

FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS

DIREITO

MATEUS CASSIANO PALIÃO

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: uma análise sob a ótica dos princípios
constitucionais que norteiam o processo penal**

Três Pontas

2018

MATEUS CASSIANO PALIÃO

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: uma análise sob a ótica dos princípios
constitucionais que norteiam o processo penal**

Trabalho apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção de crédito na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso, tendo como orientador do Projeto o Professor Esp. Everton Wilson Ribeiro

Três Pontas

2018

MATEUS CASSIANO PALIÃO

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: uma análise sob a ótica dos princípios
constitucionais que norteiam o processo penal**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade Três Pontas - FATEPS, como pré-requisito
para obtenção do grau de bacharel pela Banca
Examinadora composta pelos membros:

Aprovado em / /

Prof. Esp. Everton Wilson Ribeiro

Prof. Esp. Marcell Voltani Duarte

Prof. Esp. Valentin Calenzani

OBS.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso traz informações significativas sobre a execução provisória da pena, seus desdobramentos no cenário jurídico atual, e a análise precisa do princípio da presunção de inocência. Inicialmente o projeto traz ao leitor um estudo sobre a evolução do sistema carcerário no cenário mundial, bem como suas espécies. Logo após o leitor irá se deparar com uma análise feita acerca dos tipos de pena previstos no Brasil bem como as peculiaridades previstas em cada espécie. Não obstante há no presente, um estudo dos aparatos constitucionais ligados aos princípios que vinculam o processo penal e o direito penal as garantias fundamentais do cidadão. Além do mais, o leitor disporá de uma análise feita a respeito do impacto judicial e social causado pela execução provisória da pena após condenação em segundo grau de jurisdição, e a constitucionalidade do HC 126.292/SP. E por fim o trabalho pretende justificar o motivo pelo qual é inviável a execução provisória, não podendo o estado forjar os direitos e garantias dos cidadãos alcançados através de muita luta e sacrifício pelo povo brasileiro.

Palavras-chave: direito penal, direito processual penal, execução provisória, HC 126.292/SP, presunção de inocência, princípios constitucionais, prisão, segundo grau de jurisdição.

ABSTRACT

The present work of conclusion of course brings significant information about the provisional execution of the sentence, its unfolding in the current legal scenario, and the precise analysis of the principle of presumption of innocence. Initially the project brings to the reader a study on the evolution of the prison system in the world scenario, as well as its species. Soon after the reader will be faced with an analysis made about the types of punishment foreseen in Brazil as well as the peculiarities predicted in each species. Nevertheless, there is at present a study of the constitutional apparatuses connected to the principles that bind the criminal process and the criminal law the fundamental guarantees of the citizen. In addition, the reader will have an analysis of the judicial and social impact caused by the provisional execution of the sentence after conviction in a second degree of jurisdiction, and the constitutionality of HC 126.292 / SP. And finally the work intends to justify the reason why the provisional execution is not viable, and the state can not forge the rights and guarantees of the citizens reached through much struggle and sacrifice for the Brazilian people.

Key words: provisional execution, second degree of jurisdiction, HC 126.292 / SP, presumption of innocence, imprisonment, criminal procedural law, criminal law, constitutional principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2. A EVOLUÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NO CONTEXTO MUNDIAL	9
2.1 Sistema pensilvânico.....	9
2.2 Sistema Auburniano.....	10
2.3 Sistema Progressivo.....	12
3. DA PENA	13
3.1 Das Finalidades da pena	14
4. DAS ESPÉCIES DE PENA PREVISTA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	16
4.1 Do regime fechado	16
4.2 Do regime semiaberto.....	18
4.3 Do regime aberto	18
5. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM O PROCESSO PENAL.....	20
5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	21
5.2 Princípios do Contraditório e da ampla Defesa.....	22
5.3 Princípio do devido processo legal	23
5.4 Princípio do duplo grau de jurisdição	25
5.5 Princípio da legalidade.....	26
6 ESPÉCIES DE PRISÕES	27
6.1. Da Prisão Provisória ou Processual.	29
6.1.1 Prisão em flagrante delito.....	29
6.1.1.1 Espécies de flagrantes.....	31
6.1.2 Prisão preventiva.....	33
6.1.3 Prisão temporária.....	34
7. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA (IN)APLICABILIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292/SP..	36
7.1 O que se entende por presunção de inocência?.....	37
7.1.1 A presunção de inocência e sua importância no processo penal	39
7.1.2 breve síntese do julgamento do HC 126.292/SP	44
8. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E OS REFLEXOS DE SUA APLICAÇÃO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO	46
9. CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

Há muito se discute a respeito da possibilidade de o condenado começar a cumprir sua pena logo após haver sido proferida uma decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, ademais, o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no ramo constitucional é dotado princípios que servem como norte para a aplicação da lei em concreto. A fonte originária dos princípios advém de uma longa relação social que perdura ao longo do tempo dentro de uma comunidade.

Ao observar esse emaranhado de regras depara-se com de antemão com direitos e garantias inerentes ao bem do ser humano, valendo-se para tanto a constituição federal como protetora desses, podendo citar alguns mais importantes como o direito à dignidade da pessoa humana, direito à liberdade e o direito à vida. A liberdade do ser humano esta estre os bens de maior interesse para o bem comum, devendo esta ser mantida sempre que possível e restringida sempre em caráter excepcional.

O presente trabalho, preocupa-se justamente com tal garantia constitucional, qual seja o direito à liberdade, tendo como base para isso o direito positivado, debruçando-se a pesquisa sob o princípio da presunção de inocência, tudo isso voltado para analisarmos a (in)constitucionalidade da execução da pena sem uma sentença transitada em julgado.

A preocupação com tema se refere também a evidente relativização de direitos e garantias que vem ocorrendo no cenário jurídico nacional, onde os principais responsáveis pela guarda da constituição e de todos os ensinamentos dela provenientes acabam por se deixar levar aparentemente por interesses estranhos aos interesses jurídicos, fato esse preocupante frente a atual crise política e judiciária que país vem ultrapassando nos últimos tempos.

Com isso, toda conduta praticada por um indivíduo deve ser amoldada aos parâmetros legais pertinentes ao meio social o qual ele esta inserido, só assim será possível a convivência pacífica e livre de atritos entre os integrantes de uma comunidade organizada por leis. A mudança constante no entendimento a respeito de determinados assuntos e a variação do entendimento de reprovabilidade de ser atos fazem que as leis sejam interpretadas de maneiras diferentes como decurso do tempo, tal fenômeno é natural de acontecer, o que se deve levar em consideração é se haverá prejuízo com a mudança e a nova interpretação da norma a ser

questionada, buscando sempre a melhoria do convívio social, más nunca suprimindo direitos de alguns em razão de casos isolados

A execução provisória da pena deve seu julgamento marcado como dito acima por um período conturbado da sociedade brasileira, a busca incessante pelo sentimento de justiça acaba por cegar aqueles que se alimentam desse sentimento, e há uma pressão que não digo ser desnecessária, mas que não se amolda ao sistema garantista do direito penal.

Nesse sentido, o intuito desse estudo é demonstrar que atitudes precipitadas e decisões proferidas sob a pressão do clamor social em nada contribuem para a eficácia da prestação do serviço judiciário, pelo contrário, tal decisão só fez aumentar a incerteza jurídica já existente e diminuiu a credibilidade do sistema judiciário.

O trabalho irá apontar o notável conflito existente entre o Princípio da Presunção de Inocência e a possibilidade de ser um acusado pela justiça ser recolhido na prisão, excetuando-se as medidas cautelares que também são objeto desse projeto, para logo após ser proferida uma sentença condenatória recorrível em segundo grau de jurisdição dar início ao cumprimento da sua pena imposta, atacando em síntese a decisão proferida pela suprema corte do país no Habeas Corpus 126.292/2016, onde foi dada uma nova interpretação sobre o assunto abordado no presente estudo.

Serão abordados todos os temas pertinentes que envolvam o instituto da execução provisória, apontando as ilegalidades e a afronta ao direito de defesa do acusado, valendo-se para tanto a utilização do principal argumento capaz de confrontar referida decisão, qual seja a presunção de inocência, utilizando entendimentos doutrinários e decisão judiciais que não se vinculam a execução sem antes haver uma sentença definitiva.

Para isso, cuida-se o primeiro capítulo em buscar informações referente a evolução do sistema prisional, suas principais características e as estatísticas relacionadas ao assunto, trazendo conceitos, histórico dentre outros, para assim demonstrar ao leitor a desnecessidade de abarrotar ainda mais as precárias selas das penitenciárias de nosso país.

Logo após é necessário também o estudo dos tipos de penas previstos no Brasil, bem como o estudo das especificidades da tipo de pena, estudo este importante para entendermos o procedimento utilizado pelo estado brasileiro para punir os transgressores das normas penais, com a consequente restrição de sua liberdade.

Ademais será estudado também os princípios constitucionais que resguardam os direitos de todo cidadão, dentre eles os mais importantes para ramo humanitário tanto para o ramo processual, quais sejam o princípio da dignidade da pessoa humana, que envolve todo o respeito e compreensão das relações dos seres humanos, o princípio do Princípio do Contraditório e da ampla Defesa, que busca no campo processual estabelecer maneiras eficazes para que o acusada tenha a possibilidade de exercer de maneira plena o direito de provas sua inocência, princípio do devido processo legal, que estabelece limitações ao poder punitivo do estado que deve valer-se de regras para incriminar um cidadão, princípio do duplo grau de jurisdição que consiste no direito do acusado de ter seus motivos analisados por um segundo julgador, e por fim o princípio da legalidade, que estabelece as condutas e atos capazes de transgredir uma norma positivada.

É preciso ainda fazer uma análise minuciosa do Princípio da Presunção de Inocência, e de todo o seu alcance como princípio constitucional, e envolve o direito a liberdade do acusado, e por fim é necessário fazer uma estudo sobre o impacto da condenação do sujeito ainda que ausente uma sentença transitada em julgado, no ordenamento jurídico brasileiro, analisando todas as possíveis variáveis do instituto em questão, bem como trazer ao leitor dados estatísticos a respeito da população carcerária de nosso país.

2 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NO CONTEXTO MUNDIAL

Preliminarmente, faz necessário uma análise a respeito dos principais sistemas penitenciários existentes na atualidade, sendo o sistema prisional uma forma pela qual o estado se utiliza para o cumprimento das sanções impostas aos que cometeram atos considerados ilícitos pela legislação brasileira, podendo a pena ser cumprida em regime aberto, fechado e semi-aberto, tanto para homens quanto para mulheres, além dos estabelecimentos prisionais destinados ao sujeito que ainda aguarda julgamento, sendo estas denominadas de estabelecimento penal. Tais unidades formam um aparato voltado para o controle social, que é meio considerado adequado pelos integrantes de uma sociedade para a punição dos transgressores da lei.

Nesse sentido vale mencionar o valioso entendimento do saudoso jurista Cleber Massom a respeito da pena

Destarte, pena é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais. (MASSOM, 2009, p. 514).

