

**A PRISÃO EM DECORRÊNCIA DA CONDENAÇÃO RECORRÍVEL,
A CONSTITUIÇÃO DE 1988, A NOVA REFORMA DO PROCESSO PENAL
E O FIM DA CHAMADA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

MARCELLUS POLASTRI LIMA *

Na forma da redação do Código de Processo Penal de 1941, o artigo 594 do Código de Processo Penal estabelecia:

“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 que se livra solto”.

Mas, na verdade, assim era a redação original do dispositivo, quando do advento do Código em 1941:

“Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime que se livra solto”.

Portanto, na redação original do Código, tínhamos verdadeira prisão automática, mas com o advento da Lei 5.941, de 23 de novembro de 1973, foi acrescentada a autorização de que o réu ficasse em liberdade, podendo, assim, recorrer, desde que preenchidas as condições da primariedade e de portar bons antecedentes, de forma cumulativa.

Por coerência, o legislador da época também fez a mesma modificação no que se referia à decisão de pronúncia no Tribunal do Júri, decisão com força preclusiva e que remete o acusado ao julgamento popular, acrescentando um parágrafo no artigo 408 do CPP, que estabelecia que “se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz de deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso” (art. 408, § 2º).

Após esta reforma, AFRÂNIO SILVA JARDIM, passou a sustentar, especificamente no que dizia respeito a esta decisão interlocutória do procedimento do Júri, que “a prisão resultante de pronúncia ganhou maior identidade com as

* Marcellus Polastri Lima é Doutor e Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Processual Penal da UFES (graduação e mestrado). Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

medidas cautelares, pois o passado do réu, sua personalidade e condições de adaptação à vida social, verificados através de um juízo de valor sobre seus antecedentes, derrubam a presunção anterior que justificava a decretação de sua prisão provisória em qualquer hipótese¹.

E, especificamente com relação ao artigo 594 do CPP, assim concluía PAULO ROBERTO DA SILVA PASSOS:

“(...) o espírito do artigo, quando permite a prisão daqueles que não ostentam a ‘primariedade e bons antecedentes’, é exatamente o de acautelar, o de prevenir, a sociedade das pessoas que, por já iniciadas nos caminhos do crime; que, por já levarem em suas vidas jaças que as caracterizam negativamente, possam incidir em delitos”².

Tratava-se de dispositivo que era coerente com o sistema do Código, uma vez que o então art. 393, I, determinava ser efeito da condenação aquele ato de manter o réu preso, ou seja, a conservação do mesmo na prisão, sendo que o art. 597 dizia que a apelação não suspenderia este efeito.

Leis extravagantes também já trouxeram dispositivos similares, a exemplo do antigo art. 35 da Lei 6.368/76, que vedava o direito de apelar em liberdade quando a condenação fosse com base nos arts. 12 e 13, da mesma lei, além do art. 9º da Lei 9.034/95, que veda a apelação em liberdade nos crimes praticados por bando ou quadrilha.

Interessante notar a posição do professor AFRÂNIO SILVA JARDIM sobre a natureza jurídica de tal prisão que era prevista no Código, alegando que a mesma não seria cautelar, sob o fundamento de nada mais ser “do que uma verdadeira execução penal provisória, conforme se pode depreender dos arts. 393, inc. I, e 669, do Código de Processo Penal (...) Como se sabe, tendo em vista a nova redação dada no art. 594 do Código de Processo Penal, tal execução provisória da pena (não prisão provisória) somente será iniciada se o sentenciado for reincidente ou mesmo tiver maus antecedentes”³.

E em outro estudo assim se manifestava o autor:

“A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, para nós, também não apresenta natureza cautelar. A rigor, esta prisão nada mais é do que uma verdadeira execução penal provisória, conforme se pode depreender dos arts. 396, inc. I, e 669, inc. I, do Cód. Proc. Penal. Este último, que apenas consagra dispositivo específico, o que se depreende do sistema, tem a seguinte redação: ‘Só depois de passar em

1. Afrânio Silva Jardim. *Visão Sistemática da Prisão Provisória no Código de Processo Penal*, in *Revista de Direito*, nº 22. Rio de Janeiro, PGJ-RJ, 1985, pp. 40-41.

