

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA – CAMPUS AVANÇADO DE
GOVERNADOR VALADARES
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Brenda Rodrigues Temponi

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA NO BRASIL:
Análise crítica das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de n. 3360/DF e 4109/DF

Governador Valadares 2025

Brenda Rodrigues Temponi

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA NO BRASIL:
Análise crítica das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de n. 3360/DF e
4109/DF

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito
da Universidade Federal de Juiz de
Fora, *campus* avançado de
Governador Valadares, como
requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador Prof. Especialista *lato sensu* Dêner de Oliveira Maia.

Governador Valadares 2025

Brenda Rodrigues Temponi

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA NO BRASIL:
Análise crítica das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de n. 3360/DF e
4109/DF

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito
da Universidade Federal de Juiz de
Fora, *campus* avançado de
Governador Valadares, como
requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 18 de março de 2025.

BANCA EXAMINADORA

Dener de Oliveira Maia – Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora - Campus Avançado de Governador
Valadares

Guilherme Saraiva Brandão - examinador
Universidade Federal de Juiz de Fora - Campus Avançado de Governador
Valadares

Renato dos Santos Gonçalves - examiador
Universidade Federal de Juiz de Fora - Campus Avançado de Governador
Valadares

Agradecimentos

Agradeço primeiramente à minha família pelo apoio ao longo de toda minha trajetória acadêmica, pelo incentivo e compreensão nos momentos solicitados.

Aos meus professores e orientador pela dedicação e por compartilharem seus conhecimentos, tão fundamentais para a construção deste trabalho. No mais, agradeço a todos que fizeram parte desta jornada e que de alguma forma me ajudaram a chegar até aqui.

“O homem nasceu livre e por toda a parte vive acorrentado.”

Jean-Jacques Rousseau.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DF	Distrito Federal
EUA	Estados Unidos da América
MP	Medida Provisória
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
PSL	Partido Social Liberal
STF	Supremo Tribunal Federal

RESUMO

A prisão, sobretudo cautelar, em um paradigma constitucional deve ser identificada como uma das consequências finais e excepcionais de um Direito Processual Penal redemocratizado e será válida apenas se seguir os ditames constitucionais. O panorama posterior a 1988 impõe a hermenêutica garantista e a defesa à liberdade como a regra no país. Sendo assim, toda e qualquer prisão deve passar por um crivo rigoroso no qual as limitações à sua aplicação, haja vista sua nocividade diante da dignidade da pessoa humana, devem ser ponto central. Mais que isso, em alguns casos, determinadas prisões, saídas ou inspiradas no período da Ditadura Militar, devem ser problematizadas pela necessidade de levar a sério o paradigma do Estado Democrático de Direito. Nesse preceito, a presente pesquisa tem por tema central analisar a prisão temporária, em seu histórico, aplicação e validade, especialmente após o Supremo Tribunal Federal, pelas ações diretas de inconstitucionalidade de n. 3360/DF e n. 4109/DF a considerarem constitucional. A pesquisa procura problematizar essa decisão, que, embora tenha trazido requisitos rígidos para a aplicação da prisão cautelar indicada, não considera que essa, de acordo com a hipótese que será defendida, é inconstitucional em seu âmbito formal, material e, de acordo com os primados do garantismo penal, é incompatível com o paradigma acolhido pelo ordenamento brasileiro. Nesse sentido, o tema problema reflete a necessidade de identificar que a decisão do Supremo que defende a constitucionalidade da prisão temporária deve ser repensada. A justificativa da pesquisa se defronta com a necessidade de se estabelecer uma base hermenêutica cuja orientação seja historicizada e constitucionalizada. Portanto, a partir de uma metodologia qualitativa, baseada em revisão bibliográfica sobre o instituto, com ênfase na abordagem garantista (que constitui nosso marco teórico), busca-se analisar a aplicação dos dispositivos processuais penais e relativos à prisão temporária em nossa ordem constitucional.

Palavras-chave: Prisão Temporária; Inconstitucionalidade; garantismo; Ditadura.

ABSTRACT

Prison, especially precautionary, in a constitutional paradigm must be identified as one of the final and exceptional consequences of a redemocratized Criminal Procedural Law and will only be valid if it follows constitutional dictates. The panorama after 1988 imposes guarantor hermeneutics and the defense of freedom as the rule in the country. Therefore, each and every prison must go through a rigorous review in which the limitations to its application, given its harmfulness to the dignity of the human person, must be a central point. More than that, in some cases, certain prisons, released or inspired by the period of the Military Dictatorship, must be problematized by the need to take the paradigm of the Democratic Rule of Law seriously. In this sense, the central theme of this research is to analyze temporary imprisonment, in its history, application and validity, especially after the Federal Supreme Court, due to the direct actions of unconstitutionality of n. 3360/DF and no. 4.109/DF consider it constitutional. The research seeks to problematize this decision, which, although it has brought strict requirements for the application of the indicated precautionary arrest, does not consider that this, according to the hypothesis that will be defended, is unconstitutional in its formal and material scope and, according to the primacies of criminal guarantees, is incompatible with the paradigm adopted by the Brazilian legal system. In this sense, the problem theme reflects the need to identify that the Supreme Court's decision defending the constitutionality of temporary imprisonment must be rethought. The justification for the research is faced with the need to establish a hermeneutical basis whose orientation is historicized and constitutionalized. Therefore, based on a qualitative methodology, based on a bibliographic review about the institute, with an emphasis on the guarantor approach (which constitutes our theoretical framework), we seek to analyze the application of criminal procedural provisions and provisions relating to temporary imprisonment in our constitutional order.

Keywords: Temporary Prison; Unconstitutionality; guarantee; Dictatorship.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	ANÁLISE DO JULGAMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA ADI 3360/DF e ADI 4109/DF	12
2.1	MOTIVAÇÕES PARA AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADES N. 3.360 E N. 4.109/DF	12
2.2	OS ARGUMENTOS UTILIZADOS NOS JULGADOS: ENTRE A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E A POSSIBILIDADE DE PRISÃO TEMPORÁRIA	17
3	DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA: (IN)COMPATIBILIDADE DO INSTITUTO FRENTE AO DIREITO PROCESSUAL PENAL CONSTITUCIONALIZADO	28
3.1.	A CONSTRUÇÃO DA LEI N. 7.960/89: OS RESQUÍCIOS DA DITADURA MILITAR NA REDEMOCRATIZAÇÃO	28
3.2	A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DA PRISÃO TEMPORÁRIA	39
4	CONCLUSÃO	49
	REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

A prisão temporária é um dispositivo processual penal brasileiro recente, que foi introduzido no sistema jurídico pátrio na última década do século XX, em pleno processo de nascimento dos procedimentos e garantias constitucionais atuais e da redemocratização brasileira.

Por ser instituto processual penal cautelar que representa um avanço do poder estatal contra a liberdade individual, há de se ter limitações claras e fundamentais pelo caráter excepcional que esta esfera jurídica deve possuir em um ambiente democrático. Além disso, a própria natureza do instituto reforça fundamentos que estabelecem a necessária subsidiariedade de sua aplicação.

No entanto, nos casos concretos, a aplicação da prisão temporária tem se demonstrado temerária e violadora de uma série de garantias fundamentais como a presunção de inocência, o contraditório, a ampla defesa e a dignidades da pessoa humana, levando juristas garantistas a refletirem sobre a viabilidade de sua permanência em um processo penal brasileiro que se pretende constitucionalizado.

No mesmo sentido, pela possibilidade de arbitrariedade quando de seu direcionamento para o caso concreto e o seu nascimento relacionar-se com o período ditatorial, fez da prisão temporária uma verdadeira controvérsia, que alcançou o Supremo Tribunal Federal para que o Plenário decidisse sobre a sua constitucionalidade ou não. No ano de 2004 se inicia a discussão, finalizando-se apenas em 2022, com a manutenção do instituto por parte do STF, que estabelece requisitos para que a prisão fosse possível no caso.

É sobre esse preceito que a pesquisa busca estabelecer sua hipótese, que pode ser analisada da seguinte maneira: embora o STF tenha estabelecido requisitos para a aplicação da prisão temporária, com o intuito de interpretá-la conforme a Constituição, a prisão temporária, tanto no sentido formal, quanto material, é inconstitucional. E, além disso, é representativo de uma incidência do sistema processual inquisitorial no interior do sistema processual penal que, após 1988, deveria ser no Brasil, não misto, e sim acusatório.

O tema-problema pode ser sintetizado com a seguinte indagação: haveria constitucionalidade na decisão do Supremo Tribunal Federal que definiu a continuidade, desde que seguida de requisitos específicos, da prisão temporária no ordenamento jurídico brasileiro?

Por meio de uma metodologia qualitativa, baseada em revisão bibliográfica sobre o instituto, com ênfase na abordagem garantista (que constitui nosso marco teórico), busca-se analisar a aplicação dos dispositivos processuais penais e relativos à prisão temporária em nossa ordem constitucional. A justificativa da pesquisa se defronta com a necessidade de se estabelecer uma base hermenêutica cuja orientação seja historicizada e constitucionalizada.

Com isso, a pesquisa se divide em dois momentos: o primeiro visa analisar os julgamentos do Supremo Tribunal Federal que definiram uma interpretação conforme à Constituição da prisão temporária, a partir das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de n. 3360/DF e 4109/DF. O segundo, procurará problematizar essas decisões, trazendo argumentos pelos quais o contemporâneo ordenamento constitucional brasileiro não permite a aplicação da prisão temporária no país, pela sua inconstitucionalidade e incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito e com o Direito Processual Penal constitucionalizado.

2 ANÁLISE DO JULGAMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA ADI 3360/DF e ADI 4109/DF

O tópico a seguir tem por objetivo inicial analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal referentes às Ações Diretas de Inconstitucionalidade de n. 3360/DF e 4109/DF. Estas decisões do Plenário foram as que definiram a aplicabilidade atual da prisão temporária no Brasil. Nesse sentido, analisar-se-á o posicionamento majoritário da jurisprudência da Corte Máxima, que a pesquisa procurará demonstrar sua inadequação com o sistema constitucional. Como se verá, o STF analisou a Lei n. 7960/89 ao julgar as duas Ações Diretas de Constitucionalidades supramencionadas. Para identificar o posicionamento atual da Corte sobre a Prisão Temporária e se ocorreu, ou não, uma ruptura de posicionamentos anteriores, serão analisadas as razões de decidir dos Ministros no capítulo seguinte.

2.1 MOTIVAÇÕES PARA AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADES N. 3360 E N. 4109/DF

Proveniente do Distrito Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3360 é do ano de 2004. Ajuizada pelo Partido Social Liberal (PSL), a ADI em questão buscava a hermenêutica constitucional do Supremo Tribunal Federal para analisar os dispositivos e expressões da Lei da Prisão Temporária, também conhecida como Lei nº 7.960/89 (STF, ADI 3360, 2022).

A relatora da Ação foi a Ministra Carmen Lúcia e o relatório indicava que o partido ajuizador da demanda tentou defender a contrariedade dos artigos e III, e a alínea 'o' do indicado artigo, bem como o final do artigo 2º e a modificação de termos do § 2º do mesmo artigo. Grifados pelo requerente, a proposta de análise recaía sobre da seguinte maneira:

LEI FEDERAL Nº 7.960, DE 21 DE DEZEMBRO DE 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:

I) "QUADRILHA OU BANDO (art. 288)", todos do Código Penal;

o) "CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO (LEI Nº 7.492, DE 16 DE JULHO DE 1986)".

Art. 2º A prisão temporária "SERÁ" decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial, ou de requerimento do Ministério Público, terá o prazo de cinco dias, 'PRORROGAVEL POR IGUAL PERIODO EM CASO DE EXTREMA E COMPROVADA NECESSIDADE'.

§ 2º. O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado" E PROLATADO DENTRO DO PRAZO DE VINTE E QUATRO HORAS, CONTADAS A PARTIR DO RECEBIMENTO DA REPRESENTAÇÃO OU DO REQUERIMENTO" (grifos no original). (STF, ADI 3360, 2022, p. 7).

A inconstitucionalidade afirmada dizia respeito, segundo o PSL, ao artigo 5º em seus incisos LIV¹, LVII², LXI³, LXIII⁴ e LXVI⁵. O artigo 1º violaria todos os dispositivos, podendo se caracterizar a prisão temporária somente “se os requisitos previstos nos incisos dos dispositivos questionados estivessem presentes de forma conjunta, sob pena de descumprir o devido processo legal” (STF, ADI 3360, 2022, p. 2). Sobre o artigo 2º, se indicou a inconstitucionalidade para a retirada do termo “será”, como se fosse uma compulsoriedade do Magistrado a acolher a temporária com o pedido da autoridade policial ou do Ministério Público.

