

**A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:
a importância constitucional do princípio da presunção de inocência e sua
possível violação¹**

Maria Elisa Mostaro Januzzi²

Nicole Carvalho Ferreira³

Ana Tereza Ribeiro Alfenas⁴

Letícia Stephany Soares Galina⁵

RESUMO

O objetivo geral deste artigo é analisar o instituto da Prisão Preventiva, uma das modalidades de medida cautelar, à luz do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência e questionar se tal medida fere ou não o referido princípio. Para efetivar este estudo foi realizado pesquisas bibliográficas e documentais. Pôde-se concluir através deste estudo há um grande debate acerca do tema e que apresenta fortes argumentos tanto no sentido favorável quanto no sentido contrário. Em consequência do estudo realizado notou-se que a maioria dos doutrinadores investigados se posicionam contrários a Prisão Preventiva visto que fere o Princípio da Presunção de Inocência. Portanto, trata-se de um tema atual, com muita possibilidade de discussão e argumentação, pois até mesmo o Supremo Tribunal Federal tem opiniões divergentes.

¹ Este artigo foi desenvolvido na Disciplina “Projeto Integrador” durante o quarto período do curso de Direito de 2017, sob a orientação da prof. Rachel Zacarias.

² Graduanda do curso de Direito das FIVJ – email: mariaelisaja2007@hotmail.com

³ Graduanda do curso de Direito das FIVJ – email: nicole.cferreira@hotmail.com

⁴ Graduanda do curso de Direito das FIVJ – email: aninha.alfenas@hotmail.com

⁵ Graduanda do curso de Direito das FIVJ – email: leticiastephanysoaresgalina@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: PRISÃO PREVENTIVA. MEDIDAS CAUTELARES. PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO HABEAS. CORPUS. CASOS.

INTRODUÇÃO

A temática do trabalho é o paradoxo entre o direito à liberdade do indivíduo e a segurança da sociedade traduzidos pelo Princípio da Presunção de Inocência e a possível aplicação da Prisão Preventiva que supostamente o violaria.

Tendo em vista os conflitos gerados tanto nas esferas jurisprudenciais quanto nas doutrinárias e sociais sobre a temática, é levantada a seguinte questão: A Prisão Preventiva fere o Princípio da Presunção de Inocência? Qual o entendimento majoritário?

Nesse sentido, o objetivo geral deste estudo é investigar se a aplicação da prisão preventiva fere os princípios constitucionais principalmente o da presunção de inocência. Demonstrar por meio de casos, jurisprudências e doutrinas o entendimento sobre a temática. Segundo esse estudo a pesquisa será realizada com base bibliográfica e documental. Pretende-se a partir desta explorar e investigar bibliografias correlatas ao tema, tendo como fontes: Livros, revistas informativas, artigos científicos e monografias.

Esse artigo está dividido em três tópicos, o primeiro apresenta a Base Principlológica Constitucional, o segundo expõe as modalidades de Medidas Cautelares e o terceiro esclarece as mudanças advindas da Lei 12.403/11, a possível violação do Princípio da Presunção de Inocência, além de expor Habeas Corpus julgados pelo STF e casos de grande repercussão nacional.

1 BASE PRINCIPIOLÓGICA

Segundo Cleber Masson, princípios são os valores fundamentais que inspiram a criação e a manutenção do sistema jurídico. No Direito Penal, tem como função, orientar o legislador ordinário, no intuito de limitar o poder punitivo estatal mediante a imposição de garantias aos cidadãos.

1.1 A Declaração Universal dos Direitos Humanos

Segundo Fabio Konder Comparado (2015), a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi normatizada em 1946 com a reunião do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas após a barbaridade ocorrida na segunda Guerra Mundial à dignidade humana, retomando assim as ideias da Revolução Francesa baseadas na ideologia iluminista no século XIX: Igualdade, liberdade e fraternidade. Visando resguardar direitos inerentes ao homem como honra e dignidade independentemente de cor, raça ou etnia. Por conseguinte, esse documento é de grande importância internacionalizando assim a opinião pública mundial imediatamente.

Para o referido autor em decorrência do pós-positivismo, a normatização dos princípios ganhou um *plus*, ou seja, depois de positivados realçaram seu valor inerente à convivência humana. Como exposto no artigo 5º da Carta Magna de 1988 trazendo princípios constitucionais voltados para a dignidade do homem. Dessa forma, diz que esses princípios visam resguardarem direitos ao controle punitivo estatal, *jus puniend*, evitando o abuso de direitos e garantias estabelecidas na constituição de 1988 democrática brasileira e garantindo a não intervenção do Estado no âmbito da vida privada exceto quando esteja expressamente autorizado a fazê-lo.

