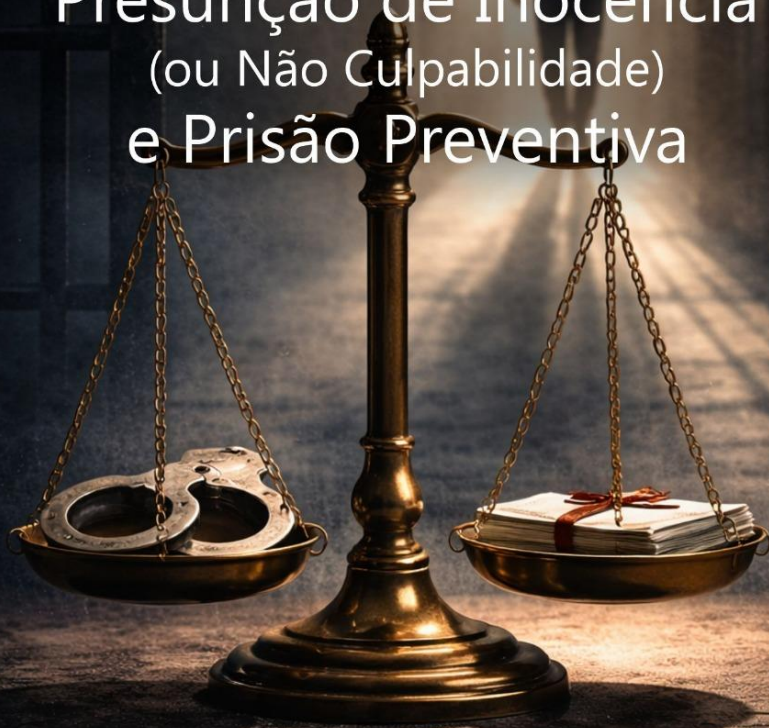


Rodolfo da Rocha Melo

Presunção de Inocência (ou Não Culpabilidade) e Prisão Preventiva



Rodolfo da Rocha Melo

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (OU NÃO CULPABILIDADE) E PRISÃO PREVENTIVA



**Fortaleza-CE
2025**

© Copyright 2025 - Todos os direitos reservados.

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo

Diagramação: Vanques Emanuel

Capa: Vanderson Xavier

Produção Editorial: Editora DINCE

Revisão: da autora

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)

Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)

Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)

Ma. Roberta Araújo Formighieri

Dr. Francisco Dirceu Barro

Prof. Raimundo Carneiro Leite

Eduardo Porto Soares

Alice Maria Pinto Soares

Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

MELO, Rodolfo da Rocha

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (OU NÃO CULPABILIDADE) E PRISÃO

PREVENTIVA

Editora DIN.CE 2025 – 57p

ISBN: [978-85-7872-796-3](#)

DOI: 10.56089/978-85-7872-796-3

1.Direito Processual Penal. 2. Prisão Preventiva. 3. Presunção de inocência

Todos os direitos reservados. Nenhum excerto desta obra pode ser reproduzido ou transmitido, por quaisquer formas ou meios, ou arquivado em sistema ou banco de dados, sem a autorização de idealizadores; permitida a citação

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade do(s) autor (es).

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)

Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

A meu pai, a minha
mãe, a minha irmã e a
minha mulher,
obrigado por nunca
desistirem de mim.

AGRADECIMENTOS

A meu pai que me ajudou tanto nesse ano difícil e na produção desse trabalho. Em cada palavra escrita e reflexão feita pude sentir sua presença e saudade.

A minha mãe e a minha irmã, por serem as mulheres essenciais que no dia a dia, me dando amor, força, carinho e afeto, e por toda paciência que tiveram comigo nesse ano.

A meu orientador, por todos os ensinamentos e ideias essenciais para o trabalho, bem como atenção e disponibilidade para me ajudar nesses meses de estresse, atenção, aprendizado e gratificação, e por ser um dos professores inspiradores que tive.

Ao grande amigo Tiago Vasconcelos e ao Professor Gustavo Cabral por serem duas referências de acadêmicas e profissionais que tive na graduação.

A minha mulher, Maria, por todo apoio, suporte, amor, e aconchego que você vem me fornecendo, bem

como por me fazer voltar a acreditar em mim mesmo e na minha capacidade.

A meus amigos do colégio, por serem amigos de longa data, que no meu dia a dia me constroem e me ajudam a evoluir sobre vários aspectos, bem como toda a força e apoio que vocês me dão quando preciso.

Aos meus amigos de faculdade e ao Thales Vieira, sempre me ajudando ser uma pessoa melhor e com mais senso crítico, me dando suporte quando necessitei.

Ao meu ex-chefe, Dr. Auricélio, por me dar a primeira oportunidade de trabalho, confiar em mim, me ajudar a crescer profissionalmente e pessoalmente. E também, pode não saber disso, por ter me ajudado a continuar no curso e perceber que é com o direito que quero trabalhar.

A todos os amigos e profissionais que conheci na DPE, por 2 anos de muito crescimento e aprendizado profissional que pude ter. Tenho certeza que poucos têm sorte que tive nas relações que criei na Defensoria.

Ao Doutor Luiz Eduardo Viana Pequeno, um dos grandes e importantes juízes do Estado do Ceará, obrigado como tantos ensinamentos como Juiz Leigo, bem como obrigado a todos os colegas Juízes Leigos, por tanta parceria e companheirismo, especialmente obrigado Renata Dávila, serei eternamente grato por nossa amizade.

A minhas colegas do Procon, especialmente Bianca, Lícia e Catarina, apoio e torcida de vocês sempre será essencial, bem como minhas colegas de concurso, especialmente Mariana, Beatriz e Lara, vocês estão sendo um grande suporte na minha trajetória.

A todas as demais pessoas que passaram durante esses anos por mim, que me ajudaram e me apoiaram, sinto a presença e a alegria de cada um de vocês.