O requerente ainda indicou a inconstitucionalidade da expressão “prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”, e que o prazo de vinte e quatro horas seria “insuficiente para o exame de cada caso apresentado para decisão, o que ofenderia o inc. LVI do artigo 5º da Constituição da República” (STF, ADI 3360, 2022, p. 3). Por esses principais motivos se procurou a decretação da inconstitucionalidade da Legislação por meio da ADI, solicitando interpretação conforme a Carta Magna ao artigo 1º e seus três incisos.

¹ Art. 5 - LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

² Art. 5 - LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

³ **Art. 5 - 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;**

⁴ LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

⁵ LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (Brasil, 1988).

A Advocacia-Geral da União defendeu a impossibilidade de conhecimento da ação, ou mesmo o pedido que pedia a inconstitucionalidade completa da Legislação. Em sentido similar, o Procurador-Geral da República procurou que a ação não fosse conhecida, “quanto ao inciso I e II do 1º à expressão ‘por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade’, contida no *caput* do art. 2º, e, ainda, em relação à totalidade (fl. 15) Lei nº 7960/1989” (STF, ADI 3360, 2022, p. 5).

No período em que foi protocolada, a ministra relatora era Ellen Gracie e a Ementa foi realizada no dia 14 de fevereiro de 2022 com o seguinte teor:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 7.960/1989. PRISÃO TEMPORÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 5º, INCISOS LXI E LVII, DA CF. NECESSIDADE DE DECISÃO JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ART. 93, INCISO IX, DA CF. PRAZO IMPRÓPRIO DE 24 HORAS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 1º, INCISO III, DA LEI 7.960/1989. ROL DE NATUREZA TAXATIVA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. ART. 5º, INCISO XXXIX, DA CF. ART. 1º, INCISO I, DA LEI 7.960/1989. EXIGÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ART. 1º, INCISO II, DA LEI 7.960/1989. MERA AUSÊNCIA DE ENDEREÇO FIXO. VEDAÇÃO DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO TEMPORÁRIA. NECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE FATOS NOVOS OU CONTEMPORÂNEOS QUE JUSTIFIQUEM A ADOÇÃO DA MEDIDA. ART. 312, § 2º, CPP. APLICABILIDADE À PRISÃO TEMPORÁRIA. VEDAÇÃO DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA SOMENTE COM A FINALIDADE DE INTERROGATÓRIO. DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. ART. 282, INCISO II, E § 6º, DO CPP. DISPOSITIVOS APLICÁVEIS À PRISÃO TEMPORÁRIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PRISÃO CAUTELAR COMO ULTIMA RATIO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, INCISO LXVI, DA CF. PROCEDÊNCIA PARCIAL (STF, 3360 ADI, 2022, p. 1).

Assim, o Supremo Tribunal Federal definiu uma interpretação conforme a Constituição do artigo 1º da Lei nº 7.960/1989, que, segundo o Acórdão do Julgamento procurou a viabilidade da decretação da prisão temporária desde que esta, para ser decretada, tivesse uma cumulação dos requisitos propostos no julgado.

Tais requisitos assim ficaram: 1) imprescindibilidade para a investigação do inquérito policial (artigo 1º, I), “constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação [ou fundada] [...]” (STF, ADI 3360,

2022, p. 5) na ausência de residência fixa (artigo 1º, II); fundadas razões de autoria ou participação do investigado nos crimes que indicam o inciso III do artigo 1º, não podendo haver analogia ou interpretação extensiva do rol; 3) se justificasse com base em fatos novos ou contemporâneos, que assim a fundamentasse, com base no artigo 312, § 2º do Código de Processo Penal; 4) deve a medida ser adequada de acordo com o que se chama de ‘gravidade concreta do crime’, bem como às circunstâncias fáticas e condições pessoais daquele que é indiciado; 5) e por fim, apenas se não for suficiente para o caso as medidas cautelares diversas, contida no artigo 319 e 320 do CPP.

Para chegar ao raciocínio do próximo capítulo, a abordagem da motivação da ADI n. 4109/DF, uma vez que o Supremo chegou a sua tese e requisitos finais com base também nesse julgado, é imprescindível.

Na ADI descrita, o ajuizamento partiu do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), com a seguinte ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 7.960/1989. PRISÃO TEMPORÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 5º, INCISOS LXI E LVII, DA CF. NECESSIDADE DE DECISÃO JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ART. 93, INCISO IX, DA CF. PRAZO IMPRÓPRIO DE 24 HORAS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 1º, INCISO III, DA LEI 7.960/1989. ROL DE NATUREZA TAXATIVA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. ART. 5º, INCISO XXXIX, DA CF. ART. 1º, INCISO I, DA LEI 7.960/1989. EXIGÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ART. 1º, INCISO II, DA LEI 7.960/1989. MERA AUSÊNCIA DE ENDEREÇO FIXO. VEDAÇÃO DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO TEMPORÁRIA. NECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE FATOS NOVOS OU CONTEMPORÂNEOS QUE JUSTIFIQUEM A ADOÇÃO DA MEDIDA. ART. 312, § 2º, CPP. APLICABILIDADE À PRISÃO TEMPORÁRIA. VEDAÇÃO DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA SOMENTE COM A FINALIDADE DE INTERROGATÓRIO. DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. ART. 282, INCISO II, E § 6º, DO CPP. DISPOSITIVOS APLICÁVEIS À PRISÃO TEMPORÁRIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PRISÃO CAUTELAR COMO ULTIMA RATIO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, INCISO LXVI, DA CF. PROCEDÊNCIA PARCIAL. (STF, ADI 4109, 2022, p. 1).

Nos pontos de demonstração dos motivos do acórdão, a relatora ministra Cármen Lúcia junto à maioria do Supremo decidiram que a parte autora não apresentou fundamentação mínima para amparar a inconstitucionalidade dos artigos 3 e seguintes da referida legislação, motivo pela procedência parcial.

Segundo o julgado, a CF “autoriza que o legislador ordinário preveja

modalidade de prisão cautelar voltada a assegurar o resultado útil da investigação criminal” (STF, ADI 4109, 2022, p. 2). Assim, neste julgado também se alcança uma constitucionalidade do instituto, desde que a presunção de não culpabilidade e os artigos 5º, LXI e LVII da Carta Magna fossem devidamente respeitados.

Logo, na ADI 4109/DF se inscreveu a ausência de violação constitucional da “previsão legal de decretação de prisão temporária quando presentes fundados indícios da prática dos crimes de quadrilha, atual associação criminosa e contra o sistema financeiro”. (STF, ADI 4109, 2022, p. 2). Seria uma opção legislativa essa atenção especial para tais crimes.

Não haveria na prisão, segundo o julgado, o caráter compulsório, pois sua decretação precisa de decisão judicial fundamentada com elementos capazes de impor a medida. Seria o que se inscreve no artigo 93, IX da CF e sua visão do artigo 2º, *caput* e parágrafo 2º da Lei da Prisão Temporária.

A decretação desta prisão, neste julgado, indicava sempre a necessidade e “presença do inciso III do art. 1º da Lei n. 7960/89” (STF, ADI 4109, 2022, p. 2). Isso se impôs pois o dispositivo exigia fundadas razões de autoria ou participação do acusado, ou seja, o *fumus comissi delicti*, em um rol de crimes de natureza taxativa, não podendo haver analogia extensiva para a sua aplicação.

A exigência do inciso I do artigo 1º da Lei indicada é fundamental na questão, pois esse inciso,

[...] ao dispor que a prisão temporária pode ser decretada somente quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial, traz a necessidade de demonstração do *periculum libertatis* do representado, requisito indispensável para a imposição de prisões cautelares por força do princípio constitucional da presunção de inocência que obsta a antecipação de penas. Exigência de fundamentação calcada em elementos concretos, e não em simples conjecturas. Precedentes desta Corte. (STF, ADI 4109, 2022, p. 3).

Sobre o inciso II, a decisão deduziu que não pode ser interpretado isoladamente, por assim tornar-se inconstitucional, pois não ter residência física não evidencia nenhuma concretude de reprovabilidade. Nesse sentido, a prisão temporária deve ser “fundamentada em fatos novos ou contemporâneos sendo consequência lógica da cautelaridade das prisões provisórias e do princípio constitucional da não culpabilidade” (STF, ADI 4109, 2022, p. 3).

Junto a isso, a exigência da proporcionalidade, necessidade e adequação na

gravidade do crime, as circunstâncias fáticas e condição pessoal do agente são cruciais para a sua decretação, devendo ser levado em consideração o artigo 282, parágrafo 6º e 313, ambos do CPP.

Deste modo, a ADI 4109/DF foi “parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgados parcialmente procedentes os pedidos para conferir interpretação conforme a Constituição”, com cinco requisitos: 1) a prisão temporária ser imprescindível para as investigações, ou seja, haver um juízo hermenêutico que defina que a prisão é crucial para a continuidade qualitativa do Inquérito Policial e a investigação da autoridade policial; 2) existir fundadas razões para autoria ou participação, ou seja, um mínimo de comprovação quanto à atividade do acusado na conduta imputada, sem a qual a prisão sequer supre a individualização penal; 3) em fatos novos e contemporâneos que fundamentem a medida, já que, se esta não for necessária no início processual, não pode ser aplicada em momento posterior sobre o risco de insegurança jurídica; 4) e esta seja adequada sobre o fato, condições e gravidade concreta, o que fomenta uma aplicação caso a caso, observado os crimes em que a prisão temporária for adequada; 5) por fim, que haja a impossibilidade de aplicação das medidas cautelares, já que a prisão é excepcional, tendo em vista a regra que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta quanto à liberdade.

Nesse modelo, a seguir, a pesquisa analisa a forma dos votos e como eles chegaram até esses requisitos que permitiram, nos Acórdãos de ambas as decisões, a manutenção da prisão temporária no ordenamento jurídico processual brasileiro e sua sistemática.

2.2 OS ARGUMENTOS UTILIZADOS NOS JULGADOS: ENTRE A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E A POSSIBILIDADE DE PRISÃO TEMPORÁRIA

Para chegar a esses requisitos, os ministros evidenciaram em seus votos as nuances de seus pensamentos quanto ao tema julgado. O Acórdão de ambas as decisões foram elaborados durante meses, em longas discussões e pautando-se na hermenêutica constitucional. O Acórdão da ADI 4109/DF foi proposto no dia 14 de fevereiro de 2022. Como ocorreu a repercussão geral, o julgado na ADI 3360/DF também tem sua determinação nesta data.

O acolhimento dos requisitos para viabilizar a técnica da interpretação

conforme a Constituição deu-se por maioria. Foram vencidos a Relatora Cármen Lúcia, Nunes Marques, Alexandre de Moraes e o ministro Roberto Barroso. Fixou-se a decisão nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, seguido pela ministra Rosa Weber, André Mendonça, Dias Toffoli e o ministro Lewandowski.

Sem a unanimidade, as divergências foram abertas pelo ministro Gilmar Mendes. Foi esse que logo em 2008, quando presidente, decidiu pelo rito do artigo 12 da Lei n. 9868/99, identificando a “identidade de objeto entre a presente ação e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3360/DF e salientou a necessidade de serem apensadas” (STF, ADI 4109, 2022, p. 10). Por isso a pesquisa irá tratar de ambas de forma simultânea, pois seus pontos de decisão confluem para o acórdão da data descrita.

Embora tenha sido voto vencido, é recomendável para a análise dos votos, iniciar-se com o voto da relatoria. Após o relatório, ferramenta similar a realizada no primeiro tópico, o voto da ministra indica alguns pontos. O primeiro é o da preliminar de inépcia nas ADIs, proposta pela Advocacia-Geral da União. Que é afastada. Em seguida a ministra identifica que a prisão temporária aparece na legislação citada acima, datada de 1989 e reconhece que esta não altera substancialmente as normas com seu advento por ser, antes de tudo, prisão cautelar. No entanto, é tema polêmico, pois é considerada na “fase de investigação do inquérito policial, [e] constitui medida constritiva pessoal adotada em fase pré-processual” (STF, ADI 3360, 2022, p. 15).