Encontra-se no Artigo 1º inciso 3º da Constituição Federal de 1988 como fundamento sobre o qual se erige o Estado Democrático de Direito, o que representa o inequívoco reconhecimento de que todo indivíduo pelo nosso ordenamento jurídico, como sujeito autônomo, capaz de autodeterminação e passível de ser responsabilizado por seus próprios atos.

1.2 Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Segundo Bitencourt (2015) a exigência de proporcionalidade entre a gravidade do crime cometido e a sanção a ser aplicada tem como origem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Contudo, tal princípio foi consagrado no Constitucionalismo Moderno e recepcionado na Constituição de 1988 em vários dispositivos, tais como: Exigência de individualização da pena (Artigo 5º XLVI) e a proibição de determinadas modalidades de sanções penais (Artigo 5º XLVII). O autor ressalta que com o surgimento do Iluminismo, ampliou-se o clamor pela não intervenção desnecessária por parte do Estado na vida privada do indivíduo.

Conforme Greco (2015), o princípio da proporcionalidade pode ser traduzido na necessidade de haver uma análise e respeito proporcional pelo legislador e também pelo aplicador do direito, quanto à elaboração de leis e punição de sua não observância pelos cidadãos. Para o autor sempre deve haver um equilíbrio, entre a gravidade do fato ilícito e a pena cominada a ser aplicada. O juiz, no caso concreto, deve aplicar dentro dos limites cominados legalmente e proporcionalmente ao injusto penal praticado.

Verifica-se que o princípio da razoabilidade é um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. (BARROSO, 2002)

1.3 Princípio da Razoável Duração do Processo

Faz-se importante insurgir, antes de qualquer outra assertiva acerca do tema, que a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, incluiu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que, por sua vez, dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais. Segue a transcrição do dispositivo legal:

Artigo 5º. Inciso LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e aos meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, no artigo 8, 1, prevê:

Toda pessoa tem o direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Tal princípio vislumbra garantir a celeridade processual, uma vez que, na maioria dos casos, o processo é excessivamente demorado, ameaçando a segurança jurídica e a plena efetividade do mesmo. No que tange ao Direito Processual Penal, a celeridade torna-se mais importante, pois é nele que reside a discussão sobre a liberdade de determinados indivíduos.

Segundo Didier (2016), a Corte Europeia de Direitos do Homem tem como entendimento que guardadas as circunstâncias de cada caso, devem ser observados três critérios para se determinar a duração razoável do processo, quais sejam: Complexidade do assunto; comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; atuação do órgão jurisdicional.

1.4 Princípio da Presunção de Inocência

Segundo Nucci (2016, p. 53-54) “as pessoas nascem inocentes, sendo este seu estado natural”. O princípio da presunção de inocência é um dos princípios basilares do Direito brasileiro, responsável por tutelar a liberdade dos indivíduos. Encontra-se previsto no Artigo 5º inciso LVII da Constituição Federal de 1988, garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Para o referido autor, tal princípio tem como objetivo, assegurar ao acusado pela prática de infração penal o julgamento justo, determinando, por exemplo, que o ônus da prova caiba a acusação e não à defesa. Serve de obstáculo à autoacusação e reforça o direito ao silêncio, pois, ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Para restringir o direito à liberdade do indivíduo é necessário que o Estado seja capaz de produzir provas concretas e suficientes contra ele, para só então, poder condená-lo e após o trânsito em julgado da condenação puni-lo.

1.5 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Segundo Plácido e Silva (1967), dignidade é uma palavra derivada do latim *digntas*, que significa virtude, honra, consideração. Em regra, se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida.

De acordo com José Afonso da Silva (1998), o valor da dignidade da pessoa humana – resultante do traço distintivo do ser humano, dotado de razão e consciência, embora tenha suas raízes no pensamento clássico vincula-se à tradição milenar do pensamento cristão, ao enfatizar cada homem relacionado com um deus que também é pessoa.

Por isso, a dignidade da pessoa humana não é no âmbito do Direito, traduzida como o valor supremo da ordem jurídica. Esse princípio estabelecido no artigo 1º inciso III da Constituição Federal de 1988 estabelece que:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – A dignidade da pessoa humana.

O avanço do Direito Constitucional é pautado como afirmação dos direitos fundamentais decorrentes das condições humanas. O fato de este estar localizado como um dos princípios da República Federativa do Brasil traz à tona a sua importância não apenas como valor universal, mas como alicerce de todo nosso ordenamento jurídico.

No Direito Penal, este princípio ganha nova conotação: não basta valorar a dignidade da pessoa humana, é necessário que existam medidas que apliquem definitivamente este princípio até mesmo a aqueles que cometeram irregularidades jurídicas.

