

9. JURISPRUDÊNCIA

9.1

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

9.1.1

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA

Presunção de não-culpabilidade. Execução penal provisória e presunção de não-culpabilidade.

Ementa: A jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de que a presunção constitucional de não-culpabilidade – que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados – não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário: aplicação da orientação majoritária, com ressalva da firme convicção em contrário do relator.

HC 80.535-3-SC – 1.ª T. – STF – j. 12.12.2000 – rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 02.03.2001.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 1.ª T. do STF, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 12 de dezembro de 2000.

Moreira Alves, Presidente – Sepúlveda Pertence, Relator

RELATÓRIO – O Senhor Min. Sepúlveda Pertence: A sentença que condenou o paciente às penas dos arts. 343 e 344, CP, ao final, determinou:

“Transitada em julgado a sentença, lancem o nome dos réus no rol de culpados.”

Cingiu-se o TJSC a negar provimento às apelações.

Não obstante interposto recurso especial – cujo processamento, indeferido na origem, pende de decisão de agravo – o Juiz determinou se expedisse mandado de prisão (f.).

Impetraram-se *habeas corpus*, sucessivamente, ao Tribunal local e ao STJ, que os denegaram.

O acórdão no STJ, da lavra do ilustre Min. Edson Vidigal, recebeu esta ementa:

“Mantida a decisão condenatória pela Corte Regional, a interposição de recurso especial, que em virtude da sua natureza excepcional não possui efeito suspensivo, não impede a execução da medida restritiva.”

Donde este pedido substitutivo do recurso ordinário, de cujas razões se extrata:

“9. Impetra o presente remédio perante a Suprema Corte alegando a interpretação jurídica diferenciada de trânsito em julgado de sentença e efeito suspensivo de recurso especial, pois entende ser aplicável ao caso concreto a regra do trânsito em julgado, porque a sentença condenatória foi confirmada pelo Egrégio Tribunal Estadual, que

não determinou a expedição do mandado de prisão.

Ocorre que a sentença, confirmada pelo acórdão estadual, dispôs que somente após o trânsito em julgado devem ocorrer os seus efeitos:

‘Transitada em julgado, lancem o nome dos réus no rol dos culpados.’

Aliás, a nossa lei penal processual prescreve em vários dispositivos que somente *transitada em julgado a sentença condenatória* é que se promove a sua execução (arts. 63, 133, 143, 674 e 675, do CPP), destacando-se da Lei de Execuções Penais, Lei 7.210, de 11.07.1984:

‘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.’

A Constituição garante o trânsito em julgado da sentença condenatória. No presente caso, foi a própria sentença e o acórdão que asseguraram o trânsito em julgado da sentença condenatória e modificá-la antes disso é violar a garantia constitucional estabelecida no art. 5.º, XXXVI e LVII.

Ora, o efeito suspensivo de recurso especial não pode modificar os termos claros da sentença condenatória que declarou após ‘Transitada em Julgado’, confirmada pelo acórdão do Tribunal Estadual, sob pena de violar a garantia do devido processo legal e a garantia processual penal e constitucional da regra do trânsito em julgado. A condenação penal, de outro lado, é instituto de interpretação restrita, não admitindo aplicação, nem incidência de analogia à Lei 8.055/90, art. 27, § 2.º, que institui efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial.”

Opina o Ministério Público Federal, com parecer do ilustre Subprocurador-Geral Cláudio Fonteles, pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO – O Sr. Min. Sepúlveda Pertence – (Relator): Aduz o parecer da Procuradoria-Geral:

“6. Segundo alega o recorrente, a sentença e o acórdão asseguraram o trânsito em julgado da sentença condenatória, por conseguinte qualquer modificação deste contexto incorreria em violação ao princípio constitucional da presunção de inocência.

7. Na verdade, nos presentes autos, só se demonstra que emanou do Juízo de 1.º grau – f. 14 – o registro segundo o qual ‘transitada em julgado, lança-se o nome do réu no rol dos culpados’.

