

A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E SUA NÃO APLICABILIDADE AO CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA

João Gabriel Marques Pereira¹

Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira²

PEREIRA, João Gabriel Marques. **A relativização do princípio da presunção de inocência e sua não aplicabilidade ao cumprimento antecipado da pena.** 2020. Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Libertas – Faculdades Integradas, São Sebastião do Paraíso – MG.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo demonstrar as frágeis alterações quanto a interpretação do cumprimento antecipado da pena e as tentativas de flexibilização do princípio da presunção de inocência, princípio este que foi conquistado historicamente por várias legislações, tratados e convenções, todas com textos similares. Serão demonstrados, por meio do método dedutivo, as fases que devem ser aplicadas no decorrer do processo para que a restrição de liberdade do acusado seja válida. Analisar-se-á no presente trabalho a recepção do princípio da presunção de inocência pela Constituição Federal e quanto a sua não autorização do cumprimento antecipado da pena sem o efetivo trânsito em julgado.

Palavras-chaves: Direito processual penal; prisão; inconstitucionalidade.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar o quanto os tribunais estão tomando decisões cada vez mais afastadas da interpretação da Constituição Federal, e neste caso específico, será analisada a matéria do princípio da presunção de inocência diante do cumprimento antecipado da pena e como essas decisões sem interpretação conforme a constituição na matéria de direito penal pode acarretar diversas ocorrências negativas na vida do acusado.

Será também objeto de análise a interpretação do princípio da presunção de inocência e sua relevância em matéria penal, tanto a relevância positiva quanto a negativa

¹Discente do 10º período de Direito da Libertas Faculdades Integradas. E-mail: joao.gabrieel@hotmail.com.

²Defensor Público no Estado de Minas Gerais, atualmente lotado na comarca de São Sebastião do Paraíso. Possui graduação em Direito Faculdade de Direito 'Laudo de Camargo' da Universidade de Ribeirão Preto (2004), Especialista em Direito e Processo Penal pela UEL (2006), Mestre em Direito Penal e Tutela dos Interesses Supraindividuais na UEM (2009). Doutor em Direito Penal e Política Criminal na Universidad de Granada (Espanha - 2015 - título revalidado como equivalente ao de Doutor em Direito pela UFMG em 2017). Pós doutor em Direitos Humanos e Democracia na Universidade de Coimbra (2019). É Professor Adjunto de Direito Processual Penal I e II, Direito Penal VI e VII, Legislação Penal Especial, Criminologia, Direito Administrativo III, Prática Processual Penal, tendo lecionado também Direito Constitucional I e II, Direito Penal III e IV, Direito do Consumidor nas Faculdades Integradas Libertas (FECOM). É Professor da Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Pontifícia Universidade Católica (PUC/MG - Poços de Caldas). Autor do livro "O delito de lavagem de capitais no Direito Penal brasileiro e espanhol" publicado pela Editora D'Plácido (2018).

aplicada nas decisões que coloca em apreciação o bem mais relevante, precioso e indisponível de todo ser humano, a vida.

Diante desse contexto, serão analisadas as consequências da prisão preventiva decretada como forma de cumprimento antecipado da pena, pois neste momento ainda não há o trânsito em julgado da sentença conforme determina os dispositivos legais, e não menos óbvio, esta decisão equivocada do julgador e das supremas cortes acarreta repercussões negativas à vida, integridade do acusado, ferindo outro valioso princípio constitucional que é a dignidade da pessoa humana.

Será também objeto de estudo no presente trabalho as mudanças de posicionamento da questão no Supremo Tribunal Federal e a mudança de interpretação da matéria analisada conforme os anteriores e recentes julgados, que atualmente estão decidindo contrário ao que diz o texto da constituição, ou seja, estão sendo favoráveis ao cumprimento da pena sem haver o devido trânsito em julgado de uma sentença condenatória.

1. PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão com natureza cautelar³, que possui como finalidade assegurar o desenvolver do processo ou até mesmo prevenir que eventuais acontecimentos possam dificultar o resultado útil do mesmo. Esta medida necessita ser totalmente motivada e fundamentada conforme disciplina o artigo 315, bem como se respaldar nas possibilidades elencadas no artigo 312, ambos do Código de Processo Penal (CPP).

Esta modalidade de prisão possui como objetivo a garantia de persecução e instrução do processo, no qual o juiz analisará os fundamentos com base na adequação frente o delito cometido e os aspectos pessoais do agente e, jamais pode ser decretada por ato arbitrário do magistrado⁴.

Observa-se que o artigo 312 do CPP estabelece requisitos fundamentais para que seja possível a decretação da prisão preventiva, porém, o legislador deixou algumas lacunas na interpretação quanto à definição de tais regras elencadas no artigo, como por exemplo, a lacuna existente quanto à definição do que seria o exato conceito de ordem pública.

Por se tratar de uma medida extremamente excepcional, já que a regra é a liberdade do indivíduo, a doutrina e a jurisprudência trataram de dirimir os princípios e fundamentos

³ Prisão cautelar é utilizada antes de uma sentença penal condenatória para assegurar o eficaz desenrolar do processo.

