

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

A NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO DECORRENTE DA
EXECUÇÃO “PROVISÓRIA” DA PENA

LUAN SHALITA SILVA ALVES OLIVEIRA

CARUARU

2019

LUAN SHALITA SILVA ALVES OLIVEIRA

**A NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO DECORRENTE DA
EXECUÇÃO “PROVISÓRIA” DA PENA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/ UNITA, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito, sob a orientação da Prof^ª. Mestranda Kézia Lyra.

CARUARU

2019

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	5
2. A PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	6
3. MODALIDADES PRISIONAIS	8
3.1 PRISÃO <i>AD POENAM</i>	8
3.2 DAS PRISÕES <i>AD CUSTODIAM</i>	9
3.2.1 PRISÃO EM FLAGRANTE	9
3.2.2 PRISÃO PREVENTIVA.....	12
3.2.3 PRISÃO TEMPORÁRIA	15
4. PRISÃO DECORRENTE DE ACÓRDÃO CONDENATÓRIO.....	17
5. NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO APÓS SEGUNDA INSTÂNCIA.....	20
CONSIDERAÇÕES FINAIS	25
REFERÊNCIAS	26
BIBLIOGRAFIA	26

RESUMO

O presente trabalho se propõe a tratar acerca das modalidades prisionais atualmente existentes no Brasil, cuja prisão está atrelada a preceitos constitucionais que autorizam sua prática em duas situações: a primeira, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, quando se dá cumprimento ao título executivo judicial; a segunda, quando compreende uma medida de natureza cautelar e, portanto, anterior ao trânsito em julgado da condenação, encontrando respaldo na ordem jurídica vigente quando imposta no intuito de assegurar elementos que possibilitem a desenvoltura adequada da persecução penal. O tema remete à discussão acerca das características de cada medida privativa de liberdade que pode ser adotada, sobretudo porque, somente a depender do momento e da necessidade, será possível verificar qual a modalidade prisional mais apta a atingir os objetivos do processo, respeitando-se as garantias e prerrogativas constitucionais que lhe são inerentes. O debate acerca do instituto permite compreender preceitos constitucionais fundamentais para a desenvoltura da marcha processual e para a configuração da não culpabilidade. Desse modo, pretende-se realizar uma análise sobre essas modalidades prisionais, procurando visualizar de que modo elas estarão em consonância com a ordem constitucional vigente e qual delas será a ferramenta mais eficaz em cada demanda.

Palavras-chave: Prisão cautelar; Prisão-pena; Condenação em 2ª instância; Princípio da não culpabilidade.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa debater acerca da natureza jurídica da prisão decorrente da execução provisória de decisão confirmada por juízo em segundo grau. Inicialmente, serão trabalhadas as modalidades prisionais reconhecidas pelo ordenamento no sentido de identificar quais são as suas principais características, o momento da persecução penal mais adequado para aplicá-las, os preceitos constitucionais que norteiam os institutos e quais são as autoridades legais constituídas que têm a incumbência de decretar as respectivas medidas restritivas.

A prisão, sem sombra de dúvidas, tem legitimidade constitucional, seja por dialogar com a necessidade de satisfazer-se um título judicial condenatório que decidiu acerca de uma demanda penal (prisão-pena); seja em caráter cautelar, quando adotada para assegurar a eficiência da persecução penal, que apresenta uma fase pré-processual, onde se inicia a colheita de provas por meio de determinados procedimentos – Inquérito Policial ou TCO – e a fase processual propriamente dita, onde se tem um órgão oficial de acusação (Ministério Público) que é o titular da respectiva ação penal pública, ou o Querelante, que titulariza a ação penal privada, sendo os instrumentos por meio dos quais se provoca o Estado-Juiz. No pólo passivo, tem-se respectivamente, denunciado e querelado, os quais, mediante o resguardo de seus direitos e garantias constitucionais deverão exercer seus respectivos direitos à ampla defesa e ao contraditório, devendo ser julgados pelo Estado-Juiz, já que, com o monopólio da jurisdição, é o titular o *jus puniendi*.

A utilização da medida que restringe a liberdade de locomoção do indivíduo nas demandas penais é perfeitamente plausível, desde que siga parâmetros constitucionais e legais, a fim de que seja uma ferramenta eficaz e apta a ensejar a solução ou o meio adequado de desenvolvimento da demanda, ou simplesmente para assegurar a proteção aos elementos probatórios relevantes ao inquérito ou ao processo.

A *posteriori*, discorre-se sobre a mudança de entendimento do STF acerca da possibilidade de executar a pena após a condenação em segunda instância, avaliando a decisão proposta em face do ARE nº964246/SP, e suas implicações quanto a existência desta modalidade prisional que causa um debate acadêmico acerca de qual será a sua respectiva natureza jurídica.

Por fim, será realizada a abordagem sobre a natureza jurídica da prisão decorrente da decisão condenatória de 2ª instância, avaliando e expondo as opiniões de diversos autores acerca deste instituto.

O tema será desenvolvido por meio da metodologia de revisão de literatura, construindo-se o texto por meio da pesquisa em livros, artigos qualificados e outros.

2. A PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de iniciar a exposição sobre os modelos prisionais brasileiros é preciso compreender o surgimento e a finalidade desse instituto que remonta a períodos bem antigos, já advertia Michel Foucault (1999, p. 13), ou seja, o cerceamento da liberdade do indivíduo como uma ferramenta de punição não é algo inovador, muito pelo contrário é corolário das sociedades mais antigas e está intrinsecamente vinculada ao convívio social, como também, o curso histórico aponta da saída de um período em que ocorre a vingança estatal ao criminoso como modalidade punitiva para uma prisão institucionalizada numa perspectiva processual estatal, que materializa a essência de que o homem obtendo certeza da punição legal será compelido a não delinquir. (FOUCAULT, 1999, p. 13).

É notório que, dentre as diversas finalidades da prisão, está o seu caráter de retribuir o mal causado anteriormente pelo indivíduo que está submetido à privação de sua liberdade, devendo a medida estar harmonizada com uma estrutura jurídico-legal que assegura ao indivíduo suas garantias legais e ratifica o respeito à integridade do sistema normativo e legitima a medida punitiva-retributiva a ser executada no intuito de satisfazer uma decisão judicial. Entende-se que a

prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é chamada de **prisão pena**. Regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento, que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva.

No transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou réu, mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas num risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado. Surge assim a possibilidade da **prisão sem pena**, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no (Art. 5º, LVII, CF), pois, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória”. (ALENCAR, TÁVORA, 2017, p. 891 e 892).

