



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ANÁLISE CRÍTICA SOBRE AS INTERPRETAÇÕES DOS INSTITUTOS JURÍDICOS DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PRISÃO PREVENTIVA

Rita de Cássia Nascimento

Rio de Janeiro
2019

RITA DE CÁSSIA NASCIMENTO

ANÁLISE CRÍTICA SOBRE AS INTERPRETAÇÕES DOS INSTITUTOS JURÍDICOS DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PRISÃO PREVENTIVA

Artigo científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* em Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

ANÁLISE CRÍTICA SOBRE AS INTERPRETAÇÕES DOS INSTITUTOS JURÍDICOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PRISÃO PREVENTIVA

Rita de Cássia Nascimento

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo

Este artigo de revisão bibliográfica tem por objetivo analisar criticamente a respeito das interpretações dos institutos jurídicos da presunção de inocência e da prisão preventiva. Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal recentemente mudou o entendimento da presunção de inocência instituída na Constituição Federal de 1988, com o propósito de acabar com a impunidade. Assim, o acusado fica preso enquanto aguarda o julgamento do recurso em segundo grau. Anteriormente, o réu podia recorrer em liberdade como estabelece o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988. Constata-se que a maioria dos doutrinadores e magistrados entende que a antecipação cautelar da prisão não se mostra incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, no entanto, devem ser resguardados os pressupostos legais para a antecipação da prisão e, também, que seja avaliada sua real necessidade, já que a regra é a liberdade do acusado. Verifica-se que a ocorrência dos dois institutos não se contrapõe com o direito do indivíduo de ser presumido inocente e o direito estatal de garantir a eficácia do processo penal. A partir das restrições apresentadas pela própria legislação que permite assegurar ao acusado uma série de garantias fundamentais para impedir a arbitrariedade do Estado no processo penal, é possível a convivência harmoniosa entre o princípio da presunção da inocência e o instituto da prisão preventiva.

Palavras-chave – Presunção de inocência. Prisão preventiva. Princípio da não culpabilidade.

Sumário – Introdução. 1 – Institutos do princípio da presunção de inocência e da prisão preventiva. 2 – Medidas cautelares diversas em relação à prisão preventiva. 3 – Aspectos relacionados ao princípio da segurança jurídica. 3.1 Análise da prisão preventiva versus o princípio da presunção de inocência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tece uma análise crítica sobre as interpretações dos institutos jurídicos da presunção de inocência e da prisão preventiva fundamentada na Carta Magna, que assegura o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. Essa garantia constitucional objetiva tutelar a liberdade do sujeito, ao presumir sua inocência, sendo de responsabilidade do Estado provar a sua culpabilidade, uma vez que se considera a sua inocência como regra.

Dentro desta perspectiva, tem ocorrido debate acirrado a respeito da garantia de presunção de não culpabilidade na área jurídica, que é compreendido como princípio que

impossibilita a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal.

No caso da prisão cautelar, a Suprema Corte tem enfatizado que a sua decretação não é proveniente de qualquer propósito de antecipação de pena ou da execução penal, estando ligada a pressupostos associados, principalmente, à exitosa persecução criminal. Existem muitas discussões e entendimentos doutrinários distintos quanto à aplicação da prisão preventiva e à necessidade de ser seguido o princípio constitucional da não culpabilidade. No entanto, a doutrina majoritária e a jurisprudência vêm pacificando esse conflito.

Assim, o debate no âmbito jurídico continua sobre a constitucionalidade ou não da prisão preventiva, propiciando margem a interpretações diversas acerca do princípio da não culpabilidade e remetendo às seguintes reflexões: é possível a convivência e aplicação harmônica dos institutos do princípio da presunção de inocência e da prisão preventiva? quais são as medidas cautelares instituídas pelo ordenamento jurídico? Em que circunstâncias a prisão preventiva é inconstitucional?

O primeiro capítulo deste trabalho apresenta o princípio da presunção de inocência contemplada na Constituição Pátria e o dispositivo da prisão cautelar, passando a haver divergência entre a liberdade individual e a aplicação da lei processual penal.

O segundo capítulo trata das medidas cautelares diversas instituídas por dispositivos jurídicos em relação à prisão preventiva e, dessa forma, devem ser levadas em consideração pelo magistrado.