8. Quanto à decisão assumida em grau de apelação, a propósito, nada se diz, a não ser que, por unanimidade, foram rejeitadas as preliminares e negado o provimento a este recurso dos apelantes (f.).

9. O registro então feito em 1.º grau para o ‘lançamento do nome do réu no rol dos culpados, após o trânsito em julgado’ é perfeito, dada a presença do princípio constitucional da não-culpabilidade, todavia disto não se pode inferir óbice à execução provisória de decisão criminal afirmada, e reafirmada, nas instâncias ordinárias, posto que, como sabido e jurisprudencialmente consagrado, os possíveis recursos de índole excepcional não guardam efeito suspensivo.”

De minha parte, sigo convencido de que a garantia constitucional de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” é incompatível com qualquer modalidade de execução criminal provisória.

Em consequência, desde a Constituição, só é admissível a prisão processual, quando de finalidade cautelar, como tal devidamente motivada: fora daí, por definição, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, a pretexto da falta de efeito suspensivo dos recursos ainda cabíveis, é execução provisória, que tenho por inconstitucional.

Assim, v.g., o meu voto vencido no *leading case* do Plenário (HC 69.964, Galvão, 18.12.1992, RTJ 147/243 e no HC 69.714, 1.ª T., Pertence, RTJ 148/408).

A jurisprudência do Tribunal, por suas duas Turmas, consolidou-se, entretanto, no sentido contrário (v.g., HC 68.968, 2.ª T., 11.02.1992, Brossard, RTJ 141/523; HC 69.605, 1.ª T., 13.10.1992, Gallotti, Lex 173/383; HC 70.666, 1.ª T., 19.10.1993, Pertence; HC 69.964, 1.ª T., Galvão, RTJ 147/243; HC 74.828-MG, 2.ª T., 25.02.1997, DJ 20.03.1997; HC 74.852, Corrêa, 2.ª T., 1.º.04.1997, DJ 23.05.1997; HC 73.930, 2.ª T., Maurício Corrêa, DJ 06.06.1997).

Não lhe infirma a aplicação ao caso a circunstância de a sentença de primeiro grau haver subordinado ao trânsito em julgado o lançamento do nome dos réus no rol de culpados.

Confirma-o o entendimento do Plenário: no mesmo dia do *leading case* aludido (HC 69.964), em 18.12.1992, o Tribunal deferiu o HC 69.696, relator o eminente Min. Celso de Mello, no qual ficou assentado:

“O lançamento do nome do acusado no rol dos culpados viola o princípio constitucional que, proclamado pelo art. 5.º, LVII, da Carta Política, consagra, em nosso sistema jurídico, a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processos penais condenatórios.

A norma inscrita no art. 408, § 1.º, do CPP – que autoriza o juiz, quando da prolação da sentença de pronúncia, a ordenar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados – está derogada em face da superveniência de preceito constitucional com ela materialmente incompatível (CF, art. 5.º, LVII).

A expressão legal ‘rol dos culpados’ não tem sentido polissêmico. Há, pois, de ser entendida como locução designativa da relação de pessoas já definitivamente condenadas.”

Continuo sem entender que, em nome de presunção constitucional de não-culpabilidade, se repila a formalidade da inclusão no rol dos culpados, mas se admita a execução provisória – e, por si mesma, irremediável – da condenação.

Essa, contudo, é a jurisprudência firme do Tribunal, neste momento, sem perspectiva de revisão.

Denego a ordem: é o meu voto.

EXTRATO DE ATA – Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. Falou pelo paciente o Dr. Guaracy Freitas. 1.ª T., 12.12.2000.

Presidência do Min. Moreira Alves. Presentes à sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

COMENTÁRIO

O recente acórdão supra do STF, no sentido da admissibilidade da execução provisória de sentença criminal condenatória – e essa, assinala o julgador, “é a jurisprudência firme do Tribunal, neste momento, sem perspectiva de revisão” –, encerra um absurdo jurídico.