⁴ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

norteadores para que haja o real cabimento da medida, já que a prisão preventiva acarreta diversos impactos na vida pessoal do acusado, conforme citado na obra de Renato Brasileiro:

O novo sistema de medidas cautelares pessoais introduzido pela Lei nº 12.403/11 evidencia que as medidas cautelares diversas da prisão são preferíveis em relação à prisão preventiva, dentro da ótica de que sempre se deve privilegiar os meios menos gravosos e restritivos de direitos fundamentais. Tem-se aí, na dicção de Badaró, a característica da preferibilidade das medidas cautelares diversas da prisão, da qual decorre a consequência de que, diante da necessidade da tutela cautelar, a primeira opção deverá ser sempre uma das medidas previstas nos arts. 319 e 320. Por outro lado, como reverso da moeda, a prisão preventiva passa a funcionar como a extrema ratio, somente podendo ser determinada quando todas as outras medidas alternativas se mostrarem inadequadas. Portanto o magistrado só poderá decretar a prisão preventiva quando não existirem outras medidas menos invasivas ao direito de liberdade do acusado por meio das quais também seja possível alcançar os mesmos resultados desejados pela prisão cautelar. (2020, p.1.060)

A prisão preventiva só deve ser aplicada quando as medidas cautelares não couberem no caso concreto. Conforme demonstrado, a prisão na vida do ser humano acarreta diversas consequências, além do mais, o princípio da presunção da inocência e o devido processo legal devem ser respeitados, de acordo com Eugênio Pacelli em sua obra:

É que a regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Esta, que, em princípio, deve ser evitada, passa a ocupar o último degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando inadequadas ou descumpridas aquelas (as outras medidas cautelares). (2020, p.625)

Veja-se então que a prisão preventiva deve ser o instituto utilizado pelo magistrado em último caso, apenas quando for verificado que as medidas cautelares presente no CPP não são suficientes para resguardar o andamento processual.

1.1 REQUISITOS DE VALIDADE

Dentre os fundamentos e requisitos elencados pela legislação e doutrina, pode-se destacar - quanto aos termos utilizados para analisar mais profundamente a possibilidade da decretação desta modalidade de prisão - com os termos *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

O *fumus commissi delicti* nada mais é do que a probabilidade da existência de um delito e a suposta existência de autoria, porém, não é exigida neste momento a certeza da culpabilidade, mas sim, uma forte probabilidade real da existência de um delito que seja previsto na lei penal.

Portanto, como explica Aury Lopes Júnior (2014, p. 851), o *fumus commissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto.

No mesmo sentido, não basta ainda somente analisar a ocorrência do *fumus commissi delicti*, é também necessário que este venha acompanhado do *periculum libertatis*, a fim de que um complemente o outro e assim se analise a possibilidade de aplicação da prisão preventiva.

O *periculum libertatis* está elencado no artigo 312 do Código de Processo Penal e tem como finalidade estabelecer elementos norteadores para o julgador sobre a pessoa do acusado, é o perigo decorrente do estado de liberdade do acusado em permanecer livre na sociedade. Estes norteadores se dividem em quatro vertentes, sendo elas: o risco a ordem pública, risco a ordem econômica, conveniência da instrução criminal e/ou visando assegurar a aplicação da lei penal.

Em leitura do artigo 312 do CPP pode-se observar a intenção do legislador em, diante de um fato, verificar a existência de um delito cujo desdobramento seria o *fumus commissi delicti*, ou seja, o juízo de probabilidade da existência do crime e indícios suficientes de autoria do acusado.

O *periculum libertatis* estabelece os requisitos essenciais para que a prisão preventiva seja válida, esses conceitos se destinam a uma avaliação crítica do julgador diretamente na pessoa do acusado. Quando verificado a presença de um dos requisitos elencados nos artigos 282 e 312 do CPP será válida a decretação da prisão preventiva, porém, se na fundamentação do magistrado esteja ausente este elemento a prisão será inválida.

Essas justificações muitas vezes usadas erroneamente pelos julgadores expõem a vulnerabilidade do acusado diante do fato ocorrido, pois diversas vezes se torna totalmente difícil a caracterização da presença dos requisitos elencados no artigo 312 do CPP. Quando o legislador no próprio artigo não se preocupou em definir o que seria o conceito de ordem pública, deixou margem para que qualquer justificação respaldada neste conceito fosse válida para decretar a prisão preventiva.

1.1.1 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

O conceito de ordem pública, como bem criticado por Aury Lopes Jr. (2014, p. 854), é um conceito totalmente vago, e necessita de alguns cuidados quanto a sua interpretação,

pois pode levar o intérprete da lei a um equívoco, como menciona em sua obra: “Garantia da ordem Pública: por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer *senhor*, diante de uma maleabilidade conceitual, apavorante, não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer.” (grifo do autor).

Diante deste aspecto é de acirrada missão para o julgador estabelecer o verdadeiro conceito de ordem pública quando usada para a validade da decretação da prisão preventiva. O conceito de ordem pública para a doutrina é a intenção do legislador em manter a ordem na sociedade diante da prática de um delito, ou seja, é a intenção de mostrar para a sociedade a aplicação da justiça no fato ocorrido, manter-se a sociedade tranquila no aspecto da ordem coletiva, e a tentativa de garantir ao mínimo que aquele sujeito não mais cometerá delitos pelo menos em curto prazo, conforme destacado pelo autor Aury Lopes:

No que tange à prisão preventiva em nome da ordem pública sob o argumento de *risco de reiteração de delitos*, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal.

Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros. (2020, p.1.018) (grifo do autor).