O terceiro capítulo analisa os pressupostos que devem ser observados antes da decretação da prisão preventiva, cuja matéria apresenta-se como um confronto entre importantes institutos antagônicos, a liberdade individual e o princípio da presunção de inocência confrontando-se com a segurança pública e o poder punitivo do Estado.

Quanto à metodologia utilizada é a dialética, pois está fundamentada em doutrinas constitucionais e processuais, em legislações tanto processual quanto constitucional, e em várias jurisprudências, e pretende-se usá-las para confrontar as correntes e possíveis visões doutrinárias que são divergentes.

A coleta de dados ocorre por meio de livros, artigos de revistas ou de sites jurídicos, trabalhos acadêmicos, legislações e jurisprudências. Trata-se de um estudo qualitativo e o método de abordagem é o dedutivo, considerando as análises das diretrizes da prisão preventiva e do princípio constitucional da não culpabilidade.

1. INSTITUTOS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PRISÃO PREVENTIVA

O princípio da não culpabilidade está introduzido na nossa Constituição, no art. 5º, LVII, que nenhuma pessoa será considerada culpada até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, evidenciando, de modo explícito o direito positivo constitucional¹. Portanto, a norma constitucional assegura a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O trânsito em julgado ocorre quando a decisão não comporta mais recurso ordinário, especial ou extraordinário². Essa garantia de inocência é que suporta a prescrição do inciso LXXV, segundo o qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”³.

O debate sobre o significado da garantia de presunção de inocência tem sido acalorado no direito brasileiro, o princípio impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal. O Supremo Tribunal Federal confirmou que “o princípio constitucional da não culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória”⁴.

A Lei nº 12.403, de 4 de julho de 2011, tem como objetivo evitar o encarceramento provisório do indiciado ou acusado quando não houver necessidade da prisão. Nessa perspectiva, houve muitas mudanças legais no Título IX, o qual passou a ter a seguinte rubrica: “Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”⁵.

A partir desta Lei, a decretação da prisão preventiva demanda a imprescindibilidade da medida para a segurança do processo. A custódia cautelar tornou-se medida excepcional. Mesmo considerando sua urgência e necessidade, só será decretada se não houver nenhuma outra opção menos severa capaz de tutelar a eficácia da persecução penal, ou seja, é uma medida excepcional, imposta somente em último caso (CPP, art. 282, § 6º)⁶.

¹ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

² SILVA, José Afonso da. *Comentários contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

³ *Ibidem*.

⁴ SUPREMO Tribunal Federal. *HC 80.174*, rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ de 12-04-2002; *HC 75.077*, rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ de 15-5-1998; *HC 73.489*, rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 13-9-1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?...660411>>. Acesso em: 1 out. 2018.

⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 520.

⁶ *Ibidem*.

Antes do trânsito em julgado da condenação, o indivíduo só pode ser preso em três ocasiões: flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária. Contudo, só pode permanecer nessa condição em duas delas: prisão preventiva e prisão temporária. Todas as prisões preventivas decretadas devem ser revistas, não é o caso de uma libertação automática dos presos, mas condicionada à avaliação do indivíduo, criteriosa e fundamentada dos requisitos legais em cada situação. Embora, as medidas cautelares tenham tornado a prisão preventiva de difícil aplicação, haverá casos em que elas não serão suficientes para assegurar o processo ou proteger a sociedade, sendo preciso a segregação cautelar para resguardar a investigação policial e a instrução criminal⁷.

Capez⁸ define a prisão processual de natureza cautelar imposta pelo juiz em qualquer etapa da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem atendidos os requisitos legais e confirmarem as razões autorizadoras.

O eminente doutrinador Capez⁹ ressalta que a prisão preventiva é modalidade de prisão provisória, ao lado do flagrante e da prisão temporária. Esse tipo de prisão tem natureza cautelar, conforme já mencionado, objetiva assegurar a eficácia do futuro provimento jurisdicional, mas deve ser evitada, pois trata-se de uma punição antecipada. Seus pressupostos são: necessidade, urgência e a insuficiência de qualquer outra medida coercitiva menos drástica, dentre as inseridas no art. 319, do CPP.

