

**A DECRETAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA CONFORME
A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
NOTAS CENTRADAS NA ADI N.º 4.109/DF**

*THE DECREE OF TEMPORARY DETENTION ACCORDING
TO THE INTERPRETATION OF THE SUPREME COURT:
NOTES CENTERED ON ADI N. 4.109/DF*

Márcin Marks Szinvelski

*(Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
Advogado no Rio Grande do Sul)
martin_ms@live.com*

RESUMO

Pretende-se apresentar comentários acerca dos reflexos do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.109/DF no quadro da disciplina da prisão temporária. Entende-se, como resultado do caso estudado, que há uma repercussão pró-futuro da decisão na investigação criminal, afetando todos os atores que operam na fase pré-processual. Como conclusão, sustenta-se que houve reafirmação de direitos fundamentais no caso, com a fixação de balizas interpretativas para a readequação do uso do instituto da prisão temporária.

Palavras-chave: Prisão temporária. Fundamentação de direitos. Investigação policial. ADI n.º 4.109/DF.

ABSTRACT

It is intended to present comments on the consequences of the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) n. 4.109/DF within the framework of the discipline of temporary detention. It is understood, as a result of the case studied, that there is a pro-future repercussion of the decision in the criminal investigation, affecting all the actors that operate in the pre-procedural phase. In conclusion, it is argued that there was a reaffirmation of fundamental rights in the case, with the establishment of interpretative beacons for the readjustment of the use of the temporary detention institute.

Keywords: Temporary detention. Justification of rights. Police investigation. ADI n. 4.109/DF.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. OBJETO DA ADI N.º 4.109/DF. 2. OS FUNDAMENTOS RELEVANTES COMENTADOS DA ADI N.º 4.109/DF. CONSIDERAÇÕES FINAIS OU A REPERCUSSÃO PRÓ-FUTURO DA DECISÃO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.

INTRODUÇÃO

A prisão temporária é instrumento de detenção do suspeito, de forma provisória e cautelarmente, na fase pré-processual, para a consecução dos objetivos previstos no artigo 1º da Lei n.º 7.960/1989. Visa a obtenção de subsídios para a conclusão das investigações de forma exitosa, de modo que a decretação da medida deve ser imprescindível à conclusão dos procedimentos que subsidiarão o relatório conclusivo da autoridade policial e, finalmente, a *opinio delicti* do Ministério Público. Sua renovação somente possui cabimento em caso de extrema e comprovada necessidade.

Para que a medida seja imposta, além de observar as características e requisitos legais, mostra-se necessário ilustrar os novos parâmetros para decretação fixados pela interpretação do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.109, julgada em 14 de fevereiro de 2022, que conferiu interpretação conforme a Constituição para o instituto.

1. OBJETO DA ADI N.º 4.109/DF

A hipótese de análise circunda a seguinte narração: partido político com representação no Congresso Nacional ajuizou ação que visa questionar, do ponto de vista da conformidade constitucional, a validade da Lei da Prisão Temporária. A base de sustentação da argumentação é a divergência doutrinária de viés crítico que sugere que a medida que restringe a liberdade individual cautelarmente encontra-se descompassada com a realidade constitucional do país. Entre os argumentos, é realizado o paralelo com as prisões para averiguação ou prisões administrativas realizadas no período

anterior à vigência da atual Constituição da República. Nesse sentido, impugnou a totalidade da legislação em face do (i) devido processo legal, (ii) presunção de não culpabilidade, (iii) da reserva de jurisdição, (iv) da não produção da prova contra seu próprio interesse (não autoincriminação) e (v) subsidiariedade da prisão, havendo meios cautelares alternativos.

