

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACIG

A PRISÃO PROVISÓRIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Welber Bradimir Gomes dos Reis

MANHUAÇU

2022

WELBER BRADIMIR GOMES DOS REIS

A PRISÃO PROVISÓRIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Superior de Direito do Centro Universitário UNIFACIG, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual Penal.

Orientador: Marcelo Moreira.

MANHUAÇU

2022

WELBER BRADIMIR GOMES DOS REIS

A PRISÃO PROVISÓRIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Superior de Direito do Centro Universitário UNIFACIG, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual Penal.

Orientador: Marcelo Moreira.

Banca Examinadora

Data de Aprovação: 12 de dezembro de 2022.

Prof. Esp. Marcelo Moreira; Centro Universitário UNIFACIG

Dr. Igor de Souza Rodrigues; Centro Universitário UNIFACIG

Prof. Msc. Milena Cirqueira Temer; Centro Universitário UNIFACIG

MANHUAÇU

2022

RESUMO

As prisões cautelares existentes no processo penal brasileiro são no mínimo polêmicas, pois permitem a restrição da liberdade do indivíduo sem o trânsito em julgado da sentença penal. As discussões mais fervorosas sobre o tema em questão estão na legalidade ou não de tal instituto processual penal. Os que são contra a utilização de tais prisões afirmam que o Estado, ao prender de maneira cautelar o indivíduo, fere o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII), ao passo que existem aqueles que a defendem, tendo em vista que o próprio texto constitucional previu tal hipótese. Neste sentido, surge o seguinte questionamento: até que ponto as prisões provisórias violam o princípio da presunção de inocência. O presente estudo tem por finalidade esclarecer o conflito entre a prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência, contudo conforme o ordenamento jurídico esclarece mesmo que uma pessoa não seja considerada culpada antes do trânsito em julgado em uma sentença penal condenatória poderá ser decretado sua prisão preventiva que não será considerada inconstitucional se preenchido os requisitos para sua prisão, pois a norma que ninguém será considerado culpado até o trânsito de sentença penal condenatória não é justificativa suficiente para que não possa haver o julgamento antecipado. Verifica-se com o trabalho que a prisão preventiva não tem o caráter de somente de aplicação de pena, mas de garantir o bom curso e investigação do processo, contudo para ser aplicada deve observar todos os requisitos estabelecidos no Código de Processo Penal e fundamentada a prisão para não ser declarada inconstitucional.

Palavras-chave: Prisão; Medidas cautelares; Presunção de Inocência; Processo Penal; Investigação Processual.

ABSTRACT

The precautionary arrests existing in the Brazilian criminal proceedings are at least controversial, because they allow the restriction of the freedom of the individual without the final transit of the criminal sentence. The most fervent discussions on the subject in question are whether or not such a criminal procedural institute is legal. Those who are against the use of such prisons claim that the State, by injunctively arresting the individual, hurts the principle of the presumption of innocence (Art. 5, LVII), while there are those who defend it, considering that the constitutional text itself foresaw such a hypothesis. In this sense, the following question arises: to what extent provisional arrests violate the principle of the presumption of innocence. The purpose of this study is to clarify the conflict between pretrial detention and the principle of the presumption of innocence, however, according to the legal system, it even clarifies that a person not be found guilty before the transit in court in a criminal sentence can be ordered your pretrial detention that will not be considered unconstitutional if fulfilled the requirements for your arrest, because the rule that no one will be found guilty until the transit of criminal sentence condemning is not sufficient justification so that there can be no trial anticipated. It is verified with the work that pretrial detention does not have the character of only the application of penalty, but to ensure the proper course and investigation of the process, however to be applied must comply with all the requirements established in the Code of Criminal Procedure and reasoned the arrest not to be declared unconstitutional.

Key-words: Prison; Precautionary measures; Presumption of Innocence; Criminal procedure; Procedural Investigation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 DA PRISÃO PROVISÓRIA.....	9
2.1 Da prisão preventiva.....	9
2.2 Da prisão em flagrante	11
2.3 Da prisão temporária	12
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INERENTES À PRISÃO.....	14
3.1 Princípio do devido processo legal.....	14
3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	15
3.3 Princípio da proporcionalidade	15
3.4 Princípio da legalidade	15
3.5 Princípio da presunção de inocência.....	16
4 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À PRISÃO PROVISÓRIA.....	18
4.1 Argumentos favoráveis à prisão provisória.....	18
4.2 Argumentos contrários à prisão provisória	21
5 PRISÃO PROVISÓRIA EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	24
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	31
REFERÊNCIAS	32

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto de pesquisa a prisão provisória e o princípio da presunção da inocência.

Em regra, a pessoa somente poderá ser presa após sentença condenatória transitada em julgado. Todavia, a lei permite situações em que autorizam a privação da liberdade do indivíduo antes da sua condenação. São medidas processuais que tem por função preservar o trâmite a investigação processual penal.

Assim será analisado as regras da prisão provisória e verificar se as medidas cautelares de prisão respeita ao princípio da presunção provisória.

Destaca-se que a prisão provisória que for decretada sem observar os requisitos estabelecidos em lei poderá afrontar o princípio constitucional da presunção da inocência.

As prisões cautelares existentes no processo penal brasileiro são no mínimo polêmicas, pois permitem a restrição da liberdade do indivíduo sem o trânsito em julgado da sentença penal. As discussões mais fervorosas sobre o tema em questão estão na legalidade ou não de tal instituto processual penal. Os que são contra a utilização de tais prisões afirmam que o Estado, ao prender de maneira cautelar o indivíduo, fere o princípio da presunção de inocência, ao passo que existem aqueles que a defendem, tendo em vista que o próprio texto constitucional previu tal hipótese. Neste sentido, surge a seguinte questão problema: até que ponto as prisões provisórias violam o princípio da presunção de inocência.

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar até que ponto as prisões provisórias violam o princípio da presunção de inocência.