Em conformidade com a Súmula 9, do STJ, a prisão provisória não fere o princípio constitucional de presunção de inocência, segundo a Constituição Federal, art. 5º, LVII, mesmo porque a própria Carta Magna concebe a prisão provisória nos casos de flagrante, CF, art. 5º, LXI e crimes inafiançáveis, CF, art. 5º, XLIII. Pode, então, ser prevista e disciplinada pelo legislador infraconstitucional, sem ferir a presunção de inocência¹⁰.

Mendes e Branco¹¹ destacam que no caso de prisão cautelar, o STF tem enfatizado que a sua decretação não é decorrente de qualquer propósito de antecipação de pena ou da execução penal, estando jungida a pressupostos atrelados, principalmente, à exitosa persecução criminal. Por outro lado, as medidas cautelares são legítimas ligadas ao processo, com a adoção de certas medidas de caráter investigatório, como, por exemplo, a interceptação telefônica.

⁷ CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 520.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 571.

No entanto, só pode ser imposta quando preencher os requisitos de tutela cautelar (*fumus boni iuris e periculum in mora*). Desse modo, dispõe o art. 312, do CPP, que a prisão preventiva pode ser decretada: “para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (*periculum in mora*) quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus boni iuris*)”.¹² Não há prisão preventiva obrigatória, pois, nessa situação, existiria uma execução antecipada da pena privativa de liberdade, ferindo, assim, o princípio do estado de inocência. Se o indivíduo for preso sem necessidade de se acautelar o processo, essa prisão não será processual, mas uma antecipação da execução da pena, sem formação de culpa e sem julgamento definitivo.

A prisão preventiva somente será decretada dentro de nossa esfera constitucional, quando apresentada a presença dos requisitos da tutela cautelar. Capez¹³ ressalta mais uma vez que a medida é excepcional e, mesmo justificado o *periculum in mora*, não será imposta, caso haja outra medida menos grave ao direito de liberdade, dentre as dispostas no art. 319, do CPP¹⁴.

2. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS EM RELAÇÃO À PRISÃO PREVENTIVA

A promulgação da Lei nº 12.403/2011 sistematiza e atualiza a tratativa da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança¹⁵. A inovação legislativa corresponde aos projetos de Leis que objetivam à realização de reformas pontuais no Código de Processo Penal brasileiro, por conta da necessidade de adequação com os princípios instituídos pela nossa Carta Magna de 1988, e apresenta especial propósito de extinguir o caráter inquisitório do Código, resultado do contexto histórico em que foi criado.

A partir dessa Lei, todas as restrições de direitos pessoais e à liberdade de locomoção inseridas no Código de Processo Penal, que ocorrem antes do trânsito em julgado das decisões, recebem a denominação de medidas cautelares. Antes da sentença final, é fundamental a

¹² BRASIL. *Código de Processo Penal, artigo 312*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/.../artigo-312-do-decreto-lei-n-3689>>. Acesso em: 1 out. 2018.

¹³ CAPEZ, *op. cit.*

¹⁴ BRASIL. *Código de Processo Penal, artigo 319*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10651224/artigo-319-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>>. Acesso em: 1 out. 2018.

¹⁵ _____. *Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

demonstração dos requisitos de necessidades e urgência para a prisão cautelar (artigo 282, do Código de Processo Penal)¹⁶.

Desse modo, as medidas cautelares não podem ser adotadas pela discricionariedade do juiz, uma vez que o legislador teve o cuidado de evidenciar no dispositivo legal alguns critérios para sua aplicação. O magistrado também deve obedecer outros requisitos indispensáveis, como, por exemplo: a instrumentalidade das medidas cautelares; prova da existência do crime; indícios da autoria; princípio da presunção de inocência; o risco que pode apresentar a liberdade do acusado; o princípio da proporcionalidade; o princípio da intervenção mínima; relação custo-benefício; e a justificação teleológica da medida¹⁷.

Conforme mencionado, antes de adotar qualquer medida restritiva de liberdade, deve-se observar a possibilidade da aplicação de outras medidas coercitivas menos drásticas e previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal:

Artigo 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 eletrônica¹⁸.