2. Paulo Roberto da Silva Passos. *Da Prisão e da Liberdade Provisória-Aspectos Polêmicos*. Bauru, Edipro, 200, p. 47.

3. Afrânio Silva Jardim. *Direito Processual Penal*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 375.

julgado, será exeqüível a sentença, salvo: Inc. I - quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu à prisão' "4.

Mas perfeita era a objeção de JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, com sua peculiar inteligência, desbancando o entendimento de que o artigo 669 do CPP, hoje revogado pela LEP, autorizava tal raciocínio:

"De fato, era no capítulo referente à execução que se achava no Código o dispositivo legal em questão, que já até perdeu valor com o advento da Lei de Execução Penal, que não o repete. Mas o certo é que a mencionada Lei de Execução não acabou com execução provisória nenhuma, pela simples razão de que não podia ter acabado com o que nunca existiu... Li e reli o art. 669 do CPP e não vislumbrei nele, talvez por falta de uma menção expressa e clara, a contemplação da execução provisória da pena, imaginada por excelentes juristas, que procuram nele um suposto amparo para seu entendimento... O que estou vendo aí é a reafirmação da regra geral da execução definitiva da sentença, permitindo-se, porém, atuem desde logo alguns efeitos para tanto conferidos à decisão. Dentre eles, o da prisão, já exigida, aliás, pelo art. 393, I. Só que essa prisão não se pode confundir com o *carcer ad poenam*, não só porque a lei não diz isso mas, também, porque a execução da pena pressupõe a expedição de carta de guia (ou guia de recolhimento, como hoje fala a Lei de Execução Penal), e isso só se faz depois de transitada em julgado a sentença condenatória, como já preceituava o Código, na cabeça do art. 674"⁵.

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO fazia coro ao entendimento de AFRÂNIO SILVA JARDIM, afirmando ser "ela uma prisão nitidamente antecipatória da pena, ou a sua execução provisória, não tendo mesmo os pressupostos da prisão cautelar"⁶.

A razão estava com JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, pois se tratava de uma cautelar, não podendo se trazer a chamada execução provisória do processo civil para o processo penal, dada à manifesta incompatibilidade^{7 e 8}.

4. Afrânio Silva Jardim. Visão Sistemática da Prisão Provisória no Código de Processo Penal, in *Revista de Direito*, nº 22. Rio de Janeiro, PGJ - RJ, 1985, p. 26.

5. José Barcelos de Souza. Prisão por efeito de acórdão condenatório recorrível, in *Revista da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, PGDFRJ, nº 18, 2003, p. 150.

6. Luis Gustavo Grandinetti Castanho Carvalho. *Processo Penal e (em face da) Constituição...* Obra citada, p. 151.

7. Basta imaginar a aplicação da pena de morte, nos casos em que é cabível nas legislações alienígenas e em caso de guerra declarada, consoante previsto na Constituição Federal Brasileira. Como se fazer, de forma provisória, a execução da pena de morte de um réu? De outra parte, o art. 105 da LEP só autoriza a expedição de guia para execução após o trânsito em julgado da sentença condenatória, e, ainda, a audiência admonitória do *sursis* só se realizará após o trânsito em julgado desta sentença, o que demonstra a incompatibilidade de "execução provisória", no processo penal.

8. No HC 88174/SP (Relator Min. Joaquim Barbosa e para o acórdão Min. Eros Grau), julgado em 12.12.2006, o STF assim entendeu, afirmando que inexistente "em face da Constituição, possibilidade

Consoante defendia PAULO ROBERTO DA SILVA PASSOS, sob a égide do antigo art. 594 do CPP:

“(...) o espírito do artigo, quando permite a prisão daqueles que não ostentam a “primariedade e bons antecedentes”, é exatamente o de acautelar, o de prevenir, a sociedade das pessoas que, por já iniciadas nos caminhos do crime; que, por já levarem em suas vidas jaças que as caracterizam negativamente, possam incidir em delitos”⁹.

E, de acordo com a lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER, em obra compartilhada com outros autores:

“A prisão em virtude de decisão condenatória recorrível também possui natureza cautelar, visando assegurar o resultado do processo, diante do perigo de fuga do condenado, em face de um primeiro pronunciamento jurisdicional desfavorável; tanto assim, que admite a fiança como contra cautela; alguns autores preferem vislumbrar na hipótese uma *execução provisória* do julgado sujeito a recurso, mas essa posição, embora respeitável, não só deixa de levar em conta o aspecto antes mencionado, mas também colide com o princípio constitucional do art. 5º, LVII, que consagra ao presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória”¹⁰.