“A paz jamais será alcançada com violência.”
(LAWLIET, L. Death Note, Anime, 2006-2007)”

ABREVIATURAS E SIGLAS

CE Ceará

CF Constituição Federal

CP Código Penal

CPP Código de Processo Penal

DF Distrito Federal

HC Habeas Corpus

LEP Lei de Execução Penal

MG Minas Gerais

Min. Ministro

RO Recurso Ordinário

SC Santa Catarina

SP São Paulo

STJ Superior Tribunal de Justiça

STF Supremo Tribunal Federal

TJCE Tribunal de Justiça do Ceará

TJDF Tribunal de Justiça do Distrito Federal

TJMG Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJSC Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJSP Tribunal de Justiça de São Paulo

TJRJ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJRS Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

RJ Rio de Janeiro

RS Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	17
---------------------------	-----------

INTRODUÇÃO	19
-------------------------	-----------

CAPÍTULO 1 - ESTADO DE INOCÊNCIA, DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE E PRISÃO PREVENTIVA 21

2.1. ESTADO DE INOCÊNCIA	21
---------------------------------------	-----------

2.1.1 Conceito	21
----------------------	----

2.1.2 Evolução histórica	25
--------------------------------	----

2.1.3 Natureza jurídica	28
-------------------------------	----

2.1.4 Princípio ou regra.....	30
-------------------------------	----

2.1.5 Interpretação da não culpabilidade	34
--	----

2.1.6. Limites e restrições	34
-----------------------------------	----

2.2 PRISÃO PROVISÓRIA E PRISÃO PREVENTIVA .	37
--	-----------

2.2.1 Prisão cautelar	37
2.1.2 Prisão Preventiva	38
2.2.2.1. Conceito.....	38
2.2.2.2. Hipóteses legais	39
2.2.2.3. Pressupostos	41
2.2.2.4. Condições	42
2.2.2.4.1. Garantia de ordem pública	43
2.2.2.4.2. Garantia da ordem econômica.....	45
2.2.2.4.3. Garantir a aplicação da lei penal	47
2.2.2.4.4. Conveniência da instrução criminal	48
 CONCLUSÃO	 51
 REFERÊNCIAS	 55

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria compartilhada que apresento meu novo livro, que buscam realizar um estudo doutrinário a respeito dos principais institutos que são objetos do trabalho, a regra da não culpabilidade e a prisão preventiva, fornecendo os parâmetros necessários para entender a origem e as características do direito de apelar em liberdade, bem como as condições em que a prisão preventiva pode ser decretada.

Esse livro surge de evidente tensão e necessidade de se analisar criticamente a presunção de inocência (não culpabilidade), principalmente em um contexto de largo uso da prisão preventiva como antecipação de pena, surgindo daí a necessidade de se entender a importância desse princípio (ou regra), sua evolução histórica e sua essencialidade como norte em um Direito Penal no Estado Democrático.

Dessa forma, é necessário buscar entender as regras estabelecidas pelo Código de Processo Penal à luz do princípio da não culpabilidade e não simplesmente como normas postas dissociadas de princípios constitucionais e convencionais.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, trataremos da negativa do direito de apelar em liberdade para um réu que permaneceu preso preventivamente durante a instrução processual penal, a partir de uma análise crítica e jurisprudencial das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

O referido tema foi escolhido devido a um caso concreto no qual tive a oportunidade de trabalhar durante meu estágio na Defensoria Pública do Estado, onde o réu, assistido pela Defensoria, teve seu apelo em liberdade negado pelo juiz, no momento da prolação da sentença, com a fundamentação de que o réu já respondeu todo o processo encarcerado, de modo que não havia lógica permitir que ele recorresse em liberdade.

Tal situação acarretou a impetração de habeas corpus contra decisão do magistrado, o qual foi indeferido pelo Tribunal de Justiça do Ceará, ensejando, assim, a interposição de Recurso Ordinário contra a decisão do TJCE.

Ao elaborar o recurso, pude vislumbrar que existiam decisões do STJ favoráveis e desfavoráveis ao réu, bem como diversos elementos utilizados nas decisões não eram examinados com profundidade pelos ministros. Isso acarretou inquietação por perceber que, apesar de existir certa orientação dominante na jurisprudência, diversos elementos e argumentos restavam por não serem investigados de forma suficiente.

Nesse contexto, o presente livro busca estabelecer as balizas básicas para o entendimento a respeito dos institutos da presunção de inocência, seu conceito, evolução histórica, natureza jurídica - adentrando ao debate de ser princípio ou regra - e a interpretação que deve ser dada à não culpabilidade, tanto sob um viés já estabelecido como sob um viés crítico. Também abordaremos a prisão preventiva, com seu conceito, hipóteses, pressupostos, condições, a partir de uma ótica crítica e respeitando as disposições legais.

CAPÍTULO 1

ESTADO DE INOCÊNCIA, DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE E PRISÃO PREVENTIVA

Neste primeiro capítulo, realizarei um estudo doutrinário a respeito dos principais institutos concernentes a este trabalho. Analisaremos o conceito, a evolução histórica, os limites, a forma de interpretar e outros aspectos relativos ao estado de inocência, o qual dá origem ao direito de apelar em liberdade. Além disso, estabeleceremos os conceitos, regras, hipóteses e fatores que influenciam no instituto da segregação cautelar.

2.1. Estado de Inocência

2.1.1. Conceito

O estado de inocência consiste em princípio basilar do Direito Processual Penal, previsto no art. 5º,

LVII, da Constituição Federal de 1988¹, sendo, também direito fundamental expresso, o qual prevê que ninguém será considerado culpado até a sentença penal irrecorrível, gerando a coisa julgada de autoridade relativa².

Inicialmente, apesar do termo presunção de inocência ter se popularizado na doutrina, a Carta Magna de 1988, na realidade, consagra a não culpabilidade como princípio. No âmbito técnico, quando se menciona a palavra “presunção”, tal termo é tido como a operação lógico-dedutiva que atrela determinado fato proveniente a outro que está sendo provado. A constituição não busca presumir uma inocência, mas sim garantir que ninguém seja considerado culpado até sentença condenatória definitiva³. Devido a isso, nos referimos neste trabalho como “não culpabilidade” ou “estado de inocência”.