Ao analisar-se a estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se a existência de um ponto fundamental que o legislador inseriu como essencial para o entendimento do objeto deste trabalho: entender as razões e em que momento é possível impor-se a privação de liberdade ao investigado/réu, seja ela de natureza cautelar/processual ou penal. Para cada

momento da persecução penal e por razões distintas, é possível falar-se em tipos específicos de prisão. Dentre esses instantes e razões, está o do trânsito em julgado da decisão condenatória, afinal, esse marco estabelece a natureza da medida privativa de liberdade, ou seja, se a condenação ainda não se tornou definitiva está-se falando de uma prisão *ad custodiam*, que tem essência pré-cautelar ou, se a situação é de flagrância, cautelar; já, se houver decisão judicial definitiva, estar-se-á diante da prisão *ad poenam*, cuja prisão se refere ao cumprimento da sanção penal propriamente dita. Nesse sentido:

- 1) *prisão carcer ad poenam*: que é a prisão penal propriamente dita (prisão-pena), consistente na pena ou sanção específica decorrente da violação ou ameaça de um bem jurídico penalmente tutelado, ou seja, é o consequente sancionador ligado ao antecedente da norma jurídica penal;
- 2) *prisão ad custodiam*: é a prisão cautelar, processual ou pré-cautelar (flagrante), que decorre de decisão fundamentada do juiz (prisão preventiva, temporária) ou de permissivo constitucional (flagrante). (ALENCAR, TÁVORA, 2017, p. e 892).

Como se percebe, há uma série de requisitos legais a serem preenchidos, a fim de que a prisão possa encontrar respaldo na ordem jurídica vigente. A CF/88, no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, assim como os Códigos Penal e de Processo Penal reforçam que a legalidade da medida privativa de liberdade individual deve ser verificada quando devidamente necessária e juridicamente indispensável para a efetividade do direito material ou simplesmente para o necessário desenvolvimento da marcha processual.

A denominada prisão-pena exige a observância dos requisitos necessários à imposição da medida privativa de liberdade, conforme se depreende do art. 33, do CPB. Nesse caso, o processo encerrou definitivamente a discussão acerca da materialidade e da autoria delitiva, restando por necessário fazer executar a sanção prevista no preceito legal que fora violado pela conduta do autor da respectiva infração penal.

É certo que a pena privativa de liberdade é a regra no Direito Penal, mas também são aceitas na ordem jurídica as penas substitutivas, tais como as restritivas de direitos, prestação de serviços e multa, embora o foco da discussão aqui trazida seja relacionado à pena que envolve especificamente a supressão da liberdade do indivíduo.

Outrossim, enquanto não houver ainda o decreto condenatório definitivo, estar-se-á diante de uma prisão de natureza cautelar, ou seja, atrelada aos interesses de prevenção e risco na manutenção do indivíduo em liberdade (*fumus delicti e periculum in mora*).

Importante, portanto, descrever os requisitos legais que diferenciam essas modalidades prisionais, a fim de perceber o tipo de medida privativa de liberdade que poderá ser realizada e a natureza jurídica de cada uma delas.

3. MODALIDADES PRISIONAIS

3.1 PRISÃO *AD POENAM*

Trata-se essa modalidade da denominada prisão-pena, que ocorre quando da execução da sanção prevista no ordenamento jurídico e que foi imposta pelo julgador na sentença condenatória proferida em processo judicial em que foram respeitados os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. A execução, portanto, é decorrente da decisão proferida pelo Poder Judiciário. Nesse sentido:

Para o cumprimento de pena privativa de liberdade, é imprescindível a emissão de guia de execução penal, sendo que ninguém será recolhido, para o cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária, nos termos do Art. 107, Lei de Execuções Penais. [...] Depois de cumprida ou extinta a pena, o condenado será posto em liberdade, mediante alvará do juiz, se por outro motivo não estiver preso. (ALENCAR, TÁVORA, 2017, p. 1731).

Como afirma o referido autor, a prisão pena tem a finalidade de efetivar o direito material lesado através da aplicação da sanção cominada pela respectiva decisão judicial nos termos do processo, é tanto que, ao finalizar o tempo estipulado pela sentença condenatória, não havendo outro motivo, deverá o réu ser posto em liberdade, afinal, o cárcere já não se faz mais necessário, pois a pena já fora devidamente cumprida.

O Código de Processo Penal estabelece outros pormenores que envolvem o cumprimento dessa prisão-pena¹

Num primeiro momento, percebe-se que o art. 674, CPP estabelece que, se o réu já estiver preso em decorrência de alguma medida cautelar adotada durante o processo, ou se vier a ser preso por causa da decisão condenatória, o juiz deverá expedir a correspondente carta de guia para o cumprimento da pena imposta, convalidando a execução da pena

¹ Art. 674, CPP - Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena. [...]

Art. 675, CPP - No caso de ainda não ter sido expedido mandado de prisão, por tratar-se de infração penal em que o réu se livra solto ou por estar afiançado, o juiz, ou presidente da câmara ou tribunal, se tiver havido recurso, fará expedir o mandado de prisão, logo que transite em julgado a sentença condenatória.

privativa de liberdade que, nos termos do princípio da inocência, só pode ser devidamente efetivada a partir do trânsito em julgado da sentença ou do acórdão condenatório.

Não obstante, verificado que a prisão pena estará sendo aplicada quando houver uma devida decisão judicial acerca de uma violação a norma penal que exige a efetivação da tutela jurisdicional, é preciso relatar e demonstrar as demais hipóteses de prisão que, são as prisões provisórias.

3.2 DAS PRISÕES *AD CUSTODIAM*

Quando se observa essa modalidade prisional, faz-se necessário destacar que se estará diante das diversas prisões provisórias existentes e que não se confundem com a prisão decorrente de condenações penais. Trata-se de prisão admitida apenas em situações específicas que estão delimitadas no texto constitucional e na legislação infraconstitucional. São elas: prisões em flagrante, preventiva e temporária. Adentrar nas peculiaridades de cada uma delas será fundamental para entender suas características, nuances e o momento oportuno e legal para o seu emprego.

Apenas para esclarecer, o Código de Processo Penal faz menção a dois outros tipos de prisões: prisão decorrente da pronúncia no rito especial do tribunal do júri e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, porém, ambas foram estruturalmente revogadas, afinal, não estão em consonância com o preceito constitucional da não culpabilidade, por isso delas não se tratará aqui.

3.2.1 PRISÃO EM FLAGRANTE

Tratar a sua definição é primeiro entender o vocábulo *flagare* que significa, no dizer de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017, p. 905): “é o delito que ainda queima, ou seja, é aquele que está sendo cometido ou acabou de sê-lo.” Ainda, esclarecem os referidos autores:

A prisão em flagrante é que resulta no momento e no local do crime. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (Art. 5º, LXI, CF). Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e autoria permitida pelo domínio visual dos fatos. É uma forma de autopreservação e defesa da sociedade, facultando-se a qualquer do povo a sua realização. Os atos de documentação a serem realizados subsequentemente ao cerceio da liberdade do agente ocorrerão normalmente na Delegacia de Polícia. (ALENCAR, TÁVORA, 2017, p. 905).

Como bem se esclareceu, essa prisão apresenta uma nuance bem peculiar, pois exige certa rapidez em relação ao momento em que se praticou o crime e a respectiva captura do autor do fato, obviamente por medidas que visam à futura colheita de provas e à ratificação da demanda processual penal. Confirma-se o ato restritivo de liberdade de locomoção do autor e formaliza-se a medida por meio do respectivo documento legal cabível a ser lavrado pela autoridade policial competente (Delegado de Polícia), que é o APF (auto de prisão em flagrante).