Levando em consideração o significado ideológico de pena e o contexto social que envolve o apenado e todo sistema prisional, pode-se entender que o cárcere hoje não atende as finalidades estagnadas a sua função social, que é a recuperação do sentenciado e a preparação deste para a inserção novamente no convívio social, pacificando o convívio dos membros de uma sociedade, não só servindo a condenação como uma retribuição por parte do estado.

2.1 Sistema pensilvânico.

O sistema pensilvânico ou filadélfico como também é conhecido, possui relatos em meados do ano de 1790 na penitenciária de Walnut Street, tendo como precursores as figuras de Benjamin Franklin e Willian Bradford.

Tal sistema continha como suas principais fontes ideológicas questões de cunho religioso e uma forte ligação com o direito Canônico para fundamentar suas preposições e

estabelecer as formas as quais a pena deveria ser executada. Uma característica marcante de tal regime prisional era a forma de como o preso era mantido no cárcere, este deveria permanecer de forma totalmente isolada, sendo proibido seu contato com qualquer pessoa ou interferência exterior da cela, como explica Damásio de Jesus (DAMÁSIO, 2004, p.249) que, “utiliza-se o isolamento celular absoluto, com passeio isolado do sentenciado em um pátio circular, sem trabalho ou visitas, incentivando-se a leitura da bíblia” Tal atitude tinha o objetivo de despertar no apenado o sentimento de culpa em relação ao ilícito cometido e ao conseqüente arrependimento pela conduta delitativa praticada, sendo autorizados apenas passeios variáveis pelo pátio da penitenciária e a leitura regular da bíblia com intuito de buscar o perdão de seus atos diante da sociedade e do estado.

Cezar Roberto Bittencourt faz algumas afirmações sobre o tema:

[...] o início definido do sistema filadélfico começa sob a influência das sociedades integradas por quacres e os mais respeitáveis cidadãos da Filadélfia e tinha como objetivo reformar as prisões. (BITENCOURT, 2000; p . 92.)

Como visto o sistema pensilvânico não se preocupava com o aprimoramento das prisões tão pouco com a reabilitação do condenado, tal sistema visava apenas a instrumentalização do sentenciado e a dominação deste pelo poder estatal.

As críticas a este regime foram demasiadamente explanadas, visto a crueldade imposta ao condenado que vivia em regime de solidão e de total silêncio, e sob o argumento de que a incomunicabilidade e o isolamento absoluto poderiam levar a insanidade mental da pessoa submetida a este tratamento, todavia tal sistema carcerário foi admitido por alguns países como Inglaterra, Suécia, Holanda e Rússia.

2.2 Sistema Auburniano

De acordo com Damásio de Jesus (2004, p.250), “sua origem prende-se a construção da penitenciária na cidade de Auburn, do Estado de New York, em 1818, sendo seu diretor Elam Lynds”.

Nesse sistema o confinamento absoluto deixou relativamente de ser utilizado no período diurno, em meados de 1824 , sendo possível a partir daí o trabalho junto com outros

presos durante o dia e durante a noite o detendo deveria permanecer em silêncio e de novo confinado solitariamente.(Bittencourt,2000)

O sistema pensilvânico e o sistema auburniano, se diferem principalmente no tocante ao tipo de isolamento; no primeiro o condenado passava o tempo todo confinado e incomunicável mediante silêncio absoluto; no segundo o condenado dispunha da possibilidade de trabalho em comum com outros presos durante uma parte do tempo no período diurno. Ademais, em ambos os sistemas a separação do detendo dos demais presos era pregada de forma que estes não pudessem se comunicar, ficando cada condenado isolado em celas individuais.

Sob o ponto de vista econômico em relação ao trabalho dos presos o sistema pensilvaniano era mais oneroso do que o auburniano. Como o trabalho no sistema pensilvanico era realizado em celas individuais a produção industrial era praticada de forma totalmente inadequada, em razão disso, o proveito financeiro derivado do trabalho dos presos deste sistema era muito reduzido, sendo mais importante então o castigo moral ao condenado do que utilizar o trabalho deste para provento econômico.

Outrora, o sistema auburniano, também se preocupava com a sanção moral imposta a seus reclusos, porém colocava em primeiro plano a possibilidade de obter renda e lucro com o trabalho dos presos, dando o entendimento de que neste tipo de sistema o seu principal objetivo era fazer com que a prisão se mante-se de pé com seus próprios recursos..

A respeito de tal tema, Bittencourt revela alguns fatos que possam ter contribuído para o fim do sistema auburniano, senão vejamos:

Uma das causas desse fracasso foi a pressão das associações sindicais que se opuseram ao desenvolvimento de um trabalho penitenciário. A produção nas prisões representava menores custos ou podia significar uma competição ao trabalho livre. Outro aspecto negativo do sistema auburniano – uma de suas características – foi o rigoroso regime disciplinar aplicado. A importância dada à disciplina deve-se, em parte ao fato de que o *silentsystem* acolhe, em seus pontos, estilo de vida militar. [...] se criticou, no sistema auburniano, a aplicação de castigos cruéis e excessivos. [...] No entanto, considerava-se justificável esse castigo porque se acreditava que propiciaria a recuperação do delinquente. (BITTENCOURT, 2000; p . 96.)

Sendo assim, podemos entender que as pressões populares e movimentos sociais a época contribuíram em grande parte para o fracasso do sistema, além dos riscos que o trabalho carcerário trazia ao trabalho livre e para a indústria privada, que se sentia prejudicada

pelos baixos custos da produção de bens originados das penitenciárias através do trabalho carcerário.

2.3 Sistema Progressivo

Sobre o tema que se discute, Bittencourt faz a seguinte afirmação:

A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade. (BITTENCOURT, 2000; p. 98).

Diferente dos demais sistemas analisados, o sistema progressivo era composto por três etapas, sendo a primeira fase um período pelo qual a condenado era submetido ao isolamento total, podendo ainda ser obrigado a trabalhar dentro do presídio, a segunda fase, muito se assemelha ao sistema auburniano, pois neste o preso pode trabalhar em conjunto com outros presos durante o dia e somente a noite é submetido ao período de isolamento. Nesse tipo de sistema, deu-se início ao uso dos chamados vales ou marcas, razões pelas quais se deriva a nomenclatura do sistema, e tais instrumentos serviam como parâmetros para a divisão dos presos em suas respectivas celas, sendo quatro as categorias de regime que o preso era colocado. Para obter-se a progressão de uma cela para outro era necessário fazer a contagem do número de marcas ou vales que o preso possuía, provenientes do dia-dia de trabalho, sendo analisado para a conquista destes o desempenho no condenado no trabalho e seu comportamento na prisão.

A respeito do tempo de cumprimento de pena, pode-se afirmar que este ocorria de modo indeterminado, pois o quantum da pena imposta ao preso podia ser diminuída na execução da sentença caso o preso fosse portador de certos requisitos como o bom desempenho no trabalho e o bom comportamento carcerário. Desta forma, um dos maiores benefícios deste regime era desenvolver no condenado a ideia de responsabilidade, pois a este era facultado de acordo com suas atitudes a quantidade de pena que iria cumprir.

Apesar de ainda perseverar a ideia errônea de condenação acompanhada de isolamento absoluto no período, com o advento do sistema progressivo foi possível existir uma

relativização das penas exorbitantes que eram impostas aos condenados, começando então a se falar nesta época no que seria hoje o atual método carcerário e prisional adotado pelo Brasil, visando sempre em tese a reintegração social, a ressocialização e a educação dos condenados.

No nosso país, nos termos do Código Penal de 1940, os sentenciados ao cumprimento de pena de reclusão eram submetidos também a quatro processos de progressão. Sendo primeiramente, sempre inferior a três meses, isolados no período diurno e noturno, sendo possível logo após o desenvolvimento de atividades de trabalho em comum com outros presos durante o dia, persistindo porem o isolamento noturno. Cumprida metade da pena imposta quando esta não for superior a três anos, ou um terço se a pena for superior a três anos, o sentenciado que gozasse de comportamento satisfatório dentro da prisão poderia ser contemplado com sua transferência para as chamadas colônias penais ou estabelecimentos similares.

Acerca de tal tema, Luis Regis Prado faz algumas considerações:

A Lei 6.416/1977 introduziu substanciais alterações no sistema progressivo, a saber: a) foi facultado o isolamento celular inicial para os reclusos; b) foram criados os regimes de cumprimento de pena (fechado, semi-aberto e aberto); c) o início do cumprimento da pena poderia dar-se em regime menos rigoroso, observados o tempo de duração daquela e a periculosidade do réu; d) o livramento condicional poderia ser concedido ao condenado à pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção) igual ou superior a dois anos.(PRADO, 2006, pg. 545).

Hoje me dia, para o preso ser consagrado com a progressão do regime deve preencher uma serie de requisitos a ser definidos pela lei, bem como comportamento satisfatório na prisão, sendo analisados ainda as peculiaridades de cada caso concreto para a aplicação da progressão.

3 DA PENA

A pena, sob a visão do jurista Rogério Greco consiste em: "A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu ius puniendi.(GRECO, 2008, pág. 533)

Nesse sentido, levando em consideração o que diz o jurista, a pena pode ser entendida como uma sanção imposta pelo estado, respeitando sempre o tramite do devido processo legal, ao sujeito que cometeu uma infração penal, como forma de retribuir a este o crime praticado e conseqüentemente prevenir o cometimento de novos crimes.

3.1 Das Finalidades da pena

A pena, como todo ato praticado pelos entes públicos devem se justificar a uma finalidade destinada para o ato, visando o interesse coletivo a conveniência para o estado.

Sendo assim, a pena traz consigo algumas finalidades entendidas pela doutrina, tendo ela a função retributiva, que consiste numa forma que estado possui de retribuir ao condenado a pratica do delito por este cometido. Do mesmo entendimento compartilha Cleber Masson: “Não tem finalidade prática, pois não se preocupa com a readaptação social do infrator da lei penal. Pune-se simplesmente como retribuição à prática do ilícito penal”. (MASSOM, 2009, pág. 517)

Outra finalidade da pena é a chama função preventiva, que se traduz praticamente na prevenção da prática de novas condutas, não servindo esta apenas como meio de proteção a paz social, e sim para evitar que novos crimes sejam cometidos frente a esta. Guilherme de Souza Nucci aduz que o caráter preventivo da pena se desdobra em dois aspectos, geral (positivo e negativo), especial (positivo e negativo), sendo que no geral negativo significa o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade e, no geral positivo a demonstração e reafirmação da existência e eficiência do direito penal. (NUCCI, 2012, pág. 325)

De acordo com as afirmações do autor, a pena serve como meio de intimidar o sujeito infrator para que não volte a praticar novamente a conduta típica, e quando sendo necessário e devido o recolhendo do autor na prisão.

Ademais, a pena traz consigo a função de reintroduzir o condenado ao convívio social, promovendo sua ressocialização. O código penal brasileiro adota a teoria mista ou unificadora, transcrito no artigo 59, caput, do Código Penal que aduz o seguinte:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.(BRASIL, 1940)

Sendo assim, a pena carrega consigo essa duplicidade de finalidades, devendo então ao mesmo tempo em que castiga, previne o acontecimento de novo crimes, dando maior eficiência a garantia da lei e da ordem social e quanto se falam em função social da pena, há uma ligação direta com a sociedade o qual o condenado esta inserido.