O estado de inocência é oriundo do próprio nascimento do indivíduo, constituindo uma característica inerente ao ser humano. Isto é, a pessoa nasce sem ter cometido algum crime, sendo a inocência seu estado natural como ser humano. Em verdade, o indivíduo, ao nascer, já é considerado inocente, sem sequer ter se manifestado a respeito, sendo um estado indisponível e

¹ Art.. LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

² TUCCI, Rogério Lauria. **DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**: Atualizado com a lei da prisão - Lei 12.403/2011. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 321.

³ BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 95.

irrenunciável⁴.

Nesse contexto, circunstâncias atreladas, essencialmente, ao nascimento do cidadão, tais como situação socioeconômica, histórico familiar, local de nascimento, não podem ser parâmetros para indicar a criminalidade de um cidadão, uma vez que o mesmo sempre nasce dotado do estado de inocência.

A Assembleia Constituinte, ao colocar o princípio da não culpabilidade como direito fundamental de civilidade, adota uma opção ideológica na qual é preferível não punir um inocente, mesmo em prol da impunidade⁵. Ou seja, é melhor que seja mantido o estado natural de inocência de um cidadão do que condenar um culpado, uma vez que é de maior interesse a proteção dos inocentes.

A presunção de não culpabilidade acarreta um verdadeiro dever de tratamento em relação ao denunciado numa ação penal, devendo-o ser tratado como inocente durante toda a persecução. Esse dever se desdobra em duas dimensões essenciais: dimensão interna e dimensão externa⁶.

Internamente, o dever de tratamento é

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAS E PROCESSUAIS PENAS**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 264.

⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p, 579-580.

⁶ Ibid., p. 96.

direcionado ao juiz, especialmente na forma como conduz o processo. Nesse ponto, deve o juiz atribuir a carga da prova integralmente à acusação, de modo que, na dúvida, que seja procedido julgamento pela absolvição⁷. Aqui é visível que o princípio da não culpabilidade, em seu aspecto de tratamento interno, acarreta o ônus da acusação e o princípio do *in dubio pro reo*. Ademais, em relação ao tratando específico sobre o réu, é manifestação do estado de inocência, vez que o réu não poderá ser considerado culpado até a condenação definitiva⁸.

Externamente, o dever de tratamento é direcionado à sociedade, essencialmente no que tange à vedação ao uso abusivo da imagem do acusado, bem como o uso prematuro, acarretando julgamentos da população em relação ao réu mesmo antes do trânsito em julgado da ação⁹. Aqui, vale dizer, exige certa conduta da mídia em relação à forma de produzir conteúdo, a fim de se evitar que jornais, programas televisivos, dentre outros veículos midiáticos, se utilizem de sensacionalismo, acarretando verdadeira banalização dos crimes e superexposição dos acusados.

⁷ Ibid., p. 96-97.

⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **PROCESSO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 58.

⁹ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., p. 97.

2.1.2. Evolução histórica

Os primeiros indícios da não culpabilidade aparecem na obra de Beccaria, em 1764, *Dos Delitos e Das penas*¹⁰, onde o autor afirma:

Um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada.

Durante a Idade Média, quando predominava um processo penal inquisitorial, não existia um estado prévio de inocência, de modo que, a ação penal partia do pressuposto de que o acusado já detinha culpabilidade. Assim, cabia ao denunciado comprovar sua inocência, e não a acusação comprovar sua culpa, bem como bastavam simples indícios para fundamentar a decisão condenatória¹¹.

Já no século XVIII, os ideais iluministas buscaram enfrentar o processo penal inquisitorial,

¹⁰ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 69.

¹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O DEVIDO PROCESSO PENAL: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Paco de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 90.

defendendo que o estado de inocência fosse princípio basilar do processo penal¹².

Em 26 de agosto de 1789, surge a primeira norma que positiva o princípio da não culpabilidade ao prever que nenhuma pena pode ser imposta ao réu antecipadamente à formação de sua culpa¹³.

Em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU¹⁴, assegura que todo o acusado numa ação penal será considerado inocente até que sua culpa tenha sido provada de acordo com a lei, garantindo-se a ampla defesa.

Todavia, entre o fim do século XIX e o início do século XX, a não culpabilidade foi combatida pelas ideias dos regimes totalitários e fascistas¹⁵. Nesse contexto, chegou-se a ser afirmado que a presunção de inocência não se justifica, pois a maioria dos acusados eram

¹² TUCCI, Rogério Lauria. **DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**: Atualizado com a lei da prisão - Lei 12.403/2011. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 321.

¹³ Art. 9, DDHC: Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.

¹⁴ Art. 11, DUDH: Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 94.

condenados ao fim da persecução penal¹⁶.

No período pós segunda guerra mundial, ainda sofrendo os sentimentos de medo em relação a ideias totalitárias, mais precisamente em 04 de novembro de 1950, a Convenção Europeia para Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental estatui, expressamente, que o estado de inocência é um princípio basilar das garantias individuais do réu, de modo que toda pessoa é inocente até que sua culpabilidade seja comprovada legalmente¹⁷.

Dessa forma, percebe-se que os sistemas que ameaçaram o princípio da presunção de inocência são ligados a regimes totalitários e ditatoriais, enquanto os sistemas que buscavam sua positivação possuem ideais democráticos, o que demonstra a força principiológica que a não culpabilidade pode ter.

A Convenção Americana de Direitos humanos estabeleceu diversas garantias judiciais em seu artigo 8º, § 2º, prevendo o estado de inocência como:

Toda pessoa acusada de praticar um delito tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se

¹⁶ Ibid., p. 95.

¹⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O DEVIDO PROCESSO PENAL: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Paco de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 90.

comprove legalmente sua culpa.

Essa convenção, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi depositada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, com sua promulgação por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

No Brasil, a não culpabilidade só existia de forma implícita, como decorrente do princípio do devido processo legal na seara penal¹⁸. Apenas com a promulgação da Carta Magna de 1988, o estado de inocência foi positivado em território brasileiro o princípio da presunção de não culpabilidade, em seu art. 5º, LVII, como efeito direto do período pós Ditadura Militar.

