

FACULDADE DE CIÊNCIAS GERENCIAIS DE MANHUAÇU

**PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS PRISÕES
CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Uma explanação sobre o Princípio da Presunção de Inocência previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua aplicação prática no Código de Processo Penal Brasileiro de 1941.

EMERSON RODRIGUES DE FREITAS

**MANHUAÇU-MG
2017**

EMERSON RODRIGUES DE FREITAS

**PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS PRISÕES
CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Uma explanação sobre o Princípio da Presunção de Inocência previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua aplicação prática no Código de Processo Penal Brasileiro de 1941.

Monografia apresentada ao Curso Superior de Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais de Manhuaçu, como pré-requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciência Jurídica

Orientador: Prof. Glauco Murad Macedo

**MANHUAÇU-MG
2017**

F866p Freitas, Emerson Rodrigues de.

Princípio da presunção de inocência e as prisões cautelares no processo penal brasileiro / Emerson Rodrigues de Freitas. -- Manhuaçu, 2017.

56f.

Monografia (Curso de Direito) – Orientador: Glauco Murad Macedo

Centro Superior de Estudos de Manhuaçu - FACIG

1. Direito processual penal – processo penal brasileiro. 2. Direito penal – prisões cautelares.

I. Título.

FACIG

CDD – 345.8105

EMERSON RODRIGUES DE FREITAS

**PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS PRISÕES
CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Uma explanação sobre o Princípio da Presunção de Inocência previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua aplicação prática no Código de Processo Penal Brasileiro de 1941.

Esta monografia foi julgada e aprovada para a obtenção do título de Bacharel, no curso de Direito, da Faculdade de Ciências Gerenciais de Manhuaçu.

Manhuaçu, ____ de dezembro de 2017.

**Prof. Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira
Coordenador do Curso de Direito**

BANCA EXAMINADORA

Msc. Glauco Murad Macedo

Prof

Prof

Orientador

Prof

Prof

AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, por ser responsável por cuidar de mim e sempre me ajudar em momentos difíceis desse trajeto, sempre me fortalecendo e abençoando cada vez mais.

Aos meus pais, Edson e Margarida, que sempre foram minha inspiração e meus maiores incentivadores.

Às minhas Irmãs, Suelen e Taynara, por sempre me apoiarem durante essa trajetória e sempre torcerem pelo meu sucesso.

Aos meus amigos e irmãos de Faculdade, Dejamilton, Helivando, Jesana, Walysther Caio, Ronaldo e Bianca, por sempre estarem ao meu lado quando precisei! Estaremos sempre juntos!!!

Aos amigos do transporte e da vida, Thalles Gamarha e Gabriel Mataveli, por sempre me darem palavras de apoio e inspiração. Obrigado!

Ao meu professor e orientador, Glauco Murad Macedo, um grande exemplo de pessoa e profissional, sempre fonte de inspiração. Por todos os momentos que me auxiliou de forma paciente e atenciosa.

“As pessoas costumam dizer que a motivação não dura sempre. Bem, nem o efeito do banho, por isso recomenda-se diariamente.”

Zig Ziglar

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artigo.
CF	Constituição Federal.
CP	Código Penal.
CPP	Código de Processo Penal.
EC	Emenda Constituição.
STF	Supremo Tribunal Federal.
STJ	Superior Tribunal de Justiça.
S.	Súmula.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma abordagem detalhada da aplicação do princípio da presunção de inocência previsto na Constituição Federal brasileira. Fazer uma análise, como problema da pesquisa, do instituto da prisão no Brasil, em especial das prisões cautelares que é restrição de liberdade do indivíduo antes da sentença penal condenatória passada em julgado, indo, talvez, em confronto com o princípio da presunção de inocência que garante que ninguém é culpado até o transito em julgado da sentença penal condenatória. Metodologia utilizada foi a documental, qualitativa e bibliográfica. Devido a isso, iremos fazer uma análise dos temas e avaliar se há uma incompatibilidade dos institutos, haja vista um ser previsão da Carta Magna e o outro do nosso Código de Processo Penal Brasileiro de 1941. Ao final, concluir-se-á que conflito relatado não existirá caso preenchido todos os requisitos das prisões cautelares.

Palavras-chave: Princípio da Presunção de inocência; Prisão Processual; Inconstitucionalidade; Ponderação de Princípios.

ABSTRACT

The present work aims to make a detailed approach to the application of the principle of presumption of innocence foreseen in the Brazilian Federal Constitution. To make an analysis, as a research problem, of the institute of the Brazilian prison, especially of the precautionary prisons that is restriction of the freedom of the individual before the condemnatory criminal sentence, possibly going against the principle of presumption of innocence which ensures that no one is guilty until the final judgment of the conviction. Methodology used was the documentary, qualitative and bibliographical. Because of this, we will make an analysis of the issues and evaluate if there is an incompatibility of the institutes, given one being foreseen in the Magna Carta and the other in our Code of Brazilian Criminal Procedure of 1941. At the end, it will be concluded that conflict not be fulfilled if all the requirements of the precautionary prisons are met.

Keywords: Principle of Presumption of innocence; Related searches Unconstitutionality; Weighting Principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	12
2.1. Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988	12
2.2. Princípio da Presunção de Inocência e seus desdobramentos legais.....	16
3. PRISÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	19
3.1 Definição	19
3.2. Das formalidades da prisão.....	20
3.3 Tipos de Prisão	22
4 DAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL.....	24
4.1 Das prisões em flagrante.....	24
4.2 Da Prisão Temporária	25
4.3 Da Prisão Preventiva.....	27
4.4 Da prisão em decorrência da pronúncia.....	31
4.5 Prisão em Sentença Penal Condenatória Recorrível	34
5 PRISÃO CAUTELAR E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .	37
6 ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	43
7 METODOLOGIA.....	49
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Carta Maior da República Federativa do Brasil em 1988, mais especificamente, ele está positivado no art. 5º, inciso LVII do referido diploma legal.

O instituto da presunção de inocência tornou-se, a partir da CF/88, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, sendo então uma garantia processual penal que tem por objetivo resguardar a liberdade ambulatorial do cidadão brasileiro, e também estrangeiro residente no País.

Nesse sentido, só após haver uma sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, que não cabe mais recurso, poderia então o acusado ser considerado culpado, e com isso ser-lhe imposto a pena referente ao delito cometido.

A presunção de inocência é, dentre outras, uma prerrogativa constitucional essencial, devido ao fato de ser através dela que o cidadão acusado deixa de ser um simples objeto processual, tornando-se, então, um sujeito de direitos face ao processo. De outro lado, nosso direito processual prevê algumas possibilidades de se restringir a liberdade ambulatorial do acusado, sendo essas, situações excepcionais, que irão ocorrer quando ele ainda não teve uma sentença definitiva o condenando. Um exemplo dessas possibilidades é a prisão cautelar, uma medida de privar o acusado de sua liberdade antes que haja uma decisão o condenando que não caiba mais recurso.

Como há nesse caso uma legalidade das duas normas, uma com previsão expressa na Carta Maior de 1988 e a outra na legislação federal e perfeitamente em conformidade com os ditames estabelecidos naquela que é a base do nosso ordenamento jurídico, não se pode deixar de cogitar um possível conflito das duas normas, mesmo que aparentemente, devido ao fato de serem princípios da Constituição Federal, quais sejam, liberdade pessoal e presunção de inocência.

É muito discutido sobre a constitucionalidade das prisões cautelares, haja vista ter a previsão Constitucional sobre a presunção de inocência, noutro lado, há também muitos defensores dessas medidas dizendo serem excepcionais e terem o dever de obedecerem ao binômio necessidade/fundamentação.

Ocorre que essa situação não deve ser analisada apenas nos fundamentos acima expostos ou em uma ou outra corrente, mas, em uma ponderação de valores, devido ao fato de vivermos em um Estado em que nenhum direito é absoluto, devendo então ser feito uma valoração dos princípios, com isso, por todo direito ser relativo, deve-se fazer uma análise minuciosa sobre cada caso para ver se é conveniente se aplicar uma medida extraordinária, que são as prisões processuais, ou se deve-se manter a prioridade face ao princípio da presunção de inocência previsto na Constituição Federal de 1988.

O objetivo do trabalho é realizar uma abordagem específica de o que seria a presunção de inocência, seu status de direito fundamental, seu contexto histórico, sua origem, como ela é hoje, sua previsão na Lei Maior de 1988, no nosso Código de Processo Penal de 1941, e outros diplomas legais. Será também nesse capítulo abordado como seria uma possível colisão de princípios constitucionais ou gerais com a ponderação de valores e como seria caso houvesse um real conflito entre o princípio da presunção de inocência e as prisões processuais.

Também tem como objetivo explicar a regulamentação e as espécies de prisão, suas espécies, dentre elas, a prisão cautelar. Para isso será usado a doutrina jurídica nacional para conceituar cada uma das espécies de prisão e suas peculiaridades, trazendo também posicionamentos jurisprudenciais sobre o tema em tela, as aplicações das penas pelos tribunais e alguns casos em que é abordado o princípio da presunção de inocência, contento também os requisitos para a decretação dessas prisões processuais no curso do processo penal.

Além disso, será abordado as problemáticas da presunção de inocência na prática jurídica brasileira, na sua aplicação no dia a dia, momentos em que ela estaria sendo violada pelas prisões processuais, por exemplo. Será também ponderado os entendimentos dos Tribunais do nosso país acerca dos requisitos da prisão cautelar e também em outras modalidades de prisões não definitivas.

Ao final do trabalho realizar-se-á uma abordagem comparativa entre os dois temas, leia-se, presunção de inocência no processo penal brasileiro e as prisões cautelares, para sabermos se há a possibilidade de ser pacífico a aplicação prática desses dois preceitos, ou seja, se não haveria problemas de conflitos entre ambos, se há uma coexistência pacífica entre eles. Finalizaremos

então o presente com a demonstração de decisões recentes dos Tribunais Superiores Nacionais (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), e também qual o caminho estas Cortes Superiores estão tomando face a essa problemática.

Existe a incompatibilidade entre as prisões processuais e o princípio da presunção de inocência? Quando é decretada umas das espécies de prisões processuais estaria sendo ferido o princípio da presunção de inocência? É possível a aplicabilidade pacífica entre os institutos das prisões processuais e o princípio da presunção de inocência?

Esse trabalho objetiva, especificamente, dirimir as dúvidas provenientes das indagações acima feitas. Outrossim, objetiva, de uma forma mais geral propiciar uma melhor compreensão desse tema, mostrando suas peculiaridades e os requisitos para a aplicação das prisões cautelares e também para se afastar a possibilidade delas e do princípio em tela.

Esse trabalho se justifica pelo motivo de ainda haver algumas dúvidas sobre a constitucionalidade das prisões processuais e sua compatibilidade com o princípio da presunção de inocência consagrado na Carta Maior de 1988. Também pelas decisões recentes dos tribunais brasileiros, de uma forma geral, divergentes sobre o tema, em casos admitindo a prisão e alguns outros não. Pelas decisões das Cortes Superiores no sentido de tentar dirimir essa dúvida, tentando estabelecer um entendimento único para pacificar as jurisprudências nacionais e assim sanar tais dúvidas.