2 AS PRISÕES CAUTELARES

2.1 Modalidades de Prisões Cautelares

No que se refere ao Direito Penal e Processual Penal, vislumbra-se duas modalidades de prisão. Segundo Alexandre Cebrian e Victor Gonçalves (2013) uma delas é chamada Prisão Pena e encontra-se regulamentada na Parte Geral do Código Penal (Artigo 32 a 42) e também pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84). Seu cumprimento se dá em regimes fechado, semiaberto ou aberto sendo possível a progressão do severo para o mais brando após o cumprimento de parte

da pena desde que tenha demonstrado mérito para tal. Além dessa, existe a Prisão Processual que é decretada quando existe a necessidade de segregação cautelar do suposto autor do delito durante as investigações ou o tramitar da ação penal por razões que a própria legislação penal elenca. Essa modalidade de prisão também chamada Provisória ou Cautelar, é regulamentada pelos Artigos 282 a 318 do Código de Processo Penal bem como pela Lei nº 7960/89.

São inúmeras características das Medidas Cautelares ao serem aplicadas durante o inquérito ao processo. Dentre elas destacam-se a provisoriedade advinda da Lei 12403/11, que não dispõe acerca do prazo máximo de durabilidade das Medidas Cautelares. Entretanto, essas não podem ser definitivas uma vez que visam assegurar uma providência útil ao processo, portanto sua durabilidade está vinculada à necessidade de sua imposição. É plenamente possível que uma Medida Cautelar seja mantida ao longo da duração do processo, desde que presentes os requisitos de necessidade e adequação constantes no Artigo 282 incisos I e II do CPP.

Outra característica é a revogabilidade, que determina que a Medida Cautelar pode, a qualquer momento ser revogada ou modificada, só persistirá enquanto permanecerem as condições que ensejam sua concessão. A revogabilidade deve ocorrer junto com a provisoriedade, devendo sempre ocorrer quando a Medida não mais se fizer necessária no caso concreto. Já a substitutividade prevê que a Medida pode ser substituída a qualquer tempo, seja na fase de investigação ou de processo. A substituição de uma cautelar por outra dependerá da análise de cada caso examinado, da possibilidade de adequação de outra medida à gravidade do caso, das circunstâncias do fato e das condições pessoais do acusado (Artigo 282 CPP). Dependendo da conjuntura do caso a medida imposta pode ser substituída tanto por uma mais gravosa quanto por outra de menor impacto. Por fim, tem-se a excepcionalidade que constitui restrição ao direito de ir e vir garantia consagrada na Constituição de 1988 devem ser consideradas excepcionais podendo ser aplicada

apenas em situações emergenciais, afim de superar as condições presentes no Artigo 312 do CPP.

No que consiste a adoção de Medidas Cautelares deverá ser demonstrado a presença de dois pressupostos, a prova da existência de crime e necessidade da aplicação da lei penal, necessidade para investigação ou instrução penal ou para evitar a prática de infrações penais. À luz do CPP na redação do Artigo 282 deve ser observado os requisitos para aplicação, pois sem esses pressupostos não há validade em Medidas Cautelares.

Grande parte dos doutrinadores entende que existem cinco tipos de Prisões Cautelares, sendo elas: Prisão em flagrante (Artigo 301 a 310 do Código Penal), prisão preventiva (Artigo 311 a 316 do Código Penal), prisão temporária, prisão decorrente de pronuncia, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.

Segundo Nucci, a autorização constitucional para a concretização de uma Prisão Cautelar sem ordem judicial decorre da legítima defesa da sociedade, em função de ocorrência delituosa. Para Marques a Prisão em Flagrante (apud CAPEZ, 2007, p. 251) “é o crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o delinquente executa a ação penal ilícita. ” Conforme o Artigo 301 do CPP qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito, conferindo, por isso, caráter inicialmente administrativo. Pode-se distinguir espécies diferentes em relação ao flagrante presentes nos incisos do Artigo 302 do CPP:

Artigo 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Denomina-se Prisão Preventiva, a medida cautelar, privativa de liberdade, voltada a assegurar a finalidade útil do processo criminal. Seja no tocante à instrução, seja no referente à segurança pública e aplicação concreta da lei penal. (NUCCI, 2017)

A Prisão Preventiva requer a hipótese de um perigo sendo demonstrado e uma decisão fundamentada do juiz. (Artigo 315 do CPP). Esta prisão pode ser decretada em qualquer fase do processo, seja na fase pré processual, seja na propriamente dita processual e também deverá obedecer aos requisitos do artigo 312 do CPP. (Artigo 311 do CPP)

Artigo 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 de lei penal quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Já a Prisão Temporária não possui previsão no CPP, mas está contida na Lei nº 7960/89 e é considerada necessária à tutelada das investigações policiais, com o objetivo de aprimorá-la, tornando-a eficiente, dentro dos parâmetros constitucionais. Logo, só cabe em sede de inquérito policial, e só poderá ser decretada pela autoridade policial, devendo ter duração de cinco dias podendo ser prorrogada por mais cinco. Tratando-se de crimes hediondos, Lei 8072/90, o prazo será de trinta dias prorrogados por mais trinta se houver necessidade.