Botando uma “pá de cal” no assunto, na esteira do que já vínhamos há anos defendendo, desde nossa tese de doutorado, e consoante também há mais de uma década já defendia o Professor JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, “o Supremo Tribunal Federal decidiu em fevereiro de 2009, por sete votos a quatro, inexistir em nosso sistema processual penal a chamada ‘execução provisória da pena’ pois esta não pode ser feita enquanto houver recursos pendentes, já que tal afrontaria o inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna, que estabelece o princípio da não-culpabilidade”.

No longo debate do julgamento, partindo-se de voto exarado em abril pelo Ministro EROS GRAU se afirmou enfaticamente que é proibida a execução da pena antes do fim do processo. Diz o Ministro: “Quem lê o texto constitucio-

de execução de sentença penal condenatória sem seu trânsito em julgado (...) a *execução provisória da sentença recorrível seria incompatível não apenas com o princípio da não-culpabilidade. Ter-se-ia, efetivamente, a inadmissibilidade de se executar qualquer sentença privativa de liberdade antes que ela esteja definitivamente consolidada...*” Entretanto o CNJ, através da Resolução 19 de 29.08.2006, regulamentou a execução provisória determinando que esta se dê quando a sentença não tiver efeito suspensivo e, no artigo 2º prevê a ‘pérola’ do posterior cancelamento da guia de recolhimento do preso, em caso de futura absolvição. Mais uma vez se vê que o CNJ vem extrapolando suas atribuições, legislando quando não tem competência, mormente agredindo de forma frontal à Constituição e à lei ordinária.

9. Paulo Roberto da Silva Passos. *Da Prisão e da Liberdade Provisória...*, op. cit., p. 47.
10. Ada Pellegrini Grinover, et alii. *As Nulidades no Processo Penal...* op. cit., p. 241.

nal em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º.

Para EROS GRAU, se fizermos “tabula rasa” do princípio constitucional, “é melhor sairmos com um porrete na mão, a arrebrantar a espinha de quem nos contrariar”. Segundo ele, “a prisão só pode ser decretada a título cautelar, nos casos de prisão em flagrante, prisão temporária ou preventiva”.

Outro luminar do STF, reconhecido pelo equilíbrio e vasta fundamentação de seus votos, o Ministro CELSO DE MELLO argumentou com aquilo que já vínhamos argumentando há anos, ou seja, para se prender definitivamente é preciso de uma carta de guia, na forma da LEP: “A guia de recolhimento só pode ser extraída depois de a decisão ter transitado em julgado. A lei proíbe de forma clara a prisão sem o transitado em julgado da condenação”.

Não se leve em consideração os comentários infundados da imprensa, já que esta não “bebe da fonte do direito” e sim só tem em mira a vulgar informação (muitas vezes infundada), pois aqui não se está determinando a “soltura” de todos presos perigosos e nem se criando a impunidade. O que se exige é aquilo que é o óbvio: fundamentação da prisão processual com os requisitos cautelares previstos em lei para a prisão provisória, pois a prisão-pena só deve se dar após o trânsito em julgado. Ademais, sabe-se que os Recursos Extraordinários (extraordinário e especial), não se constituem em “3º instância” e daí persistir, a princípio, o efeito suspensivo, mas, para tal, é necessário demonstrar a cautelaridade. Perfeita, portanto, a decisão histórica do STF.

Mas, voltando ao tema em discussão anteriormente, mesmo após a Constituição Federal, para nós a cautelar do antigo art. 594 subsistia¹¹, mas, fazíamos uma ressalva: depois da Constituição, não podia mais ser decretada a prisão automaticamente, não em vista do princípio da presunção de inocência, mas porque para a existência da cautelar havia de se ter a demonstração do requisito do *periculum libertatis*, requisito cautelar que não se justificava tão-somente pela condenação recorrível.

Por outro lado, era por nós defendido que não bastava que o agente fosse primário ou de bons antecedentes para fazer jus à liberdade, uma vez que se estivessem presentes os motivos para a manutenção do flagrante ou decretação da preventiva, e eles subsistissem, não havia porque conferir ao réu o direito de aguardar o julgamento em liberdade, só porque tinha preenchido os requisitos de ordem subjetiva de ser primário e ter bons antecedentes.