2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

2.1. Os Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi promulgada em 05 de outubro do ano de 1988, também conhecida como a “Constituição Cidadã”, a Lei Maior entrou em vigor após um período em que o Brasil viveu uma ditadura militar desde o ano de 1964. Com a entrada em vigor do referido diploma legal, se estabeleceu no nosso País o estado democrático de direito, ou seja, um Estado em que o povo é quem escolhe seus governantes e representantes através das eleições e do voto.

A nossa Constituição Federal tem alguns objetivos que são, em tese, os pilares na nação planejada por ela, ou seja, uma nação mais justa, igualitária, desenvolvida, etc. Com isso, a Magna Carta traça explicitamente os objetivos que se tinham e tem com relação a nosso país. Tal previsão vem exposta no art. 3º, conforme se segue *ipsis litteris*:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II- garantir o desenvolvimento nacional;
- III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 2016).

Como notamos, a nossa Constituição Federal traça diversos objetivos fundamentais a serem seguidos pelas autoridades do nosso país, com o intuito de desenvolver e progredir a nação brasileira. Fixados os objetivos, os diversos capítulos contidos no corpo da nossa Lei Maior passam a estabelecer regras que viabilizem o seu fiel cumprimento (MORAES, 2014).

Tais direitos fundamentais estão divididos pela Constituição Federal, tendo um título relativos aos Direitos e Garantias Fundamentais, título esse o Título II. Neste título há 5 subdivisões em capítulos sobre cada espécie de direitos e garantias fundamentais no referido diploma legal.

No capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), no art. 5º da CF/88 e seus LXXVIII incisos, sendo, como podemos ver, um artigo bastante extenso pois trata-se esse artigo de matéria de cláusula pétrea (matérias que não podem ser excluídas ou revogadas dessa Constituição, exceto em caso de estabelecer-se uma nova ordem constitucional, ou seja, com a criação de uma nova Constituição).

O art. 5º prevê algumas das coisas mais importantes regras de nosso sistema, ou seja, previsões de igualdades, dentre outras. Por exemplo, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo ao cidadão brasileiro e também aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos estabelecidos em seus incisos.

Já o Capítulo II trata dos Direitos Sociais, entre outras previsões contidas no corpo de tal capítulo, traz a garantia à saúde, alimentação, trabalho, moradia,

entre outros. Todos estes no art. 6º. As demais explanações constitucionais sobre os Direitos Sociais estão nos artigos seguintes ao art. 6º, ou seja, tais previsões vão do referido artigo até o art. 11 onde termina tal capítulo.

O Capítulo III vem tratando sobre as questões de nacionalidade, dizendo-nos quem são os brasileiros natos, quem são os naturalizados, hipóteses de perca da nacionalidade brasileira, e também, trazendo em corpo, mais especificamente em seu art. 13, o idioma oficial da República Federativa do Brasil, por óbvio, a língua portuguesa.

O Capítulo IV sobre os Direitos Políticos, e por fim, o Capítulo V, que trata dos Partidos Políticos. Todas estas matérias estão previstas na Constituição Federal de 1988 na parte que diz respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão.

Na visão de Canotilho (1993. *Apud.* Moraes, 2014, p. 28), os direitos fundamentais exercem a função de direitos de defesa do cidadão sob uma dupla concepção, sendo a primeira o fato de eles constituírem, objetivamente, normas de alcada negativa para os poderes públicos, impedindo interferências deles na esfera jurídico individual. A segunda se trata de elas implicarem, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer os direitos fundamentais e de exigir omissões do poder público com o intuito de evitar agressões lesivas por sua parte.

Contudo, deve-se ter em mente que os direitos humanos fundamentais, entre eles, os direitos e garantias previsto no art. 5º da Constituição Federal, artigo esse que é todo cláusula pétrea. Entretanto, não devem esses direitos serem usados como uma escusa para práticas ilícitas, ou seja, não deve ser tido como uma proteção para a prática de atos ilícitos, nem mesmo, ainda, para o afastamento ou até mesmo a diminuição de uma responsabilidade civil ou penal do praticante do ato ilegal. Caso isso ocorresse, estaríamos indo em sentido contrário ao verdadeiro Estado de Direito (MORAES, 2014, p. 30).

Alexandre de Moraes (2014, p. 30) nos ensina que os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Maior não são ilimitados, como também não é qualquer outro direito, havendo exceções para todos, ou seja, particularidades momentâneas em que será permitido a supressão de qualquer direito, inclusive o direito à vida, então devido a isso, esses direitos e garantias fundamentais encontram seus limites nos demais direitos igualmente previstos na Constituição

Federal, conforme diz o princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas.

Com isso, quando detectar-se um atrito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, deverá o interpretador na norma valer-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, com o intuito de combinar os bens jurídicos em conflito, visando o não sacrifício literal de uns face a outros, realizando uma subtração simétrica da alçada de cada qual, buscando sempre o real significado da norma e da harmonia do texto constitucional juntamente com sua finalidade primária (MORAES, 2014, p. 30-31).

Segundo Quiroga Lavié (1993. *Apud*. Moraes, 2014, p. 31), os direitos fundamentais nasceram para diminuir a ação do Estado pelos limites determinados pela Carta Magna, sem desconhecer, contudo, a subordinação do cidadão face ao Estado, como precaução de que operem dentro do limite determinado pelo direito.

A Declaração De Direito Humanos das Nações Unidas, expressamente em seu art. 29 nos mostra que todas as pessoas têm seus deveres para com a comunidade, devido ao fato de que é nela em o cidadão poderá desenvolver-se de forma livre e plena com relação a sua personalidade, diz o artigo que

toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei como a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos humanos e liberdade dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamadas nessa Declaração. (ONU, 1948).

Ou seja, a própria Declaração de Direitos Humanos estabelece que o ser humano tem suas obrigações com a comunidade na qual habita, por ser ela imprescindível para o seu próprio desenvolvimento. Dizendo, inclusive, que as pessoas estão sujeitas as limitações impostas pela legislação, pois sem essas limitações as chances de uma pessoa passar a infringir a liberdade e os direitos

do demais é quiçá significativa. Sobre tudo, tem a intenção de estabelecer o bem-estar de uma sociedade democrática, claro, respeitando todo o já exposto.

2.2. Princípio da Presunção de Inocência e seus desdobramentos legais

Nas palavras de Paulo Rangel (2015, p. 23), o princípio da presunção de inocência teve seu principal marco no século XVIII, quando surgiu na Europa Ocidental a necessidade de se protestar contra o sistema do processo penal inquisitório que era o existente na época.

Com a atividade de tal sistema inquisitório, surgiu então a necessidade de garantecer o cidadão das arbitrariedades do Estado, que independentemente do preço, queria que o cidadão fosse condenado, sendo ele, nesses casos, presumidamente culpado (RANGEL, 2015, p. 24).

Foi nessa época então que o processo penal europeu passou a abandonar a influência do sistema inquisitório, e, com isso, passou a influenciar-se pelo sistema acusatório que veio com maiores proteções a respeito da inocência do acusando (VILELA, Alexandra. 2000, p. 29-36. *Apud. RANGEL, 2015, p. 24.*).

Segundo Paulo Rangel (2015, p. 24), foi então com a Revolução Francesa que nasceu o diploma protetor dos direitos e garantias fundamentais do homem, a famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que traz no teor de seu art. 9º:

“Art. 9º. Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar a sua prisão: todo rigor desnecessário empregado para a efetuar, deve ser reprimido pela lei. ”

O princípio da presunção de inocência é originário da Declaração Dos Direitos do Homem e do Cidadão, esse princípio ganhou repercussão universal com a Declaração dos Direitos Humanos, da ONU, no ano de 1948, prevendo assim em seu art. 11:

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para a sua defesa”.

Nos dias atuais, o Princípio da Presunção de inocência encontra-se previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e tem como anseio resguardar a inocência a qual todo acusado encontra-se antes da

prolação de uma sentença penal condenatória, sendo necessário, ainda, que esta tenha transitado em julgado, direito esse um direito humano e fundamental de liberdade e dignidade garantido no art. 5º, inciso LVII da CF/88 (Constituição Federal de 1988).

Deste princípio decorrem duas regras, a regra probatória ou de juízo, que é o fato do ônus da prova caber à acusação e a regra de tratamento, que é a permanência do estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença.

Como dito acima, o referido princípio tem o objetivo de assegurar a liberdade ambulatorial do cidadão, garantindo-lhe a liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, até que não caiba mais recurso em determinada ação processual penal, o acusado não poderá ser considerado culpado, isto devido ao princípio da presunção de inocência previsto na nossa Carta Magna de 1988, conforme disposição do art. 5º, inciso LVII, que diz:
art. 5º [...].

LVII. ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 2016).

Segundo Tourinho Filho (2015, p. 73), o princípio da presunção de inocência representa uma consolidação do *due process of law* (devido processo legal), sendo assim um ato de fé no valor ético que as pessoas possuem, valor esse próprio de uma sociedade livre. Nas palavras do doutrinador, o referido princípio remonta ao art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26 de agosto de 1789, e que tem suas raízes ligadas ao movimento filosófico-humanitário chamado “iluminismo”.

Como vemos, a ideia do princípio é assegurar que o indivíduo tenha sua liberdade garantida até que fique definitivamente condenado, e já que o homem é presumidamente inocente, a sua prisão antes de transitada em julgado a sentença penal condenatória caracterizaria uma antecipação da pena, e como ninguém pode ser antecipadamente punido, antes de definitivamente condenado, estaria a se ferir o referido princípio. (TOURINHO FILHO, 2015, p. 73).

Segundo Moraes (2014, p.123), o princípio da presunção de inocência é um dos pilares do Estado de Direito, sendo ele uma garantia processual penal que visa a proteção da liberdade pessoal. Nesse sentido, existe uma necessidade de o Estado provar a culpa do acusado, que, segundo a

Constituição Federal, é presumidamente inocente, e caso essa comprovação não ocorra, estaríamos regredindo ao período em que o estado era arbitrário, período esse em que se permitia o afastamento de direitos e garantias fundamentais e a imposição de punições sem o devido processo legal e uma decisão do órgão competente.

No entendimento de Eugênio Pacelli (2014, p. 48), o estado de inocência proporcionado pelo princípio da presunção de inocência, tem por intuito proibir que sejam antecipados os efeitos e os resultados finais que se teria o processo, ou seja, a prisão do acusado (obviamente quando considerado culpado), quando uma decisão sem qualquer fundamentação jurídica, e também em razão de necessidade extraordinária, estivessem ligadas à efetiva tutela da efetividade do processo, ou ainda, da realização da jurisdição penal propriamente dita.

Exceções ao princípio poderão ocorrer, não havendo, devido a isso, qualquer ocorrência que cause descrédito aos pensamentos garantistas, como se comprova ao redor do mundo no direito comparado. Em algumas situações e contextos completamente extraordinários. Afinal de contas, o Direito é regra, contudo, também é composto de exceções (PACELLI, 2014, p. 49).

O Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 traz algumas hipóteses em que haverá a restrição da liberdade do acusado por meio de medidas cautelares que devem seguir um critério rigoroso para que sejam aplicadas, e esses critérios estão previstos no Título IX “Das Prisões, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória”, Capítulo I, art. 282 e seus incisos.