A pena, consistente na tutela dos bens jurídicos destinados a manutenção e desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, só assim, serão legítimos e aceitos por todos em um Estado Democrático de Direito. Combatendo a impunidade e recuperando o indivíduo para o convívio social. (MASSOM, 2009, pág. 521)

4 DAS ESPÉCIES DE PENA PREVISTA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, a pena pode ser dividida em cinco tipos, levando em consideração para aplicação de cada uma delas o tipo do bem jurídico protegido e a gravidade da lesão ao bem jurídico cometido pelo preso, sendo elas: privativa de liberdade; restritiva de direitos; de multa; restritiva de liberdade e corporal, sendo a última admitida somente no direito Militar em tempos de guerra.

A constituição da republica em seu artigo 5º, inciso XLVI, traz também um rol com os tipos de penas previstas nas suas linhas quais sejam as penas de privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação sociais alternativas e suspensão ou interdição de direitos. (BRASIL, 1988)

4.1 Do regime fechado

A determinação quando a qual tipo de regime deve ser considerado para o início do cumprimento de por parte do condenado, deve ser proferido pelo juízo o qual prolatar a sentença condenatória. Para tanto o juiz deve se orientar por uma série de fundamentos específicos admitidos pelo código penal, dentre eles a observância do disposto no artigo 33 do código penal e seus derivados, não obstante a análise da conduta criminoso nos termos do artigo 59 caput do mesmo diploma legal, senão vejamos:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (BRASIL, 1940)

Ademais, vale salientar os valiosos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci acerca de tal tema:

O regime fechado caracteriza-se pelo cumprimento da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, § 1.º, a, CP), destinando-se à pena de reclusão. Estabelece a lei que as penas fixadas em montante acima de oito anos devem ser iniciadas em regime fechado (art. 33, § 2.º, a). Nada impede o magistrado, no entanto, de fixar a condenados por penas inferiores, igualmente, o mesmo regime fechado inicial, desde que seja respeitado o processo de individualização (art. 33, § 3.º). (NUCCI, 2015, pág. 267)

De acordo com a letra do art. 33, § 2º, alíneas “a”, “b”, “c”, Código penal, será adotado o regime fechado para aqueles que cometerem delitos cuja pena máxima cominada seja superior a oito anos, caso a pena do condenado seja maior que quatro anos e não

ultrapasse o limite de oito anos, o sentenciado desde logo poderá cumpri-la em regime semiaberto, desde que não seja reincidente, e não sendo o condenado reincidente e sua pena seja igual ou inferior a quatro anos, para este será adotado o regime aberto. O não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Há também algumas peculiaridades para a escolha do local que o condenado irá cumprir sua pena, a depender do regime inicial de cumprimento, o presídio será o local adequado para aqueles condenados pelo regime fechado, caso seja este condenado e o inicial de cumprimento de pena for o semiaberto, a colônia agrícola, industrial ou estabelecimento comercial, será o local próprio para este tipo, outrora para aqueles sob o regime aberto, será pertinente o cumprimento em casa de albergado ou estabelecimento similar, devendo todos estes garantir ao apenado condições mínimas de higiene, segurança e saúde.

Ademias é vale salientar que as situações nas penitenciárias brasileiras são totalmente contrárias ao disposto na lei, sobre tal situação pontua Nucci

Naturalmente, quando o Poder Executivo deixa de cumprir a lei, não assegurando ao preso a dignidade merecida como pessoa humana, largando-o em situação deplorável, colocado em celas insalubres, superlotadas e sem condições mínimas de sobrevivência, está arranhando preceito constitucional, prevendo o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5.º, XLIX, CF), além do que é nitidamente cruel essa forma de reprimenda (art. 5.º, XLVII, e, CF).(NUCCI, 2015, p. 268)

Sobre isso, percebe-se que as políticas públicas de segurança não cumprem com os dispositivos legais inerentes a qualidade de vida dentro das penitenciárias, como será abordado adiante, a governo investe muito pouco em melhorias nas estruturas carcerárias, seja por falta de interesse político ou por falta de verbas, ou até mesmo pelo idealismo de que o condenado não merece uma qualidade digna de um ser humano dentro do cárcere. Desse modo, Nucci volta a dizer que:

Essa lacuna provoca, como consequência, a má vontade do político, encarregado de aprovar e aplicar verbas na (re)construção dos presídios, porque simboliza privilegiar desocupados e delinquentes, autênticos párias, na equivocada visão de muitos. [...] A partir daí, passa-se a sustentar a falência da pena privativa de liberdade, jamais aplicada de acordo com o previsto na lei. (NUCCI, 2015, p. 267)

Porem não se pode abandonar a prática do regime fechado no Brasil, por ser esta uma ferramenta fundamental de retribuição e ressocialização do preso, continua Nucci:

A pena privativa de liberdade no regime fechado é alternativamente viável e útil, não podendo ser dispensada em grande parte dos casos, especialmente de crime

violentos, graves e chocantes, pois não há o que fazer, a curto ou médio prazo, com determinados tipos de delinquentes. (NUCCI, 2015, p. 270)

Alias não podemos permitir que a pena tivesse sua finalidade restringida tão somente pelo caráter retributivo, deve ser proporcionado ao preso métodos eficazes para que se possa realizar a sua reintrodução ao convívio social tendo sua sanidade mental intacta.

4.2 Do regime semiaberto

Como dito, o regime semiaberto tem seu cumprimento legitimado em locais como colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. De acordo com Nucci:

O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, não sendo necessário o isolamento durante a noite. O alojamento se dará em compartimento coletivo, desde que asseguradas as condições de salubridade do ambiente, nos termos do art. 88, parágrafo único, alínea “a” da Lei 7.210/84. (NUCCI, 2015, p. 275-276)

Depois de cumpridos alguns pressupostos, previstos na lei de execução penal (7.210/84) especificamente em seu artigo 123, será permitida a saída temporária, de forma livre com o objetivo de frequentar cursos profissionalizantes, visitas à família; além do mais para frequentar o ensino médio regular ou curso de graduação, porém ser poder deixar a comarca onde a pena esta sendo executada, ou ate mesmo para frequentar atividades que auxiliem na sua reintegração ao convívio em sociedade, facultado ao estado a possibilidade de manter vigilância sobre este através de aparelho eletrônico de monitoramento, tudo isso mediante autorização do juiz responsável, conforme a letra do artigo 122, do código penal acompanhado de seus incisos.

4.3 Do regime aberto

O regime aberto de cumprimento de pena é aquele que possibilita ao condenado sua permanência em casa de albergado ou estabelecimento adequado, de acordo com o que dispões o artigo 33, paragrafo 1º, alínea ‘c’ do código penal.

Nucci inclusive faz algumas observações a respeito deste instituto:

Inexistindo Casa do Albergado – repita-se, por descaso dos governantes – liberalizou-se o sistema de cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime aberto, a ponto de gerar flagrante impunidade, pois não há qualquer tipo de

fiscalização. [...]. Apregoa-se a necessidade de supressão do regime aberto, porque gerador de ineficaz sanção penal, embora jamais se tenha implantado a Casa do Albergado nos moldes apregoados pela lei penal. Como sempre, busca-se corrigir a norma, suprimindo algo idealmente correto, ao invés de cumpri-la. (NUCCI, 2015, p. 277)

Sendo assim, é preciso maior atenção de nossos governantes para com o sistema carcerário, pois só a partir de reestruturação nas instalações dos presos poderá ser garantido aos mesmo condições para que se cumpra com a finalidade ideológica de pena.

5 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM O PROCESSO PENAL.

O instituto da execução provisória da pena, em síntese é um instituto que consiste na possibilidade do acusado iniciar o cumprimento de sua pena, após uma decisão desfavorável em segundo grau de jurisdição, mesmo ainda havendo possibilidade de recurso para instância superior.

Tal instituto teve origem mais recente no julgamento do habeas corpus 126292/SP, que será objeto de análise adiante, onde, em plenário a maioria dos ministros do Supremo Tribunal federal decidiram que seria cabível que o acusado poderia iniciar o cumprimento de sua pena, apesar de não haver uma sentença penal condenatória transitada em julgado em seu desfavor.

O tema em discussão ganhou destaque no cenário jurídico brasileiro, visto que grande parte dos juristas entende que a decisão dos ministros viola claramente a Constituição Federal, portanto seria inconstitucional não merendo prosperar no meio jurídico. Referido entendimento merece destaque, uma vez que o código de processo penal determina as hipóteses em que o acusado poderá ser recolhido em estabelecimento carcerário sem antes ser julgado definitivamente, excepcionalmente em situações de prisões tidas como cautelares, não devendo segundo a constituição qualquer tipo de prisão nesse sentido caráter de pena, debruçando-se a condenação provisória sob os princípios constitucionais que norteiam o processo penal a fim de encontrar respostas para a divergência do tema em análise como veremos a seguir.

Os princípios constitucionais, como se sabe, são importantes pilares construídos sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e possuem a função de regular as relações jurídicas ao lado das normas positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, nesse sentido é claro o entendimento de Plácido e Silva.

No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. (Plácido e Silva 1993, p. 447).

Como em todos os outros ramos do direito, no processo penal os princípios são considerados fontes fundamentais para a solução de controvérsias em casos concretos ou para

dar maior segurança jurídica em entendimentos já consolidados pelo direito material, nesse sentido surgiram diversos princípios constitucionais que contribuem com o processo penal, como poderá ser visto adiante.

5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana no estado democrático de direito, implica no reconhecimento e concessão de garantias fundamentais ao exercício do direito a vida de inerente a cada cidadão, sendo assim é dever do estado promover ações capazes de dar efetividade a tais garantias.

A dignidade da pessoa humana em forma de princípio se torna basilar em relação aos demais princípios constitucionais, uma vez que propõe uma série de direitos elementares para o desenvolvimento físico e educacional do cidadão, dando a este uma vida digna sob o ponto de vista social da Constituição Federal.

Nesse entendimento Nucci assevera que:

Nada se pode tecer de justo e realisticamente isonômico que passe ao largo da dignidade humana, base sobre a qual todos os direitos e garantias individuais são erguidos e sustentados. Ademais, inexistiria razão de ser a tanto preceitos fundamentais não fosse o nítido suporte prestado à dignidade humana. (Nucci 2013, p. 89/90).

Tal tema possui relevante importância para o processo penal, pois sempre que um direito individual é violado conseqüentemente a dignidade da pessoa humana é lesado, pois este serve como base para a elaboração dos demais princípios fundamentais por parte do legislador originário, garantindo então a todo indivíduo o cuidado necessário à proteção de sua integridade física e intelectual durante toda fase de uma instrução processual bem como no momento da execução da sentença condenatória.

É importante ainda salientar que o sistema penitenciário brasileiro atual, em maioria das vezes não cumpre com o estabelecido pela Constituição em relação à dignidade do apenado, onde muitas vezes o local onde seria responsável pela socialização do preso acaba por agravar sua situação, deixando a pena de ter um caráter de ressocialização, lembrando claro que a sanção deve sim ser aplicada aquele que cometeu algum ato ilícito, porém não se justifica uma condenação sem uma sentença condenatória transitada em julgada frente ao atual cenário carcerário do Brasil, dentre outros motivos que poderão ser vistos a frente.

