CENTRO EDUCACIONAL DE ENSINO SUPERIOR DE PATOS
UNIVERSIDADES INTEGRADAS DE PATOS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

ABEL DOS SANTOS DIAS

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO STF

PATOS
2020

ABEL DOS SANTOS DIAS

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO STF

Trabalho de conclusão de Curso apresentado ao Centro Educacional de Ensino Superior de Patos – Universidades Integradas de Patos, como requisito parcial para a obtenção do diploma de bacharel em Direito pela referida instituição.

Orientador: Prof. Danilo de Freitas Ferreira.

PATOS

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

CATALOGAÇÃO NA FONTE

D257e

Dias, Abel dos Santos.
A Execução Provisória da Pena e a Relativização do Princípio da Presunção de Inocência pelo STF. / Abel dos Santos Dias. – Patos – UNIFIP, 2020
52 fls

Orientador: Prof Danilo de Freitas Ferreira
TCC – Bacharelado em Direito
Centro Universitário de Patos - UNIFIP

1. Direito. 2. Penas. 3. STF. I. Título.

BC/FIP CDU:34

Francisco das Chagas Leite – Bibliotecário CRB 15 – 0076

ABEL DOS SANTOS DIAS

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO STF

Trabalho de conclusão de Curso apresentado ao Centro Educacional de Ensino Superior de Patos – Universidades Integradas de Patos, como requisito parcial para a obtenção do diploma de bacharel em Direito pela referida instituição.

Orientador: Prof. Danilo de Freitas Ferreira

Aprovada em 08 de junho de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

_____

Prof. Me. Danilo de Freitas Ferreira

Faculdades Integradas de Patos

_____

Prof. Ma. Danielle Marinho Brasil

Faculdades Integradas de Patos

_____

Prof. Esp. Hálem Roberto Alves de Souza

Faculdades Integradas de Patos

“A questão não é defender o “bandido”, mas sim o seu direito de defesa, afinal o acusado pode ser inocente e o inocente pode ser seu parente” – Júlio Simões

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus, que sempre teve grande importância na minha vida, mesmo nos momentos mais difíceis e turbulentos da minha caminhada acadêmica ele sempre me deu forças para seguir meu caminho e buscar o meu sonho que concluir esse curso.

Agradecer a todos aqueles que estiveram junto a mim nesses anos de luta e alegria em busca da realização desse sonho e que sempre fizeram de tudo para que eu pudesse realizar o meu sonho, e que nunca mediram esforços para que eu tivesse todo o necessário na minha vida, e que sempre me apoiaram em todos os momentos e nunca me deixaram fraquejar.

Ao meu orientador, “Danilão”, que, mesmo diante de tantos compromissos, sempre esteve a disposição para ajudar e acrescentar infinitamente nesse trabalho, me orientando da maneira mais correta que poderia.

A todo o corpo docente das Faculdades Integradas de Patos, que me preparou para esse momento, constituído dos professores mais bem capacitados que eu poderia encontrar na minha caminhada acadêmica.

RESUMO

O trabalho tem como objeto de estudo “A execução provisória da pena e a relativização do princípio da não culpabilidade sob o prisma do STF”, ou seja, tem como enfoque o estudo do entendimento da corte suprema brasileira a respeito da possibilidade ou da ilegalidade em relação a execução provisória da pena em decisões de tribunais mesmo antes do trânsito em julgado do acórdão. Diante disso, o objetivo geral do presente trabalho é analisar a possibilidade ou não de execução provisória da pena no processo penal com base nos dispositivos legais pertinentes e, além disso, levando em consideração as decisões proferidas pelo STF no HC 126.292/SP e nas ADCs 43,44 e 54. O trabalho foi dividido em três seções com o intuito de garantir uma melhor utilização da estrutura construtiva e possibilitar um melhor entendimento sobre o tema. Na primeira seção, foi traçada um entendimento acerca do conceito sobre o processo penal brasileiro, os princípios aplicáveis e qual sistema adotado atualmente no Brasil. Na segunda seção, traçamos um entendimento acerca do princípio da presunção de inocência, quais os seus requisitos e como é a sua aplicação no Brasil. E, na terceira seção, foi feita uma análise acerca dos principais julgamentos do STF sobre o tema, entre eles, os principais, o HC 126.292/SP e as ADCs 44, 45 e 54. Portanto verificou-se que o entendimento do STF foi se alternando com o passar do tempo com o intuito de melhor atender os ditames legais e modificando seu entendimento de maneira a causar prejuízos constantes.

Palavras-chave: Pena; Presunção de Inocência; Trânsito em julgado.

ABSTRACT

The paper has as object of study "The provisional execution of the sentence and the relativization of the principle of non-culpability under the prism of the STF", that is, it has as focus the study of the understanding of the Brazilian supreme court regarding the possibility or the illegality in relation to the provisional execution of the penalty in court decisions even before the final judgment of the judgment. Therefore, the general objective of the present work is to analyze the possibility or not of provisional execution of the penalty in criminal proceedings based on the pertinent legal provisions and, in addition, taking into consideration the decisions rendered by the STF in HC 126.292 / SP and in the ADCs 43.44 and 54. The paper was divided into three sections in order to ensure a better use of the constructive structure and enable a better understanding of the theme. In the first section, an understanding was drawn about the concept of the Brazilian criminal process, the applicable principles and which system is currently adopted in Brazil. In the second section, we outline an understanding of the principle of the presumption of innocence, what are its requirements and how is it applied in Brazil. And, in the third section, an analysis was made about the main judgments of the STF on the subject, among them, the main ones, HC 126.292 / SP and ADCs 44, 45 and 54. Therefore, it was found that the STF's understanding was alternating with the passage of time in order to better meet the legal dictates and changing their understanding in a way that causes constant losses.

Keywords: Penalty; Presumption of Innocence; Unappealable transit.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
PL	Projeto De Lei
HC	Habeas Corpus
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10
2 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO 13
2.1 SISTEMA INQUISITÓRIO (INQUISITIVO) 14
2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO 16
2.3 SISTEMA MISTO 19
3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA 21
3.1 CONCEITO 21
3.2 AS GARANTIAS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA 24
3.3 AS PRISÕES CAUTELARES E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA 28
3.3.1 Prisão em Flagrante 30
3.3.2 Prisão Temporária 32
4 A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA 34
4.1 A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STF 37
4.2 CRÍTICAS AO ENTENDIMENTO DO STF E UMA NOVA MODIFICAÇÃO 42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 46
REFERÊNCIAS 51

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento brasileiro está amplamente relacionado com a defesa dos direitos humanos dos seus indivíduos. Buscando garantir todos os direitos dos indivíduos, a Constituição Federal de 1988 instituiu uma série de princípios nos diversos ramos do direito nacional. Entre esses princípios, a Constituição Federal elencou o Princípio da Presunção de Inocência.

O princípio da presunção de inocência, também chamada de princípio da presunção de não culpabilidade está previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, e estabelece que nenhuma pessoa será considerada culpada até que a decisão contra ele deferida ganhe status de imutabilidade.

Porém, uma discussão surgiu na pauta no ordenamento jurídico brasileiro e de grande relevância para a sociedade, essa é a problemática relativa a execução provisória da pena que foi instituída pelo STF no julgamento do Habeas Corpus 126.292-SP, no dia 17 de Fevereiro de 2016, onde aplicou o entendimento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeitoa recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

Diante disso, surge uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, tendo em vista a necessidade de se delimitar qual a abrangência do princípio da não culpabilidade no ordenamento brasileiro e se o novo entendimento tomado pelo STF fere o princípio em sua essência, pois, a própria legislação não traz nenhum tipo de restrição ao referido princípio, mas a decisão tomada pelo tribunal acaba por restringir os efeitos da presunção de inocência em face das decisões condenatórias tomadas em segundo grau de jurisdição.

Conforme a legislação brasileira, o direito defende o direito à presunção de não culpabilidade do acusado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, porém o novo entendimento do STF traz um precedente para a relativização desse direito, visto que passa a permitir a execução provisória da pena de acórdão penal condenatório proferido em segundo grau de jurisdição, sem a necessidade de que seja esgotado o prazo recursal, e, consequentemente, antes do trânsito em julgado da decisão.

O presente trabalho é desenvolvido utilizando-se o método de pesquisa dedutivo pois busca traçar o liame entre os conceitos de presunção de inocência com as decisões proferidas pelos tribunais superiores com o intuito de analisar a aplicação do princípio da presunção de inocência no direito brasileiro e a sua relativização (ou não) diante de decisões tomadas em sede de recursos pelos tribunais pátrios antes do trânsito em julgado das decisões.

De outro ponto, é empregado o tipo de pesquisa bibliográfico pela análise recorrente de doutrina, sites, revistas, jornais e dados, além de outros trabalhos sobre o tema e o posicionamento de doutrinadores diversos. Outro tipo utilizado na construção do presente trabalho é o documental, tendo em vista que são analisados diversos dados e decisões tomadas pelo STF no âmbito de repercussão geral sobre o tema a fim determinar a possibilidade de relativização da presunção de inocência em casos de decisões tomadas em segunda instância.

Diante disso, o presente trabalho foi construído em três seções divindo o tema de maneira mais didática e com o intuito de garantir uma melhor elucidação sobre o tema para que, ao final possa ser entendido qual o atual entendimento aplicado pelo STF sobre o tema da relativização do princípio da presunção de inocência.