Art. 282. As medidas cautelares previstas nesse 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.
[...] (BRASIL, 2016).

Com essa disposição do nosso sistema processual penal brasileiro podemos ver que em alguns casos e atendendo alguns requisitos poderão ser admitidas a restrição de liberdade do cidadão indiciado ou acusado, no entanto, para garantir o bom transcorrer da ação penal, evitando obstruções da lei e até mesmo que o referido indivíduo pratique outros atos delituosos no trâmite daquela ação penal que tramita a seu desfavor.

O Código de Processo Penal, no Título IX, capítulo III, art. 312 prevê que poderá ser decretada a prisão preventiva do indiciado ou acusado quando o crime por ele cometido tiver relação com as situações no referido artigo descritas, diz o referido artigo:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da penal, quando houver prova de existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das outras medidas cautelares (art. 282, §4º). (BRASIL, 2016).

Ante o exposto, podemos notar que existem algumas situações em que podem ser utilizadas medidas que restrinjam a liberdade do indivíduo, em especial, se o crime por ele supostamente cometido for crime da natureza descrita no art. 312 do CPP (Código de Processo Penal), por exemplo, crimes contra a ordem econômica.

3. PRISÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.1 Definição

Nas palavras de Fernando Capez (2015, p. 307), a prisão nada mais é do que uma restrição à liberdade ambulatorial do cidadão, privação essa ocorrida em virtude de ocorrência de flagrante delito ou por determinação escrita e fundamentada da autoridade judiciária, ocorrendo sentença condenatória passada em julgado, ou, durante a fase de investigação ou do processo, na modalidade de prisão temporária ou preventiva.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p. 644), diz também que a prisão é uma medida que priva o cidadão de sua liberdade ambulatória. Em suas palavras, “podem definir a prisão como a privação mais ou menos intensa, da liberdade ambulatória”. Ou seja, a prisão é uma medida extraordinária que se destina a privar determinada pessoa de sua liberdade de locomoção.

A prisão, então, é a privação da liberdade, impedindo o cidadão de exercer o direito e ir e vir, por meio do recolhimento da pessoa ao cárcere. Contudo, não se distingue, no que tange a esse conceito, a prisão provisória, que é aquela que se aguarda a ocorrência da instrução criminal, daquela que é resultado de um cumprimento de pena (NUCCI, 2014, p. 519).

Ao mesmo tempo que o Código de Processo Penal trata a prisão resultante de uma condenação, trazendo suas espécies, formas de serem cumpridas, e ainda os regimes de abrigo do condenado, ele também cuida da prisão provisória e da cautelar, destinadas, estas, a perdurar, quando necessário, até o fim do processo, ou seja, com a sentença penal condenatória transitada em julgado (NUCCI, 2014, p. 519).

Neste sentido, o Código de Processo Penal Brasileiro, em seu art. 283, *caput*, vem nos dizendo que ninguém poderá ser privado de sua liberdade senão em flagrante delito ou em virtude de determinação judicial escrita e fundamentada emanada da autoridade judicial nos casos de existência de sentença penal condenatória transitada em julgado, ou também durante a investigação ou processo, a título de prisão temporária ou preventiva (BRASIL, 2016).

Além das situações de flagrante delito e também de ordem judicial escrita e fundamentada, em um documento denominado mandado, a Constituição Federal de 1988 autoriza a privação da liberdade nos seguintes casos: crime militar próprio, definido em lei, ou infração disciplinar; durante estado de sítio que é um período excepcional. Além desses casos, há também a hipótese de prisão que independe de ordem judicial para que seja realizada, prisão essa a que ocorre em caso de recaptura de réu foragido, essa prisão poderá ser realizada por qualquer pessoa, conforme disposição do art. 684 do CPP (CAPEZ, 2015, p. 307).

3.2. Das formalidades da prisão

Para que seja realizada a prisão de uma pessoa é necessário que se atendam algumas regras gerais para que ocorra a realização desta. A primeira, e de maior relevância, é imprescindibilidade de um mandado de prisão proferido pela autoridade judiciária competente, devidamente fundamentado e passado a termo, conforme previsão do art. 283, *caput*, do Código de Processo Penal de 194. Em caráter excepcional é admitido a formalização de prisão por ato administrativo, como é o caso do flagrante delito (NUCCI, 2014, p. 522).

Não há uma necessidade de fixação de dia e hora para que seja efetuado a prisão de alguém, quando exista uma ordem judicial para a execução de tal ato. Se a prisão é de natureza cautelar e é indispensável, não seria cabível a

fixação de momentos especiais para tal feito. Desse modo, onde quer que seja encontrado o procurado, deve ser ele regularmente preso (NUCCI, 2014, p. 522).

No entanto, existe uma exceção para a prática do ato da prisão. Essa exceção fica por conta da previsão constitucional sobre a inviolabilidade do domicílio, conforme dispõe o art. 283, § 2º do CPP, e também o art. 5º, inciso XI da Carta Maior de 1988.

Segundo o art. 5º, inciso XI da Constituição Federal, “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (BRASIL, 2016). Dessa forma, em se tratando de situação de flagrante, a qualquer um é permitido invadir o domicílio, de dia ou de noite, para que seja efetuada a prisão do meliante. A palavra “delito” usada pela Carta Magna no artigo acima mencionado, pode ser interpretado de forma extensiva, para abranger, também, as contravenções penais (NUCCI, 2014, p. 523).

O emprego da força na realização de uma prisão é sempre uma exceção, nunca uma regra, conforme estipula o art. 284 do Código de Processo Penal. Deverá ser usado da ‘violência’ quando for indispensável para conter uma eventual resistência ou tentativa de empreendimento de fuga. Contudo, não é permitido, em nenhuma hipótese, o uso da violência extrema, que possa consistir na morte do procurado, e, caso isto ocorre, será impossível a invocação da excludente de ilicitude de estrito cumprimento do dever legal. Contudo, se o preso resistir de forma a investir-se contra os policiais, estes poderão alegar legítima defesa, nessa hipótese, comprovada necessidade, poderão até ceifar a vida do agressor (NUCCI, 2014, p. 525).

Desta feita, o mandado de prisão deverá ser formalizado da maneira estipulada pelo art. 285.

Art. 285. A autoridade que ordenar a prisão fará expedir o respectivo mandado.

Parágrafo único. O mandado de prisão:

- a) será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade;
- b) designará a pessoa, que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos;
- c) mencionará a infração penal que motivar a prisão;
- d) declarará o valor da fiança arbitrada, quando afiançável a infração;

e) será dirigido a quem tiver qualidade para dar-lhe execução (BRASIL, 2016).

Deverá ainda o mandado ser expedido em duas vias devidamente assinada pela autoridade judiciária, pois uma dessas vias ficará com o preso, contendo dia, hora e lugar do cumprimento do referido instrumento. Ademais, deve o preso passar recibo no outro mandado, no entanto, quando recusar-se ou não souber assinar ou, ainda, estiver impossibilidade de fazê-lo, tal situação será mencionada em apartado, contendo a assinatura, no termo, de duas testemunhas, conforme determina o art. 286, CPP (NUCCI, 2014, p. 526).

Em alguns casos excepcionais é autorizado a prisão de um cidadão sem a exibição imediata do mandado de prisão, como é o caso da prisão por infração inafiançável, contudo, o preso deverá ser de pronto remetido a presença do juiz que tiver expedido o mandado, conforme disposição do art. 287 do CPP

3.3 Tipos de Prisão

Segundo Fernando Capez (2015, p. 307), as espécies de prisão são: a) prisão-pena ou prisão penal; b) prisão sem pena ou prisão processual; c) prisão civil; d) prisão administrativa; e) prisão disciplinar, e, por fim, prisão para averiguação.

A prisão-pena ou prisão penal é aquela imposta em virtude de sentença penal condenatória passada em julgado, ou seja, se trata de privação da liberdade determinada com o intuito de executar decisão judicial, após o devido processo legal, que se determinou que seja cumprida a pena privativa da liberdade. Essa modalidade não tem finalidade cautelar, tampouco natureza processual. Trata-se de medida única e exclusivamente com um intuito de satisfação da pretensão executória da pena por parte do Estado por um delito praticado (CAPEZ, 2015, p. 307).

A prisão sem pena, como seu próprio nome já diz, não acontece em decorrência de uma condenação. Essa espécie de prisão tem natureza exclusivamente processual, com intuito cautelar, que se destina a garantir o bom desenrolar da investigação criminal, do processo penal ou da futura execução de pena, ou ainda, impedir que o sujeito continue a praticar delitos enquanto em liberdade (CAPEZ, 2015, p. 307).

Essa pena é imposta para garantir que o processo atinja seus almejos, ela tem caráter auxiliar e razão de viabilizar a correta e eficaz persecução penal. Para a sua decretação, faz-se necessário que se atenda aos pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Existem casos em que não se pode aguardar o término do processo para que seja privado, o sujeito, de sua liberdade de locomoção, pois existe o perigo de que tal demora permita-lhe a prática de novos delitos, que atrapalhe a produção de provas, desapareça, etc. Caso isso ocorra, irá impossibilitar a futura execução da pena (CAPEZ, 2015, p. 307).

A prisão civil é uma modalidade de prisão que permitia a prisão do depositário infiel, ou seja, o inadimplente. O *Pacto de San José da Costa Rica* e a EC n. 45/2004: A prisão do depositário infiel ficou proibida com o *Pacto de San José da Costa Rica*, contudo, tal modalidade de prisão era permitida pelo art. 5º, LVII, da CF/88, devido a isso, houve muita discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a hierarquia das normas, ou seja, qual delas seriam aplicadas, qual seria a superior. Resolvendo essa discussão, o advento da EC n. 45/2004 incrementou ao art. 5º da Constituição Federal o § 3º, segundo este “os tratados e convenções internacionais sobre direito humano que foram aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, serão equivalentes às emendas constitucionais” (CAPEZ, 2015, p. 308).

Com isso, foi aprovado o referido Pacto no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27 de 25-9-1992, e promulgada pelo Decreto n. 678 de 6-11-1992. Em seu art. 7º o Pacto passou a vedar a prisão civil do depositário infiel, somente sendo permitido na hipótese de dívida a título de alimentos (CAPEZ, 2015, p. 309).

A prisão administrativa é aquela decretada por autoridade administrativa para compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação. Contudo, essa modalidade de prisão foi extinta pela atual Constituição Federal. O art. 319 do CPP não foi recepcionado pelo art.5º, LXI e LXVII, da CF. Lado outro, o Supremo Tribunal Federal já teve entendimento no sentido de ainda caber prisão administrativa do estrangeiro, no período do processo de extradição previsto na Lei nº 6815/80, contudo, deve essa prisão ser decretada pela autoridade judicial (CAPEZ, 2015, p. 311).

Sobre a prisão disciplinar, Fernando Capez (2015, p. 311) nos ensina que essa é permitida pela Ordem Constitucional vigente, para os casos de

transgressões disciplinares militares e, também, crimes militares, conforme dispõe o art. 5º, LXI da Constituição Federal de 1988.