A dignidade da pessoa humana está indubitavelmente ligada a execução provisória da pena, uma vez que dignidade e liberdade são sinônimos no sentido de vida digna no ambiente social, quando o sujeito tem sua liberdade restringida consequentemente sua dignidade também estará afetada.

Sendo assim, uma decisão antecipada do mérito final acarreta enormes prejuízos na vida de uma pessoa, pois caso haja uma absolvição em último grau de julgamento, o tempo que o acusado esteve preso não poderá ser devolvido a ele em nenhuma hipótese, razão pela qual é necessário uma análise mais precisa do tema objetivo do presente trabalho.

5.2 Princípios do Contraditório e da ampla Defesa

O princípio do contraditório e da ampla defesa, consagrados no artigo 5º, inciso LV da Constituição federal, consiste no raciocínio de que todo ato praticado dentro do processo deverá ter participação ativa de todos os litigantes, em outras palavras sempre deverá ser dado o direito de resposta a parte contrária de uma ação judicial.

Acerca de tal tema discorre o consagrado jurista Júlio Mirabete:

A ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que se conceda às partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões etc. Do princípio do contraditório decorre a igualdade processual, ou seja, a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano, e a liberdade processual, que consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de apresentar as provas que lhe convenham etc. (MIRABETE, 2000, p. 44).

Não só no processo penal, mas em todos os ramos do direito, o princípio do contraditório e da ampla defesa deverá ser respeitado, possibilitando à parte contrária a produção de todos os meios de prova em direito admitidos para a construção de uma defesa sólida. O jurista Aury Lopes Jr faz as seguintes considerações acerca de tal princípio:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. (Lopes Jr, 2015, p. 94).

Não obstante, a súmula 523 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2003) alega que “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Nesse sentido, o STF baseado no entendimento do princípio do contraditório e ampla defesa editou tal súmula com o intuito de assegurar maior segurança na aplicabilidade de tal princípio, garantindo ao acusado até a anulação do processo caso não haja a possibilidade de constituir patrono para exercer sua defesa com o mínimo de conhecimentos para praticar o mister da advocacia.

Vale mencionar as palavras do jurista Aury Lopes Jr:

Na atualidade, a presença do defensor deve ser concebida como um instrumento de controle da atuação do Estado e de seus órgãos no processo penal, garantindo o respeito à lei e à Justiça. Se o processo penal deve ser um instrumento de proteção dos direitos fundamentais do sujeito passivo, o defensor deve ajustar-se a esse fim, atuando para sua melhor consecução. Está intimamente vinculado ao direito fundamental da salvaguarda da dignidade humana, obrigando o defensor a uma atividade unilateral, somente a favor daquele por ele defendido. O defensor unicamente tem que vigiar o processo penal para evitar infrações da lei ou injustiças contra seu cliente, sem, é claro, atuar fora da legalidade. (Aury Lopes Jr. 2013, p. 237).

Sendo assim, o acusado além de possuir o direito de valer-se de todos os meios possíveis para a demonstração da verdade processual, deverá ser assistido por uma pessoa capaz de proporcionar a defesa de seus interesses de forma técnica e satisfatória, sendo dever do estado disponibilizar profissionais do ramo da advocacia pública quando o acusado não for capaz de arcar com as custas de um processo judicial sem prejuízo do seu próprio sustento e de sua família.

Com isso, o estado não pode retirar do acusado o direito deste de se defender em liberdade, quando ainda houver meios capazes de defender sua liberdade através de uma defesa justa e especializada, a execução provisória da pena, e, um sentido subjetivo segue em contramão a tal princípio, pois o resultado na lide não importa para a prisão do acusado.

5.3 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal, encontra amparo constitucional no artigo 5º, inciso LIV da CF/88, e determina uma série de regras que proporciona ao acusado maior segurança jurídica nos atos praticados ao longo do processo, nesse sentido ensina Fernando Capez:

[...] garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado. (CAPEZ, 2012.p.83)

A liberdade surge nesse princípio como o principal objeto de proteção, não podendo ninguém ser privada de sua liberdade sem o devido processo legal, devendo haver a nulidade de qualquer processo penal que viole tais garantias. A importância deste instituto é tamanha que não se limita apenas a legislação brasileira, estando presente também em tratados e convenções internacionais das quais o Brasil é signatário.

Tal princípio é fruto do sistema acusatório adotado pelo Brasil, e o processo é o meio pelo qual o acusado terá oportunidade de defender seus interesses e contradizer as alegações proferidas em seu desfavor, por esta razão o princípio de devido processo legal de correlaciona com os demais princípios e garantias fundamentais do processo penal, servindo de alicerce para a aplicação do direito material, acerca de tal tema Pedro Lenza (LENZA, 2012, p. 97) afirma que “a finalidade do dispositivo constitucional e estabelecer que o descumprimento das formalidades legais possa levar a nulidade de ação penal, cabendo aos tribunais definir esse error in procedendo constitui nulidade absoluta ou relativa”

Como se pode observar, o juiz deverá adotar na condução do processo as especificações previstas em lei, estabelecendo um panorama entre o poder punitivo estatal e o direito individual a liberdade do acusado devendo este último estar em igualdade de condições dentro do processo com o órgão acusador, para Rangel (RANGEL, 2015, p. 04). “a tramitação regular de um processo é garantia dada ao cidadão, de que seus direitos serão respeitados durante todo processo, não sendo admissível nenhuma restrição que não esteja prevista em lei, sendo, pois, a liberdade à regra, e o cerceamento à liberdade a exceção”.

Desta forma não basta apenas que o indivíduo pratique alguma conduta considerada ilícita para que seja imposta a este uma sanção, é imprescindível que seja garantido ao mesmo um processo justo e igualitário a fim de o acusado possa comprovar sua inocência.

Quando se fala em devido processo legal, é impossível não debater a respeito da execução provisória da pena, uma vez que em tal instituto em momento algum se respeita as “regras do jogo”, pois o acusado ainda não esgotou todas as possibilidades que a lei dispõe

para a prova de sua inocência, onde mais uma vez quem sai perdendo o “jogo” é o cidadão que depende da justiça.

5.4 Princípio do duplo grau de jurisdição

O Duplo grau de jurisdição aparece de forma implícita na Constituição Federal de 88, sendo fonte de uma construção doutrinária baseado no entendimento da divisão do poder judiciário em instâncias, e atribuindo a capacidade recursal a estas.

Pode-se entender como duplo grau de jurisdição o direito das partes no reexame das sentenças contrárias as suas pretensões de direito, devendo então um órgão superior realizar uma nova análise dos fatos e provas para a elaboração ou não de uma nova decisão favorável ao recorrente, através da revisão da matéria pelo juízo “*ad quem*” pelos chamados recursos.

Outrora, o inconformismo com a sentença desfavorável não é o bastante para que a matéria em debate possa sofrer um novo exame, o recorrente além de possuir uma sentença contrária aos seus interesses deve preencher os chamados pressupostos recursal esculpidos no código de processo penal, acerca de tal tema assevera Pedro Lenza:

Não significa, entretanto, que todas as pessoas condenadas necessariamente devem ter suas causas reapreciadas. O duplo grau de jurisdição é direito das partes, que, todavia, devem manifestar interesse na reanálise do feito por meio da interposição do recurso. Além disso, uma vez interposto só será conhecido e julgado se presentes os requisitos exigidos para o seu cabimento na legislação processual: tempestividade, legitimidade, interesse etc. (LENZA, 2012, p.84).

De acordo com o jurista, o judiciário é inerte em relação as demandas judiciais levadas ao seu conhecimento, ficando a cargo da parte inconformada promover a interposição do recurso pertinente, preenchido os requisitos de admissibilidade sob pena do não conhecimento do recurso, salvo as ações que dependem do chamado reexame necessário.

O principio em analise também comporta algumas exceções, como por exemplo, os agentes públicos que possuem foro privilegiado por prerrogativa de suas funções, sendo o julgamento das ações que envolvam tais autoridades realizadas desde o início em órgãos judiciais 2º instância ou no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Sendo assim, o duplo grau de jurisdição como princípio constitucional, deve ser adotado sempre que presente os requisitos de sua admissibilidade e sempre que houver o

interesse recursal, não sendo o recurso então considerado um objeto indisponível por parte do vencido.

Desta forma, o duplo grau de jurisdição se torna um meio viável e de suma importância não só para o processo penal, garantindo ao acusado mais oportunidade de defesa, e traz maior segurança ao processo penal, não se sujeitando as partes pertencentes ao processo ao entendimento de apenas um indivíduo, podendo outro juiz ou colegiado possuir um entendimento totalmente diferente do juízo “*a quo*”, uma vez que de acordo com os ensinamentos de Tourinho Filho, (TOURINHO FILHO, 2013, p.75). “todos os Juizes, como homens que são, estão sujeitos a erro”.

Nota-se a afronta a tal princípio quando se fala em cumprimento antecipado da pena é evidente, pois se a lei determina que o acusado sempre quando admitido merece que sua pretensão seja revista por mais de uma pessoa ou instancia, como seria possível o acusado ser posto em cumprimento de pena se ainda existe meios capazes de sustentar uma absolvição? Esta é uma pergunta feita todos os dias pelos defensores dos direitos do cidadão e da lei, que mais uma vez parece não estar ao lado da sociedade, e sim esculpida em interesses políticos.

5.5 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade consiste, em outras palavras, para que haja um fato considerado como ilícito, deve haver uma norma positivada regulamentando tal posicionamento, esse entendimento está consolidado no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, que preceitua “que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de lei”.

Tal princípio tem como principal objetivo limitar a atuação do poder estatal e combater a arbitrariedade por parte do estado nas relações entre as partes. Dessa forma o direito de punir do estado se limita apenas ao texto normativo brasileiro, não podendo atuar de qualquer forma sem previsão legal expressa.

A legalidade pode ainda se dividir em dois institutos distintos, sendo eles a legalidade material e a legalidade; tais temas são conceituados na visão de Nucci e consiste na:

Impossibilidade de se considerar uma conduta criminosa, se não for considerada lesiva a interesse juridicamente tutelado, merecedora de pena, de acordo com a visão da sociedade, independentemente da existência de lei. Prende-se, pois, ao conceito material de crime. Denomina-se legalidade formal a impossibilidade de se considerar criminosa determinada conduta se esta não for considerada lesiva a um

interesse juridicamente protegido, merecedora de pena, desde que esteja devidamente prevista em lei. Vincula-se ao conceito formal de crime. (NUCCI, 2014, p. 81).

Desse modo, o princípio da legalidade aliado ao garantismo penal de Luigi Ferrajoli fortalecem as estruturas constitucionais de garantias individuais de cada cidadão, levando em conta para tal a visão garantista abrangendo a elaboração da normatividade penal determinação do bem jurídico tutelado, o poder das normas e suas garantias dentre outros. Com isso não se trata apenas de um emaranhado de normas positivadas na legislação brasileira, e sim da construção de um judiciário garantidor e respeitador de preceitos fundamentais partindo sempre da premissa de um Estado Democrático de Direito.