Ainda mais, Renato Brasileiro de Lima em sua obra corrobora com a vertente aqui exposta, conforme vejamos:

Para uma primeira corrente, a prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública não é dotada de fundamentação cautelar, figurando como inequívoca modalidade de cumprimento antecipado de pena. Para os adeptos dessa primeira corrente, medidas cautelares de natureza pessoal só podem ser aplicadas para garantir a realização do processo ou de seus efeitos (finalidade endoprocessual), e nunca para proteger outros interesses, como o de evitar a prática de novas infrações penais (finalidade extraprocessual).(2020, p.1.062)

Podemos então verificar a falha na intenção do legislador em permitir a prisão preventiva com fundamentos na ordem pública, eis que prematura a decretação da prisão, uma vez que ainda há de se observar o devido processo legal para constatar a autoria do delito, com grave violação ao princípio da presunção da inocência.

1.1.2 GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA

Em desdobramento das situações elencadas no artigo 312 do CPP, após análise do conceito da garantia da ordem pública, verifica-se a segunda situação que fundamenta o *periculum libertatis*, fazendo referência à situação da garantia da ordem econômica.

Esta situação foi inserida no artigo 312 do CPP para se enquadrar naquelas condutas que afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica. Trata-se de um conceito que visa à garantia de concorrência, ou quando da prática do delito pode-se verificar perdas financeiras por parte da economia do país ou mesmo quando a conduta do agente pode colocar o sistema financeiro em risco, conforme entendimento de Renato Brasileiro:

O conceito de garantia da ordem econômica assemelha-se ao de garantia da ordem pública, porém relacionado a crimes contra a ordem econômica, ou seja, possibilita a prisão do agente caso haja risco de reiteração delituosa em relação a infrações penais que perturbem o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso do poder econômico, objetivando a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4º). (2020, p.1.067)

Importante destacar que é de difícil utilização por parte do julgador se limitar em sua justificação a decretação da prisão preventiva utilizando esta situação, pois em primeiro momento temos a Lei nº 12.529/2011, criada especificamente para a repressão e prevenção das infrações contra a ordem econômica, portanto, mal inserida no artigo 312 do CPP.

Assim, não há que se falar em prisão preventiva com base em crimes econômicos sem uma prévia fundamentação e real desdobramento das investigações. Quando presente um delito contra a ordem econômica ao menos há de se verificar o mínimo de materialidade do fato para prender com base nesta garantia.

Por fim, este conceito é tão vago e pouco utilizado que pode-se entender que a real intenção do legislador em criá-lo foi para embasar o clamor social da população em geral diante de um crime de grave repercussão, atendendo novamente as cobranças da sociedade diante de um delito praticado, porém aqui há o acréscimo do delito ser cometido contra a economia do País.

1.1.3 CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

A conveniência da instrução criminal é a situação empregada quando houver riscos no desenvolvimento do processo e seus reais desdobramentos, garantindo que todo o decorrer da instrução processual seja feita de maneira equilibrada e principalmente de uma forma imparcial, não podendo haver margens para que o acusado consiga ludibriar ou mesmo desequilibrar o andamento processual por meio de condutas que tumultuem as investigações, consoante Renato Brasileiro aponta:

A prisão preventiva decretada com base na conveniência da instrução criminal visa impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas. Tutela-se, com tal prisão, a livre produção probatória, impedindo que o agente comprometa de qualquer maneira a busca da verdade. Assim,

havendo indícios de intimidação ou aliciamento de testemunhas ou peritos, de supressão ou alteração de provas ou documentos, ou de qualquer tentativa de turbar a apuração dos fatos e o andamento da persecução criminal, será legítima a adoção da prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal. (2020, p.1.071)

Diante do desdobramento do andamento processual, vale ressaltar que esta situação é excepcional, pois a regra imposta pela Constituição Federal é a liberdade do indivíduo, portanto não basta o julgador se justificar alegando genericamente a ação do acusado como geradora de condutas que coloquem em risco a conveniência da instrução criminal, é preciso que haja prova cabal nos autos de que o acusado está cometendo atos com o intuito de desequilibrar o andamento processual.

1.1.4 ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Em última análise dos desdobramentos do *periculum libertatis*, o artigo 312 CPP estabelece que pode ser decretada a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, ou seja, esta situação aborda o risco do acusado de evadir-se do distrito da culpa, quando há situações concretas de que este fuja.

Nesta situação o legislador tratou de garantir a finalidade do processo que é desenvolver toda a instrução criminal e, após uma sentença condenatória irrecorrível, exercer o seu dever de punir e aplicar a sanção devida ao acusado que cometeu o ato vedado pelo ordenamento jurídico e logo foi sentenciado com uma pena, como bem explica Guilherme de Souza Nucci em sua obra:

Asseguração da aplicação da lei penal: significa garantir a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal (2016, p.582).

É evidente a intenção do legislador em resguardar a aplicação da lei, garantindo que o Estado exercerá seu poder de punir evitando que este direito se perca por conta de sua própria inépcia. Portanto, o risco de fuga do acusado representa uma conduta que põe em risco a eficácia da sentença proferida pelo juiz na forma de Estado.

Ocorre que, não se admite que o julgador apenas se justifique alegando a presunção do risco de fuga do acusado, é necessário que haja prova robusta e concreta de que ele irá se evadir do distrito da culpa para que seja assegurado o direito de liberdade do acusado diante de sua conduta.

