

O DIREITO À LIBERDADE EM FACE DA PRISÃO PROVISÓRIA, NO ATUAL REGIME CONSTITUCIONAL: A QUESTÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA*

SUMÁRIO: I — A privação da liberdade no direito brasileiro — Aspectos gerais — Espécies. II — A prisão e a liberdade provisórias como medidas cautelares. III — A prisão provisória derivada de sentença condenatória recorrível; a) evolução acarretada pelas alterações da Lei nº 5.941, de 22.11.73; b) o advento do regime constitucional de 1988.

I — A privação da liberdade no direito brasileiro — Aspectos gerais — Espécies

1. Há de analisar-se a matéria, a partir dos seguintes elementos: (a) o sistema original do Código de Processo Penal; (b) os reflexos de suas modificações por leis ulteriores, especialmente pela Lei nº 5.941, de 22.11.73; (c) o advento da Constituição Federal de 1988.

1.1. Cabe salientar que, como é curial, essa seqüência normativa, em épocas e ambiências políticas, ideológicas e culturais muito diversificadas, se faz, em geral, pelo legislador, por meio de inserções e remendos, nem sempre de forma hábil, o que exige, do intérprete e do aplicador, cuidado e esforço na compatibilização e integração dos textos sucessivos.

* Este trabalho foi realizado em colaboração com FERNANDO GALVÃO DE ANDRÉA FERREIRA. Professor de Direito (PUC-RJ e USU). Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito (UERJ) Bacharel e Licenciado em Filosofia (UERJ).

1.2. Aspecto fundamental é que a política criminal da atualidade é no sentido de reservar-se a prisão aos casos extremos, mesmo após a condenação transitada em julgado e, *a fortiori*, antes da formação da coisa julgada sancionatória.

A idéia, generalizada, é que o encarceramento — além de tudo, dispendioso para a comunidade — se faz em ambiente de promiscuidade e de ociosidade, em decorrência da inadequação dos estabelecimentos prisionais, de suas deficiências qualitativas e quantitativas, a gerarem a superpopulação carcerária, na mistura, em áreas mínimas, de presos de toda espécie, sempre prontos a se revoltar e a fugir. É de lembrar-se o número de condenados que cumprem pena em delegacias policiais; a quantidade de mandados de prisão que não podem ser cumpridos e os indultos concedidos com o objetivo de escoarem os excessos de contingente dos cárceres.

Transformam-se celas e espaços comuns, antes que instrumentos de ressocialização e regeneração, em nefastas “escolas do crime”. Inexistem condições de higiene, de assistência, de educação do preso, nem tampouco de amparo à sua família, em flagrante contradição ao princípio de que a sanção penal não passará da pessoa do delinqüente.

1.3. Daí, toda uma evolução legislativa no sentido acima sublinhado, e que, no Brasil, mediante alterações dos Códigos Penal e de Processo Penal, editados em pleno Estado Novo, no início da década de 40, se traduziu pela edição das Leis n^os 5.941, de 22.11.73, 6.416, de 24.05.77, e 9.033, de 02.05.95, no tocante à prisão anterior ao trânsito em julgado da condenação; e pelas Leis n^os 7.209, de 11.07.84, que alterou a Parte Geral do Código Penal, e 7.210, de mesma data, que instituiu a Lei de Execução Penal, e do que resultaram o desaparecimento de gravames impostos no curso do processo, consistentes na inflicção provisória de medidas de segurança e de interdições de direito; a criação das figuras, substitutivas das penas privativas de liberdade, representadas pelas penas restritivas de direitos e pela multa substitutiva; e, ainda, a caracterização, como formas de cumprimento das penas de reclusão e detenção, dos regimes aberto e semi-aberto.

1.4. Neste evoluir normativo, como não poderia deixar de ser, ocupa lugar hegemônico a Constituição Federal de 1988, ao consagrar, na sua declaração de direitos individuais, garantias, penais e processuais penais de amplo alcance na defesa e efetividade da liberdade pessoal — de ir, vir e ficar. Apontemos, já neste passo, as garantias (art. 5^o da CF) da individualização dos ônus penais (inciso XLVI); do *due process of law* (LIV); do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (LV); do estado de inocência (LVII);

da prisão apenas em flagrante delito ou por ordem judicial competente, escrita e fundamentada (LXI); do direito à liberdade provisória (LXVI).

1.5. O rigorismo constitucional ficou por conta do tratamento dos crimes de racismo, daqueles contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, do terrorismo, da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e dos crimes hediondos, considerado esse conjunto como de delitos mais afrontosos ao indivíduo e à coletividade, e por isso inafiançáveis, e, alguns deles, imprescritíveis. Sobre os crimes hediondos veio a dispor a Lei nº 8.072, de 25.07.90, com modificações ulteriores. Antes, a Lei nº 7.960, de 21.12.89, criara a prisão temporária, também para determinados crimes graves, especificamente previstos, e a exigir, para a sua decretação, pressupostos cumulativos rígidos.

1.6. Na Lei nº 9.099, de 26.09.95, que dispôs sobre os Juizados Especiais Criminais, criaram-se mecanismos de facilitação de aplicação de penas restritivas de direitos e de multa, bem assim para a conciliação e composição de danos, objetivando à não-imposição das sanções restritivas de liberdade. Previram-se hipóteses de não-efetivação de prisão em flagrante, de inexigência de fiança e de suspensão do processo, com período de prova, findo o qual haverá a extinção da punibilidade

1.7. O Congresso Nacional, através do Decreto legislativo nº 27, de 26.05.92, aprovou o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). O Governo brasileiro, em 25.09.92, depositou a Carta de Adesão a essa Convenção, determinando-se seu integral cumprimento pelo Decreto nº 678, de 06.11.92. Essa Convenção, no seu art. 8º, § 2º, consagrou o princípio da presunção de inocência.

2. Grife-se, preliminarmente, que o termo “prisão”, além, evidentemente, do de “cárcere” (local do aprisionamento), ostenta os seguintes sentidos: (a) ato-fato de “captura”, de constrição pessoal (arts. 282 a 284, 287, 290, 294, 674 e 675, e §§, do CPP; art. 105 da Lei de Execuções Penais), impeditivo do movimento, do preso, de ir e vir, com a conseqüente “condução”, mediante o ato-fato da “detenção” do “encontrado em flagrante delito” — arts. 301 a 303 do CPP —, a que depois se dá a cobertura da prática do ato jurídico correspondente — a lavratura do respectivo auto — arts. 304 a 308 do CPP, o ato-fato do cumprimento de mandado de captura — arts. 285 a 293; 297 a 299 e 675 e §§, do CPP, precedida da prática dos atos jurídicos ordinatórios de sua expedição — arts. 282, 285, e 675, e §§, do CPP); (b) o “estado de permanência” nessa situação de privação da liberdade, no cárcere, em lugares especiais, no domicílio, a partir do recolhimento pessoal (arts. 295, 296, 300 e 674 do CPP; art. 105 da LEP).

2.1. No sentido de “captura”, o vocábulo é empregado para rotular a prisão — termo sinonimizado com o primeiro, pelo CPP: cf. arts. 298, 299 e 684 — antes ou depois da condenação recorrível (cf. arts. 282 e 675).

Com o significado de “estado de privação da liberdade”, designa, mais especificamente, essa “privação”, quando não é por aplicação de sanção decorrente de condenação transitada em julgado, caso em que se alude ao “cumprimento da pena” às espécies dessa, ao “condenado”, ao “sentenciado”, ao “definitivamente condenado” (cf. arts. 300, 669, I, 674, 678, 681, 682 e 685 do CPP; arts. 107 a 109 da LEP), e não, em geral, à “prisão”, salvo na denominação, expressiva, de “prisão simples”, ao nomear a pena correspondente à inflação penal-administrativa da contravenção.

2.2. Em nosso sistema processual penal, a privação da liberdade (CF, art. 5º, LIV) pode dar-se em três momentos: (a) antes da sentença definitiva (terminativa: cf. art. 593, I), condenatória recorrível; (b) entre a prolação dessa e o trânsito em julgado da eventual condenação; (c) e após a ocorrência da coisa julgada.

2.3. E por diferentes “causas”, ou seja, a diversos “títulos” (arts. 282, 301, 311, 393, I, 699, I, 674 e 675 do CPP; art. 105 da LEP): (1) prisão em flagrante delito; (2) prisão em decorrência de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente; (3) cumprimento da pena privativa da liberdade.

2.4. A prisão por ordem da autoridade competente, antes do trânsito em julgado, engloba a prisão preventiva (CPP, arts. 311 e s.); a prisão temporária (Lei nº 7.960, de 21.12.89; art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072, de 25.07.90); a prisão em virtude de pronúncia (CPP, art. 408, e §§); e a prisão em razão de sentença condenatória recorrível (CPP, arts. 393, I, e 669, I).

3. Toda “prisão” — no significado de toda privação da liberdade de locomoção — que não seja “cumprimento de pena”, é “prisão processual”.

O “cumprimento de pena” é a “prisão penal” (reclusão, detenção e prisão simples), isto é, correspondente à sanção criminal, que decorre do exercício do *ius puniendi*, no segmento do *ius exequendi*; sendo aplicada e executada no processo penal. Por isso, é tratada, tanto no Código Penal (cf. arts. 32, I; 33 a 42, 53, 59 a 68, e 77 a 90), na Lei das Contravenções Penais (v. art. 5º, I, 6º e §§, e 11), nas leis penais extravagantes (cf. Lei nº 7.492, de 16.06.86, arts. 30 e 31), no Código de Processo Penal (cf. artigos antes citados) e em lei processuais penais complementares (cf. Lei nº 7.960, de 21.12.89).