Ora, a lei não adota nem nunca adotou essa modalidade de execução, pois nosso legislador jamais perpetró tamanha barbaridade, incompatível com o Direito Processual Penal (imaginem-se a execução de uma pena de morte na pendência de recurso!), em que pese a uma opinião doutrinária, completamente equivocada como se verá, de que havia sido autorizada por dispositivo, não mais vigente, do Código de Processo Penal.

O pior é que o eminente relator, posto tenha enfaticamente afirmado sua convicção da inconstitucionalidade da medida, negou a ordem! Parodiando a interrogação de saudoso sambista, poder-se-ia indagar: *onde está a coerência?*

Esse descompasso entre a fundamentação e a conclusão leva ao que na doutrina italiana se tem chamado de “sentença suicida”. Aqui não se trata de um mero equívoco de redação, ou de manifestação incongruente, mas de deliberada tomada de posição ao lado da maioria vencedora no Tribunal. Certamente procurando esclarecer a situação, a ementa do acórdão incluiu cláusula que não está no voto: “Com ressalva da firme convicção em contrário do relator”. Pode?

E que negócio é esse de ter o julgador uma “firme convicção” e votar contra ela?

Em resumo, o caso foi o seguinte: A sentença condenatória, sem mandar expedir mandado de prisão, nem mesmo com a condição de que a expedição se faça após o trânsito em julgado da decisão, determinou, entretanto, fosse incluído o nome do réu no rol dos culpados *após o trânsito em julgado*. Sentença confirmada, sem cogitar o acórdão de prisão desde logo. Interposto recurso especial, seguido do inevitável agravo. Pronto. O juiz mandou expedir o mandado de prisão. Daí pedidos de *habeas corpus* sucessivamente ao Tribunal local, ao STJ e ao STF, Tribunais que, todos eles, os denegaram.

No Supremo Tribunal foi feita uma referência à impetração como “pedido substitutivo de recurso ordinário”, matéria no caso sem maior relevância mas que não deixa de merecer, particularmente, também ela, um ligeiro comentário. É que a impetração, em realidade, não é uma substituição ao recurso ordinário, mas uma escolha entre duas opções possíveis para alcançar a modificação de acórdão denegatório do *writ*, como observamos em nosso *Doutrina e prática do habeas corpus*. A expressão surgiu na vigência da Carta anterior, quando foi vedada a impetração originária do remédio constitucional se cabível o recurso ordinário. No fundo, o que se proibia não era uma substituição, mas a utilização do *habeas corpus*. Voltemos, porém, à questão principal.

Da argumentação do impetrante em parte reproduzida no relatório se vê que fundamento nuclear do pedido foi o de que a prisão do paciente só poderia dar-se depois de passado em julgado o acórdão. E que três razões levavam a isso:

a) Nem a sentença de primeiro grau, nem o acórdão que a confirmou, mandou expedir mandado de prisão em qualquer época;

b) A sentença, confirmada pelo Tribunal local, com o determinar que, “transitada em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados”, dispôs que somente após o trânsito em julgado devem ocorrer os seus efeitos; e

c) Nossa lei processual penal prescreve em vários dispositivos que somente transitada em julgado a sentença condenatória é que se promove a sua execução.

Quanto ao primeiro argumento, se nem a sentença nem o acórdão do Tribunal local fixou a época da prisão, cabia, então, no julgamento dos *habeas corpus* verificar, para a indagação da existência ou não de constrangimento ilegal diante da alegação de prisão prematura, qual seria a época certa, o que não se fez.

Ora, se a prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível depende de disposição naquela mesma decisão, uma vez que pode restar afastada no caso concreto, e não tendo ela sido determinada, nem tendo o acórdão modificado a sentença, segue-se que, realmente, só deveria o juiz vir a cogitar da expedição de mandado de prisão para fins de execução da pena, o que só pode realizar-se após o trânsito em julgado da sentença, estando na ocasião solto o réu.

Trata-se de modalidade de prisão para a qual, talvez por sua teórica curta duração e finalidade específica, não têm atentado a doutrina e a jurisprudência: *a prisão preparatória para a execução da pena*, como a denomino.