O princípio da legalidade, visto sob a ótica do tema proposto ao presente trabalho, deixa claro a evidente preocupação com a segurança jurídica e a garantia dado pelo texto normativo penal e constitucional vigente em nosso país, pois o judiciário em especial o Supremo proferem decisões que violam claramente o que diz a lei em sua letra positiva. A garantia da aplicação da lei hoje gera uma incerteza enorme nos aplicadores do direito, por isso o princípio da legalidade em suma, também esta deixando de ser aplicado.

6 ESPÉCIES DE PRISÕES

Todo processo judicial ou investigação criminal, amparados pelas regras processuais provenientes da legislação vigente, estão sujeitos a adoção de medidas necessárias para o andamento regular do feito, analisando as circunstâncias que envolvem o caso concreto. Nesse sentido, tais medidas visam garantir que a execução de determinada ordem judicial ou mesmo o resguardo das investigações de um fato delituoso ocorram de maneira segura e eficaz.

Segundo as asserções de Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho:

O processo, por sua própria natureza, é uma atividade que se desenvolve em determinado tempo; ainda que se pudesse imaginar um mecanismo ágil e totalmente imune a procrastinações, sempre restaria um inevitável espaço temporal entre o pedido formulado e a correspondente resposta jurisdicional. (GRINOVER, 2007, pág. 331)

Sendo assim, ao fazer a análise das chamadas medidas cautelares referentes a prisão, nota-se a preocupação do instituto em proteger a veracidade dos fatos a partir da apuração e no decorrer da instrução criminal, bem como garantir os meios necessários para a conclusão mais próxima possível da verdade, impedindo que o acusado possa de alguma forma frustrar a apreciação dos fatos, ou até mesmo continue praticando novos delitos .

Desse modo, quando preenchido todos os requisitos que autorizem a prisão, esta poderá ser decreta, observando sempre o risco na demora na prisão e os indícios de veracidade das informações que fundamentaram a restrição da liberdade do acusado. A respeito das modalidades de prisão que serão vistas a frente, vale a menção do artigo 5º, LXI, da Constituição Federal

Art.5 [...]

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. (BRASIL, 1988)

Além do mais Guilherme Nucci, faz as seguintes considerações acerca da prisão: “é que a prisão, no Brasil, deve basear-se em decisão de magistrado competente, devidamente motivada e reduzida a escrito, ou necessita decorrer de flagrante delito, neste caso cabendo a qualquer do povo a sua concretização”. (NUCCI, 2008, pág. 573)

6.1 Da Prisão Provisória ou Processual.

Uma das espécies de restrição de liberdade é a prisão provisória, que também pode ser chamada prisão cautelar, tal modalidade tem seu fundamento na prestação judicial do estado, que para garantir tal função usa de seu poder para impedir que a mesma possa ser abraçada por motivos que fogem de seu controle, valendo salientar que nesse tipo de prisão não há que se falar em permanência, pois seu caráter é expressamente temporário, e não depende de trânsito em julgado de sentença condenatória.

A prisão provisória possui algumas ramificações, que se estendem em: prisão em flagrante, prisão preventiva e a prisão temporária.

6.1.1 Prisão em flagrante delito.

A prisão em flagrante, prevista nos artigos 301 a 310 do código de processo penal, também é um modo de restringir a liberdade de alguém, porém um fato importante é que nessa modalidade não é necessário um ordem judicial ou qualquer ato do juiz, bastando para sua configuração o estado de flagrância, ou seja, o sujeito é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acabou de cometê-la, ou quando perseguido, logo após, em situação que faça presumir ser autor da infração, ou, ainda, quando encontrado, logo depois à prática da infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser o autor da infração.

Desse modo, a prisão em flagrante é vista quando ocorrer alguma das situações previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal, senão vejamos:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

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

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (BRASIL, 1941)

Cabe salientar, que a Lei nº 12.403/2011 implementou o artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal, suprimindo a possibilidade de a prisão em flagrante prender por si só, na medida em que, se presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal e

inadequada ou insuficiente a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, o juiz deverá converter a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Nesse sentido, a prisão em flagrante limita-se até que o juiz toma alguma das providências do artigo 310 do Código de Processo Penal:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (BRASIL, 1941)

Seguindo este raciocínio, Guilherme Nucci aduz que:

Flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Neste sentido, pois, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizado no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal). (NUCCI, 2007, p. 566)

No entanto, salvo as excepcionalidades que a lei determina, para que a prisão em flagrante seja efetiva, deve-se mostrar a necessidade para tal, caso não seja demonstrada a sua necessidade o acusado deverá imediatamente ser beneficiado com a liberdade provisória.

Tourinho filho trata da prisão em flagrante como sendo uma ato administrativo:

Não obstante se trate de medida cautelar, o ato de prender em flagrante não passa de simples ato administrativo levado a efeito, grosso modo, pela Polícia Civil, incumbida que é de zelar pela ordem pública. Pouco importa a qualidade do sujeito que efetive a prisão. É sempre um ato de natureza administrativa. (TOURINHO FILHO. 2005. P.594).

Nota-se que o autor da prisão em flagrante nem sempre será a autoridade policial ou outro tipo de autoridade, sendo qualquer cidadão parte legítima para efetuar a mesma quando se depara com um sujeito cometendo um ilícito penal, tal entendimento é transcrito no artigo 301 do Código de processo Penal (BRASIL, 1941) quem aduz “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em

flagrante delito”, porém cabe a autoridade responsável o andamento das formalidades da prisão e a lavratura do auto de prisão em flagrante, só depois disso poderá ser tomada as providencias cabíveis ao caso levado ao conhecimento da autoridade.

Dado isso, entende-se que a prisão em flagrante apesar de poder ser realizada por qualquer um do povo, em cumprimento do exercício regular do direito, necessita da intervenção de uma autoridade competente para a efetivação da medida, ademais é indispensável que autoridade competente leve ao conhecimento do juiz a prisão, para que este possa avaliar as circunstancias que envolvem o delito imposto ao acusado e resolver pela manutenção quando for legal, ou relaxar se a prisão estiver dotada de alguma ilegalidade ou vício, como dispõe o inciso LXV, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988

6.1.1.1 Espécies de flagrantes.

Da letra literal da lei (código de Processo Penal) pode-se extrair três tipos principais de flagrantes, quais sejam o flagrante delito próprio, que se trata de prisão efetivada no momento em que o sujeito está praticando uma infração penal, ou quando acabou de cometê-la e a prisão deve ocorrer de imediato, sem qualquer intervalo de tempo entre a prática da infração e a detenção, ocorre, pois, quando o agente ainda está no local do crime. (BRASIL, 1941) “Art. 302 Considera-se em flagrante delito quem, I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la;”

Há também o chamado flagrante impróprio, ou quase flagrante, que pode ser considerado como a modalidade em que o sujeito sofre uma perseguição, a pós a perseguição o mesmo é encontrado com indícios que possa presumir que o agente possa ter sido autor do delito.

O logo após, entende-se como uma situação em que o sujeito não mais se encontra no local do cometimento do delito, ou seja, traduz uma ideia de imediatidade.

Esse tipo de prisão também pode ser entendido como o lapso temporal que se inicia no momento em que o agente cometeu o crime e o momento que as informações colhidas a cerca do fato começam a ser tomada, como identificação do agente, a rota empreendida na fuga e logo após dar-se-á inicio a perseguição policial, e com o fim do esforço despendido na busca pelo infrator, cessa o estado de flagrância.

O entendimento de perseguição pode ser encontrado no art. 290, § 1º, do Código de Processo Penal, expressamente nas alíneas “a” e “b” do parágrafo primeiro.

Art. 290. Se o réu, sendo perseguido, passar ao território de outro município ou comarca, o executor poderá efetuar-lhe a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade local, que, depois de lavrado, se for o caso, o auto de flagrante, providenciará para a remoção do preso.

§ 1º - Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando:

- a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;
- b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço. (BRASIL,1941).

Há a necessidade de diferenciar o início da perseguição com duração da perseguição, sendo o primeiro caso entendido como o momento imediato após o cometimento do delito, porém no segundo caso quando se fala em duração da perseguição consiste no tempo despendido no empenho a captura do suspeito, podendo ter sua duração estendida por horas ou até mesmo dias. Essa ideia de ininterrupção torna a prisão em flagrante nesse tipo de modalidade totalmente legal.

Resta salientar, que na ausência de um mandado de prisão expedido por autoridade competente, caso o suspeito seja preso depois de cessada a perseguição, tem-se uma ilegalidade nesse tipo de prisão.

Tem-se também a modalidade do flagrante presumido, onde o sujeito não sofre uma perseguição, mas após ter o sujeito ativo ação conhecimento da prática de um crime, encontra o suspeito logo após a prática do delito, na posse de instrumentos, armas, objetos ou papéis em situação que permita presumir ser ele o autor da infração, nos termos do artigo 302, IV do Código de Processo Penal.

O logo após de que trata o tipo penal descrito acima, tem sido entendido com a possibilidade do decurso de um tempo considerável após a prática do crime, não sendo aceito para tanto o decorrer muito prolongado do tempo em que aconteceu o delito, como por exemplo, dias após a prática delituosa.

Há ainda algumas variações do estado de flagrância, como é o caso do flagrante provocado ou preparado, quando o responsável pela prisão estipula meios que provocam, induzem ou instigam o sujeito a cometer o ilícito penal, com o intuito de realizar a prisão do

agente. De acordo com esse entendimento, se não houvesse a interferência do agente em provocar o estado de flagrância, o sujeito não teria iniciado a prática delitiva.

Quando presente esse tipo de situação, tem-se a hipótese de haver um crime impossível, pois caso não houvesse todo aparato realizado por quem provocou o flagrante, o crime jamais poderia ter sido consumado, consumação essa que em tal teoria é evitada por quem provocou o crime.

Acerca de tal tema dispõe a Súmula 145 do STF: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. (BRASIL, 1964)

Não obstante, existe ainda o flagrante esperado, que se evidencia no momento que a autoridade recebe a notícia, de meios seguros e confiáveis, de que de alguma forma um delito será praticado, nesse sentido a autoridade policial se dirige ao local onde ocorreria o suposto crime, monta vigilância e após iniciada a empreitada criminosa realiza-se a prisão em flagrante.

Vale lembrar que essa modalidade de flagrante não se confunde com o flagrante provocado, pois nesta modalidade em nenhum momento há que se falar em indução ou instigação para a prática de um crime, a inicialização delitiva se dá por livre e espontânea vontade do agente, a prisão realizada nesses termos válida e legal, de acordo com entendimento de Fernando Capez (CAPEZ, 2003, pág. 223): “a atividade do policial ou do terceiro consiste em simples aguardo do momento do cometimento do crime, sem qualquer atitude de induzimento ou instigação”..

Tem-se ainda a figura do flagrante forjado, que pode ser observado no momento em que uma prova é criada apenas com intuito de incriminar o sujeito, ou seja, o crime é inexistente, existe apenas uma simulação de um crime.

Cabe salientar, que este tipo de flagrante é totalmente inválido e nulo. Quando ocorrer um fato nesses moldes o responsável pelo forjamento da prova sofrerá as consequências do artigo 339 do Código Penal

6.1.2 Prisão preventiva.

Guilherme Nucci, também trata da prisão preventiva, e faz a seguinte consideração, “trata-se de um medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei”. (NUCCI, 2008, p. 573)

Nesse sentido, essa modalidade de restrição de liberdade pode ser observada em diversas fases, tanto na fase de inquérito quanto na fase de instrução, e tem como objetivo a garantia das fases que envolvem as fases judiciais e extrajudiciais do apuramento de um crime.