3.1. Frederico Marques (*Elementos de Direito Processual Penal*, Rio, Forense, 1965, IV: 23/26) expõe a respeito: “Vê-se, assim, que prisão penal propriamente dita é tão-só a que se impõe, na Justiça penal, como sanção repressiva, ao autor de crime ou contravenção”. E, em nota de rodapé, indica

Frederico Marques: “A prisão processual, para Joaquim Canuto Mendes de Almeida, é a que tem como objetivo a “segurança do réu para que não fuja”, ou, ainda, a ‘medida acauteladora da execução da pena e da fluência da causa, onde o legislador acha indispensável o contraditório efetivo’”, (“Princípios Constitucionais da Coação Processual”, *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. 35, pág. 659). No sentido de prisão regulada “pela legislação adjetiva”, também fala em “prisão processual” o eminente Basileu Garcia (*Instituições de Direito Penal*, 1ª edição, vol. II, págs. 425 e 426).”

3.2. A “prisão processual” é “prisão provisória”, e deriva da necessidade da *persecutio criminis*, da exercitação do *ius perseguendi*, abrangendo a fase da polícia judiciária e a fase judicial; ou é concretizada para assegurar a efetividade do “ius exequendi”; ou, ainda, para, diante da periculosidade real do indiciado ou do acusado, proteger valores e interesses sociais.

É a tradução processual penal do pressuposto do *periculum in mora*.

3.3. Essas funções da prisão provisória estão expressas na caracterização legal da prisão preventiva, consoante os termos do art. 312 do CPP (redação da Lei nº 8.884, de 11.06.94). Sua decretação pode ter lugar “como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

Para a prisão temporária são exigidos os seguintes pressupostos (art. 1º da Lei nº 7.960, de 21.12.89): “I — quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II — quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.”

A manutenção da privação provisória da liberdade, decorrente de flagrante delito, exige os mesmos requisitos da prisão preventiva, consoante o preceito do parágrafo único do art. 310 do CPP, acrescentado pela Lei nº 6.416, de 24.05.77.

A prisão por pronúncia (CPP, art. 408, § 2º) pressupõe a periculosidade efetiva, em cuja aferição interferem a reincidência e os maus antecedentes. Inexistente essa periculosidade concreta, o juiz não apenas deixará de decretar a prisão provisória por pronúncia, como pode revogar prisão anteriormente decretada.

3.4. Em todos esses casos de prisão provisória, ou há a culpa formada, isto é, já foi julgado procedente o *iucidium accusationis* (prisão por pronúncia), ou, pelo menos, a prova da existência do crime é indício suficiente de autoria (prisão preventiva, prisão decorrente de flagrante delito e prisão temporária: arts. 310, parágrafo único, e 312 do CPP; art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89). Já agora, estamos diante do pressuposto do *fumus boni iuris*.

3.5. Por força da regra constitucional — garantia individual — do art. 5º, LXI, em todos os casos é indispensável a fundamentação da ordem judicial de prisão.

3.6. O adjetivo “provisória” há de ser tomado no sentido técnico-jurídico. A prisão é provisória, porque dotada de provisoriedade, e não de definitividade. E provisória, pois que é providência, é provisional, é instrumento de garantia de atendimento de interesses da persecução ou da execução penal, ou de outros interesses coletivos.

Provisória, também, no significado amplo de cautelar (v. CPC, art. 798, que se refere a medidas provisórias, como expressão sinônima de medidas cautelares).

Outra característica é a da precariedade, na medida em que priva o indiciado ou o réu de sua liberdade, mas com eficácia superável, como por sua revogação ou pela absolvição.

3.7. É lição do insuperável Roberto Lyra (*Comentários ao Código de Processo Penal*, Rio, Forense, 1944, VI: 96/97), na análise o art. 672 do CPP, sobre o cômputo, na pena privativa de liberdade, do “tempo de prisão preventiva no Brasil ou no estrangeiro” (nº I), e o “de prisão provisória no Brasil ou no estrangeiro” (nº II): “O cômputo, na pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção), do tempo de prisão preventiva, já o fazia o art. 60 da Consolidação das Leis Penais. Agora se incluem, também, o tempo de prisão provisória e, um e outro, quando transcorrido no estrangeiro. Fazia-se necessário, para evitar dúvida, mencionar a prisão provisória, pois, a rigor, a prisão em flagrante, em virtude de pronúncia ou de sentença recorrível, não é preventiva nem executória.”

Nesta linha, a nova Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209, de 11.07.84), unificando a nomenclatura, em favor do gênero “prisão provisória”, dispôs no art. 42, sob a rubrica marginal “Detração”: “Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro...”

4. O cumprimento da pena sempre se deu, tão-somente, após a consumação da coisa julgada.

4.1. Com referência à execução das penas privativas de liberdade, é o que já dispunham os arts. 674 e 675 do CPP: “Art. 674. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena. Art. 675. 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 o presidente da câmara ou tribunal, se tiver havido recurso,

fará expedir o mandado de prisão, logo que transite em julgado a sentença condenatória.”

4.2. A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11.07.84) só admite a execução das penas privativas de liberdade, após o trânsito em julgado da sentença condenatória: “Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”. Por seu turno, o art. 107 da LEP estatui: “Art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.”

4.3. Comprova-se, assim, de modo inequívoco, que, tanto no regime do CPP quanto no da LEP, a execução, o cumprimento da pena sempre se deram, apenas, após o trânsito em julgado da condenação, e que, mesmo se já anteriormente preso o condenado, ou se vier a ser preso, em decorrência de mandado de prisão expedido (art. 64 do CPP; art 105 da LEP), o juiz ordenará a emissão de “carta de guia”, de “guia de recolhimento” para o cumprimento da pena (execução). A carta de guia, agora guia de recolhimento, “é o instrumento do título executivo” (Lyra, op. cit., VI: 121).

Julio Fabbrini Mirabete (*Execução Penal*, São Paulo, Atlas, 5ª ed., 1992, p. 262) sintetiza: “A sentença penal condenatória transitada em julgado constitui-se no título executivo necessário e imprescindível ao processo de execução penal. Como instrumento desse título executório instituiu-se na lei a anteriormente denominada ‘carta de guia’ (arts. 674 e s. do CPP), agora chamada, na Lei de Execução Penal, de ‘guia de recolhimento’ para a execução (art. 105 da LEP). Essa denominação provém do fato de que é ela o guia para os executores da sentença condenatória.”

4.4. Se já preso o réu, muda o título, a causa da privação da liberdade: a prisão provisória — para a qual basta o mandado de prisão, como ato de constrição, de coerção — passa a pena, para cuja execução já é necessária a guia.

Se o condenado estiver solto, isto é, se não tiver sido expedido contra ele, enquanto réu, mandado de prisão, sê-lo-á, agora, pela identificação da coisa julgada, mas com a complementação da expedição da guia. Não mais, porém, captura para prisão provisória; mas para a execução da pena.

Aliás, também, para a execução das penas pecuniárias e restritivas de direito, e das medidas de segurança, se exige o trânsito em julgado (LEP, arts. 147, 164 e 171).

5. O CPP distinguiu nitidamente, como estamos vendo, entre: (a) prisão provisória e (b) cumprimento da pena privativa de liberdade. Entre (c) execu-

ção das penas acessórias (arts. 691 a 695) e medidas de segurança (arts. 751 a 779), após o trânsito em julgado da sentença e (d) — o que existia, à época —, aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança. (arts. 373 a 380; v. en , s. 377 e 380). Note-se o correto emprego do termo “provisória”.

5.1. Roberto Lyra ensinava que as antigas aplicações provisórias de medidas de segurança e de interdições de direitos não envolviam execução penal, previstas que estavam, inclusive, em título próprio — arts. 373 e s. do CPP. Tal como não a constituía a prisão provisória, inclusive a preventiva, concluindo (op. cit., VI: 87): “Não há, pois, execução provisória em matéria penal”. E aduzia, com precisão: “A prisão preventiva e a prisão provisória são medidas de segurança processual, ditadas pelos critérios da necessidade. E o cômputo do tempo de custódia preliminar, obediente a motivos de equidade, não altera a natureza desse encarceramento cumprido em estabelecimentos, ou, pelo menos, seções especiais sem caráter penitenciário.”

II — A prisão e a liberdade provisórias como medidas cautelares

6. A prisão provisória como forma de tutela processual cautelar pressupõe o atendimento ao binômio *fumus boni iuris + periculum in mora*.

6.1. Funda-se, por isso, num juízo de probabilidade de condenação transitada em julgado, e, daí, conforme salientado, exigir a prova da existência do crime e um conjunto razoável de elementos evidenciadores de autoria ou a culpa formada.

6.2. Destina-se, ademais, a assegurar um resultado, o que é representado por seu atributo da acessoriedade. Não constitui um fim em si mesma, caracterizando-se por sua instrumentalidade.

O segundo pressuposto — o do *periculum in mora* — traduz-se na necessidade da concessão da medida cautelar, para que ela cumpra sua função instrumental, e acessória, de garantir o resultado visado. Conforme analisado, a prisão provisória objetiva, em face da periculosidade real do indiciado ou do acusado, garantir a *persecutio criminis* ou a execução penal, ou, ainda, a proteção de interesses e valores sociais.

6.3. As várias espécies de prisão provisória, antes focalizadas, que atingem a liberdade pessoal, são, ao lado das medidas assecuratórias patrimoniais (CPP, arts. 125 a 144), as medidas cautelares processuais penais.

7. No regime originário do CPP, havia casos de prisão provisória impositiva, que incluíam a prisão preventiva obrigatória (art. 312), a prisão por

pronúncia (art. 408, § 1º) e a derivada de sentença condenatória recorrível (art. 393, I).

7.1. Na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, afirmou o Ministro da Justiça, Francisco Campos: "... Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos em prejuízo do bem comum... A decretação da prisão preventiva, que em certos casos deixa de ser uma faculdade para ser um dever imposto ao juiz..."