Note-se que essa espécie de prisão processual não se confunde com execução de pena corporal, visto que a execução da pena pressupõe a expedição de *carta de guia* (ou *guia de recolhimento*, como hoje fala a Lei de Execução Fiscal), e isso só se faz depois de transitada em julgado a sentença condenatória e desde que o réu já esteja ou venha a ser preso, como já preceituava o Código, na cabeça do art. 674, e do mesmo modo agora dispõe a LEP, no art. 105, sendo certo ainda que da guia deverá constar que a sentença transitou em julgado (art. 106, III, da mesma LEP).

Precisamente porque só depois de preso o réu poderá ser expedida a guia, dispunha o Código, art. 675, que se tiver havido recurso, 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 que, evidentemente, aplica-se a casos em que o réu por outro motivo estiver solto*), logo que transite em julgado a sentença condenatória, o juiz, ou o presidente da câmara ou Tribunal, fará expedir o mandado de prisão.

Pois bem. Se não era oportuna a *prisão preparatória para a execução da pena* (recorde-se que havia recurso pendente de julgamento), e se o tribunal de segundo grau não determinou a prisão (nem poderia fazê-lo, numa intolerável *reformatio in pejus*, já que não houve recurso também da acusação tendente à

obtenção da custódia, nem era caso de recurso de ofício), havia coação ilegal a desafiar *habeas corpus*.

Só que no STF a discussão transviou-se diretamente para questão ali já muito debatida, posto que mal deslindada, qual seja a da aceitação da execução provisória da pena. E teve, mais uma vez, como já tivera no Superior Tribunal de Justiça, solução infeliz, como ainda se verá.

Ao outro argumento da impetração, de que era inoportuna a expedição do mandado de prisão porque a sentença relegou a inclusão do nome do réu no livro rol dos culpados para quando transitada em julgado, também não se deu maior atenção.

A cláusula “após transitar em julgado”, com que expressamente se marcou para época posterior à da sentença a inclusão do nome do réu no livro *rol dos culpados*, de fato não abrangia a da prisão.

É bem de ver, entretanto, que uma, ou seja, a inclusão do nome no rol dos culpados, é, segundo dispõe o Código de Processo Penal, um dos efeitos da sentença condenatória recorrível, a operar desde logo, razão por que as sentenças condenatórias sempre a determinavam, entendido, como não podia deixar de ser, e disso jamais se duvidou, que a determinação era para ser logo cumprida; e se a sentença, contrariando a regra legal, agiu com acerto justamente porque essa regra ficou modificada em decorrência do princípio constitucional da presunção da inocência, ou da não-culpabilidade, a época da prisão, por identidade de razão jurídica, teria de ser entendida como sendo a mesma.

E isso até com maior razão: pois se se veda *o menos*, que é lançamento do nome do réu no rol dos culpados, providência reversível, não é de se admitir *o mais*, de muito maior gravidade, que é a execução, sem caminho de volta, de uma pena ainda não definitivamente imposta.

A ementa do acórdão, portanto, afirmando, forte na jurisprudência assente do Tribunal, que “a presunção constitucional da não-culpabilidade – o que leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados – não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário”, encerra um absurdo.

O Supremo Tribunal bate na mesma tecla do acórdão do STJ, impressionado, também ele, com a questão de faltar ao recurso especial efeito suspensivo que pudesse impedir a “execução da medida restritiva” em face de decisão condenatória mantida por tribunal local.

Efeito suspensivo? Que efeito suspensivo?

O que importa saber, no caso, não é se o recurso terá ou não esse ou aquele efeito, *mas se acórdão pode produzir um determinado efeito*, ou seja, o efeito de impedir imediatamente a liberdade ou, como no caso, de dar margem à imediata execução da pena, ainda que provisoriamente. Porque, se não puder produzir semelhante efeito, não terá importância o efeito de que o recurso for ou não capaz.

