

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL  
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI – FDG**

**AMON ABREU DOS SANTOS**

**A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE  
INOCÊNCIA**

**GUARAPARI-ES  
2018**

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL  
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI – FDG**

**AMON ABREU DOS SANTOS**

**A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE  
INOCÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. MSc Elvis Silvaes Pereira

GUARAPARI-ES  
2018

**FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI****FOLHA DE APROVAÇÃO**

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**, elaborado pelo aluno **AMON ABREU DOS SANTOS** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceito pelo curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial da obtenção do título de **BACHAREL EM DIREITO**.

Guarapari, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018.

---

Prof MSc Elvis Silves Pereira  
Orientador

---

Prof. MSc Kélvia Faria Ferreira  
Faculdade Doctum de Guarapari

---

Prof. MSc Patrícia Barcelos Nunes de Mattos Rocha  
Faculdade Doctum de Guarapari

*A todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, fazendo esta vida valer cada vez mais a pena.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à professora Patrícia Rocha pelo apoio e carinho desde a primeira aula no curso de Direito. Aos meus pais pelo afeto e incentivos mútuos na caminhada.

Meus agradecimentos aos colegas e professores que estiveram comigo e me proporcionaram períodos de alegria e de incentivo.

Agradeço pela oportunidade concedida, pois foi de grande relevância na minha vida proporcionada pela instituição Doctum e que essa instituição respeitada continue transformando e mudando vidas.

Agradeço incondicionalmente ao meu orientador Elvis Silves Pereira por ter confiado na minha capacidade, pela compreensão e paciência e por ter me ajudado até aqui. A todos meu muitíssimo obrigado.

# A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Amon Abreu Dos Santos<sup>1</sup>

Elvis Silvaes Pereira.<sup>2</sup>

## RESUMO

O princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, determina que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Logo, a regra é que a pessoa é inocente, e não poderá ser presa antes disso. Porém, a prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar que permite a prisão do indivíduo durante o curso do processo penal, podendo ser decretada de ofício pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante, ou mediante representação da autoridade policial. Dessa forma, ao primeiro olhar, tal prisão seria considerada inconstitucional. Porém, como se observará no decorrer desta obra, a prisão preventiva não só é constitucional como também é admitida pela doutrina e tribunais nacionais como admissível no curso no processo, observados os requisitos legais.

**Palavras-chave:** Prisão Preventiva. Princípio. Presunção de Inocência;

---

<sup>1</sup> Graduando do curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari. Email: amonabreu@outlook.com

<sup>2</sup> Orientador e professor do Curso – na Faculdade Unificada Doctum – Guarapari/ES

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 DA PRISÃO PREVENTIVA.....</b>	<b>9</b>
<b>2.1 Natureza cautelar da prisão preventiva.....</b>	<b>9</b>
<b>2.2 Momento para decretação da prisão preventiva .....</b>	<b>10</b>
<b>2.3 Dos Pressupostos .....</b>	<b>11</b>
2.3.1 <i>Do fumus comissi delicti</i> .....	11
2.3.2 <i>Do periculum libertatis</i> .....	12
<b>3 DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....</b>	<b>13</b>
<b>4 A RELAÇÃO EM TESE CONTRADITÓRIA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO PREVENTIVA.....</b>	<b>15</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>19</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>22</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No curso do processo penal, o direito processual prevê o instituto da prisão cautelar, sem que ainda não tenha uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Podemos conceitua-la como uma medida em que há a privação da liberdade do acusado, ou seja, o encarceramento, mesmo que ainda não tenha sido declarado culpado.

A prisão preventiva é espécie de prisão cautelar que pode ser decretada para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da inscrição criminal, ou para assegurar a aplicação da lei no processo penal.

Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção da inocência onde “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” foi de encontro a esse instituto. Em razão disso, a prisão cautelar vem sendo bastante criticada por aparentar um conflito entre os princípios constitucionais de liberdade pessoal e da presunção da inocência.

O artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que prevê a presunção da inocência, parece ser desafiada por esse tipo de prisão, porque é decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Desde então, esse princípio ficou consagrado como um dos princípios basilares do Estado de Direito, consistindo numa garantia processual penal que visa a tutela da liberdade pessoal. Portanto, o acusado só poderia ser considerado culpado depois de proferida sentença penal condenatória, da qual não caiba mais recurso.

