

# DOCTRINA NACIONAL

---

## PRISÃO E LIBERDADE PROCESSUAIS

MARIA LÚCIA KARAM

Juíza de Direito no Estado do Rio de Janeiro

1. Introdução 2. A Natureza Cautelar da Prisão Provisória 3. A Inconstitucionalidade da Prisão Processual Obrigatória 4. A Inconstitucionalidade da Prisão Temporária 5. A Prisão Decorrente de Sentença Condenatória Recorrível 6. Conclusão

### 1. Introdução

Centrando-se o presente trabalho na abordagem de algumas questões relativas à prisão e à liberdade processuais, naturalmente seu ponto de partida estará nas linhas fundamentais traçadas pela Constituição Federal, ao estabelecer os princípios e regras que devem condicionar a interpretação e a aplicação das leis reguladoras daqueles institutos.

No discurso e na prática dominantes, é tradicional o isolamento entre o enunciado geral dos princípios e regras constitucionais e sua aplicação aos casos concretos, prevalecendo as interpretações pouco desenvolvidas, presas a um acentuado positivismo jurídico, que só consegue enxergar as inconstitucionalidades mais evidentes.

A necessidade de superação deste isolamento, a necessidade de interpretações mais amplas adquire especial importância neste tema de prisão e liberdade, notadamente quando se considera a crescente manipulação do clima de pânico e de alarme social em torno do fenômeno da violência (falsamente identificada com a criminalidade convencional), a resultar num discurso e numa prática baseados na demanda de maior repressão, no apelo à ordem, no elogio do castigo e da severidade, discurso e prática estes que acabam por transformar aquele isolamento

tradicional numa aberta resistência à aplicação das normas constitucionais, na negativa em enxergar até mesmo aquelas inconstitucionalidades mais evidentes, no claro abandono dos princípios garantidores, tudo em nome de uma ilusória oferta de segurança.

Tratar quaisquer questões relativas aos institutos da prisão e da liberdade processuais, nesta perspectiva de resgate da prevalência dos princípios e regras consagrados em sede constitucional, como aqui se pretende, implica, naturalmente, em ter como norte a fórmula fundamental do *devido processo legal*, agora expressamente consagrada na Constituição Federal (art. 5º, inc. LIV), trabalhando-se, ainda, com as garantias específicas, desdobradas de seu conteúdo e também expressamente consagradas no texto da Carta de 1988: a *ampla defesa* (art. 5º, inc. LV); o dever de motivar as decisões judiciais (art. 5º, inc. LXI e art. 93, inc. IX); a chamada "*presunção de não-culpabilidade do acusado*" ou "*presunção de inocência*" (art. 5º, inc. LVII); o *direito à liberdade provisória* (art. 5º, LXVI).

O resgate da prevalência dos princípios e regras consagrados em sede constitucional implica também em se considerar a fórmula do *devido processo legal* e as garantias específicas dela

decorrentes em sua interação com outros direitos e garantias e enquanto instrumentos de realização dos fundamentos e objetivos da República, expressos no Título I da Constituição Federal. É o próprio texto constitucional que assim recomenda, ao advertir, no § 2º de seu art. 5º, que “os direitos e garantias expressas nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Há que se salientar, finalmente, a necessidade de extrair dos princípios e regras constitucionais tudo o que efetivamente deles se pode extrair, como observa o Prof. Afrânio Silva Jardim, ao tratar do devido processo legal. Vejam-se suas palavras: “Cremos que os comentadores da nova Carta Política ainda não extraíram da regra do n. LIV do seu art. 5º tudo o que efetivamente pode ser extraído, numa interpretação sistemática e mais arrojada, forte nos chamados princípios republicanos. A cláusula “devido processo legal” deve significar hoje mais do que significava em épocas passadas. Assim, a questão não mais pode se restringir à consagração de um processo penal de partes, com tratamento igualitário, onde o réu seja um verdadeiro sujeito de direito e não mero objeto de investigação. O ‘devido processo legal’ não pode ser resumido à consagração do princípio do “Juiz Natural”, à vedação de provas ilícitas, ou mesmo à impropriamente chamada presunção de inocência. Tudo isto é muito importante, mas já foi conquistado, restando tão-somente consolidar. Agora, queremos mais do ‘devido processo legal’, até mesmo porque aquelas matérias mereceram consagração específica na Constituição de 1988, o que denota que o princípio que ora nos ocupa tem campo de incidência mais abrangente, campo mais fértil.”