Por fim, Fernando Capez (2015, p. 311) vem nos ensinar do que se trata a prisão para a averiguação. Em suas palavras, ela é uma maneira de “privação momentânea da liberdade, fora das hipóteses de flagrante e sem ordem escrita do juiz competente”. Segundo o autor, além de essa modalidade de prisão ser completamente inconstitucional, ela configura hipótese de crime de abuso de autoridade, conforme disposição do art. 3, alínea “a” e “i” da Lei nº 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade).

4 DAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL

Existem no processo penal a figura das medidas cautelares, que são espécies de prisões que ocorrem antes de uma sentença penal condenatória passada em julgado.

São seis as modalidades de prisões cautelares, quais sejam: a) prisão em flagrante; b) prisão temporária; c) prisão preventiva; d) prisão em decorrência da pronuncia; e) prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível, e por fim, f) a condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia (NUCCI, 2014, p. 520).

4.1 Das prisões em flagrante

No entendimento de Tourinho Filho (2013), a prisão em flagrante delito é aquela em que o cidadão é surpreendido no exato momento em que ele consuma a infração penal. No entendimento do autor, tal modalidade de prisão se justifica pela sua necessária providência com intuito de resguardar a prova da materialidade do fato, bem como da respectiva autoria do mesmo.

Salienta-o que se no momento do flagrante por existir uma grande possibilidade, evidência probatória quanto ao fato cometido, assim como a sua autoria, é justificável que se faça a detenção do indivíduo surpreendido cometendo determinado crime, com o intuito de a autoridade competente possa constatar a realidade fática, colhendo, com celeridade, a prova da ocorrência de um fato típico.

Na visão de Fernando Capez (2014, p. 320), a prisão em flagrante é uma medida restritiva da liberdade do agente, que possui natureza cautelar e

processual consistente na prisão, sem a necessidade de existência de uma ordem por escrito da autoridade judiciária competente, de um cidadão que é surpreendido no momento em que pratica determinada atividade delituosa, ou ainda, logo após o cometimento de tal atividade, seja um crime, seja uma contravenção penal.

4.2 Da prisão temporária

Na concepção de Fernando Capez (2014, p. 348), a prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar que possui natureza processual designada a garantir as investigações referentes a crimes graves no curso da investigação policial, ou seja, durante o inquérito.

Segundo Tourinho Filho (2013, p. 681) a prisão temporária, paralela à prisão em flagrante e à prisão preventiva (trataremos adiante sobre essa modalidade) e também da domiciliar (também a ser tratada adiante), foi instituída pela Ordem Constitucional de 1988 substituindo a prisão para averiguações de ominosa memória.

Essa modalidade de prisão somente é permitida com a decretação pela autoridade judiciária competente, desde que requerido pela Autoridade Policial ou ainda, pelo Representante do Ministério Público. Ela tem prazo estipulado e esse prazo não poderá exceder a 05 dias, sendo esse período passível de prorrogável uma única vez pelo mesmo período, claro, em casos de extrema necessidade e sendo imperativa a comprovação de sua necessidade. (Tourinho Filho, 2013, p. 681).

A prisão temporária foi criada pela Medida Provisória nº 111 de 24 de novembro de 1989, vindo a se tornar a Lei nº 7.960/1989. Tal modalidade pode ser decretada nas situações trazidas pelo art. 1º da Lei 7.969/1989, quais sejam, *in verbis*:

Art. 1.º 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:
[...]. (BRASIL, 1989).

No posicionamento de Tourinho Filho e Júlio Mirabete (*Apud. Fernando Capez, 2014. p. 348*), a prisão temporária poderia ser decretada em qualquer das três hipóteses elencadas no dispositivo legal citado acima, sendo requisitos alternativos, ou seja, ou um, ou outro. Já Antonio Scarance Fernandes (*Apud. Fernando Capez, 2014, p. 348*) vai em sentido contrário dizendo que só é admissível a prisão temporária caso presentes os três casos previstos na legislação, ou seja, seriam requisitos cumulativos.

Tourinho Filho (2013, p. 682) em sua obra diz que a exigência de “fundadas razões” é substancial, pois entende não existir caráter cautelar em caso de inexistência de tais razões. Ainda, segundo o autor, deve a prisão temporária, uma vez decretada, restringir-se a infrações graves, única e exclusivamente, quando for vital às inquirições policiais, e, ainda, que haja prova de materialidade do delito e indícios suficientes da autoria.

No entendimento de Fernando Capez (2014, p. 349), a prisão temporária só deve ser decretada nos casos de crimes em que a legislação admite a detenção do indivíduo. Nesse sentido, o autor entende que para ser decretada a medida, o agente deve ser considerado suspeito ou indiciado por um dos delitos elencados na legislação (art. 1º da Lei 7.960/89), e mais, devem estar, ainda, presentes pelo menos um dos requisitos que demonstram o *periculum in mora*. Caso contrário, não é admitido a prisão provisória do cidadão.

A prisão temporária tem o seguinte procedimento, tal medida deve ser por representação da autoridade policial, ou então por requisição do Representante do Ministério Público, sendo vedada a sua decretação de ofício pelo Magistrado. Na hipótese de representação da Autoridade policial, o Juiz deverá ouvir o Ministério Público sobre tal medida, tendo o prazo de 24 horas, a contar da requisição ou representação, para decidir sobre a medida, de maneira fundamentada (CAPEZ, 2014, p. 350).

O mandado de prisão temporária deverá ser expedido em duas vias, sendo que uma delas deverá ser entregue às mãos do indiciado. Confirmando-se a prisão, deverá a autoridade policial comunicar ao preso que ele possui o direito de permanecer em silêncio, direito esse garantido pela Carta Maior de 1988. Decretada a prisão, é facultado ao Magistrado exigir que o preso lhe seja apresentado, solicitar informação da autoridade policial, ou, ainda, submeter o preso a exame de corpo de delito (CAPEZ, 2014, p. 350).

Como já dito, o prazo da prisão provisória é de no máximo 5 dias, sendo permitido a prorrogação, uma única vez, pelo mesmo prazo. Decorrido esse período, o preso deverá ser colocado em liberdade de imediato, desde que não tenha sido decretada a sua prisão preventiva, caso contrário, restaria configurado crime de abuso de autoridade, conforme a Lei nº 4.898/65, art. 4º, alínea “i”. Cabe ressaltar ainda que o preso temporário deve ser mantido separado dos demais detentos (CAPEZ, 2014, p. 350).

4.3 Da prisão preventiva

Fernando Capez (2014, p. 335) conceitua essa modalidade de prisão entendendo ser ela uma modalidade de prisão processual com natureza cautelar que é decretada pelo Magistrado em qualquer fase da investigação policial, ou até mesmo no curso do processo penal, claro, antes do trânsito em julgado da decisão. Contudo, devem ser preenchidos os requisitos exigidos pela legislação e estarem presentes, ainda, os motivos plausíveis que autorizam tal medida.

Na visão de Tourinho Filho (2013, p. 683), essa modalidade é uma espécie componente do gênero “prisão cautelar de natureza processual”. Segundo ele, é a medida restritiva da liberdade de um indivíduo após a determinação da autoridade judiciária em qualquer momento do processo ou inquirição policial, como medida assecuratória, ou seja, com intuito de garantir futura e possível execução de pena, com a ideia de preservar a ordem pública, econômica, ou, ainda, por questão de conveniência na instrução criminal, conforme determina a legislação.

Essa medida tem um caráter excepcional por um motivo lógico, qual seja, o mal irreparável que causa àqueles declarados inocentes ao final do processo. Devido a isso, a prisão preventiva deve ser decretada somente dentro do mínimo indispensável, ou seja, raras hipóteses de decretação, por ser de incontestável necessidade, e, ainda assim, sob a necessidade de atendido os requisitos e condições de sua concessão, tendo por objetivo evitar o quanto possível a supressão da liberdade que o próprio ordenamento prega, tutela e ampara. (Tourinho Filho, 2013, p. 683).

A prisão preventiva encontra guarida no Código de Processo Penal de 1941, em seu art. 311. O presente dispositivo estabelece as hipóteses de

cabimento de tal medida, bem como os legitimados de requerer a sua aplicação. Conforme expõe tal dispositivo, *in verbis*:

Art. 311. Em qualquer fase de uma investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (BRASIL, 2016).

Vemos que o Código de Processo Penal de 1941 estabelece a possibilidade de a prisão preventiva ser decretada pelo Magistrado de ofício, no entanto, Tourinho Filho (2013, p. 684) entende que compete ao Ministério, e tão somente a ele, além de instituir a ação penal, atuar na parte acusatória como um todo, tanto na deflagração da ação quanto das cautelares que embasam o processo penal. Entende o autor que no momento em que o Juiz de decreta a prisão preventiva de ofício estaria ele invadindo a competência do acusador, danificando a imparcialidade que deve moldar o processo penal por parte do Juiz, competindo a esse simplesmente julgar.

Na visão de Fernando Capez (2014, p. 335), a prisão preventiva é uma modalidade de prisão provisória, tanto como é a prisão em flagrante e a temporária. Entende ele se tratar de uma modalidade de medida cautelar que tem por objetivo preservar a eficácia e confiabilidade de um eventual processo penal a qual uma demora natural possa danificar a efetividade de tal ação.

Ainda sob a ótica deste autor, entende ele que os requisitos da decretação dessa medida processual cautelar sejam a necessidade, urgência e a não suficiência de qualquer outra medida de menor gravidade, como as previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

A decretação da prisão preventiva deverá obedecer alguns requisitos estabelecidos na legislação processual penal, mais especificamente no art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) garantia de aplicação da lei penal; e, por fim, e) em caso de descumprimento das obrigações impostas por força do art. 282, §4º do CPP. (BRASIL, 2016).

4.3.1 Da garantia da ordem pública

Segundo entendimento de Fernando Capez (2014, p. 336-337), a prisão cautelar decretada tem a ideia de evitar que o agente, se solto, venha a continuar a praticar delitos, não sendo aconselhável esperar o trâmite e o encerramento do processo para que se possa, só após isso e se condenatória a decisão, retirar o indivíduo do convívio social, por estar ele pondo em risco a sociedade. É um caso de *periculum in mora*. Todavia, o clamor da sociedade, tão somente, não é motivo idôneo para a decretação da medida cautelar, sendo imprescindível a existência do *periculum in mora*.

Tourinho Filho (2013, p. 687), em sua obra, entende que a expressão “ordem pública” tem um conceito indeterminado. Segundo ele, entende-se, normalmente, por ordem pública, a paz e a tranquilidade no meio social. Desta feita, caso o agente estiver cometendo novas infrações penais, sem que haja conseguido surpreendê-lo em flagrante, fazendo apologia a crime, entre outros, haveria então a perturbação da ordem pública.

Contudo, na visão do autor, uma prisão com fulcro nesse fato não tem a mínima ligação com o processo penal, não demonstrando caráter cautelar, como se exige. Além disso, o autor argumenta no sentido de que a medida extrema fica a critério do Juiz, de sua maior ou menos sensibilidade, sobre suas concepções de coisas graves justificadoras da medida ou não, conceito sobre pessoas, religião, social, morais, políticas, que o fazem guardar relação com suas decisões, mesmo que de forma inconsciente.