7.2. Sobre a denominada prisão com culpa formada, desenvolve Frederico Marques (op. cit.) a seguinte justificativa, à época do regime original do CPP: "A sentença de pronúncia — como todas as decisões cautelares — se assenta no *fumus boni iuris*. Por ser provável a condenação do indiciado é que o juiz o pronuncia. Segundo Navarro de Paiva, "o indiciado não é um criminoso convicto: é um presumido delinqüente". E adiante diz: "Assim como a certeza moral é a base do julgamento, a probabilidade é a medida da pronúncia." Mas a pronúncia não resulta de apreciação sumária e de plano, com base em elementos de convicção muitas vezes até extrajudiciais (como ocorre, v. *gratia*, na prisão preventiva), e sim, de todo um procedimento especial para exame da imputação contida na denúncia, e que se denomina de formação da culpa, ou de instrução preliminar. Essa a razão pela qual o réu pode ficar legitimamente detido, embora não haja, ainda, sentença condenatória que o declare infrator da lei penal."

No que concerne à custódia oriunda de sentença penal condenatória recorrível (art. 393, I), sustentava o mesmo Autor que, na hipótese, "quando sobrevém condenação e o réu apela, a sentença condenatória se equipara, para o efeito da prisão do condenado, à pronúncia. É que já existe um pronunciamento jurisdicional declarando provada a imputação, o que é mais que a sentença de pronúncia onde se encontra apenas um juízo de probabilidade".

7.3. Assim, se, no sistema original do CPP, a prisão por pronúncia e a decorrente de sentença condenatória recorrível se fundavam numa probabilidade de condenação (*fumus boni iuris*), o certo é que o *periculum in mora* era presumido: prevalecia a presunção de periculosidade, pelo menos quanto ao aspecto de eventual fuga do réu.

7.4. Lembremos, porém, que, mesmo naquele regime, havia, ainda nas hipóteses de prisão provisória por pronúncia ou conseqüente à condenação recorrível, o remédio da liberdade provisória, pela fiança ou por se tratar de crime de que o réu se livre solto (CPP, arts. 393, I; 408, § 2º; e 594).

O regime do CPP contemplava, como espécies de liberdade provisória (CPP, Capítulo IV do Título IX — Da prisão e da liberdade provisória): (a) os

casos de liberdade provisória mediante fiança (CPP, arts. 322 e s., 393, I, 408, § 2º; 585, 594, 669 e 675); (b) os casos de liberdade provisória sem fiança (arts. 310 e 350 do CPP); (c) os casos em que o réu se livre solto, independentemente de fiança (art. 321).

8. Desde o início, houve reação da doutrina contra o sistema de prisões provisórias cogentes, de *periculum in mora* presumido, com sustentação de sua reforma, de modo a ser sempre exigido o requisito da necessidade da medida, devidamente comprovado *in casu*.

8.1. Face a este movimento, e diante das inúmeras injustiças que eram praticadas, foi modificado o conteúdo do art. 312 do CPP, abolindo-se a prisão preventiva obrigatória, pela Lei nº 5.349, de 03.11.67.

Iniciou-se, a partir de então, uma série de alterações no sistema de Código, de forma a sempre se exigir, para a decretação ou manutenção da prisão provisória, o pressuposto da necessidade, buscando-se, assim, suavizar o sistema autoritário imposto pelo Estado Novo.

Neste sentido, foi promulgada a Lei nº 5.941, de 22.11.73, que modificou as disposições dos arts. 408 e 594 do CPP. Sobreveio, ainda, a Lei nº 6.416, de 24.05.77, que alterou artigos sobre liberdade provisória, destacando-se o acréscimo, de parágrafo único, ao art. 310 do CPP, bem assim as inovações em matéria de concessão de fiança (arts. 322 a 324).

8.2. Acentue-se, ainda, o rigorismo da jurisprudência, ao exigir robusta e adequada fundamentação para a validade do decreto de prisão preventiva.

9. A Constituição Federal de 1988 chancelou, reforçou e coroou, nesta esteira, as garantias de liberdade pessoal, conforme já referido.

9.1. No nível constitucional, interferem as garantias asseguradas em seu art. 5º, XLVI, LIV, LV, LVII, LXI e LXVI, que consagram, respectivamente, o princípio da individualização dos gravames penais; o da obrigatoriedade do devido processo legal para a privação da liberdade; o do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; o princípio do estado (presunção) de inocência, pelo qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória; o da prisão somente em flagrante delito ou “por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”; e o da fruição da liberdade provisória que a lei admitir, com ou sem fiança, pelo que, quando houver essa admissão, “ninguém será levado à prisão ou nela mantido”.

9.2. Dessas garantias decorre: (a) a ilicitude da execução da pena e do lançamento do nome do réu no rol dos culpados (inculcados, condenados), antes da coisa julgada condenatória; (b) a extinção de quaisquer formas de prisão *ope legis*, por presunção de periculosidade, por *periculum in mora*

presumido; (c) a obrigatoriedade de fundamentação, individualizada, de qualquer decreto prisional provisório; justificadora de sua necessidade, em relação àquele determinado indiciado ou réu; sempre a este assegurados o *due process of law*, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos ínsitos.

9.3. A CF deu realce especial ao instituto da liberdade provisória: art. 5º, LXVI.

Liberdade provisória é a imunidade ou o antídoto à prisão provisória, a cautela ou contracautela em favor do indiciado ou réu. Mais uma vez, o adjetivo provisória indica o caráter cautelar, no caso mesmo, contracautelar, do instituto.

Defini Frederico Marques (*Elementos de DPP*, IV: 113): “Sob o *nomen juris* de liberdade provisória, disciplina o Código de Processo Penal medida de caráter cautelar em prol da liberdade pessoal do réu ou do indiciado, no curso do procedimento. Essa medida é admitida, ou para fazer cessar prisão legal do acusado, ou para impedir a detenção deste em casos em que o *carcer ad custodiam* é permitido. A liberdade provisória assegura a liberdade pessoal do indiciado ou réu, na *persecutio criminis* ou no processo penal condenatório, mediante restrições e ônus impostos àquele que a obtém. Fica sujeito, assim, o indiciado ou réu, a regime de “liberdade vinculada”, como o diz o art. 381 do Código de Processo Penal italiano”. Mas aduzia (p. 118/119): “Inadmissível que seja, por exemplo, a prisão preventiva, o réu se livrará solto sem que pesem ônus processuais relacionados diretamente com seu *status libertatis*, porque então se defenderá em liberdade sem os encargos da chamada liberdade provisória.”

III — A prisão provisória derivada de sentença condenatória recorrível

A) evolução acarretada pelas alterações da Lei nº 5.941, de 22.11.73

10. Analisemos, preliminarmente, as transformações produzidas, no sistema do CPP, pela Lei nº 5.941, de 22.11.73, antes, portanto, do advento da Constituição Federal de 05.10.88.

11. O art. 393 do CPP estatui, genericamente, sobre efeitos que se irradiam da sentença condenatória recorrível: “Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I — ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II — ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.”

O dispositivo guarda consonância com o preceito do art. 669, I: “Art. 669. Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo: I — quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança.”

11.1. Até o trânsito em julgado, o que há é “prisão”, termo que a legislação emprega no sentido de “prisão provisória”, ainda que sob a modalidade de antecipação do momento de exequibilidade, da sentença condenatória, “para determinados efeitos ou fins (o legislador usou dessas expressões como equivalentes)”, como ensina Roberto Lyra (*Comentários* cit., Rio, Forense, 1944, VI: 88). Trata-se, no caso, de efeito principal, que é a inflicção da pena.

11.2. Só após a ocorrência da coisa julgada, é que passa a existir o “cumprimento da pena privativa de liberdade”, o efeito principal.

Aquilo que, em verdade, pode ocorrer, por força da regra do art. 393, I, do CPP, não é a execução da pena, mas a atribuição de um efeito prisional: prisão provisória, a sofrer o fenômeno da detração, se sobrevier condenação transitada em julgado. Se já se tratasse de execução da pena, não haveria que se falar em detração, que consiste em computar, na pena privativa de liberdade, o tempo de prisão preventiva ou qualquer outra forma de prisão provisória (art. 42 do CP; art. 672, I e II, do CPP); isto é, em abater, da duração da pena, tempo que não é de cumprimento de sanção penal privativa de liberdade.

11.3. Os arts. 393, I, e 669, I, do CPP nunca consagraram a execução provisória da condenação, da pena privativa de liberdade; mas, tão-somente, a exequibilidade de um efeito da sentença, ou seja, a sua efetividade tão-somente para o fim de sujeição do réu a uma forma de prisão provisória, e, por isso, cautelar, que, na época de promulgação do Código, tinha base em *periculum in mora* presumido *juris et de jure*.

Tanto se trata de prisão cautelar, que também a sentença absolutória sujeitava o réu à privação provisória da liberdade, em determinadas hipóteses (art. 669, II).

E sempre com a previsão de hipóteses de liberdade provisória: a fiança, prevista no próprio art. 393, I, e no art. 669, I; e essa e o livrar-se solto no art. 675, *caput*, que, na verdade era o mais completo do sistema: “Art. 675. 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 o presidente da câmara ou tribunal, se tiver havido recurso, fará expedir o mandado de prisão, logo que transite em julgado a sentença condenatória.”

12. Os dispositivos em apreço, no sistema do CPP, sistema esse com as alterações da Lei nº 5.941, de 22.11.73, têm de ser harmonicamente interpretados com os preceitos dos §§ 1º a 3º do art. 408 do CPP.

Cabe lembrar que a pronúncia e a condenação pelo juiz singular surgem após a tramitação do mesmo procedimento.

12.1. Na redação primitiva do referido § 1º do art. 408, na sentença de pronúncia, o juiz mandaria lançar o nome do réu no rol dos culpados (à semelhança do previsto no art. 393, II, quanto à sentença condenatória recorável); recomendá-lo-ia na prisão em que se achasse (o verbo indica a substituição do título pelo qual passaria a estar o réu preso); ou, se solto, até então, o pronunciado, expediria as ordens necessárias para a sua captura.

Pelo § 2º, na versão primeira, não alterada (tendo, apenas, passado a § 3º, pela Lei nº 5.941/73, em razão da nova regra do § 2º do art. 408, que reproduziremos a seguir), “se o crime for afiançável, será, desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão”.