Sendo assim, é importante frisar que nenhum direito (ainda que previsto na constituição) é absoluto. Por isso, permite que haja relativizações e flexibilizações sempre que este seja analisado diante de outro. No caso em tela, está se analisando a presunção da inocência versus a efetividade da prestação jurisdicional. Ambos estão previstos na Constituição Federal e são de extrema importância para que haja um equilíbrio na ordem jurídica vigente.

O texto está dividido em cinco partes, além desta introdução. O capítulo dois expõe sobre a prisão provisória e suas espécies. O capítulo três trata dos princípios que devem ser respeitados no curso da instrução processual criminal. O capítulo

quatro dispõe sobre os posicionamentos diversos doutrinários se a prisão provisória fere ou não o princípio da presunção da inocência. Finalmente, as conclusões são feitas no capítulo sexto.

2 DA PRISÃO PROVISÓRIA

A prisão é nada mais do que o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Assim Távora (2017, p.891) conceitua prisão nos seguintes termos:

Pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada prisão pena, regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento, que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva. (TÁVORA, 2017, p. 891).

No entanto a prisão não é advinda somente de decisão condenatória, as vezes faz necessário a prisão do réu antes da propositura da ação penal. Esse tipo de prisão está restrito as hipóteses estabelecidas em lei, em que sua aplicação se deve ao fato do risco do agente solto em liberdade.

A Constituição Federal de 1988 indica que a prisão é exceção no país em que a regra é a liberdade, em que não deve haver prisão enquanto não há sentença penal condenatória transitada em julgado

Desta forma, surge a prisão sem pena que é objeto desse estudo, também chamada de prisão cautelar ou provisória, a qual é entendida como aquela que impede a locomoção do suspeito durante o curso do inquérito processual, com o intuito de preservar a investigação. Existem três tipos de prisão provisória no ordenamento jurídico sendo: temporária, preventiva e flagrante, que serão explicadas nos tópicos a seguir.

2.1 Prisão preventiva

A prisão preventiva tem por finalidade a privação da liberdade de locomoção antes da sentença transitada em julgado, por este fato a sua aplicação somente deverá ser em último caso quando não puder proteger a persecução penal de outra forma. Assim diante da gravidade a aplicação da prisão preventiva estabelece Pacelli nos seguintes termos:

Mas não basta a fundamentação judicial da autoridade competente. Como se trata de grave medida restritiva de direitos, a sua decretação deve estar expressamente prevista em lei, não podendo o juiz, nesse ponto, afastar-se do princípio da legalidade, nem mesmo se entender presentes circunstâncias

e/ou situações que coloquem em risco a efetividade do processo e da jurisdição penal. Por efetividade estamos nos referindo à necessidade de se preservar o adequado funcionamento de um (processo) e outra (jurisdição penal), de maneira a permitir que ambos cumpram as suas importantes missões, tanto como instrumento de garantia do indivíduo quanto de aplicação da lei penal (PACELLI, 2017, p. 261).

Dito isto, deve haver os motivos que justifiquem a aplicação da prisão preventiva, em que caso não haja o motivo que justifique a prisão esta deverá ser revogada conforme estabelecido no artigo 316 do Código de Processo Penal.

Destaca-se que não basta ser somente justificada a decretação da prisão preventiva, mas também ser motivada, devendo sua decretação está estritamente exposto em lei. E nesse sentido estabelecem no artigo 313 os casos em que podem ser aplicados a prisão preventiva:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (BRASIL, 1941).

Nota-se, portanto, que com a introdução de várias medidas cautelares a aplicação da prisão preventiva não fica restrita somente as situações discriminadas no artigo 313 do Código de Processo Penal, mas também será aplicada sempre que for necessário para garantir a execução de outras medidas cautelares. Esse entendimento está disposto no § 4 do artigo 282 do Código de Processo Penal na seguinte forma:

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

[...]

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único) (BRASIL, 1941, p.1).

2.2 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante também é uma exceção à regra, e ela pode ser aplicada tanto nos casos de crime ou de contravenções penais. Em relação ao conceito de prisão em flagrante estabelece nos seguintes termos:

Flagrante é o delito que ainda "queima", ou seja, é aquele que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. A prisão em flagrante é a que resulta no momento e no local do crime. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (art. 5º, inciso LXI da CF). Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos. É uma forma de autopreservação e defesa da sociedade, facultando-se a qualquer do povo a sua realização. Os atos de documentação a serem realizados subsequentemente ao cerceio da liberdade do agente ocorrerão normalmente na Delegacia de Polícia (TÁVORA, 2017, p. 905).

E assim, conforme estabelecido na lei hoje não é somente a autoridade policial que poderá prender alguém que seja encontrado em flagrante delito, mas qualquer pessoa poderá realizar o flagrante. O artigo 302 do Código de Processo Penal estabelece os casos em que enquadra a possibilidade de aplicação da prisão em flagrante conforme segue abaixo:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (BRASIL, 1941).

Conforme o artigo acima a lei não menciona previsão de tempo para que a prisão em flagrante seja efetuada, mas necessita está estritamente aos casos estabelecidos na lei para sua aplicação, em que o juiz em cada caso concreto deverá avaliar se houve interrupção da perseguição, o que afasta o estado de flagrância.

No que tange a lavratura do auto da prisão em flagrante destaca-se que é realizada pela autoridade policial da circunscrição que foi realizada o flagrante, mas caso não haja autoridade policial no local poderá o indivíduo ser apresentado no local mais próximo.

Nesse contexto merece informar como será o procedimento da lavratura do auto de prisão em flagrante e o artigo 306 do Código de Processo Penal estabelece a forma de materialização:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

[...]

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas (BRASIL, 1941).

Assim, ao receber a prisão em flagrante o juiz poderá converter em prisão preventiva, relaxar a prisão se considerar ilegal, decretar outra medida cautelar alternativa ou até mesmo conceder liberdade provisória, em que deixa claro que qualquer decisão do magistrado deverá ser fundamentada em lei.