4.3.2 Da garantia da ordem econômica

O art. 86 da Lei nº 8.884 de 1994 (Lei Antitruste), incluiu no art. 312 do Código de Processo Penal tal hipótese, no entanto, segundo Fernando Capez (2014. p. 337), estaríamos diante de uma mera repetição do requisito da “garantia da ordem pública”.

Guilherme Dezem (2016. p. 324), menciona em sua obra que a jurisprudência já entendeu até mesmo que em crimes contra o patrimônio poderia haver decretação da prisão preventiva com base neste dispositivo para crime de estelionato:

"Na espécie, a prisão preventiva encontra-se suficientemente justificada na necessidade de resguardo da ordem pública. Com efeito, não a gravidade abstrata, mas, sim, o modus operandi

dos delitos evidencia a periculosidade social da acusada, que, segundo a denúncia, estaria envolvida em quadrilha dedicada à obtenção de vantagem econômica indevida em detrimento de turistas na cidade do Rio de Janeiro por meio do golpe conhecido como 'boa noite cinderela'." (STJ, HC 256.699/RJ, j. 04.04.2013, rel. Min. Og Fernandes).

No entanto, o que está contido especificamente no interior da ordem econômica e todas as suas críticas se assemelha ao já mencionado sobre a ordem pública. Entretanto, existe um aditivo que se faz necessário.

O art. 30 da Lei 7.492/1986 determina que a dimensão do dano poderá permitir a determinação da prisão preventiva. Não se trata de fundamento autônomo para a decretação da prisão preventiva e há até mesmo quem o considere inconstitucional por ausência de cautelaridade. (DEZEM, 2016, p. 324).

4.3.3 Conveniência da instrução criminal

Segundo Fernando Capez (2014, p. 337), visa evitar que o indiciado obste a produção de provas, seja por qualquer meio empregado. Fica evidente, nesse caso, a ocorrência do *perículum in mora*, haja vista tornar-se muito mais difícil a chegada a verdade real, ou até mesmo a tornando impossível, caso o réu permaneça em liberdade até a conclusão do processo. O autor ainda faz uma observação no sentido de que embora a legislação processual penal utilize a expressão “conveniência” em seu texto, tal expressão deve ser interpretada como “necessidade”, haja vista o caráter excepcional da prisão preventiva, conforme menciona o art. 282, § 6º do Código de Processo Penal.

Nessa mesma rota vai Tourinho Filho (2013, p. 689-690) quando diz que no caso de o indiciado estiver afugentando testemunhas, subornando pessoas capazes de levar a conhecimento do juiz a verdade dos fatos, ameaçando vítimas, e assim por diante, torna-se claro que é necessário o emprego da cautelar de prisão preventiva, pois, do contrário, não poderá o Magistrado colher provas seguras e elementos decisórios necessários ao julgamento do litígio penal.

4.3.4 Da garantia da aplicação da lei penal

No caso em que haja a possibilidade de fuga iminente do agente do distrito ao qual ocorreu o delito, dificultando com isso uma eventual execução penal,

haverá a necessidade de utilização da prisão preventiva. Além disso, se o acusado não possuir residência fixa, ocupação lícita, ou qualquer outra coisa que o possa manter no local no crime, estaríamos diante de uma potencial fuga do meliante, e devido a isso, dificultar a eficácia da futura decisão do fato delituoso. (CAPEZ, 2014, p. 337).

É notório que se o acusado está se livrando de seus bens de raiz, sem qualquer motivo, sendo indiferente a vida dele no local da persecução penal, a medida cautelar da prisão preventiva se faz imperativa, evitando então o *periculum libertatis*, garantindo com isso a aplicação da legislação penal. (Tourinho Filho, 2013, p. 690).

4.3.5 Do descumprimento da medida cautelar

O art. 282, § 4º do Código de Processo Penal prevê que na ocorrência de descumprimento de qualquer das medidas cautelares evidenciadas no art. 319 do Código de Processo Penal, é lícito a autoridade judiciária substituir a medida por outra, impor cumulativamente mais uma, e, em último caso, decretar a prisão preventiva, conforme previsão do art. 312, parágrafo único do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2016).

No entendimento de Fernando Capez (2014, p. 337-338), a prisão preventiva por descumprimento de medida cautelar é uma prisão preventiva “substitutiva” ou “subsidiária”, a qual deverá ser decretada em caráter excepcional a ser aplicada em caso de impossibilidade de substituição de medida cautelar descumprida por outra medida menos gravosa elencada no art. 282, § 4º do CPP.

Entende o autor que essa medida é distinta da prisão preventiva concedida independentemente, por ser aplicada após a impossibilidade de outras medidas garantidoras do processo, e, devido a teimosia do agente para com o cumprimento dos deveres processuais, inevitável se torna a aplicação da prisão que se trata de uma medida extrema.

4.4 Da prisão em decorrência da pronúncia

Antes de mais nada, faz-se necessário uma pequena explanação acerca do que é a decisão de pronúncia, bem como sua natureza jurídica.

Na visão de Paulo Rangel (2015. p. 648), a decisão de pronúncia é uma espécie de decisão de natureza judicial na qual é reconhecida a admissibilidade

da acusação feita pelo Ministério Público (ou pelo ofendido, em casos excepcionais) em sua inicial penal, ou seja, denúncia, determinando, com isso, que o réu seja submetido a julgamento frente ao plenário do Tribunal do Júri, pelo conselho de sentença, que como é sabido, é constituído por jurados escolhidos entre pessoas do povo.

Segundo o autor, essa decisão tem natureza meramente declaratória, haja vista que apenas reconhece a legitimidade da acusação feita, declarando que o réu deverá ser submetido a tal julgamento pelo Júri quando demonstrado a existência de materialidade de fato (que o crime realmente aconteceu) e indícios suficientes de autoria (que há chances reais de que o réu seja o autor do delito).

O nosso Código de Processo Penal de 1941, que é o que está em vigor, traz em seu bojo as hipóteses e as regras da pronúncia do réu em seu art. 413 e seguintes.

Dispõe o art. 413 do CPP que: “Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.” (BRASIL, 2016).

No que tangue a natureza jurídica na decisão de pronúncia, como estamos diante de uma decisão que é prolatada no curso do processo penal, ao final da primeira fase deste, que como se sabe, é constituído de duas fases, sendo que a primeira é a qual é analisado pelo Magistrado a admissibilidade ou não da acusação, e como toda decisão proferida pelo Juiz pela qual ele resolve qualquer questão no curso do processo, estamos diante de uma decisão interlocutória, só que essa decisão interlocutória é uma decisão interlocutória mista não terminativa.(RANGEL, 2015, p. 648).

A decisão interlocutória mista não terminativa, na visão deste autor, tem esse nome por se tratar de uma decisão que encerra uma fase do procedimento penal, qual seja, a primeira. Salienta ele que toda vez que uma decisão judicial vier a analisar uma questão meramente incidental, não vindo a julgar o mérito da questão, findando a relação processual, tal decisão levará o nome de “decisão interlocutória mista não terminativa”.

Como a pronúncia não põe fim ao processo penal, mas sim apenas a sua primeira fase, trata-se a decisão de pronúncia de uma decisão de natureza interlocutória mista não terminativa. (RANGEL, 2015, p. 648-649).

Já analisando a prisão na decisão de pronúncia, Paulo Rangel (2015, p. 841) diz que o juiz no momento de proferir a decisão de pronúncia, fará uma verificação a respeito da necessidade de se decretar a prisão preventiva, decidindo tal questão no próprio corpo da pronúncia, devendo tal prisão ser tratada não como uma consequência da pronúncia, mas sim como uma medida preventiva.

Nesse sentido, argumenta o autor que em caso de o juiz constatar que estão ausentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva deverá ser mantido o acusado em liberdade caso assim se encontre. No entanto, na hipótese de se encontrar detido, ou preso, preventivamente, deverá ser a sua prisão revogada colocando-o em liberdade.

Desta feita, poderá o Magistrado decretar a prisão do acusado independentemente de ser ele primário e de bons antecedentes, como era exigido no passado, bastando apenas que os requisitos e motivos para a decretação da prisão preventiva encontrem-se presentes. (RANGEL, 2015, p. 649).

Explica o autor que na hipótese de haver uma denúncia, o magistrado, além de receber a mesma, verifica a presença dos motivos que autorizam a prisão preventiva. Caso não estejam presentes tais requisitos, ele irá conceder a liberdade provisória na forma do art. 321 do Código de Processo Penal. Caso se encontrem presentes os motivos autorizadores da prisão preventiva, o Magistrado irá converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, conforme art. 310, inciso II do CPP.

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código. (BRASIL, 2016).

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

[...]

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;

[...]. (BRASIL, 2016).

Segundo Paulo Rangel (2015, p. 842), o juiz tem o dever de se manifestar, de ofício ou a requerimento, quanto à possibilidade de se conceder a liberdade provisória, pois, não sendo esta admissível, deverá ser convertida a prisão em flagrante em prisão preventiva. Caso contrário deverá ser concedida a liberdade provisória. Segundo ele, por força da Lei nº 12.403/2011, o réu não deve chegar ao final do processo preso em flagrante, o que acontecia frequentemente antes do advento da referida lei.

Na visão do autor, com essa ótica que hoje é estabelecida em lei, estaria resolvido uma problemática de impedimento de concessão da liberdade provisória nos crimes de natureza hedionda, já que uma vez convertida a prisão em flagrante para prisão preventiva, no ato do recebimento da denúncia, poderá o réu, no curso do processo, caso não existam mais os motivos, ter a sua prisão preventiva revogada.

4.5 Prisão em sentença penal condenatória recorrível

A Lei n. 11.719/2008 veio trazer uma nova redação para o art. 387, parágrafo único do Código de Processo Penal tratando sobre a prisão imposta na sentença penal condenatória recorrível, acabando com a discussão que cercava a natureza jurídica dessa prisão ser de uma execução provisória da pena. (RANGEL, 2015, p. 835).

Segundo o autor, quando surgiu então a Lei 12.403/2011, foi extinto de uma vez por todas a discussão supramencionada sobre a natureza da prisão em decorrência dessa sentença, haja vista que a norma legal veio a revogar o art. 393 do Código de Processo Penal. Devido a isso, agora, prisão, na sentença, só a prisão preventiva.

Conforme dispõe o art. 387 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

O dispositivo revogado pela Lei 12.403/2011 dizia que a prisão era um efeito da sentença. Contudo, Paulo Rangel (2015, p. 835-836) não concordava com tal previsão, entendendo que se a prisão era consequência da sentença, necessitava somente que ela fosse efetivada, que houvesse a própria sentença.

No entanto, relembra ele que o direito é um sistema harmonioso de princípios e regras pois sempre se disse que diante do princípio da presunção de inocência, ninguém deveria ser levado à prisão pelo simples fato de ter sido condenado.

Nesse sentido, salienta o autor que a prisão na sentença penal condenatória ainda passível de recurso somente poderia ser imposta de forma preventiva, contudo, desde que obedecidos os requisitos e presentes os motivos determinantes a sua decretação.