Na primeira seção, foi traçada um entendimento acerca do conceito sobre o processo penal brasileiro, quais os princípios aplicáveis e qual sistema adotado atualmente no Brasil. Na segunda seção, traçamos um entendimento acerca do princípio da presunção de inocência, quais os seus requisitos e como é a sua aplicação no Brasil. E, na terceira seção, foi feita uma análise acerca dos principais julgamentos do STF sobre o tema, entre eles, os principais, o HC 126.292/SP e as ADCs 44, 45 e 54.

Com o andamento das seções apresentadas e a conclusão, temos que a princípio da presunção de inocência é de grande importância para o estudo do direito penal brasileiro como um todo e deve ter uma ampla divulgação e respeito em todos os sentidos.

Assim, nos dias atuais, o STF entende que a execução provisória de acórdão penal condenatório ainda que sujeito a recurso não fere o princípio da presunção de não culpabilidade (presunção de inocência) no direito brasileiro, sob o fundamento de que deve haver um limite na aplicação do referido princípio, com o

intuito de garantir a proporcionalidade entre a prestação jurisdicional e o princípio da presunção de não cupabilidade, argumentos estes expressamente elencados no voto do Ministro Relator, Sr. Teori Zavascki, em sede do HC 126.292/SP.

2. **O PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

O processo penal é uma construção histórica que passou por diversas transformações durante o tempo, sendo que, durante essas transformações, muitos de seus valores foram alterados de acordo com o momento histórico de sua aplicação até chegar nos dias atuais. Diante disso, pode-se dizer que o processo penal foi moldado com o decorrer do tempo, sendo que passou por severas modificações em sua essência, fazendo com que surgissem dois tipos se sistemas processuais penais diferentes: O Acusatório e o Inquisitório (Inquisitivo).

Para Mauro Fonseca de Andrade (2011, p. 31):

> Pode ser inicialmente definido como a reunião, conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios erais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente.

O presente capítulo tem como objetivo trazer explanações acerca do processo penal brasileiro e do sistema utilizado pelo Código Processual Penal do país, bem como pelo ordenamento brasileiro como um todo, evidenciando, inicialmente, os conceitos e diferenças entre os sistemas existentes. Diante disso, para se chegar ao sistema processual brasilerio, faz-se necessário entender os tipos de sistemas existentes para que, com isso, se chegue ao entendimento de qual o sistema melhor se encaixa na ordem brasileira atual, devido ao seu emaranhado de normas.

No estudo dos Sistemas Processuais Penais, o doutrinador Marcos Zilli (2003, p.34) entende que:

> Sistemas processuais penais são, pois, campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa. Funcionam como uma indicação abstrata de um modelo processual penal constituído de unidades que se relacionam e que lhe conferem forma e características próprias.

Assim, o estudo dos sistemas processuais penais é de extrema importância para delimitar qual é o aplicado em determinado ordenamento, tendo em

vista que a união dos elementos existentes em alguma legislação gera a existência de determinado sistema processual.

2.1. SISTEMA INQUISITÓRIO (INQUISITIVO)

O sistema inquisitório, também chamado de inquisitivo, é o primeiro sistema processual conhecido pela Doutrina, sendo que ele foi criado em Roma e caracteriza-se, principalmente, pela concentração de funções dentro do processo em um só sujeito, que é o Estado-Juiz, ou seja, no sistema inquisitivo todos os poderes são concentrados nas mãos de um único órgão, que tem o poder-dever de acusar, defender e decidir. Outra característica de grande importância no processo inquisitivo é a gestão da prova no processo penal, pois, nesse a prova material é a única fonte de comprovação, não importando a maneira como foi obtida, sendo que não era aplicado o direito ao contraditório ou a ampla defesa.

Sobre esse sistema, explica Coutinho (2001, p. 24):

> A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que ‘ a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo não contidos na “acusação” – da dado seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases’.

Em relação ao surgimento do sistema inquisitório na história, relata Foucault (2012, p. 49):

> Nas sociedades indo-europeias do leste mediterrâneo, no final do segundo e início do primeiro milênios, o poder político era sempre detentor de um certo tipo de saber. O rei e os que o cercavam, pelo fato de deterem o poder, detinham um saber que não podia e não devia ser comunicado aos outros grupos sociais. Saber e poder eram exatamente correspondentes, correlativos, superpostos. Não podia haver saber sem poder. E não podia haver poder político sem a detenção de um certo saber especial.

O processo inquisitório é conhecido por não garantir ao acusado o contraditório ou a ampla defesa durante o processo ou procedimento, ou seja, as provas, que eram produzidas pelo próprio Juiz, não poderiam ser alvo de uma

manifestação pelo acusado, sendo que o próprio Juiz era quem tinha a função de defendê-lo no procedimento.

Nesse sentido, explica Paulo Rangel (2010, p. 51):

> O sistema inquisitivo, assim, demonstra total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser banido das legalizações modernas que visem assegurar ao cidadão as mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana.

Com isso, era utilizado um sistema probatória de valoração de algumas provas, em que a confissão era tida como prova principal a todas as outras, o que gerava uma busca muito grande para a confissão de alguns acusados, fazendo com que se utilizassem, inclusive, de táticas de tortura para fazê-los falar, e como não existia vedação, a prova permanecia válida.

Conforme elucida Guilherme Nucci (2008, p. 116) no sistema inquisitório não existe contraditório ou ampla defesa, ou seja, a defesa exerce um papel meramente figurativo nesse sistema não sendo assegurado a ele direitos básicos de persuasão; a predominância das provas escritas em detrimento dos debates orais; a existência de uma classificação entre as provas em que umas detém mais poder de convencimento do que outras, como é o caso do depoimento, que no sistema inquisitório tinha status de “Rainha das provas” e se sobressaía em relação a todas as outras; o processo era dotado de sigilo absoluto não sendo possível que o povo tomasse conhecimento dos atos praticados durante seu trâmite.

Sobre as principais características do Sistema Inquisitório, alude Paulo Rangel (2015, p. 47-48):

> a) as três funções (acusar, defender e julgar) concentram-se nas mãos de uma só pessoa, iniciando o juiz, ex officio, a acusação, quebrando, assim, sua imparcialidade; b) o processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo; c) não há contraditório nem a ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se lhe conferindo nenhuma garantia; d) o sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal e, consequentemente, a confissão é a rainha das provas.

Além disso, vale ressaltar que no procedimento inquisitório não existe a obrigatoriedade na presença de um advogado para a defesa do acusado o que gera

uma quebra ainda maior nas garantias de defesa do acusado que fica totalmente a mercê dos anseios do julgador.

2.2. SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório foi criado na Grécia e tem como fundamento basilar criar um sistema processual de maior garantia aos direitos dos acusados, tendo em vista que o sistema anterior (inquisitório) não tinha nenhum tipo de garantia aos direitos dos acusados.

Nesse sentido, elucida Tourinho Filho (1997, p. 34):

> No processo penal acusatório, que campeou na Índia, entre os atenienses e entre os romanos, notadamente durante o período republicano, e que, presentemente, com as alterações ditadas pela evolução, vigora em muitas legislações, inclusive na nossa, existem, como traços profundamente marcantes: a) o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadoras e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial); d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo (ne procedat judex ex officio); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois 'non debet licere actori, quod reo non permittitur'; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado.

No sistema acusatório, as funções processuais são divididas em sujeitos distintos para garantir uma maior imparcialidade do Juiz, bem como uma melhor defesa dos interesses do acusado e da sociedade, por isso, ao Estado-Juiz cabe o Dever de Julgar o processo, ao Ministério Público cabe o dever de increpar (acusar) e, não menos importante, a defesa fica por conta de advogado do acusado, e caso ele não tenha condições para contratar advogado o Estado deve garantir a sua assistência por Defensor Público.

Essa divisão de funções, faz com que seja necessária uma maior garantia de imparcialidade ao Juiz, tendo em vista que agora a sua única função é julgar, não sendo admitido que ele se torne tendente a qualquer das partes, ou seja, o juiz deve

ser completament imparcial ao julgar. Sobre a necessidade dessa separação para manter a imparcialidade do Juiz, explica Souza Netto (2003, p. 52):

> [...] uma das características irrenunciáveis da estrutura acusatória do processo penal é a adoção do principio da acusação, segundo o qual, o órgão julgador não pode ter funções de acusação das infrações, mas apenas de investigar e de julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado.

Ainda sobre a importância dessa separação, complementa Mauro Fonseca (2011, p. 230-231):

> A necessária separação entre as funções de acusar e julgar se constitui na própria base estrutural do que, exclusivamente no sistema acusatório, entende-se como processo. Basta ver que, se juiz e acusado se constituem em sujeitos necessários para a persecução penal, será dessa separação entre as figuras do acusador e julgador que se chegará à única forma possível de processo judicial condenatório [...]. Enfim, pelo que foi possível observar em todas as manifestações do sistema acusatório, esse elemento sempre se mostrou presente quer no acusatório clássico, quer no acusatório contemporâneo. E, como não se verificou nenhuma exceção ao longo do estudo de todos os modelos de processo seguidores desse sistema, não vemos nenhum inconveniente em apontá-lo como elemento fixo do sistema acusatório.

Essa transformação de ideologia entre os sistemas inquisitório e acusatório se deu mediante uma série de lutas sociais que culminaram em grandes mudanças na sociedade, conforme explica Foucault (2012, p. 54):

> Primeiramente, do que se poderia chamar formas racionais de prova e da demonstração: como produzir a verdade, em que condições, que formas observar, que regras aplicar. São elas, a Filosofia, os sistemas racionais, os sistemas científicos. Em segundo lugar e mantendo uma relação com as formas anteriores desenvolve-se uma arte de persuadir, de convencer as pessoas da verdade no que diz, de obter a vitória para a verdade ou, ainda, pela verdade. Tem-se aqui o problema da retórica grega. Em terceiro lugar a o desenvolvimento de um novo tipo de conhecimento: conhecimento por testemunhas, por lembranças, por inquérito. Saber de inquérito que os historiadores, como Heródoto, pouco antes de Sófocles, os

> naturalistas, os botânicos, os geógrafos, os viajantes gregos vão desenvolver e Aristóteles vai totalizar e tornar enciclopédico.