Prevaleceu o entendimento de que a ADI n.º 4.109/DF merecia ser conhecida parcialmente, e na parte conhecida foram julgados parcialmente procedentes os pedidos para conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1º da referida legislação e fixar o entendimento de que a decretação de prisão temporária é autorizada caso, em caráter cumulativo, verifiquem-se cinco condições. A primeira delas refere-se à (i) imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial consubstanciada no *periculum libertatis*, constatada a partir de elementos concretos. De igual forma, é necessário que se ostentem (ii) fundadas razões de autoria ou participação do agente nos crimes previstos no art. 1º, inciso III, da legislação, caracterizando o *fumus comissi delicti*. A prisão deve ser justificada em (iii) fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida, verificando-se (iv) a gravidade concreta do crime por meio do juízo de adequação entre as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado e (v) desde que se releve insuficiente a imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

2. OS FUNDAMENTOS RELEVANTES COMENTADOS DA ADI N.º 4.109/DF

O caso revela que a decretação da prisão temporária é medida excepcional e subsidiária, a ser imposta quando não se mostrarem adequadas outras medidas menos invasivas à liberdade do investigado. Não se admite, portanto, a sua utilização como “prisão para averiguações” ou “prisão administrativa”, ou quando fundada no mero fato de o representado “não possuir residência fixa”. A prisão motivada para consecução de interrogatório também é afastada, por representar violação ao direito à não autoincriminação e ao direito conferido ao suspeito de reservar-se ao silêncio. As prisões acima mencionadas possuem caráter de medidas de retenção do indivíduo, sem que haja uma base sólida de fundamentação que faça valer como factível uma prisão.

A proibição estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal encontra resguardo teórico na doutrina de Antonio Scarance Fernandes, no sentido de que “[...] a grande crítica feita a prisão temporária, consiste na sua excessiva e indevida utilização para encarcerar pessoas durante o inquérito sem os requisitos legais”¹. Na visão do autor, a prisão temporária serviria como “espetáculo” e como medida de “antecipação de pena”. Há, em verdade, em conjunto com os demais critérios, um paliativo para a redução da espetacularização.

Joseph Raz², no livro “Valor, respeito e apego”, descreve que a caracterização do valor está diretamente associada à universalidade, que, por sua vez, conecta-se com o respeito. Em razão da lógica estabelecida, a inexistência do respeito às garantias implicaria desvalorização de direitos inerentes. A prisão é medida dura e sujeita à denominada microfísica do poder, conceito introduzido por Michel Foucault³ relativamente à noção de controle. Para além de ser uma instituição de repressão, a prisão se traduziria em um conjunto de medidas tomadas que reduziriam o sujeito a objeto de manejo “a serviço de alguma coisa”, dado que “[...] a prisão fabrica delinquentes, mas os delinquentes são úteis tanto no domínio econômico como no político”⁴.

Para que se evite isso, por meio de uma perspectiva liberal, é necessário que se reforce a institucionalidade do Estado, especialmente direcionando atenção às garantias fundamentais e aos mecanismos de precaução e prevenção de danos à pessoa. O inquérito policial, nesse sentido, deve pautar-se pela função, além da tradicional coleta de informações e conclusão sobre determinados fatos, de filtro processual⁵, sendo instrumento que se afigura como barreira às violações de direitos fundamentais.

Para Díez Ripollés⁶, o tipo de procedimento gerido pela constrição de liberdades fundamentais na busca por um resultado, como é o caso de decretação de medida temporária, sem os requisitos legais, tende a gerar um processo penal, em sentido amplo, pautado pela pura (ou mera) eficiência do controle penal, “[...] *que está dispuesto a renunciar a elementos esenciales*

¹ SCARANCA FERNANDES, A. **A prisão e a liberdade em 20 anos de constituição**, set. 2008, p. 23.

² RAZ, J. **Valor, respeito e apego**, 2004.

³ FOUCAULT, M. **Microfísica do Poder**, 1979, p. 183.

⁴ *Ibidem*, p. 132.

⁵ LOPES JR, A. **Investigação preliminar no Processo Penal**, 2014.

⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. **El abuso del sistema penal**, 2017.

*de un juicio justo a cambio de una pretendida eficacia, lo que se aprecia en la proliferación de procesos rápidos*⁷.