## 2. A natureza cautelar da prisão provisória

A observância destes princípios e regras constitucionais impõe uma primeira afirmação básica: toda prisão de natureza processual (ou prisão provisória) — ou seja, aquela que não decorre de condenação e, portanto, não tem a natureza jurídica de pena — tem, necessariamente, natureza cautelar, devendo atender aos requisitos e à finalidade da tutela cautelar.

Destina-se, pois, a prisão de natureza processual a tutelar os meios e os fins do processo penal de conhecimento, de modo a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada a final e possibilitar a normalidade da instrução probatória, estando sempre submetida à demonstração da presença do *fumus boni iuris* (a viabilidade do direito alegado ou a probabilidade de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor) e do *periculum in mora* (o risco de diminuição ou anulação da eficácia do provimento jurisdicional, em face do retardamento devido à natural lentidão do processo).

A prisão de natureza processual há que se orientar, assim, seja pela finalidade de evitar que o dano oriundo da provável violação do direito (o provável cometimento de uma infração penal) se torne irreparável pelo retardamento do remédio jurisdicional (a provável sentença condenatória), tornando-o inútil, seja pela finalidade de assegurar a regularidade dos meios de se chegar a tal remédio jurisdicional. A prisão de natureza processual sempre se deverá associar uma palavra: a *necessidade*.

Em nossa lei processual, esta natureza cautelar da prisão provisória aparece com clareza no dispositivo que estabelece os requisitos da prisão preventiva *strictu sensu* (art. 312 CPP): a prova de existência da infração penal e indícios de sua autoria, como tradução

da presença do *fumus boni iuris*, somando-se à exigência da manifestação do *periculum in mora*, traduzida no condicionamento da decretação da medida às hipóteses em que esta se faça necessária como *garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal*, ou para *assegurar a aplicação da lei penal*.

A prisão decretada por *conveniência da instrução criminal*, destinando-se a evitar ingerências indevidas na produção das provas e assim assegurar o normal desenvolvimento da instrução, funciona na tutela dos meios do processo, enquanto a decretação fundamentada na necessidade de *assegurar a aplicação da lei penal*, visando evitar fuga ou outra conduta que impeça a eventual imposição da pena, irá funcionar na tutela dos fins do processo.

O outro requisito mencionado naquele dispositivo legal — a *garantia da ordem pública* — merece maior cuidado em sua apreciação, na medida em que costumeiramente se propõe seja ele entendido como um permissivo para a desvinculação da prisão provisória de sua finalidade de tutela dos meios e fins do processo penal de conhecimento, fazendo-a assumir um intolerável caráter penal (verdadeira antecipação da pena), diante do clamor provocado pela gravidade do delito ou periculosidade de seu autor.

O Prof. Weber Martins Batista chegou a observar que a medida decretada como garantia da ordem pública não teria uma relação direta com o processo, mas sim se voltaria para a proteção de interesses estranhos a ele, tendo, em suas palavras “nítidos traços de medida de segurança”<sup>2</sup>, o que, hoje, já se chocaria com o fato de, em boa hora, ter a lei penal brasileira extinguido a medida de segurança como resposta penal para imputáveis: não havendo medida de segurança definitiva, muito menos poderia havê-la provisória.

Mas, o que, de todo modo, é inadmissível, por violar os princípios e

regras constitucionais, é este caráter de antecipação punitiva, a significar, em última análise, uma imposição de pena sem processo.

A garantia da ordem pública, como as demais manifestações do *periculum in mora* elencadas no art. 312 CPP, há também que sempre dizer respeito a fatos que se relacionem diretamente com os meios e fins do processo. É possível pensar em hipóteses assim admissíveis — mas, decerto, raras — de decretação da prisão preventiva *strictu sensu* para garantia da ordem pública, quando se estiver, por exemplo, diante de uma extrema comoção social provocada pela provável prática do delito, a exigir a imposição da medida para assegurar a realização do processo, eventualmente ameaçado por um clamor de “justiça pelas próprias mãos”.