Em relação as principais características do Sistema Acusatório, relata Paulo Rangel (2015, p. 50):

> a) há separação entre as funções de acusar, julgar e defender, com três personagens distintos: autor, juiz e réu (ne procedat iudex ex officio); b) o processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, admitindo-se, como exceção, o sigilo na prática de determinados atos (no direito brasileiro, vide art. 93, IX, da CRFB c/c art. 792, parágrafo 1º, c/c art. 481, ambos do CPP); c) os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas; d) o sistema de provas adotado é do livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser motivada com base nas provas carreadas para os autos. O juiz está livre na sua apreciação, porém não pode se afastar do que consta no processo (cf. art. 155 do CPP com redação da Lei nº 11.690/2008 c/c art. 93, IX, da CRFB); e) imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está diante do conflito de interesse de alta relevância social instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirigindo o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (cf. art. 130 do CPC).

Sobre o mesmo assunto, leciona Lopes Junior (2008, p. 57):

> a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que ele se mantinha afastado da iniciativa e gestão da prova, atividade a cargo das partes; b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas; c) adoção do princípio ne procedat iudex ex officio, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo; d) estava apenado o delito de denunciação caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (até porque as penas são corporais); e) acusação era por escrito e indicava as provas; f) havia contraditório e direito de defesa; g) o procedimento era oral; h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar.

Conforme entende Guilherme Nucci (2008, p. 116), o sistema acusatório foi criando com base em uma série de características que visam a garantia dos direitos fundamentais do acusado, são elas: O Contraditório está amplamente presente no sistema acusatório sendo garantido ao acusado e sua defesa utilizar-se de uma gama de provas muito ampla para provar a verdade real dos fatos, sendo vedada, porém, a utilização de provas obtidas por meios ilícitos; a presença da

ampla defesa no sistema, dividindo-se em defesa pessoal (a própria palavra do 9 acusado usada como forma de defesa, aplica-se na fase do interrogatório do réu) e defesa técnica (feita por profissional habilitado nos autos e com conhecimento na área processual, sendo garantida assistência técnica aqueles que não provém recursos para contratar um causídico particular); a predominância das provas orais (testemunhas e interrogatório) em detrimentos das escritas, ao contrário do que ocorre no sistema inquisitório; a inexistência de diferença de valor entre os meios de prova, ou seja, não existe nenhum tipo de prova que tenha valor probatório maior que o outro, ficando a cargo do julgador decidir o processo com base nas provas colhidas e na seu livre convencimento motivado; o processo é público, em regra, podendo qualquer do povo acompanhar a pratica dos atos processuais, inclusive as audiências; e, a regra nesse sistema é que seja aplicada o princípio do in dubio pro reu devendo prevalecer sempre a liberdade do réu quando houver dúvida na decisão processual, ou seja, o julgador só deve condenar o acusado quando tiver certeza de sua culpabilidade.

Portanto, uma clara diferença os sistemas apresentados é a de que eles são divergentes no tratamento em relação ao acusado, ou seja, o sistema acusatório é eminentemente democrático e visa a proteção dos direitos fundamentais do acusado que foram moldados pelas grandes evoluções históricas, como é o caso do contraditório e da ampla defesa que não eram respeitados no sistema inquisitório, sistema esse que tem como fundamento a autoridade estatal em detrimento de todos, pois concede a uma só pessoa o poder para proceder com o andamento de todo o processo e de decidir sozinho sobre toda a relação processual.

No Brasil, a Doutrina Majoritária entende que o sistema processual adotado em sua maioridade pelo código de processo civil é o Sistema Acusatório, mas, segundo alguns, ainda existem alguns resquícios do sistema inquisitório no nosso ordenamento.

2.3. SISTEMA MISTO

O Sistema Processual Misto, como o próprio nome diz, é uma união entre os conceitos utilizados no sistema inquisitório e no sistema acusatório, e ele se manifesta em um processo penal de duas etapas, uma primeira fase pré-processual

em que é aplicado o sistema inquisitório e uma fase processual onde se aplicam as normas de maior garantia ao acusado constantes no sistema acusatório.

Sobre esse sistema, dispõe Paulo Rangel (2010, p. 55):

> Podemos dividir o sistema misto em duas fases procedimentais distintas, para sua melhor compreensão: 1º) instrução preliminar: nesta fase, inspirada no sistema inquisitivo, o procedimento é levado a cabo pelo juiz, que procede às investigações, colhendo as informações necessárias a fim de que se possa, posteriormente, realizar a acusação perante o tribunal competente; 2º) judicial: nesta fase, nasce a acusação propriamente dita, onde as partes iniciam um debate oral e público, com a acusação sendo feita por um órgão distinto do que irá julgar, em regra, o Ministério Público.

Esse sistema não é considerado uma evolução aos sistemas anteriores, tendo em vista que mantém, em grande parte, a aplicação do sistema inquisitório, segundo o entendimento de Paulo Rangel (2010, p. 55): “o sistema misto, não obstante ser um avanço frente ao sistema inquisitivo, não é o melhor sistema, pois ainda mantém o juiz na colheita de provas, mesmo que na fase preliminar”. Vale ressaltar que a criação desse sistema se deu após a revolução francesa em uma época que a sociedade estava em busca da concretização de seus direitos em toda a Europa.

3. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Princípio da Presunção de Inocência, também conhecido como princípio da presunção de não-culpabilidade, é de grande aplicadbilidade do Direito Penal brasileiro e para a toda ordem nacional de uma maneira geral, tendo em vista que a própria Constituição Federal traz o referido princípio para o ordenamento brasileiro ao consagrá-lo como direito fundamental, conforme estabelece o art. 5º, inciso LVII, in verbis: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Inicialmente, vale ressaltar que a controvérsia em relação a nomenclatura do princípio não tem mais força no direito brasileiro, tendo em vista que o entendimento majoritário dos doutrinadores aceita que seja utilizada qualquer das duas expressões para tratar do referido princío, quais sejam, “Princípio da Presunção de Inocência” ou “Princípio da Presunção de Culpabilidade”.

Sobre a nomenclatura do referido princípio, elucida Badaró (2003, p. 282-283):

> Na doutrina italiana prevaleceu, inicialmente, a posição de que a ondição de “não culpável” de quem deve ser julgado não se identifica com a presunção de inocência. Contudo, nunca se conseguiu delimitar em que consistia a distinção, isto é, em que o conteúdo da “presunção de não culpabilidade” seria diferente do da “presunção de inocência”. As expressões “inocente” e de “não culpabilidade” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. Justamente por ser inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas idéias – se é que isto é possível – passou-se a postular a equivalência de ambas fórmulas. [...]. Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. Procurar distinguir ambas é uma tentativa inútil do ponto de vista processual.

Assim, para a analise processual do instituto, ambas as nomenclaturas comumente utilizadas pela doutrina em geral tem o mesmo significado e se referem ao mesmo princípio protegido pela Constituição Federal de 1988.

3.1 CONCEITO

Sobre a disciplina dos princípios, elucida Nucci (2004, p. 36-37):

> Princípio, etiologicamente, significa causa primária momento em que algo tem origem, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico, preceito, regra, fonte de uma ação. Em Direito, princípio jurídico quer dizer uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas, conforme ensina José Afonso da silva (Curso de direito constitucional positivo, p.85), servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Cada ramo do Direito possui princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos em Lei ou ser implícitos, isto é, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a cultura jurídica formada com o passar dos anos de estudo de determinada matéria. O Processo Penal não foge à regra, sendo regido primordialmente, por princípios, que, por vezes, suplantam a própria literalidade da Lei(...).

A presunção de inocência é uma garantia que se dá ao acusado para garantir de nenhuma decisão seja dada em detrimento das garantias individuais do ser humano garantidas pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, explica Gomes (1999, p. 108):

> A presunção de inocência é a expressão de uma valoração feita pelo legislador constituinte (frente ao acusado da prática de um ilícito), que se decidiu por uma de duas posições possíveis (ser inocente ou culpado) sem ter certeza absoluta de que se decidiu pela posição correta. Todo ordenamento jurídico (e particularmente suas concretas posições normativas) ou parte da presunção de que o acusado é inocente (o ônus da prova da culpabilidade nesse caso pertence a quem faz a acusaão) ou, anomalamente, parte da presunção oposta (quando então o ônus da prova da inocência compete ao acusado).

Segundo Delmanto (2001, p. 60), mesmo a Constituição Federal de 1988 não tendo expressamente elencado o princípio da presunção de inocência, o princípio foi recepcionado pela Carta Magna:

> Em nosso ordenamento constitucional, apesar da Magna Carta não reconhecer, originariamente, o direito à presunção de inocência, garantido em seu art. 5º, LVII, tão-somente o direito à desconsideração prévia de culpabilidade – “ningém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória -, que seria mais restritivo, a referida presunção acabou sendo acolhida por nosso mais alto ordenamento em razão do §2º desse mesmo art. 5º, que estipula: ‘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 Repúblico Federativa do Brasil seja parte'.

Do mesmo modo, Tourinho Filho (2006, p. 63) entende que: "Entre nós, pela primeira vez o princípio da presunção de inocência, tal como proclamado pela Declaração Universal, é consagrado em texto constitucional", ou seja, a Constituição Federal brasileira adotou o princípio que foi anteriormente criado pela Declaração Universal, trazendo ele para aplicação direta em âmbito nacional.