O problema está, pois, em saber se basta sobrevir acórdão condenatório para que tão logo seja provisoriamente executado. Isso, aliás, nem devia chegar a ser problema, uma vez que, com ou sem efeito suspensivo, a regra constitucional da não-culpabilidade se sobreporia ao decantado efeito. Mas como os mencionados tribunais superiores dão mais valor à falta do efeito que ao princípio constitucional, vamos ao problema.

E aqui caímos na terceira razão com que o impetrante justifica a impossibilidade da execução provisória. Simples mas poderosa: nossa legislação processual penal só admite execução depois de passar em julgado a condenação.

Execução provisória, com efeito, como de início foi dito, não se coaduna com o Direito processual penal. No cível é admitida, mas mesmo aí só até certo ponto. Adianta-se o procedimento, mas sem se completar a execução, que não é levada às últimas consequências, o que poderia frustrar o objetivo do recurso. Até mesmo nas execuções fiscais, em que a Fazenda goza de privilégios, não permitiu a lei que no processo da execução provisória se chegasse a “entregar o ouro” ao fisco antes de transitar em julgado a decisão que tiver rejeitado os embargos do executado.

Já se afirmou na doutrina que “antes da LEP, o art. 669, I, do CPP, cuidava de uma provisória execução da pena”, sendo que, com o advento daquele diploma, tornou-se imprescindível o trânsito em julgado da sentença condenatória para a execução da pena.

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. Aqui, ponto para o Código, por vezes vilipendiado com os epítetos de fascista e atrasado.

Eis o texto do mencionado dispositivo legal:

“Só depois de passar em julgado, será exeqüível 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.”

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 a privação da liberdade como pena, 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, *verbis*:

“Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu não estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena.”

Do mesmo modo agora dispõe a LEP, no 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.”

E mais: da guia deverá constar que a sentença transitou em julgado (art. 106, III).

Depois, seria uma esquisitice admitir fiança em caso de cumprimento de pena, o que bem mostra que o art. 669, I, que a admitia, não excogitava uma inconcebível execução provisória de pena. O citado dispositivo, efetivamente, apenas reafirmava o que já dispunha o art. 393, I.

A regra, pois, é a da execução somente após o trânsito em julgado da condenação.

2. É fácil conjecturar a razão daquele entendimento. O Código estabeleceu uma prisão como efeito da sentença condenatória recorrível. Essa prisão tem sido entendida por alguns estudiosos como cautelar e, por outra corrente, agora prestigiada por nossos mais altos tribunais, como execução provisória da pena. A primeira opinião se enfraqueceu por motivo de não se aceitar uma medida cautelar por simples força da lei, sem verificação de sua necessidade em concreto. Isso tem levado a uma preferência pela outra corrente, o que soa como uma emenda pior que o soneto.

O grande problema, então, estaria em saber se cabe, e nessa hipótese em que condições, a privação da liberdade por força de sentença condenatória ainda não exequível.

Bem, se não adiro à corrente que aceita a prisão a título de execução provisória da pena, também não acompanho a outra, que a admite como prisão cautelar por efeito automático da condenação.

Dela, é certo, cuidou o Código no art. 393, I, ao dizer que a sentença condenatória produz o efeito de “ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis, enquanto não prestar fiança” (outras exceções não expressas existem, como já apontei em antiga obra).

Para reforçá-lo, o art. 594 condicionou o direito do réu de apelar de seu recolhimento à prisão, também com as exceções. Abrandando-lhe o rigor, trouxe a lei nova exceção, referente ao réu primário e de bons antecedentes, o que, por razões que aqui não vêm a pelo apontar, refletiu-se no citado art. 393, I.

Repita-se, entretanto, com a melhor doutrina, que a exigência do recolhimento ao cárcere para apelar, do art. 594 do CPP, encontra agora 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. Um preço muito caro que se tem pago para ter o direito de provar a inocência.

É precisamente por essa razão, e 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.

A presunção da inocência impediria, com efeito, como já foi dito, um antecipado *carcer ad poenam*, mas não o *carcer ad custodiam*, que, aliás, a Constituição mesma admite.