11. Assim sempre defendemos em nossos trabalhos doutrinários, como em nossos livros *A Tutela Cautelar no Processo Penal* e *Manual de Processo Penal*.

E, em se tratando de réu que já estava preso preventivamente, não havia de se autorizar a liberdade, com base no art. 594 do CPP de 1941, somente por ser o réu primário e de bons antecedentes, se continuasse presente, no momento da sentença, o *periculum libertatis*.

Assim, se o agente já estava preso em flagrante ou preventivamente, com a sentença condenatória, com muito mais razão deveria ser mantido na prisão, desde que presentes, ainda, os requisitos cautelares de perigo para o processo ou de fuga do réu, só se justificando a concessão da liberdade provisória, nesta fase, se porventura, quando da prolação da sentença, deixassem de subsistir aqueles motivos que tinham autorizado originalmente a prisão preventiva ou em flagrante delito.

Neste sentido também era a lição de VICENTE GRECO FILHO:

“Além da primariedade e dos bons antecedentes, é necessário que não exista motivo para a prisão preventiva, porque se a liberdade ofender a ordem pública ou colocar em risco a aplicação da pena, não será deferida. Assim, se o acusado estava preso, em flagrante ou preventivamente, não tem razão a sua liberdade quando pronunciado ou condenado por crime inafiançável. Diferente é a situação se por ocasião da sentença e da pronúncia cessaram os motivos determinantes da prisão, como ocorre, por exemplo, se há desclassificação para crime mais leve, que comporta fiança ou suspensão condicional da pena. Neste caso há pronúncia ou sentença condenatória, mas não tem cabimento a prisão”¹².

E, também, se o réu estava solto até a sentença, e nesta viesse a ser condenado, mesmo o juiz verificando ser o mesmo primário e de bons antecedentes, para nós, não teria direito absoluto a ficar solto. Só poderia ter tal direito caso não tivesse contra si os motivos autorizadores da prisão preventiva.

Assim, nossa conclusão era de que, mesmo após a sentença, em havendo recurso, poderia ser decretada a prisão com base nos fundamentos que autorizam a prisão preventiva¹³, já que, com a oportunidade do recurso se daria a *prorrogação da ação e do processo*, e, assim, cabível seria a prisão preventiva, podendo o juiz, com a sentença condenatória recorrível, se presente um dos motivos autorizadores do art. 312 do CPP, poder decretar a prisão provisória.

Agora a Lei 11.719/2008, integrante da reforma pontual realizada no processo penal brasileiro, acabou adotando este nosso entendimento ao dispor, no novo parágrafo único do artigo 387 que o juiz, ao proferir a sentença

12. Vicente Greco Filho. *Manual de Processo Penal...*, op. cit., p. 246.

13. Recentemente o STF, no HC 88174/SP (Relator Min. Joaquim Barbosa e para o acórdão Min. Eros Grau), julgado em 12.12.2006, entendeu que “proferida a sentença penal condenatória, nada obsta a decretação de custódia do réu, desde que demonstrada a cautelaridade (CPP, art. 312)”.

condenatória “decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”.

E, mais, além do advento da nova norma foi expressamente revogado o artigo 594 do CPP pelo artigo 3º da Lei 11.719/2008.

Para se fazer justiça, de há muito tempo o professor José Barcelos de Souza já preconizava o que agora se tornou a letra da lei, ao afirmar que era “aceitável, entretanto, diante da regra abraçada pelo Código da prisão automática, que não pode subsistir, que ela sobreviva como permissão para que o juiz fundamentadamente decrete, se for caso, isto é, se houver real necessidade da cautela, uma prisão preventiva”¹⁴.

Tratava-se, efetivamente, de um pensamento revolucionário do Mestre das Alterosas, ao qual sempre aderimos, apesar de achar compatível a junção dos requisitos da prisão preventiva com aqueles outros constantes no art. 594 do CPP de 1941, agora revogado pela Lei 11.719/2008, ao contrário do Professor JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, que entendia inaceitável a vigência do art. 494 do CPP de 1942, não pelos motivos aduzidos por outros autores, que eram por ele refutados (execução provisória da pena ou ofensa à presunção da inocência).