Embora o resultado do desbaratamento de crimes e responsabilização de agentes seja desejado em uma sociedade livre e justa, o caminho a ser seguido é aquele que garante o respeito às conquistas humanitárias de direitos, faceta que legitima o resultado final da persecução penal. Bem por esse motivo, ao tratar dos princípios republicanos, Konder Comparato afirma que o princípio de justiça se traduz “[...] no dever de integral e escrupuloso respeito àquilo que, sendo comum a todos os humanos, distingue-os radicalmente das demais espécies de seres vivos: a sua transcendente dignidade”⁸.

O direito penal associa-se com uma noção racional de realização do direito objetivo. De uma perspectiva clássica (desde o século XVIII), lastreada na visão de contrato social, a característica comum humana é o livre-arbítrio, a ser utilizado de forma racional. O desvio do caminho legal ensejaria uma punição também de ordem racional, visão recuperada e vigente até os dias atuais, com pequenas distorções na linha do tempo. Em outras palavras, há um desejo social de que se evite a aplicação subjetiva de decisões, fator que ensejaria matizes de arbitrariedade.

Para Claus Roxin, é dever estatal encontrar “[...] um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, que então garanta a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade possível”⁹. É por meio da fundamentação da medida que decreta a prisão que se realiza o ajuste em busca do equilíbrio preconizado.

A âncora da necessidade de decisão judicial fundamentada está expressa na própria Constituição da República (art. 93, inciso IX). Trazendo para a discussão a prisão temporária, assim também ocorre pela necessidade de fundamentação concreta no deferimento do pedido (fruto da representação de autoridade policial) e no juízo de admissibilidade, mas especialmente no juízo de adequação acerca de o fato ser causa bastante para a prisão cautelar. Significa dizer que a necessidade de decisão judicial repercute

⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. **El abuso del sistema penal**, 2017, p. 12.

⁸ KONDER COMPARATO, F. **Ética**, 2006, p. 623.

⁹ ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**, 2009, p. 17.

na diminuição, em tese, do arbítrio da decretação em vista de princípios fundamentais consagrados.

Paganella Boschi¹⁰ salienta que convém não esquecer o caráter utilitário da pena – e também da prisão – no país, especialmente pela observação de traços da teoria da prevenção geral. Para o autor, inclusive, ocorre a maximização do Estado Penal em face de alternativas sociais de redução da criminalidade, por meio da utilização do acusado como grande inimigo, e não como vítima de um *status rei* desprivilegiador da emancipação do indivíduo.

Todavia, antes da decretação, ao juiz cabe analisar se existem outros meios menos gravosos de se obter resultado equivalente, conforme disposto no art. 282 do diploma processual penal. Se encontrar tais meios, deverá adotá-los e informar a autoridade que decidiu pela medida acerca da tutela jurisdicional menos gravosa ao representado, em face da aplicabilidade no direito penal do princípio informador, que, embora colhido do direito processual civil, tende a ser utilizado, de forma semelhante ao princípio da menor onerosidade. A melhor nomenclatura do ponto de vista penal seria o da máxima efetividade da redução de danos pré-processuais.

Participando da lógica instrumental do processo e de um significado também instrumental da prisão temporária, a medida pode ser substituída por outro meio equivalente que garanta o resultado que visa a tutela jurisdicional representada. Se for um pedido de prisão, havendo possibilidade de menor gravidade – como o monitoramento eletrônico –, essa deverá ser implementada. Raciocínio parecido é visto em caso de fiança, restrição de frequência a determinados lugares e justificação perante o juízo. O fato é que as medidas contidas nos artigos 319 e 320 do diploma processual são atrasadas no tempo e não consagram um poder geral de cautela ao juiz. Assim sendo, as medidas alternativas à prisão temporária são típicas, não existindo um campo para maiores ampliações por parte do intérprete.