Além disso, Paulo Rangel (2015, p. 836) se posiciona no sentido de que o magistrado poderá adotar, ao invés da prisão, outra medida cautelar de restrição de direitos, sendo uma das que estariam previstas no rol do art. 319 do Código de Processo Penal.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares

quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o

indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para

evitar o risco de novas infrações;

III – proibição de manter contato com pessoa determinada

quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o

indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a

permanência seja conveniente ou necessária para a

investigação ou instrução;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de

folga quando o investigado ou acusado tenha residência e

trabalho fixos;

VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade

de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio

de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII – internação provisória do acusado nos hipóteses de crimes

praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos

concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código

Penal) e houver risco de reiteração;

VIII – fiança, nas infrações que a admitam, para assegurar o

comparecimento a atos do processo, evitar a abstração do seu

andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem

judicial;

IX – monitoração eletrônica. (BRASIL, 2016).

Como é possível notar, agora o magistrado terá a prisão como medida mais gravosa e seria de restrição de liberdade e outras de grau menor de gravidade que poderão ser imputadas considerando o princípio da proporcionalidade. (RANGEL, 2015, p. 836-837).

Segundo o autor, o magistrado agora tem três opções no curso do processo, quais sejam: deixar o réu em liberdade; aplicar-lhe uma medida cautelar diversa da prisão prevista no rol do art. 319 do CPP; ou ainda, prender o réu.

Devido a isso, podemos entender que a prisão cautelar será decretada na decisão do magistrado com o intuito de garantir a efetividade da lei penal. Contudo, não se trata de uma hipótese de garantia da aplicação da lei penal que já se encontra garantida com a prolação da sentença, mas sim garantir a sua efetividade, ou seja, não basta apenas a aplicação da lei penal por parte do Estado, sendo imprescindível que a sua aplicação seja efetiva, produzindo os seus efeitos regulares. (RANGEL, 2015, p. 837).

Então, segundo Paulo Rangel (2015, p. 837), na medida em que o acusado irá se escusar a essa efetividade da lei penal, quando encontrem-se presentes os requisitos da prisão cautelar, o magistrado irá decretá-la.

O autor, também embasado no art. 387, § 2º do Código de Processo Penal, entende que o período que o acusado permanecer recluso deverá ser computado tanto para determinação de regime inicial de pena, bem como para a progressão de regime, aplicando-se o instituto da detração penal consubstanciada no art. 42 do Código Penal Brasileiro.

Tal detração, segundo o mesmo autor, é competência do juiz do conhecimento para diminuir da pena o tempo em que o acusado se encontrou preso de forma provisória, administrativa ou internado, no Brasil ou no estrangeiro. Segundo ele, a detração é a diminuição do tempo em que o acusado já estava preso, claro, antes da sentença condenatória.

Nada obstante, essa medida poderá ser adotada também pelo juiz da execução penal na hipótese de o do conhecimento não o ter realizado, conforme prevê a Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/1984) em seu art. 66, inciso III, alínea “c”.

Paulo Rangel (2015, p. 838) faz uma observação no sentido de que a Lei n. 12.736/2012 não revogou o dispositivo legal supramencionado, mas apenas conferiu ao juiz do processo de conhecimento a possibilidade de utilizar a detração penal com o intuito de melhoria da situação jurídica do réu que já se encontrava recluso o qual teria que esperar o juiz da execução decidir uma

matéria que já poderia ter sido solucionada, tratando de uma regra de economia processual.

O autor faz uma interpretação sobre a lei no momento que ela prevê em seu corpo que “para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade” ao argumento que ela diz menos do que deveria dizer, ou seja, não se deve interpretar que o magistrado poderá aplicar a detração quando estiver se tratando de regime de pena, mas sim sempre que essa detração proporcionar algum benefício ao réu condenado que, quando diminuído de sua pena o período por ele cumprido em sede de prisão provisória, acarretará benefícios penais, como por exemplo, o livramento condicional.

Nesse sentido, não é por outro motivo que há a interpretação extensiva que é quando a lei carece de amplitude, ou seja, diz menos do que ela deveria dizer, nesse instante, deverá então o intérprete analisar quais os reais limites do texto legal e dilatar sua abrangência se a matéria for conveniente ao réu.

Paulo Rangel (2015, p. 839) faz um apontamento extremamente relevante dizendo que o critério de aplicação da pena no ordenamento jurídico pátrio continua o mesmo, ou seja, trifásico. Contudo, o juiz após a aplicação da pena final, poderá, se for o caso, aplicar a detração processual penal.

Entretanto, salienta ele que essa detração processual penal não constitui uma quarta fase no critério da aplicação da pena. Devido a isso, deverá o juiz, após a aplicação da pena base, reconhecer ou não as causas atenuantes e/ou agravantes, bem como as causas de aumento e diminuição de pena e diminuir a pena pela detração processual penal.

Ainda sob sua ótica, não se trata de mais uma causa de diminuição da pena que surge na legislação, mas sim de um ato de economia processual e justiça a fim de se estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena correto diante da pena que restará a ser cumprida.

Paulo Rangel (2015, p. 840) entende que ao final, no momento em que se estabelece a quantidade de pena e o regime a serem cumpridos pelo réu, faz-se necessário que o juiz diga se o regime continua o mesmo em decorrência da detração penal e, caso haja alteração, que seja alterado em face da detração processual penal.

5 PRISÃO CAUTELAR E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência encontra previsão na Carta Maior de 1988. Com a consagração desse princípio pela Constituição Federal, iniciou-se uma discussão doutrinária e jurisprudencial sobre uma eventual colisão desse instituto que é uma garantia constitucional com as prisões cautelares do Processo Penal Brasileiro.

Tourinho Filho (2013, p. 73) fala que o princípio da presunção de inocência, enfatizando a expressão “presunção de inocência”, que não deve ser interpretada de forma literal, ao pé da letra, pois segundo ele, caso contrário fosse, não seriam tolerados os inquéritos e processos, haja vista ser impossível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente.

Nesse sentido o autor salienta que sendo o homem presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória seria uma antecipação da pena, e na sua visão, ninguém pode ser punido antecipadamente. Contudo, faz ele uma ressalva quanto a essa antecipação da medida restritiva da liberdade, que é o caso de ser ela indispensável a título de cautela processual, entendendo não haver uma incompatibilidade entre as prisões cautelares e o princípio da presunção de inocência.

A adoção desse princípio pelo legislador constituinte mostra que o próprio texto constitucional vigente admite a prisão provisória ou cautelar paralelo a qualquer princípio, haja vista ele permitir a prisão “por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (art. 5º, inciso LXI), isso sem restringir a possibilidade da medida cautelar no processo, seja no curso, durante ou ao final deste. (MACHADO, 2005. Apud. SILVA, 2012).

Ainda segundo este autor, se a presunção de inocência é um princípio constitucional, as prisões cautelares também são por estarem prevista na Ordem Constitucional de 1988, possuindo ambas a mesma hierarquia legal, podendo, por isso, conviverem de forma harmônica, não havendo, segundo ele, nenhuma restrição jurídico-constitucional às prisões provisórias em face da presunção de inocência.

Devido a isso, para a prisão cautelar se manter compatível com a garantia constitucional da presunção de inocência. Ela deve garantir a instrumentalidade, proteção e imprescindibilidade aos fins buscados pelo processo penal. E reconhecida necessidade social é que explica a convivência pacífica entre a

prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência. (BECHARA, 2005. Apud. Silva, 2012).

O Supremo Tribunal Federal, em 2010, havia exarado uma decisão do sentido de que, apesar de os recursos extraordinários não serem dotados de efeito suspensivo, inadmissível era a prisão antes da ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, *In verbis*:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. **A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.** 4. [...] 5. [...] 6. **A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, [...].** (grifo nosso). (BRASIL, 2010).

No entanto, recentemente, em 2016, o mesmo tribunal mudou seu entendimento no sentido de admitir a prisão de acusado após este ser condenado em segunda instância por decisão por maioria de votos pelo Tribunal Pleno daquela Corte, conforme decisão *in verbis*:

EMENTA : CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a

reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou a Ministra Rosa Weber. (ARE 964246 RG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe 25/11/2016). (BRASIL, 2016).

Nesse julgado, notamos que o Supremo Tribunal Federal manteve seu posicionamento no sentido de admitir a prisão após a ocorrência de condenação em sede recursal por acórdão, por decisão por maioria de votos, relatada pelo Ministro Teori Zavascki.

No entendimento de Aury Lopes Jr. (2013, p. 33), cortejando os princípios da jurisdicionalidade com a presunção de inocência, a prisão cautelar seria indiscutivelmente inconstitucional. No entanto, o pensamento clássico liberal sempre quis justificar a prisão cautelar a partir da “cruel necessidade”.

Segundo o autor, com isso, quando ela cumpre sua função instrumental-cautelar, seria ela tolerada, face a necessidade e da proporcionalidade. Contudo, infelizmente, a prisão cautelar, segundo ele, é um instituto que sofreu significativa degeneração, a qual dificilmente será resolvida com uma mera alteração da lei. O maior problema é uma questão cultural, é uma banalização de uma medida que teria o escopo de ser excepcional.

Ainda no entendimento do autor supracitado, há uma certa, porém significativa, irregularidade quanto a legitimidade ativista do juiz no curso do processo e na fase de investigação. Segundo ele, o atuar de ofício por parte do juiz (se referindo a legitimidade para decretar de ofício a prisão cautelar nos casos do art. 282 do CPP) não deve existir em qualquer fase da persecução penal. Segundo ele, não é papel do magistrado, com fulcro na Carta Maior de 1988, no princípio da inéria da jurisdição e dos postulados de imparcialidade, sair decretando prisões ou medidas cautelares de ofício, pois o dispositivo supramencionado permite que a autoridade judiciária decrete uma prisão preventiva de ofício, ou seja, independentemente de qualquer pedido, e isso seria completamente incompatível com os princípios mencionados.

As medidas cautelares se encontram num ponto crítico de problemática paridade entre dois interesses conflitantes, quais sejam: o respeito ao direito de liberdade e a eficácia na repressão de delitos. O princípio da proporcionalidade

norteia a conduta do magistrado no caso concreto, haja vista haver a necessidade de ele ponderar a severidade da medida a ser imposta com a finalidade pretendida (LOPES JR, 2013, p. 45).

Continuando o entendimento deste autor, deverá o juiz fazer uma valoração com intuito de verificar se os elementos justificam a gravidade das consequências do ato (prisão) e a rotulação jurídica e social que sofrerá o acusado. Devido a isso, jamais uma medida cautelar poderá converter-se em uma pena antecipada, expondo as consequências de flagrante atrito com o princípio da presunção de inocência.

Ainda segundo Aury Lopes Jr, no que se refere a prisão em flagrante, trata-se esta de uma medida precautelar, cuja natureza é pessoal, e sua precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e a obrigação de ser analisada pelo Juiz no prazo de 24 horas, cumprindo a ele fazer uma análise quanto a legalidade e decidir sobre a manutenção ou não da prisão.

Nessa ótica, o juiz em até 24 horas após a efetivação da prisão, deverá receber o auto de prisão em flagrante e decidir entre o relaxamento, a conversão em prisão preventiva (desde que atendido os requisitos), decretação de outra medida cautelar alternativa à prisão, ou conceder a liberdade provisória, fixando ou não fiança.