Em decorrência do preceituado pela Lei nº 5.941/73, o novo § 2º passou a assim dispor: “Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso.”

“Poderá”, porque, embora “primário e de bons antecedentes”, a regra não terá aplicação, se presentes os pressupostos da “prisão preventiva”, conforme as regras dos arts. 312 e 313 do CPP com as redações respectivamente criadas pelas Leis nºs. 8.884, de 1 1.06.94; e 6.416, de 24.05.77.

12.2. Destarte, com a ressalva formulada, se já afiançado, ou se prestar fiança; e, acima de tudo, no caso de ser primário e de bons antecedentes, não será preso, o pronunciado, sendo que; na primeira e na última hipóteses, nem sequer será determinada e, muito menos, efetivada a expedição do mandado de prisão.

Na realidade, a hipótese dominante é a do réu primário e de bons antecedentes, quer no caso de crime afiançável, quer no de inafiançável; eis que o réu, pronunciado, somente poderá ser preso, se não atender a tais requisitos. A hipótese de fiança é de liberdade provisória como antídoto; a de primariedade com bons antecedentes, de liberdade provisória como imunidade à prisão, que só pode efetivar-se em face da presença, concreta, pelo efetivo *periculum in mora*, da necessidade da prisão, representada pelo abrangente conjunto das hipóteses do art. 312 do CPP.

13. No tocante à sentença condenatória recorrível, a referência à primariedade e à condição de pessoa de bons antecedentes sobreveio com a Lei nº 5.941/73, não diretamente no art. 393, mas no art. 594, que, tratando de pressuposto de admissibilidade do recurso de apelação, assim dispunha, originalmente: “Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.”

Na redação da Lei nº 5.941/73, passou a prescrever: “Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.

A redação dos arts. 393, I, e 594 do CPP, sempre foi assinalada pelos doutrinadores. Assim, Basileu Garcia (*Comentários ao CPP*, Rio, Forense, 1945, III: 570) era expresso no grifo da “correlação dispositivo” do art. 393, I, e os “dos arts. 594 e 597”.

13.1. A Lei nº 5.941, de 22.11.73, provocou uma grande modificação na estrutura sentencial penal, com a alteração da redação do art. 594 do CPP.

É que, na hipótese de condenação, além dos fundamentos e do dispositivo da declaração da existência e da exercitabilidade do *ius puniendi*, bem como da conseqüente efetivação do mesmo, através da aplicação da pena; o juiz tem de decidir, motivadamente, sobre outro tópico da maior relevância, eis que diz respeito ao *status libertatis* do condenado: este novo segmento decisório tem por objeto a declaração da presença, ou não, quanto ao réu, dos requisitos da primariedade e da qualificação de pessoa de bons antecedentes.

13.2. A sentença condenatória passou, em decorrência, a ser uma sentença complexa, na medida em que veio a ter dois objetos.

Além da parte declaratório-condenatória, tem de conter, agora, um segmento que diz respeito ao referido reconhecimento, com conseqüência da mais alta relevância: se houver esse reconhecimento (que a jurisprudência admitiu pudesse ser expresso ou implícito, isto é, se não houver decisão explícita quanto ao ponto, entende-se que houve o reconhecimento, porque a prisão de qualquer pessoa, salvo em flagrante delito, terá de ser “por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária”); isto é, se for o réu primário e de bons antecedentes, não haverá a expedição de mandado de prisão, não operando o disposto no art. 393, I, do CPP, salvo se presente o *periculum in mora*, à semelhança do que ocorre na hipótese do art. 408, § 2º, com a pronúncia. Periculosidade real, concreta, demonstrada e traduzida na presença dos requisitos da prisão preventiva, que hoje dominam todo o cenário das prisões provisórias, sendo que apenas a prisão temporária, por sua função especial, tem contornos próprios (assim mesmo, v. art. 2º, § 7º, da Lei nº 7.960/89).

Há uma justaposição à parte condenatória da sentença. E, insistimos, através de decisão individualizada e fundamentada, autônoma, mas aglutinada à condenação, ambas as porções compoem a parte dispositiva da sentença.

13.3. Em resumo, pode dizer-se que, com a Lei nº 5.941/73, a ordem de prisão, com base no art. 393, I, deixou de ser um efeito da sentença, para ser objeto da mesma.

Basileu Garcia (op. e vol. cit., p. 568) já era explícito, no primitivo sistema do CPP, ao analisar a disposição do art. 393 do CPP: “Embora sujeita a recurso, a sentença condenatória pode produzir importantes reflexos sobre a liberdade do acusado. Deles a decisão deve cuidar na sua parte dispositiva”; inclusive, se for o caso, “cumpre-lhe ordenar que se expeça mandato de prisão, se necessária for a captura do condenado”.

13.4. Esse é o regime que tem de prevalecer na conjugação das normas dos arts. 393, I e II, e 594 do CPP, entendendo-se que a inclusão da cláusula da primariedade e da condição de bons antecedentes, pela Lei nº 5.941/73, não afetou, apenas, o último, limitando-se a criar mais uma exceção à obrigatoriedade da prisão como pressuposto de admissibilidade do recurso; mas, exatamente por ser o Direito um sistema — mudando-se uma peça da máquina, há repercussões em outras partes da estrutura e do funcionamento dessa —, atingiu, também, a aplicação da regra do art. 393, criando-se mais uma hipótese de liberdade provisória, tudo à semelhança do que se passa no inter-relacionamento entre as disposições dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 408. O que a Lei nº 5.941/73 fez, com relação à prisão provisória decorrente de pronúncia ou de condenação recorrível, foi instituir mais um caso de liberdade provisória, sem fiança (cf. §§ 2º e 3º do art. 408 do CPP). Se primário e de bons antecedentes o pronunciado ou o recorridamente condenado, ou se afiançado ou prestar fiança, ou se livrar solto, não será ele preso, em face da pronúncia ou da condenação.

14. O afiançado, o que se livra solto permanecem em liberdade em qualquer instância; se o réu primário, de bons antecedentes, foi a ele equiparado, pela mesma força de razão deverá ter idêntico tratamento.

14.1. É que o primeiro fato que ocorre; o primeiro ato jurídico praticado é a prolação da sentença, com o reconhecimento, expresso ou implícito, da manutenção do réu em liberdade, ou sua libertação, ou com a decretação de sua prisão.

Em decorrência, a norma do art. 594 passou, no sistema do CPP, a comandar todo o sistema de prisão provisória conseqüente à condenação recorrível.

Aliás, na verdade, o primeiro binômio liberatório (primariedade + bons antecedentes) domina todo o quadro, porque, se é suficiente para os crimes infiançáveis, com razão maior o será para os afiançáveis.

14.2. A Lei nº 5.941/73 não alterou os arts. 584, § 2º, e 597 do CPP.

O primeiro dispositivo preceitua: “O recurso da pronúncia suspenderá tão-somente o julgamento.” O segundo prescreve: “A apelação de sentença condenatória terá efeito suspensivo, salvo o disposto no art. 393...”

14.3. Daí, o efeito liberatório ou prisional da decisão judicial sobre a primariedade, vida pregressa e concessão da fiança produzir-se, de imediato, quando da própria prolação da sentença condenatória.

Assim, quer essa sentença decrete, expressa e fundamentadamente, a prisão; quer não a imponha, pelo reconhecimento das isenções referidas, o primeiro recurso interponível (em sentido estrito contra a pronúncia, ou a apelação, contra a condenação) não tem o condão de suspender a eficácia da deliberação sentencial, pois que tal recurso, com relação a esse tópico, não tem efeito suspensivo.

Toda a irradiação eficaz, neste ponto, é produto da sentença, na parte em que decidiu quanto à prisão ou a liberdade provisória, produzindo-se automaticamente.

14.4. Destarte, consoante as regras dos arts. 584, § 2º, e 597 do CPP, o efeito não-suspensivo, no particular, do recurso em sentido estrito ou da apelação, mantém incólume a eficácia das normas dos arts. 393, I, e 408, §§ 1º a 3º, no caso de sentença de pronúncia ou condenatória de primeiro grau, na parte referente à prisão provisória adequadamente infligida.

Conseqüentemente, se pronunciado ou condenado o réu, no segundo grau, por confirmação daquelas ou reforma, da sentença, de impronúncia ou absolutória, qualquer que seja o recurso subsequente, mesmo que ele não tenha efeito suspensivo, como o recurso especial e o extraordinário, nenhuma alteração ocorrerá neste quadro.

Em suma: nenhum recurso (desde o recurso em sentido estrito e a apelação) tem efeito suspensivo em relação aos arts. 393 e 408, §§ 1º a 3º. E, por isso, a prisão, desde que imposta de forma hábil, será, desde logo, executável, ou como prefere o art. 669, I, será exequível.

14.5. Na hipótese de a absolvição ou impronúncia, decidida no primeiro grau, vir a ser reformada na segunda instância, é óbvio que o Tribunal terá de deliberar, no próprio acórdão, na linha do disposto nos arts. 393, I, e 408, §§ 2º e 3º, com a exegese sistêmica aqui enfocada, independentemente de qualquer consideração quanto aos efeitos de um futuro e eventual recurso constitucional.

14.6. Neste sentido, é que deve ser interpretada a disposição do art. 675, § 1º, do CPP, que é o correspondente, no segundo grau de jurisdição, aos arts. 393, I, e 408, §§ 2º e 3º, e que assim prescreve: “No caso de reformada pela superior instância, em grau de recurso, a sentença absolutória, estando o réu solto, o presidente da câmara ou do tribunal fará, logo após a sessão de julgamento, remeter ao Chefe de Polícia o mandado de prisão do condenado.”

O dispositivo deste parágrafo está, inquestionavelmente, subordinado à prescrição do *caput*, que estatui: “Art. 675. 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 o presidente da câmara ou tribunal, se tiver havido recurso, fará expedir o mandado de prisão, logo que transite em julgado a sentença condenatória.”