Isto posto, entende-se que a prisão preventiva fere o princípio da presunção de inocência. Dessa forma, a presente obra objetiva medir a constitucionalidade da prisão preventiva em confronto com o princípio da presunção de inocência

O método de pesquisa utilizado é o qualitativo, realizada através de análise de livros, legislações, fonte secundária contida em bancos de dados como Google Acadêmico, Scielo e Biblioteca Virtual. A pesquisa bibliográfica foi realizada através de sites, livros e a legislação, observando o entendimento de vários doutrinadores, como Fernando Capez, Guilherme de Souza Nucci, Paulo Rangel e Alexandre de Moraes.

## 2 DA PRISÃO PREVENTIVA

Regulada pelos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal, a Prisão Preventiva caracteriza-se como uma prisão decretada antes do trânsito em julgado do processo criminal. Deverá ser decretada pela autoridade judicial, podendo ser solicitada pelo delegado, pelo Ministério Público, pelo juiz, e pela vítima, nos casos de Ação Penal de iniciativa Privada (PEREIRA, 2010, online).

A Prisão Preventiva sempre antecede a prisão por condenação, desaparecendo assim quando é declarada. Dessa forma, nos casos de o réu ser preso preventivamente, a prisão cautelar dá lugar à prisão penal (PEREIRA, 2010, online).

### 2.1 Natureza cautelar da prisão preventiva

A prisão preventiva é modalidade de prisão provisória, pois visa dessa forma, garantir a eficácia de um futuro provimento jurisdicional. Por isso, esse tipo de prisão é meramente cautelar, de natureza excepcional, que somente poderá ser fixada quando for necessária. Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

A prisão provisória é medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva. Embora um mal seja indispensável. Deve ser evitada porque é punição antecipada (SÃO PAULO, 2004, p. 564).

Ela difere-se da prisão pena no sentido de ser uma prisão processual, ou seja, seu objetivo é apenas assegurar que a tramitação do processo não seja influenciada pelas ações do acusado fora do ambiente jurídico, onde este poderá intimidar testemunhas e até mesmo fugir. Não tem intenção punitiva, própria da prisão pena, que decorre do trânsito em julgado de sentença (FERNANDES, 2007).

Acerca da natureza cautelar da prisão preventiva Paulo Rangel (2013, p. 792) discorre:

No universo da prisão cautelar de natureza processual, a prisão preventiva seria o sol e as demais prisões (em flagrante, em decorrência da decisão de pronúncia e em decorrência da sentença condenatória) seriam os planetas que o cercam e buscam nele sua fonte de luz, de energia, de sustento de vida.

Ou seja, a prisão preventiva é excepcional e seus objetivos diferentes das demais prisões. Sobre sua importância, explica Gomes Filho (1991, p.58):

As providências cautelares constituem os instrumentos através dos quais se obtém a antecipação dos efeitos de um futuro provimento definitivo, exatamente com o objetivo de assegurar os meios para que esse mesmo provimento definitivo possa vir a ser conseguido e, principalmente, possa ser eficaz.

## 2.2 Momento para decretação da prisão preventiva

De acordo com antiga redação do artigo 311 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva só poderia ser decretada de ofício pelo juiz, seja no curso das investigações, ou no curso do processo criminal. Com o advento da Constituição Federal, a prisão preventiva de ofício deixou de ser possível durante a fase de investigação (OLIVEIRA, 2014, p. 74)

A Lei nº 12.403/2011, pacificou o assunto. De acordo com a nova redação o Código de Processo Penal, em seu art. 311, dispõe que em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, do querelante, ou mediante representação da autoridade policial. Assim sendo, o dispositivo apresenta o rol taxativo dos legitimados ao requerimento da prisão preventiva, não havendo, portanto, outros legitimados senão aqueles (OLIVEIRA, 2014, p. 77).