Aury Lopes Jr. faz uma crítica ao Código de Processo Penal no que tange este ainda admitir a prisão preventiva decretada de ofício pela autoridade judiciária, alegando ser uma insistência ao sistema inquisitório que já não era para ser mais utilizado em nosso direito processual penal, contudo, possui ainda alguns resquícios no ordenamento.

Então, caso presentes o *periculum in mora*, chamado por ele de 'periculum libertatis' (perigo na liberdade do acusado), o juiz estará autorizado a decretar a prisão preventiva, contudo, mesmo admitindo a prisão de ofício, imperioso se faz a sua fundamentação. Caso não esteja presente o 'periculum libertatis' com o intuito de justificar a prisão preventiva ou caso seja desnecessária ou desproporcional, estará o magistrado obrigado a determinar a liberdade provisória do acusado, determinando ou não fiança, e, caso necessário, aplicar uma ou mais medidas cautelares do art. 319 do CPP.

No que tange aos requisitos trazidos pelo art. 312 do CPP para a decretação das prisões cautelares e preventivas, Aury Lopes Jr. vai de total encontro a isso, discordando de forma veemente quanto a justificativa de manutenção da ordem pública, dizendo que as prisões preventivas para a garantia da ordem pública ou econômica não tem qualquer natureza cautelar, sendo, portanto, indiscutivelmente inconstitucionais.

Na visão dele, isso é uma grave degeneração por estar transformando uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando indevidamente como medida de segurança pública. Segundo ele, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública ou econômica nada tem a ver com os fins cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos.

O autor considera que a prisão para garantia da ordem pública se trata de uma prisão com conceito vago, impreciso, indeterminado e que não possui nenhum referencial semântico. Segundo aborda em sua obra, quando se usa a prisão preventiva na luta contra a delinquência, nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais, revelando que a prisão preventiva cumpre funções reais de pena antecipada incompatíveis com sua natureza (SANGUINÉ. *Apud. LOPES JR.*, 2013, p. 110).

Com isso, assume características verdadeiramente de antecipação de pena, violando o devido processo legal e a presunção de inocência, segundo o autor, explicando que a prisão preventiva para garantia da ordem pública acaba sendo utilizada com uma função de prevenção geral, desvirtuando o sentido e natureza da prisão provisória atribuindo-lhe funções de prevenção que não está obrigada a cumprir.

Segundo Aury Lopes Jr. (2013, p. 111), é inconstitucional atribuir a prisão cautelar a função de controlar alarmas sociais, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo.

Ainda segundo ele, é óbvio que a prisão preventiva para garantia da ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo indiscutivelmente inconstitucional. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é inadmissível uma extensão que

amplie o conceito de “cautelar” a ponto de transformar ela e uma medida de segurança pública.

Em sua obra, Aurý Lopes Jr. (2013, p. 113), faz críticas também as prisões para garantia da ordem econômica, dizendo que além de não ser uma medida cautelar, pretende perseguir a especulação financeira, transações fraudulentas, etc. Segundo ele, é manifesta a impropriedade da prisão para garantia da ordem econômica, dizendo já haver em lei (Lei n. 7492/86) previsão de decretação de prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada, dizendo que nesse caso, inútil seria a prisão para remediar ou amenizar lesão econômica. .

No que tange a prisão preventiva em razão de manutenção da ordem pública ao argumento do risco de reiteração de delitos, estaria se atendendo não ao processo penal, mas a uma função policial do Estado, completamente fora da alcada do processo penal. Considera o autor que é completamente inconstitucional essa situação, haja vista a única presunção prevista na CF/88 é a de inocência, permanecendo ela intacta com relação a fatos supervenientes.

Ao que se refere a prisão cautelar para tutelar aplicação da lei penal, o autor entende estar diante de uma medida verdadeiramente cautelar, restando apenas saber se é necessário realmente a legitimação. Menciona ele que não é admissível qualquer hipótese de presunção de fuga, em razão do princípio da presunção de inocência, devendo toda decisão que determina prisão estar baseada em um fato provado, jamais fruto de suposições.

A presunção de inocência, segundo Carnelutti (*Apud. LOPES JR.*, 2013, p. 123), impõe ao juiz que este presuma também a obediência do acusado ao chamado do Estado e só em caso de quebra dessa presunção é que se pode falar em medida restritiva da liberdade.

6 ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apesar já se ter citado, no decorrer do presente trabalho, alguns entendimentos dos Tribunais Superiores, mostra-se necessário retomar alguns posicionamentos destes Tribunais com o intuito de finalizar a discussão trazida pelo trabalho. Desta feita, é mister analisar a jurisprudência abaixo:

PRISÃO CAUTELAR. INCONSISTÊNCIA DOS
FUNDAMENTOS EM QUE SE APÓIA A QUE A DECRETOU:
GRAVIDADE OBJETIVA DO CRIME. [...].

INCOMPATIBILIDADE DESSES FUNDAMENTOS COM OS CRITÉRIOS FIRMADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. [...] A privação cautelar da liberdade individual 'qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão resultante de condenação penal recorrível)' não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada. É que a ideia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar ('carcer ad custodiam'), que não se confunde com a prisão penal ('carcer ad poenam'). Doutrina. Precedentes. - A utilização da prisão cautelar com fins punitivos traduz deformação desse instituto de direito processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Precedentes. - **A gravidade em abstrato do crime não basta, por si só, para justificar a privação cautelar da liberdade individual do suposto autor do fato delituoso. [...]. A ausência de vinculação do indiciado ou do réu ao distrito da culpa não constitui, só por si, motivo autorizador da decretação da sua prisão cautelar.** [...]. (grifo nosso). (BRASIL, 2008).

Este julgado do Supremo Tribunal Federal, de outubro/2008, já vinha prevendo os principais pontos sobre os quais esta Corte tem se firmado com relação a prisão cautelar e presunção de inocência. Notando-se que ela diz que a privação cautelar da liberdade individual não tem o escopo de gerar punição antecipada à pessoa que está sendo imposta a medida. Vemos que para essa corte, a gravidade em abstrato do crime não basta, por si só, para justificar a privação cautelar da liberdade individual do suposto autor do fato delituoso. Bem como a não existência de vinculação do réu ao distrito da culpa não constitui, só por si, motivo idôneo capaz de decretar a sua prisão cautelar. Ainda, vemos que a recusa em responder interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal.

Em um julgado mais recente, de fevereiro de 2012, observa-se que prevalece a mesma orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: [...]. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA MEDIANTE UTILIZAÇÃO DE FÓRMULA GENÉRICA DESPROVIDA DE FUNDAMENTAÇÃO E, POR ISSO MESMO, CONFLITANTE TANTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO COM A NORMA INSCRITA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 387 DO CPP. [...] **NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO, EM CADA CASO OCORRENTE, DOS PRESSUPOSTOS DE CAUTELARIDADE JUSTIFICADORES DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PROCESSUAL.** [...] - Para efeito de legitimação da prisão cautelar, ainda que motivada por condenação recorrível, exigir-se-á, sempre, considerada a **inconstitucionalidade da execução penal provisória, a observância de certos requisitos, hoje estabelecidos em sede legal** (CPP, art. 387, parágrafo único, acrescentado pela Lei nº 11.719/2008), sem os quais não terá validade jurídica alguma esse ato excepcional de constrição da liberdade pessoal do sentenciado, sendo destituída de eficácia, por arbitraria, a fórmula genérica ("Expeça-se mandado de prisão") utilizada por Cortes judiciais. [...] **Inexistindo fundamento autorizador da privação meramente processual da liberdade do réu, esse ato de constrição reputar-se-á ilegal, porque dele ausente a necessária observância da exigência de cautelaridade.** [...]. (BRASIL, 2012). (grifos nossos).

Portanto, resta configurado o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que, desde que devidamente fundamentada pelo julgador, a prisão cautelar não se mostra inconstitucional, não ferindo, neste caso, o princípio da presunção de inocência.

O Superior Tribunal de Justiça também dispõe de orientação jurisprudencial semelhante, conforme se depreende da análise desses julgados:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE REQUISITOS PARA A PRISÃO CAUTELAR. DECISÃO FUNDAMENTADA EM FATOS CONCRETOS. RÉU FORAGIDO HÁ QUASE 13 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ORDEM DENEGADA.1. A liberdade, não se pode olvidar, é a regra em nosso ordenamento constitucional, somente sendo possível sua mitigação em hipóteses estritamente necessárias. Contudo, **a prisão de natureza cautelar não conflita com a presunção de inocência, quando devidamente fundamentada pelo juiz a sua necessidade**, como é o caso dos autos. 2. A negativa do direito de recorrer em liberdade encontra-se devidamente fundamentada no fato do paciente encontrar-se, desde a data da

decretação da custódia (em 18 de novembro de 1999), ou seja, há quase 13 anos, em local incerto e não sabido, expressando a necessidade da medida extrema para garantir a aplicação da lei penal. 3. Habeas corpus denegado.²⁴¹ (grifos nossos). (BRASIL, 2012).

Neste julgado, percebe-se que a decretação da prisão preventiva não se conflita com a garantia da presunção de inocência, uma vez presentes os requisitos que fundamentam aquela medida cautelar e desde que evidenciada sua necessidade concreta.

Outra ementa que referenda o que acima se propôs:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. PRISÃO PREVENTIVA. **GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. CLAMOR SOCIAL. PRESUNÇÕES ABSTRATAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.** ORDEM CONCEDIDA. I. [...]. A prisão preventiva é medida excepcional que deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda e a ser cumprida quando da condenação. Código de Processo Penal III. O simples juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao recorrente, assim como o volume de drogas apreendidas -cerca de 105 gramas - ou o clamor social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP. 312CPPIV. Ordem concedida, nos termos do voto do relator. (grifos nossos). (BRASIL, 2012).

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado no ano de 2013, quando há a presença dos requisitos autorizadores da decretação das prisões cautelares, ou seja, os estabelecidos no art. 312 do CPP, não há que se falar em incompatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e as prisões cautelares, conforme julgado *in verbis*:

CRIMINAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. [...]. CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA. PERDA DE OBJETO. [...]. VIOLAÇÃO AOPRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. [...]. [...] Mostra-se devidamente fundamentada decisão que decreta a prisão preventiva do recorrente com base na quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos. Precedentes. - Hipótese em

que encontradas em posse do recorrente e corréu 96g (noventa e seis gramas) de crack e 7g (sete gramas) de cocaína, o que justifica a segregação cautelar. - **Presentes os requisitos autorizadores, não há incompatibilidade entre a prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência.** - Circunstâncias pessoais favoráveis não são suficientes, por si sós, para ensejar a revogação da segregação. Recurso parcialmente prejudicado e, na parte restante, improvido. (STJ - RHC: 35056 MG 2013/0001795-8, Relator: Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Data de Julgamento: 21/02/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/02/2013). (grifos nossos). (BRASIL, 2013).

Percebe-se expressamente a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que o clamor social, nem mesmo o simples juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito podem constituir-se fundamento plausível para a decretação da prisão cautelar, sob pena de antecipar-se a condenação. Portanto, de uma maneira geral, parece não haver divergências entre as duas Cortes, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, acerca dos critérios a serem observados pela prisão cautelar a fim de evidenciar-se constitucional. A Lei 12.403/2011 veio para firmar esses entendimentos, oportunizando ao julgador novas medidas cautelares diversas da prisão.