A ministra reforça que se a “prisão preventiva é medida excepcional, a temporária é de ser excepcionalíssima” (STF, ADI 3360, 2022, p. 15), uma vez que seu momento pré-processual e histórico assim remetem a tal visão, na mesma dimensão que abre um largo preceito à autoridade policial e estabelece uma prisão que utiliza de um paradoxo processual, pois se “pune” antes da decisão final. E o caráter mais que excepcional da temporária se dá por esta ser instrumental (STF, ADI 3360, 2022), uma vez que “por ela busca-se concretizar medida principal no processo penal [sendo] acessória, vinculando-se à principal e sem a qual essa perderia a eficácia. É provisória, prevalece enquanto não alcançado o efeito buscado e presentes [...]” (STF, ADI 3360, 2022, p. 16) requisitos que a autorizem.

E a ministra relatora infere que no Brasil, essa prisão “tem sido considerada, em sua introdução na legislação, como ‘sucedâneo da prisão para averiguação’” (STF, ADI 3360, 2022, p. 17). Essa última é prisão do Período da Ditadura Militar e

a ministra indica que esta é ilícita. Mas não nega que a ‘origem’ da temporária de lá venha.

Aliás, a ministra traz diferenças entre elas: a prisão para averiguação é determinada e executada pelo policial. A temporária determinada por Magistrado e possui fundamentos específicos e motivação explícita. A primeira seria aleatória para levantamento de dados, e a última para trazer de fato criminoso e pessoa determinada. A ministra assim conclui que “a prisão temporária distancia-se, assim, da repudiada prisão para averiguações” (STF, ADI 3360, 2022, p. 18) e reforça que seu voto irá nesse sentido buscar conciliar princípios constitucionais que protegem a dignidade da pessoa humana com regras de segurança e efetividade individual e coletiva do direito penal.

Afinal, indica a ministra, mesmo na esfera constitucional, haveria validação para medidas cautelares, com base no “dever de proteção estatal a bens jurídicos [que] realiza-se por leis definidoras de tipos penais, cujas penas tem as funções retributiva, dissuasória e ressocializadora” (STF, ADI 3360, 2022, p. 20). E, se esta deve ser possível apenas com base no respeito às normas processuais de direito processual penal, como contraditório, ampla defesa e devido processo legal, as demais também devem seguir essa disposição. “Para a preservação da segurança jurídica, da vida e da integridade de pessoas [...] pela Constituição conferiu-se ao Legislativo o dever-poder de legislar sobre a especificação de providências legítimas” (STF, ADI 3360, 2022, p. 21).

A custódia cautelar, para a ministra, além disso, não esbarra no princípio da não culpabilidade, pois, ainda que exista a presunção de inocência, mesmo em ordenamentos que buscam a liberdade individual como fundamento, a medida restritiva existe, e, mesmo no Brasil “existe no próprio texto constitucional a referência a formas de prisão anteriores à condenação (art. 5º, LXI, da CF/1988)” (Gomes Filho, 2012, p. 21). Mesmo convenções internacionais de direitos humanos permitem a prisão cautelar, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 1992 em seu artigo 9. Assim, a ministra defende que o “dever de legislar sobre prisão cautelar é constitucionalmente exercido quando submetido ao princípio da proporcionalidade, sob pena de desnaturar a natureza acautelatória e excepciona da medida e vulnerar-se o devido processo legal” (STF, ADI 3360, 2022, p. 23).

Por isso afirma que a Lei da Prisão Temporária teria vindo do dever do

legislador em legislar sobre direito processual penal, com base na competência do artigo 22, I da Carta Magna, e reforça que a prisão temporária não viola os artigos indicados pelo PSL por ser cabível somente em fase investigativa e possuir requisitos estritos e em sintonia constitucional, como as demais medidas cautelares. Reforça que, por ser decretada pelo magistrado, ela perde seu caráter arbitrário, e precisa além disso de representação do delegado de polícia ou do requerimento do Ministério Público, mantendo o que ela chama de reserva da jurisdição. Assim, por ser medida de constrição pessoal, ela por isso se submete ao artigo 93, XI da Carta Magna, e, é no caso a caso que se analisaria sua incompatibilidade com os direitos fundamentais.

A impossibilidade do termo “será decretada pelo juiz” como imposição automática retorna no voto da ministra, por inexistir essa obrigatoriedade no ordenamento, pelo quadro fático que incide a norma e pela interpretação teleológica do artigo 1º, III da Lei da Prisão Temporária, que reforça o dever de exame na decisão do magistrado, bem como seus pressupostos legais (STF, ADI 3360, 2022, p. 35). São as ‘fundadas razões’ e essa é atribuição do magistrado.

A ministra identifica que a urgência da medida indica a necessidade de haver tempo máximo para seu exame e finalização, e, deve ser mantido o dever de informação ao investigado, da decretação da prisão temporária (§4º, art. 2 da Lei nº 7.960/1989). Além disso, a relatora infere que essa prisão não pode ser usada para interrogatório do investigado, harmonizando-a assim com o artigo 7º, item 3 da Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo a mesma. Por isso, o indiciado não ter residência física, como indica o artigo 1º, II da Lei não justificaria a prisão temporária, só se tivesse associada a imprescindibilidade da medida para a investigação.

Ou seja, a ministra assim começa a construir sua tese. Ressalta assim que “a prisão temporária é cabível quando caracterizar conjuntamente as hipóteses dos incisos I e III ou I, II e III. Admitir-se a prisão temporária pela aplicação isolada de alguns dos incisos [...] conduziria a repudiado automatismo na decretação” (STF, ADI 3360, 2022, p. 41).

Logo, conhecendo a ADI n. 3360, a ministra julgou-as parcialmente procedentes, sem redução de texto, atribuindo interpretação conforme para o artigo 1º, indicando que somente será possível a aplicação da prisão temporária com a cumulação dos incisos.

Essa posição foi exemplo de voto vencido, e o voto do ministro Gilmar Mendes foi dividido em partes, que consolidaram os requisitos do Acórdão vencedor.

O ministro trouxe seu relatório no mesmo sentido e indicou em seguida premissas sobre o tema, analisando as características elementares da prisão temporária, que teria finalidade de acautelar investigações do inquérito policial. Novamente defende que a CF/88 “Não vedava a edição de medidas provisórias em matéria penal e processual” (STF, ADI 3360, 2022, p. 48) que deviam ter limites constitucionais e convencionais.

Por tal motivo que no segundo tópico o ministro indica os “requisitos para a decretação da prisão temporária: pressupostos de cautelaridade e vedação à prisão automática” (STF, ADI 3360, 2022, p. 49). Assim, ele traz requisitos *ainda mais rígidos* que a ministra relatora.

O ministro ressalta que existe na prática notícias de prisões nessa modalidade que são decretadas para se pressionar a confissão ou colaboração na persecução, bem como que essas podem se basear em mera conjectura, e que tais panoramas devem ser repudiados. Assim, o ministro analisa a doutrina, que defende que ao menos os incisos I e III, sendo que o II deveria estar no I, devem estar presentes. Não haveria assim aplicação exclusiva de um inciso para essa prisão, só podendo ser legítima se estiverem cumulativos os incisos I e III.

Além disso, com base em duas leis, a Lei n. 12.403/11 e 13.964/19, sobre a teoria geral das medidas cautelares, impõe a aplicação dessas reformas legislativas à prisão temporária. Essas se encontram no artigo 282 do CPP, e indicam que devem tais medidas cautelares observarem a necessidade para aplicação da lei penal, investigação ou instrução penal e, em casos expressos, para evitar a infração penal (I); e adequação da medida à gravidade do crime, condição pessoal do agente e circunstâncias fáticas (II).

A Lei de 2019, que ficou conhecida como Pacote Anticrime e trouxe o Juiz das Garantias, trouxe também a necessidade da medida restritiva ter como requisito fatos novos ou contemporâneos, que a fundamentem, (art. 312, §2, CPP) (STF, ADI 3360, 2022, p. 51). Além disso, reafirma que não pode essa prisão se basear em mera conjectura, pois a liberdade do suspeito apenas deve ser restringida por decisão judicial fundamentada, em fatos concretos que a ampara.

Sobre o artigo 1º, II da Lei de Prisão Temporária, o ministro ressalta que não

é possível haver analogia ou interpretação extensiva, por não poder ser aplicado para pessoas em situação de vulnerabilidade, indicando que a “prisão temporária deve ser cabível somente aos crimes previstos expressamente na legislação, visto que definido rol exaustivo no dispositivo em análise.” (STF, ADI 3360, 2022, p. 55).

Em seguida, no terceiro tópico, se indica como a prisão para averiguações deve ser afastada, pois isso viola o que será estudado no próximo capítulo, o *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti*. E, por isso e pela presunção de inocência, “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” (STF, ADI 3360, 2022, p. 57). Portanto, além de não poder a prisão temporária ser uma prisão para averiguações, não pode esta ser usada para o cidadão violar seu direito a não produzir prova contra si mesmo, por ser mandamento do artigo 5º, LXIII da CF/88.

Com isso, após indicar impugnações à ADI, o ministro Gilmar Mendes forma a tese que acolhe os cinco requisitos, de forma cumulativa, que foram acolhidos pelo Acórdão da ADI, indicando a divergência apresentada pelo ministro Edson Fachin. Esse ministro assim foi a base final para o Acórdão vencedor, por ter aberto a divergência à relatoria. A pesquisa chega ao mesmo a partir de agora. O ministro foi redator do voto e apresentou seu voto vista.

O ministro Edson Fachin indica que seguirá o relatório da ministra e avalia em seguida o artigo 1º da legislação em estudo, bem como as alegações de violação do artigo 5º dos requerentes. Reforça em seguida que a relatora julgou parcialmente estes e apresentou sua solução cumulativa.

Em seguida no mérito, sobre a prisão temporária novamente o ministro indica que essa é uma modalidade de prisão cautelar, e reforça que, “como a ministra relatora e o ministro Gilmar Mendes, não vislumbro inconstitucionalidade na prisão temporária em si” (STF, ADI 3360, 2022, p. 70).

Novamente ressalta que a CF/88 autoriza as cautelares no inciso LXI do art. 5º. Segundo este, nada impediria que o legislador executasse antecipadamente a pena ou que seria proibido que nessa o legislador estabelecesse a prisão cautelar que buscasse assegurar o resultado investigatório e esse ser útil. Ressalta que essa diretriz também está nas convenções já citadas pelo trabalho.

Ao analisar a controvérsia entre os dois ministros anteriores, Fachin acompanhou a divergência do ministro Gilmar Mendes, mas com ressalva. Buscou identificar o devido processo legal substantivo e o princípio da legalidade, indicando que o Processo Penal não é forma somente, “mas também garantia limitadora do direito de punir estatal, o qual deverá ocorrer sem arbítrios, estritamente com base na lei e, sobretudo, na Constituição Federal” (STF, ADI 3360, 2022, p. 76).

Por tal motivo, reitera que não existe compatibilidade desta prisão com a prisão para averiguação, indicando que “a prisão temporária não pode ser utilizada com o sentido de conferir a ela, por vias transversas, a imposição ao sujeito de se submeter à oitiva em fase inquisitorial” (STF, ADI 3360, 2022, p. 80). A prisão temporária deve ter a contemporaneidade fática para se justificar, apesar de não se impedir a sua decretação por crimes antigos.

Em seguida, interessante a disposição do ministro, ao indicar que a interpretação está,

[...] em consonância com o princípio constitucional da não culpabilidade, de onde se extrai que a regra é a liberdade; a imposição das medidas cautelares diversas da prisão a exceção; ao passo que a prisão, qualquer que seja a sua modalidade, a exceção da exceção, é dizer, a ultima ratio do sistema processual penal. Nessa linha, cumpre rememorar, por oportuno, o art. 5º, inciso LXVI, da CF, segundo o qual “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, de onde se constata a conformidade dessa interpretação com a Constituição. (STF, ADI, 2022a, p. 83).

Porém, o ministro indica que a prisão temporária não precisaria de observar o artigo 313 do CPP, divergindo do voto do Ministro Gilmar Mendes nesse caso. Segundo o ministro, esse artigo seria “específico para a prisão preventiva” (STF, ADI 3360, 2022a, p. 84), sendo que o inciso III da Lei da Prisão Temporária que foi a escolha do legislador sobre a mesma matéria.