Respeitado os requisitos legais, fica corretamente possível a decretação da prisão preventiva, mesmo que não houvesse inquérito policial formalmente instaurado, conforme ensino de Távora e Alencar (2017, p. 732):

Admite-se a decretação da preventiva até mesmo sem a instauração do inquérito policial, desde que o atendimento aos requisitos legais seja demonstrado por outros elementos indiciários, como os extraídos de procedimento investigatório extrapolicial.

Nesse sentido, exemplifica Paulo Rangel (2013, p. 793):

[...] sendo o inquérito policial peça prescindível ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, será admissível também a prisão preventiva no curso ou com base nas peças de informação. É perfeitamente possível que o Ministério Público tenha em mãos um processo administrativo que tenha apurado um desvio de conduta de um servidor público, que configure também ilícito penal. Assim, estando concluído o referido processo e nada mais tendo que fazer para caracterizar o comportamento ofensivo á ordem jurídica do servidor, o Ministério Público deve oferecer denúncia e, ser for o caso, requerer a prisão preventiva. Em outras palavras, haverá prisão preventiva decretada no curso de um processo administrativo, sem que haja inquérito policial.

Importante ressaltar que, o juiz deve demonstrar, com os elementos do processo ou do inquérito, a sua necessidade, seja para a pretendida garantia da

ordem pública, ou ordem econômica, seja como conveniência para a instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal sendo sempre cauteloso na decretação desse tipo de prisão (LIMA, 2014, p. 59).

### 2.3 Dos Pressupostos

Os pressupostos e requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva estão elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal (1941), a saber:

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 lei penal, quando houver provas 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 obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Alterado pela Lei 12.403/2011).

Entende-se dessa forma, que a decretação da prisão preventiva exige, a presença de dois pressupostos fundamentais, o *fumus comissi delicti* que se traduz na “fumaça da prática do delito” e o *periculum libertatis*, ou seja, o perigo da liberdade. Ambos serão aprofundados a seguir (PEREIRA, 2010, online).

#### 2.3.1 Do *fumus comissi delicti*

O *fumus comissi delicti* ou “fumaça da prática do delito” é subdividido em dois pressupostos. São estes: indício suficiente de autoria e prova da existência do delito. Expõe Eugênio Pacelli (2014, p. 553):

Observa-se, primeiro, que os requisitos relativos à prova da existência do crime e indício suficiente de autoria constituem o que se poderia chamar de *fumus delicti*, ou a aparência do delito, equivalente ao *fumus boni iuris* de todo processo cautelar. A aparência do delito deve estar presente em toda e qualquer prisão provisória (ou cautelar), como verdadeiro pressuposto da decretação da medida acautelatória.

A prisão preventiva só poderá ser decretada pelo juiz se for demonstrada alguma possibilidade de que o acusado tenha sido o autor ou partícipe do crime.

Diferentemente do momento da prolação da sentença, não se pode exigir para a prisão preventiva a mesma certeza da culpabilidade do acusado. O *in dubio pro reo* vale ao ter o juiz que absolver ou condenar o réu, valendo o máximo que “antes inocentar um culpado que condenar um inocente”, entretanto, ao decidir se decreta

ou não a tutela provisória, não está o douto magistrado atrelado a tal princípio (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 684).

Portanto, neste juízo provisório, não se busca prova plena de autoria, uma vez que este nível de certeza somente é exigido no julgamento da demanda. Não se pode exigir do juízo a mesma série de provas e fundamentos disponíveis ao término da fase instrutória, visto que tal juízo é feito muito tempo antes da apreciação do mérito, pois é meramente cautelar (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 684).

A prova de existência do crime comprova de que o delito realmente aconteceu, mas não pode determinar a prisão preventiva de um indivíduo, privando-se do seu estado de liberdade e inocência (OLIVEIRA, 2014, p. 80).

É fundamental que haja prova, ou seja, a materialidade delitiva deve ser somente suscitada quando se tratar de delitos que deixem vestígios, caracterizando-se assim o *fumus comissi delicti*, pois não basta a mera probabilidade, o juiz precisa ter certeza sobre determinados fatos. Em se tratando da autoria delitiva, o juiz não precisa ter plena certeza, somente basta que haja elementos que permitam afirmar a existência de indícios suficientes, ou seja, o a chamado “indício”, no momento da decisão (OLIVEIRA, 2014, p. 80).