As medidas cautelares alternativas ou substitutivas elencadas pelo artigo 319, do Código de Processo Penal, representam grande inovação abarcada pela Lei nº 12.403/2011. Dessa forma, o juiz dispõe de nove medidas cautelares para evitar o encarceramento antes do

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Eduardo. Medidas cautelares no processo penal. Monografia (Pós-Graduação), Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro, 2013, p. 68. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videteca/monografia/Monografia_pdf/2013/CarlosEduardoGoncalves_Monografia.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2018.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ BRASIL. Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

trânsito em julgado da decisão condenatória. Esse dispositivo fundamenta o pensamento da excepcionalidade da prisão, sendo, a regra, responder o processo em liberdade.

O artigo 319, IX, do Código de Processo Penal, apresenta outra dimensão à monitoração eletrônica, ou seja, a medida pode ser adotada aos presos provisórios, seja isoladamente, seja em conjunto com outras das oito medidas elencadas pela Lei nº 12.403/2011¹⁹. Embora, a discussão entorno da violação do princípio da dignidade humana no uso de braceletes ou tornozeleiras com a finalidade de monitorar a pessoa, Gonçalves²⁰ acredita que não se configura violação, desde que o dispositivo seja discreto e não ostensivo.

Observa-se que a criação dessas medidas cautelares não tem a intenção de abolir a prisão provisória, mas, tão somente, de se fazer presente o seu caráter de excepcionalidade, somando-se, a partir dessa lei, a subsidiariedade, já que, além de ser utilizada em casos extremos, a prisão deve ser trabalhada quando não for suficiente uma das outras medidas²¹.

As medidas cautelares dispostas no Código Penal são a prisão domiciliar (Capítulo IV, CPP, artigos 317 e 318) e cautelares distintas da prisão (Capítulo V, CPP, artigo 319 e ss.)²², conforme tratadas acima. As medidas previstas não foram elencadas de maneira graduada, ou em ordem de proporcionalidade. A opção por determinada restrição, no caso concreto, vai depender da apreciação judicial de sua necessidade, da proporcionalidade da restrição, e será sempre pautada, nos termos do art. 282, do CPP²³.

Dentre essas cautelares, deve ser ressaltada a reabilitação da fiança, que passa a ser cautelar autônoma e exigível mesmo na ausência dos requisitos para a prisão preventiva, superando as dificuldades de interpretação oriundas do antigo parágrafo único do art. 310, CPP.²⁴ Outra medida que desperta atenção é o monitoramento eletrônico, que deve ser empregado sempre em conjunto com outra medida cautelar, tendo em vista que o simples controle dos movimentos do réu não tem utilidade alguma se desacompanhada de outra restrição cumulativa como a proibição de frequentar certos locais ou a prisão domiciliar²⁵.

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 12.403*, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

²⁰ GONÇALVES, op. cit., p. 70.

²¹ Ibidem.

²² BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/.../artigo-312-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>>. Acesso em: 1 out. 2018.

²³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (Lei 12.403/11): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. Ano 1, v. 1, n. 1, p. 263-273, junho 2013, p. 270. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7152>>. Acesso em: 10 out. 2018.

²⁴ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/.../artigo-312-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>>. Acesso em: 1 out. 2018.

²⁵ Ibidem.

Vale lembrar que a Lei nº 12.258/2010²⁶, artigo 146-B, introduziu o monitoramento eletrônico no ordenamento jurídico brasileiro nas hipóteses de saída temporária no regime semiaberto e de prisão domiciliar, com o propósito de retirar o sujeito do encarceramento quando o mesmo apresentar condições de cumprir a pena longe da penitenciária. Por sua vez, a Lei nº 12.403/2011 dispõe sobre o monitoramento eletrônico como medida cautelar alternativa à prisão de forma a evitar que mais pessoas ingressem ao cárcere²⁷.

O artigo 146-C, da Lei nº 12.258/2010²⁸, prevê os cuidados que o réu deve adotar quando está sendo monitorado por essa medida, tais como: receber visitas do servidor responsável pela fiscalização, respondendo aos seus contatos e cumprindo às suas orientações (inciso I); não remover, violar, modificar ou danificar o dispositivo de monitoração instalado, sequer possibilitando que outro o faça (inciso II)²⁹.