De acordo com Guilherme Nucci, para a prisão preventiva ser decretada é necessário alguns requisitos:

São sempre, no mínimo três: prova da existência do crime (materialidade) + indícios suficientes de autoria + uma das situações descritas no art. 312 do CPP, a saber: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) garantia de aplicação de lei penal. (NUCCI, 2008, p. 604)

Sendo assim, em análise ao caso concreto, entendendo-se esses requisitos são cumulativos, a falta de qualquer um deles enseja a nulidade da prisão preventiva, sem contar uma das as hipótese previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, senão vejamos:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (BRASIL, 1941)

Não obstante, valendo-se do caráter excepcional da prisão preventiva, a motivada decisão do juiz é indispensável para a decretação da preventiva, demonstrando então estar presente indícios suficientes de autoria do acusado e risco comprovado de que sua liberdade poderá de alguma maneira embarçar o bom andamento dos trabalhos, visando a garantia da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

6.1.3 Prisão temporária.

De acordo com os ensinamentos de Mirabete, (MIRABETE, 1991, p. 392) a prisão temporária consiste em “uma medida acauteladora, de restrição de liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinado a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial”.

A prisão temporária tem fundamento na lei 7.960/89, que traz um rol das hipóteses de cabimento dessa modalidade de prisão:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
 - i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
 - n) tráfico de drogas;
 - o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
 - p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (BRASIL, 1989)

A prisão temporária, dada a seu caráter não permanente de possuir um prazo estipulado para seu fim, o prazo de acordo com artigo 2º da lei 7.960/89 é de 5 dias, podendo ser prorrogado por igual período caso o sujeito competente julgue a extrema necessidade da prorrogação. Já nos casos que envolvem crimes considerados hediondos ou a estes equiparados este proza aumenta para 30 dias que poderão ser prorrogados por igual período, nos termos do artigo 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90.

Outro fato que merece destaque, é que o juiz depende do requerimento de algum dos legitimados pelo artigo 2º, caput da Lei número 7.960/89, para decretar a prisão temporária, não podendo esta ser decretada de ofício pelo juiz.

Com isso, após a análise do tipo apresentado, verifica-se que sobrevindo fundamentos que caracterizem a necessidade de aplicação da prisão preventiva, seja para garantir a ordem pública ou por conveniência da instrução criminal, ou ainda por qualquer circunstância autorizadora previstas no disposto do artigo 312 do Código de Processo Penal, a decretação da

prisão preventiva antes do término do prazo da prisão temporária não incorre em dilação de prazo.

7 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA (IN)APLICABILIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292/SP

7.1 O que se entende por presunção de inocência?

O princípio da presunção da inocência a luz da Constituição Federal deu seus primeiros passos em meados do século XVIII, segundo Rangel:

O princípio da presunção da inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, quando na Europa Continental, surgiu à necessidade de se insurgir contra o sistema penal inquisitório, de base romano-canônico, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema, o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. [...] Com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o diploma marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, de 1789 (RANGEL, 2015, p. 23).

Segundo o doutrinador, tal princípio foi criado com o intuito de coibir as arbitrariedades cometidas em desfavor dos acusados no sistema inquisitório, uma vez que em tal sistema o acusado era desprovido de qualquer garantia, com isso surgiu o princípio da presunção da inocência, originário do devido processo legal, e logo após, espalhou-se pelo planeta, nas cartas magnas dos países, e nos institutos de direitos humanos ligados a ONU.

Seguindo esse raciocínio o artigo 11 da Declaração Universal de Direitos Humanos traz expressamente o seguinte:

Art. 11: Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (ONU, 1948)

Outro importante tratado internacional que contém em seus artigos matéria referente ao princípio da presunção de inocência é o Pacto San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, e traz em seu artigo 8º, *in verbis*:

Art. 8: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa [...].

Dito isso, não se pode considerar indivíduo algum culpado até que provado sua culpa mediante um processo justo e devido, observados sempre o contraditório e a ampla defesa do acusado.

No corpo do texto constitucional brasileiro, o princípio da presunção da inocência pode ser observado, no art. 5º, LVII, *in verbis*:

LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988)

Nesse sentido é possível observar o cuidado do legislador originário em deixar bem clara que o acusado em nenhuma hipótese poderá ser considerado culpado antes de esgotado todos os meios possíveis que possibilite a comprovação de sua tese defensiva.

Durante a fase de instrução processual a presunção de inocência garante ao acusado que o ônus pela produção da prova pertence ao Ministério Público e, não sendo convincente a prova ou sua finalidade não seja alcançada toda dúvida que persistir no tocante a análise desta pelo julgador esta deveser interpretada em favor do réu, conforme se extrai o entendimento do princípio do *indubio pro réu (na duvida decide-se em favor do réu)* bem como, é errôneo o tratamento do indivíduo como culpado até que seja provada e confirmada sua culpa através de uma decisão transitada em julgado, sendo o trânsito em julgado caracterizado pela imutabilidade da sentença condenatória (CAPEZ, 2013).

Nesse mesmo sentido e certo mencionar os ensinamentos de Eugenio Pacelli, senão vejamos:

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Pública a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do iter persecutório pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada. (OLIVEIRA, 2011, p. 47)

A problemática em torno deste princípio pondera a (des)necessidade da exigência do trânsito em julgado da sentença condenatória expressamente consagrada em todos os importantes institutos de direito supramencionados, para o início do cumprimento de pena em regime fechado, visto que para basta a prolação da sentença condenatória em segundo grau de

jurisdição para que o acusado adentre no sistema carcerário brasileiro, e já para outros, os quais incluo meu entendimento baseado na legislação garantista constitucional só há possibilidade de o acusado dar início ao cumprimento da pena após esgotados todos os recursos em direito admitidos no ordenamento jurídico pátrio.

Grandes juristas como Guilherme de Sousa Nucci (2014) e Fernando da Costa Tourinho Filho (2013), ensinam que os indivíduos nascem inocentes, sendo esse o seu estado de natureza, e por esta razão, para a transgressão dessa norma, seria indisponível que o Estado, como ente de acusação, comprove através de provas inequívocas e robustas a culpabilidade do acusado, de forma que até o advento de uma condenação imutável presume-se ser o réu inocente até que se prove o contrário, permitindo sua prisão antes desse momento somente a título de prisão cautelar, devido o caráter excepcional da prisão.

Dadas todas essas situação resta comprovada a importância do princípio da presunção da inocência como forma de garantir ao acusado um tratamento mais justo e até uma efetiva decisão, porém, é saliente analisar o interesse social embutido nas decisões dos órgãos superiores, sentimento esse que se origina da sensação de impunidade, querendo a sociedade a qualquer custo uma resposta rápida e eficaz para as mazelas judiciais levadas ao conhecimento dos magistrados, porém com a devida data vênica, frente a atual crise política e institucional pela qual vive o Brasil, creio não ser o momento de abrir mão de direitos conquistados sob a égide de grandes sacrifícios.

Da extração que se faz de todos os temas e princípios ate aqui analisados, observa-se *a priori*, que há um conflito de interesses ligados ao princípio da presunção de inocência do acusado, expressamente contido nos ditames constitucionais, e os princípios do interesse social e da eficácia da prestação jurisdicional. Não obstante, deve haver a idealização de um estado democrático de direito garantidor da lei e da ordem, sem abrir mão dos princípios essenciais emanados da constituição federal de 1988.

7.1.1 A presunção de inocência e sua importância no processo penal

Como se sabe, a carta magna da república dispõe acerca de tal principio constitucional em análise, ficando todo tipo de norma infraconstitucional, inclusive a lei processual penal brasileira sujeita a obedecer a certos fundamentos emanados da carta de 88, possibilitando uma harmonia entre o poder de punir do estado e as garantias individuais do cidadão inclusive

a liberdade. Sendo assim, é notória e valiosa a influência que as normas constitucionais exercem sobre os diversos ramos do direito.

Como se sabe, a sociedade organizada pelo estado dispõe de sanções para aqueles transgressores das normas penais reprováveis pela sociedade, a fim de manter certo equilíbrio e controle social da lei e da ordem entre os membros de uma sociedade.

A limitação à liberdade individual do cidadão esta totalmente ligada à ideia regulamentada pelo estado no que diz respeito ao ramo criminal, onde o estado é capaz de descrever qual conduta deverá ser considerada reprovável e ilícita sendo passível de punição, agindo este então como responsável por defender o interesse coletivo de um povo.

Ademais, essa função a qual exerce o estado não pode se distanciar das garantias inerentes a liberdade, visto que tal garantia é essencial para a manutenção da sociedade e para preservar os interesses individuais em detrimento dos direitos coletivos, resguardando os dispositivos originários da norma constitucional correlacionados com o adequado processo penal, em outras palavras o *jus puniendi* estatal não pode abrir margens para uma aplicação discriminada do direito de punir, estando tal direito vinculado a observância da legalidade, e restrito a atuação dentro dos limites estipulados pela lei.

Desse modo, a condenação de qualquer pessoa por um crime, deve desta forma estar ligada a um processo onde possa ser garantido ao acusado os meios necessários a demonstração de sua inocência, atendido para o processo todas as regras que determina a legislação constitucional que servirá de base para o curso do processo, sem prejuízo da lei processual penal e observado as regras do devido processo legal, onde ambas as legislações determinam que antes de uma sentença condenatória transitada em julgado o sujeito que figurar como réu em um processo manterá sua posição de inocente, sendo obrigação do estado fazer prova capaz de demonstrar a culpa do acusado

O princípio em análise, foi efetivamente inserido no ordenamento jurídico brasileiro com a criação da Constituição Federal de 1988, valendo lembrar que apesar de não ser mencionado de forma expressa em constituições anteriores a de 1988, o princípio da presunção de inocência já começa a ganhar vida, mesmo sendo de uma maneira bem sucinta, sendo uma adequação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, institutos até então já utilizados no processo penal.

Ademais, vale salientar que logo no início da vigência da constituição federal de 88, Contudo, frente à acanhada letra da lei que dispunha acerca da presunção de inocência, houve algumas especulações a época amparada por uma fria hermenêutica e valorando-se a letra fria da lei, de que o constituinte ao adotar o vocábulo "não culpabilidade", limitando-se a sua dilatação, deixou de adotar o princípio da presunção de inocência, deixando de valer tal entendimento com o advento da Convenção Americana de Direitos Humanos, como explica GOMES FILHO:

Desde que o Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo n.º 27, de 26 de maio de 1992, aprovou o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Governo Brasileiro em 25 de setembro de 1992, depositou a Carta de Adesão a esta Convenção, determinando-se seu integral cumprimento pelo Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992, publicado no D.O.U. de 09.11.92, pág. 15.562 e ss. (GOMES FILHO, 1994, p. 30)

Com isso, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 8º, I determina que " Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa". Cabe calhar que tal disposição tem efeito de norma constitucional, por força do artigo 5º da constituição federal em seu paragrafo 2º que dispõe o seguinte:

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

[...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte

Sendo assim, resta claro que o principio da presunção de inocência está fortemente amparado pela legislação brasileiro, e dotado de plena eficácia e aplicabilidade, sendo qualquer forma inibir sua aplicação uma afronta a Constituição da República.