2.3 Prisão temporária

Hoje é a Lei 7.960/89 que dispõe sobre a prisão temporária, em que estabelece os requisitos para sua aplicação bem como o procedimento. Acerca do assunto dispõe nos seguintes termos:

A prisão temporária não poderia fugir à regra. Trata-se de prisão cuja finalidade é a de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante se extrai do art. 1º, I, da Lei nº 7.960/89, no que cumpriria a função de instrumentalidade, isso é, de cautela. E será ainda provisória, porque tem a sua duração expressamente fixada em lei, como se observa de seu art. 2º e também do disposto no art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) (PACELLI, 2017, p. 258).

Conforme podemos perceber na Lei que trata da prisão temporária verifica-se que é aplicada somente à tutela das investigações policiais. E ao contrário das outras espécies de prisão provisória a prisão temporária tem prazo certo para cumprimento, em que o prazo máximo é de 05 (cinco) dias podendo ser prorrogado somente em casos extremos e necessita a comprovação da necessidade da prorrogação da prisão. É importante destacar os requisitos que caberá a prisão temporária senão vejamos no artigo 1º da Lei 7.960/89 da seguinte forma:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

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

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

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (BRASIL, 1989).

Assim, verifica que são vários os crimes que cabíveis a decretação da prisão temporária, entre eles estão o estupro, homicídio doloso, sequestro, extorsão mediante sequestro, roubo e dentro outros.

E havendo decretação da prisão temporária somente poderá ser cumprida depois de expedido o mandado de prisão, em que deverá ser feito em duas vias e é necessário que o indiciado tenha uma vida do mandado de prisão.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INERENTES À PRISÃO

Os princípios constitucionais que estão ligados a liberdade de locomoção são muito importantes para o estudo desse trabalho. Podemos observar que a discussão sobre a legalidade da prisão provisória não fica restrito somente ao estudo do princípio da presunção de inocência. Dessa forma, serão estudados os principais princípios aplicáveis ao direito processual penal que tem importância na aplicação das prisões.

3.1 Princípio do devido processo legal

Este é o princípio mais importante do ordenamento jurídico, pois todos os outros princípios derivam deste. O mesmo garante a qualquer pessoa um processo respeitando todos os procedimentos admitidos em lei, em que o indivíduo possa atuar com paridade de condições com o Estado. Sobre o princípio do devido processo legal cita Walter Nunes Silva Junior:

O Devido Processo Legal tem certas peculiaridades, quando se trata de um processo criminal que tem por finalidade uma pretensão condenatória por parte do Estado. Para que esse princípio não seja violado, é necessária a observância de todos os direitos fundamentais a que o acusado tem direito (JR. SILVA, 2011, p. 421).

Ressalta-se que conceder uma medida de urgência sem a prévia oitiva da outra parte não fere o princípio do devido processo legal, pois nestes casos os direitos do acusado foram protelados para um momento futuro. Nesse sentido estabelece Júnior:

No processo cautelar não vigora o princípio do contraditório e nem o princípio da igualdade entre as partes, porque se tivesse o réu a oportunidade de fazer sua defesa e se o juiz somente pudesse decidir após a discussão a respeito do assunto, poderia restar frustrada a medida objetivada. A situação que vigora no processo cautelar é o da inaudita altera pars (JR. SILVA, 2000, p. 24).

Assim ao decretar uma medida cautelar poderia prejudicar a sua eficiência ao ouvir a parte contrária.

3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Este é um princípio expresso na Constituição Federal em que dá tratamento como princípio fundamental. O ser humano tem direito a uma vida digna, assim tem direito de se defender podendo provar que não são verdadeiras as acusações da outra parte. Assim deve garantir a igualdade de direitos. Ao definir a dignidade da pessoa humana estabelece Martins:

A dignidade da pessoa humana é de difícil conceituação, mas direcionando-se o raciocínio para a elaboração de um conceito, deve-se pressupor a existência de respeito à vida e à integridade física do ser humano, como a presença de condições mínimas para existência digna, resguardadas a intimidade e a identidade do indivíduo, com a garantia de igualdade para com outrem, sem que se possa excluir também sua condição psicofísica (MARTINS, 2006, p. 38).

Percebe-se que esse princípio está ligado ao respeito a dignidade da pessoa humana, em que todos são iguais perante a lei.

3.3 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade está ligado a proporção da pena, ou seja, a punição deve ser eficaz e razoável. Assim, a fim de não se tornar superior à pena definitiva, deve a proporção ao aplicar a medida cautela. Sendo aplicada de forma desproporcional terá caráter punitivo e não com a finalidade de garantir a instrução processual.

3.4 Princípio da legalidade

Este princípio não tem incidência somente no direito material, mas também a todo ato processual que estabelece uma limitação de um direito fundamental, como é o caso do direito de locomoção.

O princípio da legalidade tem por finalidade proibir a existência de medidas coercitivas desprovidas de lei. Pois a aplicação da prisão provisória fica restrita aos

casos estabelecidos em lei. Nesses termos, estabelece o inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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. (BRASIL, 1988).

Estabelece também Aquino e Nalini (2005, p. 97) sobre o princípio da legalidade:

Também denominado princípio da obrigatoriedade. É a exteriorização do princípio da oficialidade, segundo a qual, tanto a polícia judicial como o Ministério Público titulariam o dever de exercer a ação penal pública de acordo com a lei. Não podem inspirar-se em critérios políticos de conveniência, oportunidade ou utilidade social.[...] com a edição da Lei 9.099/95, teve seu campo de atuação reduzido vez que [sic] agora o Ministério Público pode suspender consensualmente o processo nas ações penais públicas cuja pena for igual ou inferior a um ano (NALINI, 2005, p. 97).

Assim, pode observar que é do princípio da legalidade que proíbe qualquer medida coercitiva que não esteja estabelecida em lei.