Nesse sentido, ainda que exista um percurso a ser percorrido e a ser decidido no prazo de 24 horas pela autoridade judicial, prazo entendido como impróprio pelo Supremo Tribunal, o campo para decisão emoldurado é restrito, existindo possibilidade para que o magistrado, ao não encontrar medidas mais específicas para o caso que se apresenta, tenha de, por exclusão,

¹⁰ PAGANELLA BOSCHI, J. A. **Das penas e seus critérios de aplicação**, 2014, p. 106-107.

determinar a prisão do investigado, mesmo que em conformidade, nessa linha, com o previsto no art. 282, inciso II, do Código de Processo Penal, reservando atenção ao princípio da proporcionalidade. Por igual razão, o juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la se sobrevierem razões que a justifiquem.

Portanto, mesmo que toda medida cautelar exija a presença de fundadas razões de autoria ou participação (*fumus comissi delicti*), a prisão é decretada apenas se for imprescindível para as investigações do inquérito policial e houver elementos que revelem a demonstração concreta do *periculum libertatis* do representado, requisito indispensável para a imposição de prisões cautelares. Dessa forma, a prisão temporária deve estar fundamentada em fatos novos ou contemporâneos à decretação da medida (art. 312, § 2º, do Código de Processo Penal). O princípio constitucional envolvido é o da presunção de não culpabilidade, fator que obsta a utilização de decreto prisional cautelar como medida de antecipação de pena.

O que é aplicável e o que não se aplica à medida judicial de prisão temporária também se revelam pontos interessantes para discussão. Para além disso, quanto à natureza tipológica, verifica-se que é vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo III do art. 1º da legislação em comento. Há taxatividade para as hipóteses em que se admite prisão temporária, o que é derivado da legalidade estrita própria da mínima intervenção do Direito Penal na esfera íntima de bens jurídicos tutelados. Conectado a ela, encontra-se o princípio da presunção da inocência ou princípio da não culpabilidade, que faz menção ao pressuposto de que, até a formação definitiva da culpa, ninguém será considerado culpado. Disso decorre a noção de subsidiariedade da medida cautelar. Nessa linha de ideias, além de observar as hipóteses de cabimento legal, é necessário o cotejo com a tese fixada pela Suprema Corte brasileira, que conferiu o grau de subsidiariedade.

Conforme destaca James Gleick, “[...] o caos é antes uma ciência de processo do que de estado, de vir a ser do que de ser. Agora que a ciência está atenta, o caos parece estar por toda a parte”¹¹. Verifica-se que é papel de todo indivíduo estar atento para evitar desvios irracionais, mesmo que na

¹¹ GLEICK, J. **Caos** – a criação de uma nova ciência, 1990, p. 4.

aparência de racionalidade. O excesso de informações e multiplicidade de enunciados jurídicos implica a formação de um caos normativo, que precisa ser objeto de racionalização, mesmo que por meio da utilização de padrões racionais de separação fática.

Exemplo disso é o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal de que a previsão legal da prisão temporária em razão de verificação de crimes de quadrilha (associação criminosa) e contra o sistema financeiro (alíneas “l” e “o” do inciso III do art. 1º da Lei 7.960/89) não viola a Constituição. De igual forma, não se aplica à decretação de prisão temporária o artigo 313 do Código de Processo Penal, por se tratar de dispositivo específico para a prisão preventiva, de forma a não se verificar confusão entre os pressupostos de decretação das prisões preventiva e temporária, tampouco violação aos princípios da legalidade e da separação entre os poderes. Em outras palavras, ainda que efêmera e incansável, devem-se buscar pingos de racionalidade no caos normativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS OU A REPERCUSSÃO PRÓ-FUTURO DA DECISÃO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Houve um avanço em termos de reafirmação de direitos fundamentais no caso da ADI n.º 4.109/DF, justamente por afastar interpretações fora do contexto democrático e fixar balizas para a interpretação do instituto prisão temporária. Devemos pensar quais os impactos imediatos para a decretação dessas medidas.