### 2.3.2 Do *periculum libertatis*

Conforme explicação anterior, a prisão preventiva somente é decretada em casos de extrema necessidade, ou seja, é medida excepcional. Durante o processo, a prisão preventiva pode ser revogada se o juiz constatar que o motivo ou os motivos que levaram a decretação dessa prisão já não existir. No entanto, sabe-se que os principais motivos da prisão preventiva é garantir a ordem pública, preservar a instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal, ou seja, se não houver nenhum desses pressupostos, resta ao juiz revogar a medida preventiva (PEREIRA, 2010, online).

Em seu artigo 312, o Código de Processo Penal traz quatro requisitos para a caracterização do *fumus comissi delicti*, sendo suficiente apenas um deles para que a medida cautelar seja decretada. Nessa hipótese busca-se evitar que o acusado, quando não tiver residência fixa, se ausente do distrito da culpa, atrapalhando assim o andamento a garantia da aplicação da lei. Importante frisar que, a ausência no interrogatório não autoriza a decretação da preventiva (PEREIRA, 2010, online).

O juiz só está autorizado a decretar a prisão preventiva com base em elementos concretos constantes dos autos que confirmem que o agente pretende se subtrair à ação da justiça. Baseando-se nessa hipótese, os tribunais já vêm se posicionando, bem como o Supremo Tribunal de Justiça (HC 91.083 DJ de 10/03/08) que já concluiu que “a fuga do distrito da culpa, diante de decreto prisional marcado pela carência de fundamentação, não corporifica, por si só, o risco para aplicação da lei penal, mas, antes, exercício regular de direito: legítima oposição ao arbítrio estatal” (LIMA, 2014, p. 65).

A simples fuga não caracteriza a hipótese de decretação de prisão preventiva com base na garantia de aplicação da lei penal, entretanto, se o acusado age de modo a frustrar a consolidação do direito de punir, atingindo a sociedade em dobro, visto que além de cometer o delito, volta-se contra o processo, não restaria outra alternativa que não a decretação de medida cautelar suficiente para assegurar a justa aplicação da lei (LIMA, 2014, p. 66).

### **3 DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Os princípios têm lugar no ordenamento jurídico como fundamentos, normas que direcionam e orientam o comportamento do intérprete da lei. O sistema brasileiro por admitir um estilo normativo aberto, que aceita regras e princípios, exige que no curso dos processos sejam respeitadas as garantias trazidas pelos mais diversos princípios, desde que aplicados ao caso concreto (GUASTINI, 2003, p. 172).

A palavra presunção tem significado no dicionário como um ato de presumir, ou seja, o cérebro baseando-se em determinados fatos tem a capacidade de pressupor, suspeitar, conjecturar uma possível consequência ou ação. Dessa forma, a suposição que a palavra instiga gera uma conclusão precipitada, que nem sempre poderá ser verdadeira, como por exemplo acreditar que vai chover porque tem nuvens escuras no céu (FERREIRA, 2000, p.268).

O princípio da presunção de inocência parte da suposição que o acusado não é culpado do crime cometido até que as acusações feitas contra ele sejam provadas verdadeiras e determinadas em sentença prolatada por um Juiz de Direito ou Júri Popular, junto de sua pena e cumprimento de sentença (FERRARI, 2012, online).

Tal princípio encontra-se previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988 e o texto gera certo desentendimento doutrinário quanto à sua aplicabilidade em

território nacional. Alguns doutrinadores afirmam que o texto constitucional não é claro, uma vez que não está escrito expressamente que o condenado é presumidamente inocente e sim que ele não será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória:

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

LVII- ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O douto professor Alexandre de Moraes (2007, p. 291) ensina que o princípio da presunção de inocência é de suma importância para a manutenção do Estado de Direito, posto que garante a tutela da liberdade pessoal dentro do processo penal. Dessa forma, exige que o Estado comprove a culpa do acusado que constitucionalmente é considerado inocente, evitando dessa forma um retrocesso aos tempos de arbítrio estatal.