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu no sentido de que o princípio da presunção de inocência foi recepcionado pela Constituição Federal, mas, també, o princípio tem força de garantia indivíduos, tratando-se de uma clausula pétrea da carta magna, conforme decidiu a corte no julgamento do HC nº 187.291 – SE:

> […] a presunção de inocência, invocada pelo impetrante a justificar a sua liberação, postulado constitucional erigido como cláusula pétrea e direito políticocriminal do acusado de caráter fundamental, não tem valor absoluto. Pode ceder diante da necessidade da privação cautelar, apontada pelos fatos e pela sua plausibilidade jurídica. (Habeas corpus nº 187.291/SE. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. 12/11/2010).

Nesse sentido, o princípio da presunção de inocência foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 de maneira não expressa, ou seja, ela não traz expressamente a sua nomenclatura, mas traz, em seu artigo 5º, LVII, o seu preceito fundamental de aplicabilidade do direito brasileiro, qual seja, não considerar alguém culpado antes de trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Para Santos (2004, p. 75):

> O princípio da presunção da inocência revela claramente a nova face do Estado após a Revolução Francesa visto que, no modelo absolutista, podia se constatar um exacerbado peso no poder da acusação calcado na fórmula inquisitorial. Desta maneira, tomando o acusado previamente por culpado e obviamente como aquele que feria o interesse do Estado (...) o pressuposto da culpa era o dogma, e a inocência provada era situação rara dentro do contexto do absolutismo

Isso mostra que o princípio da presunção de inocência foi uma criação advinda dos grandes movimentos de proteção aos direito humanos que ocorreram

no passado e que levaram a grandes modificações nos direitos internos dos países em todo o mundo, sempre com o intuito de proteger a cada dia mais, os direitos e garantias fundamentais de seus indivíduos.

Essa grande onde de proteção dos direitos humanos se intensificou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde se concretizou o movimento de "Universalização" dos Direitos Humanos. Com isso, o Brasil, que passou a adotar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotou, na CF/88, vários dispositivos de proteção aos direitos fundamentais de seus indivíduos, sendo que essa é uma das principais características da carta magna brasileira.

Além disso, a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada pelo Brasil, prevê o princípio da presunção de inocência, o que faz com que o princípio tenha ainda mais força de aplicabilidade no ordenamento nacional, sendo garantido, inclusive pela convenção internacional de que o Brasil faz parte, confome elucida Mirabete (2006, p. 24):

> Com a adesão do Brasil à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), Conforme Decreto nº 678, de 6-11-1992, vige no país a regra de que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa" (art. 8,2, da Convenção)

Assim, a presunção de inocência do acusado durante a investigação criminal garante que não hajam medidas ilegais contra a sua pessoas, sem que haja qualquer tipo de comprovação acerca de que tenha cometido o delito ora imputado a ele.

3.2 AS GARANTIAS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Princípio da Presunção de Inocência é, claramente, uma garantia constitucional que visa a proteção do acusado contra decisões ilegais das autoridades ou demais efeitos que possam violar a sua esfera individual de maneira que cause algum dano.

Esse princípio determina que alguém só pode ser considerado culpado após ter contra si proferida uma sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, alguém só poderia ser considerado culpado após o fim de um processo

criminal em que tenha sido condenado pelo crime e que não caiba mais recurso modificativo da decisão.

Sobre a presunção de inocência, alude Choukr (1999, 27):

> Considerando a presunção de inocência como uma regra de tratamento, uma orientação política que se consubstancia em um direito público subjetivo, uma presunção constitucional relativa no sentido da não-culpabilidade até que se demonstre cabalmente o contrário, entendemos superada a polêmica acerca da sua admissibilidade.

Assim, a admissibilidade da presunção de inocência no ordenamento brasileiro é clara, tendo em vista que se trata de garantia fundamental elencada pela própria Constituição Federal, sendo que, do mesmo modo, a sua aplicabilidade garante ao acusado um tratamento que faça garantir os seus direitos durante todo o processo, como se inocente fosse.

Nesse sentido, fica proibido que a autoridade realize procedimentos que venham a ferir os direitos fundamentais dos acusados em geral, tendo em vista que devem ser tratados como inocentes até o final do processo, devendo ser a eles garantidos integridade física e psíquica, e, além disso, deve ser feita a garantia de sua honra e imagem para que não se tenha uma equivocada ideia de culpabilidade precipitada de sua pessoa.

Assim, o Estado deve atuar de maneira equilibrada nas investigações policiais, ou seja, deve visar a proteção da segurança social, mas não pode sobrepujar direitos individuais na investigação, tendo em vista todas as garantias previstas na Constituição Federal, conforme entende Capez (2009, p. 257):

> De um lado, o operador do direito depara-se com o comando constitucional que determina ser a segurança pública dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio por meio dos órgãos policiais (CF, art. 144); de outro lado, do Texto Constitucional emanam princípios de enorme magnitude para a estrutura democrática, tais como o da dignidade humana e presunção de inocência, os quais não podem ser sobrepujados quando o Estado exerce a atividade policial.

Esse entendimento é apresentado pela teoria clássica do Direito Penal, conforme explica Grinover (1982, p. 28):

> A lei do processo é o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre direitos fundamentais e suas garantias. Segundo a teoria dualista da escola clássica, o processo penal tende a dois extremos: de um lado, o interesse público à repressão do crime e, de outro, o do indivíduo ao reconhecimento de sua inocência. A escola clássica não tentou conciliar este dualismo, mas antes o acentuou, fixando no reconhecimento desses dois interesses – e no prevalecimento do segundo – o princípio filosófico do processo penal, do qual derivava todo e qualquer corolário (presunção de inocência, método probatório em sua funçao garantia, princípio do contraditório, etc).

Nesse sentido, o Estado não pode, ao tentar concretizar a punição de algum crime realizado ferir as garantias e direitos individuais do acusado para tentar chegar ao final do processo, pois, a garantia da presunção de inocência faz com que o acusado seja tratado como se inocente fosse durante toda a persecução penal para garantir uma melhor conciliação dos dois fatores inerentes a atuação da autoridade policial: 1) A Busca pela proteção da sociedade, evitando que a prática de delitos seja rotineira; e, 2) A garantia dos direitos fundamentais do indivíduo, precipuamente o seu direito a presunção de inocência, ou, de não culpabilidade.

Isso faz com que o princípio da presunção de inocência seja de grande importância na proteção dos direitos dos acusados durante o processo penal, bem como uma harmonização entre todos os princípios inerentes ao processo penal como é o caso da Verdade Real, do Devido Processo Legal, entre outros, conforme alude Delmanto (2001, p. 65):

> Harmonizam-se o princípio do favor libertatis, inerente a toda e qualquer sociedade civilizada; a função do processo penal, que busca não só viabilizar a descoberta da verdade e a consequente individualização do direito de punir, mas, sobretudo, resguardar a dignidade dos acusaddos e, por via reflexa, legitimar e dignificar o próprio Poder Judiciário; e a presunção de inocência, como pano de fundo, orientação ultima ao legislador ordinário e aos Tribunais, que serve de embasamento e vem reafirmar a função do processo penal, cujo fundamento é a tutela da liberdade, conferindo a todos o direito público subjetivo a tratamento compatível com a presunção legal de inocência até que se declare o contrário, através de decisão condenatória transitada em julgado, proferida com observância do devido processo legal.

O mesmo autor, ainda assevera (2001, p. 64):

> Nesse contexto, negar o direito a presunção de inocência significa negar o próprio processo penal, já que este existe justamente em função da presunção de inocência, afigurando-se, em um Estado Democrático de Direito, como único instrumento de que dispõe o Estado para, legitimamente, considerar uma pessoa culpada.

É por esse motivo, ainda, que cabe ao Ministério Público produzir as provas para que o Juiz, mediante seu livre convencimento motivado, considere o acusado culpado, sendo que, o acusado não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, conforme estabelece a própria legislação brasileira como sendo mais uma de suas garantias durante o processo penal.

Sobre isso, explica Camargo (2005, p. 139):

> Não obstante, reconhece-se que a prova da culpabilidade do indivíduo cabe exclusivamente ao órgão de acusação, já que o acusado não pode ser obrigado a produzir provas que deponha contra sua inocência, nem tampouco refutar as provas apresentadas pela acusação, regras que compõem o chamado direito ao silêncio.

Essas garantias fazem com que a persecução penal seja conduzida de uma maneira a respeitar a integridade da imagem externa do acusado, fazendo com que ele não tenha violado a sua imagem de inocente perante a sociedade e perante si mesmo, ou seja, subjetivamente.

Isso faz com que a presunção de inocência seja tão importante para o ordenamento brasileiro, pelo fato de que uma decisão tomada equivocadamente pode prejudicar infinitamente a vida do indivíduo, sendo que posteriormente ele poderia absolvido, fazendo com que o prejuízo a ele causado não tenha possibilidade de ser reparado.

Sobre essa aplicação do Princípio da Presunção de Inocência no decorrer da persecução penal, explica Badaró (2003, p. 284-285):

> [...] a presunção de inocência funciona como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado. São manifestações claras deste último sentido da presunção de inocência a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal.

Por isso, uma série de princípios do processo penal brasileiro tem relação com o princípio da presunção de inocência, sendo que eles devem ser aplicados

conjuntamente para concretizar as garantias constitucionais do acusado durante a persecução penal, fazendo com que o Estado busque de maneira mais eficaz a concretização e a repressão aos crimes praticados, sem que, ao mesmo tempo, fira as garantias individuais do indivíduo que está sendo increpado.