A infração a qualquer dos incisos relacionados no art. 146-C³⁰, da lei mencionada poderá ocasionar a regressão de regime, a revogação da autorização referente à saída temporária, a revogação da prisão domiciliar, ou em advertência, por escrito, em todos os casos de não observação das seguintes disposições legais: artigo 146-C, parágrafo único, incisos I, II, VI e VII, da Lei nº 12.258/2010. A autorização para a utilização dessa medida é do juiz da execução penal, ouvido o Ministério Público e a defesa do apenado. Quanto ao modelo do equipamento usado pela pessoa a lei deixou a cargo dos Estados e da União³¹.

A Lei nº 12.403/2011³² introduziu o monitoramento eletrônico como medida cautelar diversa da prisão. É instituída a possibilidade de uso do monitoramento eletrônico na fase processual, com a opção de aplicação de medidas alternativas ao invés de decretar a prisão preventiva, por ser tida como medida mais benéfica ao apenado. Então, o juiz disponibiliza com essa lei diversas medidas cautelares antes de decretar a prisão, inclusive o monitoramento eletrônico³³.

²⁶ BRASIL. *Lei nº 12.258*, de 15 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

²⁷ ZANOTTO, Arlene Boff; BERTANI, Bianca Corbellini. Monitoramento eletrônico: uma possibilidade de pena alternativa à prisão. *Revista Destaques Acadêmicos*, v. 5, n. 2, p. 97-110, 2013, p. 105. Disponível em: <<http://univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/306/302>>. Acesso em 8 out. 2018.

²⁸ BRASIL. *Lei nº 12.258*, de 15 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

³¹ ZANOTTO; BERTANI, op. cit., p. 105

³² BRASIL. *Lei nº 12.403*, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

³³ ZANOTTO; BERTANI, op. cit., p. 105.

Com o advento da Lei nº 12.403/2011³⁴, verifica-se avanços do legislador no combate à prisão indiscriminada, banindo a péssima cultura judicial do nosso país de prender cautelarmente os que são tidos como não culpados antes do trânsito em julgado, pela Carta Magna de 1988, tendo como base, única e exclusivamente, a opinião do julgador sobre a gravidade do fato.

Vale ressaltar que a Lei nº 12.403/2011³⁵ foi muito positiva ao regular o cabimento da liberdade provisória cumulada com outras cautelares, quando ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva³⁶. Assim, o magistrado pode conceder liberdade provisória, estipulando, dependendo do caso, as medidas cautelares dispostas no artigo 319, do Código de Processo Penal, e observados os critérios instituídos no artigo 282, do Código, já dito anteriormente, que são a necessidade e adequação.

Outro aspecto importante mencionado por Sá³⁷ é a possibilidade de que a prisão preventiva seja substituída pela domiciliar, quando se trata de indiciado ou acusado maior de setenta anos, ou sujeito a graves consequências de doença severa, ou quando necessário cuidados especiais de menor de sete anos de idade, ou de deficiente físico ou mental, além da gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo a gestação de alto risco, devendo o magistrado, em todos os casos, exigir prova idônea destas situações.

3. ASPECTOS RELACIONADOS AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica depende do tratamento, ou seja, da obrigatoriedade do Direito. Nesse sentido, Reale³⁸ destaca sobre a obrigatoriedade ou a vigência do Direito, e explica que a ideia de justiça se associa diretamente a ideia de ordem. “No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético”.

Ainda, de acordo com Reale³⁹, que segundo postulado da ordem jurídica positiva: “em toda comunidade é mister que uma ordem jurídica declare, em última instância, o que é lícito

³⁴ BRASIL. *Lei 12.403*, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

³⁵ Ibidem.

³⁶ GONÇALVES, op. cit., p. 71.

³⁷ SÁ, Rodrigo Moraes. *Tutela cautelar penal e a prisão preventiva*. 2018. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigocientificotutelacautelareaprisaopreventiva.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

³⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 171.

³⁹ Ibidem.

ou ilícito”. De fato, verifica-se que a obrigatoriedade do direito compõe a segurança jurídica, e a mesma está atrelada ao valor de justiça de cada sociedade.