Entretanto, há uma outra hipótese — e esta cotidiana — de prisão processual que se caracteriza exatamente pela presença do requisito da garantia da ordem pública: é a prisão em flagrante, que se constitui numa coerção urgente e imediata como forma de, impedindo o dano ou os efeitos do ataque que está sendo ou acabou de ser perpetrado contra o bem jurídico, restabelecer a paz social teoricamente abalada naquele momento da violação da lei penal.

A prisão em flagrante é ato administrativo (permitido dada a urgência da providência necessária para garantir a ordem pública), que se converte em medida cautelar, submetendo-se sua manutenção aos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, que, se, em princípio, estão presentes no momento da prisão, poderão não subsistir logo após.

A harmonização do instituto da prisão em flagrante com a necessária obediência aos requisitos da tutela cautelar, que, repita-se, hão de estar presentes em toda prisão de natureza processual, se materializou em nossa

legislação com a regra do parágrafo único do art. 310 CPP, introduzida pela reforma efetuada através da Lei 6.416/77, a deixar claro que aquela prisão decorrente do flagrante só poderia subsistir nos mesmos casos em que seria possível a decretação da prisão preventiva *strictu sensu*, ou seja, quando verificada a subsistência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, em princípio caracterizados no momento de sua efetivação.<sup>3</sup>

Naturalmente, quaisquer dos requisitos que fundamentam a concessão da tutela cautelar (e, portanto, a prisão provisória) têm que ser demonstrados, o que decorre da própria fórmula do *devido processo legal* e, mais especificamente, do princípio expresso no art. 93, inc. IX da CF, que consagra o dever de motivação das decisões judiciais, princípio este explicitado na garantia contida na regra que determina que a prisão não decorrente de flagrante só poderá se dar por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI CF).

Assim, quer na decretação da prisão preventiva *strictu sensu*, quer na manutenção da prisão decorrente de flagrante, como em qualquer decisão que importe na concessão da tutela cautelar consistente na prisão provisória, a *necessidade* de tal medida deverá estar devidamente demonstrada através de *atos* que a revelem.

Veja-se o que diz a respeito o Professor Antônio Magalhães Gomes Filho: "Seja como for, o que importa ressaltar é a imperatividade da declaração expressa dos motivos que ensejam a restrição da liberdade individual no caso concreto, tanto nas hipóteses em que há pronunciamento jurisdicional prévio (prisão preventiva, prisão em virtude de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível), como na convalidação da prisão em flagrante, em que o Juiz deve declarar as razões de sua manutenção e

da não concessão da liberdade provisória (...) Sendo assim, não são suficientes à motivação das decisões sobre prisão as referências à 'ordem pública', à gravidade do delito ou aos antecedentes do acusado, sendo indispensável que se demonstre cabalmente a ocorrência de fatos concretos que indiquem a necessidade da medida por exigências cautelares de tipo fundamental ou final."<sup>4</sup>

No mesmo sentido, há importante pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no julgamento do HC 68.530-7-DF, em que foi relator o Min. Celso de Mello: "Não há, em tema de liberdade individual, a possibilidade de se reconhecer a existência de arbítrio judicial. Os Juízes e Tribunais estão, ainda que se cuide de mera faculdade processual, sujeitos, expressamente, ao dever de motivação dos atos constitutivos do *status libertatis* que pratiquem no desempenho de seu ofício. A restrição ao estado de liberdade impõe ato decisório suficientemente fundamentado, que encontre suporte em fatos concretos." (in DJU, de 12.4.91, p. 4.159).

### 3. A inconstitucionalidade da prisão processual obrigatória

A observância dos princípios e regras constitucionais impõe outra afirmação básica: *não podem nem a lei nem seus aplicadores considerar quaisquer presunções como fundamentos da prisão processual*.

Tal afirmação já deriva da própria racionalidade dos atos de governo, inerente ao Estado de Direito, a afastar as presunções, que, na realidade, não passam de ficções, com as quais o Direito não pode trabalhar, ainda mais quando está em jogo a liberdade.

Mas, neste tema da prisão processual, a fórmula fundamental do devido processo legal e as garantias específicas

desdobradas de seu conteúdo deixam ainda mais clara tal afirmação.