Para o autor Guilherme Nucci (2016), a Prisão Decorrente de Pronúncia é, conforme a redação do Artigo 413, §3º, exceção lastreada, quando decreta nos requisitos da prisão preventiva. Não mais interessa a reincidência e os maus antecedentes do réu como pontos isolados, somente quando estiver presente o requisito de manutenção da ordem pública.

A Prisão Decorrente de Sentença Condenatória Recorrível está prevista no Artigo 387, §1º do CPP, que não exige a não reincidência e os bons antecedentes, mas sim a análise do caso concreto.

Artigo 387, §1º. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição, de prisão preventiva ou medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

Na mesma linha de pensamento, dispõe o Artigo 413, §3º do CPP:

Artigo 413, §3º. O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

A Prisão Cautelar, durante a instrução processual, tem sempre base nos requisitos da Prisão Preventiva (Artigo 312 CPP), embora possa expressar-se como prisão para recorrer e como prisão por pronúncia. (NUCCI, 2017) Além das modalidades elencadas acima, temos a Lei 12403/11, que introduziu as Medidas Cautelares diversas da prisão, elencadas no Artigo 319 do CPP:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

VII – internação provisória do acusado nas 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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

IX – monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

2.2 Prisão Preventiva

A Prisão Preventiva é uma Medida Cautelar que assegura a proteção efetiva na fase processual e na investigação criminal, prevista no Artigo 312 do CPP a partir da entrada em vigor da Lei 12403/11. Desta forma, o legislador impôs outras Medidas Cautelares que devem preferir à Prisão Preventiva, ou seja, somente se é aplicado quando não forem suficientes as demais medidas, visto que não foram adequadas para garantir a instauração dos indícios e materialidade do crime. Por ser de caráter excepcional o juiz investido para aquele cargo deverá fundamentar as razões pelas quais aplicou a Prisão Preventiva, positivado no Artigo 5º, inciso LIII CF/88, destacando o princípio das motivações judiciais, em razão da sua gravidade devido o sistema de garantias constitucionais. E nas palavras de Eugênio Oliveira (2011):

A sua decretação deve estar expressamente prevista em lei, não podendo o juiz, nesse ponto, afastar-se do princípio da legalidade, nem mesmo se entender presentes circunstâncias e/ou situações que coloquem em risco a efetividade do processo e da jurisdição penal.

Essa prisão de natureza cautelar para ser decretada é fundamental a demonstração de prova da existência do crime e dos indícios suficientes de autoria (TÁVORA, 2015). Ou seja, o pressuposto para determinar essa prisão é o *fumus boni iuris e fumus delicti*, este representando o perigo causado devido a liberdade do sujeito passivo e aquele a expressão “onde há fumaça, há fogo”, ou seja, é um sinal daquilo que se é pleiteado.

Dessa forma, a decretação está prevista no Artigo 312 do CPP, para determinar a Prisão Preventiva é necessária atender as seguintes hipóteses: garantia da ordem pública; da ordem econômica; por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. A garantia de ordem pública não se tem uma definição, pautando assim, na expressão de tranquilidade e paz no anseio social. Havendo assim, risco demonstrado pelo indiciado ou réu se faz necessário a Prisão Cautelar (TAVORÁ, ALENCAR, 2015). Enquanto para Nucci (2007) essa garantia deve ser analisada com a trinômia gravidade da infração, repercussão social e periculosidade do agente.

A segunda hipótese é a ordem econômica que para Avenna (2015) é uma subdivisão da primeira hipótese de ordem pública devido a sua especialidade incluída pela Lei 8884/94 (Lei Antitruste) que protege a prática de novas infrações no meio social econômico, como no Artigo 20 desta lei:

- I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência
- II – dominar mercado relevante de bens e serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros.

A terceira hipótese é a conveniência da instrução criminal, ou seja, visa tutelar a fase de instrução ou apuração de provas contra o sujeito que ameaça ou intimida as testemunhas, destruir ou falsifica documentos e/ou provas para lhe beneficiar, isto é, praticar atos contrários a efetiva manutenção e promoção do processo.