Por fim, sempre que se fala em prisão preventiva é imprescindível verificar a presença de prova razoável do *periculum libertatis* e que jamais seja utilizada pelo julgador

apenas com convicções ou presunções sem fundamentos, ou mesmo sem um mínimo suporte fático probatório da conduta do acusado.

O perigo gerado pela conduta do acusado deve ser sempre analisado visando a necessidade e adequação da medida a ser tomada e sempre justificada com provas cabais e que o perigo gerado de que o acusado em liberdade atente contra a aplicação da lei penal seja real, respaldado em provas para que se justifique a medida tão gravosa a ser imposta ao acusado que é a restrição de sua liberdade, com bem cita Aury Lopes Jr.:

É imprescindível um juízo sério, desapaixonado e, acima de tudo, calcado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva de ter um primor de fundamentação, não bastando à invocação genérica de fundamentos legais. Deve o juiz demonstrar, com base na prova trazida aos autos, a probabilidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. (2014, p.857)

Mais uma vez o legislador destaca a importância da fundamentação do magistrado diante da decretação da prisão preventiva do acusado. Como já citado, a prisão preventiva trata-se de uma medida excepcional, nada mais justo que o magistrado fundamentar sua decisão com base em provas concretas que constem nos autos, até mesmo para se garantir o princípio do contraditório ao acusado.

2. CABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

Analisando o artigo 313 do Código de Processo Penal, podemos nos deparar com os requisitos fundamentais para que a prisão preventiva seja válida. Mesmo omissos o legislador em categorizar o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* é sempre necessário analisar os requisitos para o cabimento da medida a ser adotada, não podendo jamais o magistrado se abster de utilizar-se sempre dos mais importantes pilares da prisão preventiva, a necessidade da adoção da medida e a proporcionalidade diante da conduta adotada pelo acusado.

É dever do julgador analisar minuciosamente todos os aspectos e sempre de modo fundamentado, aqui se faz uma observação à fundamentação genérica muito utilizada pelos julgadores. Essa técnica utilizada é a aberração do processo penal, jamais podendo ser utilizada nesta matéria, pois é direito mínimo do acusado entender todos os fundamentos e os entendimentos do juiz diante da acusação que lhe está sendo imposta.

Portanto sempre que o assunto for matéria de processo penal e a fundamentação for genérica ou obscura estar-se-á diante de flagrante ilegalidade da decretação da prisão preventiva, e, por óbvio, haverá de se adotar o relaxamento da prisão, pois se trata de uma

conduta totalmente vedada, expressamente prevista na Constituição Federal em seu artigo 93, inciso IX.

No mesmo sentido, além de toda fundamentação adequada conforme o ordenamento jurídico, o juiz deve também observar o princípio constitucional da presunção de inocência igualmente estabelecido na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII.

Pode-se então analisar que para decretação da grave medida da prisão preventiva não basta o juiz analisar o texto da lei para sua fundamentação, é necessário que a motivação seja claramente demonstrada, não podendo se convencer por mero “achismo”, há de se ficar demonstrado o real motivo da adoção da medida e expor todos os fatos concretos.

O juiz deve tomar atitudes criteriosas e indispensáveis para analisar o caso com base na adequação, necessidade e a proporcionalidade do fato, visto que a falta de qualquer dos requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico terá como consequência a invalidade do ato.

No mesmo sentido, o artigo 313 do Código de Processo Penal nos traz os casos em que será admitida a prisão preventiva, veja o inciso I:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

Não bastando a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, a prisão preventiva somente será válida se o crime praticado pelo agente for doloso. Mesmo quando presentes os requisitos do artigo 312, do CPP, não será decretada a prisão preventiva quando o crime for na modalidade culposa.

Superada a não aplicabilidade na modalidade de crime culposos, quando for verificada a existência de crime doloso tem-se que observar também o limite estabelecido pelo legislador, o qual estabelece a proporcionalidade, exigindo que nos crimes dolosos a pena máxima cominada seja superior a 4 (quatro) anos.

Importante ressaltar que, ainda que se verifique ser o crime doloso com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, quando inexistir a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não há como se falar em prisão preventiva, sob pena de ilegalidade.

No inciso II, podemos verificar:

[...]

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

Pois bem, aqui se trata de um enorme equívoco do legislador em permitir a decretação da prisão preventiva com base apenas na reincidência em crime doloso, pois deixa clara a fragilidade da fundamentação da decretação da medida cautelar apenas por ser o acusado reincidente, deixando margem para que a reincidência por si só seja a fundamentação.

Com a fundamentação apenas com base na reincidência é flagrante a violação ao princípio da proporcionalidade, pois não é proporcional decretar uma medida tão grave na vida do acusado com base apenas na reincidência, há de haver outros elementos que juntos possam justificar a medida com base em uma fundamentação densa, sob pena de flagrante nulidade.