Como lembra o Prof. Tourinho Filho, ao comentar os efeitos do recurso de apelação<sup>5</sup>, muito antes da Constituição de 1988, que veio consagrar explicitamente aquela fórmula fundamental, bem como, entre outros, o princípio da chamada "presunção de inocência" ou "presunção de não-culpabilidade" (princípio que, na realidade, não institui uma presunção, mas sim expressa a garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado, a Profa. Ada Pellegrini já ressaltava que, a se falar em presunções, qualquer delas cederia diante daquela presunção de não-culpabilidade<sup>6</sup>.

Naturalmente, assim como os juízes e tribunais, ao conceder a tutela cautelar consistente na prisão processual, não podem fundamentar sua decisão, utilizando-se de presunções (seja de periculosidade, de fuga, seja de que, se solto, o réu voltará a delinquir, como é comum encontrar em decisões judiciais), estando obrigados a indicar a ocorrência de fatos concretos que demonstrem a necessidade da medida, tampouco pode o legislador estabelecer hipóteses de prisão processual obrigatória: tanto quanto as demais entidades públicas, está o legislador vinculado aos princípios e regras constitucionais.

Recusando esta vinculação, o legislador ordinário, ao produzir a Lei 8.072/90, em momento de especial intensificação das chamadas campanhas de lei e ordem, alimentadas pela já referida manipulação do clima de pânico e de alarme social em torno do fenômeno da violência (falsamente identificada com a criminalidade convencional), criou espécie de prisão processual obrigatória, proibindo a concessão de liberdade provisória (art. 2º, inc. II) nos casos dos crimes ali etiquetados de "hediondos" (latrocínio; extorsão qualificada pelo resultado morte; extorsão mediante se-

questro e suas formas qualificadas; estupro e atentado violento ao pudor, em suas formas simples e qualificadas; epidemia com resultado morte; envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pelo resultado morte; e genocídio) e nos a eles assemelhados (tortura, tráfico de drogas e terrorismo), proibição esta que traz uma das mais explícitas dentre as inúmeras violações a princípios e regras constitucionais, que caracterizam aquela "hedionda" lei.<sup>7</sup>

A vedação da liberdade provisória, de forma abstrata e absoluta, a presos em flagrância referente a determinados delitos fere frontalmente a fórmula fundamental do devido processo legal, na medida em que constitui verdadeira antecipação da pena, verdadeira condenação imposta sem processo e sem julgamento, ferindo, assim e conseqüentemente, a garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado (a chamada "presunção de inocência"). A prisão processual, por sua natureza necessariamente cautelar, não pode ser determinada pela espécie ou pela suposta gravidade do delito atribuído ao indiciado ou processado, até porque a efetiva ocorrência do delito, por maior que seja a probabilidade desta ocorrência, só poderá passar do terreno das hipóteses para o plano do concreto, quando da cognição definitiva do mérito, a ser feita no momento da sentença.

Não bastasse isso, a Constituição Federal ainda explicitou na regra contida no n. LXVI de seu art. 5º o direito à liberdade provisória, cujo conteúdo essencial não poderia sofrer restrições por parte do legislador ordinário. O sentido de tal regra constitucional, que expressamente se aplica também às infrações inafiançáveis, foi muito bem demonstrado em importante artigo do Prof. Odone Sanguiné sobre o tema, onde ele afirma que "a liberdade pro-

visória, por ser um direito fundamental constitucional, sempre será garantida pela lei, para todo e qualquer crime, em caráter geral, mas será admitida ou não pelo juiz ou Tribunal, conforme o caso concreto, segundo as pautas indicadas em lei, tal como hoje regulada pelo Código de Processo Penal.”<sup>8</sup>

Mais adiante, completa o Prof. Odone Sanguiné: “Mesmo quando se admita a ‘anulação’ do direito subjetivo de certo indivíduo em determinadas circunstâncias, nunca esta restrição poderá ser absoluta. Vale dizer, pode a lei ordinária admitir ou não a liberdade provisória, conforme circunstâncias concretas; não, porém, sempre vedá-la em caráter genérico e absoluto para certa tipologia de crimes.”<sup>9</sup>

#### 4. A inconstitucionalidade da prisão temporária

Igualmente desvinculando-se dos princípios e regras constitucionais, o legislador ordinário introduziu, com a Lei 7.960/89 (produto também das chamadas campanhas de lei e ordem), nova modalidade de encarceramento não decorrente de condenação — a prisão temporária.