Quanto à quarta hipótese propõe a garantia da aplicação da Lei Penal, que é decretada quando há indícios de que o acusado irá fugir para se isentar da eventual sanção.

Além disso, no mesmo Artigo 312 do CPP, o parágrafo único prevê a hipótese de Prisão Preventiva quando há caso de descumprimento das obrigações impostas por força de outras medidas. E seguindo, o disposto Artigo 313 admite a Prisão Preventiva quando o crime é doloso com pena privativa de liberdade máxima, seja superior a 4 anos, por exemplo, o homicídio doloso simples com marco penal máximo de 12 anos; quando o agente reincidente em crime doloso, respeitando o disposto Artigo 64 do código penal; se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, a criança, o adolescente, o idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, admitindo também no parágrafo único do Artigo 313 quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando não fornece elementos suficientes para seu esclarecimento, desse modo, cabe decretação, após ser identificado, será liberado, exceto se outra hipótese recomendar a medida.

Dessa maneira, não caberá Prisão Preventiva quando o agente praticar fato em estado de necessidade; em legítima defesa ou em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito, isto é, excludentes de ilicitude previsto no Artigo 314 do CPP em consonância ao Artigo 23 do Código Penal Brasileiro.

Frisando o Artigo 315 do CPP em conformidade com Artigo 93, inciso IX da CF/88 as motivações judiciais para decretar a modalidade preventiva. Caso o juiz negue a revogação ou a decretação da preventiva sem ausência de previsão legal cabe a defesa invocar a ação de *habeas corpus* que consiste no abuso de direito ligado a autoridade judiciária à liberdade de locomoção do indivíduo.

3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

3.1 Lei 12403/11

O Estado brasileiro é regido por um modelo constitucional extremamente democrático, portanto, todo o ordenamento infraconstitucional deve ser analisado à luz dos princípios constitucionais elencados em nossa Carta Magna. O sistema penal e processual penal não são exceções e devem ser sempre orientados pelos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e do Devido Processo Legal. Vale ressaltar a importância do Princípio da Presunção de Inocência consagrado no Artigo 5º inciso LVII e no Artigo 8º, inciso I, do Pacto de São José da Costa Rica, cujo Brasil é signatário e atribui status de Lei Constitucional, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

De tal maneira, o acusado deve ser considerado inocente até que se tenha prova definitiva do contrário, não devendo ser recolhido ao cárcere prematuramente. A Prisão Cautelar constitui uma excepcionalidade devendo, caso ocorra, obedecer ao controle de legalidade absoluta da prisão, bem como, ser devidamente motivada. A Constituição Federal de 1988, ao cuidar dos Direitos Fundamentais prevê uma série de garantias dentre elas o direito à liberdade e à segurança.

A Lei 12403/11 foi fruto do projeto de lei 4208 apresentada em torno de 2001, porém foi arquivada na mesa do Congresso Nacional. E juntamente com outros projetos foi responsável por realizar profundas reformas no Código de Processo Penal. Trata-se, portanto, de matéria que foi longamente discutida antes de sua aprovação. A nova sistemática confere ao Estado maior controle sobre o agente.

Com a introdução da lei, o maior avanço foi a ampliação de Medidas Cautelares diversas da prisão, que passaram a fazer parte do Ordenamento Jurídico Pátrio, antes dessa lei, as opções se concentravam em Prisão Preventiva e

Liberdade Provisória. Se entre liberdade e a prisão nada havia, com sua entrada em vigor o juiz terá a sua disposição nada menos que nove Medidas Cautelares de relevante valor social e pessoal.

As referidas Medidas não se tratam de inovações pois o Código de Processo Penal já as previa sobre a forma de Medidas Assecuratórias dispostas entre os Artigos 125 e 144 do CPP. A inovação se refere às Medidas Cautelares pessoais, as quais também já estavam consagradas em outros dispositivos legais. No que tange a sua aplicação, podem elas ser empregadas ao longo de toda a persecução penal, isto é, seja na fase processual ou na de investigação, sendo que nessa última hipótese engloba os casos de ser conduzida pela polícia ou por outros órgãos de investigação.

O aumento do leque de Medidas Cautelares diversas da prisão fez com que o juiz tomasse uma providência mais justa ao caso concreto. Em certas situações, a escolha dessas medidas pode evitar a decretação da Prisão Preventiva, uma vez que o juiz pode nelas encontrar respostas suficientes para tutelar a eficácia do processo, sem necessidade de adoção de medidas extremas do cárcere. Assim, estará protegendo o processo que terá seu curso mais justo, diminuindo o grave problema do número de encarcerização no país.

Os avanços trazidos pela lei foram inegáveis, porém, cabem algumas críticas, dentre elas a manutenção dos requisitos “ordem pública” e “ordem econômica”, tais termos não foram explicados pelo legislador tornando-se excessivamente abstratos, para a decretação da prisão e também sobre a possibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz.