Por sua vez, é tarefa do julgador, diante da necessidade evidenciada no caso concreto, aplicar o método da ponderação dos valores, fazendo valer o texto constitucional, de modo a prevalecer o direito fundamental mais relevante naquele momento, mesmo que em detrimento de outro.

A questão central residirá na necessidade de fundamentação objetiva, a teor do que dispõe a Carta Magna em seu artigo 93, inciso IX, que teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (grifos nossos). (BRASIL, 2016).

A partir da fundamentação jurídica pertinente e legalmente estatuída, esvaziada de qualquer subjetividade que macule seu caráter, a prisão cautelar

evidenciará sua constitucionalidade, afastando, assim, qualquer suspeita de colisão com o princípio constitucional da presunção de inocência.

O Supremo Tribunal Federal, muito recentemente, agora em 2017, decidiu que a prisão após a sentença em segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência, conforme o julgado que se segue, *in verbis*:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DEENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/06. [...]. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. [...]. 1. A execução provisória da pena imposta em condenação de segunda instância, ainda que pendente o efetivo trânsito em julgado do processo, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido por esta Corte Suprema no julgamento das liminares nas ADCs nºs 43 e 44, no HC nº 126.292/SP e no ARE nº 964.246, o qual teve repercussão geral reconhecida Tema nº 925. Precedentes: HC 135.347-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/11/2016, e ARE 737.305-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/8/2016. 2. [...]. Precedente: HC nº 130.439, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 12/05/2016. 3. [...]. 4. [...]. [HC 121348](#) / MG - MINAS GERAIS HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX Julgamento: 12/09/2017 Órgão Julgador: Primeira turma. Publicação DJe-223 02-10-2017. (grifo nosso). (BRASIL, 2017).

Nesse sentido, nota-se que os Tribunais Superiores entendem pela não incompatibilidade do princípio da presunção de inocência, desde que demonstrado a sua necessidade e desde que comprovado estarem presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal brasileiro de 1941 que trata dos requisitos para a decretação das prisões cautelares.

7 METODOLOGIA

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem por objetivo fazer uma explanação acerca do princípio da presunção de inocência e também sobre as prisões provisórias contidas no nosso ordenamento jurídico e a suposta incompatibilidade de tais institutos haja vista um ser protetor da liberdade pessoal e o outro ser um modo de restringir tal direito.

Nessa ótica, a pesquisa será qualitativa, por usar diversas fontes, buscando nessas diversas abordagens a explicação de alguns fatos. Por resultado, a pesquisa qualitativa preocupa-se com os aspectos da realidade, concentrando os seus esforços na compreensão e explicação das relações sociais postas e aceitas pela sociedade (RICHARDSON, 1989).

Quanto ao procedimento da pesquisa pela busca dos objetivos, será utilizado a pesquisa documental que é uma modalidade mais ampla, apropriando-se também de fontes mais diversificadas, contendo aquelas contidas na pesquisa bibliográfica e outros como documentos oficiais, etc. (FONSECA, 2002, p. 32).

A seleção das referências teve por base o Ordenamento Jurídico (através da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e Código de Processo Penal de 1941), diversas doutrinas publicadas por estudiosos das áreas jurídicas, jurisprudências e pesquisas em conceituados sites de temáticas jurídicas.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a Constituição Federal de 1988, o acusado ou indiciado passa a ser considerado como sujeito de direitos a quem é garantido direitos fundamentais que tem a finalidade de evitar a arbitrariedade do Estado-Juiz no processo penal.

Nesse sentido, necessária se faz a observância quanto a excepcionalidade das prisões cautelares, visto que uma condenação futura não passa de uma simples possibilidade.

Assim, a maioria de doutrinadores e julgadores tem entendimento semelhante ao abordado neste trabalho, no sentido de que a antecipação cautelar da prisão não é incompatível com o princípio da presunção de inocência previsto na Carta Maior de 1988, contudo, faz-se necessário a obediência aos pressupostos previstas na legislação pátria para que seja a prisão cautelar decretada e, sobretudo, seja constatada a sua real necessidade, haja vista a liberdade do acusado ser sempre a regra.

Desta feita, o magistrado, em casos extraordinários e excepcionais, consubstanciado em motivos e fundamentos devidos nas provas dos autos, poderá valer-se das medidas que privem de forma antecipada a liberdade ambulatorial do indivíduo.

Nestes casos, o juiz estará vinculado de forma rigorosa aos pressupostos legais, bem como a necessidade real de aplicação da medida cautelar, fazendo prova quanto ao prejuízo estatal do direito de punir, tal como do prejuízo à sociedade caso não seja decretado a restrição de liberdade do acusado.

Decretando uma prisão de natureza acautelatória, o juiz tem o dever de motivar sua decisão com base nas provas constantes dos autos, incluindo os fatos nos requisitos legais, como sendo indispensáveis ao seu cumprimento.

Com o surgimento da Lei 12. 403/2011, novas medidas cautelares poderão ser aplicadas no processo penal brasileiro. Devido a isso, o artigo 319 do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, que teve sua redação alterada pela legislação supramencionada, traz uma série de medidas cautelares, trazidas por esta lei, diversas da prisão, que agora podem ser aplicadas ao acusado. Em razão disso, fica comprovada, mais uma vez, o caráter excepcional da prisão cautelar, que deve ser utilizada somente em último caso, caso não se obtenha sucesso com as medidas diversas das cautelares trazidas pela legislação.

Em conformidade com isso, prevê o artigo 282, § 6º do Código de Processo Penal, alterado pela lei 12. 403/2011, que a prisão preventiva será determinada nos casos em que não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Portanto, a prisão cautelar ficou ainda mais restrita pela nova lei, vez que se privilegiam outras medidas cautelares, diversas da prisão, como modo de assegurar a instrumentalidade do processo.

Lado outro, qualquer medida cautelar imposta ao indivíduo sem que haja a devida fundamentação dos pressupostos, bem como a presença dos requisitos necessários ao convencimento do juiz, será considerada antecipação da pena, indo de encontro ao princípio da presunção de inocência, causando então um atrito.

Em razão deste trabalho, da pesquisa realizada para o desenvolvimento deste, é notório a ocorrência de dois direitos que não necessariamente se confrontam, quais sejam: o direito do cidadão ser presumidamente inocente e o direito do Estado de garantir a plena eficácia do processo penal, evitando o perigo na demora, buscando a justiça e a proteção social.

Com base nisso, nas restrições elencadas na própria legislação Pátria, notamos a possível convivência pacífica entre o princípio da presunção de inocência e o instituto das prisões processuais. Todavia, é necessário, conforme abordado de forma exaustiva, que sejam respeitados e observados os requisitos legalmente previsto.

Além disso, muitos autores entendem que por haver uma previsão de ambos os institutos em nossa Carta Maior de 1988, a convivência harmônica entre os dois institutos é sim possível, desde que haja, claro, a estrita observância da lei quanto ao modo e momento de aplicação, como já explanado.

Finalmente, salienta-se que a abordagem teórica adotada no presente trabalho não tem o escopo de esgotar ou restringir a discussão acerca do tema. Baseado na sua complexidade, atualidade e relevância, sempre haverá espaços para novos rumos e reflexões na busca da concretização dos direitos da pessoa humana, das desigualdades e da efetivação da justiça.

REFERÊNCIAS

- SILVA, Cristiane Vieira da. **Presunção de Inocência x Prisão Cautelar.** Trabalho de Conclusão de Curso pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Brasília, 2012. Disponível em: < <http://repositorio.uniceub.br/handle/123456789/623>>. Acesso em: 02 de mar. 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Texto Constitucional promulgado em 5 de out. de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2016.
- BRASIL. **Código de Processo Penal** (1941). Coletânea Básica Penal. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2016.
- MORAES, Alexandre De. Direito Constitucional. In _____; **Direitos e Garantias Fundamentais: princípio da presunção de inocência.** 30. ed. São Paulo: Editora Atlas. 2014. p. 123-124.
- FONSECA, J. J. S. Metodologia da pesquisa científica. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila. *Apud.* SILVEIRA, Denise Tolfo; CÓRDOVA, Fernanda Peixoto. Unidade 2–A pesquisa científica. **Métodos de pesquisa**, p. 31-42, 2009.
- RICHARDSON, Roberto Jarry. Pesquisa social: métodos e técnicas. São Paulo: Atlas, 1989. *Apud.* DALFOVO, Michael Samir; LANA, Rogério Adilson; SILVEIRA, Amélia. Métodos quantitativos e qualitativos: um resgate teórico. **Revista Interdisciplinar Científica Aplicada, Blumenau**, v. 2, n. 4, p. 01-13, 2008.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 73-74.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina, 1993. *Apud.* MORAES, Alexandre De. Direito Constitucional. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 28.

LAVIÉ, Quiroga. Derecho Constitucional. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.
Apud. MORAES, Alexandre De. Direito Constitucional. 30. ed. São Paulo:
Saraiva, 2014. p. 31.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948.

Disponível em:

<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>.

Acesso em: 02 mar 2017.

DECALARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO – França, 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 02 mar 2017.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. In _____; **Princípios Básicos do Processo Penal: princípio da presunção de inocência**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 23 -24.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. In _____; **Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48-49.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Prisão cautelar. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 161. *Apud*. SILVA, Cristiane Vieira da. **Presunção de Inocência x Prisão Cautelar**. Trabalho de Conclusão de Curso pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/handle/123456789/623>>. Acesso em: 23 de out. 2017.

LOPES JR, Aury. Prisões Cautelares. In _____; **A (In)eficácia da Presunção de Inocência e a Principlologia do Sistema Cautelar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 84078**. Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 05 fev. 2009. DJe 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28840>>.

78.NUME.+OU+84078.ACMS.%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 23 out 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143915**. Relator Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, DF, 24 mai. 2017. DJe 26 mai. 2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/463840569/habeas-corpus-hc-143915-rs-rio-grande-do-sul-0004914-2820171000000>>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 112071 SP**. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 27 fev. 2012. DJe 01 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21260334/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-112071-sp-stf>>. Acesso em: 23 out 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 96219 SP**. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 09 out. 2008. DJe 15 out. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19137655/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-96219-sp-stf>>. Acesso em: 23 out 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus 201495 SP** 2011/0065067-1. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 07 fev. 2012. DJe 28 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21366139/habeas-corpus-hc-201495-sp-2011-0065067-1-stj>>. Acesso em: 23 out 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 35056 MG** 2013/0001795-8, Relator: Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Brasília. DF. 21 fev. 2013. QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/02/2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23066400/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-35056-mg-2013-0001795-8-stj>>. Acesso em: 27 out 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 121348 MG** - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX Julgamento: 12 set 2017. Órgão Julgador: Primeira Turma. DJe-223. Publicação 02 out 2017. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PRE%20SUN%C7%C3O+DE+INOC%CANCIA+PRIS%C3O+CAUTELAR%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ya32o27v>. Acesso em: 27 out 2017.

LOPES JR, Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei nº 7969/1989. Senado. 1989. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em 29 nov 2017

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.