Desta forma, agora, revogado o artigo 594 do CPP, não há mais que se cogitar da existência da não-primariedade e de inexistência de maus antecedentes do acusado, uma vez que, na forma da redação do parágrafo único do artigo 387 do CPP, inserido pela reforma processual penal de 2008, ao prolatar a sentença condenatória o juiz deverá, de forma fundamentada, decidir se mantém ou não a *prisão preventiva ou em flagrante delicto* (frise-se que a lei se refere à prisão preventiva ou outra medida cautelar), isto se o acusado já estiver preso provisoriamente e, caso contrário, ou seja, se o acusado, agora condenado, estiver solto quando da prolação da sentença, estabelece o dispositivo que deverá o juiz decidir se decreta ou não a prisão preventiva.

Com isto o dispositivo se amolda inteiramente à Constituição Federal de 1988, a uma por exigir fundamentação acerca do *periculum libertatis* e, a duas, por não impedir mais o recurso do réu, condicionando-o à prisão, como antes se fazia, ao dispor o parágrafo único do artigo 387 que o juiz fará tal aferição “sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”.

E, além de tudo, temos agora, verdadeiramente, uma prisão cautelar, considerando que, de acordo com SCARANCA FERNANDES, “conclui-se que, se a Constituição só permite ser o réu considerado culpado após a sentença condenatória transitada em julgado, isso significa que a prisão-pena não pode ocorrer antes de afirmada definitivamente sua culpa, o que representaria indevida antecipação da pena. Só se justificaria a prisão quando tivesse natu-

14. José Barcelos Souza. Prisão por efeito de acórdão condenatório recorrível, in *Revista da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, PGDFRJ, nº 18, 2003, p. 151.

reza cautelar, ou seja, quando fosse necessária em face de circunstâncias concretas da causa"¹⁵.

No que diz respeito à necessidade da prisão para apelar, também já defendíamos, seguindo o magistério de JOSÉ BARCELOS DE SOUZA que o antigo art. 594 do CPP de 1941 não afrontaria o princípio da presunção inocência, mas sim o da ampla defesa.

Vejamos a lição premonitória do Professor JOSÉ BARCELOS DE SOUZA:

"Repita-se, de início, com a melhor doutrina, que a exigência do recolhimento ao cárcere para apelar, do art. 594 do CPP, encontra óbice no princípio constitucional da amplitude da defesa. Condicionar o direito de defender-se em apelação a entregar-se previamente à prisão seria, com efeito, exigir um terrível preço para o exercício do sagrado direito de defesa. É precisamente por essa razão, não em virtude do princípio da presunção da inocência, no qual por algum tempo se procurou fundamento para afastar a incidência do art. 594, que não mais prevalece o ônus de recolher-se o réu à prisão *para apelar*"¹⁶.

Assim, sempre fizemos uma diferenciação, ou seja, que o antigo artigo 594 do CPP de 1941 deveria ser dividido em duas partes, partes estas distintas, uma que impedia o conhecimento do recurso, caso o réu não se recolhesse à prisão, e outra atinente à sua incidência como cautelar.

No que se refere ao impedimento de se exercer o direito recursal, caso o réu não se recolhesse à prisão, entendíamos que, em face da Constituição Federal, tal óbice não mais subsistia, pois afrontaria a garantia da ampla defesa, como bem vislumbrava JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, infringindo, ainda, a nosso ver, a garantia do duplo grau de jurisdição que, apesar de não constar expressamente como princípio expresso na Constituição Feral, se inseria no conceito maior do devido processo legal¹⁷.

15. Antonio Scarance Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2000, p. 289.

16. José Barcelos Souza. Prisão por efeito de acórdão condenatório recorrível, in *Revista da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, PGDFRJ, nº 18, 2003, p. 148.

17. O STF, recentemente, através de sua 1ª Turma, no HC 88420, assim entendeu, acentuando mais o relator Ministro Ricardo Lewandowski que "o duplo grau de jurisdição (conforme artigo 8º, II, h, do Pacto de São José da Costa Rica - incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por força do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal) tem "estatuta constitucional, ainda que a Carta Magna a ele não faça menção direta". Isso porque, prossegue o ministro, o '*due process of law*', constante do artigo 5º, LXVI, contempla a possibilidade de revisão por tribunal superior de sentença proferida por juízo monocrático. Assim, o 'duplo grau' deve prevalecer sobre o artigo 594 do CPP, pois "Tal direito integra o sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais, conforme decidido pelo Supremo na ADI 1675", confirmou. E, segundo o Ministro, esposando idêntico entendimento aqui defendido, "o reconhecimento ao duplo grau não infirma a legalidade da custódia cautelar decretada em desfavor do paciente, podendo ela subsistir independentemente de admitir-se o recurso".