Dessa forma, deverá ser comprovada a materialidade e autoria do acusado para que possa considera-lo culpado. Isso garante que pessoas realmente inocentes não sejam erroneamente acusadas, ainda que seja ao custo da impunidade do culpado. Essa garantia social é premissa do Estado de Direito que também busca instruir a distribuição do ônus da prova de forma objetiva e justa ao processo (FERRAJOLI, 2002, p. 173).

Historicamente a presunção de inocência surgiu com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França com o advento do artigo 9º que considerava todo homem presumidamente inocente até que fosse provado culpado e, nos casos onde era necessária a prisão, que fosse utilizado o rigor necessário, proporcional ao caso, dispensando qualquer excesso (FERRAJOLI, 2002, p. 173).

Por isso, o surgimento do princípio da presunção de inocência no Brasil foi altamente influenciado por tal legislação que foi criada no auge da luta pelos direitos de liberdade individual, onde os valores eram estabelecidos pelo iluminismo e o desejo dominante era reduzir o poder de punir do Estado. Naquela época, considerar o acusado previamente inocente traduzia exatamente esse desejo, mesmo que isso implicasse na liberdade de um culpado (FERRAJOLI, 2002, p. 174).

Com a evolução da sociedade os conceitos vão mudando, e outros princípios e direitos se tornam necessários. A dignidade da pessoa humana tornou-se marco

fundamental para embasamento de todos outros princípios do ordenamento jurídico brasileiro e à luz deste, a presunção de inocência passou a ser analisada como um direito de ampla defesa, que também garante o contraditório (ALBUQUERQUE MELLO, 2010, p. 99).

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 231), entende que tal princípio é base para uma série de regramentos do ordenamento jurídico brasileiro:

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

#### **4 A RELAÇÃO EM TESE CONTRADITÓRIA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO PREVENTIVA**

No entendimento de Fernando Capez (2009, p. 215), a prisão preventiva é uma espécie da prisão cautelar decorrente da decisão de um juiz em inquérito policial ou processo criminal, de ofício ou a requerimento das partes, representação do Ministério Público ou da autoridade policial, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Para que ocorra, deverão ser respeitados os requisitos e pressupostos legais estabelecidos nos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, acrescenta Geraldo Pereira (2010, online):

Assim, embora sem trânsito em julgado da sentença condenatória, há compatibilidade entre a prisão preventiva e o estado de inocência, devendo, entretanto, ficar comprovada a presença dos pressupostos (prova da existência do crime e indício suficiente de autoria) e requisitos (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal) que a autorizam. Disso se extrai que a liberdade é a regra e a prisão exceção, sendo imprescindível, então, demonstrar que a decretação da prisão preventiva se amolda, concretamente, à previsão do art. 312 do Código de Processo Penal, sob pena de coação ilegal, passível de correção por via de ordem de habeas corpus.

Diversos doutrinadores tentaram, em vão, definir o termo “garantia da ordem pública” e encontraram sempre o obstáculo da subjetividade. A justiça não pode punir antecipadamente os atos só porque causam revolta e repercussão social negativa. Tal ação seria abusiva por parte do Estado, violando as garantias constitucionais (MORAIS e NASCIMENTO, 2011, p. 72).

Apesar do termo vago, Guilherme Nucci explica a relevância deste na defesa na sociedade:

A garantia da ordem pública é a hipótese de interpretação mais ampla e insegura na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente (Nucci, 2008, p. 605)

Com o decorrer da obra, ficou claro que haveria uma contradição entre o princípio constitucional da presunção de inocência, onde a pessoa não pode ser considerada culpada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória – onde então passaria cumprir a sentença - e a possibilidade de prisão preventiva que poderá ser decretada a qualquer momento no curso do processo penal (LENZA, 2011).

Porém, o entendimento doutrinário majoritário é que não há qualquer violação de tal princípio. Magalhães Noronha (1983), defende que a decretação da prisão preventiva inspira uma razão de necessidade, que muda em cada caso concreto, mas sempre significa que a restrição da liberdade prevenirá que o acusado saia impune de um crime que tem grandes indícios de ter cometido. Na busca de proporcionar a paz, a legislação “previu e manteve as medidas cautelares de prisão, como o flagrante e a prisão preventiva, como não poderia deixar de fazer, porque são instrumentos indispensáveis à legítima defesa da sociedade” (CARVALHO, 2004).

