitos enumerados no inc. III do art. 1º da Lei n. 7.960/1989 e na Lei n. 8.072/1990 revestem-se, na opção do legislador, de maior gravidade, a justificar a possibilidade da prisão temporária quando indispensável às investigações para o esclarecimento de sua prática. O princípio da proteção

suficiente reclama proporcional atuação estatal para a defesa de bens jurídicos constitucionalmente tutelados. Diferente do afirmado pelo autor da ação direta de inconstitucionalidade n. 3.360, a previsão de prisão temporária para apuração de crimes de quadrilha, atual associação criminosa, e contra o sistema financeiro consubstancia legítima escolha do legislador para o esclarecimento e desmantelamento da criminalidade organizada e salvaguarda da higidez do sistema financeiro.

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

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

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

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

Em primeiro lugar, por inexistir prisão automática no sistema brasileiro e não poder ter lugar em face da principiologia constitucional. Prisão no

Brasil, em especial a cautelar, é sempre excepcional, motivada, formalizada e dependente de decisão judicial prévia e fundamentada, em cada caso, segundo os princípios e as regras vigentes.

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

A interpretação teleológica da norma posta no inc. III do art. 1º. da lei n. 7.906/1989 revela o dever de exame e decisão do magistrado sobre a presença dos pressupostos legais e dos elementos indiciários apresentados pelo Ministério Público ou pela autoridade policial no caso concreto. A norma deve ser interpretada sistematicamente com o *caput* do art. 1º, pelo qual fixadas hipóteses de cabimento da prisão temporária, insistindo-se que tal medida não pode jamais ser tida como obrigatoriedade judicial, menos ainda automaticidade de sua adoção. Se assim fosse a decisão seria do autor do requerimento e, o que é mais, uma diminuição da jurisdição, que passaria a ser carimbador de requerimentos.

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

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

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

“*PRISÃO TEMPORÁRIA – AUTOMATICIDADE. A prisão temporária não pode alcançar a automaticidade, descabendo determiná-la para fragilizar o acusado. PRISÃO TEMPORÁRIA. Não serve à prisão temporária a suposição de o envolvido, nas*

*investigações, vir a intimidar testemunhas” ( Habeas Corpus n. 105.833 /SP, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ 22.3.2012).*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Art. 2º (...)

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

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

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

14. São fixadas providências para a preservação da integridade do investigado, que deve ser separado dos demais detentos, e para impedir que a custódia ultrapasse o tempo fixado, quando deverá ser posto imediatamente em liberdade independente de alvará judicial. Julio Fabbrini Mirabete observa que “*não está o preso, porém, sujeito à incomunicabilidade, proibida pela Constituição Federal, podendo entrevistar-se com advogado, pessoa da família ou qualquer outra, respeitados os regulamentos referentes às visitas a estabelecimentos prisionais*” ( *Processo Penal*. 18. ed. Atlas, 2007. p. 402).

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

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

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

*“aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito ( a ) de permanecer em silêncio, ( b ) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e ( c ) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal”* (DJ 13.3.2013).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*“PROCESSUAL PENAL. PRISÃO TEMPORÁRIA. FORAGIDO. DECRETAÇÃO FUNDAMENTADA. DENEGAÇÃO. 1. A questão trazida no presente writ diz respeito ao possível constrangimento ilegal que estaria sofrendo o paciente em razão da decretação de sua prisão temporária. 2. O paciente, investigado como incurso no crime previsto nos artigos 121 e 211 do Código Penal, encontra-se foragido desde o início do inquérito até a presente data. 3. Decreto de prisão temporária prorrogado pelo prazo de 30 dias. 4. A prisão temporária é uma prisão cautelar de natureza processual que restringe a liberdade de locomoção do indiciado por tempo determinado, a fim de possibilitar as investigações acerca de determinados crimes considerados graves, entre os quais o homicídio doloso. 5. A prisão temporária impugnada foi decretada em julho de 2006 e o paciente encontra-se foragido desde a instauração do inquérito policial até a presente data, restando sem cumprimento o mandado de prisão. 6. Manter-se foragido durante toda a investigação criminal dá justificativa à manutenção da medida extrema, imprescindível para as investigações policiais. 7. Habeas corpus denegado”* ( Habeas Corpus n. 102.974/SP, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 7.2.2011).

20. A interpretação adequada das hipóteses normativas de cabimento da prisão temporária dispostas no art. 1º da Lei n. 7.960/1989 deve resultar da cumulação dos incs. I e III. A prisão temporária somente é legitimamente decretada se presentes fundadas razões, de acordo com prova admitida na



legislação penal, da participação do investigado em algum dos crimes previstos no inc. III, desde que imprescindível para as investigações.

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

A prisão temporária é cabível quando caracterizadas conjuntamente as hipóteses dos incs. I e III ou I, II e III. Admitir-se a prisão temporária pela aplicação isolada de algum dos incisos do art. 1º da Lei n. 7.960/1989 conduziria a repudiado automatismo na decretação da custódia. Exigir-se a acumulação dos incisos do art. 1º, entretanto, tornaria a prisão temporária de rara aplicação, em dissonância com os propósitos da lei. Essa compreensão é corroborada por parte da doutrina. Marcellus Polastri leciona (obra citada, pp. 213-214):

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

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

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

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

E Aury Lopes Jr. ensina:

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

*Logo, sempre deve estar presente o inciso III.*

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

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

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

Eugênio Pacceli anota:

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

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

As contestações àquelas exigências expressas na lei não se sustentam, porque se o previsto no inc. II se contém no inc. I ele é de cumprimento obrigatório. Se não se comprovarem tais circunstâncias não se pode dar a prisão temporária, sempre havendo a possibilidade de comprovação de ser caso de prisão preventiva, segundo os requisitos legais (art. 312 do Código de Processo Penal). De resto, há de se observar não ser incomum se ter a conversão de prisão temporária em preventiva.

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

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

Plenário Virtual - Ministério do Superior Tribunal de Justiça