Devemos entender, já agora, após as modificações legislativas ulteriores: só será também expedido o mandado de prisão, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, se estiver presente o binômio “*primariedade + bons antecedentes*”, devidamente reconhecido.

Sendo o art. 675, § 1º, do CPP, o correspondente do art. 393, I, no segundo grau de jurisdição, tem a prisão a que ele se refere a mesma natureza cautelar da prevista por esse, eis que é o *caput* do art. 675 que, expressamente, prescreve que a execução da pena privativa de liberdade somente se dá após o trânsito em julgado.

O *caput* trata da expedição do mandado de prisão para cumprimento da pena; o § 1º, daquele de prisão cautelar.

O *status libertatis* deve ser mantido, pois, mesmo quando houver condenação, confirmatória ou reformadora, no segundo grau de jurisdição, nenhuma alteração ocorre, em sede de eficácia, no quadro dos efeitos dos recursos cabíveis contra a condenação.

15. Se adotarmos a caracterização da exigência do art. 594 do CPP, de recolhimento à prisão, como “regra procedimental condicionante do processamento da apelação”, tal entendimento não interfere com a linha de raciocínio aqui desenvolvida, porquanto a norma em apreço está em consonância com a regra do art. 393, I, pressupondo a expedição, em decorrência da aplicação desse, do mandado de prisão.

O atendimento ao pressuposto de recolher-se à prisão, pelo apelante, é decorrência de já estar sua prisão determinada. Neste caso, não pode ficar ele foragido e querer apelar.

O que mudou foi a função do art. 393, I, e de seu cognato, o art. 675, § 1º, tudo em sintonia com as modificações do art. 408, §§ 1º a 3º, e do art. 594 pela Lei nº 5.941/73; função que deixou de ser o estabelecimento de um efeito automático da sentença condenatória recorrível, para passar a ser de atribuição, ao juiz ou Tribunal, do dever de não ordenar a prisão, desde que atendidos os requisitos da primariedade e dos bons antecedentes; da afiançabilidade, ou da hipótese do “*livrar-se solto*”.

15.1. E tanto os arts. 393, I, e 408, §§ 1º e 2º (originais) do CPP, sempre estiveram em correspondência com o art. 594; e aqueles, juntamente com o §

1º do art. 675, com o *caput* deste último, que, mesmo entendida, primitivamente, no sistema do CPP, que a prisão por sentença ou acórdão recorrível era automática, no sentido de que não se exigia a aferição da necessidade concreta, todos previam a ressalva da liberdade provisória da fiança e do livrar-se solto.

A Lei nº 5.941/73 limitou-se a acrescentar, a hipótese de liberdade provisória por primariedade e boa vida progressa.

Fê-lo, é certo, incompletamente, pois que deveria ter acrescido esta nova hipótese — que passou, aliás, a ser a mais relevante — também nos arts. 393, I, e 675, *caput*.

O último sempre foi, aliás, mais completo que o primeiro, que, como salientavam os comentadores, à época, não previa o “livrar-se solto”, contemplada no art. 675, *caput*.

O que tem de prevalecer é a interpretação sistêmica, evolutiva e teleológica.

B) O advento do regime constitucional de 1988

16. Preliminarmente, gizamos ser nosso entendimento que o instituto da prisão provisória não foi abolido pela CF de 1988, a qual veio, no entanto, a constituir o ápice da evolução consistente na consagração da legitimidade da prisão provisória, representada pela exigência de necessidade de a mesma só se dar em face da periculosidade e do risco concreto, tudo traduzido em fundamentação judicial individualizada e suficiente; e pela chancela dos casos de liberdade provisória, na qualidade de cautela preventiva ou contracautela à prisão, tudo isso como expressão fundamental das garantias de devido processo, do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

E, se de recursos é que estamos tratando, para os quais não se pode exigir garantia de instância (abolida, até, em hipóteses patrimoniais), não se pode constituir, com referência a eles óbice indevido ao pleno exercício da defesa; especialmente quando a exigência é ilícita, por contrariar outros aspectos do sistema constitucional e legal.

17. O que se nos apresenta como a única conclusão inquestionável é que o ato de captura só cabe em flagrante delito ou por ordem judicial, escrita e individualizadamente fundamentada; e, em qualquer dos casos, o encarceramento terá de justificar-se na necessidade, no *periculum in mora* concreto, a par do atendimento ao pressuposto do *finis boni iuris*.

17.1. Tal significa que nem flagrante, nem pronúncia, nem condenação não transitada em julgado, por si mesmos, podem ser justa causa de prisão provisória, devendo, nestas hipóteses, estar presentes os motivos que autorizam

a prisão preventiva, que são os mais amplos (a prisão temporária tem campo restrito) e passaram a dominar todo o quadro de prisão e de liberdade provisórias, a partir das inovações da Lei nº 6.416, de 24.05.77.

17.2. Daí, o disposto no parágrafo único do art. 310 do CPP, por ela acrescentado, segundo o qual será concedida liberdade provisória, quando da prisão em flagrante, se o juiz verificar a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

Nesta linha, igualmente, o art. 324 ficou acrescido de um inciso IV, segundo o qual não será concedida fiança, “quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).”

O art. 31 da Lei nº 7.492, de 16.06.86, é também expressivo, na medida em que, nos crimes, nela previstos (crimes contra o sistema financeiro nacional), punidos com pena de reclusão, a fiança e o apelar em liberdade do réu primário e de bons antecedentes somente serão afastados, “se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva”.

18. Aquilo que a CF, no art. 5º, LVII, c/c os respectivos incisos LXI e LXVI, estabelece é que não poderá haver prisão provisória sem fundamentação individualizada, e decorrente, tão-só, da inculpação, ainda não transitada em julgado.

18.1. Com efeito, a Colenda Segunda Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal (HC nº 73.364-RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, julg. de 11.06.96) concluiu que “a prisão provisória não decorre automaticamente da pronúncia do réu, sendo necessário que sua decretação esteja adequadamente fundamentada.”

Em consequência, foi concedido o *habeas corpus*, para, “mantida a pronúncia do paciente, cassar o decreto de prisão, tendo em vista a falta de motivação.”

18.2. Frederico Marques “O Processo Penal na Atualidade”, em *Processo Penal e Constituição Federal*, São Paulo, Acadêmica, 1993, p. 19; e *Pareceres*, São Paulo, AASP, 1993, p. 100) doutrina: “A presunção de inocência decorrente do que está expresso no art. 5º, LVII — e que Vélez Mariconde prefere denominar de estado de inocência — cria para o acusado um *status* especial de respeito à sua liberdade. Não há proibição de medidas cautelares, como a prisão preventiva e a prisão em flagrante, como facilmente se infere do item LXI do art. 5º, em que, há referências à prisão em flagrante e à prisão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Mas proscribida está a prisão cautelar obrigatória, até mesmo após sentença condenatória recorrível. O Juiz que condenou o réu em primeira instância poderá mantê-lo preso ou ordenar sua prisão, desde que motive adequadamente a decretação do

carcer ad custodiam. A condenação pode determinar a existência do *fumus boni iuris*, mas não é suficiente para dar origem ao *periculum in mora*. E só em aglutinando-se esses dois pressupostos da medida coercitiva e cautelar é que ela pode ser imposta ...”. “Uma vez que antes de condenação passada em julgado o acusado se presume inocente, claro está que sua prisão, antes que a *res judicata* cubra a sentença condenatória, somente será admissível nos casos indicados no citado nº LXI, do art. 5º, da Lei Maior. É que, se o acusado se considera inocente, antes da sentença passada em julgado, não cabe impor-lhe o *carcer ad poenam* enquanto considerado inocente (não culpado). Apenas a prisão cautelar, ou o *carcer ad custodiam* é que ele poderá sofrer, antes que passe em julgado a sentença condenatória.”

18.3. O rol dos culpados é o dos condenados, e tampouco pode prevalecer antes da coisa julgada. A inculpação, isto é, a atribuição do estado de condenado (culpado) — e que se opõe ao estado de inocente, inerente à personalidade —, depende da ocorrência da coisa julgada condenatória.

Daí serem remansosas a doutrina e a jurisprudência, em que está derrogado o inciso II do art. 393 do CPP, que contemplava o lançamento imediato do nome do condenado, que ainda podia recorrer, no rol dos culpados.

Lembremos que o mesmo acontecia com a sentença de pronúncia, pela disposição do art. 408, § 1º do CPP, em sua versão original, consoante a noção, da época, de *culpa formada*, mas que foi alterada pela Lei nº 9.073, de 02.05.95, exatamente para eliminar dito efeito daquela decisão.

Vicente Greco Filho (*Manual de Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 298) é taxativo: “O art. 393, entre os efeitos processuais da sentença condenatória recorrível, prevê o lançamento do nome do réu no rol dos culpados. Esse efeito, porém, em nossa opinião, é incompatível com a presunção de inocência consagrada na Constituição, de modo que entendemos não mais existir.”

19. Quando ainda, entre nós, era admitida a decretação da prisão preventiva obrigatória, e não havia sido erigido à categoria de preceito constitucional o estado de inocência do acusado, já se colocava movimento contra a decretação de medida cautelar baseada exclusivamente na qualidade e na quantidade da pena, em presunções de riscos e periculosidades, sem se verificar, no caso concreto, a necessidade da medida.

19.1. Cuida-se, portanto, de dar sistematização às hipóteses de prisão provisória, adequando-as ao princípio da necessidade, que, na esteira das modificações introduzidas pelas Leis nºs 5.349, 5.941 e 6.416, foi alçado à categoria de princípio constitucional, com a exigência, para a decretação ou manutenção de qualquer prisão provisória, da existência de efetivo *periculum*

in mora, demonstrado na inafastável fundamentação da decisão judicial a respeito.

A caracterização da prisão provisória como verdadeira medida excepcional, face ao *status* de inocência de que goza o réu, e a exigência de que somente pode ser decretada em caso de absoluta necessidade sempre foram aspiração da doutrina, desde o advento do Código Processual Penal, como já sublinhado. Criticava-se duramente seu sistema, acusando-o de autoritário e fascista.