De acordo com a leitura deste principio constitucional, MIRABETE faz a seguinte constatação:

Existe apenas uma tendência à presunção de inocência, ou, mais precisamente, um estado de inocência, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado. Por isso, a nossa Constituição Federal não ‘presume’ a inocência, mas declara que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado. (MIRABETE, 1991, pág. 252)

A análise deste princípio sob o ponto de vista da constituição, ecoa por todos os cantos do ordenamento jurídico sujeito a regulamentação constitucional, alcançando o processo penal em diversas formas distintas de análise, sendo valioso o estudo referente a inversão do ônus da prova no processo probatório, onde cabe ao estado fazer prova das causas que supervenientemente possam servir para condenar o réu, sendo este inocente até que se possa provar o contrário. O processo o qual deve servir para desenrolá-lo desses procedimentos e a elucidação dos fatos devem estar amoldados nos ditames legais, zelando sempre pelo contraditório, o direito a ampla defesa e devido processo legal, e que possa disponibilizar elementos suficientes para o convencimento do juiz.

Com isso, vale lembrar-se da acertada decisão de renovar a letra do artigo 188 do código de processo penal, em razão dos direitos constitucionais referentes a produção de provas no processo, onde o acusado não se obriga a produzir qualquer tipo de prova que possa servir de base para sua condenação, ou seja, o direito de não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). Sendo assim o artigo 188 do código de processo penal passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante. (BRASIL, 1941)

Cumprida ainda destacar o entendimento trazido pelo artigo art. 5º, incisos LIV e LXIII da constituição federal:

Art. 5º
[...]
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;
(BRASIL, 1988)

Tais dispositivos servem para solidificar ainda mais o entendimento da presunção de inocência dentro do processo legal, como diz Antônio Magalhães Filho:

O privilégio contra a auto-incriminação traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, assegurado a qualquer indiciado ou imputado pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política. Convém enfatizar, neste ponto, que "Embora aludindo ao preso, a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (...), a prova da culpabilidade incube exclusivamente à acusação" (Gomes Filho, 1997, p. 113)

Outro fator importante a ser destacado, é modo pelo qual a coleta de provas deverá ser feita, ou seja, provas consideradas ilícitas pela legislação vigente não devem prosperar dentro do processo, como provas obtidas por meios fraudulentos com o fim de incriminar o acusado, consequentemente atestando sua culpabilidade. Tais provas não devem ser consideradas, uma vez que estado deve buscar os meios legais para exercer seu direito de punir, não podendo se valer a todo direito de meios ilícitos de obtenção de provas. Acerca de tal tema dispõe o código de processo penal em seu artigo 157:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (BRASIL, 1941)

Assim sendo, qualquer meio utilizado para obtenção de prova por parte do poder estatal que não atenda as condições legais estabelecidas, devem ser consideradas absolutamente nulas, não produzindo qualquer efeito jurídico dentro do processo..

De tal modo, e não menos importante, a outro fator importante ligado ao convencimento do juiz em relação à culpabilidade do acusado, qual seja a ausência de certeza para a condenação, daí vem o chamado "*in dubio pro reo*", que significa que após o encerramento da fase instrutória, e toda análise das provas obtidas, caso o julgador não esteja ainda convencido sobre a culpabilidade do agente, este deverá ser considerado inocente e logo após absolvido, devendo o estado dar por encerrado o processo por ausência de elementos capazes de provar ser o acusado culpado, como ordena o artigo 386, inciso VII do código de processo penal.

Dessa forma ensina Nucci sobre o princípio do indúbio pro réu:

Como trata Nucci Na relação processual, em caso de conflito entre a inocência do réu- e sua liberdade o direito- dever do Estado punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. Exemplo está na previsão de absolvição quando

não existi provas suficientes na imputação formulada (art. 386, VII, CPP). (NUCCI, 2008. p. 97.)

Sendo assim, Magalhães Filho assevera que "importam na dispensa do referido encargo de quem as tem e a seu favor. Assim, incumbindo ao acusador a demonstração da culpabilidade do acusado, qualquer dúvida sobre os fatos arguidos deve levar à absolvição; neste ponto, o princípio examinado confunde-se com a máxima *in dubio pro reo*". (Magalhães Filho, 1991)

Desse modo é indiscutível que antes de uma sentença condenatória ser proferida é impossível duvidar da inocência do acusado, sendo assim é necessário haver cuidado na aplicação de tal princípio e o tratamento do acusado durante a fase processual, até o momento da decisão final, prevalecendo a inocência sempre que não se consiga provar o contrário.

7.1.2 breve síntese do julgamento do HC 126.292/SP

O julgamento do HC 126. 292/SP teve origem no impetramento de *habeas corpus* pelo paciente Omar Coelho Vítor, o acusado obteve uma condenação à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no artigo. 121, § 2º, inciso IV, cominado com artigo 14, inciso III, alínea *c* e *d*, todos do código penal, em desfavor do Superior Tribunal de Justiça, que negou *habeas corpus*, impossibilitando que o acusado pudesse aguardar o julgamento de sua lide em liberdade, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A INEXISTÊNCIA, EM REGRA, DE EFEITOS SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA.

É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do *status libertatis* do réu com condenação confirmada em Segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo.

Precedentes do STF e do STJ.

Ordem denegada. (MINAS GERAIS, TJ. HC. 84.078-7, Rel. MIN. EROS GRAU, 2008)

A prisão preventiva do paciente foi decretada sob o argumento de que este estaria fazendo movimentações financeiras em seu patrimônio a fim de empreender fuga para não se submeter ao processo e a suposta condenação pelo crime a ele imputado.

Em primeiro momento a 1ª Turma, sustentou o entendimento de que era razoável a possibilidade da decretação da prisão do impetrante, sendo por este motivo que o ministro Eros Grau analisou desde então que a determinada medida possibilitaria a prisão preventiva como forma de execução antecipada da pena. Como não havia consonância entre o entendimento da 1ª e 2ª turma, pois o relator havia votado favorável a concessão do habeas corpus, foi proposta a remessa dos autos ao plenário. Nesse sentido, foram favoráveis a execução provisória da pena Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie e sendo contra os ministros Eros Grau, Celso de Mello, Carlos Britto, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

8 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E OS REFLEXOS DE SUA APLICAÇÃO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

Apesar de o entendimento acerca da concordância com a possibilidade do acusado iniciar o cumprimento da pena após decisão condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, pode-se observar inúmeras decisões que se manifestam de forma contrária,

realçando a necessidade de uma análise mais aprofundada do princípio da presunção da inocência presente no nosso ordenamento jurídico. Dessa forma orienta o seguinte julgado:

Ementa: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Daí a conclusão de 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. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 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. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários, e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (BRASÍLIA, STF. HC 91232, Rel. MIN. EROS GRAU, 2007)

No caso em tela houve uma condenação em 13/09/05 pelo crime de furto tentado, não sendo possível apelar em liberdade por força do art. 594 do Código de processo penal. A defesa Interpôs a medida cabível, alegando a ilegalidade da execução provisória. Os ministros deram provimento ao pedido, alegando que a norma constitucional e os preceitos da LEP

deveriam se sobrepor ao disposto no art. 637 do Código de Processo Penal, respeitando também o princípio da ampla defesa, sendo que o ingresso em instituição carcerária antes da sentença condenatória definitiva demonstra instabilidade entre a pretensão punitiva do estado e o direito a liberdade do réu,.

Sem um entendimento consolidado pertinente as execuções provisórias de pena, o STF julgou o HC nº 84.078/MG sendo vedada a possibilidade da execução provisória da pena, em respeito ao princípio da presunção da inocência, conferindo de modo indireto, efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária, já que inviável a execução da pena sem o trânsito em julgado da sentença condenatória:

Outrora, é valiosa a exposição da decisão proferida pelo ministro Edson Faquim em matéria publicada no site do Supremo Tribunal Federal:

O ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF), concedeu Habeas Corpus (HC 156599), de ofício, para suspender a execução provisória da pena imposta a um réu condenado por dispensa ilegal de licitação. De acordo com o relator, o entendimento sobre a tipificação do crime analisado na decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), que confirmou a condenação de primeiro grau e determinou o início do cumprimento da pena, contraria a jurisprudência do STF. Consta dos autos que o réu foi condenado em primeiro grau a uma pena de 7 anos e 6 meses de detenção, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no artigo 89 (cabeça) da Lei 8.666/1993. Contra essa decisão, a defesa interpôs apelação ao Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP). No julgamento desse recurso, o tribunal estadual reduziu a pena para 6 anos e 8 meses de detenção, mas determinou o início imediato do cumprimento da pena. O advogado impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça (STJ) alegando que a execução da pena na pendência de recursos excepcionais compromete a presunção de inocência e que as teses a serem arguidas em sede de recurso excepcional seriam plausíveis. Diante da decisão negativa do STJ, proferida pelo relator do caso naquela instância, a defesa recorreu ao STF.

Execução provisória

Em sua decisão, o ministro lembrou, inicialmente, que a despeito da jurisprudência do STF que permite o início de cumprimento da pena após esgotados os recursos dotados de efeitos suspensivos, em seu voto sobre a matéria, no julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, ressaltou que “para sanar as situações de teratologia, como se sabe, há instrumentos processuais eficazes, tais como as medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recursos especiais e extraordinários, bem como o habeas corpus, que a despeito de interpretação mais restritiva sobre seu cabimento, em casos de teratologia, é concedido de ofício por esta Suprema Corte”.

Súmula 691

O ministro explicou, também, que a Súmula 691 revela a posição do STF contra a possibilidade de admissão de HC contra decisão proferida por membro de tribunal superior. Contudo, frisou Fachin, nessas situações, os ministros do STF têm admitido, excepcionalmente, a concessão da ordem de ofício, em casos anômalos, em que seja urgente a necessidade de concessão da liminar para evitar flagrante constrangimento ilegal ou quando a decisão negativa proferida pelo tribunal superior caracterize a manutenção de uma situação manifestamente contrária à jurisprudência do STF. Devido à excepcionalidade da medida, a ilegalidade deve ser reconhecível de plano, sem a necessidade de produção de qualquer prova ou colheita de informações.

Entendimento contrário

No caso dos autos, disse o ministro, “a apontada ilegalidade pode ser aferida de pronto”. De acordo com ministro, o voto condutor no julgamento do TJ-SP considerou que a contratação sem licitação seria um crime de mera conduta, em que não se exige dolo específico. Esse entendimento, mantido na decisão do STJ, de acordo com o ministro Fachin, contraria o posicionamento do Supremo sobre o tema (AP 971, AP 700, AP 527, entre outras), segundo o qual para a tipificação desse delito exige-se a demonstração de intenção específica de lesar o erário, não bastando a presença do dolo genérico, consistente na vontade consciente de dispensar ou exigir licitação fora das hipóteses legais.