A Lei nº 12.403/11 trouxe uma nova redação ao artigo 313 do Código de Processo Penal sobre as condições de admissibilidade para decretação da prisão preventiva, como se observa:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer

elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Para alguns, essa nova redação apenas trouxe mais divergência quanto ao desrespeito do princípio constitucional. Para outros a criação de parâmetros e pressupostos necessários para sua decretação garantem que a prisão não seja injusta, incorreta e principalmente inconstitucional, pois existe justificativa suficiente para que ocorra (SILVA E SANTOS, 2011).

O advento do artigo supracitado, contudo, trouxe a chamada prisão para averiguação que se mostrou sim inconstitucional. A Carta Magna defende a necessidade da identificação criminal como forma para o exercício da cidadania. Mas, aquele que se encontra em uma situação de necessidade de identificação criminal, de acordo com o art. 5º, LVIII, CF tem o direito de ser submetido apenas a identificação civil, e não criminal, observadas as situações legais (SILVA e SANTOS, 2011).

Essa prisão para identificação parece aos olhos da sociedade com um ato arbitrário do Estado, incompatível com o processo penal que se embasa nos direitos humanos. "Prender para identificar, sem outras razões, significa sobrepor o direito penal do autor à perspectiva de culpabilidade" (SILVA e SANTOS, 2011)

De acordo com a Constituição Federal, regra é a liberdade e a exceção é a prisão, seja ela qual for. Assim, abstrato será o fundamento da prisão baseado penas na identificação criminal. O Juiz deverá considerar fatos e provas concretos que justifiquem que a prisão é imprescindível. Luiz Flávio Gomes (2011, p. 178) comenta:

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

Nesse diapasão, será inconstitucional uma prisão preventiva não fundamentada, e apenas desse modo. Importante ressaltar que a autoridade judiciária deverá analisar a precisão de alguma medida cautelar, elegendo inicialmente as restritivas de direito e em último caso as privativas de liberdade, como o caso da prisão preventiva (MORAIS E NASCIMENTO, 2011, p. 92).

Quanto a fundamentação da decisão, o artigo 93, IX da Lei Maior destaca:

Art. 93.(...)

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Esse também é o entendimento dos tribunais brasileiros, conforme vê-se:

HABEAS CORPUS. GRAVIDADE GENÉRICA DA INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP.

1. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta ou mantida apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como têm insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.

3. No caso, o magistrado de primeiro grau ateu-se à gravidade genérica do crime, não afirmando, concretamente, de que forma a liberdade do paciente colocaria em risco a ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

4. É bem verdade que a decisão que indeferiu a liberdade provisória invocou o modus operandi da infração como elemento denotador da exigência de garantia da ordem pública. Ocorre que a análise dos autos revela que as circunstâncias em que cometido o crime em questão não extrapolaram a órbita comum do tipo. (BRASIL, 2010).

Quanto as medidas anteriores à prisão preventiva, o artigo 319 do Código de Processo Penal elenca uma série de medidas a serem adotadas:

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 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;

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;

#### IX - monitoração eletrônica.

No caso de não observância da determinação constitucional, de fundamentação criteriosa conforme o caso concreto, a prisão ilegal deverá ser relaxada imediatamente mediante impetração de habeas corpus, conforme LXVII do artigo 5º da Constituição Federal (MORAIS E NASCIMENTO, 2011, p. 117).

A jurisprudência dominante entende que se observados os requisitos de prova da materialidade do crime e indícios de autoria do delito a prisão preventiva não será inconstitucional, e que essa possibilidade afastou ainda mais a ideia de que a prisão preventiva gera algum desrespeito ao estado de inocência do acusado (BAPTISTA, 2011, p. 138).

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No decorrer desta obra pode-se aprofundar sobre a prisão preventiva e sua relação de constitucionalidade com o princípio da presunção de inocência, que causa grandes discussões na seara do processo penal pelo fato de tal prisão violar o princípio da presunção de inocência.