E, agora, quando, após uma série de modificações legislativas, no sentido de se exigir, para a legitimidade da prisão, sua absoluta inafastabilidade, surgiram as garantias asseguradas pela Carta Magna, não se pode admitir que o princípio da necessidade deixe de ser requisito fundamental para a prisão provisória.

Não se trata de “desarrazoada euforia” com as prescrições constitucionais, como rotulam alguns, pois que o princípio da CF é o coroamento de uma série de modificações, à luz das quais deve ser obrigatoriamente entendido.

19.2. A necessidade tem de ser objeto de análise no caso concreto (como expressão da individualização penal), não podendo haver presunção abstrata de periculosidade e de risco, baseada, tão-somente, na qualidade do crime, na quantidade da pena, ou nos próprios fatos da prisão em flagrante, da pronúncia ou da condenação sujeita a recurso (daí, ter de ser considerado *cum grano salis*, no novo regime constitucional, o disposto no art. 30 da Lei nº 7.492, de 16.06.86, sobre crimes contra o sistema financeiro nacional).

19.3. A consagração constitucional do princípio do estado de inocência tem conteúdo que não se limita ao de atribuir o ônus da prova ao acusador.

Ostenta outros inestimáveis desdobramentos, como: (a) a necessidade de evidência razoável para a *persecutio criminis*, especialmente para a propositura da ação penal; (b) a impossibilidade de execução da pena em momento anterior ao trânsito em julgado; e (c) conjugadamente com as garantias contra a prisão, fora do flagrante e da ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, e com aquela da individualização das decisões penais gravosas, conduz à prevalência do princípio da necessidade, em termos de prisão provisória.

19.4. Não há mais, portanto, prisão automática *ipso iure*.

Como salienta, com propriedade, Tourinho Filho (*Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 13ª ed., 4: 217), não mais existe prisão, antes da coisa julgada condenatória, senão por necessidade, devidamente explicitada na fundamentação da decisão prisional.

Neste sentido, é que pode ser entendido, portanto, o enunciado nº 9 da Súmula do STJ, um dos primeiros editados por aquela Egrégia Corte.

19.5. Nenhuma prisão provisória pode ser automática. A fundamentação para a decretação de prisão provisória é, hoje, exigência geral: CPP, art. 315, para a prisão preventiva; art. 2º, § 2º, da Lei nº 7.960, de 21.12.89, e art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072, de 25.07.90, para a prisão temporária.

O parágrafo único do art. 310 do CPP, acrescentado pela Lei nº 6.416, de 24.05.77, exige, para a manutenção da privação provisória da liberdade em decorrência de flagrante delito, que estejam presentes os pressupostos da prisão preventiva. Só o ato de captura é sem ordem judicial prévia, escrita e individualizadamente fundamentada. Mas o estado de privação de liberdade exige a deliberação judicial, nos termos do disposto no art. 310, e parágrafo único, do CPP.

O art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90 é explícito em que, “em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu pode apelar em liberdade”, com o que deu novo alcance ao art. 35 da Lei nº 6.368, de 21.10.76 (sobre tráfico ilícito de entorpecentes); e, conseqüentemente, aos arts. 585 e 594 do CPP.

19.6 Afirmando Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (*As Nulidades no Processo Penal*, São Paulo, Malheiros, 3ª ed., 1993, p. 241) que a decretação de prisão “não pode ser automática, diante do reconhecimento do crime e de sua autoria, mas deve ressaltar, ainda, da apreciação sobre a presença do *periculum libertatis*, que autoriza excepcionalmente a prisão antes de uma condenação definitiva”.

20. A chave da solução da questão, no sistema do CPP, está na nova redação dos arts. 408, §§ 1º a 3º, e da conseqüente nova interpretação dos arts. 393, I, e 675, *caput*, e § 1º, à luz do regime da Lei nº 5.941/73 e do sistema constitucional vigente, particularmente representado pelas garantias asseguradas nos incisos XLVI, LVII, LXI e LXVI do art. 5º da CF, já focalizados.

Condicional a prisão provisória à decisão escrita, fundamentada da autoridade judiciária competente, o art. 393, I, e 675, e § 1º, têm de ser, agora, interpretados e aplicados, no sentido de ser exigido, na sentença e no acórdão, a imposição individualizada e motivada.

Como o próprio art. 393 já excepcionava a hipótese de fiança e já se tinha como implícita a de o réu livrar-se solto (cf. Basileu Garcia, *Comentários ao CPP*, III: 571), agora se tem de entender que, sendo ele primário, de bons antecedentes, e não se oferecendo motivos para a prisão preventiva (em decorrência das alterações já apontadas da Lei nº 6.416, de 24.05.77), não

cabe a inflicção desta espécie de prisão provisória, decorrente de condenação recorrível.

Essa exegese estende-se ao art. 675, *caput*, e § 1º.

20.1. Em suma, aquilo que, no regime inicial da Lei nº 5.941/73, era apenas questão de afastamento de uma prisão provisória em face da condenação recorrível, mercê da aplicação de um mecanismo de liberdade provisória (pela primariedade e bons antecedentes; pela afiançabilidade ou pelo livrar-se solto), passou a caracterizar, igualmente, caso de limitação de imposição de prisão provisória ao condenado reincidente e de maus antecedentes, que somente ser privado de sua liberdade se, reforçado, já a esta altura, o *fumus boni iuris*, e aferindo-se a existência concreta de *periculum in mora*, estiverem presentes os pressupostos da prisão preventiva.

Num caso, liberdade provisória imunizante, cautelar preventiva: se primário e de bons antecedentes, ou subsidiariamente se for o caso de fiança ou de livrar-se solto, não há de decretar-se a prisão, também provisória, salvo (contracautela prisional) se presente hipótese, concreta, individualizadamente verificada, de prisão preventiva.

No outro, liberdade provisória contracautelar: se, embora não presentes aqueles pressupostos favoráveis, não houver, tampouco, a ocorrência das hipóteses do art. 312 do CPP.

É o mesmo que ocorre com a contracautela do art. 310, e parágrafo único, do CPP, em relação à captura em flagrante, a que se equipara, como sabemos, a condenação recorrível.

Capturado em flagrante delito e conduzido — o que é formalizado pelo auto-respectivo —, será concedida, nas hipóteses previstas naqueles dispositivos, a liberdade provisória.

No caso da condenação recorrível, não chega a haver a formalização da expedição do mandado de prisão, eis que, na própria decisão condenatória, o juiz ou o tribunal já aprecia se é caso, ou não, de concessão da liberdade provisional, por inoccorrência dos casos de prisão preventiva.

20.2. Pode concluir-se que, pelo vigente regime, constitucional e legal, o flagrante delito, a pronúncia ou a sentença condenatória recorrível por si sós não são títulos suficientes para a decretação ou manutenção de prisão provisória: tem que estar caracterizada uma das hipóteses do art. 312 do CPP, embaadoras da prisão preventiva, e que formam o conjunto mais amplo, dentre os que podem servir de fundamentação para a prisão provisória. E isto tem de ser individualizado e expressamente motivado na parte da sentença em que se decretar a prisão.

O que se afirma nada mais é, do que a tradução do princípio da necessidade, que exige a indispensabilidade da prisão instrumental e acessória, seja em termos de exercício do *ius persecuendi*, seja de *ius exequendi*; de efetivação, pois, do *ius puniendi*.

20.3. Tampouco pode concluir-se pela automaticidade da prisão por condenação recorrível, fazendo-se distinção entre prisão provisória cautelar e prisão provisória processual, para, como Rogério Lauria Tucci (*Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1993), concluir que, somente com relação à primeira, não pode ocorrer apriorística consideração de culpa, que pode estar presente quanto à segunda, sem afronta do art. 5º, LVII.

Processual, ou de outra índole, o certo é que se impõe a ordem individualizadamente fundamentada, exigência do art. 5º, LXI, o que afasta a possibilidade de qualquer automaticidade prisional *ex lege*, no regime da vigente Constituição Federal.

20.4. Se considerarmos, por outro lado, a prisão derivada de condenação recorrível, como antecipação da execução da pena, teremos flagrante inconstitucionalidade, não só por atentado ao estado de inocência, como à ampla defesa, eis que atinge a garantia aos recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LIV e LVII).

20.5. Toda prisão provisória é, atualmente, uma medida que exige, do juiz, a avaliação da real e efetiva necessidade de sua adoção face ao caso concreto, e à luz dos pressupostos legais Antonio José Azevedo Pinto, *A Prisão Cautelar no Brasil*, Rio, Liber Iuris, 1987, p. 136).

Weber Martins Batista (*Liberdade Provisória*, Rio, Forense, 2ª ed., 1985, p. 117) conclui: “O *status* de inocência do réu ou — com maior razão — do indiciado não permite a imposição de qualquer restrição à sua liberdade, que não seja absolutamente necessária. A prisão provisória, como medida cautelar ou de segurança, não sendo uma pena antecipada, só assim se justifica. Não se pode, portanto, admitir que o agente seja mantido preso cautelarmente, tão-somente porque foi detido em flagrante pela prática de crime considerado grave; em qualquer caso, a providência cautelar exige, além do *fumus boni iuris*, que haja um *periculum in mora*.”

20.6. O primário de bons antecedentes tem direito subjetivo ao *status libertatis*, e só pode ser desse privado, se estiverem presentes os pressupostos da prisão preventiva, “medida extrema”, que somente poderá ser decretada, “quando necessária para garantir a aplicação da lei penal, na conveniência da instrução criminal e devidamente fundamentada” (STJ, HC nº 1.354, Relator, Ministro Flaquer Scartezini, RT 684: 364; HC nº 2.967-4/SP, Relator, Ministro

Jesus Costa Lima, DJU de 31.10.94, p. 29.509). E isso, independentemente das circunstâncias e da gravidade do delito cometido ou da pena aplicada (STF, HC nº 63.277-7, Relator, Min. Rafael Mayer, RT 605: 464; STJ, HC nº 3.214-4/SP, Rel. Min. Jesus Costa Lima, DJU de 03.04.95, p. 8.137; TJSP, RT 586: 306).