2.1.3. Natureza jurídica

A não culpabilidade consiste em corolário constitucional do devido processo penal, o qual é a incidência específica do devido processo legal¹⁹ no âmbito

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 67707-0/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. **Diário de Justiça**. Brasília, 14 ago. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70424>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

¹⁹ TUCCI, Rogério Lauria. **DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**: Atualizado com a lei da prisão -

do processo penal.

O devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da Carta Magna²⁰, é o direito do indivíduo em ter garantido a possibilidade de sua defesa em processo judicial, ou ter a privação de sua vida ou de seu patrimônio condicionado à tramitação de um processo, judicial ou administrativo, conforme previamente estabelecido em lei²¹.

Dessa forma, o estado de inocência tem por elemento fundamental a garantia de que o acusado será submetido a um processo previamente estabelecido em lei onde lhe será assegurado os meios de defesa necessários.

Ademais, o princípio da não culpabilidade é desinente do princípio da jurisdicionalidade, expresso no artigo 5º, LXI, da CF/88²², uma vez que para condenar alguém, mediante um processo de cognição exauriente a respeito da culpabilidade de um fato, é necessário a elaboração das devidas provas, as quais são produtos da atividade da jurisdição²³. Nesse ponto, vale mencionar, a

Lei 12.403/2011. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

²⁰ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando Cosa. **PROCESSO PENAL**: revista e atualizada. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1 v. p. 84.

²² Art. 5º. LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

²³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 141.

produção de provas é importante tanto para a comprovação da ocorrência de um fato delituoso, como para a comprovação de autoria a determinado fato delituoso.

2.1.4. Princípio ou regra

Faz-se necessário esclarecimentos a respeito da classificação da não culpabilidade para fins do trabalho, uma vez que ela pode ser posta como regra ou como princípio, dependendo da acepção em que é utilizada. Tido isso, faremos, então, breve estudo sobre as diferenças entre princípios e regras.

O principal ponto que diferencia os princípios e as regras é que os princípios são normas as quais indicam que determinado preceito deve ser colocado em prática na maior medida possível, mas, sempre dentro das possibilidades jurídicas e fáticas²⁴. Com isso, o princípio seria uma norma que dita um dever-ser que poderá ser limitado a depender das situações fáticas e jurídicas, ou seja, uma norma que deve ser aplicada de forma ampla, mas respeitando os limites do mundo fático e do mundo jurídico.

Ao ocorrer uma colisão de princípios, nenhum

²⁴ ALEXY, Robert. **TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. p. 90.

dos princípios antepostos deve ser sacrificado totalmente em prol de outro. Havendo uma colisão, um princípio terá precedência sobre o outro princípio, a depender da situação em que ambos se encontram em colisão²⁵. Nesse contexto, quando ocorre uma colisão de princípio, a solução deve ser pautada por meio do sopesamento dos princípios que estão em contradição no determinado caso concreto, ou seja, analisa-se o peso de cada princípio sobre o caso específico em que está ocorrendo a colisão para decidir qual tem maior relevância.

A não culpabilidade, quando vista em seu âmbito maior, possui características de princípio. Nessa perspectiva, o estado de inocência representa um princípio que irá nortear o processo legislativo das normas do Direito Processual Penal, o processo de interpretação de suas normas, conforme já exposto em tópico anteriormente; bem como as normas em si mesmas. Mas não apenas isso. O estado de inocência visto pela ótica mais ampla, além de princípio jurídico, tem força política e ideológica²⁶, que pode ser considerado as bases do garantismo penal, de modo que atrela todo processo penal ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos e garantias do acusado. Assim, afasta-se a ideologia processual penal acusatória da Idade Média e dos regimes totalitários.

Dessa forma, a não culpabilidade consiste em verdadeiro princípio de ampla aplicação, regendo uma

²⁵ Ibid., p. 93-96.

²⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O DEVIDO PROCESSO PENAL: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Paco de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 94-95.

série de processos e códigos, que deve ser empregado na maior medida possível dentro dos limites fáticos e jurídicos que os casos e o ordenamento jurídico, como um todo, permitir.

Enquanto isso, as regras constituem normas que já contêm determinações a respeito do seu contexto de possível aplicação fática e jurídica, devendo, então serem aplicadas em seu todo ou não²⁷. Assim, regras ditam ordem as quais devem ser seguidos em casos fático e jurídicos já especificados pela própria regra.

Ocorrendo um conflito entre regras, a solução poderá ocorrer de duas formas, ou uma das regras é declarada inválida, de forma que a outra resta sendo a regra a ser aplicada de forma absoluta, ou insere-se uma cláusula de exceção que eliminaria o conflito²⁸. Com isso, a própria regra conteria uma exceção para um caso específico, enquanto as demais situações abrangidas pela regra continuam a ter sua aplicação absoluta.

A não culpabilidade, quando vista sob seu prisma de tratamento interno, fornecendo ao juiz deveres em relação à forma de tratar o acusado, consiste em verdadeira regra, a ser seguida de forma absoluta, apenas podendo ser restringida em virtude das cláusulas de exceções previstas em lei.

²⁷ ALEXY, Robert. op. cit., p. 91.

²⁸ Ibid., 92.

Nesse sentido, para Badaró²⁹, o estado de inocência também se traduz em uma regra de tratamento ao acusado durante todo o processo penal, ditando a ordem de que é vedado equiparar o denunciado à culpado. Como regra, uma das manifestações mais claras, a qual é essencial para o presente trabalho, é a proibição à prisão antes da formação completa de culpa, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo o encarceramento anterior ao trânsito em julgado permitido, exclusivamente, quando se tratar de prisão de natureza cautelar. Termina o autor afirmando que a não culpabilidade, como uma regra, também encerra a impossibilidade de execução provisória ou execução antecipada da pena.

Com isso, tem-se como essencial ao trabalho a adoção da não culpabilidade como uma regra de tratamento ao acusado, na sua manifestação que impede seu encarceramento antes ao trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme o artigo 5, LVII, da Constituição³⁰, tendo como cláusula de exceção o inciso LXI do mesmo artigo da Carta Maior³¹ que permite a prisão antes do trânsito em julgado quando esta tiver natureza cautelar.