Seguindo o mesmo raciocínio, temos que concluir que o art. 595 do CPP é inconstitucional, pois não se pode reconhecer a deserção do recurso do réu que recorreu, simplesmente pelo motivo deste ter fugido da prisão, quando, como, se sabe, a fuga do réu, apesar de ser falta grave na execução penal, nem mesmo se constitui em crime¹⁸. Assim, apesar de a Lei 11.719/2008 não ter revogado este artigo (e perdeu uma boa oportunidade de fazer isto expressamente), este não mais subsiste perante a ordem constitucional, já que não foi recebido pela mesma, em face dos princípios da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

Aliás, recentemente o STJ sumulou a questão nestes termos:

“Súmula 347. O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.”

Assim, de certa forma, a Súmula 9 do STJ colide com a nova Súmula, parecendo não ter mais razão de subsistir, mormente em face do advento do parágrafo único do art. 387 inserido pela reforma. O único efeito que hoje se pode extrair da Súmula 9 do STJ é o de reconhecimento que o princípio da presunção da inocência não impede a incidência de prisão cautelar, mas tão-somente da prisão-pena antes da condenação definitiva, como, aliás, defende a esmagadora maioria da doutrina.

Concluindo, pode-se dizer que, com o advento da Lei 11.719/2008, integrante da reforma pontual do Código de Processo Penal, se extinguiu uma espécie autônoma de prisão provisória tradicional em nosso direito processual penal, ou seja, a antes chamada “prisão cautelar por sentença condenatória recorrível”, pois a natureza da prisão provisória a ser decretada, agora, pelo juiz, ao proferir sentença condenatória, é a de genuína prisão preventiva, o que resulta claro da letra expressa do novo parágrafo único do artigo 387 do CPP. O que ocorrerá, em termos diferenciadores da prisão preventiva decretada na investigação criminal ou durante a fase de instrução criminal é que o *fumus commissi delicti* já estará presente com a sentença proferida, necessitando-se, com o advento da condenação, só do exame do *periculum libertatis*, nos termos do art. 312 do CPP.

Aliás, poderia a Lei ter também modificado o artigo 311 do CPP de 342 que estabelece que “caberá a prisão preventiva em qualquer fase do inquérito

E, em fevereiro de 2008, após vários julgados nesta linha, o Plenário do STF, julgando o HC-90279, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, por unanimidade entendeu ser inconstitucional a vedação de recurso sem se recolher à prisão, sendo que o eminente relator ressaltou que, a seu ver, o artigo 594 do CPP, que obriga o recolhimento do condenado para que a justiça possa analisar recurso de apelação, é um “*pressuposto extravagante de recorribilidade*”.

18. A Súmula 347 do STJ acabou por ratificar este nosso entendimento: “O conhecimento de apelação do réu independe de sua prisão”.

policial ou da *instrução criminal...*", pois, como sempre defendemos, a prisão preventiva cabe durante todo o processo e não só durante a prisão criminal, devendo se dar uma interpretação extensiva ao termo "instrução criminal" utilizado no dispositivo, na forma permissiva do art. 3º do CPP.

Bem se diga que, corretamente, o Projeto de Lei 4.208/2001 que ainda tramita pelo Congresso Nacional, modifica o artigo 311 do CPP para que conste a seguinte redação:

"Em qualquer fase do inquérito policial ou do *processo penal*, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, ou por representação da autoridade policial."

Ajusta-se assim, a redação do Projeto de Lei ao ponto de vista por nós defendido, além de se compatibilizar com o novo parágrafo único do artigo 387 do CPP. Mas fica somente uma ressalva: deveria o dispositivo sofrer uma emenda, de forma a se possibilitar a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz somente na fase do processo, pois na fase do inquérito seu atuar seria inconstitucional, ferindo o princípio acusatório, não podendo o juiz sair de sua imparcialidade para decretar medida cautelar, sobretudo quando ainda não tem jurisdição para tal.

Tanto é verdade que a prisão preventiva pode ser decretada após a instrução criminal que o próprio parágrafo único do artigo 387, ora inserido pela reforma processual penal, permite a prisão preventiva antes e depois da sentença condenatória.