3.2 A Possível Violação do Princípio da Presunção de Inocência

Neste tópico será apresentado as opiniões de renomados doutrinadores acerca do assunto.

Segundo Bittencourt (2017), o Supremo Tribunal Federal não é o dono da Constituição Federal tampouco tem o direito de reescrevê-la a seu bel-prazer, como vem fazendo nos últimos anos. Tal comportamento, cria enorme insegurança jurídica, agride o bom senso e fere os sentimentos democráticos e republicanos. Para o referido autor, as garantias constitucionais são flagrantemente desrespeitadas, reinterpretadas e até negadas, como no caso do HC 126.292 de fevereiro de 2016, para ele, neste dia, o Supremo Tribunal Federal rasgou a Constituição Federal e jogou no lixo os direitos assegurados de todo o cidadão brasileiro que responde a um processo criminal.

O doutrinador ressalta ainda que o STF ignorou os Tratados Internacionais recepcionados pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro e a previsão expressa em nossa Constituição, no Artigo 5º LVII, que garantem o Princípio da Presunção de Inocência, que é responsável por tutelar a liberdade dos indivíduos, passando a negar sua vigência e autorizar a execução antecipada de decisões condenatórias mesmo cabendo recursos aos Tribunais Superiores. Segue dizendo que o texto constitucional expresso estabelece como marco da Presunção de Inocência o trânsito em julgado de decisão condenatória. Bittencourt afirma que trânsito em julgado é um instituto processual com conteúdo específico, significado próprio e conceito inquestionável, e não admite alteração ou relativização de nenhuma natureza.

Outra crítica apontada pelo autor é que a decisão do Tribunal agrava a crise no sistema carcerário brasileiro, pois, aproximadamente um terço dos condenados, provavelmente inocentes, passarão a cumprir pena indevidamente. O mesmo não ignora o fato que o Estado tem direito e interesse em punir indivíduos que tenham condutas que contrariem a ordem jurídica, podendo impor sanções àqueles que cometem ilícitos, porém, este direito-dever de punir deve conviver e respeitar a liberdade pessoal, um bem jurídico do qual o cidadão não pode ser privado se não dentro dos limites legais.

Como relata o doutrinador Aury Lopes Jr (2014) em seu livro Direito Processual Penal, o Princípio da Presunção de Inocência é o princípio reitor do Processo Penal, portanto, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através de seu nível de observância e eficácia. É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes estejam protegidos.

Para Aury Lopes Jr (2014), a Presunção de Inocência impõe um dever de tratamento, pois exige que o réu seja tratado como inocente e atua em duas dimensões, uma delas interna, que abrange um dever de tratamento imposto principalmente ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusado e que a dúvida conduza à absolvição, implicando também em severas restrições ao abuso das Prisões Cautelares, e outra externa, a Presunção de Inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do réu.

Já no livro Curso de Processo Penal do renomado autor Renato Marcão (2014), o mesmo analisa a opinião de Roxin sobre o tema e afirma que, entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a Prisão Preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte é indispensável em alguns casos para a administração da justiça penal de forma eficiente. A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito; num Estado de Direito, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão, o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins, assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Com isso, o Princípio da Proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da Prisão Preventiva ao estritamente necessário.

De acordo com Nestor Távora (2015) em seu livro Curso de Direito Processual Penal, vale destacar que o Princípio da Presunção de Inocência tem sido

encarado como sinônimo de presunção de não culpabilidade. São expressões equivalentes. Ainda segundo o autor, é certo que na atual ordem constitucional, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória, a culpa não se estabelece.

Por fim, Távora (2015) afirma que a preventiva é medida de exceção, devendo ser interpretada restritivamente, para compatibilizá-la com o Princípio da Presunção de Inocência, afinal, o estigma do encarceramento cautelar é por demais deletério à figura do infrator.

Como assegura Guilherme Nucci (2017) no livro *Prisão, Medidas Alternativas e Liberdade*, em tese, a possibilidade de prisão cautelar, efetuada antes da condenação definitiva, afrontaria o princípio constitucional da Presunção de Inocência. Porém, tal contradição é apenas aparente. A medida cautelar restritiva de liberdade destina-se a garantir a segurança pública, de maneira emergencial, bem como a assegurar o decurso de um processo rápido e eficiente. A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da Presunção de Inocência, segundo a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça.