²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **PROCESSO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 58.

³⁰ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

³¹ Art. 5º. LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

2.1.5. Interpretação da não culpabilidade

A não culpabilidade, como expressão propriamente dita, jamais deverá ser interpretada literalmente, senão inviabilizaria a persecução penal em si, uma vez que nunca haveria a possibilidade de se violar o estado de inocência. Não obstante, deve-se pensar no estado de inocência conforme o concebido pela Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão de 1789: nenhuma pena pode ser imposta ao réu antecipadamente”.³²

Essa forma de leitura é a expressamente adotada pela Constituição Federal de 1988. A respeito desse dispositivo específico constitucional, um dispositivo dotado de força principiológica e normativa, devido a sua clareza, não pode ser interpretado de outra maneira extensiva, diversificada ou restritiva.

2.1.6. Limites e restrições

Em que pese a força sobre diversos aspectos que a não culpabilidade tem no sistema jurídico vigente, esse direito fundamental não é tomado como valor absoluto e intransponível, bem como os diversos outros princípios fundamentais.

³² TOURINHO FILHO, Fernando Cosa. **PROCESSO PENAL**: revista e atualizada. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1 v. p. 90.

O estado de inocência pode ser limitado pelos instrumentos de natureza cautelar, a partir de decisões fundamentadas que respeitem o devido processo legal previamente estabelecido. Essa limitação, no Direito brasileiro, é oriunda da interpretação do dispositivo constitucional da não culpabilidade em conjunto com o art. 5º, LXI³³, da CF/88, de forma que é permitido o encarceramento por meio de prisão preventiva e a restrição de determinadas liberdades por meio das medidas cautelares diversas da prisão³⁴.

A complexidade de estabelecer restrições aos mais diversos princípios processuais penais para fins de garantir o bem-estar social torna emergente a dificuldade de proceder pelos estudos a respeito das possibilidades de restrições devido às mais diversas áreas de conhecimento que podem influenciar, como a sociologia, a filosofia, o direito propriamente dito.

De um lado, partindo de um ponto de vista filosófico, a prisão preventiva é injustificável, por, de fato, punir uma pessoa que é dotada do seu estado natural de inocência, inerente a qualquer ser humano. Oposto a isso, partindo de uma visão sociológica, o encarceramento preventivo é essencial a fim de resguardar a sociedade para que, em situações claras de prejudicialidade na esperar a formação exauriente de culpa, seja limitada a

³³ Art. 5º. LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de PROCESSO PENAL**: Volume Único. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 45.

liberdade de um indivíduo em prol da sociedade³⁵.

No mundo jurídico, essa dialética já foi resolvida, como já dito anteriormente. Os sistemas processuais atuais, dotados de diversas garantias ao acusado, estabelecem a coexistência das limitações da liberdade de um indivíduo, a partir das medidas cautelares, com o estado de inocência, quando tais instrumentos são necessários para fins processuais, como garantir a instrução e a aplicação da lei.

Dessa forma, essa breve limitação demonstra que, na realidade, a não culpabilidade é uma diretriz de extrema força no Direito Processual Penal, sendo um fator que deve guiar toda a persecução penal, desde o início da investigação, até a sentença condenatória irrecorrível. Sendo assim, a prisão preventiva deve ser vista como *ultima ratio*, caso contrário, estaremos diante de uma verdadeira execução antecipada da pena, todavia, a prática dos magistrados demonstra uma distância desse ideal³⁶.

³⁵ SANGUINÉ, Odone. **PRISÃO CAUTELAR, MEDIDAS ALTERNATIVAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5816-9/cfi/6/8!/4/2/4@0:45.9>>. Acesso em: 19 set. 2018.

³⁶ Ibid.

2.2. PRISÃO PROVISÓRIA E PRISÃO PREVENTIVA

2.2.1. Prisão cautelar

Prisões cautelares são as formas de encarceramento de um investigado ou acusado na seara penal, as quais antecedem a sentença condenatória transitada em julgado, portanto, são prisões que precedem o juízo exauriente de formação de culpa.

A prisão cautelar é gênero dentro do qual se encontram as espécies: a) prisão preventiva; b) prisão em flagrante; c) prisão domiciliar, e d) prisão temporária. Para fins do trabalho, aprofundaremos no estudo da prisão preventiva.

Tais medidas, apesar de, a priori, consistirem em violações ao estado de inocência, são previstas nos mais diversos ordenamentos jurídicos devido a sua importância para a persecução penal³⁷, uma vez que, sem essas medidas de natureza cautelar, seria impossível o prosseguimento de diversas investigações e ações penais. Nesse ponto, vale como exemplo os casos em que há grande risco de fuga do acusado, possibilidade de intimidação de testemunhas e destruição de provas.

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando Cosa. **PROCESSO PENAL**: revista e atualizada. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 3 v. p. 450

2.2.2. Prisão Preventiva

2.2.2.1. Conceito

A prisão preventiva é espécie de prisão cautelar de natureza processual, prevista nos artigos 311 a 316, do Código de Processo Penal, com redação da Lei nº 12.403/2011, que pode ser decretada mediante requerimento, no inquérito policial ou no processo penal, e que de ofício pelo magistrado em sede de instrução processual.

As legislações internacionais sempre instituíram a prisão preventiva, apesar das diversas resistências de cunho garantista, as quais se baseavam na violação de um dos maiores bens protegidos pelos ordenamentos constitucionais e democráticos, a liberdade, para se opor à instituição dessa medida cautelar. Não obstante, em face da necessidade de viabilizar o processo penal, as prisões preventivas constituem um “mal necessário”³⁸, a que todas as legislações se submetem, reconhecendo o grave risco que, por vezes, a decretação de uma prisão preventiva pode acarretar.