A doutrina aponta uma discussão quanto à natureza jurídica desse tipo de prisão. Há os que sustentam tratar-se de uma prisão administrativa, pois não exige decisão judicial para a sua execução, outra parte alega ser uma prisão cautelar, pois a medida que restringe a liberdade do autor é passível de avaliação pelo magistrado. Outros, porém apontam que seria uma prisão de natureza pré-cautelar, pois nasce sem ordem judicial, mas acaba sendo finalizada por uma avaliação jurídica acerca da sua existência e validade, admitindo-se sua conversão em preventiva, caso se preencham os requisitos elencados no art. 312, CPP. Nesse sentido:

A doutrina não é uniforme no que toca à natureza jurídica da prisão em flagrante. São basicamente 3 correntes:

- 1) uma sustenta que a natureza jurídica da prisão em flagrante é a de ato administrativo, tal como faz Walter Nunes da Silva Júnior, entendendo que não se mostra coerente dizer que a prisão em flagrante é, ao mesmo tempo, um ato administrativo e medida processual acautelatória;
- 2) outra, capitaneada por Afrânio Silva Jardim, reputa que a prisão em flagrante ao lado da preventiva, é uma das espécies de medidas de natureza acautelatória que reclama pronunciamento judicial acerca de sua manutenção;
- 3) a última, na esteira de Tourinho Filho - posição com a qual nos filiamos -, que a considera como um ato complexo, com duas fases bem distintas: a primeira que diz respeito à prisão-captura, de ordem administrativa, e a segunda, que se estabelece no momento em que se faz a comunicação ao juiz, de natureza processual, quando a homologação ou manutenção ou transformação da prisão somente deve ocorrer se presente um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, seria assim, ato administrativo na origem, sendo judicializado no final. Aury Lopes Jr., em análise similar, chega à conclusão de que num primeiro momento o flagrante é medida pré-cautelar. (ALENCAR, TÁVORA, 2017, p. 905/906).

É notório que as hipóteses que convalidam o flagrante estão elencadas no art. 302, do CPP, mas há também outras modalidades de prisão em flagrante que estão inseridas em leis especiais, como, por exemplo, a Lei 12.850/2013 que trata do combate às organizações criminosas e contempla o denominado flagrante prorrogado. Há outras situações previstas doutrinariamente ou baseadas em jurisprudência, como é o caso do flagrante provocado, ou

delito putativo por ordem do agente provocador, que recebe tratamento por meio da Súmula 145, STF, considerando-o hipótese de crime impossível. Porém, ainda que existam diferentes conceituações, a prisão em flagrante é considerada espécie de prisão provisória, afinal, não ocorre por ordem judicial para efetivar uma demanda penal já apreciada, sendo assim, vai apresentar como ponto crucial para a sua manutenção legítima, o devido preenchimento de requisitos e formalidades legais, sob pena de relaxamento, afinal, o preceito constitucional assegura que o juiz competente, quando avaliar uma prisão em flagrante e perceber que ela não atentou para os parâmetros legais, deverá obrigatoriamente, e sem necessidade de provocação, relaxá-la, como se nota adiante:

De todo modo, o objetivo do dispositivo é que se estabeleça o controle judicial da prisão (art. 5º, LXII, CF), cabendo ao magistrado, em sendo o caso, relaxá-la, ou conceder liberdade provisória, sem prejuízo da evolução do competente inquérito policial. [...]

Desse modo, recebendo o auto de prisão, apresentam-se ao magistrado as seguintes hipóteses: 1) deve relaxar a prisão, se eivado de ilegalidade; 2) se presentes os requisitos do art. 312, CPP deve converter a prisão em flagrante, fundamentadamente, em prisão preventiva, se insuficiente ou inadequada medida cautelar diversa da prisão; 3) deve conceder liberdade provisória com ou sem fiança, atendidos os respectivos requisitos legais. (ALENCAR, TÁVORA, 2017, p. 927)

Nota-se que a análise judicial é essencial para a validade da prisão em flagrante, como também, que o crivo constitucional é a referência do julgador para fazer valer o que se encontra positivado no próprio CPP, devendo observar o cabimento da medida à luz dos requisitos do flagrante e de sua possível conversão em prisão preventiva também a partir das exigências legais. Caso não haja o preenchimento da medida cautelar, concede-se liberdade provisória, ou seja, estipula-se que não há motivos para a prisão naquele momento.

Três são as hipóteses de flagrante elencadas no CPP²: flagrantes próprio, impróprio e ficto ou presumido. O principal ponto de convergência dessas situações é a de que existe de alguma forma um liame que vincula o agente ao delito recém-praticado, exigindo-se que esteja evidenciado um lastro probatório mínimo acerca da autoria e existência do crime em razão da brevidade entre o fato e a prisão. Há, porém, pequenos pontos que diferenciam as

² Art. 302, CPP - 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.

situações entre si. Após a reforma realizada pela Lei 12.403/11, não é mais possível que a prisão em flagrante se alastre por tempo indeterminado, já que será necessário que o juiz, ao tomar conhecimento da autuação, posicione-se sobre a possibilidade de revogação, relaxamento ou conversão dessa prisão em preventiva, o que, de certa forma, aponta para o entendimento da doutrina encampada por Tourinho Filho, como anteriormente mencionado, de se tratar de uma prisão de natureza pré-cautelada. A fim de que se compreenda a classificação do instituto da prisão em flagrante, explica-se:

Dá-se o flagrante próprio quando o agente é surpreendido cometendo a infração penal ou quando acaba de cometê-la. É a modalidade que mais se aproxima da origem da palavra flagrante, pois há um vínculo de imediatidade entre a ocorrência da infração e a realização da prisão. [...]

No flagrante impróprio, o agente é perseguido, logo após a infração, em situação que faça presumir ser o autor do fato. É a hipótese do (Art. 302, III, CPP). A expressão logo após abarca todo o espaço de tempo que flui para a polícia chegar ao local, colher as provas do delito e iniciar a perseguição do autor. [...]

No flagrante presumido, o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que presumam ser ele o autor do delito (Art. 302, IV, CPP). Esta espécie não exige perseguição. Basta que a pessoa, em situação suspeita, seja encontrada logo depois da prática do ilícito, sendo que, o móvel que a vincula ao fato é a posse de objetos que façam crer ser a autora do crime. (ALENCAR, TÁVORA, 2017, p. 906/907).

Percebe-se que todas as modalidades de flagrante apresentam um ponto em comum que é a possibilidade de restringir a liberdade do indivíduo nas situações supracitadas mesmo sem haver uma ordem judicial fundamentada, e obviamente, essas espécies de flagrante são respaldadas pela própria Constituição que elenca o flagrante como uma das restrições à liberdade que podem ser impostas ao indivíduo. A doutrina, ao apontar essa classificação das prisões em flagrante, visa estabelecer que elas serão possíveis em situações distintas contempladas pelo legislador.

Há também a divisão doutrinária entre o flagrante compulsório ou obrigatório e o facultativo, nos termos do art. 301, CPP, sendo essa última cabível a qualquer do povo que pode dar voz de prisão àquele que se encontre em situação flagrancial; já a primeira é imputada às autoridades policiais que têm obrigação de prender qualquer pessoa que esteja em situação legal definida como flagrante.