3.3 AS PRISÕES CAUTELARES E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Princípio da Presunção de Inocência, como visto anteriormente, garante que o acusado seja tratado como inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória contra sua pessoa, fazendo com que ele tenha grandes garantias que impeçam decisões ilegais contra ele durante a persecução penal.

Acontece que, durante o processo penal, ou até mesmo na fase de investigação policial, podem ocorrer algumas circunstâncias que ensejem a prisão do acusado antes de sentença penal condenatória transitada em julgado. Essas prisões são chamadas de “cautelares”, tendo em vista que geralmente ocorrem com o intuito de garantir a eficácia da persecução penal com o fundamento de que a liberdade do acusado poderia acarretar algum prejuízo para as investigações ou para o andamento do processo.

Sobre isso, explica Mirabete (2006, p. 361):

> Rigorosamente, no regime de liberdade individuais que preside o nosso direito, a prisão só deveria ocorrer para o cumprimento de uma sentença penal condenatória. Entretanto, pode ela ocorrer antes do julgamento ou mesmo na ausência do processo por razões de necessidade ou oportunidade. Essa prisão se assenta na Justiça Legal, que obriga o indivíduo, enquanto membro da comunidade, a se submeter a perdas e sacrifícios em decorrência da necessidade de medidas que possibilitem ao Estado prover o bem comum, sua última e principal finalidade.

Sobre a existência de um tipo de prisão antes da sentença penal condenatória e sem existência de pena, explica Tourinho (2006, p. 392):

> [...] a prisão como pena,ou prisão-sanção, isto é, a decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível, utilizada como meio de repressão aos crimes e contravenções, e a prisão sem o caráter de

> pena, também conhecida sob a denominação genérica de prisão sem pena.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro admite que, em alguns casos, o indivíduos seja preso antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, desde que preenchidos os requisitos para a determinação de uma hipótese de prisão cautelar.

Isso se dá pelo fato de que o fundamento principal das prisões cautelares não é punir o acusado, mas sim buscar uma melhor aplicação da lei penal e um melhor andamento do processo. Ou seja, a prisão cautelar não está fundamentada em possibilidade de condenação ou não do acusado, e sim na eficácia do processo criminal, tendo em vista que se trata de uma prisão com intuito meramente processual.

Sobre o Caráter meramente processual das Prisões Cautelares, explica Afrânio Silva Jardim (2007, p. 245):

> (...) a prisão provisória em nosso direito tem a natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final, bem como a possibilidade regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela.

Nesse mesmo sentido, assevera Mirabete (2000, p. 42): "*Aliás, a prisão provisória é admitida pela carta magna quando prevê os institutos processuais da prisão em flagrante e por mandado judicial (art. 5º, LXI), da liberdade provisória com ou se fiança (art. 5º, LXVI), etc.*". Ou seja, o entendimento unificado dos doutrinadores é no sentido de que o ordenamento brasileiro entende que as prisões provisórias não ferem o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que são elencadas tanto na própria Constituição Federal, como nos diplomas criminais brasileiros.

Sobre isso, complementa Mirabete (2000, p. 42)

> Em decorrência do princípio do estado de inocência deve-se concluir que: a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou coveniência, segundo estabelece a lei processual; b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar a sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a

> convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito de sua culpa (in dubio pro reo)".

Assim, uma das características da prisão cautelar é a necessidade de que haja uma urgência na sua instituição e que a sua não decretação possa gerar algum prejuízo para o andamento do processo penal ou para a aplicação de uma futura penalidade que possa ser importa pelo Estado, conforme explica Marques (2000, p. 23-24):

> A prisão cautelar tem por objeto a garantia imediata da tutela de um bem jurídico para evitar as consequências do periculim in mora. Prende-se para garantir a execução ulterior da pena, o cumprimento de futura sentença condenatória. Assenta-se ela num juízo de probabilidade: se houver probabilidade de condenação, a providência cautelar é decretada a fim de que se não frustre a sua execução e cumprimento

Diante disso, as prisões cautelares não ferem o princípio da presunção de inocência no ordenamento brasileio, sendo plenamente possível a sua decretação desde que presentes os seus requisitos autorizadores, conforme cada caso concreto e pelos requisitos apresentados pelo direito brasileiro. Vale ressaltar, de outro ponto, que as prisões cautelares do direito penal brasileiro podem ser: 1) Prisão em Flagrante; 2) Prisão Temporária; e, 3) Prisão Preventiva.

3.3.1 Prisão em Flagrante

A Prisão em Flagrante é uma das possibilidades de prisão a ser realizada antes da sentença penal condenatória e consiste na prisão de um indivíduo que esteja cometendo um delito ou tenha acabado de cometê-lo, sendo que o Código de Processo Penal elenca a prisão em flagrante em seu artigo 302, trazendo, inclusive, as possibilidades em que o indivíduo se encontra em flagrante, in verbis:

> 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.

Diante disso, o Código Penal previu quatro hipóteses em que o sujeito estaria em flagrante delito e, por conseguinte, autorizaria que fosse realizada sua prisão em flagrante, sendo elas: 1) Nos casos em que os sujeitos for surpreendido no momento em que pratica uma infração penal; 2) Nos casos em que o sujeito for surpreendido quando acaba de cometer a infração penal; 3) Nos casos em que o autor da infração é perseguido, logo após a prática do delito, em situação que se faça presumir que foi ele o autor da infração penal; e, 4) Por fim, quando o sujeito é encontrado, logo depois de uma infração penal, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir que ele seja o autor da infração criminal.

Sobre a prisão em flagrante, explica Tourinho Filho (2006, p. 438):

> Hoje, entre nós, a prisão em flagrante justifica-se como salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria [...] Se na flagrância há manifesta evidência probatória quanto ao fato típico e sua autoria, justifica-se a detenção daquele que é surpreendido cometendo a infração penal, a fim de que a autoridade competente, com presteza, possa constatar a realidade fátiva, colhendo sem tardança a prova da infração.

Vale ressaltar, que de acordo com a maneira em que o flagrante ocorre ele recebe diversas classificações pela doutrina brasileira, sendo que, de acordo com as modalidades previstas do Código de Processo Penal, o ordenamento brasileiro admite a realização de 3 tipos de flagrantes: O Flagrante Próprio, o Flagrante Impróprio e o Flagrante Presumido.

O Flagrante Próprio se configura nas hipóteses dos inciso I e II do art. 302 do CPP, ou seja, ocorre quando o flagrante é realizado no momento em que o indivíduo realiza o delito e, por conta do flagrante, ele não consegue ir até o final em sua execução, sendo que, do mesmo modo, o flagrante é próprio quando o sujeito é prontamente surpreendido quando acaba de cometer o fato delituoso. Esse tipo de flagrante é o mais famoso socialmente, pois é aquele em que a autoria delituosa se torna inequívoca, tendo em vista que o agente é pego no momento em que se encontra praticando o delito.

O Flagrante Impróprio é aquele em que o indivíduo é perseguido logo após a prática de um fato criminoso em uma situação em que se faça presumir que ele é o autor da referida infração penal, conforme elencado no inciso III, do art. 302, do Código de Processo Penal. Nesses casos, não existe uma total certeza da

autoria delituosa, mas existe uma presunção de autoria por parte do sujeito que é imediatamente perseguido após a prática do ato e, quando capturado, a situação como um todo faz presumir ser ele o autor do crime.

Sobre a impropriedade do flagrante nesses casos, explica Nucci (2006, p. 551):

> Note-se que a lei faz uso da expressão ‘em situação que faça presumir ser autor da infração’, demonstrando, com isso, a impropriedade do flagrante, já que não foi surpreendido em plena cena do crime. Mas, é razoável a autorização legal para a realização da prisão, pois a evidência da autoria e da materialidade mantém-se, fazendo com que não se tenha dúvida a seu respeito.

Por fim, o Flagrante Presumido ocorre nos casos em que o indivíduo é encontrado, segundo o inciso IV do art. 302 do CPP, logo após a ocorrência de um delito, com armas, instrumentos, objetos ou papéis que façam presumir que foi ele quem praticou o ato delituoso. Nesses casos, o flagrante é presumido pelo fato de que os objetos encontrados com o indivíduo fazem presumir que le praticou o ato criminoso, por exemplo, uma pessoa é assassinada com um pedaço de madeira, e, logo após, o indivíduo é encontrado e em seu carro tem um pedaço de madeira sujo de sangue, neste caso, mesmo não existindo a certeza de que foi ele quem praticou a ação, o objeto encontrado em seu veículo faz presumir que o delito foi praticado por ele.

Vale ressaltar que a prisão em flagrante pode ser realizada tanto pela autoridade policial como pelo ofendido, mas, além disso, a prisão em flagrante pode ser realizado por qualquer indivíduo da sociedade, tendo em vista que é um meio de defesa necessário para manter a ordem social como um todo e todos tem o direito de fazer cessar uma prática criminosa que presenciarem.

3.3.2 Prisão Temporária

A Prisão Temporária está prevista na Lei 7.960/89, e é uma medida que pode ser decretada durante a fase de investigação policial em crimes que são considerados mais graves previstos no próprio rol elencado pela lei da prisão temporária. Sobre a prisão temporária, explica Nucci (2014, p. 421):

> É uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave. Está prevista na Lei 7.960/89 e foi idealizada para substituir, legalmente, a antiga prisão para averiguação (ver destaque abaixo), que a polícia judiciária estava habituada a realizar, justamente para auxiliar nas suas investigações. A partir da edição da Constituição de 1988, quando se mencionou, expressamente, que somente a autoridade judiciária, por ordem escrita e fundamentada, está autorizada a expedir decreto de prisão contra alguém, não mais se viu livre para fazê-lo a autoridade policial, devendo solicitar a segregação de um suspeito ao juiz.