A prisão preventiva é dotada de um caráter de excepcionalidade por dois motivos essenciais. Primeiro porque a sua decretação, por mais que se respeita o devido processo legal, é uma forma de violar o estado de inocência, princípio este que norteia, de forma política,

³⁸ Ibid., p. 544-545.

ideológica e jurídica todo o Direito Processual Penal, desde a edição das leis, até a aplicação de sanções, de modo que, afrontar todo o sistema só pode ser permitido em situações de extrema e clara necessidade. Segundo porque, conforme já dito, o encarceramento antes da sentença condenatória transitada em julgado sempre consistirá em risco de aplicação de punição sem o juízo exauriente de convicção a respeito da necessidade de aplicação da pena, já que, mesmo que implicitamente, o acusado ou o investigado é penalizado por ser submetido às condições inerentes à prisão.

2.2.2.2. Hipóteses legais

O artigo 313, do CPP, dispõe as situações às quais o denunciado ou investigado poderá ser submetido à prisão preventiva. Tais hipóteses não são cumulativas, bastando a incidência de uma delas para a possibilidade de decretação de prisão preventiva.

As 03 (três) primeiras situações se referem à crimes dolosos: 1) delitos com pena máxima superior a 4 anos; 2) delito doloso de réu condenado em trânsito em julgado por outro delito doloso, e 3) crime que envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo, ou pessoa com deficiência.

Em relação à segunda, existe a ressalva prevista pelo artigo 64, do Código Penal, onde é previsto que não se considera reincidente o réu que comete delito

após decorrido 05 (cinco) anos da extinção ou do cumprimento da pena. Ademais, para efeitos de reincidência, os crimes militares próprios e os crimes políticos não são considerados.

A quarta hipótese, prevista no parágrafo único do artigo 313, do CPP, prevê a possibilidade de decretação da prisão preventiva quando houver fundada dúvida sobre a identidade civil da pessoa, ou quando o acusado ou o investigado não fornecer dados suficientes para esclarecê-la. Trata-se de uma hipótese mais específica, que não se relaciona com o delito imputado, com natureza cristalinamente endoprocessual, de modo que, assim que ocorrer a identificação, o decreto prisional deverá ser revogado.

A quinta hipótese que possibilita a prisão preventiva é o descumprimento de medida cautelar prevista no artigo 319, do CPP. Essa situação é decorrente da própria característica de excepcionalidade da prisão preventiva, uma vez que ela só poderá ser imposta quando demonstrada a impossibilidade de se atingir seus efeitos por outras medidas cautelares diversas da prisão.

Essas hipóteses constituem uma abertura de possibilidade da decretação de prisão preventiva, não existindo qualquer juízo de probabilidade, mas, simplesmente, a ocorrência objetiva de uma dessas situações abre a possibilidade da decretação da prisão preventiva.

2.2.2.3. **Pressupostos**

A parte final do artigo 312 do Código de Processo Penal indica que para a decretação da prisão preventiva devem ser preenchidos dois requisitos básicos: 1) a prova de existência do delito, e 2) indícios suficientes de autoria. Esses requisitos são denominados de *fumus comissi delicti*, equivalente ao *fumus boni iuris* do processo civil³⁹.

A prova da existência do delito encerra um juízo de certeza sobre a materialidade do fato. Para esse pressuposto, não basta a mera probabilidade de existência de um crime, nem a possibilidade da ocorrência do delito. O juiz, ao decretar a prisão, deve estar convicto em relação à existência do delito.

Nesse contexto, vale a menção de que, caso a denúncia for recebida pelo magistrado, já foi reconhecida a materialidade de um delito, de forma que quando a análise da necessidade de a prisão cautelar ocorrer após esse ato, o primeiro pressuposto já foi reconhecido. No entanto, caso a análise da necessidade da prisão preventiva ocorra em fase de inquérito policial, o magistrado deverá examinar afundo o preenchimento desse requisito.

Os indícios fortes de autoria não ensejam um juízo de convicção para seu preenchimento, como ocorre

³⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de PROCESSO PENAL**: Volume Único. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 965.

com a materialidade do delito. Para esse requisito, é necessária uma forte probabilidade de autoria, não bastando a mera possibilidade⁴⁰. Não é necessária a produção de provas respeitando o contraditório e a ampla defesa, conforme o processo penal dispõe, todavia, os indícios juntados devem ser fortes de forma que tranquilize a consciência⁴¹ do juiz a respeito da autoria.

2.2.2.4. **Condições**

O artigo 312, do CPP, estabelece, ainda, as condições, não cumulativas, que fundamentam o decreto preventivo. Tais condições constituem o *periculum libertatis* no âmbito processual penal, que é equivalente ao *periculum in mora* do processo civil⁴². O *caput* do dispositivo prevê 04 (quatro) condições: 1) garantia de ordem pública; 2) garantia de ordem econômica; 3) conveniência da instrução criminal, e 4) aplicação da lei penal.

Essas condições consistem em situações referentes ao caso concreto, as quais, quando verificadas, acarretam justo receio de manter o indivíduo passivo em

⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando Cosa. **PROCESSO PENAL**: revista e atualizada. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 3 v. p. 548.

⁴¹ Ibid., p. 548-550.

⁴² LIMA, op. cit., p. 965.

liberdade⁴³. O magistrado, ao analisar a necessidade da prisão cautelar, possui certa discricionariedade a respeito dessas condições, uma vez que não é previsto os elementos concretos que geram o *periculum libertatis*, mas é previsto que determinadas situações, que gerem risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução penal ou à aplicação da lei penal, fundamentam um decreto preventivo.

2.2.2.4.1. **Garantia de ordem pública**

A garantia de ordem pública é estabelecida pelo artigo 312, do CPP, como fundamento que motiva o decreto preventivo. Trata-se de um termo bastante vago, o que gera diversas interpretações para sua aplicação. Três correntes⁴⁴ buscam explicar a possibilidade de aplicação da prisão preventiva com fins de garantia da ordem pública.

A primeira corrente, considerada minoritária, defende que a prisão preventiva fundamentada pela garantia de ordem pública é inconstitucional. As medidas cautelares de natureza pessoal só podem ser aplicadas com fins endoprocessuais, ou seja, com efeitos em relação ao próprio processo. Assim, tais medidas não

⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 634-635.