A reincidência por si só como fundamento de uma prisão preventiva não é o bastante, há de estar presente o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, situações indispensáveis para a decretação da prisão preventiva, como bem cita Aury Lopes Jr. em sua obra:

Infelizmente, optou o legislador em seguir na linha de máxima estigmatização do reincidente, em flagrante bis in idem. Pensar-se em uma prisão preventiva com base, exclusivamente no fato de o agente ser reincidente, poderia constituir uma grave violação do princípio da proporcionalidade. Ademais, levantaria o seguinte questionamento: onde estaria o caráter cautelar dessa prisão? (2014, p. 860)

Adiante, verificamos a disposição do inciso III:

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Este inciso foi criado pelo legislador para proteger não só as mulheres, mas também os mais vulneráveis, como por exemplo, o idoso, a criança, o adolescente, e o enfermo. Trata-se de uma proteção legal em que é decretada a prisão preventiva para efetivar-se a medida protetiva anteriormente decretada e não cumprida pelo acusado. Aqui também há de ser analisar a presença de *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

No parágrafo único veremos que:

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Primeiramente, aqui podemos verificar um equívoco do legislador e que necessita do intérprete da lei uma leitura cautelosa, este parágrafo nada se parece com a prisão por

averiguação, pois aqui, como nas outras possibilidades da decretação da prisão preventiva, também há de ser verificado o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF), no Habeas Corpus nº 125.584 decidiu no seguinte sentido:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ROUBO. PRETENSÃO DE SOLTURA DO PACIENTE. LIBERDADE DETERMINADA NA ORIGEM. ALVARÁ DE SOLTURA EXPEDIDO. HABEAS CORPUS PREJUDICADO. Relatório 1. Habeas corpus, com requerimento de medida liminar, impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, em benefício de VULPIANO DE OLIVEIRA NETO, contra julgado da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a qual, em 4.11.2014, negou provimento ao Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 51.101, Relator o Ministro Nefi Cordeiro: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. DÚVIDA QUANTO À IDENTIDADE DO PACIENTE. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. 1. Constitui fundamentação idônea a justificar a prisão cautelar, a não apresentação de quaisquer dos documentos civis que permita a identificação do preso, nos termos do art. 313, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que dispõe que também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. [...]
(STF-HC: 125584, BA, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 01/12/2014, Data de Publicação: DJe-241 DIVULG 09/12/2014 PUBLIC 10/12/2014).

Desta feita, nota-se que a falta de identificação do preso justifica a prisão preventiva. Fica evidente que é uma decisão um tanto quanto equivocada, pois não basta a falta de identificação do preso para que seja decretada a prisão preventiva, a não identificação não é fundamentação hábil que por si só tenha força de justificação.

Seria fundamental exigir por parte do juiz a análise dos requisitos que ensejam a prisão preventiva, ou seja, o crime há de ter pena superior a 4 anos, o crime deve ser doloso e necessariamente deve ser verificado a presença ao menos do *fumus commissi delicti*, já que o *periculum libertatis* muitas vezes é fundamentado apenas na não apresentação de identificação do preso.

Em última análise, mas não menos importante, o artigo 314 do CPP determina que:

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Aqui, se apura que o legislador decidiu acertadamente não decretar a prisão preventiva quando forem verificadas as causas excludentes de ilicitude, tais como a legítima

defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito. Porém, há uma lacuna no texto legal que nada dispõe sobre as excludentes da culpabilidade, que se classifica em imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta adversa.

Seria de enorme importância a inclusão das excludentes de culpabilidade como não admissão de decretação da prisão preventiva, pois são causas que justificam o injusto penal e que necessitam de uma investigação específica para constatar as exigências do cabimento de uma das hipóteses de excludentes, e após a constatação de que o acusado cometeu o delito com base em uma das causas de justificação, não há que se falar em prisão preventiva, pois como visto, esta modalidade exclui a culpabilidade do acusado.

Notadamente, não é necessário que haja prova cabal de que o delito foi cometido nas hipóteses das excludentes, mas, diante da gravidade da aplicação da prisão preventiva, basta o julgador evidenciar a probabilidade e junto, verificar se há os indícios suficientes para que, se houver dúvidas, favoreça o acusado. Como salienta Aury Lopes em sua obra, dispondo acertadamente que:

Não se exige uma prova plena de excludente, mas uma fumaça. Inclusive, diante da gravidade de uma prisão preventiva, pensamos que a dúvida deve beneficiar o réu também neste momento, incidindo sem problemas o in dubio pro reo. (2014, p. 864)

Evidente a intenção do legislador de não exigir prova circunstancial logo de imediato, trata-se apenas de ser verificada a probabilidade da culpabilidade do acusado.

3. FUNDAMENTAÇÃO

Em se tratando das novas disposições adotadas pela Lei nº 13.964/19, denominada Pacote Anticrime, importante destacar a alteração do artigo 312 do CPP, onde no qual anteriormente nada dispunha quanto à necessidade da fundamentação correta como um dos requisitos de validade, embora vários doutrinadores já utilizassem a questão como item fundamental na validade ou não da decretação da prisão preventiva.

Adiante, por ser uma medida excepcional e urgente, deve a prisão preventiva ser conduzida seguindo alguns critérios adotados pelo legislador, entre eles e o mais importante: a fundamentação. Com o ajuste adotado pela Lei nº 13.964/19, observa-se no artigo 312, §2º, que o legislador deixou expressa a necessidade da fundamentação, além do mais, inovando no contexto, acrescentou que os fatos motivadores que ensejarão a fundamentação idônea deverão ser contemporâneos ou novos.

Neste mesmo raciocínio, o artigo 315 do CPP traz novamente a necessidade da fundamentação, mantendo também a necessidade da motivação, a qual já era prevista anteriormente à reforma, devendo agora o magistrado observar os dois fatores necessários para sua validade. Além de que inova nos parágrafos seguintes do mesmo artigo no sentido de descrever os requisitos fundamentais que ensejarão a fundamentação válida, sendo que em caso de carência dos requisitos haverá a fundamentação nula, sendo por óbvio inválida para decretar a prisão preventiva do acusado.