3.3 Habeas Corpus

No Habeas Corpus 84078-7 de 09/04/2008 sob a relatoria do ministro Eros Grau, o STF decidiu que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título de cautelar. A ampla defesa não pode ser visualizada de modo restrito, pois engloba todas as fases processuais inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso, a execução da sentença após o julgamento do recurso da apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando o desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

O relator diz que a antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados, não do processo penal.

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional de sua dignidade (Artigo 1º, III, Constituição Federal). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgada a condenação de cada caso, ressalva Eros Grau.

A Ementa desse Habeas Corpus decreta a inconstitucionalidade da chamada “Execução Antecipada da Pena” com base no Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal do Brasil, ressaltando o valor da dignidade da pessoa humana (Artigo 1º, III, Constituição Federal do Brasil).

Em contrapartida no Habeas Corpus 126.292 de 17/02/2016 sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki o STF decidiu que há possibilidade de início de execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofendendo o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência. Para o relator, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que permitiria o início da execução da pena.

Tal decisão indica uma mudança no entendimento da Corte que desde 2009 no julgamento do HC 84078, condicionava a execução da pena ao transito em julgado da condenação, mas ressaltava a possibilidade de prisão preventiva.

O exposto na Ementa afirma que a execução de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, 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.

3.4 Casos

O Estadão noticiou que o ex-presidente do Banco do Brasil e da Petrobras Aldemir Bendine teve prisão preventiva decretada pelo juiz Sérgio Moro em 31/07/2017. Aldemir é suspeito de solicitar três milhões em propina para os executivos da Odebrecht. O Ministério Público Federal pediu a conversão da prisão em preventiva sem data para acabar, com base em documentos apreendidos na casa de Bendine. Como fundamento a ordem de prisão, Moro utilizou a boa prova da materialidade e da autoria, bem como os fundamentos, o risco à ordem pública, a instrução e a aplicação da Lei Penal, com base nos Artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal.

Alegando a ausência de requisitos para a decretação da prisão preventiva, a defesa de Aldemir promoveu recurso apreciado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), com sede em Porto Alegre. Tal recurso foi indeferido pelo Tribunal, em 26/09/2017, que manteve a prisão preventiva do réu. Segundo o desembargador João Pedro Gebran Neto “a medida, além de prevenir o envolvimento do investigado em outros esquemas criminosos, também terá o salutar efeito de impedir ou dificultar novas condutas de ocultação e dissimulação do produto do crime, já que este ainda não foi recuperado”.

De acordo com o portal de notícias G1, o ex-presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, após ser cassado e perder o foro privilegiado teve prisão preventiva decretada pelo juiz Sérgio Moro, em 18/10/2016. Com fundamentos ao decreto da prisão Moro alegou a existência de indícios suficientes de autoria do crime com base em provas e documentos apresentados pelo Ministério Público que provam que o réu foi beneficiário de propinas em contratos com a Petrobras. Além disso, também usou terceiros para intimidar testemunhas, colaboradores e advogados na Comissão Parlamentar de Inquérito da Petrobras, segundo Moro “ sem a tomada de medidas mais duras, é de recear que potenciais

testemunhas contra o acusado se sintam igualmente intimadas em revelar a verdade é colaborar com a justiça”.

Em consonância com o caso acima, a Folha de São Paulo (2017) relata que em liberdade há riscos de que Cunha continue praticando delitos “ a habilidade do acusado em ocultar e dissimular propinas, com contas secretas no exterior [...] permanece incólume”, diz Moro. Por fim, o juiz afirma que não se reconhece a extensão dos recursos do ex-deputado em contas no exterior. Isso dificulta a eventual recuperação de dinheiro ilícito pelo Estado. Julgando o recurso, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) decidiu manter a prisão preventiva do ex-deputado, e por unanimidade os desembargadores alegaram a necessidade de manutenção em razão dos riscos de novos crimes, especialmente lavagem de dinheiro.

Como publicado na página de notícias Metrópole em 30/09/2016, Antônio Palocci, ex-ministro do governo Lula e Dilma, teve prisão temporária convertida em preventiva pelo juiz Sérgio Moro em setembro de 2016. O magistrado afirma que “ manter o antigo ministro da Fazenda atrás das grades evita que ele receba os valores restantes de acordos ilícitos e também previne uma fuga para o exterior, onde possivelmente já teria recursos para facilitar a fuga”. O Tribunal Regional da 4ª Região (TRF-4), com sede em Porto Alegre, decidiu em 16/08/2017 manter a Prisão Preventiva de Palocci, por unanimidade. Os desembargadores entenderam que a prisão é necessária por haver riscos de novos atos de lavagem de dinheiro, uma vez que os valores obtidos nos crimes ainda não foram sequestrados pela Justiça.