⁴⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de PROCESSO PENAL**: Volume Único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 937.

podem ser usadas para fins extraprocessuais, como a evitar a prática de novos delitos. Nesse contexto, para autores como Tourinho Filho, Odone Sanguiné e Aury Lopes Jr., a prisão preventiva decretada para garantir a ordem pública não tem natureza cautelar, pois ela seria aplicada com fins extraprocessuais, evitar a reiteração criminosa, por exemplo, o que a tornaria como meio de cumprimento antecipado da pena, vedado pela Constituição Federal.

Expressões como a “perigosidade do réu”, “crime perverso”, “insensibilidade moral”, periculosidade do acusado, “clamor social”, “perturbação da sociedade”, as mais diversas expressões podem ser usadas para se enquadrar a expressão genérica “ordem pública”⁴⁵. Ademais, na aplicação da prisão preventiva, deve ser respeitado os princípios da legalidade e da taxatividade, o que não ocorre com a garantia de ordem pública, uma vez que é uma forma de interpretação extensiva por ampliar o conceito de medida cautelar até torná-la medida de segurança pública⁴⁶.

A segunda corrente, considerada majoritária, capitaneada pelas Cortes Superiores, adotam entendimento de caráter restritivo. Essa corrente afirma que a garantia de ordem pública deve ser motivo que enseje o decreto preventivo quando os elementos concretos do caso demonstrarem considerável risco de reiteração criminosa. Assim, adota-se a ideia de que a

⁴⁵ TOURINHO FILHO, Fernando Cosa. **PROCESSO PENAL**: revista e atualizada. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 3 v. p. 554.

⁴⁶ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 648.

periculosidade do agente é motivo que justifique sua prisão cautelar com base na garantia da ordem pública.

As alterações referentes às medidas cautelares decorrentes da Lei nº 12.403/11, corroboram com essa corrente⁴⁷, tendo em vista que o artigo 282, I, do CPP⁴⁸, estabelece a possibilidade de as medidas cautelares serem usadas para evitar a prática de delitos.

Nessa visão, o clamor social ou a repercussão do delito perante à sociedade não são motivos que justifiquem o perigo de liberdade que pode ocorrer, de forma que não são motivos idôneos para fundamentar a prisão preventiva, o que demonstra o caráter restritivo da corrente.

A terceira corrente, dotada de um caráter ampliativo, adota o entendimento de que, além da probabilidade de reiteração criminosa, o clamor social, a necessidade de apaziguar o sentimento da sociedade, bem como a garantia da credibilidade da justiça, também se enquadram no conceito de ordem pública. Essa tese é defendida por Fernando Capez e Gilmar Mendes.

Para fins do presente trabalho, adotaremos a tese da segunda corrente, majoritária e defendida pelo

⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de PROCESSO PENAL**: Volume Único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 938.

⁴⁸ Art. 282, I - I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

STF e pelo STJ.

2.2.2.4.2. **Garantia da ordem econômica**

A prisão preventiva com fundamento na garantia de ordem econômica foi incluída no Código de Processo Penal brasileiro pelo artigo 86, da Lei 8.884/94. As alterações promovidas no instituto da prisão preventiva pela Lei nº 12.403/11 não alteraram esse ponto.

A garantia de ordem econômica, à semelhança da garantia de ordem pública conforme a segunda corrente, consiste na análise da probabilidade de o indivíduo reiterar em delitos contra a ordem econômica. Esses crimes causam desordem no livre exercício de atividades econômicas, por meio de abuso de poder econômico, a fim de dominar o mercado, eliminar concorrentes e aumento abusivo dos lucros⁴⁹. Ademais, o artigo 36, da Lei nº 12.529/11 estabelece o conceito de crimes contra a ordem econômica baseado nos efeitos que os delitos podem ocasionar. Para o STF⁵⁰, os delitos contra a ordem financeira são dotados de violação ao princípio da livre concorrência.

⁴⁹ LIMA, op. cit., p. 968.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91285-1/SP. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 25 abr. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523335>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

Aury Lopes Jr.⁵¹ entende, tal qual a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica também é inconstitucional, por não caber ao direito processual essa restrição, devido a sua ineficácia. Para o autor, caberia ao direito administrativo aplicar sanções à pessoa jurídica, uma vez que sancionar a pessoa física não desfavorece a reiteração desses tipos de delitos, sendo melhor sanções que restrinjam o uso patrimonial.

Mais uma vez, mencionamos a divergência da doutrina, mas nos ateremos ao entendimento adotado pela Corte Suprema.

2.2.2.4.3. **Garantir a aplicação da lei penal**

A prisão preventiva para garantir a aplicação da lei penal tem caráter eminentemente endoprocessual, não havendo divergência doutrinária significativa a respeito, uma vez que esse fundamento visa preservar uma das finalidades do processo penal, qual seja, a imposição de penalidades. Assim, o risco de fuga consiste em uma tutela tipicamente cautelar, já que visa a resguardar os efeitos condenatórios de uma sentença penal⁵².

A configuração do risco da aplicação da lei penal consiste no risco de frustração de uma possível

⁵¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 640.

⁵² Ibid., p. 636.

execução de pena, a qual pode ocorrer devido à ausência do réu ou do investigado no distrito da culpa. Dessa forma, resta demonstrada a necessidade de encarceramento preventivo com fins de garantir a aplicação da lei penal quando for verificado que elementos concretos contidos nos autos demonstrem a probabilidade de o indivíduo fugir para não sofrer as sanções penais.

Assim, não basta a imaginação sem fundamentos, meras ilações, indicações frágeis para o decreto preventivo com fins de garantir a aplicação da lei penal, sendo o ônus de comprovar esses elementos concretos da acusação e do juiz com base em provas ou em indícios⁵³.

Não pode o magistrado ou a acusação afirmar que o investigado ou acusado tem condição financeira para empreender fuga, bem como não podem usar as mais diversas condições sociais e pessoais para alegar que há risco de fuga. Deve ocorrer, no andar do processo ou das investigações, fatos que demonstrem o intuito do acusado de se tornar foragido.

2.2.2.4.4. Conveniência da instrução criminal

O encarceramento preventivo visando a conveniência da instrução criminal é medida que visa a

⁵³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de PROCESSO PENAL**: Volume Único. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 970.

assegurar a devida produção probatória ou assegurar o regular andamento do processo, sendo de caráter endoprocessual.