Em importante entendimento à alteração realizada pela lei supra citada, o magistrado então deverá adotar o binômio fundamentação e motivação. Acertadamente Nucci em sua obra nos ensina quanto a diferença das condutas adotadas pelo magistrado:

Motivar representa expor o raciocínio lógico do juiz para chegar à conclusão de que a prisão cautelar é necessária. Exemplo: trata-se de crime hediondo que, mesmo em abstrato, é grave. *Fundamentar* é a exposição dos elementos de prova contidos nos autos do procedimento ou do processo, relacionando aquele crime hediondo detectado a um perigo à sociedade, se o sujeito continuar livre. Se a motivação é lógico-mental, a justificação é realística probatória. Há de se acabar com a ideia de um crime ser abstratamente grave, sem nenhum outro elemento probatório concreto, decretando-se a preventiva. (2020, p. 1.175) (grifo do autor)

Além de expressa previsão no CPP, é também exigência da Constituição Federal que toda decisão judicial seja fundamentada sob pena de nulidade, conforme artigo 93, inciso IX.

Como bem disciplina Aury Lopes em sua obra:

É imprescindível um juízo sério, desapassionado e, acima de tudo, calcado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva deve conter uma fundamentação de qualidade e adequada ao caráter cautelar. Deve o juiz demonstrar, com base na prova trazida aos autos, a probabilidade e atualidade do *periculum libertatis*. Se não existe atualidade do risco, não existe *periculum libertatis* e a prisão preventiva é despida de fundamento.

Nessa linha, o § 2º do art. 312 exige que para decretação da prisão preventiva o perigo (necessidade cautelar) deve ter existência concreta em fatos novos ou contemporâneos, que justifiquem a medida adotada. (2020, p. 920)

Veja-se então que na fundamentação do magistrado deve haver, ao menos, elementos probatórios ainda que não finalizados, porém, a fundamentação tem que ser idônea para que seja capaz de validar a decretação da prisão preventiva.

4. REVISIBILIDADE EX OFFICIO

Em mais uma novidade trazida pelo Pacote Anticrime, tem-se a importante redação dada pelo artigo 316 do CPP, o qual inova em disciplinar a revisão efetuada pelo magistrado,

seja de ofício ou a pedido das partes para que revogue a prisão preventiva quando cessar os motivos que a levou.

Esse novo fundamento traz consigo enorme evolução jurídica, eis que irá suprir alguns excessos de prazos que ocorrem durante o processo, também suprimindo a questão de deixar o investigado preso por mais tempo do que deveria. Também como novidade, há agora um prazo determinado para que de tempos em tempos o juiz analise se ainda persistem os fundamentos que serviram para a decretação da prisão preventiva, o prazo encontra-se no parágrafo único do artigo 316, sendo este de 90 dias.

Além do mais, a cada 90 dias deverá o magistrado informar nos autos sua fundamentação para manter, revogar ou até mesmo decretar novamente a prisão preventiva. Mais uma vez se está diante da necessidade da fundamentação idônea, sob pena de tornar-se a prisão preventiva ilegal.

Importante ressaltar também que após o prazo de 90 dias sem a revisibilidade feita pelo magistrado, pode a defesa pedir o relaxamento da prisão preventiva com base no excesso de prazo, eis que o parágrafo único do artigo 316 prevê a data limite para ocorrência do ato, qualquer prazo maior que isso pode tornara prisão ilegal, logo, deverá ser imediatamente cessado.

Nucci fala sobre a questão em sua obra:

Revisão da necessidade da prisão: maneira inédita inclui-se na legislação processual penal a indispensabilidade de reavaliar, a cada 90 dias, a necessidade da prisão cautelar. Impõe-se a reanálise de ofício (sem requerimento das partes), com fundamentação (baseado nas provas concretas) a manutenção da prisão preventiva. Lembre-se: se isso não for realizado, a prisão se torna ilegal e é caso de soltura imediata do preso. (2020, p. 1.185)

Apura-se uma grande evolução para o ordenamento jurídico, tendo em vista a inserção de um prazo fundamental para que ocorra a verificação da persistência dos fundamentos da prisão preventiva, trazendo maior segurança para o acusado bem como para a defesa, pois caso o prazo não seja respeitado caberá a esta última solicitar a soltura com base no excesso de prazo, como citado anteriormente.

5. PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE

Inicialmente analisa-se pelo sistema adotado no ordenamento jurídico brasileiro, de que a regra é a liberdade e a exceção é a restrição da liberdade. Nota-se que em vários textos

legislativos está expresso que a prisão só será decretada em havendo o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, conforme cita Aury Lopes em sua obra:

É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor) em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, pois decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no sistema medieval brasileiro. (2014, p.803)

Em interpretação ao texto constitucional, mais especificamente no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, se denota que é adotado o princípio da não culpabilidade ou mesmo a presunção de inocência.

Mais além trata-se do entendimento quanto à interpretação da lei de que, para haver prisão pena deve ser adotado o marco temporal do trânsito em julgado, como disciplina o artigo 283 do CPP, em total conformidade com a Constituição Federal, conforme citado acima.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Adiante, nota-se que a presunção da não culpabilidade estava prevista até mesmo anteriormente à CF/88, pois o princípio da não culpabilidade aparece já na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual dispunha em seu artigo 9º, o seguinte teor:

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Ainda no mesmo sentido, Lopes (2017) em seu artigo, direciona no sentido de que em 1948 em Assembleia Geral das Nações Unidas, fora proclamada a Declaração Universal do Homem e do Cidadão, a qual retrata a presunção de inocência no seu art. XI com a seguinte redação:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no que lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Mais adiante, constata-se que o princípio da presunção de inocência encontra-se também no Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo 8.2:

Artigo 8º - Garantias judiciais

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas.