O primeiro deles guarda relação com a redução de medidas restritivas de direitos fundamentais sem fundamento imediato e baseadas em sua necessidade, adequação e utilidade para a investigação. Há uma barreira tecida para que se evitem prisões com o objetivo de antecipar penas ou de servir apenas de instrumento de comodidade para interrogatórios.

Outro elemento associa-se à necessidade de melhor fundamentação dos pedidos para deferimento de prisão temporária, como forma de demonstração concreta dos elementos de materialidade, autoria e da necessária medida para o bom andamento da investigação. Por outro lado, haverá sempre a possibilidade de adoção de medida alternativa que se ajuste às peculiaridades do caso, obedecendo à noção de menor dano pré-processual, circunstância

que evita a “rotulagem” do investigado e a antecipação de pena social à sua pessoa.

Embora seja medida compatível com o Estado de Direito e Democrático, a prisão temporária jamais poderá ser utilizada para fins estranhos à orientação constitucionalmente delimitada, muito menos sua renovação sem que excepcional necessidade seja considerada. O motivo reside na contribuição para a elevação da profissionalização da atividade “delinquent”, conforme já denunciava Michel Foucault¹², por um lado; e na contribuição para o caos judiciário e prisional, por outro. Nesse cenário, inexistem vencedores.

A valorização dos direitos fundamentais somente é factualmente cumprida quando há respeito às previsões e a implementação correta de posturas institucionais adequadas. Os pedidos de prisão, bem como a formatação judicial da autorização, devem estar lastreados na decisão contida na ADI n.º 4.109/DF, especialmente, e se possível fazendo-se menção direta à adequação do caso concreto à decisão emanada da Suprema Corte brasileira. Para além de demonstrar concretamente o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, é necessário comprovar que as alternativas à medida seriam inócuas à investigação policial. Esse fator é determinante e constitui objeto de defesa a ser explorado em medidas providas da defesa para inutilizar o ato de decretação.

Acredita-se que o inquérito, bem como toda a atividade que o circunda, ainda que entendido como preliminar ao processo criminal, deve ser tomado como instrumento de garantia de direitos e, inclusive, conferir ao investigado o direito de produzir provas. O respeito às garantias é mecanismo de legitimação do trabalho das autoridades envolvidas na colheita de elementos de convicção, bem como é o da defesa na fase pré-processual.

A função do direito penal é a de proteger bens jurídicos, como leciona Claus Roxin¹³. Assim o é para a defesa e para a acusação, para o Estado e para o indivíduo. Não há como subverter a lógica e tornar o resultado como elemento preponderante, desviando dos direitos e garantia individuais, sem que ele esteja legitimado pelo conteúdo dos procedimentos que o tornaram substantivo. É dever interinstitucional tutelar e fazer cumprir os direitos,

¹² FOUCAULT, M. *Microfísica do Poder*, 1979, p. 136.

¹³ ROXIN, C. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, 2009, p. 16-17.

bem como transindividual cobrar pela implementação em seus termos e na sua extensão. O direito criminal – gênero das espécies material e processual – serve a todos, indistintamente, para condenar ou para absolver, mas seu exercício é fundamentado sempre na legislação e, especialmente, na Constituição da República, que garante a igualdade, não apenas formal e material, mas em termos de dignidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 4.109/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia; Relator acórdão: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 14 fev. 2022, publicado em 22 abr. 2022.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El abuso del sistema penal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, v. 19, n. 1, p. 1-24, 2017. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-01.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 29ª reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GLEICK, James. **Caos** – a criação de uma nova ciência. Rio de Janeiro: Campus, 1990.

KONDER COMPARATO, Fábio. **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LOPES JR, Aury. **Investigação preliminar no Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAGANELLA BOSCHI, José Antonio. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RAZ, Joseph. **Valor, respeito e apego**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. A prisão e a liberdade em 20 anos de constituição. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 28, n. 99, p. 21-29, set. 2008.