Daí por que não mais tem importância, hoje, depois da Carta de 88, indagar em que hipóteses o art. 594 impõe ou não o ônus do recolhimento à prisão *ad recursum*. É que em nenhum caso, em nenhum caso mesmo — tenha o réu bons ou maus antecedentes, seja primário ou não, crime afiançável ou inafiançável, não importa — prevalecerá a exigência daquele dispositivo do Código de Processo Penal. Isso pela simples razão de achar-se ele varrido de nossa legislação, tacitamente ab-rogado que ficou por incompatibilidade com a nova Constituição.

Objetar-se-ia, porém, que, se já não se pode mais exigir do réu condenado que se recolha à prisão para apelar, poderia o juiz ou tribunal determinar a prisão antes de transitar em julgado a sentença condenatória, como efeito dela, por força do que dispõe o art. 393, I, do CPP.

É bem de ver, inicialmente, que o fato de o art. 594 se ter tornado ineficaz trouxe a conseqüência do enfraquecimento da regra da prisão como efeito da sentença condenatória recorrível, instituída no art. 393, I, a que o citado art. 594 visava fortalecer.

Tanto assim que seria um despropósito, posto já recomendado na doutrina, mandar o juiz, só para atender ao art. 393, I, expedir mandado de prisão contra réu de maus antecedentes, condenado por crime inafiançável, devendo, porém, admitir sua apelação independentemente do recolhimento à prisão, agora para atender também ao princípio da amplitude da defesa! Nem é usual semelhante procedimento. Os juízes, de modo geral, não o adotam. Como já escrevi alhures, poder o réu primário e de bons antecedentes apelar solto nos termos do art. 594, mas ficar sujeito, por outro lado, a ser preso por determinação do juiz com base no art. 393, I, equivaleria ao absurdo de ser ele forçado ou seduzido a foragir-se, o que nenhum benefício traria para a justiça.

Andavam tão juntos e entrelaçados aqueles dois dispositivos legais que, acredito, o art. 594 levou tanto tempo a perder substância, a despeito da ancianidade do princípio da amplitude da defesa, porque atrelado ao art. 393, que o segurava, fazendo dele um auxiliar a facilitar sua própria atuação.

E, de fato, o que aqui mais releva considerar é que a regra do art. 393 esbarra, hoje, também ela, em dispositivo constitucional, agora, sim, aquele que trata da presunção da inocência, ou, como também se costuma dizer, da presunção da

não-culpabilidade. Pois não se coaduna com o princípio de ser o réu considerado inocente enquanto não transitar em julgado sentença condenatória, prendê-lo só porque foi dada a sentença, sem necessidade de cogitar-se da conveniência, em cada caso, de uma prisão cautelar.

E a colocação em custódia de réu solto que vem a ser condenado, pelo só efeito automático de sentença recorrível, não pode, de modo algum, justificar-se como uma medida cautelar, uma vez que esta poderia, em muitos casos, ser completamente desnecessária.

Mas a se entender que é aceitável semelhante modalidade de prisão cautelar, com presunção legal do *periculum in mora*, só por isso ela já deixará de prevalecer em nossa legislação, uma vez que agora de modo geral já não basta, para a prisão, a existência de ordem escrita de autoridade judiciária competente, sendo necessário, também, que a ordem escrita seja *fundamentada*, por força do que dispõe o inc. LXI do art. 5.º da Constituição.

A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, tal como a consagrou o Código, impondo-a compulsória e automaticamente, como efeito da sentença, sem de modo algum qualificá-la como cautelar, importava uma presunção de culpa do condenado a justificar uma prisão processual até que não fosse a decisão modificada. Tanto assim que mandou fosse o nome do réu logo lançado no livro rol dos culpados, também pelo só efeito da sentença. A Constituição atual seguiu o caminho contrário, com a regra da presunção da inocência, ou da não-culpabilidade, enquanto não transitada em julgado a sentença. E com toda razão. O número de decisões condenatórias juridicamente inexistentes, nulas, erradas ou injustas é muito mais elevado do que seria razoável supor.