3.5 Princípio da presunção de inocência

Verifica-se que os princípios têm espaço dentro do ordenamento jurídico sendo normas que orientam e interpretam o comportamento da lei, sendo que o sistema brasileiro aceita as regras e princípios aplicados nos casos concretos. Em relação ao princípio Santos dispõe:

Assim, é necessário ao Estado em especial ao Estado-Juiz respeitar e aplicar sempre a presunção de inocência, pois, é uma garantia ao acusado de que terá a oportunidade de demonstrar o contrário da imputação, ou a forma diversa do fato ocorrido sendo considerado totalmente inocente, perdendo tal direito, apenas quando for condenado por decisão judicial condenatória devidamente fundamentada e transitada em julgado. (SANTOS, 2017, p. 61.)

Este princípio está relacionado à tutela jurisdicional, no dicionário possui o significado como um ato de presumir, pressupor a consequência de um ato em que transmite a ideia de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em relação ao princípio estabelece Guilherme de Souza Nucci:

O princípio tem por objetivo garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu. Por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando isso realmente for útil à instrução e à ordem pública (NUCCI, 2016, p. 231).

Assim para que alguém seja condenado deve ser realizado todo procedimento legal que garante o direito ao contraditório e ampla defesa. Tal princípio encontra-se previsto no artigo 5º, LVI da Constituição Federal e a seguinte norma gera algumas divergências doutrinárias, em que alguns doutrinadores entendem que o texto constitucional não é claro uma vez que não menciona se o condenado é presumidamente inocente e sim que ele não será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

No que tange ao princípio da presunção de inocência estabelece Reis:

Assim, nada mais natural que a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao MP ou à parte acusadora (na hipótese de ação penal privada) provar a culpa. Caso não o faça, a ação penal deverá ser julgada improcedente (REIS, 2017, p. 1728).

E o ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de aplicação de prisão provisória quando ainda não há sentença penal condenatória transitada em julgado. Em que estabelece o encarceramento mesmo não declarado culpado.

Observa-se a existência de um conflito entre os princípios da presunção de inocência e da liberdade pessoal. Pois a medida de prisão antes da sentença penal afronta o princípio da presunção da inocência, pois, caso futuramente seja o indivíduo absorvido, comprove que não é autor do crime que foi acusado, terá cumprido pena injustamente.

Deixa claro, por ser um princípio que está expresso na Constituição Federal como um direito fundamental deve ser respeitado. Em que garante ao acusado.

4 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À PRISÃO PROVISÓRIA

Após um breve relato com relação aos princípios constitucionais inerentes à prisão, bem como dos conceitos de prisão preventiva e prisão em flagrante, segue-se para a demonstração dos argumentos favoráveis e contrários à prisão provisória.

4.1 Argumentos favoráveis à prisão provisória

Conforme já estudado para que haja a decretação de uma medida cautelar é necessário que exista uma decisão motivada decretando a prisão. Pois o Código de Processo Penal é claro ao estabelecer que no respectivo mandado de prisão deve conter o nome da pessoa a ser presa com seus sinais característicos e o mais importante a infração penal que motivou a prisão.

É importante que a decisão seja motivada para que não haja decisões injustas em respeito ao princípio da presunção de inocência do acusado. Assim, na Constituição Federal está previsto o princípio da presunção de inocência como um direito fundamental nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988).

Por outro lado, a Constituição Federal, a prevê capítulo dos direitos fundamentais a possibilidade da prisão em flagrante em que assim dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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; [...] (BRASIL, 1988).

Como podemos perceber nos incisos do artigo acima que são dispositivos distintos entre si, causada uma divergência na aplicação dos institutos jurídicos. Assim, há uma divergência doutrinária, tanto que há autores que consideram legítima a aplicação das prisões provisórias mesmo em conflito com o princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, estabelece em favor da possibilidade de decretação da prisão provisória:

Nosso entendimento, portanto, é o de que a prisão preventiva, bem como todas as demais modalidades de prisão provisória, não afronta o princípio constitucional do estado de inocência, mas desde que a decisão seja fundamentada e estejam presentes os requisitos da tutela cautelar (comprovação do perigo da demora de se aguardar o trânsito em julgado, para só então prender o acusado (CAPEZ, 2008, p. 270).

Acerca do assunto dispõe também Pacelli:

Todavia, desde a Constituição da República, em 1988, e, mais particularmente, desde a Lei nº 11.719, de 2008, que promoveu profundas alterações na matéria, ninguém pode negar a atual realidade do Direito Processual Penal brasileiro: toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado da condenação deverá se fundar em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, nos exatos termos em que se acha disposto no art. 5º, LXI, ressalvados apenas os casos de transgressão militar ou de crime militar definido em lei, que não serão objeto de nossas considerações (PACELLI, 2017, p. 234).

Portanto, toda e qualquer prisão deverá ter dois requisitos principais para sua aplicação, sendo que deve se pautar na necessidade em que deve estar presente o *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, e ainda a indispensabilidade da aplicação da prisão, por decisão fundamentada por juiz ou tribunal. Neste sentido, estabelece Gonçalves (2004, p. 9) quanto a validade da aplicação das prisões provisórias:

Essas espécies de prisões processuais têm sido aceitas sob o fundamento de que o próprio texto constitucional admite expressamente a prisão em flagrante e outras modalidades de privação de liberdade, desde que resultem

de “ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, bem como não representem verdadeira antecipação da pena, o que somente ocorrerá quando presentes, durante o processo, os requisitos das medidas cautelares [...] (GONÇALVES, 2004, p. 9).