No entendimento de Souza,⁴⁰ a segurança está implícita no valor justiça. O doutrinador explica “ainda que se a lei é garantia de estabilidade das relações jurídicas, a segurança se destina a estas e às pessoas em relação; é um conceito objetivo, a priori, conceito finalístico da lei”.

A respeito dos aspectos que constituem efetividade ao princípio, tem a segurança jurídica que é garantida pelos seguintes princípios:

Irretroatividade da lei, coisa julgada, respeito aos direitos adquiridos, respeito ao ato jurídico perfeito, outorga de ampla defesa e contraditório aos acusados em geral, ficção do conhecimento obrigatório da lei, prévia lei para a configuração de crimes e transgressões e cominação de penas, declarações de direitos e garantias individuais, justiça social, devido processo legal, independência do Poder Judiciário, vedação de tribunais de exceção, vedação de julgamentos parciais, etc.⁴¹

Dessa forma, verifica-se que o princípio da segurança jurídica possui dependência com direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988⁴², sendo estas os institutos que lhe darão maior efetividade.

Quanto à lei como fonte de segurança jurídica, Bonavides⁴³ entende que a democracia moderna:

Oferece problemas capitais, voltados às ligadas às contradições internas do elemento político sobre que se apoia (as massas) e à hipótese de um desvirtuamento do poder, por parte dos governantes, pelo fato de possuírem estes o controle da função social e ficarem sujeitos à tentação, daí decorrente, de o utilizarem a favor próprio (caminho da corrupção e da plutocracia) ou no interesse do avassalamento do indivíduo (estrada do totalitarismo).

Nesse mesmo entendimento o doutrinador Souza⁴⁴ observa que o legislador quando legisla, está mais atrelado ao Estado, em cuja direção costuma-se nortear, por meio de vínculos partidários e de poder. É verdade que, nas democracias contemporâneas, o Legislativo está muito ligado, senão subordinado, ao Executivo.

⁴⁰ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996, p. 128.

⁴¹ MARTINS, Eliezer Pereira. *Segurança jurídica e certeza do direito*. 2000. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

⁴² BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 203.

⁴⁴ SOUZA, op. cit.

Assim sendo, é a lei que deve representar a vontade da sociedade, devendo o seu aplicador, por meio do processo hermenêutico, tentar melhor subsumir a norma ao fato concreto na busca da justiça social.

Em relação às decisões liminares, as mesmas objetivam resguardar os direitos que não podem aguardar o tempo necessário à formação do juízo de certeza demandado para a prolação da sentença.⁴⁵ Ao analisar minuciosamente a matéria, nota-se que o propósito da concessão das medidas liminares corresponde a tentativa de resguardar direito indispensável dos cidadãos, fato este inserido no princípio da segurança jurídica.

O debate que envolve o princípio da segurança jurídica se confrontando com as decisões individuais e colegiadas recai simplesmente no nível de certeza considerando certos julgamentos. O doutrinador Souza⁴⁶ corrobora que independente da decisão ser individual ou colegiada, “ela irá conter um *holding*, uma essência uma *ratio decidendi*”.

Nesse contexto, nosso ordenamento jurídico tem uma estrutura lógica, de uma ordem, que considera a decisão colegiada mais certa do que a individual, considerando “existir o acolhimento pela comunidade jurídica e pela sociedade, daquele ‘justo’ determinado pelo colegiado, como certeza do direito, e que pela jurisprudência se transmuda em nova segurança jurídica”.⁴⁷

Ao analisar a jurisprudência, fonte do Direito, o jurista Reale⁴⁸ entende como uma exigência de um conjunto de julgados que conservam entre si, uma linha fundamental de continuidade e coerência. Dessa maneira, o autor corrobora de que a jurisprudência detém uma função reveladora do Direito, que produz uma norma que vem a completar o seu sistema objetivo.

Para Diniz⁴⁹, a relevância normativa da jurisprudência é a criação das súmulas “que se revestem no enunciado que se resume uma tendência sobre determinada matéria, decidida contínua e reiteradamente pelo tribunal, constitui uma forma de expressão jurídica, por dar certeza a certa maneira de decidir”.