Tal instituto já veio contaminado por um vício original, pois criado através de medida provisória baixada pelo Presidente da República, que se converteu na Lei 7.960/89, de manifesta inconstitucionalidade.

Tratando-se de instrumento de coerção pessoal, a atingir o direito de liberdade, não poderia a prisão temporária ser objeto de medida provisória, mas tão somente de lei em sentido estrito (ou seja, o ato normativo procedente do Poder Legislativo e elaborado segundo a forma e o processo constitucionalmente estabelecidos): tem-se aqui decorrência básica do princípio da legalidade, que, naturalmente, limita o poder do Estado não só em matéria penal subs-

tantiva, mas também no que diz respeito ao direito processual penal, notadamente neste campo da liberdade.

A respeito da inadmissibilidade de medida provisória em matéria penal e processual penal, a representar intolerável invasão em área de competência reservada ao Poder Legislativo, o Des. Alberto Silva Franco, comentando os significados do princípio da legalidade<sup>10</sup>, destaca que: “se, portanto o princípio constitucional da legalidade é, em toda sua extensão, a ponte que conecta o Direito Penal ao Direito Processual Penal e se esta ligação se mostra inarredável e se traduz, além disso, numa garantia jurídica posta à disposição do cidadão, é evidente que um dos corolários daquele princípio — o da reserva absoluta da lei em matéria penal — é plenamente ajustável ao processo penal, máxime quando estiver em jogo, direta ou reflexamente, um dos direitos fundamentais do homem: o direito à liberdade pessoal”, para, concluindo, dizer que “se o Estado Democrático de Direito, criado pela CF/88 (art. 1º), é um Estado de Direitos e Garantias Fundamentais; se, entre tais garantias, se inclui a de que todo cidadão só poderá ser despojado de sua liberdade pessoal se, *por lei*, sua conduta for anteriormente prevista e sua pena previamente cominada; se, também deve ser regrado, *por lei*, todo mecanismo de coerção pessoal no processo; se se considera *lei* o ato normativo procedente do Poder Legislativo, elaborado segundo a forma e o processo constitucionalmente prescritos, a medida provisória, que verse sobre matéria penal ou a respeito de limitações da liberdade pessoal, no curso do processo ou fora dele, constitui um instrumento totalmente inadequado para tais finalidades e sua adoção atrita, de modo manifesto, com as normas constitucionais ensejando uma insuportável violação ao Estado Democrático de Direito, cuja realidade concreta e ime-

diata depende de um Poder Executivo que conheça seus limites e aja sem arbitrariedades, de um Poder Legislativo preservado na sua área de atuação e de um Poder Judiciário que compreenda sua condição de garante da Lei Magna e que, sem concessões nem acomodamentos, exercite sua missão”.

Mas, não bastasse esse vício original, o instituto da prisão temporária ainda se afasta da necessária natureza cautelar, que deve estar presente em toda prisão não decorrente de condenação, revelando-se em sua criação, também por isso, a inobservância de princípios e regras constitucionais.

Impondo-se a prisão temporária a simples suspeitos da prática de determinados delitos considerados graves, em nenhum dos ns. I, II e III do art. 1º da Lei 7.960/89, em que se estabelecem as hipóteses para sua decretação, estão presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pouco importando que se considerem aqueles incisos conjunta ou separadamente. A Profa. Ada Pellegrini aponta esta desvinculação da prisão temporária com os requisitos da tutela cautelar, observando que, não obstante ser ordenada pelo juiz, tal medida dispensa qualquer investigação a respeito da concreta necessidade cautelar.<sup>11</sup>

Além disso, visando tão somente as investigações do inquérito policial, tal instituto, a rigor, não apresenta uma das características fundamentais das medidas cautelares — a acessoriedade, ou seja, a vinculação ao resultado do processo principal.