Afora essa divergência, o ministro acolhe os demais requisitos da divergência do ministro Gilmar Mendes, que, perante os demais votos que seguiram, foi o voto escolhido, sem a ressalta apresentada por Fachin.

Por fim, vale ressaltar rapidamente apenas alguns trechos do voto vencido do ministro Alexandre de Moraes que foi o seguido pelos demais ministros que foram voto vencido. O voto segue o mesmo caminho da relatora quanto ao relatório e, de forma preliminar, acompanhou a relatora, fez o breve histórico da legislação, fundamental para o próximo tópico e que será citada no mesmo, por isso se vai

para o inciso II do voto do ministro.

De forma similar deu-se na ADI 4109/DF que, de certa maneira, complementa os votos apresentados acima. A ministra relatora afirma que o “dever de proteção estatal a bens jurídicos realiza-se por leis definidoras de tipos penais, cujas penas temas funções retributiva, dissuasória e ressocializadora” (STF, ADI 4109, 2022, p. 20).

Nesse modelo, se defendeu no voto vencido, bem como no que perdurou-se na decisão do Plenário, a aplicabilidade da prisão temporária, com as diferenças descritas, pois, segundo os ministros, e estabilizando decisões passadas que não romperam diretamente com julgados anteriores, indicou que, desde que mantendo os requisitos, é dever estatal a proteção aos bens jurídicos. A prisão temporária é medida cautelar válida nos julgados e mantém-se na “história hermenêutica” da Corte, com a modificação ocorrendo quanto aos requisitos e a inviabilidade de aplicação isolada do inciso II já estudado.

Na ADI 4109/DF, isso se inscreve na citação também da relatora:

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. (STF, ADI 4109, 2022, p. 21).

O dever de legislar sobre o tema é mantido, desde que este seja mantido para a prisão cautelar com base no “princípio da proporcionalidade, sob pena de se desnaturar a natureza acautelatória e excepcional da medida e vulnerar-se o devido processo legal substancial” (STF, ADI 4109, 2022, p. 23).

Segundo a relatora portanto, 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 inciso I do art. 22” (STF, ADI 4109, 2022, p. 31). Esse instaura que é competência da União legislar sobre matéria de ordem processual. Logo, a prisão temporária não pode ser arbitrária e passa por uma proporcionalidade nesse segundo julgado, que repercute na competência da União para a sua legislação e nos requisitos que se confirmam no

primeiro julgado. Foi nesse sentido que a relatora decidiu:

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. (STF, ADI 4109, 2022, p. 44).

E, ainda que tenha sido voto vencido, a estabilização para ambos os julgados veio com os requisitos descritos. Portanto, ambas as decisões concretizaram uma ligação para os requisitos propostos.

No tópico, com seus dois julgados apresentados, demonstrou-se uma tentativa do Supremo Tribunal Federal de constitucionalizar o dispositivo processual penal da prisão temporária. Tentando afastar esta de seu histórico ditatorial, a apresentação dos requisitos do Plenário demonstram uma visão de processo penal misto, que permite no momento da prisão temporária, a decretação de uma prisão que tem essência inquisitorial.

Os requisitos, segundo o Supremo, conseguiriam “sanar” este caráter, permitindo um controle de legalidade e validade da prisão. Tais requisitos, ao serem analisados obrigatoriamente pelo magistrado, seriam capazes, com a reserva da jurisdição e seguindo a concretude fática, conseguiriam “constitucionalizar” a referida prisão. Seria essa análise jurisdicional capaz de averiguar a imprescindibilidade da prisão para as investigações policiais no inquérito, com elementos concretos, sem conjecturas. As fundadas razões daí decorreriam, com fatos novos ou contemporâneos que aumentariam a suposta necessidade da prisão temporária. O magistrado definiria a gravidade concreta do crime, suas circunstâncias e as condições pessoais do agente para finalizar esse “juízo de permissão”. Somente depois disso seria possível analisar a viabilidade de medidas cautelares diversas (Neto, 2005).

Esses fundamentos, como a pesquisa tentará demonstrar, ainda assim não são suficientes para manter a constitucionalidade da prisão temporária, pelo diálogo processual penal não com o sistema processual misto, e sim com o modelo acusatório após a CF/88.

Voltando ao julgado da ADI 3360/DF, se consegue deduzir a “aceitação” do sistema misto nos votos. Veja-se o terceiro tópico do voto ministro Alexandre de

Morais. Nesta altura, o ministro indica a ausência de inconstitucionalidade sobre prazo para o magistrado decidir sobre a prisão, indicando três motivos. O primeiro é que mesmo sendo curto, “sempre existem juízes de plantão com a finalidade de analisar as representações das autoridades policiais” (STF, ADI 3360, 2022, p. 111); o segundo motivo é que qualquer atraso eventual na decisão privilegia o *status libertatis* do indiciado e não geraria qualquer prejuízo para ele, circunstâncias essas que, na seara do Direito Penal, são caríssimas” (STF, ADI, 2022a, p. 112). O último motivo é que esse prazo se justifica devido à urgência “e necessidade da prisão temporária de um investigado” (STF, ADI 3360, 2022, p. 112).

Em seguida o ministro Alexandre de Moraes analisa como não é inconstitucional a Lei, por não ocorrer ofensa ao inciso LXVI do artigo 5º da CF/88, pela inclusão na hipótese de prisão temporária, dos crimes que eram conhecidas como o crime de “quadrilha ou bando” (art. 288 do CP) , bem como contra o sistema financeiro nacional.

Não haveria equiparação entre esses crimes e os hediondos, segundo o ministro, indicando o prazo de cinco dias para crimes comuns como estes, para a prisão temporária, prorrogável por mais cinco dias, e para os hediondos no prazo de trinta dias. Além disso, se inscreve o rol taxativo, como indicado no inciso III, artigo 1º da Lei n. 7.960/1989 e esse foi escolha do legislativo.

Em seguida, trouxe o afastamento da inconstitucionalidade da ausência do artigo 5º, LXVI da CF/88. Indica que a prisão cautelar, a depender de cada espécie, tenha requisitos próprios. Não há, segundo o ministro, violação “pois, em caso de prisão temporária ilegal, por expressa previsão constitucional, ela deverá ser imediatamente relaxada (art. 5º, LXV, da CF)” (STF, ADI 3360, 2022, p. 115). Por tais motivos o ministro divergiu da relatora e julgou improcedente mesmo o pedido, não chegando a analisar sequer matérias além deste.

Em resumo, vale a pena indicar novamente os requisitos que o Supremo Tribunal Federal definiu como a interpretação conforme a Constituição da prisão temporária. Esta, se tiver os cinco requisitos, se constitucionaliza:

- 1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial, constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação, ou quando fundada no mero fato de o representado não ter residência fixa;
- 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos

crimes descritos no artigo 1º, inciso III, da Lei 7.960/1989, vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto;

- 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos;
- 4) for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado;
- 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal (CPP). (STF, ADI 3360,2022, p. 5).

Em tal sentido, os próximos tópicos do trabalho irão submeter a decisão à crítica constitucional, verificando se a prisão temporária e seus fundamentos conseguem subsistir a uma hermenêutica constitucional, pautada no sistema processual penal acusatório, âmbito garantista do Direito brasileiro posterior a 1988. A orientação constitucional será o objetivo do próximo capítulo, testificando a prisão temporária, seu histórico, seus elementos, bem como a Decisão do Supremo em constitucionalizá-la.

3 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA: (IN)COMPATIBILIDADE DO INSTITUTO FRENTE AO DIREITO PROCESSUAL PENAL CONSTITUCIONALIZADO

O tópico a seguir procura analisar se há inconstitucionalidades, sejam formais ou materiais, na Lei nº 7960/1989. Assim, mesmo reconhecendo o valor da decisão nas duas ações diretas de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, a pesquisa volta-se à tentativa de analisar a incompatibilidade do dispositivo prisional cautelar com o Direito Processual Penal Constitucionalizado. O instituto da prisão temporária assim, será analisado à luz da Constituição da República de 1988, para que seja verificada, além dos julgados, sua compatibilidade com o sistema normativo constitucional atual, que, ao ver da hipótese da pesquisa, é moldado não em bases mistas, e sim, acusatórias.

Merecia ensejo, logo, ao invés de requisitos para qualificar o mecanismo cautelar, os pedidos do requerente na ADI estudada. O modelo procesual penal acusatório e garantista foi o escolhido pelo ordenamento brasileiro e pelo Constituinte, devendo o mesmo seguir diretrizes que respeitem essa sistemática. “Levar os direitos à sério” (Dworkin, 1999) significa buscar a interpretação mais compatível com a democracia, a Constituição e o republicanismo, bases do Estado Democrático de Direito que, no foco no pilar da dignidade da pessoa humana e nos princípios processuais penais constitucionalizados, afastar a prisão temporária do ordenamento.

Além de que “nessa proposta garantista, segundo Ferrajoli (1988), a efetivação de direitos humanos e fundamentais não pode ser afastada em virtude de qualquer objetivo utilitário. A composição e o “cumprimento dessas garantias é, portanto, um fator de eficiência, bem como de justiça” (Ferrajoli, 1988). E mais, essa é uma ferramenta, ao se manter o sentido constitucional da possibilidade de aplicação de uma prisão cautelar deve evitar o chamado populismo penal. Este, nas palavras de Ferrajoli (1988) tem por pior espécie o “populismo judicial (que) é a forma mais perversa de populismo”.

Para mostrar primeiro a incompatibilidade (que resvala na própria inconstitucionalidade, decerto), se observará, tomando como base a parte histórica do voto do ministro Alexandre de Moraes e a doutrina, o histórico de construção da legislação descrita.

3.1. A CONSTRUÇÃO DA LEI N. 7960/89: OS RESQUÍCIOS DA DITADURA MILITAR NA REDEMOCRATIZAÇÃO

O ano era 1989 e o país estava oficialmente redemocratizado. A Constituição da República já havia sido promulgada e os 21 anos de Ditadura Militar, com suas mais brutais violações de direitos humanos, parecia estar no início concreto do fim.

No entanto, o momento mundial e o intuito de concentrar poder político e do monopólio da violência ainda se mantinha em uma transição que não buscou condenar torturadores e violadores desses direitos. O país ainda estava sob uma forte influência militar (Safatle; Teles, 2010).

Enquanto isso, nos EUA, que naquele momento era o país central do mundo, o impacto da Política de “Lei e Ordem” ainda era intenso mesmo com a sucessão de Ronald Reagan para H. W. Bush, que em 89 se torna o presidente do país. O muro de Berlim caiu no final deste ano e a influência da União Soviética diminuiu com a sua fragmentação. Certamente o movimento de Lei e Ordem não surge nos EUA. Foi o alemão Ralf Dahrendorf que cria o movimento, mas certamente, com Regan, toma proporção de política de Estado (Neto, 2005).

A Lei e Ordem “é uma política criminal que tem como finalidade transformar conhecimento empíricos sobre o crime, propondo alternativas e programas a partir de sua perspectiva” (Neto, 2005, p. 33). Com amplitude na década de 70, o movimento mantém força na década de 80 e sua proposta era a repressão intensa aos delitos e buscar aumentar as leis que incriminassem condutas. “A pena, a prisão, a punição e a penalização de grande quantidade de condutas ilícitas são seus objetivos” (Neto, 2005, p. 33).

Como ressalta o autor,

Este movimento de repressão máxima ensejou a implantação de inúmeros programas sociais fundados na ideologia de “Lei e Ordem”, com a participação das populações das cidades em diversos países da Europa. Inglaterra, França e Holanda vivenciaram os chamados programas de intervenção preventiva, que, a nosso ver, muito se assemelham aos movimentos americanos de “tolerância zero”, em que a atividade policial contava e conta com grande participação da comunidade para a diminuição da criminalidade (Neto, 2005, p. 33).

Observe: em um país dito democrático, essa política ganha forte aparição, e,

como bem se sabe esse período é de potente influência estadunidense no Brasil, que se redemocratizava. Era um exemplo interessante, para os que buscam manter uma tendência autoritária na redemocratização, uma linha de *crime control model*, “que prega um sistema de tolerância mínima” (Neto, 2005, p. 41), ainda que sem resultados efetivos e com violações constantes de direitos. Junto à repressão ditatorial brasileira, era o cenário ideal para alcançar o Legislativo.