Assim, pode perceber que os doutrinadores citados entendem que sendo a decisão de decretação de prisão provisória motivada, em que existem indícios da culpa do acuso e presente os requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, em que a liberdade do suposto acusado colocará em risco a instrução criminal e até mesmo a sociedade é perfeitamente cabível a aplicação das prisões cautelares. Assim nesse sentido segue decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - IMPETRAÇÃO DE WRIT ANTERIOR COM OS MESMOS FUNDAMENTOS - MERA REITERAÇÃO - NÃO CONHECIMENTO. Não se conhece de Habeas Corpus que seja mera reiteração de Writ anterior. HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 1.0000.22.243750-1/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE. DECISÃO MONOCRÁTICA. Vistos. [...] Cuida-se de Habeas Corpus, com pedido liminar, impetrado em favor do Paciente KELVIN BRAIAN MARTINS MENDES (inicial - fls. 01/15 doc. único, acompanhada de documentos - fls. 16/131 doc. único), alegando constrangimento ilegal por parte da MMª. Juíza de Direito da Central de Recepção de Flagrantes da Comarca de Belo Horizonte/MG. Narram os advogados impetrantes que o Paciente foi preso em flagrante na data de 02.08.2022 pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. A prisão em flagrante foi homologada e convertida em prisão preventiva. Alegam que a quantidade de droga apreendida é ínfima e que o delito não ostenta gravidade concreta, de modo que os requisitos autorizadores da prisão preventiva, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, não estão configurados. Afirmam que o Paciente cumpre pena pela prática do delito de tráfico na modalidade privilegiada, que não é hediondo, tanto que foi condenado ao regime inicial aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Sustentam que a jurisprudência é sedimentada no sentido de que a apreensão de pouca quantidade de droga não autoriza a prisão preventiva, ainda que o réu seja reincidente específico. Aduzem ser possível a utilização das medidas cautelares alternativas à prisão. Por tais motivos requerem o deferimento da liminar, para que seja determinada a imediata liberação do Paciente, ainda que mediante a imposição de outras medidas cautelares diversas da restritiva de liberdade. Pugnam, ao final, pela concessão definitiva da ordem. É o relatório. Decido. [...] Do exame da petição inicial verifico que as razões apresentadas pelos advogados impetrantes para a revogação da segregação cautelar são idênticas às constantes no Habeas Corpus nº 1.0000.22.209302-3/000, apreciado na Sessão de Julgamento do dia 22.09.2022, há menos de 20 (vinte) dias. O Dr. Sandro Reis dos Alves Jr., advogado do Paciente, requereu no referido feito, do mesmo modo que no presente, a revogação da prisão preventiva face à ausência dos requisitos previstos no artigo 312 do CPP; diante da inexpressiva quantidade de drogas apreendidas e, finalmente, por ser possível a substituição do cárcere por medidas cautelares menos gravosas. O acórdão está assim ementado: "EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA - PRESENÇA DOS

REQUISITOS DOS ARTIGOS 312 E 313, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO - SUBSTITUIÇÃO POR OUTRA MEDIDA CAUTELAR - IMPOSSIBILIDADE - CONTUMÁCIA DELITIVA E PERICULOSIDADE DO AGENTE - RISCO À ORDEM PÚBLICA DEMONSTRADO - MANUTENÇÃO DA PRISÃO - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS QUE, POR SI SÓS, NÃO IMPEDEM O ACAUTELAMENTO - DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA - INVIABILIDADE DE APRECIAÇÃO - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - INOCORRÊNCIA - ORDEM DENEGADA. [...] Restando demonstrados os indícios de autoria, a prova da materialidade e a periculosidade do Paciente, em razão da reiteração delitiva, imperiosa é a manutenção da prisão preventiva para garantia da ordem pública, inviabilizando a aplicação das medidas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal. [...] (AgRg no HC 677.795/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 16/11/2021, DJe de 19/11/2021).¹

Verifica-se, portanto, que o princípio da presunção da inocência estabelecido na Constituição Federal não é incompatível com a prisão processual. Não afeta, a decretação da prisão provisória o direito individual do acusado, pois o direito público prevalece sobre o direito individual.

4.2 Argumentos contrários à prisão provisória

Em razão das falhas do judiciário, alguns doutrinadores questionam se o agente que é presumidamente inocente poderá ser preso provisoriamente sem haver sentença penal condenatória transitada em julgado, em que consideram a prisão provisória ilegal. Neste prisma, estabelece Rangel:

No Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é o autor do delito". Logo após o autor conclui que "Prisão não pode ser uma satisfação à sociedade por mais grave que seja o crime, mas sim uma necessidade para se assegurar o curso do processo. No caso da temporária é para assegurar que se realize uma investigação sobre o fato, dizem, praticado pelo apontado suspeito, o que, por si só, é inadmissível. Prender um suspeito para investigar se é ele, é barbárie. Só na ditadura e, portanto, no Estado de exceção (RANGEL, 2004, p.6 43).

¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Habeas Corpus. Nº 1.0000.22.243750-1/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE. DECISÃO MONOCRÁTICA. **TRÁFICO DE DROGAS - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA**. Belo Horizonte MG, 10 de outubro de 2022. Data da publicação: 11/10/2022. Des. Anacleto Rodrigues. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=principio%20da%20presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20inocencia%20prisao&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 17 out. 2022.

Nessa linha dispõe Luiz Flávio Gomes:

Lei 12.403/11, que dispõe que o juiz, antes de decretar a prisão preventiva, deve analisar se cabíveis outras medidas cautelares alternativas, constitui um avanço ou um retrocesso? Dois grupos (ideologicamente definidos) já se formaram: para quem concebe que não existe direito penal sem cadeia, a lei é um retrocesso. Para os que veem a cadeia como a “extrema ratio” (extrema medida) da “ultima ratio” (que é o direito penal), a lei é digna de aplausos. A nova lei (de acordo com nossa visão) nada mais faz que enfatizar o que já se extrai da Constituição Federal: a liberdade é a regra, a prisão é exceção. Para se prender alguém presumido inocente é preciso que todos os requisitos da prisão preventiva estejam presentes (GOMES, 2011, p.178).