Este desrespeito a princípios e regras expressamente consagrados na Constituição Federal, manifestado na elaboração legislativa e na constante e inquestionada aplicação da prisão temporária, ensejando aquela insuportável violação ao Estado Democrático de Direito, de que fala o Des. Alberto Silva Franco no texto aqui citado, ainda ig-

nora a intenção do constituinte de 88, que, ao consagrar a regra contida no n. LXI do art. 5º (“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente...”), claramente quis afastar qualquer possibilidade de prisão para averiguações.

Comentando o texto constitucional, logo após a promulgação da Nova Carta, os Profs. Paulo Cláudio e João Batista Tovo, ao se referirem à regra em questão, já advertiam que: “De qualquer modo, o texto em exame elimina definitivamente a pretensão de criar-se mais uma espécie de prisão cautelar, única que teria expressamente este nome e que seria, como já afirmamos alhures, camuflagem da famigerada “prisão para averiguações”. Só o juiz poderá decretar a prisão quando necessária, na órbita processual penal, desde que tenha as provas da existência do fato aparentemente delitivo e, pelo menos, a suspeita fundada da autoria (na lição do mestre Hélio Tornaghi), sob pena de violação da presunção de inocência. A ninguém deve ser dado um poder tão alto, o de prender para averiguações, nem mesmo ao juiz, dê-se o nome que se quiser dar a tal prisão, como temporária, etc., sob pena de incorrer-se num contrasenso inominável”.<sup>12</sup>

## 5. A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível

Independentemente da controvérsia sobre a natureza jurídica da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e ainda sem considerar a garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado (a chamada “presunção de inocência”), há que se afirmar a clara inconstitucionalidade tanto da regra contida no art. 594 CPP, ao condicionar à prisão a apelação do

rêu que não for primário e de bons antecedentes, quanto da regra do art. 595 do mesmo diploma legal, que determina a deserção da apelação em função da fuga do réu condenado.

Tais dispositivos de nossa lei processual penal ferem frontalmente a garantia da ampla defesa, consagrada no n. LV do art. 5º da Constituição Federal e, já por isso, há que lhes ser negada vigência. Assegurando a regra constitucional a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, nenhuma circunstância poderá inviabilizar o acesso ao duplo grau de jurisdição, que, a toda evidência, constitui recurso inerente à ampla defesa.

De todo modo, não se afasta a importância do exame da natureza jurídica da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.

Em princípio, o entendimento adotado pelo Prof. Afrânio Silva Jardim de que tal prisão não teria natureza cautelar, tratando-se de verdadeira execução provisória da pena,<sup>13</sup> não se compatibiliza com a garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado.

Mesmo antes de se considerar tal garantia, já se poderiam levantar objeções à execução provisória da pena imposta em sentença condenatória recorrível, a partir da própria natureza irreparável da prisão. Dada esta natureza irreparável, com a conseqüente impossibilidade de "se restituírem as coisas ao estado anterior", seria possível ver aqui situação semelhante à contemplada na regra que, no processo civil, impõe restrições à execução provisória de sentença pendente de recurso desprovido de efeito suspensivo (v. o art. 588, n. II CPC, onde se dispõe que a execução provisória não abrange os atos que importem alienação do domínio). A irreparabilidade da prisão estaria, assim, a impedir a execução provisória da pena

fundada na sentença condenatória ainda pendente de recurso (inclusive os recursos especial e extraordinário).

Mas, é a concretização da garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado, que efetivamente impõe a afirmação da natureza essencialmente cautelar da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, só podendo, em conseqüência, tal prisão ser mantida ou decretada se presente o *periculum in mora* (aqui, para garantir os fins do processo, assegurando a eventual aplicação da pena ou a ordem pública, esta com as ressalvas já expostas). Evidentemente, não há mais que se falar, neste ponto, do *fumus boni iuris*, na medida em que, com a cognição definitiva do mérito feita na sentença condenatória (sentença definitiva em sentido processual, ou seja, não mais baseada em fatos ou situações eventuais ou passageiras, mas apenas sujeita a revisão no 2º grau de jurisdição), já se está diante do reconhecimento expresso do direito alegado pelo autor.