É de se observar as vastas disposições que disciplinam o princípio da presunção de inocência, têm a ideia de que é um princípio fundamental para a dignidade do homem e vem evoluindo constantemente em diversas disposições jurídicas conforme demonstrado.

Além do mais, as disposições contidas nos artigos mencionados anteriormente são de simples interpretação, bastando entender o marco temporal no qual fica comprovada a culpa do acusado. Ocorre que, trazendo as disposições para o processo penal, entende-se que a sentença de segundo grau não comprova ainda a culpa do acusado, sendo inegável a presença de instâncias superiores que possibilitarão ao acusado rever sua condenação por meio de recursos, razão pela qual adota-se o entendimento de que a prisão em segunda instância é ilegal e contraria o ordenamento jurídico, como bem cita Lopes em sua obra:

É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor) em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, pois decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no sistema medieval brasileiro. (2014, p.803)

5.1 FLEXIBILIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Em diversas interpretações sobre a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência, a sua flexibilização foi defendida por alguns juristas e até mesmo ministros do Supremo Tribunal Federal, os quais conduziram seus raciocínios no sentido de que haveria possibilidade de se flexibilizar o princípio, ou seja, de não cumpri-lo integralmente, mas sim pela metade, arguindo que bastaria uma condenação em segunda instância para que fosse lícita a decretação da prisão do acusado.

Neste embalo, gerou-se a discussão sobre o cumprimento antecipado da pena, ou seja, a decretação da prisão sem haver o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, pois se respaldavam na questão de que não poderia haver reexame de provas pelo STJ nem mesmo pelo STF, como súmulas já aplicadas neste teor.

Ocorre que não basta analisar o reexame de provas para decretar a prisão do acusado, é preciso analisar que em grau de recurso há inúmeras possibilidades de alteração da

modalidade pena, por exemplo, como também sua redução, forma de cumprimento e etc., não tendo respaldo a mera alegação de que não serão reexaminadas as provas juntadas nos autos.

Neste sentido, Aury Lopes acertadamente em sua obra dispõe:

É errado afirmar que alguém é considerado “culpado” após a decisão de segundo grau porque dela somente cabem recursos especial e extraordinário, que não permitem reexame de provas. Primeiramente há que se compreender que no Brasil adotamos a “culpabilidade normativa”, ou seja, o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. E, mais, somente se pode afirmar que está “comprovada legalmente a culpa”, como exige o art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o trânsito em julgado da decisão condenatória. (2020, p. 901)

Além do mais, tentou-se flexibilizar um princípio conquistado historicamente conforme já demonstrado no presente estudo, tentou-se inovar a interpretação assentada há anos pelo ordenamento jurídico, tudo para que se mostrasse a sociedade um efetivo cumprimento das leis por parte do Estado em exercer seu direito de punir bem como fazer frente a um “combate à impunidade”, deixando de observar as garantias constitucionais inerentes a todos os cidadãos.

Ainda na tentativa de flexibilizar o princípio consagrado, é possível entender que o cumprimento antecipado da pena não foi autorizado pela CF/88 nem pelo CPP em seu artigo 283, sendo certo que toda interpretação contrária a esses dispositivos se torna inconstitucional.

O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. É preciso compreender que os conceitos no processo penal têm fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente (Geraldo Prado) ou distorcidos de forma autoritária e a “golpes de decisão”. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo (sigo com STRECK) e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial. O STF não pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. Esse é um exemplo claro e inequívoco do que é dizer qualquer-coisa-sobre-qualquer-coisa, de forma autoritária e antidemocrática. (LOPES, 2020, p. 902)

Veja-se então que o STF deve ser o guardião da Constituição Federal e não a alterar ao seu livre dispor, tendo em vista existir o chamado controle de constitucionalidade, no qual deve-se ser apreciado qualquer norma lá inserida que não seja válida. No entanto verifica-se que o princípio da presunção de inocência está consagrado historicamente, não sendo correto sua flexibilização por meio de simples interpretações distintas, porém inconstitucionais.

6. MUDANÇAS DE POSICIONAMENTO DO STF

É interessante destacar que a função Constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal é ser o guardião da Constituição, zelando pelas corretas aplicações de todos os seus dispositivos bem como julgar por meio de ADI, ADC e afins, tudo para o fiel cumprimento das disposições ali contidas.

Correto também é que com a função de guardião da Constituição Federal, deve o STF zelar pela honrosa e correta aplicação da mesma, garantindo o fiel cumprimento aos direitos fundamentais adquiridos historicamente, entre eles a presunção de inocência.

Ocorre que o STF em reiteradas alterações de interpretação, havia decidido diferente do que disciplina a CF/88, bem como vinha tentando alterar o texto constitucional, conforme destacado a seguir.

A discussão sobre a interpretação da validade ou não do cumprimento antecipado da pena sempre vem à baila por meio de Habeas Corpus. Inicialmente, entendeu-se pela aplicação do princípio da presunção de inocência mediante o HC 84078/MG votado pelos ministros do STF em 2009, no qual por sete votos a quatro entenderam que o paciente deveria recorrer aos tribunais superiores em liberdade, conforme se vê pela ementa do acórdão votado em 05 de fevereiro de 2009.