Assim, verifica-se que entendem os que não são a favor da prisão provisória que o preso provisório pode ficar privado da sua liberdade mais tempo do que o necessário, além do fato do preso provisório não ser considerado culpado pela infração criminal que deu causa a sua prisão.

E para que seja possível o enquadramento da prisão preventiva é indiscutível a presença do *periculum libertatis*, Lopes Junior demonstra:

Caso não esteja presente o *periculum libertatis* para justificar ou não sendo ela necessária ou proporcional, deverá o juiz conceder liberdade provisória mediante fiança ou sem fiança, conforme o caso, e ainda, se necessário, cumular uma ou mais medidas do art. 319. (JR. LOPES, 2017, p. 34).

E nesse sentido, estabelece Borges (2001, p. 157):

Deparamo-nos, às vezes, com hipóteses segundo as quais o preso provisório pode vir a permanecer mais tempo recolhido ao cárcere que o necessário. Isso pode ocorrer, dentre outras situações, por falta de um pedido de habeas corpus, por ausência de um defensor dativo ou, até mesmo, por deslizes do Judiciário, ocasião em que o juiz, ao aplicar a sanção penal, observa que o réu se encontra preso por lapso de tempo maior que o necessário, e finda por aplicar a pena sem a concessão de outros benefícios, para que assim seja efetivada a detração penal; na maioria das vezes, o preso não tem, tecnicamente, alcance da realidade do ocorrido. (BORGES, 2001, p. 157).

Em relação a prisão preventiva estabelece Geraldo Pereira:

Assim, embora sem trânsito em julgado da sentença condenatória, há compatibilidade entre a prisão preventiva e o estado de inocência, devendo, entretanto, ficar comprovada a presença dos pressupostos (prova da existência do crime e indício suficiente de autoria) e requisitos (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal) que a autorizam. Disso se extrai

que a liberdade é a regra e a prisão exceção, sendo imprescindível, então, demonstrar que a decretação da prisão preventiva se amolda, concretamente, à previsão do art. 312 do Código de Processo Penal, sob pena de coação ilegal, passível de correção por via de ordem de habeas corpus (PEREIRA, 2010, p. 7).

Percebe-se que pela falta de advogado em que nem todos os presos provisórios têm a possibilidade de ter um procurador deixa de fazer uso de vários benefícios processuais, como por exemplo, o uso do habeas corpus e acarreta que quando declarada a inocência do acusado o trará prejuízos irreparáveis.

5 PRISÃO PROVISÓRIA EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A prisão provisória como estudado é aquela que recai sobre o indivíduo antes da sentença transitada em julgado condenando ou absolvendo o acusado. No entanto sua aplicação é excepcional, pois a Constituição Federal garante a todos as pessoas que são presumidamente inocentes até que prova o contrário.

Assim a respeito da decretação da prisão provisória e o princípio da presunção de inocência estabelece Mendonça:

A prisão processual somente não viola o princípio da presunção de inocência se for decretada de maneira excepcional e sempre com caráter cautelar, para proteção dos fins do processo penal, que podem ser resumido na aplicação da pena, na busca da verdade real e, indiretamente, na proteção da sociedade contra as lesões praticadas pelo réu (MENDONÇA, 2011, p.36).

Diante da aplicação das medidas cautelares e bem como a observância ao princípio da presunção de inocência é preciso esclarecer a correlação entre ambos, pois a garantia da presunção de inocência estabelecida em ordem constitucional não é absoluta a qual encontra limites no transcorrer da investigação processual penal. Segundo Gustavo Badaró:

Em linhas gerais, é possível afirmar que, para a decretação da prisão preventiva, é necessária a presença do pressuposto positivo, isto é, do *fumus commissi delicti* consistente na prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, aliado a pelo menos uma das hipóteses de *periculum libertatis* do mesmo dispositivo, quais sejam os requisitos da garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (art. 312, caput). Há, também, o pressuposto negativo do art. 314 do CPP, não podendo "ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Código Penal", isto é, acobertado por excludente de ilicitude. Tudo isso, porém, somente poderá justificar a prisão preventiva caso se esteja diante de uma das suas hipóteses de cabimento definidas no art. 313 do CPP (BADARÓ, 2019, p. 375).

Por sua vez, a prisão provisória é muito importante pois são essenciais para a proteção da finalidade do processo, em que pode observar que o princípio serve de limite para aplicação da prisão provisória. Dessa forma entende Capez (2008, p. 263):

A prisão provisória somente se justifica, e se acomoda dentro do ordenamento pátrio, quando decretada com base no poder geral de cautela do juiz, ou seja, desde que necessária para uma eficiente prestação jurisdicional. (CAPEZ, 2008, p. 263).

Nesses termos, quanto a aplicação do princípio da presunção de inocência em face a decretação da prisão estabelece Reis:

O princípio constitucional da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF), não impede a decretação da prisão processual, uma vez que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXI, prevê a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada do juiz competente. A prisão processual, entretanto, é medida excepcional, que só deve ser decretada ou mantida quando houver efetiva necessidade (grande periculosidade do réu, evidência de que irá fugir do país etc.). Além disso, o tempo que o indiciado ou réu permanecer cautelarmente na prisão será descontado de sua pena em caso de futura condenação detração penal (REIS, 2017, p. 357).

Assim, podemos perceber que o princípio da presunção de inocência, que vis respeitar a liberdade do acusado é compatível com a decretação da prisão provisória, desde que observados os requisitos da lei para a decretação da prisão.