O fato da prisão decorrer de sentença definitiva naquele sentido processual não parece constituir óbice à afirmação de sua cautelaridade. Não obstante os sempre admiráveis argumentos do Prof. Afrânio Silva Jardim,<sup>14</sup> é questionável sua sustentação da ausência de cautelaridade em tal prisão, por não estar ela marcada pelas características inerentes à tutela cautelar. Tais características são perfeitamente identificáveis, afastando-se apenas os aspectos diretamente relacionados com a provisoriedade da cognição do mérito. Vale notar que não é esta uma hipótese isolada de permanência de medida cautelar após a prolação da sentença no processo principal.

É certo que as medidas cautelares só costumam desempenhar suas funções processuais até a outorga da tutela

satisfatória, cessando sua eficácia com a extinção do processo principal, com ou sem julgamento do mérito, como dispõe a regra contida no art. 808, III CPC. Entretanto, como ressalta o Prof. José Carlos Barbosa Moreira, em tal dispositivo está implicitamente ressalvada a hipótese de, sendo favorável ao autor a sentença definitiva no processo de conhecimento, ainda permanecer necessária a medida cautelar, para assegurar a satisfação do direito, dando o eminente Professor como exemplo desta hipótese, no processo civil, o arresto até sua conversão em penhora (art. 818 CPC).<sup>15</sup>

Não só possível, portanto, reconhecer a cautelaridade da prisão mantida ou decretada em sentença penal condenatória recorrível, como imperativo tal reconhecimento, diante da garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado, extraindo-se daí a consequência de que, como em qualquer outra hipótese de prisão de natureza processual, também aqui se terá que demonstrar sua *necessidade*.

Demonstrada esta necessidade, através da presença de *atos* (e não simples presunções, como a reincidência, a quantidade da pena, ou a natureza do delito pelo qual foi o réu condenado) reveladores da existência do *periculum in mora* e, aí sim, mantida ou decretada a prisão, se poderia admitir uma execução provisória da pena imposta na sentença, de modo a permitir que o réu eventualmente se beneficie dos direitos (a progressão ou o cumprimento inicial em regime aberto ou semi-aberto, o livramento condicional, a remição da pena pelo trabalho, etc.) reconhecidos na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).

O reconhecimento desta única hipótese admissível de execução provisória da pena imposta em sentença penal condenatória recorrível, não afetaria a

natureza essencialmente cautelar da prisão ali mantida ou decretada. Decorrendo tal natureza do inafastável respeito a uma garantia constitucional (a de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado), é, como já apontado, imperativa sua afirmação.

Tal afirmação, porém, em nada impediria que, uma vez efetuada aquela prisão (necessária, diante da presença demonstrada do *periculum in mora*), se procedesse a uma excepcional execução provisória da pena, para o fim de beneficiar o réu assim preso com os direitos consagrados na Lei de Execução Penal, pela intuitiva razão de que uma garantia não pode funcionar em prejuízo daquele que se pretende garantir: é este o mesmo princípio que preside a detração da pena (art. 42 CP), instituto que tampouco desnatura a cautelaridade das demais modalidades de prisão de natureza processual.

Para concretização da garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado, como também para o efetivo exercício da ampla defesa, impõe-se o entendimento de que, em princípio, há que ser dado efeito suspensivo a todo recurso do réu contra sentença penal condenatória (não só a apelação, mas qualquer recurso, inclusive o especial e o extraordinário), nada obstando que, uma vez demonstrado o *periculum in mora* e assim presente a necessidade da prisão (de inafastável natureza cautelar), sendo esta efetuada, excepcionalmente se retire aquele efeito do recurso, para a única razão de permitir que o réu então preso se beneficie de uma igualmente excepcional execução provisória da pena, restabelecido o efeito suspensivo do recurso por ele interposto caso seja esta execução interrompida por uma eventual fuga.

## 6. Conclusão

O tratamento das questões relativas à prisão e à liberdade processuais, em harmonia com os princípios e regras constitucionais, revela a necessidade de revisão da tendência abusiva de emprego da prisão provisória encontrada na legislação e na prática das agências judiciais, revela a necessidade de, seguindo a lição do Prof. Gomes Canotilho,<sup>16</sup> dar aplicabilidade efetiva aos direitos, liberdades e garantias, fazendo-os valer diretamente contra leis que os restringem em desconformidade com a Constituição, como aqui se procurou abordar.