Além disso, na década de 1990 os EUA criam a ramificação da “Lei e Ordem”: o “Tolerância Zero”, que Greco (2005) analisa de maneira pormenorizada. O autor indica que foi na cidade de Nova York que surge o último, quando Rudolph Giuliani, “após o sucesso de sua campanha eleitoral, em 1993, assume o cargo de chefe do Poder Executivo Municipal, dando início ao plano denominado *Tolerância Zero*.” (Greco, 2005, p. 17).

Indicando os estudos de Loic Wacquant, Greco ressalta que essa ‘teoria’ nunca foi comprovada de forma empírica, e “serve de álibi criminológico para o trabalho policial empreendida por Willian Bratton, [...] o objetivo dessa reorganização: refrear o medo das classes médias e superiores – as que votam” (Greco, 2005, p. 17). O “objeto” não seria outro: “perseguição permanente dos pobres nos espaços públicos (ruas, parques, estações ferroviárias, ônibus e metrô, etc.” (Greco, 2005, p. 17).

Como ramificação, ambas tinham um intuito: ser um “Movimento político-criminal que deposita no Direito Penal toda a responsabilidade pela proteção dos bens existentes na sociedade” (Neto, 2005, p. 43), com influências diretas no Brasil.

Por aqui, após a redemocratização e o rol exemplificativo de direitos fundamentais em um país que estava em crise econômica e ansioso pela liberdade posterior à Ditadura, a prisão temporária existir um ano após o texto constitucional não teria outro significado: atender “à imensa pressão da polícia judiciária brasileira” (Lopes Júnior, 2019, p. 814), com argumentos iguais aos da “Lei e Ordem” e “Tolerância Zero”.

O elemento era o mesmo, como será visto: ao invés de um Direito Processual e Penal Constitucionalizado, esses movimentos e a legislação em estudo pertencem à teoria do Direito Penal do Inimigo, que Gunther Jakobs e Melía (2003) estuda, justamente, na metade da década de 90. O que deve se ter em mente nesse momento, é que o Direito Penal do Inimigo tem um sentido majoritário: a expansão do Direito Penal.

É nesse contexto que surge a Lei da Prisão Temporária, buscando no interior do processo de transição que não desmilitarizou a política (Silveira, 2012), a possibilidade militar e policial de atuação no interior do Estado Democrático, de práticas incompatíveis com o modelo constitucional e o interesse democrático. O que resta é uma “cultura autoritária presente no momento da fundação do aparelho policial brasileiro” (Silveira, 2012, p. 16), pautada na repressão e no clamor público, cuja prisão temporária é apenas um dos vários elementos.

A pressão em 1989 da polícia judiciária deu-se por se ver, com o fim da Ditadura, enfraquecida em sua capacidade ilimitada de violações de direitos, para, por exemplo, “averiguações”. A Carta Magna de 1988 não permitia essa prisão, bem como o modelo de atuação policial que naquele momento não tinha a intervenção do Juízo, sendo que o suspeito era disposto absolutamente à polícia. Havia uma pobreza na investigação que colocada no suspeito o principal objeto probatório. Assim, a constitucionalização foi interpretada pelo campo policial como uma diminuição de sua função (Lopes Júnior, 2019).

Manter a atividade policial no campo democrático movimentou os meios políticos de uma ainda frágil república democrática, e, além disso, com o cenário punitivista mundial, o caminho para buscar legislações punitivistas apareceu como interessante para essa vertente político-militar (Silveira, 2012). A criação da Lei da Prisão Temporária indica a possibilidade de uma “democracia poder ostentar dispositivos de um regime ditatorial, na medida em que os patrimônios de cada um desses regimes, permanecem disponíveis para o uso ao longo do tempo” (Martins, 2010, p. 106).

Pânico moral e clamor público; políticas repressivas internacionais; contaminação ditatorial na democracia após 1988; Direito Penal máximo. Esses são os elementos da Lei da Prisão Temporária. Parece sintomático ter sua própria aparição ter se dado por meio de Medida Provisória. Foi a MP n. 111 de 24 de novembro de 1989, que, um mês depois, torna-se a Lei em estudo.

Observe a primeira polêmica: uma medida de repressão como esta advir do Poder Executivo, por meio de Medida Provisória que acaba legislando sobre Processo Penal por mecanismo que não é discutível em um primeiro momento, reforça tanto o intuito autoritário quanto a potencial inconstitucionalidade formal, como se defenderá por vício de iniciativa. No momento, ainda a pesquisa se atém ao primeiro motivo.

O intuito autoritário de José Sarney e sua medida provisória são explícitos já, em manchete no Jornal de Brasília da época: “Nova Carta gera império do crime”. O presidente dirigiu na ocasião a “mais violenta crítica já feita à Assembleia Nacional Constituinte, ao acusá-la de aprovar texto que, em nome da defesa dos direitos dos criminosos, gerará o caos, o império do crime e da impunidade no País” (Jornal de Brasília, 1989). E continua: “quero dizer às brasileiras e brasileiros [...] que, se a coisa já era difícil, com esse texto [aprovado pela Constituinte] nem delegado, nem policial, nem soldado, nem ninguém poderá prender [...]” (Jornal de Brasília, 1989). O objetivo é claro nas palavras do presidente e sua medida provisória não assusta.

O que complexifica a situação é que houve uma ADI contra essa medida provisória. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a ADI n. 162/DF, mas o STF de forma unânime decidiu que a “Lei 7.960/89 não teria sido originada da conversão da MP n. 111, que, na realidade, teria perdido sua eficácia jurídica pelo transcurso do prazo” (STF, ADI 162, 1993). O Relator foi o ministro Moreira Alves e o Acórdão era claro: “por unanimidade de votos, em não conhecer da presente ação por estar prejudicada em virtude da perda de seu objeto” (STF, ADI 162, 1993, p. 1).

A Lei nº 7.960/89 já em sua exposição de motivos traz, junto às palavras do Presidente José Sarney, os objetivos de expansão do Direito Penal com base em medidas populistas. Mirabete (2006) sintetiza o que buscou a exposição de motivos: indicar o clima de pânico “que se estabelece em nossas cidades, a certeza da impunidade que campeia célere na consciência de nosso povo, formando novos criminosos, exigem medidas firmes e decididas, entre elas a da prisão temporária” (Mirabete, 2006, p. 398).

Novamente, se confirma,

[...] a prisão temporária foi criada acompanhando uma tendência da política associada ao combate ao crime, chamada de “lei e ordem”, a qual buscou o enrijecimento no trâmite processual criminal e um aumento das penas de vários delitos. Desta maneira, foram atendidas as reclamações da população que vinha sendo vítima de vários crimes contra o patrimônio e contra a vida. (Abreu, 2009, p. 32).

Não se pode nem afirmar que o Presidente cedeu aos interesses punitivistas: ele os manifestou. E, em “21/12/1989, foi institucionalizada a prisão

para averiguações, agora com o nome de ‘prisão temporária’ (como se existisse prisão perpétua...)” (Lopes Júnior, 2019, p. 815). Esse termo, como visto nos votos dos ministros Carmén Lúcia e Gilmar Mendes é repetidamente afastado, pela afirmação de que a “atuação jurisdicional” afastaria a averiguação da temporalidade’ entre as prisões.

Ao ver da pesquisa e seguindo de perto Lopes Júnior (2019), o que houve foi uma legitimação ditatorial no interior da função estatal com a promulgação desta prisão temporária que possui esse contexto e esse evidente objetivo de intensificação das práticas de direito penal, que muito escapam aos princípios processuais penais constitucionalizados, uma vez que “a proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal [sendo este] a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas [...]” (Roxin, 1996, p.65). Colocá-lo como prioridade, como foi o intuito do Presidente com a medida provisória e do legislativo em seguida, contraria esse princípio.

Além disso, a intervenção mínima, que é de Direito Material, deve se ligar ao princípio da lesividade para desde logo repudiar essa legislação punitivista de maneira ainda mais completa, uma vez que ambos são ligados, o primeiro permitindo intervenção do Direito Penal apenas quando da violação de bens jurídicos importantes e ainda assim de forma subsidiária, e o último limita “ainda mais o poder do Legislador [indicando] quais as condutas que poderão ser incriminadas pela Lei Penal” (Greco, 2013, p. 51).

O elemento central no princípio da lesividade que é violado pela Prisão Temporária é a sua terceira função: “a de impedir que o agente seja punido por aquilo que é, e não pelo que fez” (Greco, 2013, p. 52). Afinal, como contextualizado, o intuito punitivista da época, seja internacional quanto nacionalmente, reforçam para qual extrato populacional seria direcionada a prisão temporária, senão aos mais pobres? Observe que a afirmação é diretamente capaz de problematizar ou tornar inviável a aplicação em qualquer medida do inciso II, do artigo 1º da Lei de Prisão Temporária. Neste ponto, a pesquisa dialoga e concorda com os julgados do STF, pois afastaram qualquer aplicação isolada dos incisos do artigo 1º da referida legislação.

Por fim, como os ministros na ADI 3360/DF e na ADI 4109/DF explicaram de maneira concisa: se a prisão temporária deve ser vista como mais excepcional (se

fosse constitucional, o que a pesquisa não defende) do que a prisão preventiva, qual seria sua razão de ser, senão a de afetar, em sentido contrário, justamente essa intervenção mínima subsidiária e a lesividade, princípios sensíveis do Direito Penal Constitucionalizado? Viola duplamente esses dois princípios.

Formular historicamente uma legislação pautada em “anseios da sociedade, através de penas e tratamentos mais duros e severos àqueles que desobedecem a regras impostas” (Dias; Guerra, 2019, p. 11) é incompatível com o ditame constitucional e a dignidade da pessoa humana que torna *dever* estatal, certamente a segurança pública, mas não permite que para tanto se restrinja direitos fundamentais e princípios que a própria Constituição, ‘constitucionalizou’.

A proposta de leis rígidas - e no final sem qualquer efeito prático na diminuição dos crimes, pois, o que importa, no tão basilar ensinamento de Cesare Beccaria (1764, p. 111-113 *apud* Dias Guerra, 2019, p. 11) “não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo [...]” – é incompatível com o intuito democrático constitucionalizante que, obrigatoriamente e por escolha do Constituinte, deve estar no Direito Penal e Processual Penal. Fora disso, não se procura uma hermenêutica constitucional consciente que visa, antes de tudo, a tutela de direitos e garantias constitucionais, protegidos por cláusula pétrea.

O movimento de incompatibilidade constitucional da Lei de Prisão Temporária é fruto desses tempos, pois nele também se criam legislações punitivistas como a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90). O que se faz é a utilização do processo legislativo para desarmonizar o sentido “rígido” na defesa de direitos constitucionais, lembrando que esta defende a pessoa humana, independentemente de anseios da maioria. Deve ser também protegida pelo seu Guardião, o que, ao ver da pesquisa, pelos motivos explanados, não foi feito, quando o STF interpreta essa legislação conforme à Carta Magna, em evidente afronta, justamente, à mesma.

Nesse momento, antes de tratar propriedade das inconstitucionalidades que a pesquisa procura identificar (embora esse tópico possa ser visto como tal), faz-se necessário agora observar o Direito Penal do Inimigo como o *fundador* da Lei de Prisão Temporária. E, como esse é impossível em uma perspectiva constitucional, novamente se inscreve uma incompatibilidade desta Lei para com o texto máximo. Afinal, a prisão preventiva, ao ver da pesquisa, sendo também cautelar, é

mecanismos mais capazes de realizar o intuito, justamente, cautelar, sendo a prisão temporária em seu caráter excepcionalíssimo diante da própria preventiva, incapaz de constitucionalizar-se.

Em outros termos: a pesquisa não nega, como o fez o ministro Edson Fachin na ADI 3360, que exista a previsão cautelar mesmo em convenções internacionais de direitos humanos. O que se faz é identificar que esta medida cautelar especificamente é medida de Direito Penal do Inimigo e, por isso, incapaz de ter interpretação conforme à Constituição. Dois argumentos do ministro reforçam a maneira como permitir essa aplicação, mesmo com requisitos, é permitir o Direito Penal do Inimigo. Grosso modo e de forma resumida, o Direito Penal do Inimigo foi pensado por Gunther Jakobs (2003), após palestra na Conferência do Milênio em Berlim, em 1999 (Neves, 2010). O objetivo era reprimir ameaças e crimes em um mundo que se globalizava.

A ampliação do Direito Penal é tratado por vários autores, sendo os estudos de Jakobs e Meliá (2013), e especialmente de Jesus-Maria Silva Sanchez (2002) na obra “A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais”.