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. [...] 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado de elidir essa pretensão. [...] (STF – HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

Até então, a correta interpretação do STF diante do princípio da presunção da inocência assegurava aos acusados o direito de recorrer em liberdade diante de uma sentença de primeira instância, garantindo o cumprimento do preceito fundamental e de acordo com a interpretação da CF/88.

Ocorre que em 2016 o STF voltou novamente a discutir o caso por meio do HC 126292, alterando drasticamente seu entendimento, onde fora vencedor por maioria dos votos

o entendimento de que o cumprimento antecipado da pena não violaria o princípio da presunção de inocência, além disso alterou totalmente a jurisprudência que vinha em fiel entendimento desde 2009, conforme vejamos a ementa do acórdão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (STF – HC: 126292, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 01/9/2016, Data de Publicação: DJe-023 DIVULG 06/02/2017)

Pode-se verificar então a drástica alteração jurisprudencial e a insegurança jurídica causada pela reforma de entendimento do STF em questões idênticas. A situação causou enormes transtornos aos operadores do direito bem como aos acusados, pois agora o entendimento do STF era totalmente inconstitucional, agindo o próprio guardião contra seus dispositivos.

Ocorre que em 2019 novamente a discussão veio à tona, porém desta vez o STF restabeleceu o entendimento de acordo com a CF/88 para que fosse aplicado o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença, afirmando que até que isso ocorra deve-se garantir ao acusado a presunção da inocência conforme garantia constitucional que lhe é atribuída.

A decisão do Recurso Extraordinário com Agravo nº 964246 e Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's 43, 44 e 54) voltou a garantir aos acusados a premissa que lhe outorgou a Constituição Federal, bem como o CPP estabelece, vejamos o que foi noticiado pelo site do STF:

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Carmen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019.

Apontou-se então as alterações de entendimento do STF a respeito do princípio da presunção de inocência, sendo mister salientar que o atual entendimento está em conformidade com o que disciplina a CF/88 bem como o CPP e outras matérias de direito que

reconhecem a constitucionalidade e a obrigatoriedade da presunção de inocência, como também é o sentido correto em dizer que o cumprimento antecipado da pena é inconstitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta demonstrado, portanto, que, a prisão preventiva é um instituto que deve ser utilizado somente quando as medidas cautelares diversas da prisão não se enquadrarem no caso concreto.

Ademais, a prisão preventiva deve seguir diversos norteadores para que seja válida, não bastando uma fundamentação genérica por parte do magistrado, ao contrário, deve ele deixar claro quais são as provas que constam nos autos e, assim, possibilitar uma defesa técnica do acusado diante das acusações que lhe são impostas.

É nítido que a CF/88 quando disciplina a respeito do princípio da presunção da inocência visa garantir que o acusado só tenha sua liberdade restringida quando se provar a culpa e, para isso, exige-se o trânsito em julgado. O devido trânsito em julgado acontece quando as possibilidades de recurso se esgotam, pelo fato de não possuir mais instâncias superiores para o recurso.

Por se tratar de uma medida inconstitucional adotada arbitrariamente para restringir a liberdade de vários acusados, surpreende-se a insegurança jurídica causada pelo STF, no qual possui a missão de resguardar os dispositivos constantes na CF/88.

As diversas alterações de posicionamento demonstram uma divergência de pensamentos entre os ministros, os quais disciplinam contrariamente do mesmo tema votado anteriormente em casos análogos. Não restam dúvidas de que as alterações do STF diante do caso geram insegurança jurídica tanto para os acusados como por parte dos advogados que são responsáveis pela defesa técnica dos mesmos.

Além do mais, a tentativa de flexibilizar a presunção da inocência é um ato inconstitucional praticado pelo mesmo STF que tem a missão de julgar o controle de constitucionalidade. Ainda assim, houve entendimento contrário ao disciplinado na CF/88, gerando reflexos negativos para o país.

Tendo em vista a última posição do STF, cabe ressaltar que o entendimento atual é o que deveria ter sido adotado desde o primeiro questionamento, eis que seria evitado todo um transtorno jurídico e alterações desnecessárias diante de um tema consagrado pela CF/88 e várias outras legislações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 ago. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ementa nº 125.584. Relator: Carmen Lúcia. Brasília, DF, 01 de dezembro de 2014. **Diário Oficial da União.** Brasília, 09 dez. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ementa nº 84078. Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. **Diário Oficial da União.** Brasília, 26 fev. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ementa nº 126292. Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, 01 de setembro de 2016. **Diário Oficial da União.** Brasília, 06 fev. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 1937 p.

_____, Aury. **Direito processual penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1123 p.

LOPES, Rénan Kfuri. **O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE E A CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO POR ÓRGÃO DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO.** 2017. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/o-principio-da-presuncao-de-nao-culpabilidade-e-constitucionalidade-da-execucao-da-pena-apos-julgamento-por-orgao-de-segundo-grau-de-jurisducao/>. Acesso em: 04 ago. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1947 p;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1004 p.

_____, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado.** 19. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2020. 2232 p.

PACELLI, Eugenio. **Curso de processo penal.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. 1370 p.

Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. APUD. FERREIRA Filho, Manoel G. et. alli. **Liberdades Públicas** São Paulo, Ed. Saraiva, 1978.