3.2.2 PRISÃO PREVENTIVA

Aqui a doutrina processualista penal não apresenta divergência quanto a sua natureza jurídica, pois, por tudo que está elencado na carta constitucional e pelos preceitos extraídos do

CPP, verifica-se tratar-se de uma prisão de natureza cautelar, afinal, só pode ser decretada por ordem de um juiz ou tribunal competente por se tratar de uma das medidas protegidas pela cláusula de reserva de jurisdição, ou seja, não há mais autoridades que possam decretá-la, só integrantes do Poder Judiciário, sejam juízes, desembargadores ou ministros dos tribunais superiores ou do STF, desde que constitucionalmente competentes para se pronunciarem sobre a medida. Nota-se que, além de a medida ser apenas decretada por ordem judicial, ela se transforma numa ferramenta poderosa no curso da persecução penal no sentido de poder restringir a liberdade de locomoção do suspeito ou réu, pois, haverá motivos bem específicos no CPP que autorizam a adoção da segregação prisional antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, e uma vez demonstrada a existência desses motivos, a prisão só será revogada quando for devidamente demonstrado à instância superior que eles não mais existem, afinal, enquanto prevalecerem, deverá o suspeito ou réu ser submetido à prisão. Nesse sentido:

É a prisão cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda persecução penal, leia-se, durante o IP e na fase processual. Até antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (Art. 5º, LXI, CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento. (ALENCAR, TÁVORA, 2017, p. 931).

A prisão preventiva, em um sentido amplo, é aquela decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e tem significado idêntico à prisão processual, cautelar, provisória ou prisão sem pena. Em um sentido mais estrito, vem prevista nos (Art. 311 e SS do CPP). (CUNHA, PINTO, 2017, p. 822).

Conforme entende a doutrina acima disposta, a prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar ampla e que se utiliza com maior frequência quando há interesse em tutelar a persecução penal e assegurar o desfecho da marcha processual de maneira eficaz. A modalidade se aplica tanto na fase de investigação, quanto na marcha processual, como também, exige um lastro de provas mínimo acerca da existência delitiva e de quem é o provável autor do fato, caso contrário, haverá violação dos preceitos constitucionais, pois a prisão é medida de última *ratio*.

Há, no entanto, uma gigantesca necessidade de se confirmar que essa medida de natureza cautelar esteja em acordo com a sistemática constitucional e cautelar do processo, já que se trata de instrumento que somente deverá ser utilizado de forma excepcional. A prisão

em flagrante somente pode ser decretada quando do preenchimento dos seus requisitos legais e peculiaridades expostas dos arts. 311 ao 316, CPP. É fato que há quem sustente sobre a inconstitucionalidade da medida, tomando por base o preceito constitucional da não culpabilidade ou presunção de inocência que será exposto mais adiante neste trabalho. Senão vejamos:

“Por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Esta última, por óbvio, não se trata da prisão em flagrante que, como já analisado, independe de ordem judicial. Trata-se, por certo, de toda qualquer outra ordem de prisão, que pode ter origem tanto em uma sentença definitiva, quando já formada a culpa, como em um provimento de ordem cautelar, como a prisão preventiva. Aliás, a se privilegiar esse entendimento, em nome da presunção de inocência e resultante de uma análise isolada de determinado dispositivo constitucional, em detrimento do seu cotejo com um todo harmônico, nem mesmo a prisão em flagrante deveria ser admitida, no que consistiria inovação do nosso direito, desconhecida em qualquer outra legislação ocidental. (CUNHA, PINTO, 2017, p. 823).

Apesar do que dispõe a balizada doutrina acima descrita, é preciso observar que a própria constituição autoriza a medida quando a destaca no art. 5º, LVI, CF, sendo seus requisitos legais dispostos pelo CPP, o qual traz hipóteses claras em que a segregação prisional se faz necessária para atender a própria instrumentalidade do processo e, portanto, o estado democrático de Direito e a manutenção da ordem constitucional.

Por se tratar de uma medida excepcional, os seus pressupostos legais basicamente estão vinculados ao *fumus commissi delicti e periculum libertatis*³

Por se tratar de uma medida com grau de impacto negativo na liberdade de locomoção do indivíduo, nota-se que os artigos supracitados deixam claro que a justa causa é preceito legal obrigatório para autorizar a medida, afinal, se ela só é possível em situações específicas, é razoável exigir-se de quem a requer a demonstração de elementos mínimos que apontem para a existência do crime e para a possível autoria daquele sobre o qual recairá a medida restritiva de liberdade. Associado a isso, soma-se a necessidade de demonstração das motivações que poderão ocorrer isolada ou cumulativamente: assecuramento da ordem

³Art. 311, CPP - Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

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

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

pública, econômica, conveniência da instrução criminal ou para garantir a aplicação futura da lei penal. Nesse sentido:

Não basta, para a decretação da preventiva, a comprovação da materialidade e os indícios de autoria. Além da justa causa, simbolizada pela presença obrigatória destes dois elementos, é necessário que se apresente o fator de risco a justificar a efetiva medida. As hipóteses de decretação da preventiva dão as razões para a deflagração da constrição à liberdade. Se a prisão, quanto ao seu fundamento, deve estar pautada na extrema necessidade, a legislação preocupou-se em preestabelecer quais os fatores que representam o perigo da liberdade do agente (*periculum libertatis*), justificando a possibilidade do encarceramento. [...] (ALENCAR, TÁVORA, 2017, p. 931/932/934/935).

A grande diferença entre a prisão preventiva e a prisão em flagrante consiste no ponto em que essa última seria de natureza pré-cautelar, enquanto aquela é nitidamente uma prisão cautelar, porém, ambas são espécies de prisões provisórias legitimamente disciplinadas pelo ordenamento jurídico.

Importante esclarecer ainda que, inovando o sistema processual, a Lei 12.403/2011 trouxe o rol das medidas cautelares diversas da prisão, que são restrições ao suspeito ou réu diversas do cárcere, e que devem ser observadas antes de se decidir por decretar a preventiva, afinal, o magistrado agora tem outras alternativas menos severas do que a supressão da liberdade e que podem ser suficientes durante o curso da persecução penal, ratificando a ordem constitucional que defende a prisão cautelar como medida de *ultima ratio*.

3.2.3 PRISÃO TEMPORÁRIA

Trata-se de uma prisão também de natureza cautelar, conforme doutrina majoritária, e que tem algumas peculiaridades que a distingue da prisão preventiva, dentre elas: é uma prisão destinada à primeira etapa da persecução penal, leia-se investigação policial, só é admissível via provocação do juiz ou tribunal competente (cláusula de reserva de jurisdição), ou seja, não pode ser decretada *ex-officio*, e tem prazo legal, assim encerrado o lapso de tempo determinado por lei, deve a pessoa ser colocada em imediata liberdade, salvo se por outro motivo estiver tiver que ser mantida na prisão.

A temporária é a prisão de natureza cautelar, com prazo preestabelecido de duração cabível exclusivamente na fase do inquérito policial - ou de investigação preliminar equivalente, consoante (Art. 283, CPP), com redação dada pela lei 12.403/2011-, objetivando o encarceramento em razão das infrações seletamente indicadas na legislação. A lei 7960/1989 só indica o cabimento de prisão temporária durante a tramitação de inquérito policial, porém o CPP ampliou o âmbito de incidência da medida cautelar ao

disciplinar o seu cabimento durante as investigações, sem restringir-se ao inquérito policial (Art. 282, § 2º, CPP).[...]