Dessa feita é que o judiciário, sendo representado especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, possui uma função jurídica-política, que se traduz no instante em que são sumuladas

⁴⁵ CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. O princípio da segurança jurídica. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 118, 30 out. 2003. Disponível em: <<https://www.jus.com.br/artigos/4318>>. Acesso em: 23 set. 2018.

⁴⁶ SOUZA, op. cit.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 168.

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 294-295.

os assuntos de maior interesse para o ordenamento jurídico. Para Streck⁵⁰, cada sociedade apresenta um segmento jurídico que a norteia, isto é, os anseios da sociedade influenciam diretamente em relação às mudanças no ordenamento jurídico. O doutrinador acentua que a Constituição “não tem somente a tarefa de apontar o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados”.

Assim sendo, a Constituição para assegurar o princípio da segurança jurídica, não deve ser sobreposta pelos interesses dos legisladores, tais interesses desvirtuados das suas finalidades, qual seja, da representação justa dos anseios de toda sociedade⁵¹. Portanto, a Carta Magna deve ser tida como topos hermenêutico, inspirando toda a interpretação do sistema jurídico.

Adentrando na análise da prisão preventiva versus o princípio da presunção de inocência, observa-se que o princípio da presunção de inocência é denominado como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade. A Constituição Federal/88 dispõe este princípio em seu artigo 5º, LVII, conforme mencionado anteriormente: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁵²

Assim, existem doutrinadores que são a favor da decretação da prisão preventiva e a consideram legal, mesmo em conflito com o princípio da presunção de inocência, enquanto, outros consideram a prisão provisória ilegal, segundo os quais ela não poderá ser decretada, tendo em vista que a mesma fere o princípio da presunção de inocência.

Verifica-se que a corrente pensante sobre a ilegalidade da prisão provisória, uma vez que não há sentença penal condenatória transitada em julgado, desrespeita o princípio da presunção de inocência, isto é, caso decretada a prisão provisória, ocorre a inviolabilidade de garantias constitucionais, pois todo indivíduo é presumidamente inocente até que se prove sua culpabilidade, e se a mesma for comprovada, será constatada no decorrer da instrução processual, devendo ser asseguradas a todas as pessoas garantias de defesa.

Ainda na seara dessa corrente, os doutrinadores pensam que, por ocasião da decretação da prisão preventiva não se tem garantia de ela ser justa e legal, considerando que não há todo o trâmite processual, concentrando apenas nas mãos do julgador o poder único de recolher a

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 33.

⁵¹ CHACON, op. cit.

⁵² BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

prova, além de que, mesmo provisoriamente, provocará transtorno e ônus para o acusado, seus familiares e amigos.

Silva⁵³ em seu parecer jurídico sobre o caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que foi processado e condenado no âmbito da denominada “Operação Lava Jato”⁵⁴, é terminantemente contra a possibilidade de execução criminal após a condenação assentada em segundo grau de jurisdição antes do trânsito em julgado. Para o professor, constitui flagrante constrangimento ilegal.

Em relação à prisão preventiva em face do princípio constitucional da presunção de inocência, ao constatar que não existe violação ao mencionado princípio, e seja decretada segundo os pressupostos a toda medida, cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) e os requisitos legais para a decretação, não tem porquê dizer que é arbitrário.

Na linha de pensamento sobre a legalidade da prisão preventiva, o eminente Ministro Barroso⁵⁵, do Supremo Tribunal Federal, defende a seguinte tese de julgamento:

É legítima a execução provisória da pena após a decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados, devendo-se conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 283 do Código de Processo Penal, para excluir interpretação diversa.

Vale ressaltar que o Código de Processo Penal, artigo 316, estabelece que o magistrado pode revogar a prisão preventiva se, no decorrer do processo, verificar a ausência de motivo para que subsista, e poderá decretar novamente em caso de necessidade.⁵⁶

Cabe lembrar que o Supremo Tribunal Federal mudou o entendimento da presunção de inocência disposto na Carta Magna com o propósito de acabar com a impunidade. Com esse novo entendimento, o Supremo alterou a própria jurisprudência, dando novo sentido à expressão trânsito em julgado inserida no artigo 5º, da Constituição Federal/88, de acordo com o artigo, o réu é inocente até que se esgotem todas as possibilidades de recurso.