É importante mencionar ainda que o magistrado ao decretar a prisão provisória a motivação deve ser própria não devem olhar exclusivamente julgamentos emanados de instâncias superiores, pois a ausência de fundamentação não podem ser suprimidas posteriormente. Nesse sentido de fundamentação própria exprime o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS - PRISÃO EM FLAGRANTE MANTIDA PELA DECISÃO DE PRONÚNCIA - FALTA DE ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - IRRELEVÂNCIA, PARA EFEITO DE CONTROLE DA LEGALIDADE DE DECISÃO QUE MANTÉM A PRISÃO CAUTELAR, DE EVENTUAL REFORÇO DE ARGUMENTAÇÃO ACRESCIDO PELAS INSTÂNCIAS SUPERIORES - PRECEDENTES - PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade. A prisão cautelar, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do

réu. - A questão da decretabilidade ou manutenção da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. A MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão cautelar não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE APOIAR-SE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIS. - A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa. - A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira. - Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE MANTER-SE A PRISÃO EM FLAGRANTE DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar. INADMISSIBILIDADE DO REFORÇO DE FUNDAMENTAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS SUPERIORES, DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR. A legalidade da decisão que decreta a prisão cautelar ou que denega liberdade provisória deverá ser aferida em função dos fundamentos que lhe dão suporte, e não em face de eventual reforço advindo dos julgamentos emanados das instâncias judiciais superiores. Precedentes. A motivação há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta (ou que mantém) o ato excepcional de privação cautelar da liberdade, pois a ausência ou a deficiência de fundamentação não podem ser supridas "a posteriori" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Habeas Corpus. Relator Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento 09/03/2010, Publicação: 16/04/2010).²

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus. PRISÃO EM FLAGRANTE FALTA DE ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL.** Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 09/03/2010. Publicação: 16/04/2010. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=2&pageSize=10&queryString=pris%C3%A3o%20provisoria%20legalidade&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 17 nov. 2022. **MANTIDA PELA DECISÃO DE PRONÚNCIA -**

Desta forma, em consonância com esses entendimentos estabelece o artigo 282 do Código de Processo Penal:

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

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

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

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá 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. § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319) (BRASIL, 1941).

Assim para ser decretada a prisão provisória deve existir a real necessidade para aplicação da medida, assim quando houver risco concreto ao regular andamento do processo o Estado poderá adotar as medidas cautelares de prisão. Sobre a necessidade de aplicação da prisão provisória estabelece Guilherme Nucci:

A garantia da ordem pública é a hipótese de interpretação mais ampla e insegura na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o reconhecimento do agente (NUCCI, 2016, p. 605).

No que tange aos requisitos estabelecidos no artigo acima estabelece Nucci (2016, p. 532):

Embora constitua instrumento mais favorável ao acusado, se comparada com a prisão provisória, não deixa de representar um constrangimento à liberdade individual. Por isso, não pode ser aplicada automaticamente; depende do preenchimento de dois requisitos genéricos: necessidade e adequabilidade. O primeiro deles diz respeito à indispensabilidade da medida, sob pena de gerar prejuízo à sociedade, direta ou indiretamente. O segundo guarda harmonia com a justaposição entre o fato criminoso e seu autor em confronto com a exigência restritiva a ser feita. Ilustrando, se o acusado é reincidente e pratica delito concretamente grave, não sendo o caso de preventiva, cabe a aplicação de medida cautelar, por ser necessária e adequada à hipótese. (NUCCI, 2016, p. 532).

E ainda em relação ao § 1º do artigo 282 demonstra a possibilidade da aplicação isolada ou cumulativa das medidas cautelares de prisão, no entanto ao aplicar de forma cumulativa deve ter cautela o juiz para evitar o exagero.

Portanto, ao aplicar uma medida cautelar de prisão deve refletir até que ponto pode ser aplicado a prisão provisória para a pessoa que nem sequer teve sentença condenatória transitada em julgado.

Deve verificar até que ponto a prisão decorrente de prisão condenatória não transgrida a presunção constitucional de inocência, desde que esteja presente todos os requisitos para privação da liberdade. Nesse sentido entende o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO *PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA*. MANUTENÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR EM SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALEGAÇÃO DE ERRO NA APRECIÇÃO DA PROVA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATO EM HABEAS CORPUS. IMPROCEDÊNCIA. 1. A periculosidade do agente evidenciada pelo modus operandi e o risco concreto de reiteração criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar. 2. A *prisão* decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgrida a *presunção constitucional de inocência*, desde que a privação da liberdade do sentenciado, satisfeitos os requisitos de cautelaridade que lhe são inerentes, encontre fundamento em situação evidenciadora da real necessidade de sua adoção. 3. A análise da inexistência de material probatório que corrobore a condenação impõe o reexame de fatos e provas, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do habeas corpus. 4. O habeas corpus constitui remédio processual inadequado para a análise da prova, para o reexame do material probatório produzido, para a reapreciação da matéria de fato e, também, para a revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento. 5. Recurso ao qual se nega provimento. *Lex*: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. PRISÃO PREVENTIVA, PERICULOSIDADE) HC 99447 (1ªT), HC 98754 (2ªT). (*PRINCÍPIO DA*

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DECISÃO RECORRÍVEL) HC 99914 (2ªT). (HABEAS CORPUS, REEXAME, FATO, PROVA) RHC 109300 (1ªT), HC 74295 (1ªT).³

Assim em outra decisão o Ministro Marco Aurélio entende que a execução provisória da pena não compromete o princípio da presunção de inocência:

Ementa: Processual Penal. Habeas Corpus substitutivo de agravo regimental. Posse irregular de arma de fogo de uso permitido, Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito com sinal identificador raspado, Recepção e Participação em organização criminosa duplamente majorada. Execução provisória da pena. Possibilidade. Inadequação da via eleita. Superveniente alteração do quadro processual da causa. Prejuízo da impetração. 1. Não se admite a impetração de habeas corpus em substituição ao agravo regimental. 2. A superveniente alteração do quadro processual da causa prejudica a análise da impetração. 3. Ausência de teratologia ou ilegalidade flagrante. A orientação firmada pelo Plenário do STF, no julgamento do HC 126.292 e do ARE 964.246-RG, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki, é no sentido de que a execução provisória da pena não compromete o *princípio da presunção de inocência*. Ademais, o julgamento condenatório em segundo grau de jurisdição impõe a *prisão* preventiva como medida de garantia da ordem pública. 4. Habeas corpus prejudicado, revogada a liminar. Órgão julgador: Primeira Turma Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Redator(a) do acórdão: Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 06/11/2018. Publicação: 20/11/2018. Lex: *jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA, PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA*) HC 126292 (TP), ARE 964246 RG.⁴