Como não poderia deixar de ser, a temporária está adstrita à cláusula de reserva jurisdicional, e, em face do disposto do Art. 2º, lei 7960/1989, somente pode ser decretada pela autoridade judiciária, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do MP. Ressalta-se logo que a temporária não pode ser decretada de ofício pelo juiz, pressupondo provocação, afinal, trata-se de medida cautelar inerente a fase investigativa. O mesmo se diga em relação à preventiva, que só poderá ser decretada *ex-officio* na fase processual. (ALENCAR, TÁVORA, 2017, p. 944).

Como indica o próprio nome e sua natureza cautelar, trata-se a prisão temporária de uma modalidade de ordem provisória prevista em legislação específica (Lei 7.960/1989). Apresenta como requisitos essenciais para sua decretação o *fumus comissi delict* e o *periculum libertatis*, mas desde que esteja em consonância com os motivos norteadores da medida apresentados no art. 1º, da referida lei, sendo que a doutrina diverge quanto à forma de preenchimento dos requisitos para a decretação da medida, mas prevalece o entendimento de que, quando do pedido formulado pela autoridade policial, o juiz deverá observar o preenchimento do inciso III, do art. 1º, da Lei 7.960/1989 cumulado com um dos outros dois motivos, quais sejam, o do inciso I ou o do inciso II, do art. 1º da mencionada legislação especial, posto que não seria, em tese, exigível a cumulação de todos para que o instituto não fique limitado demais e acabe por não atender ao que seria imprescindível para a investigação. Vejamos:

Sendo a cautelaridade da prisão temporária sua tônica, é essencial a presença do *fumus comissi delicti e periculum libertatis* para que a medida seja decretada, pois estes elementos é que podem denotar a necessidade da prisão. Para a decretação da medida temporária, devem ser atendidos os requisitos específicos, a par dos pressupostos gerais regrados no (Art. 282, CPP) com redação determinada pela lei 12403/2011, que impõe, para imposição de toda medida cautelar, que seja observado juízo de proporcionalidade a partir:

1) da necessidade para aplicação da lei penal, para investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; e 2) da adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

O cabimento da prisão temporária é excepcionalíssimo, pelo que, além desses pressupostos, devem ser preenchidos os requisitos específicos para a sua decretação que, com supedâneo no Art. 1º da Lei 7960/1989, é admitida nas seguintes hipóteses: I- imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial; II- o indiciado não tem residência fixa ou não fornece elementos para sua identificação; III- quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes relacionados no (Art. 1º, III, Lei 7960/1989). (ALENCAR, TÁVORA, 2017, p. 945).

Quanto ao prazo, conforme a lei⁴, em regra, ele será de 5 dias prorrogáveis pelo mesmo período uma única vez, desde que devidamente fundamentado pelo juiz. Em se tratando de crimes hediondos ou assemelhados, o prazo passa a ser de 30 dias prorrogáveis uma vez pelo mesmo período, conforme previsão legal⁵.

Com isto, verifica-se que a prisão temporária tem sua natureza cautelar, assim como a preventiva e está perfeitamente adequada ao preceito constitucional de que a prisão será medida excepcional, sendo apenas aplicável nos casos específicos, já a prisão em flagrante parece ser de natureza pré-cautelar, pois não tem o seu nascimento por ordem judicial, sendo esse requisito imperioso para a análise da validade da medida, sendo que essas modalidades de prisão provisórias não são rechaçadas pela CF/1988, mas sim devidamente contempladas, pois o art. 5º, LXI, CF/1988 disciplinou a possibilidade de prisões provisórias distintas da prisão pena.

Depois da rápida exposição acerca da prisão, passa-se a análise da inovação que vem sendo realizada pelo STF em recentes decisões, dentre elas a proferida no HC 126292/SP, cuja matéria é objeto das ADC's nº 43 e 44, em que foi permitida a execução de pena após condenação em segunda instância, ou seja, sem o trânsito em julgado. Trata-se em seguida exclusivamente do tema, a fim de compreender-se a natureza jurídica dessa medida.

4. PRISÃO DECORRENTE DE ACÓRDÃO CONDENATÓRIO

Diante de tudo que aqui se expôs, é fato que se deve entender que esse tipo de prisão corresponde a uma prisão de natureza penal, que é medida que satisfaz o objeto da demanda criminal. Porém, também é de se ressaltar que o próprio STF não enfrentou a questão com as suas devidas peculiaridades, afinal, o próprio tribunal constitucional não abordou acerca da natureza dessa espécie prisional que se revela como uma nova forma de prisão e de execução de pena, ou seja, indaga-se se essa modalidade prisional provisória tem, na verdade, caráter cautelar ou de efetiva prisão pena. Como bem visto anteriormente, é certo que não se trata de prisão preventiva, temporária e muito menos de prisão em flagrante. É nesse sentido:

⁴ Art. 2º, da Lei 7960/1989 - A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

⁵ Art. 2º, § 4º, da Lei 8072/1990 - A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Como veremos mais adiante, o STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tendo como objeto o Artigo 283, CPP, admitiu o início da execução da pena após julgamento do recurso em segunda instância. A decisão da mais alta corte, porém, não enfrentou a natureza dessa prisão, ou seja, se definitiva ou cautelar. Parece-nos que definitiva não é, pois está sujeita à reforma por meio de recurso constitucional. Tampouco é cautelar, considerando que sua decretação não se mostra acessória, instrumental do processo, nos moldes do Artigo 312, CPP. Logo pensamos ter sido criada uma terceira espécie de prisão, que denominamos prisão provisória não cautelar decorrente de acórdão de segundo grau. (CUNHA, PINTO, 2017, p. 735,736)

Como apontam os doutrinadores, a decisão do STF faz surgir uma nova espécie de prisão, pois a sua existência não encontra lastro conceitual adequado às prisões cautelares já existentes, como também não pode ser enquadrada como uma prisão pena, visto que pode ser perfeitamente revista em face de análise recursal, mesmo sabendo que esses recursos extraordinários que tramitam no STJ e STF não admitem mais a reanálise de fatos e provas, e, em regra, não são dotados de efeitos suspensivos.

Portanto, segue-se neste trabalho no sentido de verificar a compatibilidade desse novo instituto com o texto constitucional e com os princípios dela decorrentes, como também, de trazer a questão sobre qual tipo de medida prisional estará sendo cumprida. Caso o posicionamento do STF não mude - afinal, é possível que essa nova interpretação ao preceito constitucional da não culpabilidade que admitiu a execução prisional após condenação em segunda instância possa ser modificado - o argumento da corte suprema reside no ponto de que, após uma condenação em segunda instância, não existem mais discussões fáticas e probatórias sobre o mérito do processo, sendo, irremediável executar a pena mesmo que haja a interposição de RExt e REsp que, em regra, não apresentam efeito suspensivo, conforme descrito no Art.637; CPP.