Nesse sentido, a Prisão Temporária é uma modalidade de prisão cuja finalidade é garantir uma eficaz investigação policial, ou seja, é garantir que a investigação policial seja feita da maneira mais eficiente possível e sem que haja nenhuma interferência do investigado que possa acarretar em uma perca na busca da verdade real dos fatos.

Diante disso, a prisão temporária somente pode ser decretada durante a fase das investigações policiais e nunca durante a fase da ação penal, tendo em vista que trata-se de um instrumento exclusivo da fase investigatória.

4 DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS TERMOS DO HC Nº 126.292 E DO NOVO (VELHO) ENTENDIMENTO PERANTE AS ADCs 44, 45 E 54.

Como apresentado nos capítulos anteriores, o princípio da presunção da inocência é previsto constitucionalmente e determina que, em linhas gerais, ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de Sentença Penal Condenatória, ou seja, segundo esse referido princípio, uma pessoa somente poderá ser considerada culpada quando esgotados todos os meios recursais para a sua defesa e a decisão de mérito não mais tiver possibilidade de ser modificada por recursos.

Porém, vimos também que, em alguns casos, as prisões não são consideradas como violadoras do princípio da presunção de inocência, essas prisões são aquelas chamadas de “prisões cautelares” que podem ocorrer durante o processo de apuração dos atos praticados. Diferentemente das prisões cautelares, as “prisões penas” são aquelas que somente serão cumpridas quando respeitado o princípio da presunção de inocência, pois um indivíduo somente poderá começar a cumprir a pena quando efetivamente tiver comprovada a sua culpabilidade.

Acontece que, nesses casos de aplicação de prisão com caráter de pena o entendimento do STF era totalmente pela impossibilidade de aplicação de pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme foi julgado no ano de 2009, no julgamento do HC nº 84.078-7, onde foi adotada a tese de que seria impossível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Sob a Relatória do Ministro Eros Grau, a corte julgou o seguinte:

> HABEAS CORPUS. **INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”.** ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 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”. (...) 3. A prisão antes do trânsito em

> julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. **4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. (...)** 6. 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 subseqüentes 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. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], **o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil.** Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. 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 (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). 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.

No julgamento do HC 84.078-7 no ano de 2009, o STF entendeu pela impossibilidade de aplicação da tese de execução provisória da pena sob o fundamento de que estaria violando flagrantemente o que está disposto na

Constituição Federal de 1988, no que tange ao princípio da presunção de inocência de maneira a vedar a sua aplicação no Brasil.

No julgamento, a corte entendeu que a aplicação da execução provisória da pena violaria de maneira clara o direito de ampla defesa, por alguns motivos: 1) A ampla defesa engloba a possibilidade de que o acusado tem de possibilitar a modificação do entendimento dos julgadores e, portanto, a execução provisória da pena daria uma ideia de culpado para o acusado o que dificultaria de maneira exorbitante a possibilidade de modificação do entendimento dos julgadores; e, 2) Afetaria também a igualdade entre as partes, ora, se todo o processo penal brasileiro é vinculado a ideia de que existe uma presunção de inocência do réu, a aplicação de uma prisão pena antes de esgotadas as esferas recursai colocaria que a balança estaria no intuito da condenação e não da verdade real.

Esse entendimento tomado pelo STF veda as prisões como execução provisória da pena, ou seja, não viola a possibilidade de prisão, após a sentença em 2ª instância, de caráter cautelar do acusado, desde que cumpridos os requisitos legais para a referida prisão cautela. Pois, isso não violaria a presunção de inocência, mas a aplicação provisória da pena antes do encerramento do processo violaria esse princípio, segundo o entendimento tomado pelo STF no ano de 2009.

Nesse sentido, pontuou em seu julgamento, o Ministro Eros Grau:

> A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. Lembro, a propósito, o que afirma Rogério Lauria Tucci, meu colega de docência na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: “o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva

A corte optou no julgamento do referido HC a respeitar estritamente os termos da Constituição Federal de 1988 e garantir a aplicação ampla ao princípio da presunção de inocência no intuito de evitar inconstitucionalidades que poderiam ser causadas por julgamentos determinando a prisão de indivíduos após decisões proferidas em sede recursal nos múltiplos tribunais brasileiros e fixar a tese pela impossibilidade da execução provisória da pena como relativização do princípio da presunção de inocência.

É o que podemos perceber de um dos trechos do julgamento do Ministro Eros Grau:

> 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

Assim, a corte buscou sedimentar o entendimento que melhor se aplicaria a conjectura do processo penal brasileiro com o intuito de garantir o respeito a Constituição Federal e um de seus princípios mais importante no âmbito processual penal brasileiro, que é a presunção de inocência e o seu principal objetivo de proteger os acusados das arbitrariedades que podem ser ocasionadas por decisões equivocadas.

4.1 A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STF NO HC Nº 126.282/SP

O entendimento do STF sobre a aplicação da tese de execução provisória da pena como uma relativização do princípio da presunção de inocência foi sedimenta no ano de 2009 no julgamento do HC nº 84.074-7, o que impossibilitava a aplicação de penas de caráter punitivo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas possibilitava, ainda, a aplicação de penas de caráter cautelar, desde que respeitados os requisitos das diversas penas cautelares existentes no Processo Penal Brasileiro.

Porém, a corte Suprema brasileira modificou o seu entendimento novamente no ano de 2016 em um novo Habeas Corpus, dessa vez o de nº 126.282/SP que ficou muito famoso na época e gerou diversas discussões dos juristas brasileiros sobre ele, principalmente por ser uma inovação tremenda na referida matéria e passar a aceitar o entendimento de que é possível a execução provisória da pena após o julgamento de recurso em sede de tribunal de segunda instância antes mesmo do trânsito em julgado da decisão condenatória e ainda passível de recursos.

Assim, no referido julgamento, o STF passou a acolher a tese pela possibilidade de execução provisória da pena a partir do julgamento de acórdão condenatório proferido em grau de apelação por tribunal competente, como verifica-se da ementa do referido julgamento:

> CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. **A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.** 2. Habeas corpus denegado.

Do referido julgamento pode-se tirar alguns pontos específicos: 1) A corte modificou o seu entendimento a partir de um novo posicionamento, mudando a sua tese anterior e passando a aceitar a possibilidade de execução provisória da pena quando se tratar de um acórdão proferido em grau de apelação por tribunal competente, ou seja, o STF criou um precedente para a aplicação de uma relativização do princípio constitucional da presunção de inocência para possibilitar a tese anteriormente indeferida pela própria corte; 2) É necessária que o acórdão passível de execução provisória seja proveniente de um julgamento em grau de apelação, ou seja, não será possível a execução provisória da pena de sentenças proferidas em 1º por Juiz com competência criminal e, do mesmo modo, não será possível execução provisória de acórdãos proferidos em casos de competência originária de tribunal, pois o entendimento do STF não abarca essas hipóteses; e, 3) É possível essa execução provisória da pena ainda que sejam cabíveis Recurso Especial ou Extraordinário do referido acórdão, ou seja, o acusado irá responder posteriores recursos já cumprindo a sua pena de maneira provisória em estabelecimento prisional.

O referido julgamento pelo Supremo Tribunal Federal tem como base o embate entre o princípio da presunção de inocência penal com a efetividade da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário brasileiro, e durante todo o período em que vigorou o entendimento anterior do STF as teses contrárias sempre estiveram com força nas causas decididas pela corte suprema, o que tornou o tema bastante relativo e, por isso, necessitando de uma nova decisão em plenário, mas, dessa vez, no sentido inverso da anterior.

O relator do referido julgamento foi o Ministro Teori Zavascki, que elencou em seu voto:

> Em diversas oportunidades – antes e depois dos precedentes mencionados –, as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário (...).

Assim, segundo o relator do feito o entendimento do STF sobre a tese foi se modificando com o tempo para chegar ao entendimento tomado no HC em pauta, o que possibilitou uma modificação no entendimento anteriormente tomado pela corte Suprema. A partir desse entendimento, passou-se a ter como principal a tese pela possibilidade de execução provisória da pena como uma hipótese de relativização do princípio da presunção de inocência no direito brasileiro a partir do novo entendimento do STF.

Para o Ministro Relator, por ser um princípio, a presunção de inocência deve ser relativizada conforme o caso, tendo em vista que nenhum princípio deve ser aplicado de maneira absoluta, mas deve haver uma ponderação para a aplicação dos princípios existentes no nosso sistema processual e constitucional brasileiro (BRASIL, 2016, p. 11):

> Considerando-se que a Constituição Federal não interdita a prisão anteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória, é necessário indagar quais os fundamentos constitucionais para impor a privação de liberdade após a confirmação da sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdição.

Assim, o Relator entendeu em sua tese principal que a relativização do princípio da presunção de inocência deveria ser levado em consideração no caso concreto e não poderia haver uma determinação absoluta pela impossibilidade da execução provisória da pena.

Assim, continua seu voto (BRASIL, 2016, p. 11-12):

> Os direitos ou garantias não são absolutos11, o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes, principalmente quando veiculados sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência. As regras são normalmente relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Sua aplicação

> se opera, assim, na modalidade “tudo ou nada”: ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida.