20.7. Neste sentido, continua a poder haver prisão por pronúncia; por sentença ou acórdão recorrível, mas atendidos os pressupostos e requisitos analisados.

E o fato de o recurso da defesa não ter efeito suspensivo continua desinfluyente, desde que não tenha sido adequadamente imposta prisão de uma das espécies citadas.

Com efeito, o disposto no art. 637 do CPP é para a hipótese de haver decretação da prisão, que pode ser cumprida na pendência do recurso sem efeito suspensivo.

Também se for caso de o réu livrar-se solto, estar afiançado ou ter sido reconhecida a sua primariedade e boa vida progressa, nada sendo apontado no sentido da existência de motivos para a prevenção prisional, a não-suspensividade do recurso funciona a favor do réu, se a acusação é que tiver recorrido.

21. A regra do art. 585 do CPP tem o seguinte texto: “Art. 585. O réu não poderá recorrer da pronúncia senão depois de preso, salvo se prestar fiança, nos casos em que a lei a admitir.”

O art. 594 (redação pela Lei nº 5.941/73) dispõe, como sabemos: “Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.”

O art. 595 aduz: “Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.”

Esses dispositivos sempre conviveram com a não-suspensividade do recurso em sentido estrito e da apelação (arts. 584, § 2º, e 597), mostrando que nada têm a ver com esse aspecto.

Eles sempre mantiveram consonância com o disposto nos arts. 408, e §§, e 393, I.

No regime anterior, em que a prisão por pronúncia e aquele por condenação recorrível eram *ope legis*, salvo fiança ou crime de que o réu se livra solto, o foragido não podia recorrer ou apelar; e se recolhesse à prisão, apelasse e fugisse, haveria deserção do apelo.

Por isso, foi sempre considerada esta hipótese como de condição de admissibilidade ou de procedibilidade recursal.

21.1. Atualmente, como demonstrado, existe a exclusão, pela Lei nº 5.941/73, da exigência de recolhimento à prisão do primário e de bons antecedentes, mercê do reconhecimento, tácito ou expresso, na sentença: se houver esse reconhecimento, não será expedido mandado de prisão, porque não tem sentido fazer o reconhecimento em tela e mandar prender, como explícito no § 2º do art. 408, também incluído pela Lei nº 5.941/73: “Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz decretar-lhe a prisão ou revogá-la, como já se encontre preso.”

Veja-se a força que a lei deu ao binômio primariedade + bons antecedentes: o juiz pode até revogar a prisão, isto é, terá competência para fazê-lo, salvo se presentes os pressupostos da prisão preventiva, hoje dominantes (cf. arts. 310, parágrafo único; e 324, V, do CPP; art. 31 da Lei nº 7.492/86).

21.2. A prisão provisória por pronúncia ou pela condenação recorrível era prisão, tão-somente, pela inculpação, de risco presumido de eventual fuga, em face da mais completa, embora ainda não integralmente aperfeiçoada, caracterização da responsabilidade do réu.

Pelo princípio do estado de inocência, pela presunção de não-responsabilidade (não confundir com inimputabilidade: Título III da Parte Geral do Código Penal); pela garantia da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, consagrados no art. 5º, LV e LVII, da CF, inexistente possibilidade de presunções contra o réu e de antecipação do cumprimento (da execução) da pena cuja imposição ainda está sujeita a recurso, senão com o sentido de medida cautelar, a exigir o perigo concreto, e não, o abstrato, presumido *iuris et de iure*.

Eliminada a presunção de periculosidade (cf. o revogado art. 78 da antiga Parte Geral do Código Penal), exige-se hoje a periculosidade real, na dicção expressa do inciso IV do art. 387 do CPP — com a redação da Lei nº 6.416/77 —, e que é aquela que, se presente, será declarada, pelo juiz, ao proferir sentença condenatória.

Em qualquer hipótese, a prisão terá de ser expressamente decretada em decisão escrita, emanada de autoridade judiciária competente; decisão essa individualizadamente fundamentada.

22. Em resumo, reiteramos que, em termos de sentença condenatória recorrível, a questão nada tem a ver com a existência, ou não, de efeito suspensivo do recurso interposto da sentença, ou do acórdão, porque tudo decorre dos termos da prisão eventual e pertinentemente imposta com a condenação, como se verifica pelo disposto no CPP, arts. 393, I, e 675, § 1º, exatamente na hipótese de recorribilidade da decisão condenatória (o art. 393 é expresso, neste ponto, em sua linguagem), qualquer que seja o recurso.

Com as ressalvas sistêmicas apontadas, isto é, se a prisão processual tiver sido decretada de forma hábil e individualizadamente fundamentada, a não-susceptibilidade mantém a operatividade das regras dos arts. 393, I, e 675, § 1º, já no prazo de interposição do recurso, eis que o art. 597 ressaltou sua incidência.

E o art. 637, embora admita, na pendência do recurso constitucional sem efeito suspensivo, a execução da sentença, não pode ser interpretado, mesmo no regime primitivo do CPP, senão em consonância com os preceitos explícitos do art. 669, I, e 675, *caput*, isto é, ressalva a execução, que é a designação do Livro IV do CPP, onde estão ubiquados os dois últimos dispositivos citados, no sentido da exeqüibilidade da sentença condenatória recorrível, “para o efeito de sujeitar o réu à prisão”; assim mesmo com as exceções, de hipóteses de liberdade provisória; fiança, do livrar-se solto, a que se somou, após a Lei nº 5.941/79, a do binômio liberatório “primariedade + bons antecedentes”.

Após a CF, e no regime da LEP (art. 105), essa exeqüibilidade não é apenas, pura e simplesmente, da prisão automaticamente derivada da sentença penal recorrível, mas daquela imposta por estarem presentes os requisitos da prisão preventiva.

23. Em face do exposto, é nula qualquer ordem prisional, em sentença ou acórdão, que não atenda aos requisitos de explicitude de motivação e de individualização.

23.1. O que importa, pois, agora, é que, na decisão recorrível, seja ela de qualquer grau, para poder haver prisão provisória, é necessário que haja imposição expressa, fundamentada, individualizada, no inter-relacionamento com o instituto da liberdade provisória, consoante a análise anterior.

24. A confirmação da sentença, na instância superior, enquanto não operada a coisa julgada, em nada muda a situação de primário e de pessoa de bons antecedentes, salvo fato superveniente a ser objeto de registro no acórdão, para que possa adotar decisão de prisão do réu.

Contra a parte da sentença que concede a liberdade provisória com base na primariedade e no fato de bons antecedentes, cabe recurso, por parte do Ministério Público.

Se houve, somente, apelação dos acusados, a expedição de mandado de prisão — sem qualquer motivação — caracteriza *reformatio in pejus*.

24.1. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça ressaltou que, com a decretação da prisão, a segunda instância estaria prejudicando a situação do acusado, quando somente ele apelou (HC nº 2.723-0/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 22.06.94, p. 16.438).

25. O que, na Teoria Geral do Processo, está vinculado à eficácia apenas devolutiva, não-suspensiva, do recurso, é a execução provisória.

25.1. Mas essa, na citada lição de Roberto Lyra, já não existia, no Processo Penal Brasileiro, mesmo no sistema originário do CPP, fica, agora, inteiramente alijada, inviabilizada, em face da “garantia do estado de inocência”.

25.2. De nenhum modo, a execução provisória se afina com o processo penal, pois que ela “corre por conta e responsabilidade” do exeqüente, que, ao promovê-la, assume o risco, preferindo antecipá-la em relação ao trânsito em julgado, quando, ulteriormente, poderia fazê-lo em caráter definitivo.

Por isso, no processo civil, há o exeqüente, de prestar caução, “obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor” pelos atos executivos provisoriamente (precaricamente) realizados.

É regime incompatível com execução que interfere com a liberdade humana, do cidadão a que se garante o estado de inocência até a coisa julgada da sua condenação.

25.3. Pontes de Miranda (*Comentários ao CPC*, Rio, Forense, 2ª ed., 1961, XIII: 54) assinala que a execução provisória, tratando do processo civil, “é adiantamento da execução no juízo da execução”. Pode haver adiantamento de efeitos da execução no juízo da pretensão à sentença, como na tutela específica antecipada, em que há cognição provisória.

Nenhuma das duas formas é possível no moderno Direito Processual Penal.

Mesmo na execução provisória, em que já houve cognição completa, pende sua sorte. Não se acautela; nem se tem como formalmente passada em julgado a sentença que não o passou; adianta-se a execução, porque houve cognição completa, mas pende recurso, que não tem efeito suspensivo. Nada compatível com o processo penal.

25.4. A execução provisória penal envolveria, não apenas expedição de mandado de prisão, mas de carta de guia, de guia de recolhimento, o que só é possível, após o trânsito em julgado, nos termos explícito do art. 674 do CPP e do art. 105 da LEP.

O que Pontes chama de “estado interinal” — que é aquele em que se executa provisoriamente a sentença cível, até o trânsito em julgado — é incompatível com o processo penal. Durante a execução provisória, os atos têm o “sinal” da condição resolutive. Reformada a decisão executada provisoriamente, “a sentença e toda a execução provisória ficam sem eficácia. Quer dizer: perdem-na. Todo o processo passa a ser nenhum. O adiantamento da execução foi como se não tivesse existido. Há de retornar-se ao *status quo ante*.”

É quadro conflitante com a privação da liberdade, que, antes do trânsito em julgado da condenação, tem de ter uma “função” diversa da de antecipação do cumprimento da pena, e é irreversível.

26. Neste quadro apresentado, temos entendido que a prisão simplesmente como pressuposto de admissibilidade do recurso de apelação, não tem mais lugar no Direito Brasileiro, em face do estado de inocência assegurado pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

E que, identificada a prisão por sentença recorrível, como antecipação do cumprimento da pena, na tentativa de conciliação das peças do sistema, e não como prisão cautelar, violada também estaria a garantia constitucional,

26.1. A prisão prevista nos arts. 393, I; 669, I; e 675, § 1º, do CPP, é uma prisão provisória, mas sem a natureza de antecipação sancionatória da execução da pena, de execução provisória, o que, reiteramos, não resistiria à presunção constitucional de inocência; só podendo manter-se a título de prisão provisória, cautelar, e não punitiva.