A comparação entre as compreensões jurídicas do STF com a que prevaleceu no julgamento do TJ-SP, sobre a exigência dolo específico para a configuração delito previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93, demonstra que o tribunal estadual não seguiu a compreensão Supremo, o que é causa bastante para obstar o imediato cumprimento da pena privativa de liberdade, salientou o relator.

Com esse argumento, o ministro não conheceu do HC mas concedeu a ordem de ofício para determinar que seja suspensa a execução da pena privativa de liberdade, imposta ao réu pelo TJ de São Paulo, até que o STJ analise os recursos lá interpostos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Suspensa execução provisória da pena por condenação contrária à jurisprudência do STF, notícias STF, Brasília, 2018).

Ademais, cumpre salientar a diferenciação entre as diferentes espécies de prisão sendo elas a referente a prisão decorrente do processo, que pode ocorrer da prisão em flagrante delito, prisão temporária, prisão preventiva, e da prisão superveniente de sentença condenatória irrecorrível.

Cabe calhar, que a prisão proveniente de sentença condenatória recorrível e a prisão que decorre da decisão de pronúncia não se aplicam mais na atualidade, visto que com o advento da reforma do código de processo penal no ano de 2008, as disposições dos artigos 408, §1º e 594 do referido diploma legal foram revogados.

Não obstante, depois de feita tal mudança no ordenamento jurídico, a justiça brasileira ainda persiste de maneira errônea em executar sentenças condenatórias quando ainda há possibilidade de recurso.

A prisão cautelar, possui alguns fundamentos que a embasa, sendo a instrumentalidade, o meio adequado para garantir a eficácia da aplicabilidade do processo penal frente a materialidade do direito penal propriamente dito; outra característica fundamental do processo penal é a acessoriedade, que em outras palavras nada mais é que a utilização da prisão cautelar como último instrumento de aplicação, não sendo um mecanismo principal, a seguir temos a preventividade, que se utiliza como método de prevenção da ocorrência de novos danos ao bem jurídico tutelado e por fim a provisoriedade, pois não é a prisão cautelar uma medida duradoura, devendo ter seu tempo de eficácia decretado de

maneira provisória, devendo ser cessado logo após extintas ou inexistentes as causas que motivaram a sua aplicação, ou se transcorrido o proza estipulado em lei sendo ele de 5 ou 30 dias, pois nessa fase ainda não se pode afirmar com certeza a ocorrência de um delito, ainda ha que se falar em referibilidade, pois a medida cautela não pode estar desvinculada de uma ação que a justifique analisando tanto a fonte do direito material quanto a tipicidade da conduta delituosa, e a medida cautelar deve estar ligada a ideia de proporcionalidade, isso se justifica de modo que todos as peculiaridades ligadas a conduta delitativa devem ser analisadas e aplicadas de maneira proporcional ao crime imputado ao agente, como seu tempo de duração, e maneira de execução, não podendo jamais a medida cautelar ser aplicada de maneira que a sentença condenatória final se torne menos do que a própria medida em si. (BADARÓ, 1986, pág. 4-5)

A cerca da medida cautelar, são válidos os ensinamentos de Maurício Kuehne , que aduz o seguinte:

Quanto à possibilidade de absolvição, em grau de apelação, durante a execução provisória da sentença, é preciso lembrar que não existe diferença essencial entre aquele que está preso cautelarmente e é absolvido, e o que se submete a uma execução provisória e obtém a reforma da sentença em segunda instância. (KUEHNE, 1996, p. 424).

Sendo assim, a prisão cautelar e a medida de execução provisória da pena se diferem em vários aspectos, pois as causas que a justificam são entendidas de maneira muito diversas, pois na primeira hipótese há de se comprovar a expectativa do direito e o risco na demora da sentença, a segunda pode ser decretada de maneira liberal pelo juiz sem ser demonstrado os itens supracitados.

Acerca de tal tema, vale destacar que a natureza cautelar da prisão provisória deveria ser aplicada pelos juízes de maneira excepcional, quando houvesse prova inequívoca que a demora no processo poderia causar algum dano maior que a própria prisão, garantindo assim o bom prosseguimento da lide.

Ademais, deixando de lado o campo teórico do estudo, vale mencionar os dados coletados pelo InfoPen (INFOPEN, 2016), em junho de 2016, e traz informações importante para a análise do mérito do objeto em estudo, de acordo com esses dados, em junho de 2016, a população carcerária do Brasil contava com o número de 726.712 (setecentos e vinte e seis

mil, setecentos e doze presos), 40% dessa população segundo o InfoPen é composto por presos em regime de prisão provisória.

Desse modo, fica claro que a superlotação do sistema carcerário se deve muito ao número elevado de presos mantidos em cárcere sob prisão provisória aguardando julgamento. Sendo assim, através do ponto de vista apresentado pela pesquisa, é válida a comparação feita de que a prisão cautelar nada mais é que uma execução provisória da pena.

Para tanto, segue abaixo a tabela com as informações sobre o sistema carcerário nacional em seus principais aspectos:

1. População carcerária brasileira.

POPULAÇÃO CARCERÁRIA ATUAL	CRIMES MAIS COMETIDOS EM %		PRESOS PROVISÓRIOS EM %	PRESOS DEFINITIVOS EM %	PRESOS APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO
602.217 presos	ROUBO	27%	40 %	35%	24%
	TRÁFICO DE DROGAS	24%			
	HOMICÍDIO	11%			
	FURTO	8%			
	POSSE, DISPARO E COMÉRCIO DE ARMA DE FOGO ILEGAL	4%			
	ESTUPRO	3%			

Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA/BNMP 2.0- dados de 6 de agosto de 2018

9 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, nota-se que o Brasil encontra-se imerso em uma crise política e judiciária no momento atual, ademais é de crer não ser o momento ideal de relativização de garantias e direitos fundamentais já consagrados nos diplomas jurídicos brasileiros. A sociedade deve entender que o caminho para se chegar a um estado justo e ainda mais democrático não é furtar direitos constitucionais dos cidadãos em detrimento do desejo de livrar o Brasil do malem que se encontra, qual seja a corrupção praticada pelos políticos que assolam a comunidade estatal.

A sensação de impotência causada em todos os que defendem uma sociedade mais justa é notável, porém é necessário um estudo minucioso sobre o que é viável fazer para que o cidadão não sofra ainda mais com tal situação. Em meu ver, a execução provisória da pena, tema objeto deste projeto, não é o caminho correto que o judiciário deve seguir, uma vez que para satisfazer o desejo de “justiça” da sociedade, milhares de brasileiros sofrem com uma decisão motivada em interesses políticos, lembrando é claro que em nenhum momento o presente trabalho teve o intuito de ser conivente com a impunidade.

Como visto no decorrer do texto, colocar um acusado em um estabelecimento prisional, sem antes ter a certeza da culpa do mesmo é um erro imensurável, e causa enorme prejuízo a quem é sujeito e este tipo de procedimento. Como pode ser visto, grande parte da população carcerária hoje são de presos que ainda aguardam julgamento, ou seja, o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado só serve para abarrotar ainda mais as celas, que por sinal não possuem nenhuma estrutura para receber os condenados.

Há muito tempo a suprema corte do país não vem cumprindo seu papel, qual seja de guardião da Constituição Federal, ao contrário, o nobre Supremo Tribunal Federal a cada dia que passa rasga um pedaço de nossa carta magna, e tira do cidadão seus direitos mais básicos de defesa, não se pode em hipótese alguma a sociedade pagar pelo erro de uma ou outra pessoa que possui influencia na política e no judiciário, não pode em hipótese alguma a Suprema Corte do país tomar suas decisões motivadas em pressão política e pressão social.

O princípio da presunção de inocência não está estampado na carta de 88 por mero descuido do legislador, pelo contrário, tal princípio existe para proteger o cidadão, que é a

parte mais frágil da relação, dos abusos praticados por quem esta apto a julgar, e o respeito as regras do jogo onde ficam?.

Deve sim haver meios para coibir ações que causem prejuízos a investigação criminal e a instrução processual, porém tais medidas devem ser justificadas e de caráter excepcional, como as medias cautelares, a prisão deve ser entendida com último meio, pois a constituição trata da liberdade como um dos direitos mais importantes do cidadão, com advento da condenação em segundo grau de jurisdição da o entendimento que a prisão passou a ser tratada como uma regra.

Por fim, resta claro o retrocesso que a decisão proferida no HC 126.292/SP trouxe para o país, a insegurança jurídica hoje toma conta de todos os profissionais que promovem a defesa do acusado, a defesa do réu hoje esta sendo limitada, uma afronta aos direitos humanos, salientado que não me refiro aos “direitos humanos” que buscam a impunidade de quem deve ser ao menos julgado pelos seus atos, mas sim os direitos humanos daqueles que sofrem com o abuso de poder praticado pelo estado, que o futuro da nossa nação possa o mais rápido possível ser repensado, pois o caminho que se vê a frente quando se fala de justiça é obscuro a assustador, a resposta a tudo isso virá quando a sociedade e o judiciário compreender que direitos devem ser mantidos e criados, não ceifados da forma que está ocorrendo.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 702 – 708; JARDIM, Afrânio Silva. **Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal**. Revista de processo, v. 41/1986, p. 106 – 122, jan./mar. 1986, p. 4-5.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000; p . 92

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000; p . 96.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000;

PRADO, Luis Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1.º a 120. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pg. 545.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituico compilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituico compilado.htm>. Acesso em: 06 jun. 2018.

BRASIL. Decreto - Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.

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: 06 jun. 2018.

BRASIL. Decreto- Lei nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americanade Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional (InfoPen)**. Disponível em:<
http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84078**, do Tribunal Pleno. Paciente: Osmar Coelho Vitor. Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça MG. Relator (a): Min. Erros Grau. BRASIL, 05 fev. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 912320**, da 2ª Turma. Paciente: Jefferson Murilo da Silva Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator (a): Min. Erros Grau. BRASIL, 06 nov. 2007. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/pagina_dorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499428>. Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 145**. Flagrante. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 03 out. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva 2012. v.1.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948, Disponível em:<
https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2018

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**, p. 113, item n. 7, 1997, RT...

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição De 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Revista do Advogado. AASP. N.º 42, abril de 1994, p. 30.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: rev., atual. Impetus, 2008, p. 485

JESUS, Damásio de. **Manual de Direito Penal Volume I**. São Paulo : Atlas, 2004, p.249

KUEHNE, Maurício. **Revisão do decênio da reforma penal (1985-1995) – considerações sobre a “execução provisória da sentença penal”**. Revista dos Tribunais, v. 725/1996, p. 424, mar. 1996

LENZA, Pedro. **Direito Processual Penal Esquematizado**. São Paulo: Saraiva 2012.v.1.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**. 2. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2009, p. 514.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.v.1

MIRABETTI, Julio Fabbrini. **Processo Penal**, Atlas, 1991, pág. 252.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal Comentado**. 12, ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 325.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Individualização da Pena**, 7, ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 267.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Individualização da Pena**. 7. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro:Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: Parte geral e Parte especial**. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5 ed. 3 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 97.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2011.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. E- Book. Acesso em 10 de junho. 2018

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Suspensa execução provisória da pena por condenação contrária à jurisprudência do STF**, notícias STF, Brasília, 2018, Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378820>>. Acesso em: 03 out. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1.