A jurisprudência do STF vem admitindo a execução em caráter “provisório” da pena imposta na sentença, desde que a decisão tenha sido confirmada por órgão colegiado, sobretudo quando se trata de conceder ao apenado os benefícios da progressão de regime, livramento condicional, entre outros previstos na lei de execuções penais. Nesse sentido, é o que se depreende do texto do art. 2º, § único, da LEP, o qual esclarece que a “lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”. Assim agindo, evita-se tratamento discriminatório entre presos ou internados que estejam sujeitos a jurisdições diferentes. Nesse sentido:

(...) sabendo que estão assegurados aos presos cautelares (prisão temporária e preventiva, abrangendo, por óbvio, os condenados provisórios) os mesmos direitos dos condenados definitivos (no que couber), conclui-se ser possível execução penal provisória (antecipando-se benefícios de execução penal) na hipótese de condenado em 1º grau, preso, aguardando julgamento do seu recurso. (CUNHA, PINTO, 2017, p. 1733).

Continuando o raciocínio supracitado, o autor aponta para uma nítida necessidade de distinção entre o início da execução da pena e o início do processo de execução. Vejamos:

Não se confundem o início do processo de execução, que exige o trânsito em julgado da sentença, com o início da execução da pena, demandando recolhimento do condenado à prisão. [...] Hoje, entretanto, como já alertamos nos comentários aos artigos iniciais dessa Lei, admite-se execução penal provisória (antecipando-se benefícios de execução penal) na hipótese de condenado em 1º grau preso, aguardando julgamento do seu recurso, e na hipótese de réu solto, condenado em 2º grau, mas que aguarda julgamento de recursos constitucionais (Especial e Extraordinário). (CUNHA, PINTO, 2017, p. 1832).

Esse raciocínio doutrinário dialoga com o que vem sendo decidido pelo STF, afinal a corte constitucional já emitiu duas súmulas⁶ a respeito do tema, as quais, em tese, garantem o início da execução da pena mesmo antes do processo de execução penal estar devidamente instaurado, afinal, devido a uma série de fatores, as demandas penais nem sempre conseguem ser solucionadas a tempo de se alcançar o trânsito em julgado para ser aplicada a respectiva pena, pois é perceptível o elevado número de presos cautelares nos presídios brasileiros, segundo dados do próprio CNJ.

Como se nota, jurisprudência e doutrina, de maneira enfática, ratificam que há situações e consequências jurídicas bem distintas no desfecho de uma marcha processual em curso. Primeiro, é possível haver uma condenação e o réu ser recolhido ao cárcere ainda que pendente de recurso, como também haverá a hipótese de o réu responder ao processo solto e, mesmo após a condenação recorrer e se manter solto. De acordo o princípio da não culpabilidade é certo, porém, que a regra a ser seguida em um processo é a da liberdade. São situações excepcionais que autorizam essa prisão antecipada:

Em resumo:

⁶ Súmula 716, STF - Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula 717, STF - Não impede a progressão de regime de execução de pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

- a) réu preso provisoriamente sem condenação: aplica-se a LEP no que couber (em especial, para assegurar-lhe direitos e impor deveres de comportamento).
- b) réu preso, condenado em 1º grau, mas aguarda julgamento de recurso em 2ª instância: Aplica-se a LEP para antecipar benefícios (como progressão de regime, entre outros).
- c) réu solto, condenado em 1º grau, mas a pena ainda não foi confirmada pelo tribunal: não se aplica a LEP.
- d) réu solto, condenado em 2º grau, mas aguarda julgamento de recursos constitucionais: deve ser preso, iniciando a execução (provisória) da pena. (CUNHA, PINTO, 2017, p. 1734).

5. NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO APÓS A DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

Com a análise constitucionalista sobre o tema, o professor Flávio Martins (2017, p. 957) traz uma célebre discussão acerca dessa decisão do STF, apontando que a mudança de jurisprudência visa executar uma prisão-pena, porém reconhece o referido autor também ser possível mudança da decisão que ensejou a prisão, ou seja, o acórdão condenatório executa uma pena, mas é passível de modificação, o que não se encaixaria com o conceito doutrinário até o momento de uma prisão pena pela doutrina processualista e penalista pátria. O doutrinador aponta ainda, a constitucionalidade da medida, uma vez que não há nos Direitos Fundamentais sustentabilidade para princípios de conteúdo absoluto, afinal o princípio da não culpabilidade deve ser visto como um prisma na marcha processual, ao ponto que quando essa avança e os fatos estão devidamente comprovados, não há de se falar em presunção mantida, mas sim, no contrário, ou seja, passa-se a ter provas robustas acerca da autoria e materialidade e a decisão, mesmo que recorrida, deve ser cumprida, saindo da não culpabilidade para a prova de culpa, afinal o duplo grau de jurisdição é a última instância onde serão discutidos fatos e provas, vez que na análise do STJ e STF só irá recair sobre matéria de direito, com reflexos ou em legislação infraconstitucional ou em conteúdo constitucional propriamente dito. Nesse sentido:

Nossa opinião: como já foi manifestado ao longo de todo esse capítulo, nenhum direito é absoluto, por duas razões: a) se um direito fundamental é tido como absoluto, todo e qualquer outro direito, por mais relevante que seja, se a ele estiver um dia contraposto, será desprezado, violado, vergastado; b) sempre (ou quase sempre) que se afirma que um direito é absoluto, o titular desse direito tende a dele abusar, violando outros direitos fundamentais. (NUNES Jr., 2017, p. 957)

Como se nota, o entendimento do STF não traz uma nova modalidade prisional, mas sim uma interpretação acerca do parâmetro de execução da prisão pena, ou seja, está diante de

uma prisão pena que pode iniciar após acórdão condenatório, porém, qual seria o embasamento jurídico-normativo para determinar a execução da pena após um acórdão condenatório? Essa execução ficará a critério do tribunal que proferiu o acórdão ou os desembargadores seguirão algum parâmetro para decidir sobre a necessidade da medida prisional decorrente de condenação em segunda instância?

Tornando à questão da execução da pena, baseado no efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário, houve por bem o Pretório Excelso afirmar a viabilidade de se cumprir a decisão proferida em 2º grau de jurisdição (respeitou-se o princípio do duplo grau de jurisdição), pois as Cortes Superiores não tratam fatos, mas somente direito. Logo, pelos fatos interpretados, o acusado é culpado e o STJ ou o STF não pode rever tal interpretação. (NUCCI, 2016, p.2).

Guilherme Nucci (2016, p.2) aponta para o entendimento da prisão após condenação em segunda instância ser uma verdadeira prisão pena, que, devido a um processo de mudança na ordem processual penal proveniente de interpretações dos tribunais superiores e, em especial, do STF, passou-se a admitir um novo parâmetro para o término da presunção de inocência, ou seja, aponta em sua análise que: uma vez consagrado no texto constitucional um princípio que assegura o trânsito em julgado da sentença penal condenatória como o marco definitivo para encerramos sobre o juízo de culpa ou não do réu, o STF admitindo a execução da prisão após acórdão condenatório em 2ª instância não traz nenhuma prisão inovadora, mas apenas consagra que o duplo grau de jurisdição já é suficiente para executar a pena, afinal, fatos e provas não podem ser revistos pelo STJ e STF em face de REsp e RExt, visto que, estes recursos sequer dispõem de efeitos suspensivos como regra, então se não se discute mais o fato ou a prova, dos fatos o réu já é culpado, portanto, deve-se executar a pena sem necessidade de fundamentá-la, cabendo à defesa, diante de um arbítrio, manejar um HC ou interpor REsp ou RExt solicitando uma cautelar com efeito suspensivo da decisão exarada pelo tribunal.