E ainda mais, decorrente de risco e de periculosidade reais, concretos, e nunca presumidos, automaticamente derivados tão-só da condenação ainda não transitada em julgado. E a exigir reconhecimento e conseqüente decretação prisional, expressos, e — insistimos — individualizados, motivados *in casu*, com todo o rígor apreciativo e valorativo que se exige para a prisão preventiva, cujos pressupostos têm de estar presentes, quer para afastar a imunidade à prisão de que goza o primário de bons antecedentes, quer a afiançabilidade, ou, ainda, para não conceder a contracautela da liberdade provisória ao reincidente ou de má vida progressa.

Assim, mesmo que fosse o sistema do CPP, conforme já entendido, o da antecipação do cumprimento da pena, não teria ele lugar, nesta nova óptica do vigente sistema constitucional.

26.2. O que ocorre é confusão entre antecipação da execução da sentença (execução provisória) e tutela cautelar.

Em sede cautelar processual penal, a cautela consiste, é verdade, na privação da liberdade; mas não é cumprimento da pena, execução, ainda que provisória da sentença, dada a violação, em contrário, da garantia do estado de inocência, conforme já reiteradamente gizado.

A cautela penal justifica-se, porque, só com a privação da liberdade, se pode afastar o *periculum in mora*, a ser individualizada e concretamente valorado.

Se se trata de aspectos patrimoniais, por exemplo, as medidas assecuratórias que cabem são as dos arts. 125 e s. do CPP.

Toda prisão provisória processual penal, na sua cautelaridade, é uma forma de privação da liberdade, mas o cumprimento da pena só poderá sobrevir com a condenação, transitada em julgado, do até então, inocente. A causa jurídica, a justa causa (figura de importância básica em sede de liberdade pessoal, de liberdade de locomoção), o título prisional é diverso, assim como pressupostos, requisitos e função.

Por estar, em ambas as categorias, presente a privação da liberdade, há a figura, como salientamos, da detração (CP, art. 42; CPP, art. 672, I e II), que mostra, no entanto, a diferença de natureza dos institutos da prisão provisória, que é cautelar; e do cumprimento da pena.

27. Em resumo, a diferença que existe entre, de um lado, a decisão prisional em face do primário de bons antecedentes; e, de outro, aquela referente ao reincidente ou de má vida pregressa, é a mesma que há entre a denegação da fiança, “quando presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva” (CPP, art. 324, IV); e a concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante, “quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoportunidade de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva”.

No primeiro caso, o direito à liberdade provisória, à imunidade à prisão só cede, se motivadamente evidenciada a ocorrência de hipótese de prisão preventiva; no segundo, só se concede a liberdade provisória, fundamentadamente fixada a inoportunidade de quaisquer delas.

28. Decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal têm sido no entanto, no sentido de que, “despido o recurso extraordinário (ou especial) de efeito suspensivo, sua admissibilidade ou sua pendência não impedem a prisão imediata do condenado, independentemente da ocorrência de sua necessidade cautelar” (RTJ, 152:868).

E mais ainda: “A prisão do condenado por decisão sujeita a recurso extraordinário ou especial, apenas porque despidos de efeito suspensivo, não tendo, por isso, natureza cautelar, configura execução provisória da condenação, o que basta para inviabilizar a fiança” (RTJ, 154: 139).

28.1 Reportamo-nos, a propósito, à análise a que procedemos anteriormente e citamos, agora, Tourinho Filho (*Processo Penal* cit., 4: 217 e s.), que é enfático a respeito do tema: “O recurso extraordinário, segundo dispõe o art. 637 do CPP, sobe em traslado, devendo os autos originais baixar à 1ª instância “para a execução”. O traslado conterà a denúncia ou queixa, o despacho do seu recebimento, o interrogatório, a sentença, os termos das respectivas intimações às partes, os termos de fiança, sursis do mandado de prisão não revogada, o acórdão, a petição do recurso extraordinário e o despacho de sua admissão. As partes, contudo, poderão indicar outras. Malgrado a regra do art.

637 do CPP, o recurso extraordinário se processava nos autos originais... Posteriormente, como se vê pelo § 1º do art. 328 do Regimento Interno do STF, aquela disposição do estatuto processual penal caiu no vazio. Agora, definitivamente, o recurso extraordinário se processa nos autos originais, e o traslado desce à instância inferior para a “execução provisória”. Inobstante o art. 637 do CPP diga que os autos, ou traslado, devem baixar à 1ª instância para a execução, estamos que tal dispositivo perdeu sua razão de ser. Por que baixar à 1ª instância? Obviamente para a “execução provisória da pena”. Mas, como se pode executar provisoriamente a pena, se a sentença não transitou em julgado e ‘ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado’, como dispõe a Constituição no capítulo dos Direitos Fundamentais do Homem? Pensamos que a “execução provisória” não mais se justifica.”

28.2 Luiz Flávio Gomes, em sua excelente monografia, “Direito de Apelar em Liberdade — Conforme a Constituição e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Doutrina e Jurisprudência” (São Paulo, RT, 2ª ed., 1996), oferece as seguintes súmulas finais de seu minucioso trabalho (p. 137): “1) Dentro de uma lógica autoritária e repressiva a exigência da prisão para apelar aparecia como efeito automático ou execução antecipada da condenação. 2) Principalmente depois da CF de 88, que albergou o princípio da presunção de inocência, vem-se consolidando uma forte tendência jurisprudencial no sentido de que a prisão para apelar possui natureza cautelar e só se justifica quando devidamente fundamentada pelo juiz. 3) Consoante essa corrente “preservacionista-garantidora”, a natureza do crime, com reincidência ou os maus antecedentes, por si sós, não justificam a prisão *ante tempus*, que só é válida quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP. 4) Outra corrente, à qual nos filiamos, sustenta que o art. 594 do CPP foi revogado. Em primeiro lugar porque não recepcionado pela CF de 88, tendo em vista os princípios do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição. Em segundo lugar, caso não tivesse sido revogado pela CF, perdeu sua eficácia diante do art. 8º, § 2º, h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que vigora e é obrigatória no Brasil desde 09.11.92. 5) O direito de recorrer, destarte, por ser consequência natural do direito ao duplo grau de jurisdição, deve ser totalmente desvinculado do instituto da prisão. 6) O incondicional direito de recorrer não impede, no entanto, a decretação da prisão preventiva, sempre que presentes seus requisitos. 7) A tutela judicial efetiva do direito de recorrer em liberdade requer do juiz contemporâneo a superação do modelo legalista-positivista, o que só pode ser alcançado quando a praxe judicial deixar-se permear pela “cultura dos direitos humanos” fortemente ancorada nas modernas Constituições e Tratados internacionais.”

28.3. Acerca do “direito de recorrer em liberdade nas hipóteses de recurso extraordinário ou especial”, assim disserta Luiz Flávio Gomes (*Direito de Apelar em Liberdade*, p. 94 e s.): “a) Diz o art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90, que ‘os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo’. Como veremos, estamos diante de dispositivo legal absolutamente inconstitucional. E na eventualidade de que não fosse inconstitucional, estaria revogado pela CADH (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) [...] Aliás, diga-se de passagem, num país cuja Constituição proclama que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não se compreende como possa o legislador... permitir que, nos casos de recurso extraordinário ou especial, o efeito seja apenas o devolutivo. Como pode ser executada uma sentença, se ainda não houve o trânsito em julgado? Como se admitir a eficácia executiva de uma sentença penal, se a Lei das Execuções Penais dispõe, no seu art. 105, que somente após o trânsito em julgado é que se processa a execução? ... se o recurso tem apenas o efeito devolutivo, onde a decisão fundamentada para autorizar-lhe a prisão?”

29. Podemos concluir, afirmando: (a) seja qual for o entendimento que se tenha a respeito dos reflexos da nova ordem constitucional brasileira sobre o regime prisional do Código de Processo Penal, o certo é que o réu primário e de bons antecedentes, assim reconhecido, expressa ou implicitamente, pela decisão condenatória, tem o direito subjetivo de recorrer, para os vários graus de jurisdição, em liberdade, salvo se, explicitamente e com fundamentação individualizada, e estando reunidos os pressupostos da prisão preventiva, for decretado o encarceramento; (b) o fato de o recurso cabível da condenação somente ter efeito devolutivo em nada interfere na hipótese, porquanto, desde o regime original do CPP, a apelação (art. 597) já não se revestia de eficácia suspensiva quanto à prisão por condenação recorrível (art. 393, I) e prevalecia a imunidade prisional do afiançado ou do que se livra solto, ao que, ulteriormente, a Lei nº 5.941/73, acrescentou, como dominante, a isenção do primário de bons antecedentes; (c) a não-suspensividade recursal só influi, se tiver sido legitimamente decretada a prisão, porquanto, neste caso, a interposição do remédio processual de efeito apenas devolutivo não impedirá o cumprimento do mandado prisional; (d) a garantia constitucional do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII) inviabiliza qualquer forma de execução provisória penal — vinculada à não-suspensividade recursal —, bem como qualquer forma de tutela antecipada satisfativa provisória, só sendo viável o cumprimento da pena após o trânsito em julgado, como, aliás, sempre foi o regime do CPP (art. 675), que se manteve na LEP (art. 105); (e) apenas pode haver a prisão provisória em flagrante delito ou por ordem escrita, individualizadamente fundamentada,

da autoridade judiciária competente (CF, art. 5º, LXI), sempre com caráter cautelar, sob a égide do princípio da necessidade, com os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* concretamente atendidos, não cabendo presunções absolutas de riscos e de periculosidade, e sempre respeitada a possibilidade de liberdade provisória.