Diferente das determinações contidas em normas, os princípios tem a sua aplicação regulada pelo grau de compatibilidade com o caso concreto que é apresentado pela ponderação feita pelo aplicador do direito ou, nos casos dos tribunais, pelo colegiado. Diante desse entendimento, a possibilidade de execução provisória da pena como possibilidade deveria ser estudada caso a caso para se ter pela sua aplicabilidade ou não em face as peculiaridades de cada caso, sendo que a decisão ficará a cargo da ponderação dos princípios constitucionais para o caso concreto.

Ainda nesse sentido, levando em consideração que deverá haver a ponderação na aplicabilidade da execução provisória da pena, asseverá o relator do caso (BRASIL, 2016, p. 16):

> Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado.

Conforme preza o seu entendimento principal, o relator optou por defender a tese de que o princípio da presunção de inocência poderia ser relativizado para possibilitar a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de acórdão condenatório proferido em grau de recurso de apelação. Mas, também elucidou a possibilidade de que um eventual recurso ou um HC possa garantir um efeito suspensivo ao acórdão proferido, impossibilitando a execução provisória da decisão. Isso deverá ser analisado caso a caso, para chegar a uma melhor ponderação dos princípios aplicados ao feito.

Outro Ministro que defendeu a execução provisória da pena no sentido de relativização do princípio da presunção de inocência foi o Ministro Edsaon Fachim (BRASIL, 2016):

> Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado

No entendimento no Ministro Fachim, a aplicação da execução provisória da pena como uma relativização do princípio da presunção de inocência tem um grande poder de diminuir os recursos interpostos de maneira meramente protelatória pelo acusado com o intuito somente de postergar o seu cumprimento da pena. Vejamos, se fosse aplicada a tese de absoluta presunção de inocência do Brasil, o acusado poderá se fazer valer de diversos instrumentos meramente protelatórios e que dificilmente irão ocasionar a modificação do entendimento da decisão proferida anteriormente para o seu caso. No seu voto, o Ministro Fachim elenca os casos de Embargos Declaratórios que são amplamente utilizados pelos acusados com o intuito de postergar os efeitos de uma condenação criminal e que, raramente, ocasionam a modificação da decisão proferida em juízo.

Por fim, vale analisar o entendimento do Ministro Luís Barroso sobre o caso em estudo (BRASIL, 2016):

> No sistema processual penal brasileiro, a prisão pode ser justificada mesmo na fase pré-processual, contra meros investigados, ou na fase processual, ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa. E isso não esvazia a presunção de não culpabilidade: há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.) e os efeitos penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.). Assim sendo, e por decorrência lógica, do mesmo inciso LXI do artigo 5º deve-se extrair a possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente.

Para o Ministro Barroso, como verifica-se de seu voto, a possibilidade da execução provisória da pena deve existir com base na possibilidade de prisão cautelar ainda na fase pré processual, ou seja, já que seria possível a prisão de meros investigados, como ele mesmo elenca em seu voto, deve ser possibilitada a ocorrência da prisão de condenados em segunda instância pelo fato de que isso não desvirtuaria o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que diversos

outros efeitos condenatórios ainda permaneceriam inaplicáveis ao acusado enquanto não ocorresse o trânsito em julgado da decisão.

Portanto, a decisão proferida no HC nº 126.282/SP pelo STF definiu um novo entendimento pela corte, qual seja, a possibilidade da execução provisória de acórdãos proferidos em sede apelação antes do trânsito em julgado e, mesmo que, ainda passíveis de recurso especial ou extraordinário.

4.2 CRÍTICAS AO ENTENDIMENTO DO STF E UMA NOVA MODIFICAÇÃO.

Diante da modificação ocorrida no entendimento do STF sobre a possibilidade da execução provisória da pena como uma relativização do princípio da presunção de inocência, diversas críticas surgiram sobre o entendimento do STF, principalmente no sentido de defender o direito dos acusados a presunção de inocência constante na própria Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, mesmo antes da decisão proferida pelo STF sobre a possibilidade de execução provisória da pena, já aludia Pacelli (2015, p. 606):

> O problema no processo penal é que, ao contrário do juízo cível, no qual a execução provisória penal não contempla semelhante possibilidade. Uma vez executada, o provimento do recurso ou a concessão de habeas corpus (que, aliás, são muito frequentes) nada poderá fazer em relação ao tempo de encarceramento provisório.

Segundo o entendimento de Pacelli, a execução provisória não te vez no Processo Penal e isso ocorre por um motivo simples, caso o réu seja posteriormente absolvido como será restituído a ele o período em que passou preso cumprindo provisoriamente uma pena que nunca existiu. Em relação as prisões de caráter cautelar não há que se falar em contrapartida para o tempo que o acusado passou preso, tendo em vista que o motivo da prisão não foi a condenação do acusado, mas sim uma das hipóteses em que se enquadrou o caso nas possibilidades de decretação de prisão cautelar do feito.

Porém, já em relação a execução provisória da pena, é necessário o estudo acerca dos efeitos dessa execução provisória, pois, incontestavelmente, nesses casos, o acusado estará cumprindo a pena do crime. E caso ele seja posteriormente absolvido no recurso interposto, o período que ele passou preso cumprindo uma pena que não existe será restituído a ele pelo Estado ou ele perderá

esse tempo de sua vida pela simples vontade que o Estado tem de punir um indivíduo sem ter a certeza de sua condenação.

Outro grande problema apresentado pelos críticos da tese do STF sobre a possibilidade de execução provisória da pena é justamente a superlotação do sistema carcerário brasileiro que, antes mesmo dessa decisão, já é um sistema que enfrenta problemas gritantes em praticamente todos os presídios brasileiros e a decisão poderia, mesmo sendo um caso específico, acentuar ainda mais esses problemas.

Porém, no final de 2019 um novo entendimento pairou sobre o STF, vale ressaltar que é um novo entendimento só pela data, mas o entendimento é antigo nas decisões proferidas pela corte no sentido de vedar a relativização do princípio da presunção de inocência e barrar a execução provisória da pena após acórdão proferido em sede de apelação, conforme era anteriormente defendido pelo STF.

Esse entendimento foi proveniente do julgamento das ADC's 43, 44 e 54, que tinham como relator o Ministro Marco Aurélio que, em seu voto, elencou o seguinte (BRASIL, 2019):

> […] a Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender.

Ainda seguiu explicando (BRASIL, 2019):

> Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, mediante a lei 12.403/11, limitou-se a concretizar, no campo do processo, garantia explícita da lei Maior, adequando-se à compreensão então assentada pelo próprio Supremo.

Nesse sentido, o Ministro entendeu, ao julgar as ADC's, pela constitucionalidade do art. 283 do CPP de maneira ampla, ou seja, pela necessidade de uma aplicação ampla do princípio da presunção de inocência no direito brasileiro para tentar garantir a busca pela verdade real no processo penal e a imparcialidade de julgamento com o efetivo respeito a Constituição Federal de 1988.

Cumpre ressaltar a redação do art. 283 do CPP:

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

Ainda sobre o tema o entendimento do Ministro é de que o julgamento ocorrido anteriormente no STF (tese referente a possibilidade de execução provisória da pena) deu a presunção de inocência um conceito áquem do que é determinado pela Constituição Federal e possibilitou o julgamento de casos com base no entendimento inconstitucional de que a presunção de legitimidade poderia ser relativizada para buscar uma execução provisória da pena.

Assim, a decisão proferida nas referidas ADC's trouxe de volta o entendimento anteriormente defendido pelo STF, mas que tinha sido rechaçado em 2016, pela impossibilidade de execução provisória da pena após decisão tomada em sede de apelação por tribunal competente, antes mesmo do trânsito em julgado do julgamento.

Portanto, o entendimento atual do STF é no sentido de garantir a impossibilidade de execução provisória da pena, pois seria inconstitucional tal entendimento face ao princípio da presunção de inocência constante na Constituição Federal de 1988 e que deve ser amplamente respeitado por todas as esferas de poderes, não sendo diferente no que tange a aplicação do processo penal no âmbito do poder judiciário, visto que tem como principal objetivo a busca pela verdade real dos casos e não a busca pela condenação de um indivíduo antes do trânsito em julgado do processo.

Após a nova interpretação do STF ser colocada no mundo Jurídico muitos presos provisórios que tinham sido encarcerados durante a vigência do entendimento anterior foram colocados em liberdade de maneira justa, tendo em vista a mudança de entendimento do STF para vedar esse tipo de prisão no processo penal brasileiro, dentre esses indivíduos está o Ex-Presidente da República "Lula".

Ocorre que, com a decisão do Supremo Tribunal Federal impossibilitando a execução provisória da pena, os presos que tiveram as suas prisões decretadas com base no entendimento anterior ganharam o direito de ficar em liberdade pela nova interpretação (salvo se estiverem presos por outros motivos) o que possibilitou que a defesa de todos eles impetrassem Habeas Corpus para garantir a sua

liberdade de locomoção junto ao tribunal competente, garantindo assim a aplicação isonômica do entendimento do STF.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar o princípio da presunção de inocência no direito brasileiro com base no disposto na Constituição Federal e 1988 e nas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede dos Habeas Corpus nº 84.078-7/MG (Que determinou a impossibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de decisão penal condenatória), nº 126.292/SP (que julgou possível a execução provisória da pena com base na possibilidade de relativização do princípio de presunção de inocência por se tratar de uma variante em relação de caso a caso) e das ADC's 43, 44 e 54 (Em que o STF voltou a adotar o posicionamento pela impossibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória).