O *status* de culpado é encontrado com o trânsito em julgado da decisão condenatória. Assim sendo, somente quando não couber nenhum recurso contra a referida decisão. Pouco importa se os recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa não têm efeito suspensivo, pois o centro da questão não é esse, mas o seguimento a princípio constitucional. Noutros termos, inocentes não cumprem pena. (NUCCI, 2016, p.2).

Nucci admite ainda que a presunção da inocência dispõe de *status* principiológico e que a mudança de entendimento do STF aponta no sentido de priorizar a aplicação da demanda penal em uma sociedade que cada vez mais clama pela segurança pública, porém

adverte que não é possível que inocente vá cumprir pena, logo, seria incabível uma execução provisória de pena, pois, para esta ser empregada deve impreterivelmente o réu perder a sua inocência, este conceito só pode esgotar-se com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, afinal, esse marco não deixa mais dúvidas acerca da decisão exarada pelo Poder Judiciário e que exige uma efetiva aplicabilidade, neste sentido:

Formalmente, somos levados a crer que a referida decisão do STF feriu o princípio da presunção de inocência, que aponta o trânsito em julgado como o marco para se considerar o acusado culpado. Até lá, inocente que é, não pode cumprir pena. [...]

A colenda corte avaliou, ainda, que uma decisão proferida em 2º grau já traz elementos suficientes para quebrar a presunção de inocência, induzindo a presunção de culpa, muito embora o texto constitucional afirme o contrário. (NUCCI, 2016, p.3).

O entendimento do supracitado doutrinador vem em sentido semelhante aos de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017, p. 69) que apontam para uma prisão pena propriamente dita só que com um novo parâmetro: antes era o do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, independentemente de haver ou não efeito suspensivo em face de análise de REsp ou RExt; hoje, com o trânsito em julgado de acórdão condenatório, já é possível executar a prisão pena, mas em caráter provisório, ou seja, ambos os doutrinadores admitem que é uma prisão pena, mas que passou a ter uma nova subespécie, que é a prisão pena provisória, afinal, toda a doutrina apontava antes dessa mudança de interpretação que prisão pena só em caráter definitivo, não havia possibilidade de se executar pena provisoriamente, mesmo que não seja apontado diretamente por ambos e respeitados doutrinadores.

De tal sorte, o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (Art. 5º, LVII, da CF/1988). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como media de estrita exceção. (ALENCAR, TÁVORA, 2017, p. 69).

Esses entendimentos seguem no sentido de demonstrar que a mudança de interpretação vem de forma inversa ao que assegura o princípio constitucional da não culpabilidade, afinal a carta maior deixa nítido que o marco para inversão do *status* de inocência é o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Ao admitir uma execução prisional em caráter provisório, o STF vai à contramão de tudo aquilo que está positivado em lei maior, pois o marco dessa mudança ocorre com o desfecho de toda marcha

processual e conseqüentemente com a comprovação do que foi alegado em exordial pelo *parquet*, para mudarmos a perspectiva de um réu inocente para entrarmos em um juízo de culpa. Nesse sentido:

No entanto, em julgado diverso, o STF modificou seu posicionamento sobre o tema. O seu órgão Pleno deliberou que após confirmação da condenação penal por tribunal, em segundo julgamento, poderá ser iniciada a execução da pena de forma provisória, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A decisão se deu por maioria de votos e, inicialmente, não tinha efeitos gerais. Trata-se de julgado em direção oposta à orientação antes firmada, que somente admitia a prisão provisória, ainda que lastreada em condenação transitada em julgado, quando existente o requisito da cautelaridade, vale dizer, quando indispensável, nos termos do art. 312 do CPP (subprincípio da necessidade).

Entendemos que tal decisão ofende o postulado da presunção da inocência. Ninguém deve ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Admitir execução provisória da pena em momento anterior à formação de coisa julgada, com base em argumento de eficiência do sistema e só pelo fato de ter sido afirmada a condenação em outro tribunal, esbarra no texto da Constituição (art. 5º, LVII) e do CPP (art. 283). Aliás, não foi sequer considerada a letra deste último artigo do Código, referente ao texto da Lei Maior. (ALENCAR, TÁVORA, 2017, p. 69/70).

Essa nova compreensão parece trazer uma mudança jurisprudencial que traz a discussão acerca da dupla faceta do princípio da não culpabilidade, que, de um lado, abarca a mudança de *status* do réu de inocente para culpado, e, do outro lado, que o juízo de acusação tem a incumbência de comprovar os fatos alegados na denúncia e não o réu provar a sua inocência, como há uma mudança de paradigma no STF. Nesse caso, estar-se-ia diante de um novo momento para a retirada do *status* de inocente, sendo possível a partir da condenação após segunda instância. Vejamos:

Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo o qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este de provar sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com o trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade. (ALENCAR, TÁVORA, 2017, p. 72).

Já Sanches e Pinto (2017 p. 735,736) a natureza jurídica da prisão que executa pena após acórdão condenatório é inovadora, ou seja, estar-se-ia diante de uma medida que ainda não dispõe de classificação jurídica. Os professores apontam no sentido de que a modalidade prisional trata-se de uma prisão que não tem natureza cautelar, porém é provisória e decorre de um acórdão condenatório proferido em análise de segunda instância. Para eles, a prisão não abarca as hipóteses de natureza cautelar ou pré-cautelar, como se viu anteriormente, é

provisória porque pode ser revista a decisão, ou seja, os tribunais podem apontar para a absolvição do réu, mas por razões de direito e não mais de fato. Portanto, se há uma mínima possibilidade de reforma, essa prisão não é definitiva. Por fim, decorre não do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, mas sim de um acórdão condenatório, pois esse é momento que, pela ritualística processual penal se encerra a discussão fática e probatória da infração penal objeto da demanda.

Ao que parece, a doutrina penalista e processual penalista brasileira estariam admitindo que uma nova modalidade prisional foi inserida no nosso ordenamento jurídico como fruto de uma mudança hermenêutica constitucional adotada pelo STF em controle de constitucionalidade concentrado e em julgamento do ARE nº964246/SP, que trouxe eficácia *erga omnes*. Nesse sentido:

Como veremos mais adiante, o STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tendo como objeto o Artigo 283, CPP, admitiu o início da execução da pena após julgamento do recurso em segunda instância. A decisão da mais alta corte, porém, não enfrentou a natureza dessa prisão, ou seja, se definitiva ou cautelar. Parece-nos que definitiva não é, pois está sujeita à reforma por meio de recurso constitucional. Tampouco é cautelar, considerando que sua decretação não se mostra acessória, instrumental do processo, nos moldes do Artigo 312, CPP. Logo pensamos ter sido criada uma terceira espécie de prisão, que denominamos prisão provisória não cautelar decorrente de acórdão de segundo grau. (CUNHA, PINTO, 2017, p. 735,736).