Com base na exposição acima, observa-se que a prisão preventiva não é incompatível com o princípio da presunção de inocência, mas devem ser analisados os pressupostos legais

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Parecer*. A consulta e questão de ordem. São Paulo, 28 mar. 2018.

⁵⁴ Operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Grandes casos*. 2019. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br>>. Acesso em: 14 maio 2019.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Ações declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44*. 2018.

⁵⁶ COSTA, Michael Henrique Lima. Prisão preventiva em face ao princípio da presunção de inocência. *Colloquium Humanarum*, v. 14, n. especial, p. 757-763, jul.-dez. 2017. Disponível em: <<http://www.unoeste.br/site/enepe/2017/suplementos/area/Humanarum>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

para avaliar a necessidade da antecipação da prisão. Portanto, é factível o estabelecimento da harmonia entre o princípio da presunção da inocência e a prisão preventiva.

CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal mudou o entendimento da presunção de inocência instituída na Carta Magna de 1988, com o propósito de acabar com a impunidade. A partir de então, o acusado fica preso enquanto aguarda o julgamento do recurso em segundo grau. Antes dessa decisão, o réu podia recorrer em liberdade como dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

Igualmente, o réu com base na ampla defesa, deverá ter assegurado todos os recursos jurídicos disponíveis em função de sua defesa. Sendo tal direito uma consequência da presunção de inocência. Em contrapartida, qualquer prisão cautelar imposta ao sujeito, sem a devida fundamentação dos pressupostos e a presença de aspectos necessários ao convencimento do juiz, será considerada como medida antecipadora da pena, indo na contramão do princípio da presunção de inocência.

Com base na literatura consultada, verifica-se que grande parte dos doutrinadores e julgadores entende que a antecipação cautelar da prisão não se mostra incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, porém, devem ser observados os pressupostos legais para a antecipação da prisão e, também, que seja avaliada sua real necessidade, uma vez que a regra é a liberdade do acusado.

Para finalizar, percebe-se que a ocorrência dos dois institutos não se contrapõe com o direito do indivíduo de ser presumido inocente e o direito estatal de garantir a eficácia do processo penal, evitando o *periculum in mora*, em busca da justiça e da proteção social. A partir das restrições apresentadas pela própria legislação que proporciona assegurar ao acusado uma série de garantias fundamentais para impedir a arbitrariedade do Estado no processo penal, é possível a convivência harmoniosa entre o princípio da presunção da inocência e a prisão preventiva.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Ações declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44*. 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/.../artigo-312-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>>. Acesso em: 1 out. 2018.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. *Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112258.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. *Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. O princípio da segurança jurídica. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 118, 30 out. 2003. Disponível em: <<https://www.jus.com.br/artigos/4318>>. Acesso em: 23 set. 2018.

COSTA, Michael Henrique Lima. Prisão preventiva em face ao princípio da presunção de inocência. *Colloquium Humanarum*, v. 14, n. especial, p. 757-763, jul.-dez. 2017. Disponível em: <<http://www.unoeste.br/site/enepe/2017/suplementos/area/Humanarum>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. Medidas cautelares no processo penal. Monografia (Pós-Graduação), Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2013/CarlosEduardoGoncalves_Monografia.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2018.

MARTINS, Eliezer Pereira. *Segurança jurídica e certeza do direito*. 2000. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Grandes casos*. 2019. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br>>. Acesso em: 14 maio 2019.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Lições preliminares de direito*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SÁ, Rodrigo Moraes. *Tutela cautelar penal e a prisão preventiva*. 2018. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigocientificotutelacautelareaprisaopreventiva.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Comentários contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Parecer*. A consulta e questão de ordem. São Paulo, 28 mar. 2018.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 80.174*, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 12-04-2002; *HC 75.077*, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 15-5-1998; *HC 73.489*, rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 13-9-1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?...660411>>. Acesso em: 1 out. 2018.

ZANOTTO, Arlene Boff; BERTANI, Bianca Corbellini. Monitoramento eletrônico: uma possibilidade de pena alternativa à prisão. *Revista Destaques Acadêmicos*, v. 5, n. 2, p. 97-110, 2013. Disponível em: <<http://univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/306/302>>. Acesso em 8 out. 2018.