No primeiro capítulo discutiu-se sobre os aspectos procedimentais e processuais da prisão preventiva, delimitando sua natureza cautelar, seus pressupostos para decretação e requisitos que apenas quando preenchidos e devidamente justificados poderão fundamentar a decisão de decretação da prisão preventiva.

O segundo capítulo destinou-se a destrinchar os liames do princípio da presunção de inocência, analisando-o conforme entendimento doutrinário. O fato de a Constituição não ter explicitamente definido que toda pessoa é considerada presumidamente inocente causa grande discussão e desentendimento no mundo jurídico. Porém, a maioria entende que “ninguém será considerado culpado” é justificativa suficiente para que não haja o julgamento antecipado dessa pessoa.

Finalmente, no terceiro capítulo, estabeleceu-se a relação entre a prisão preventiva e o princípio da inocência. O conflito baseia-se na premissa de que se a pessoa não pode ser considerada culpada antes do trânsito em julgado da sentença penal que o condenou, conforme determina o princípio supracitado, a decretação da prisão preventiva dessa pessoa seria considerada inconstitucional, pois seria uma

forma de afirmar que a pessoa já é culpada e iniciou o cumprimento de sua pena, o que não é verdade.

A prisão preventiva é meramente processual, e visa garantir o bom curso do processo, sem que haja interferência do investigado. Ela não tem caráter de pena. Outrossim, para que seja decretada precisa ser muito bem fundamentada e cumprir os requisitos legais estabelecidos no Código de Processo Penal. Desta feita, não poderia ser considerada inconstitucional.

## **ABSTRACT**

The constitutional principle of the presumption of innocence, provided for in article 5, LVII, of the Federal Constitution, stipulates that no one shall be considered guilty before a final sentence of conviction becomes final. Therefore, the rule is that the person is innocent, and can not be arrested before that. However, pre-trial detention is a form of pre-trial detention that allows the individual to be arrested during the course of the criminal proceedings, and may be decreed ex officio by the judge, at the request of the Public Prosecutor, by the plaintiff, or by representation of the police authority. Thus, at the first glance, such arrest would be considered unconstitutional. However, as will be seen in the course of this work, preventive detention is not only constitutional but also admitted by national doctrine and courts as admissible in the course of the proceedings, subject to legal requirements.

**Keywords:** Preventive Detention. Principle. Presumption of Innocence;

## BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE MELLO, Sebastián Borges de. **O Conceito Material de Culpabilidade**: O fundamento da Imposição da Pena a um Indivíduo Concreto em face da Dignidade da Pessoa Humana. Salvador: Juspodivm. 2010.
- BAPTISTA, Henrique. Esperança de mudança. **Revista Jurídica Visão Jurídica**, São Paulo, n.65, p. 78-79, out. 2011.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em 30 mai 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 27 maio. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 91.083**. Relator: Ministra Maria Thereza. Brasília Dj. 10 mar. 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17570042/habeas-corpus-hc-166258>>. Acesso em out 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 163524/DF**. 6ª Turma. Relator: Relator Ministro OG Fernandes. Habeas Corpus. Gravidade Genérica da Infração. Ausência dos Requisitos do Art. 312 do CPP. Distrito Federal, julgado em 18/05/2010. DJe 09 ago. 2010.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004.
- FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: RT, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRARI, Rafael. O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em:<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11829](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11829)> Acesso em ju. 2018.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**. Século XXI. O minidicionário da língua portuguesa, 4ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Nova Fronteira, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. A lei das Medidas cautelares é um avanço?. **Consultor Jurídico**, 23 jun. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-23/coluna-1fg-lei-medidas-cautelares-alternativas-avanco>. Acesso em out 2018.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014.

MORAES; Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Paulo Lász de; NASCIMENTO, Felipe Pinheiros. A efetividade do princípio da presunção de inocência diante da nova lei de prisão e medidas cautelares nº 12.403, de 04.05.2011. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre-RS, n.69, p. 9-16, ago-set. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Geraldo Lopes. Prisão preventiva e o estado de inocência. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 15, n. 2637, 20 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17447>> Acesso em: 25 de jul. de 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

SILVA, Amaury; SANTOS, Felipe Miranda dos. **Liberdade Provisória e outras medidas cautelares**. Leme: J. H. Mizuno, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12<sup>a</sup>. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.