De outra parte, também será possível a decretação da medida durante a fase de diligências ou que antecede a sentença, bastando que surja o *periculum libertatis* ou a necessidade de se assegurar o andamento ou resultado útil do processo.

Poderá ocorrer, ainda, que o motivo de preventiva surja após a prolação da sentença, quando no lapso da liberdade para recorrer, em fase de recurso, advier o risco de tornar-se o condenado foragido ou por outro modo se der o *periculum libertatis*.

Nestes casos, obviamente, poderá se dar também a decretação da prisão, pois, se esta pode se dar na sentença, ou mesmo quando a sentença já estiver prolatada, por obra do juiz de primeiro grau (*v.g.* ao conhecer da apelação, nos termos da redação do parágrafo único do art. 387), também poderá o relator do recurso, no Tribunal *ad quem*, decretar a preventiva, já que para o mesmo se devolve todo o exame do feito, em vista da prorrogação do processo com o advento do recurso. Caso contrário ficaria o juiz sem o remédio processual para se obter a segurança da efetividade do processo.

Ora, um dos efeitos do recurso, ao impedir a preclusão, é justamente provocar a prorrogação do processo e, portanto, desde que venha a se configurar

um dos motivos que embasem a necessidade da custódia preventiva (art.312 do CPP), teremos presente o *periculum libertatis*¹⁹ e a possibilidade de decretação da medida.

Por fim, como visto, no caso de pronúncia, por coerência, a antiga redação do Código de Processo Penal mantinha o mesmo sistema, já que uma vez que se desse o advento da decisão de pronúncia, deveria ser intimado o acusado, e não poderia o processo prosseguir até que se desse tal intimação, dando-se, assim, uma espécie própria de *suspensão do processo*, ou o que se chamava *crise de instância*.

Ocorre que, agora, agora, como advento da Lei 11.690/2008, a situação mudou: não mais se exige a presença do réu no julgamento do Júri, sendo que o plenário pode ser feito, agora, após a reforma, à sua revelia.

Dispõe o art. 420:

“A intimação da decisão de pronúncia será feita:

I - pessoalmente ao acusado, ao defensor nomeado e ao Ministério Público;

II - ao defensor constituído, ao querelante e ao assistente do Ministério Público, na forma do disposto no § 1º do art. 370.

Parágrafo único. Será intimado por edital o acusado solto que não for encontrado.”

Mantendo a coerência, o legislador do novo procedimento do júri inclusive dispõe que pode haver pedido de dispensa de comparecimento subscrito pelo réu ou seu defensor. É que por estratégia da defesa, imperando o princípio do direito ao silêncio, a defesa poderá preferir a ausência do acusado e o próprio acusado pode não querer passar pelo constrangimento da presença.

Portanto, o panorama mudou, ou seja, com a pronúncia ainda temos um dos requisitos da prisão cautelar, o *fumus comissi delicti*, mas agora, o *periculum libertatis* com muito mais razão deve ser fundamentado pelo juiz para fins de se decretar a prisão provisória ao pronunciar o acusado.

Assim, não mais há que se aferir à não primariedade e maus antecedentes e sim serem demonstrados os requisitos do art. 312 do CPP.

Destarte, na forma do novo art. 413, § 3º, do CPP:

“O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a

19. Cf. os nossos livros *A tutela cautelar no Processo Penal* e *Manual de Processo Penal*, todos editados pela editora Lumen Juris do Rio de Janeiro.

necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I”.

Fica evidente que se mantém assim, a possibilidade de prisão cautelar a ser decretada na fase de pronúncia, pois dispõe o artigo que “tratando-se de acusado solto” o juiz decidirá sobre “a necessidade da decretação da prisão” no momento da pronúncia, aferindo, evidentemente, se está ou não presente o *periculum libertatis* que pode e deve ser aferido mediante os requisitos do art. 312 do CPP.

Assim apesar de poder ser chamada este tipo de prisão de cautelar de prisão por motivo de pronúncia, na verdade sua natureza, tal qual a prisão quando da condenação recorrível, é de *prisão preventiva*, só que decretada no momento da pronúncia, impondo-se, assim, ao sistema, uma melhor técnica, já que fica evidente que além de poder ser mantida a prisão original do réu que estava preso, poderá se dar a *substituição* da prisão em flagrante anteriormente decretada agora por uma preventiva, ou, ainda, se decretar a prisão preventiva de réu que estava solto mas que agora tem contra si o *periculum libertatis*.