Respondendo desde 13 de junho por corrupção passiva e lavagem de dinheiro, o ex-diretor da Petrobras, Pedro Augusto Cortes Xavier Bastos, teve seu pedido de Habeas Corpus (HC Nº 5048797-74.2017.4.04.0000) negado pelo desembargador do Tribunal Regional Federal 4 (TRF4) uma vez que está preso preventivamente desde a 41ª fase da Operação Lava-Jato, relata o site de notícias G1.

Segundo o MPF, o réu teria recebido 4,8 milhões de dólares em propina. A defesa alega não haver riscos à recuperação do dinheiro e ao andamento das investigações. Enquanto isso, para o desembargador federal João Pedro Gebran Neto, que negou o HC, “nem mesmo [...] a prisão de outros agentes públicos desencorajou os envolvidos de persistirem na prática delitiva”.

CONCLUSÃO

De acordo com o estudo realizado foi possível constatar que o Princípio da Presunção de Inocência e a Prisão Preventiva são temas conexos, porém, conflitantes, uma vez que, é possível encontrar tanto decisões, julgamentos e opiniões doutrinárias divergentes. Se faz nítido o confronto entre a necessidade de se garantir o cumprimento do Processo Penal e a liberdade do indivíduo.

A Base Principiológica assegurada tanto na Constituição Federal de 1988 quanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Foram apresentados diversos princípios, dentre eles, o de maior destaque foi o Princípio da Presunção de Inocência.

As Medidas Cautelares subdivididas em Prisões e Medidas Alternativas a Prisão que consistem na necessidade de segregação cautelar do suposto autor do delito durante as investigações ou o tramitar da ação penal. Entre as Medidas Cautelares tem se a Prisão Preventiva.

A Lei 12403/11 foi responsável por realizar profundas reformas do código de Processo Penal com a ampliação das medidas cautelares diversas da prisão. Apresentou-se também a opinião de renomados doutrinadores com seus argumentos favoráveis e contrários à possível violação do Princípio da Presunção de

Inocência. Para fomentar a discussão foram expostos por meio de habeas corpus julgados pelo Supremo Tribunal Federal e casos de grande repercussão nacional.

Conclui-se que há um grande debate acerca do tema e que apresenta fortes argumentos tanto no sentido favorável quanto no sentido contrário. Em consequência do estudo realizado notou-se que a maioria dos doutrinadores investigados se posicionam contrários a Prisão Preventiva visto que fere o Princípio da Presunção de Inocência. Portanto, trata-se de um tema atual, com muita possibilidade de discussão e argumentação, pois até mesmo o Supremo Tribunal Federal tem opiniões divergentes.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Julia. Moro Põe Bendine na Prisão. **Estadão**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/moro-poe-bendine-em-prisao-preventiva/>> Acesso em: 23 de outubro de 2017.

ALVES, Sara. Moro decreta prisão preventiva de Palocci. **Metropoles**. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/justica/moro-decreta-prisao-preventiva-de-palocci>> Acesso em: 23 de outubro de 2017.

ARAÚJO, Moacir Martini de. **Lei nº 12. 403/11**: avanço ou retrocesso na busca do sistema ideal?. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2949, 29 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19652>>. Acesso em: 22 agosto 2017.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: volume 1: parte geral. 23ª. ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal**. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARADO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

FREDIE, Júnior Didier. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 19. ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 17. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro, 2015.

LOPES, Júnior Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**. rev. atual. ampl. 6. Ed. São Paulo: Gen, 2012.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. rev. atual. ampl. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. rev. atual. ampl. 13. ed. São Paulo: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão, Medidas Alternativas e Liberdade**. rev. atual. ampl. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

PUPO, Guilherme. Entenda os motivos da prisão preventiva de Eduardo Cunha. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/poder/2016/10/1824605-entenda-os-motivos-da-prisao-preventiva-de-eduardo-cunha.shtml>> Acesso em: 23 de outubro de 2017.

Tribunal Federal mantém prisão preventiva de ex-gerente da Petrobrás. **G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/tribunal-federal-mantem-prisao-preventiva-de-ex-gerente-da-petrobras.ghtml>> Acesso em: 23 de outubro de 2017.

RAMALHO, Renan. TRF-1 decide manter em prisão preventiva ex-deputado Eduardo Cunha. **G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/trf-1-mantem-prisao-preventiva-de-eduardo-cunha.ghtml>> Acesso em: 23 de outubro de 2017.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro (Org.). **Direito Processual Penal – Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. vol. II. São Paulo: Forense, 1967, p. 526.

SILVA, José Afonso da. “A Dignidade da Pessoa Humana Como Valor Supremo da Democracia”. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 212 (Abril/Junho,1998), p. 89.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. rev. atual. ampl. 10. ed. Salvador: Juspodvm, 2015.