Como se percebe, então, para eles, a prisão decorrente de condenação após segunda instância não é prisão pena, nem tão pouco cautelar, mas sim uma prisão provisória (pode ser revista em face de RE e REsp) que não é cautelar, firmando tese no sentido de estarmos diante de uma prisão nova em nossa ordem jurídica processual penal.

Com isto, resta observar que a prisão que advém execução “provisória” da pena, na realidade não é uma prisão pena, mas sim, uma modalidade prisional provisória e que não se confunde com as cautelares (preventiva e temporária), que executa uma decisão condenatória em segunda instância, que, apesar de encerrar discussão fática e probatória, é passível de reformulação, ou seja, a visão dos professores Sanches e Pinto é que se convalida com esta modalidade prisional. Sem contar que, o próprio STF não deixou claro no julgamento ARE nº964246/SP de qual medida prisional se trata esta decisão que executa prisão após acórdão condenatório, deixando obviamente, uma interpretação dúbia acerca do tema, afinal, executar “provisoriamente” uma pena é admitir em termos indiretos que é possível um réu inocente se

submeta ao cárcere, o que fatalmente estaríamos diante de uma violação clara a direito fundamental constitucionalmente previsto.

É plausível também observar que o entendimento jurisprudencial é passível de mudança, ou seja, é possível que esta classificação da prisão após condenação em segunda instância, como uma prisão provisória, não cautelar, que advém de acórdão condenatório, não mais exista, basta para tanto, que o tema seja pacificado a posterior, com uma mudança de posicionamento do próprio STF, ou até mesmo de mutação da lei, a exemplo da reforma processual penal que trouxe a Lei 12.403/2011, que não mais permitiu que o flagrante fosse uma prisão que se alastre no tempo, deixando mais consistente a doutrina de Tourino Filho de que se trata de uma prisão pré-cautelar. Ou seja, falar em prisão pena provisória é desprezar o próprio conteúdo constitucional acerca da questão, e este não parece o caminho mais coeso a ser seguido.

Portanto, prisão que executa acórdão condenatório traz uma inovação prisional em face de entendimento jurisprudencial e que ainda deixa uma série de lacunas que só poderão ser preenchidas a partir de posicionamentos futuros, porém, é nítido que é uma prisão provisória, afinal, mesmo que haja mínima chance, ela poderá ser reformulada, e sem sombra de dúvidas, não se subsume ao conceito de prisão cautelar, pois, não é decretada com o preenchimento dos requisitos legais da prisão preventiva e temporária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate sobre as modalidades prisionais é realizado com uma nítida demonstração de quais medidas são legais e aplicáveis ao nosso ordenamento jurídico, sem contar, que se faz necessário observar quais são os requisitos legais a serem preenchidos para a decretação das respectivas medidas, afinal, não é possível constatar qual modalidade prisional sem antes se saber os trâmites legais específicos de cada uma delas.

Outra análise também nos permite abrir a discussão acerca da compatibilidade das medidas prisionais diversas em nosso sistema jurídico com princípios constitucionais e preceitos legais nela inseridos, afinal, deve ser analisada qualquer medida sob o prisma de um sistema jurídico, e se obviamente, alguma medida legal esteja sendo imposta e não apresenta consonância com a ordem constitucional (princípios, textos, até tratados internacionais), haverá flagrante inconstitucionalidade, o que não pode ser permitido sob a ótica de um Estado Democrático de Direito.

A ênfase sobre as modalidades prisionais está devidamente sedimentada sobre a necessidade de essas medidas serem praticadas quando no curso da persecução criminal, afinal, é impossível avançar na marcha processual sem antes perceber que ela deve, sem sombra de dúvidas, dispor de elementos que atentem para a sua eficácia, e por isso é possível se socorrer de medidas segregadoras de liberdade para atentar para o fim da demanda penal.

O debate estará sempre em foco e não será tratado como questão secundária, afinal, o próprio STF recentemente admitiu a execução de pena após condenação em segunda instância, o que de fato traz uma implicação direta ao objeto da discussão envolvendo medidas prisionais.

Com isso, discutir as respectivas modalidades de prisão e da inovação trazida pelo STF é debater sobre a preocupação entre a eficácia da marcha processual e os princípios constitucionais sobretudo quando se está diante da utilização de medidas privativas de liberdade com a finalidade de assegurar o objeto da demanda penal.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRAFIA

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**, 7ª edição, 4ª tiragem, Salvador: Juspodivm, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados por artigos**. Salvador: JusPodivm, 2017.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução Raquel de Ramalhe**. 20ª edição, Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

NUNES Jr. Flávio Martins Alves; **Curso de Direito Constitucional**, 1º edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Levantamento dos presos provisórios no Brasil**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84374-veja-a-integra-do-levantamento-dos-presos-provisorios-no-brasil>>. Acesso em 29 de janeiro de 2019 às 16h00.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 29 de maio de 2019 às 10h00.

BRASIL. **Decreto Lei 3689/1941; Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 29 de maio de 2019 às 10h00.

BRASIL **Decreto Lei 2848/1940; Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 29 de maio de 2019 às 10h00.

BRASIL. **Lei 8072/1990; Lei de Crimes Hediondos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072compilada.htm>. Acesso em 29 de maio de 2019 às 10h00.

BRASIL. **Lei 7210/1984; Lei de execução Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em 29 de maio de 2019 às 10h00.

BRASIL. **Lei 7960/1989; Lei de Prisão Temporária.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em 29 de maio de 2019 às 10h00.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADC 44.** Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adc44.pdf>> Acesso em 22 de janeiro de 2019 às 16h30m.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP.** Ministro Relator Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em 23 de janeiro de 2019 às 15h30m.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. MC na ADC nº 54.** Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC54MMA.pdf>> Acesso em 28 de janeiro de 19 as 12h00m.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. MC na ADPF 347.** Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em 23 de janeiro de 2019 as 15h30m.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. MC no HC 140.213/SP.** Ministro Relator Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311245570&ext=.pdf>> Acesso em 29 de janeiro de 2019 às 11h00m.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. SL 1188/DF.** Ministro Presidente Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL1188.pdf>> Acesso em 28 de janeiro de 2019 as 12h00m.

GUIMARÃES, Stenio Henrique; LEITÃO Jr., Joaquim. **As implicações da execução provisória da pena em 2ª instância e a problemática da prescrição.** Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/03/09/as-implicacoes-da-execucao-provisoria-de-pena-em-2a-instancia-e-problematica-da-prescricao/>> Acesso em 27 de janeiro de 2019 às 12h00m.

NUCCI, Guilherme; **A decisão do STF acerca do cumprimento da pena após o julgamento de 2º grau de jurisdição e a presunção de inocência.** Disponível em: <[file:///D:/Downloads/A decisão do STF acerca do cumprimento da pena aps o julgamento de 2 grau de jurisdio e a presuno de inocncia .pdf](file:///D:/Downloads/A%20deciso%20do%20STF%20acerca%20do%20cumprimento%20da%20pena%20aps%20o%20julgame%20nto%20de%202%20grau%20de%20jurisdio%20e%20a%20presuno%20de%20inocncia%20.pdf) > Acesso em 30 de janeiro de 2019 às 11h20m.