O decreto é mantido enquanto perdurar a instrução processual ou encerrado o ato probatório que estava em risco⁵⁴. Assim, sempre que os autos estiverem conclusos para julgamento do magistrado, o decreto deverá ser revogado. Ademais, caso o acusado ou investigado tenha posto em risco determinada prova a ser produzida, por exemplo, por meio de ameaças a uma testemunha ou de tentativas de destruir vestígios a serem periciados, uma vez produzidas e colocadas nos autos, cessa a necessidade da prisão e, conseqüentemente, o decreto deve ser revogado.

Em que pese o uso do termo “conveniência”, o magistrado detém pouca discricionariedade na aplicação da medida com esse fundamento, uma vez que, devido ao seu caráter de excepcionalidade, bem como sua aplicação com base na necessidade e na proporcionalidade, o juiz não pode usá-la de acordo com um mero juízo de conveniência a respeito⁵⁵. Na análise da imposição da prisão preventiva, o juiz ou o acusador estarão vinculados a demonstrar que o réu, caso solto, gera risco concreto à produção de provas.

⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de PROCESSO PENAL**: Volume Único. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 973.

⁵⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 636.

Quando o réu ameaça o promotor, ou o juiz⁵⁶, de forma que a persecução penal seja perturbada, também é possível o uso da prisão preventiva, após demonstrada a insuficiência de aplicação de alguma medida cautelar diversa da prisão.

Essa condição não é possível de ser usada em fase de inquérito policial, uma vez que o dispositivo trata especificamente de instrução processual. Desse modo, aplicar para a fase investigatória consistiria em interpretação extensiva e violação ao princípio da legalidade.

Não é fundamentada a prisão preventiva para conveniência da instrução criminal quando decretada para o acusado ser interrogado, pois o interrogatório é ato probatório de defesa do réu, de forma que o mesmo é visto como “objeto de prova”, o que torna inconcebível encarcerar alguém para ela ser obrigada a se defender⁵⁷.

Ademais, consiste em motivo inidôneo prender um réu para obrigá-lo a participar de algum ato de produção de provas, vez que é uma forma de violar o direito de silêncio⁵⁸.

⁵⁶ Ibid., p. 636.

⁵⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 636.

⁵⁸ Ibid., p. 636.

CONCLUSÃO

Neste livro, foram apresentadas as diretrizes doutrinárias e legais dos principais institutos jurídicos debatidos no presente trabalho, mais essencialmente a presunção de inocência - não culpabilidade - e a prisão preventiva.

A defesa da não culpabilidade é essencial em um Estado Democrático de Direito, visto que é verdadeira defesa do cidadão contra o poder punitivo, de forma que a maior ou menor flexibilização de tal direito indica a tendência autoritária de determinados governos. Não à toa, os próprios regimes fascistas atacaram a presunção de inocência.

Além disso, além da previsão constitucional, o princípio da não culpabilidade é fruto da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), bem como decorre e é entrelaçada a diversos outros institutos do direito, como devido processo legal e princípios da jurisdiicionalidade, de forma que há robusta infraestrutura para a defesa da não culpabilidade.

A culpabilidade pode ser vista tanto como princípio, essencial como metanorma orientadora de todo ordenamento jurídico penal, mas também como regra,

mais precisamente regra de tratamento, que é a qual deve ser adotada no âmbito da análise da prisão preventiva.

Podemos perceber que o direito de apelar em liberdade consiste em uma regra oriunda de um dos aspectos da não culpabilidade, qual seja, o aspecto referente à regra de tratamento. Nesse contexto, por ser uma regra, um eventual conflito com outra regra é solucionado pela inclusão de uma cláusula de exceção. Isso ocorre entre a regra de tratamento da não culpabilidade e a prisão preventiva, uma vez que esta consiste em cláusula de exceção da não culpabilidade. Dessa forma, o direito de apelar em liberdade é uma regra, de aplicação absoluta, sendo excepcionada pela decretação ou manutenção da prisão preventiva.

Os requisitos para imposição de prisão preventiva são estabelecidos no Código de Processo Penal, havendo tanto pressupostos como hipóteses de incidência. Não obstante, ainda se verifica grande discricionariedade por causa de alguns conceitos indeterminados inseridos, como a tão famosa garantia de ordem pública que, por muitas vezes, se revela como verdadeira antecipação de pena por meio do uso da segregação cautelar, sem apresentar elementos concretos. Aliás, muitas vezes, utilizam-se de fundações genéricas e próximas ao Direito Penal do Autor para justificar a prisão preventiva.

Apesar de patente inconstitucionalidade relativa à garantia da ordem pública, bem como problemas práticos de sua aplicação oriundos de uma sanha punitivista, tal hipótese é considerada constitucional.

Ademais, as outras hipóteses, mais associadas à própria instrução penal, não há tanto debate a respeito de sua constitucionalidade, mas mantém-se eventuais fúririnhas punitivas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Tradução: Virgílio Afonso da Silva.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **PROCESSO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 95/2016 e pelo Decreto-Legislativo nº 186/2008 – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017, 510 p.

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/Del3689Compilado.htm>. Acesso em

01/09/2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm
>. Acesso em 01/11/2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O DEVIDO PROCESSO PENAL**: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Paco de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O DEVIDO PROCESSO PENAL**: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Paco de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de PROCESSO PENAL**: Volume Único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de PROCESSO PENAL**: Volume Único. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E PROCESSUAIS**

PENAI. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SANGUINÉ, Odone. **PRISÃO CAUTELAR, MEDIDAS ALTERNATIVAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5816-9/cfi/6/8!/4/2/4@0:45.9>>. Acesso em: 19 set. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando Cosa. **PROCESSO PENAL**: revista e atualizada. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1 v.

TOURINHO FILHO, Fernando Cosa. **PROCESSO PENAL**: revista e atualizada. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 3 v.

TUCCI, Rogério Lauria. **DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**: Atualizado com a lei da prisão - Lei 12.403/2011. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.