Além disso, o trabalho buscou traçar uma linha em todo o arcabouço jurídico que entorna processo penal brasileiro e o princípio da presunção de inocência, passando pela sua evolução história no decorrer dos anos e a sua disciplina no direito brasileiro como utilização dos diversos sistemas penais existentes com o objetivo de demonstrar que a decisão tomada pela Suprema se mostra acertada, mesmo tendo passado por diversas etapas de entendimento, indo e voltando na sua tese, o STF adotou a teoria mais acetada para o caso, tendo em vista a prevalência do direito referente a presunção de inocência do acusado em detrimento da possibilidade de relativização de um preceito Constitucional, acontece que a execução provisória iria feria a própria Constituição Brasileira ou possibilitar uma punição a um indivíduo que não foi julgado de maneira correta e completa pela autoridade judiciária.

A presunção de inocência é um instituto que sempre esteve atrelado a Constituição Federal de 1988, pois é uma das normas constitucionais originárias previstas na referida carta magna, tendo ganhado espaço, inclusive no Código de Processo Penal, pela Lei nº 13.964/2019, tendo em vista que processo penal brasileiro foi concebido com o entendimento de preservar a busca pela verdade real durante toda a empreitada processual e para isso é necessário que haja uma presunção de inocência forte em relação ao acusado, caso contrário, as partes estariam tendentes a aplicar a pena aquele indivíduo que está sendo acusado mesmo que injustamente, mas, com o passar do tempo, o direito evoluiu em todas as suas esferas e ganhou novos entendimentos e interpretações.

Acontece que, com o advento da Constituição de 1988, todos os direitos fundamentais passaram a ter o mesmo valor no ordenamento nacional, ou seja, não existe direito absoluto, sendo que todos os direitos fundamentais devem ser respeitados pela sociedade. Mas, em alguns casos pode ser que ocorra uma colisão entre direitos fundamentais ocasionando um certo empasse na legislação, mas, nestes casos, o aplicador do direito deve se utilizar da ferramenta de ponderação dos direitos fundamentais e decidir qual deve prevalecer em casos daquele tipo.

Nesse caso, o entendimento do STF no Habeas Corpus nº 126.292/SP teve como fundamento principal a colisão de direitos fundamentais em que os Ministros da corte entenderam que: Seria possível a relativização da presunção de inocência e a possibilidade de execução provisória da pena em alguns casos pelo fato de ser garantida uma colisão entre o direito fundamental a presunção de inocência e a garantia pela busca pela efetividade jurisdicional na punição dos condenados.

Diante disso, o entendimento da corte nesse julgado foi no sentido de que a presunção de inocência não seria absoluta no Brasil, tendo em vista que deverão ser analisados os casos concretos para se ter o entendimento e a ponderação entre os direitos fundamentais a serem aplicados, não podendo existir uma determinação absoluta do que seria certo ou errado, e do que seria constitucional ou inconstitucional com base nos princípios existentes na Constituição, pois eles são aplicados de maneira ponderada e não absoluta.

Porém, esse entendimento foi novamente modificado pela corte suprema em sede das ADC's 43, 44 e 54, em que o STF entendeu pela impossibilidade de execução provisória da pena no sentido de que isso violaria expressamente a Constituição Federal e o princípio da presunção de inocência. Essa decisão é de grande importância para a disciplina processual penal em todo o Brasil, tendo em vista que modificou totalmente o cenário existente desde a decisão tomada em 2016 pelo próprio STF, possibilitando a soltura de quase cinco mil presos após a sua publicação, tendo em vista que a decisão foi proferida pelo maior órgão do judiciário brasileiro e que tem repercussão em todas as esferas jurisdicionais do território nacional.

Essa decisão foi tomada com base em vários fundamentos apresentados e tendo como objetivo garantir o respeito a Constituição Federal Brasileira, bem como a busca pela verdade real no Processo Penal Brasileiro, visto que se trata de

um conceito a ser aplicado de maneira a possibilitar ou não a prisão do indivíduo antes do trânsito em julgado de uma decisão condenatória.

O entendimento atual dos julgadores do STF, até hoje, é de que a relativização do princípio da presunção de inocência não é possível com base na determinação constitucional referente ao tema e de que não se pode relativizar um princípio com tamanha força para garantir a aplicação da persecução penal ao aplicar uma pena antes do trânsito em julgado de decisão condenatória, pois se isso é necessário existem os instrumentos de prisões cautelares previstas no ordenamento brasileiro que podem ser aplicadas antes mesmo do fim do processo e, em entendimento sedimento, não ferem o princípio da presunção de inocência desde que respeitem todos os requisitos a serem aplicados para os casos em que são cabíveis.

Nesse sentido, a corte analisou a colisão existente entre o direito fundamental do acusado (previsto na Constituição Federal de 1988) a sua presunção de inocência e a efetiva prestação jurisdicional pelo Estado, sendo que atualmente, como visto, prevalece o entendimento de que a prisão após julgamento em segunda instância não é possível com base a aplicação do princípio da presunção de inocência que prevalece, no caso concreto, em detrimento da efetiva prestação jurisdicional pelo estado que pode ser conseguida de outras maneiras que não ferindo um direito constitucional existente.

Esse entendimento, quando colocado em aplicação, possibilitou que todos aqueles que tinham sido presos sob o fundamento do entendimento tomado pelo STF no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP tivessem a possibilidade de serem colocados em liberdade, mas isso não se trata de um retrocesso para o processo penal brasileiro e sim um avanço no sentido de proteger o direito fundamental previsto na Constituição Federal brasileira de que todo o acusado tem o direito de somente ser considerado culpado após o trânsito em julgado de decisão penal condenatória, visto que o STF adotou anteriormente um posicionamento totalmente contrário as determinações contidas na CF e que gerou um dano imenso a todos aqueles que permaneceram presos em “cumprimento de pena” sendo que sequer as decisões proferidas contra eles transitaram em julgado.

Nesse sentido, impossibilidade de execução provisória da pena com fundamento no princípio da presunção de inocência não geraria uma maior impunibilidade dos criminosos pelo direito brasileiro, tendo em vista que ao final do

processo ele irá cumprir a sua pena e em casos que haja receio de fuga ou influência no resultado do processo, poderão ser utilizadas as hipóteses de prisões cautelares constante no CPP, pois todas elas são constitucionais e não violam o princípio da presunção de inocência.

De acordo os fundamentos da decisão tomada pelo STF, o entendimento atual do STF se mostra correto face a necessidade de que seja garantido ao acusado os meios para propiciar a sua defesa até o último momento cabível para se manifestar e influir na decisão dos julgadores, ou seja, se o acusado ainda tem a possibilidade de modificar uma decisão no processo não pode ser considerado culpado pelo simples fato de que a controvérsia sobre o fato ainda não foi resolvida e ele não pode ser punido por uma conduta que não foi comprovada completamente, é isso que se trata o princípio da presunção de inocência que foi corretamente defendido pelo STF.

Além disso, a garantia da aplicação da presunção de inocência aos acusados em geral garante uma imparcialidade de julgamento dos indivíduos e uma maior aplicação de princípios como contraditório e ampla defesa no que tange a necessidade de respeito aos direitos do acusado até o fim do processo e a sua possibilidade de influir na decisão do magistrado.

Por fim, cumpre ressaltar que, o princípio da presunção de inocência tem uma força tremenda para o processo penal brasileiro servindo como uma de suas bases para a busca dos direitos dos acusados frente a atuação impositiva do Estado para com eles na atuação nos processos penais em que o acusado é taxado como culpado pela sociedade desde as fases iniciais do procedimento, deve o Estado garantir que o indivíduo seja julgado de maneira correta e imparcial pelo seus representantes.

Desse modo, os fundamentos apresentados no entendimento atual do STF são totalmente compatíveis com o direito brasileiro, visto que se trata da busca pela proteção dos direitos fundamentais dos acusados em geral com o respeito ao princípio da presunção de inocência e a vedação a realização de execução provisória de pena após acórdão condenatória em sede de apelação.

Portanto, a última decisão fundamentada pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal traz argumentos fortes e necessários para a defesa dos diretos dos acusados, tendo em vista que a presunção de inocência é uma garantia inafastável de todos aqueles que são acusados, desde o início do processo até o seu final, não

sendo possível que haja uma relativização da inocência do acusado durante o curso do processo, se isso fosse possível não há que se falar em presunção de inocência no processo penal, assim, a presunção deve perdurar até o trânsito em julgado de decisão condenatória em processo penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios reitores. 1ª Ed. Porto Alegre: Juruá, 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Richi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 3ª Ed, Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015.

BATISTI, Leonir. Presunção de inocência: Apreciação Dogmática e nos Instrumentos Internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009.

BECCARIA, Cesare Bonessana. Dos delitos e das penas. Tradução : J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1999.

BRASIL. **Constituição (1988).** Texto Constitucional de 5 de outubro de 1998, com as alterações adotadas elas Emendas Constitucionais de n. 1, de 31.03.1992, a 57, de 18.12.2008; e pelas Emendas Constitucionais de Revisão de n. 1 a 6, de 1°.03 a 07.06.1994. 25 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2005.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/os-direitos-das-criancas-e-dos-adolescentes >. Acesso em: 15/05/2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal à Luz da Constituição. São Paulo: Edipro, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: Crítica à Teoria Geral do Processo Penal. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas e o Processo Penal: as interceptações telefônicas. 2. ed., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LOPES, Aury Jr. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARQUES, José Frederico. Elementos do Direito Processual Penal. 2. Ed. São Paulo: Millenium, 2000. MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 18. Ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

NETTO, José Laurindo Souza. Processo Penal – Sistema e Princípio.Curitiba:Juruá, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução penal. 2. Ed. rev. e atual. e ampl, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal: 19 ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2015.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015,

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 17. ed.Rio de Janeiro: Lúmen Júris,2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 33. ed. 3. V. São Paulo: Saraiva, 2011. ZILLI, Marcos. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 28. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.