O Direito Penal da globalização, conforme Sanchez (2002), possui configurações que formam uma específica dogmática quanto ao chamado “fenômeno da delinquência”. Na obra traduzida para o português em 2002, o autor informa que este Direito Penal da globalização não faria mais que “acentuar a tendência que já se percebe nas legislações nacionais, de modo especial nas últimas leis em matéria de luta contra criminalidade econômica, a criminalidade organizada e a corrupção”(Sanchez, 2002, p. 76).

Essa matéria expansionista e voltada à propagação de um caráter repressivo mais acentuado do Direito Penal, é a forma de fazer com que o Direito Penal seja instrumento de resposta a “demandas fundamentalmente práticas, no sentido de uma abordagem mais eficaz da criminalidade” (Sanchez, 2002, p. 76). Nada mais seria, nessa expansão, do que um intuito de “responder a exigências do poder político ou das instâncias de aplicação judicial do Direito, impotentes na luta dos ordenamentos nacionais contra a criminalidade transnacional” (Sanchez, 2002, p. 76).

Formam-se diálogos punitivistas transnacionais, que acabam por criar “forte sensação de insegurança, não somente aos indivíduos, mas também – e de modo

muito especial – aos próprios Estados” (Sanchez, 2002, p. 77). Forma-se uma política criminal que, com essa prática, uma homogeneização de regras legais da Parte Geral e “dos próprios critérios dogmáticos de imputação em um plano global que poderia, além do mais, confrontar a natureza ‘cultural’ da dogmática” (Sanchez, 2002, p. 84). A “Lei e Ordem” estadunidense alcança assim o modelo punitivo brasileiro, inserindo dois anos após o diploma constitucional, uma legislação punitiva incompatível com este, de acordo com esse caráter punitivista globalizante.

Os crimes apresentados no inciso III do artigo 1º, considerados hediondos, dialogam com esse cenário ao se pensar na perspectiva em que Sanchez (2002), pois na política criminal deste Direito Penal o paradigma “é o delito econômico organizado tanto em sua modalidade empresarial convencional como nas modalidades da camada macrocriminalidade: terrorismo, narcotráfico ou criminalidade organizada” (Sanchez, 2002, p. 93). As alíneas, como a ‘n’ (tráfico de drogas), ‘o’ (crimes contra o sistema financeiro) e ‘p’ crimes previstos na Lei de Terrorismo”, do artigo 1º, III da Lei da Prisão Temporária, exemplificam a ligação da legislação com o estudo do pensador.

Na temática processual da pesquisa, o autor não deixa passar a influência desta expansão e como esta pode, ao ver da pesquisa, continuar dialogando com a legislação em estudo.

No plano processual, a configuração do Direito Penal da globalização, como um instrumento repressivo que dá resposta a exigências da política, determina que o conflito entre os sistemas orientados ao princípio de legalidade processual e a busca (tendencial) da verdade material e aqueles nos quais imperam, de modo geral, o princípio da oportunidade, a possibilidade de acordos, e, enfim, critérios dispositivos, presumivelmente, acabem inclinando-se para o lado desses últimos [...] Em suma, a atribuição ao Direito Penal de papéis relevantes na resposta aos ilícitos próprios da globalização e da integração supranacional implica uma flexibilização de categorias e relativização de princípios: abona a tendência geral no sentido da expansão (Sanchez, 2002, p. 94).

Esse intuito expansionista, tentando conter um suposto modo de operar do “criminoso”, que seria, segundo o autor, um inimigo da sociedade, é o principal motivador da Lei da Prisão Temporária. Concordam também Jakobs e Méliá (2003), ao defenderem que “a tendência atual do legislador é a de reagir com firmeza dentro de uma gama de setores a serem regulados, no marco da luta contra a criminalidade” (Jakobs; Meliá, 2003, p. 63). Logo, o que ocorre é a conversão do cidadão em inimigo, verificado algumas características como:

“reincidência, habitualidade criminosa, profissionalismo delitivo, e integração em organização criminosa [...] um autor por tendência, como aquele que rechaça a legitimidade do ordenamento jurídico” (Neves, 2010, p. 22).

Para Jakobs, deve este ser tratado de forma diversa do cidadão, por mecanismos como a aplicação de penas mais altas, adiantamento da punibilidade e “relativização ou supressão das garantias processuais [que] são plenamente justificáveis em razão da periculosidade que tais indivíduos representam para a segurança social” (Neves, 2010, p. 23). Logo, não haveria saída ao paradigma democrático senão “reagir com os requisitos de um Direito Penal do Inimigo” (Neves, 2010, p. 23).

Essa é a “contaminação” de normas de Direito Penal que atuam no Estado Democrático de Direito, que afronta de maneira definitiva com essa proposta, direitos, liberdades e garantias, “desrespeitando o princípio da dignidade humana”, que, ao contrário deste Direito Penal, *impõe* ao Estado o dever de concretizar o artigo 1º, III da Carta Constitucional.

Como reforça Sarlet (2015, p. 70-71):

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a redada vida. (Sarlet, 2001, p. 70-71).

Nada mais incompatível com o principal pilar do paradigma brasileiro que o Direito Penal do Inimigo. Se alguns autores (Gomes, 2010; Lino, 2001) defendem que mesmo a prisão preventiva é modalidade deste último no Direito brasileiro, o que se diria da prisão temporária, mais *excepcional* que a preventiva? Alguns afirmam que a falta de prazo da preventiva a tornaria mais grave que a temporária (Martins, 2010), mas a alteração do artigo 316, parágrafo único do CPP retira essa argumentação da mesma forma que os requisitos mais estritos da preventiva.

Portanto, como infere Neves (2010, p. 48): “algumas normas do Direito Penal brasileiro estão contaminadas pelo Direito Penal do Inimigo, como é o caso do Regime Disciplinar Diferenciado, da Lei dos Crimes Hediondos [...] da

reincidência [...]” e, ao ver da pesquisa, a prisão temporária. Isso por, além de violar a dignidade da pessoa humana e os princípios penais constitucionais indicados, flexibilizam direitos e garantias. Em um Estado Democrático de Direito, tais flexibilizações não são possíveis, assim como não é o Direito Penal do Inimigo e uma de suas legislações, como é a Lei nº 7.960 de 1989.

O intuito punitivista posterior à CF/88 que buscou o “endurecimento exacerbado no controle da criminalidade ensejou medidas populistas de cunho político, elaboradassem o auxílio de especialistas em justiça criminal” (Silveira, 2012, p. 14). O intuito é uma *interpretação em prol da sociedade*, contra um direito individual, buscando apenas “responder aos clamores por mais segurança por parte da opinião pública, [que] também é um fator que contribui para um agravamento das características autoritárias, visto que, a pressão exercida sobre os policiais despreparados [...]” (Silveira, 2012, p. 14).

Em suma, na atualidade, “em maior ou menor medida, variando segundo os países, o fenômeno da criminalidade (em geral, patrimonial)” (Sanchez, 2002, p. 99) as sociedades pós-industriais e especialmente neocoloniais como o Brasil, é pensada a partir de uma “intensidade e sua extensão se [vê] incrementada pela marginalidade a que estão relegados aqueles que, [...] vivem à margem de relações laboratícias estáveis” (Sanchez, 2002, p. 100). A maioria populacional, no caso brasileiro.

A prisão temporária vem justamente para repelir a expansão de direitos fundamentais dessa comunidade no Brasil, para projetar considerações gerais punitivistas em torno do nascente “cidadão das sociedades contemporâneas” (Sanchez, 2002, p. 100). Este recebe, após os direitos fundamentais, o Direito Penal, que redundava com leis como a da Prisão Temporária, “em demandas em prol de uma mais intensa intervenção do Direito Penal e abona o punitivismo como forma específica de expansão” (Sanchez, 2002, p. 100).

E aqui se encontra um motivo central do problema da manutenção do Supremo Lei da Prisão Temporária, com os requisitos que seriam capazes de constitucionalizar a aplicação de uma legislação que é fruto desta expansão punitivista: “o Direito Penal das sociedades multiculturais não somente tenderá a ser mais repressivo para suprir os déficits de assentimento social, mas também, provavelmente, se mostrará contrário a excluir a concorrência dos pressupostos de imputação da culpabilidade por razões de índole cultural” (Sanchez, 2002,

p. 100). Afinal, a aplicação da prisão temporária irá alcançar os extratos mais vulneráveis da população multicultural brasileira, como já o realizava no período ditatorial e com a ampla legalização das arbitrariedades policiais.

Além de tais pontos, o tópico a seguir irá, fora da área do Direito Penal e Processual Geral, e de sua hermenêutica crítica, analisar constitucionalmente os motivos formal e material para que não se reconheça a constitucionalidade da Lei de Prisão Temporária.

3.2 A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DA PRISÃO TEMPORÁRIA

Decerto o intuito do STF é valioso em sua tentativa de manter o equilíbrio entre a segurança pública e o intuito das autoridades que nesta realizam sua atividade funcional, também imprescindível para o país, e uma regulamentação da prisão temporária com base em maiores restrições, advindas de legislações como a Lei do Pacote Anticrime.

Ainda assim, ao ver da pesquisa, não é possível seguir os votos dos ministros frente à inconstitucionalidade formal e material da prisão temporária, o que, para além de qualquer tentativa de equilibrar oposições ou posições conflitantes, é dever do Estado (e assim do STF) perante a comunidade que tem nos direitos fundamentais sua guarida mais robusta contra a arbitrariedade ilegítima do próprio Estado.

A impossibilidade de qualquer negociação de direitos fundamentais parte desse posicionamento da pesquisa e pauta-se tanto no marco teórico da mesma, e que é mais compatível com o ditame constitucional, ou seja, o Direito Penal Mínimo, e consegue responder ao seu tema problema, uma vez que não se trata de defender com isso a impunidade, e sim uma aplicação constitucional do Direito Penal, que possui outros meios além da Prisão Temporária para atuar contra conduta delituosa.

Por tais sendas é que a pesquisa defende abaixo, além da incompatibilidade descrita no histórico e na “natureza” da prisão temporária, a inconstitucionalidade formal e material da mesma, divergindo dos requisitos da decisão do Supremo, por estes serem insuficientes na tentativa de constitucionalizar a tal prisão cautelar. Insuficientes pois qualquer argumento o

seria, haja vista que o instituto não pode ser compatível em nenhuma medida com o Estado Democrático de Direito e com o Direito Penal constitucionalizado, já que qualquer uso desta prisão nada mais seria que permitir a sofisticação da “prisão para averiguações” no ordenamento constitucionalizado atual.

A postura deve ser clara: buscar a proteção de um regime tão arduamente conquistado, sem permitir retrocessos ou intentos que permitam a arbitrariedade em seu interior. A interpretação construtiva, que se alterna ao positivismo, busca entender o direito como “prática argumentativa”, e o Direito como Integridade é necessariamente levar à sério os direitos conquistados, pois esse é o ideal político e jurídico sobre a legislação, na busca do interesse de “tratar a nós mesmos como uma comunidade de princípios, como uma comunidade governada por uma única e coerente visão de justiça, equidade e devido processo legal em correta relação” (Dworkin, 1999, p. 404).

E, como a integridade está ao lado da justiça e do devido processo legal, por ser o “compromisso de que o governo aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, a fim de estender a cada um dos padrões fundamentais de justiça e equidade” (Dworkin, 1999, p. 222), esse ideal de virtude política não permite retrocessos autoritários, nem requisitos para tanto.

Com isso, analisa-se a inconstitucionalidade formal da Lei nº 7.960/89. Lopes Júnior ressalta primeiro que existe um “defeito genético” na Legislação, pois, como evidenciado na história, a sua criação foi por medida provisória, a de número 111 de José Sarney.

O artigo 22, I da Carta Magna é claro: “compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual [...]” (Brasil, 1988). Isso é, por meio de *Lei* e não por medida provisória como ocorreu a criação da Lei de Prisão Temporária, violando o artigo indicado, pois, como indica Pagluica (2006) “é incabível legislar penalmente por medidas provisórias (artigo 62, parágrafo 1º, ‘b’ da Constituição Federal”.

O artigo indica:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. [...] § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: b) direito penal, processual penal e processual civil; (Brasil, 1988).

Portanto, duas normas constitucionais foram violadas formalmente pela Lei de Prisão Temporária, por, em sua origem, ter sido criada por medida provisória. Isso viola e vicia a garantia “reserva legal, que pressupõe, outrossim, a correta elaboração legislativa, abrangida por outra garantia constitucional, qual seja, a do *substantive due process of law*” (Delmanto Júnior, 2004, p. 643).