É preciso não esquecer, ainda, que o direito processual penal funciona como instrumento acessório de um direito material caracterizado pela irracionalidade e que toda a carga deteriorante e criminalizante da reação punitiva é provocada, não só pela imposição formal da pena, mas muito antes, pelo simples contato com o sistema penal, como também é preciso não esquecer que esta irracionalidade, que esta carga deteriorante e criminalizante não se compatibilizam com a dignidade da pessoa humana; com a cidadania; com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; com a erradicação da marginalização e a redução das desigualdades sociais; com a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação — fundamentos e objetivos da República, princípios fundamentais, como os define a Constituição Federal.

O resgate da prevalência dos princípios e regras consagrados em sede constitucional, a efetiva aplicação das normas constitucionais, a realização dos fundamentos e objetivos da República, a construção do Estado Democrático de Direito estão, portanto, a impor uma mudança de rumo na atuação do legislador e das agências judiciais: afastar-se da tendência abusiva do emprego da

prisão processual, afastar-se do perigoso abandono dos princípios garantidores, afastar-se de uma ilusória oferta de segurança e caminhar no sentido da liberdade.

## NOTAS

1. Em Torno do "Devido Processo Legal" in *Direito Processual Penal*, Rio, Forense, 4ª ed., 1991, pp. 464-465.

2. In *Liberdade Provisória*, Rio, Forense, 1981, p. 77.

3. Sobre a explicitação da natureza cautelar da prisão decorrente de flagrante, a partir da reforma de 1977, vejam-se os comentários da Profª Ada Pellegrini Grinover, in *A Nova Lei Penal, A Nova Lei Processual Penal*, São Paulo, Ed. RT, 2ª ed., 1979, pp. 133-136, em colaboração com o Prof. Paulo José da Costa Júnior.

4. In *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, São Paulo, Ed. RT, 1991, p. 81.

5. V. seu *Processo Penal*, vol. 4/294 e ss. São Paulo, Saraiva, 12ª ed., 1990.

6. V. o estudo da Profª Ada Pellegrini "Interrogatório do Réu e Direito ao Silêncio", in *O Processo em sua Unidade*, São Paulo, Saraiva, 1978, pp. 95 e ss.

7. Sobre a Lei 8.072/90 (apelidada de "hedionda" pelo Prof. Tourinho Filho, em conferência proferida na abertura do Simpósio de Direito Penal e Direito Processual Penal: Reflexos Constitucionais, Inovações e Tendências, realizado no Rio de Janeiro, em novembro de 1990), é indispensável a leitura da obra de Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos (Notas sobre a Lei 8.072/90)*, São Paulo, Ed. RT 2ª ed., 1992, onde, na mais completa e profunda análise sobre ela publicada, se revela toda a postura autoritária e desrespeitadora das normas constitucionais que presidiu sua elaboração.

8. Inconstitucionalidade da Proibição da Liberdade Provisória, in *Fascículos de Ciências Penais*, v. 3, nº 4, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1990, p. 18.

9. Op. cit., p. 19.

10. In *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, São Paulo, Ed. RT, 4ª ed., 1993, pp. 22-25.

11. V. seu estudo "Lineamentos Gerais do Novo Processo Penal na América Latina:

Argentina, Brasil e o Código Modelo para Íbero-América" in *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso*, Rio, Forense, 1992, pp. 33-55.

12. In *Primeiras Linhas sobre o Processo Penal em face da Nova Constituição*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1989, p. 28.

13. V. seus estudos "A Prisão em Decor- rência de Sentença Penal Condenatória Recorrível" e "A Prisão no Curso do Processo em face da Nova Constituição", in *Direito Processual Penal*, Rio, Forense, 4ª ed., 1991, pp. 389-409 e 410-415.

14. V. o estudo mencionado na nota ante- rior, "A Prisão em Decor- rência de Sentença Penal Condenatória Recorrível", onde, afir- mando a ausência das características da acessoriedade, da preventividade, da instru- mentalidade hipotética e da provisoriedade, entende o Professor Afrânio Silva Jardim estar afastada a natureza cautelar da prisão decor- rente de sentença penal recorrível.

15. In *O Novo Processo Civil Brasileiro*, II/ 184-185, Rio, Forense, 2ª ed., 1978.

16. V. seu *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 5ª ed., 1991, p. 192.