Era uma prisão tendo em vista apenas a realidade de uma sentença condenatória. É, aliás, muito de nossa cultura que a prisão seja logo imposta. No fundo, um desejo legítimo de justiça, e de justiça rápida.

Algumas das primitivas disposições do Código corroboram a assertiva. Assim, a prisão em flagrante. Só anos depois veio a lei a permitir a liberdade provisória quando ausentes os motivos que justificariam a decretação da prisão preventiva. Já a prisão preventiva, posto não devesse ser decretada se houvesse prova de causa de exclusão do crime, se provado estivesse o fato e ocorressem indícios suficientes da autoria, era de ser compulsoriamente imposta em figuras delituosas mais graves, até quando veio a ser modificada a lei.

Se, como visto, a regra da presunção da inocência não é de molde a afastar a adoção de uma prisão provisória, ela serve, por outro lado, como uma recomendação de que sua aplicação deverá limitar-se a casos de justificada necessidade, pelo que não poderia atuar automaticamente.

Aí está, pois, mais uma razão a afastar a aceitação de uma presunção legal da necessidade da prisão, bem como de sua imposição por simples força de sentença condenatória recorrível.

É aceitável, entretanto, diante da regra, que foi abraçada pelo Código, da prisão automática, que assim não pode subsistir que ela sobreviva como permis-

são para que o juiz, naqueles casos em que a prisão caberia como efeito da sentença, também na oportunidade dela, fundamentadamente decrete, se for caso, isto é, se houver real necessidade da cautela, uma prisão preventiva.

3. Isso nos leva, à margem do assunto, mas guardando estreita relação com ele, a dizer agora sobre outra prática que se está tornando freqüente, qual seja a da expedição de mandado de prisão nos tribunais, quer nos julgamentos originários, quer ao manter sentença condenatória contra réu que apelou solto, quer ao dar provimento, para condenar o recorrido, a apelação do Ministério Público ou do querelante. Vejamos, então, como e quando pode ocorrer a prisão.

A lei não se referiu aos efeitos de acórdão condenatório em processo de competência originária. Sem dúvida seria de aplicar-se, por identidade de razão jurídica, a regra do art. 393, I, se ela não estivesse derogada por força de preceito constitucional superveniente, mesmo porque acórdão também é sentença. Descaberá, então, a prisão, enquanto não transitar em julgado o acórdão, visto que ela não é mais uma automática consequência da condenação, a não ser que o tribunal a imponha, fundamentadamente, como medida cautelar.

Do mesmo modo, se o réu foi absolvido no primeiro grau jurisdicional, está solto, e o tribunal o condena, este poderá ao fazê-lo impor a prisão, mas como medida cautelar devidamente fundamentada, se for caso dela. A antiga regra do art. 675, segundo a qual 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, igualmente ao que ocorre com o art. 393, I, ficou derogada pela disposição constitucional da não-culpabilidade.

É claro que, se tiver havido recurso, 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, só depois de transitar em julgado a sentença condenatória, o juiz, ou o presidente da câmara ou Tribunal, fará expedir o mandado de prisão, como já dispunha o citado art. 675 do Código. O direito de livrar-se solto, continuando este a ser o caso, bem como o direito à liberdade provisória mediante fiança prestada não cessam pelo fato de ter sido mantida a condenação.

Essa mesma regra também se aplica se por outra razão estiver solto o réu. Assim, se apelou em liberdade por ter sido considerado primário e de bons antecedentes. Ou se, independentemente disso, como agora é de ser a regra e foi visto acima, não lhe foi decretada a prisão. Mas é bem de ver que, se houve recurso da acusação pleiteando prisão não determinada pelo juiz, outra poderá ser a situação se vier a ser provido o recurso.

4. Situação diferente é a do réu que já esteja preso ao sobrevir a condenação. Casos há, isso não obstante, em que até deva ser colocado em liberdade. Isso, porém, refoge à matéria que deu margem a estas notas, que já vão por demais longas.