Poderia os defensores da legislação em estudo indicarem que o Projeto de Lei de Conversão n 39/89 do senador que também foi relator Meira Filho resolveria a questão, mas esse não sana o fato de que, originalmente, a legislação adveio de MP. Essa conversão não pode ser afirmada se não tivesse primeiro vindo do Poder Executivo a MP.

Além disso, o artigo 49, V indica: “é de competência exclusiva do Congresso Nacional [...] sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (Brasil, 1988). O Congresso deve preservar sua competência legislativa, e sustar um ato normativo do Poder Executivo “é exercitar o controle de constitucionalidade político repressivo [no qual] o Congresso *retira* a eficácia da norma desde a sua edição ou a partir de sua aprovação” (Delmanto Júnior, 2004, p. 67), não é, pelo contrário, reforçá-lo.

Por mais relevante que seja, no plano político, a aprovação pelo Congresso Nacional da medida provisória, não decorre daí a conformidade da lei convertidora com a Constituição Federal. Tal lei não está isenta do controle de sua constitucionalidade e, no caso em tela, os vícios da inconstitucionalidade inerentes na medida provisória (a matéria penal e processual penal está afeta, de modo absoluto, na Constituição Federal ao Poder Legislativo e houve a invasão na área de competência vinculada de outro poder) a ela transferida (Santos, 1994, p. 797).

Vale por fim ressaltar que em campo anterior à Emenda Constitucional de número 33 do ano de 2001, não existia vedação constitucional à MP em matéria de direito processual. Esse parece ser o motivo do indeferimento contido na ADPF n 164.

Porém, pelo contrário, a ADI 3360, com base em uma hermenêutica constitucional plena, que identifica a “história em cadeia” do Direito (Dworkin, 1999) e assim observaria evidentemente essa Emenda, como Guardião constitucional que é, perante uma legislação restritiva à liberdade, à divisão de poderes e à reserva legal, seria mais que apta em declarar tal inconstitucionalidade formal.

Assim, “como os juízes e tribunais brasileiros fizeram vista grossa para essa

grave inconstitucionalidade, a lei segue vigendo” (Lopes Júnior, 2019, p. 815). Essa seria, ao ver do trabalho, a interpretação conforme à Constituição da legislação estudada.

Como afirma Franco (2007, p. 435):

Deixar por conta do Poder Executivo criar, regular ou alterar mecanismos de coerção pessoal no processo penal, além de constituir clara infração aos princípios constitucionais da legalidade e da divisão de poderes, enseja manifestações autoritárias, ou mesmo arbitrárias, a dano do Estado Democrático de Direito. A prisão temporária é, sem nenhuma margem de dúvida, um desses mecanismos de coerção pessoal que, de modo direto e imediato, atinge o direito de liberdade do cidadão. Trata-se, portanto, de matéria em que tem aplicação o princípio da reserva absoluta de lei, isto é, só a lei em sentido estrito, ou melhor, a lei que segue, com rigor, o procedimento legiferante estabelecido pela Constituição Federal, poderá dar margem a qualquer restrição à liberdade da pessoa física. A Lei n. 7.960/89 originou-se de uma medida provisória baixada pelo Presidente da República e, embora tenha sido convertida em lei, pelo Congresso Nacional, representou uma invasão na área da competência reservada ao Poder Legislativo. [...] Entendimento diverso equipararia a lei de conversão em lei de sentido estrito, subverteria as competências prefixadas na Constituição Federal e poria em sério risco o Estado Democrático de Direito na medida em que o Poder Executivo, por estar seguro de contar com maioria parlamentar, se sentiria livre para invadir, sem outros questionamentos, a reserva de competência do Congresso Nacional. A Lei 7.960/89 atrita, portanto, de modo explícito com a Constituição Federal. (Franco, 2007, p. 435).

Com esse vício de iniciativa demonstrado, torna-se possível buscar os vícios materiais da Lei da Prisão Temporária. Para isso, se analisará, para além da violação à dignidade da pessoa humana, ao direito fundamental à igualdade e mesmo liberdade, aos princípios penais constitucionais e pelo resquício ditatorial proveniente de clamores públicos do Direito Penal do Inimigo, que o mecanismo instaura.

Primeiro se analisará os termos do artigo elementar da Lei, o artigo 1º. Para tanto, se analisará os incisos I e III, uma vez que o II, mesmo pelo Acórdão do Supremo definiu que “mostra-se dispensável ou, quando interpretado isoladamente, inconstitucional. Não se pode decretar a prisão temporária pelo simples fato de o representado não possuir endereço fixo” (STF, ADI 3360, 2022), e assim, sem o inciso I este não pode ser considerado. Assim, se analisará primeiro o termo “imprescindível para as investigações” do inciso I e, em seguida, o “fundadas razões”, do III.

Ambos possuem um termo sentido central, antes de dividir a análise: é o de ver, em momento tão inicial, uma confusão entre indício e suspeita. Indício é “todo

astro, vestígio, sinal, e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido (Moura, 1994, p. 38). Suspeita é o comportamento que “Não passa de conjectura, fundada em juízo geralmente desfavorável a respeito de alguém de coisas, ou fatos, juízo este que gera sempre, desconfiança ou dúvida” (Moura, 1994, p. 38).

Os elementos concretos que são aqueles capazes de dividir o indício da suspeita, e, seja na imprescindibilidade investigatória, quando em fundadas razões, apenas o elemento subjetivo, em situação tão recente, na qual sequer se formou elementos mínimos do Inquérito Policial, como definir algo senão uma suspeita para permitir essa prisão? A prisão em flagrante, passível de conversão em preventiva, possuiria maior elo para definir esses indícios, o que, a depender dos requisitos da última, não permitiriam que o potencial agente fosse preso senão para ter maior controle sobre “suas palavras”, uma vez que essa imprescindibilidade investigatória ou razões fundadas buscariam, justamente, impeli-lo a “cooperar”. Fora disso, o modelo preventivo serviria para suprir os indícios.

Afinal, fundadas razões são o “conjunto de elementos *objetivos* que permitem *ao juiz* formar sua convicção [...]” (Nucci, 2020, p. 434), e “fundadas suspeitas” é a mera desconfiança ou suposição, frágil e intuitiva, sem concretude suficiente. Veja, discute-se a restrição cautelar da liberdade de uma pessoa, e, o critério objetivo da prisão preventiva é mais robusto para tanto e suficiente, enquanto, nesse momento pré-processual, decerto pende a hermenêutica no caso concreto mais para uma suspeita, uma vez que ainda mesmo o Inquérito não se mostra robusto, pois essa prisão meramente resguarda o processo (Nucci, 2020).

As fundadas razões são razões sérias, de gravidade e a autoridade não consegue assim vislumbrar a mesma“ em face de um testemunho infantil, de uma declaração da suposta vítima, de um simples indício. Se se entender diferentemente, que se altere o nome do *fumus boni iuris*, [...] para *fumus mali iuris*” (Tourinho Filho, 2005).

Mas a pesquisa pode ir além desse escopo argumentativo pois, seguindo a doutrina crítica de Processo Penal de Aury Lopes (2006; 2019), a utilização do termo “*fumus boni iuris*” já seria uma importação da teoria geral do processo civil para as medidas cautelares do Processo Penal, abordagem *também expansionista* do punitivismo descrito nas linhas acima.

Esse seria um movimento do chamado “utilitarismo penal (ou a eficiência

antigarantista” (Lopes Júnior, 2006) que tem como exemplos o “Lei e Ordem”. “O sistema penal (material e processual) não pode ser objeto de uma análise ‘estritamente jurídica’ sob pena de ser minimalista, até porque ele não está num compartimento estanque, imune aos movimentos sociais, políticos e econômicos” (Lopes Júnior, 2006, p. 11).

Como o processo é instrumento, deve se ter, segundo o autor, uma instrumentalidade constitucional, pois é despido de coerção direta e, ao contrário do direito privado, não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente” (Lopes Júnior, 2006, p. 3).

Com tais bases que o autor reflete sobre o *fumus boni iuris* no Direito Processual Penal da seguinte forma, para tratar de uma “Teoria Geral das Prisões Cautelares”: a categoria seria imprópria para o Direito Processual Penal.

Nessa corrente, que limita as medidas cautelares, o autor afasta-se da doutrina tradicional, pois problematiza o requisito do *fumus boni iuris*. O equívoco “consiste em buscar a aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal, exatamente em um ponto em que devemos respeitar as categorias jurídicas próprias do processopenal, pois não é possível tal analogia” (Lopes Júnior, 2006, p. 199).

Permitir a prisão cautelar como a prisão temporária com base na necessidade do *fumus boni iuris* no Direito Processual Penal é uma impropriedade semântica e jurídica, pois “o delito é a negação do direito, sua antítese” (Lopes Júnior, 2006, p. 199).

Na dinâmica processual penal, deve haver, como afirma aliás ambas as ADI's, o *fumus commissi delicti*, que seria a prova da existência do crime ou indícios de autoria. Mas Lopes Júnior (2006) vai além na abordagem crítica, pois indica que as cautelares precisam de “existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão do delito” (Lopes Júnior, 2006, p. 202).

O que a Prisão Temporária deve ter não é a possibilidade e sim a probabilidade:

Para a decretação de uma prisão cautelar, diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode

bastar para prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado. A probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao vero, verdadeiro), de todos os requisitos positivos, e, por consequência, da inexistência de verossimilhançados requisitos negativos do delito. [...] Requisitos positivos do delito significaprova de que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável. Além disso, não podem existir requisitos negativos do delito, ou seja, não podem existir (no mesmo nível de aparência) causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade) ou o de exclusão da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição, etc.). (Lopes Júnior, 2006, p. 203- 204).

No mesmo sentido, o *periculum libertatis* não pode ser aferido, ainda que se trate do inciso III, uma vez que se faz uma análise de gravidade abstrata nessas fundadas razões, sobre condutas delituosas que via de regra são aquelas suscetíveis de clamor público e “justiçamento instantâneo, paixão típica de povos obcecados por experiências e distrações sanguinárias” (Tomaz, 2019). E, novamente, a prisão temporária perante esses crimes seria adequada, até em seu prazo se fosse para tratar do intuito de sua gravidade, se o fosse avaliada de forma material. Não se fala em um caráter quantitativo do *periculum libertatis* ou o tipo do delito, como busca o punitivismo atribuir aos crimes hediondos (Lopes Júnior, 2006). Busca-se na verdade que “existam elementos concretos para justificar uma decisão de qualidade, um primor, de singular e extraordinária fundamentação” (Lopes Júnior, 2006, p. 206).

Assim, a imprescindibilidade para a investigação é conceito jurídico indeterminado. Não se sabe o alcance da sanção ou restrição por meio desse, por ser um conceito cujo “núcleo significativo certo e um halo circundante, [...] vaga ou imprecisa” (Mello, 2008, p. 419). Esse termo do inciso I não possui assim critério objetivo definidor, e a decretação desta irá depender “das impressões do magistrado [sendo] a ‘zona de penumbra’ [que conduz] a arbitrariedades correntes na decretação desta modalidade de segregação cautelar” (Carneiro, 2014 *apud* Lopes Júnior, 2019, p. 814). Não se pode perder o fato de que a prisão cautelar “para satisfazer o interesse da polícia, pois, sob o manto da “imprescindibilidade para as investigações do inquérito, o que se faz é permitir que a polícia disponha [...] do imputado” (Lopes Júnior, 2019, p. 815).

O que ambas “zonas de penumbra” geram assim motivações que geralmente alcançam a coleta de depoimento, que viola seja o artigo 5º, LXIII da CF/88 e assim, princípio da não culpabilidade e da não autoincriminação. Qualquer

resquício de subjetividade como nesses termos, viola também a presunção de inocência contida no artigo 5º, LVII da CF/88.

E, quando as ADI's estudadas reforçam que a mera decisão judicial consegue afastar esse sentido, se privilegia uma espécie de "presunção de culpa" inconstitucional ao parâmetro hermenêutico brasileiro posterior a 1988, justamente por se pautar nesse resquício subjetivo que reflete a cultura autoritária que gerou a legislação proposta. Procurar que "permaneça com o investigado sob sua proteção edisposição, com o fim de proceder à coleta de demonstrativos de autoria e materialidade" (Zagallo, 2005, p. 643), com o aval judiciário, violaria esses princípios e direitos fundamentais dispostos.