Assim, deve ter muita cautela ao aplicar a prisão provisória, pois somente nos casos excepcionais e justificando a necessidade e adequação da medida de prisão pode ser aplicada. Assim observando a lei não estará afrontando o princípio da

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus**. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO *PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA*. MANUTENÇÃO DE *PRISÃO CAUTELAR* EM SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Data da publicação: 26/03/2013. Julgamento: 12/03/2013. Disponível

em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=principio%20da%20presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20inocencia%20prisao&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 17 out. 2022.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus substitutivo em Agravo Regimental**. Posse irregular de arma de fogo de uso permitido, Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito com sinal identificador raspado, Recepção e Participação em organização criminosa duplamente majorada. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data da publicação: 20/11/2018. Julgamento: 06/11/2018. Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=principio%20da%20presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20inocencia%20prisao&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 17 out. 2022.

presunção de inocência, uma vez que a prisão preventiva é uma medida de garantia de ordem pública.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho serviu para fazer um breve estudo sobre a aplicação da prisão provisória. Explicando se a decretação das medidas cautelares de prisão afronta ou não o princípio da presunção da inocência.

Assim possibilitou com o trabalho estabelecer todas as espécies de prisão provisória e os princípios processuais que devem ser respeitados na decretação da prisão.

Com o estudo percebe-se que o juízo ou tribunal deve ter bastante cuidado ao decretar a prisão provisória, observar estritamente os requisitos para sua aplicação nas normas do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, observou no princípio da presunção de inocência que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim só permitirá a prisão antes do trânsito em julgado quando puder comprovar as razões que autorizam a prisão provisória.

Assim, o presente artigo tratou da presunção da inocência instrumento cabível para garantir uma sentença imparcial e justa, dentro dos moldes estabelecidos no ordenamento jurídico.

O presente estudo teve por finalidade esclarecer o conflito entre a prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência, contudo conforme o ordenamento jurídico esclarece mesmo que uma pessoa não seja considerada culpada antes do trânsito em julgado em uma sentença penal condenatória poderá ser decretado sua prisão preventiva que não será considerada inconstitucional se preenchido os requisitos para sua prisão, pois a norma que ninguém será considerado culpado até o trânsito de sentença penal condenatória não é justificativa suficiente para que não possa haver o julgamento antecipado.

Assim, conclui-se a relevância dos direitos e garantias fundamentais diante de um julgamento antecipado de culpabilidade do réu. Em que as medidas cautelares de prisão são lícitas desde que não afronta o princípio da presunção da inocência.

Verifica-se com o trabalho que a prisão preventiva não tem o caráter de somente de aplicação de pena, mas de garantir o bom curso e investigação do processo, contudo para ser aplicada deve observar todos os requisitos estabelecidos no Código de Processo Penal e fundamentada a prisão para não ser declarada inconstitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Habeas Corpus. Nº 1.0000.22.243750-1/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE. DECISÃO MONOCRÁTICA. **TRÁFICO DE DROGAS - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA**. Belo Horizonte MG, 10 de outubro de 2022. Data da publicação: 11/10/2022. Des. Anacleto Rodrigues. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=principio%20da%20presun%C3%A7ao%20de%20inocencia%20prisao&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus substitutivo em Agravo Regimental**. Posse irregular de arma de fogo de uso permitido, Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito com sinal identificador raspado, Receptação e Participação em organização criminosa duplamente majorada. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Maro Aurélio. Data da publicação: 20/11/2018. Julgamento: 06/11/2018. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=principio%20da%20presun%C3%A7ao%20de%20inocencia%20prisao&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus**. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO *PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA*. MANUTENÇÃO DE *PRISÃO CAUTELAR* EM SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Data da publicação: 26/03/2013. Julgamento: 12/03/2013. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=principio%20da%20presun%C3%A7ao%20de%20inocencia%20prisao&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus**. PRISÃO EM FLAGRANTE MANTIDA PELA DECISÃO DE PRONÚNCIA - FALTA DE ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 09/03/2010. Publicação: 16/04/2010. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=2&pageSize=10&queryString=pris%C3%A3o%20provisoria%20legalidade&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Lei 7.960 de 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre prisão provisória**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm. Acesso em 17 out. 2022.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal. Livro eletrônico**, São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2019

BORGES, Fátima Aparecida de Souza. **Liberdade provisória**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. **Prisão em flagrante**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **A lei das Medidas cautelares é um avanço?** Consultor Jurídico, 23 jun. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-23/coluna-lfg-lei-medidas-cautelares-alternativas-avanco>. Acesso em: 17 out. 2022.

JR. LOPES, Aury. **Prisões Cautelares**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wpcontent/uploads/wpforo/attachments/2/1944-Prises-Cautelares-2017-Aury-Lopes-Jr.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2022.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão provisória: medida de exceção no direito criminal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2006.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA, Geraldo Lopes. Prisão preventiva e o estado de inocência. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 15, n. 2637, 20 set. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17447>. Acesso em: 25 out. 2022.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado** / Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves ; coordenador Pedro Lenza. – São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Ronaldo Bezerra. **A prisão Cautelar e seu aspecto jurídico como pena processual antecipada**. 1ª edição. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2017.

SILVA JÚNIOR, Euclides Ferreira da. **Prisão liberdade provisória habeas corpus**: teoria e prática. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Poder Judiciário Democrático- constitucional**: uma apreciação política de sua estrutura. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-graduação em Direito- UFRN. 2011

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed.rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm. 2017.