Apesar do seu embasamento legal e das justificativas de combate à violência – já que funciona apenas para os crimes mais graves – na verdade o objetivo único foi o de dar à Polícia maior alcance no que se refere às prisões, as chamadas 'prisões para averiguações', que eram ilegais, mas que a autoridade policial teimava em fazê-las e o Poder Judiciário a fechar os olhos como se a mesma não existisse. (Sznick, 1995, p. 485).

Como Gilmar Mendes trouxe, a Lei n. 12.403/2011 e o Pacote Anticrime de 2019 seriam capazes de "constitucionalizar" esses fatores. O primeiro requisito até tenta combater o defeito indicado, indicando elementos concretos para que ela seja possível, mas a própria base da imprescindibilidade como indicado, permite a "penumbra subjetiva".

Porém, o segundo termo da ADI 3360/DF mantém em quase igualdade o termo "fundadas razões". Muito relevante, decerto, é o termo "fatos novos" ou "contemporâneos" trazidos de maneira interessante no julgado, mas não é o caso do termo "gravidade concreta do crime", o que é trazido no estudo de Metzker (2019) sobre prisão preventiva, cabível também ao estudo da modalidade de prisão cautelar que é a temporária, e indica que essa não pode ensejar a prisão.

A gravidade concreta é o "*modus operandi, que significa o procedimento seguido pelo cidadão para a prática da infração penal*". Esta seria a demonstração da exacerbada periculosidade do indivíduo" (Metzker, 2019). Nestes termos,

Primeiramente, a utilização da gravidade concreta como fundamento para medida cautelar, ou seja, como instrumento para trazer eficácia a um processo definitivo, tem contorno de inconstitucionalidade. Servir da gravidade concreta com o fito de mostrar o risco causado pela liberdade do agente em razão de uma periculosidade, estaríamos diante de uma

clara pena antecipatória. Pode-se afirmar isso diante da utilização da gravidade concreta na dosimetria da pena, cujo o objetivo é a fixação de regime penal mais gravoso. O STJ, em diversas oportunidades, afirmou como fundamentação idônea a gravidade concreta para fixação de regime mais gravoso. Se a gravidade concreta é atrelada a dosimetria, resta evidenciado que a sua utilização antes da pena é uma forma de antecipação da pena. O uso da gravidade concreta nessa fase pode até fazer sentido, pois há uma certeza, por parte do julgador, da autoria, da materialidade e suas circunstâncias, o que não há, com a absoluta certeza, em fase posterior a sentença. Assim, não se pode usar a gravidade concreta para aplicar uma medida cautelar, que utiliza somente de indícios sem certeza. (Metzker, 2019).

O último requisito, que indica não ser suficiente as medidas cautelares diversadas do 319 e 320 do CPP acabam não sendo também inscritas em casos de prisão temporária. A proposta de “não ser suficiente” permite o que Lopes Júnior (2019) traz como o “agir estratégico por parte dos promotores e juízes” sobre demandas penais.

Afirma o doutrinador de viés garantista que “[...] juízes e membros do Ministério Público não podem fazer agir estratégico, isto é, não podem usar o Direito com desvio de finalidade. Agir estratégico é similar à *lawfare*” (Lopes Júnior, 2019, p. 822). Assim, não se age, como indica Dworkin (1999) com base e por princípio, dever daqueles que são agentes estatais. A confiança do cidadão, mesmo sendo processado, é na instituição jurisdicional, pois ele a legitima, e, este não perde em nenhum momento seu caráter de pessoa.

Haveria, portanto, um agir estratégico ao invés de uma instrumentalidade processual penal pautada na constitucionalidade, como indica Lopes Júnior (2006), ocorrendo um desvio da finalidade do sistema acusatório. A simplificação no caso seria um agir estratégico voltado à resolução da “criminalidade”, cuja prisão cautelar como a prisão temporária, seria levada a ser a medida imperativa para que “as investigações” ou a “gravidade do crime” fossem motivo para sua aplicação. O instrumental teórico seria o mesmo: uma investigação preliminar direta que transige sobre direitos fundamentais do acusado, como o Estado de Inocência.

Não pode haver surpresa com base em estratégia judicial, agindo de uma forma que já foi, constitucionalmente, proibida, já que o Estado não pode “driblar o direito que ele mesmo produziu. Também para isso existem os princípios: para controlar as razões substantivas no uso da máquina coercitiva estatal. A máquina não pode se voltar maliciosamente contra os administrados” (Lopes Júnior, 2019, p. 822).

É com esses termos que, por todos os argumentos trazidos, se indica a incompatibilidade constitucional, e as inconstitucionalidades formal e material da Lei da Prisão Temporária, o que, mesmo com enfrentamento da questão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a presente pesquisa, não vê a viabilidade de modificação desta impossibilidade constitucional de usar esse mecanismo.

4 CONCLUSÃO

A prisão temporária é resquício do período ditatorial brasileiro no interior do Estado Democrático de Direito. É dispositivo que reflete a aplicação do sistema processual inquisitorial em um processo penal constitucionalizado que tem por base a dimensão acusatória. É uma prisão que alarga a discricionariedade do Estado frente à dignidade humana de uma pessoa que é presumidamente inocente e está sendo acusada supostamente pelo cometimento de um ato delituoso em momento anterior à submissão rigorosa do indivíduo ao sistema de garantias processuais adequados e existentes quando do desenrolar do processo penal.

Além disso, a prisão temporária possui inconstitucionalidades formais e materiais insanáveis, que tornam a sua viabilidade atual inconformada com o Direito Penal Constitucionalizado. Inviabilizada no século XXI, esta prisão demonstra apenas um intuito punitivo inquisitorial e uma tentativa de abrangência alargada dos dispositivos discricionários penais e processuais penais do Estado frente às conquistas dos direitos fundamentais.

Os argumentos trazidos, especialmente no último momento, indicam que uma visão garantista demonstra a inconstitucionalidade material e formal, o que por si só já afastaria o intuito utilitário da prisão, uma vez que o sistema processual penal é pautado a partir de sua constitucionalização, e, qualquer instrumento inconstitucional em sua raiz, ou em seu conteúdo, deve ser afastado. Além disso, o histórico ditatorial comprovado nas linhas acima reforça a incompatibilidade da prisão temporária com o modelo processual penal atual.

Ainda que exista a manutenção atual da prisão temporária, a partir de uma tentativa de compatibilizá-la com nosso parâmetro constitucional realizada pelos julgamentos do STF, o paradigma democrático brasileiro, dever institucional para com o cidadão brasileiro, não permite que esse seja o modelo acolhido, de acordo com a própria constituição deste paradigma. Neste, ao se identificar inconstitucionalidades e potencialidades ditatoriais de dispositivos, especialmente na esfera penal, deve-se procurar a Carta Magna como o reflexo de uma aplicação do Direito, ou de ser uma baliza impeditora de que determinados dispositivos, como a prisão temporária, possam ser utilizados no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse preceito, pelos argumentos trazidos especialmente no segundo capítulo, a hipótese foi devidamente testificada e consegue prevalecer no estudo,

afastando-se da conclusão a que chegaram os ministros nas ADIs estudadas, embora identifique o valor que essas possuem. Os requisitos ao menos conseguem melhorar a aplicabilidade restringida da prisão temporária.

No entanto, uma visão concreta e que leva o Direito à sério, não pode permitir que argumentos utilitários afetem argumentos de princípio. E, em um argumento de princípio, a inocência e a liberdade são pilares da cidadania brasileira e da dignidade da pessoa humana, jamais perdida pelo acusado diante de um processo judicial.

Em suma, com essa visão do Direito Processual Penal constitucionalizado, os argumentos demonstraram a impossibilidade de a prisão temporária ser utilizada no Direito brasileiro, pois esta é oriunda do contexto ditatorial, arbitrário e se apresenta inconstitucional. Com isso, a hipótese, após ser submetida a escrutínio, confirma-se.

REFERÊNCIAS

ABREU, Carine Dias da Costa. **A (in)constitucionalidade da prisão temporária. Universidade do Sul de Santa Catarina.** Florianópolis, 2009. Acesso em: 5 de set. 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/7366/1/98287_Carine.pdf>.

BRASIL. **Constituição da República de 1988.** Diário Oficial da União, Brasília, 1988. Acesso em: 5 de ago. 2022.

BRASIL. **Lei n. 7960 de 21 de dezembro de 1989.** Diário Oficial da União, 1989.

DIAS, Sara Alacoque; GUERRA, Paulo Thiago Fernandes. **A (In)compatibilidade da prisão temporária com o direito fundamental que veda a autoincriminação compulsória.** XXVIII Encontro Nacional do Conpedi – Goiânia, 2019. Acesso em: 17 de out. 2022.

Disponível em: <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/no85g2cd/16m9yi3r/uT4zWvEt93UJc50 U.pdf>>

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo deduração.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão.** 1. Ed. Revista dos Tribunais: Rio de Janeiro, 1988.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90.** 4ªed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 <https://www.migalhas.com.br/depeso/290033/ir--racionalidade-da-prisao-temporaria--legal-para-quem>. Acesso em: 25 de jan. 2025.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito supraconstitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Medidas cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas.** Rio de Janeiro: Revistas dos Tribunais, 2012.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimanista do direito penal.** Niterói: Impetus, 2005.

JAKOBS, Gunther. MÉLIA, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções ecríticas.** São Paulo: Livraria do Advogado, 2005.

JORNAL DE BRASÍLIA. **Sarney avisa que não se intimida.** Correio Brasiliense, 13 de fev. de 1989. Disponível em chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglcwy. Acesso em: 15 de set. 2024.

JORGE, Carlos Augusto. **Inconstitucionalidade da prisão**

temporária na investigação policial. Disponível em:
<<http://www.iuspedia.com.br>> Acesso em: 14 set. 2024.

LINO, Bruno Teixeira. **Prisão Temporária: lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 16º Edição. São Paulo: SaraivaEducação. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional).** 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito.** The Brazilians Lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

METZKER, David. **Gravidade concreta não pode gerar prisão preventiva.** Consultor Jurídico. 26 de ago. 2019. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2019-ago-26/opiniao-gravidade-concreta-nao-gerar-prisao-preventiva/>. Acesso em: 17 de out. 2024.

MOURA, Thereza Rocha de Assis. **Decisão no Superior Tribunal de Justiça.** 1 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal.** 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

NETO, João Baptista Nogueira. **A sanção administrativa aplicada pelas agências reguladoras: instrumento de prevenção da criminalidade econômica.** 177f [Dissertação] Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2005. Disponível em: [efaidnbmnnnibpcajpcgclclefindmkaj](https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/174/3/20839855.pdf). Acesso em: 14 de out. 2024.

NEVES, Emília de Freitas. **Direito Penal do Inimigo: uma afronta ao Estado Democrático de Direito?** 59f [Dissertação] Centro Universitário de Brasília: Brasília, 2010. Disponível em:
[chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclclefindmkaj/https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/174/3/20839855.pdf](https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/174/3/20839855.pdf). Acesso em: 13 de nov. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. *Medidas provisórias não podem versar sobre o Direito Penal.* In: **Consultor Jurídico.** Acesso em maio de 2016.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz et al. 3. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1998.

SAFATLE, Vladmir Pinheiro; TELES, Edson. **O que resta da Ditadura**. 1 ed. Rio de Janeiro: Boitempo, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. 1

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. Reflexões sobre a desmilitarização e unificação das polícias brasileiras. **Revista PUCRS**, 2012. Acesso em: 19 de set. 2022. Disponível em: <https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/34.pdf> >.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3360**. Relator: Min. Cármen Lúcia. Publicação no DJe em 19/05/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br?incidente=2259375>. Acesso em: 29 ago. 2022

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4109**. Relator: Min. Cármen Lúcia. Publicação no DJe em 05/05/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2629686>. Acesso em: 29 ago. 2022

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 162/DF**. Relator: Ministro Moreira Alves: Brasília, 1993. Disponível em: [efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pa=266229](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pa=266229). Acesso em: 15 de nov. 2024.

SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1994

TOMAZ, Willer. **Prisão temporária é uma exageração constitucional**. Consultor Jurídico: 11 de jun. de 2019. Disponível em: <https://www.conjuro-inconstitucional/>. Acesso em: 15 de nov de 2024.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980.

ZAGALLO, Rogério Leão. **Prisão provisória: razoabilidade e prazo de duração**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.