

# A PRISÃO NA SENTENÇA E A PREVALÊNCIA DO ART. 387, §1º, DO CPP

THE ARREST IN THE SENTENCE AND THE PREVALENCE OF THE ART. 387, §1, OF THE CPP

## Miguel Tedesco Wedy

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra.  
Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Professor do Programa de  
Doutorado e Mestrado da Unisinos.  
Decano da Escola de Direito da Unisinos. Advogado.  
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2582264833323481>  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9227-8573>  
[wedymiguel2@gmail.com](mailto:wedymiguel2@gmail.com)

## Augusto Tarradt Vilela

Doutorando em Direito pela Unisinos e pela Università Degli Studi di Firenze. Mestre em Direito pela Unisinos. Especialista em Direito Processual Penal pelo IBCCRIM e pelo IDPEE. Professor de Direito Processual Penal e Crimes Econômicos do IBGEN. Coordenador do Curso de Graduação em Direito do IBGEN. Advogado.  
Link Lattes: <https://lattes.cnpq.br/8453295053326458>  
ORCID: <https://orcid.org/000-0003-0197-7334>  
[augustovilela@vilelaviana.com.br](mailto:augustovilela@vilelaviana.com.br)

**Resumo:** A prisão preventiva decretada ou mantida na sentença deve ter caráter cautelar e ser contemporânea. Se essas qualidades não estiverem presentes, estar-se-á a descumprir o art. 387, §1º, do CPP, bem como os arts. 5, LVII, e 93, IX, da CF/88. A fundamentação *per relationem* não autoriza ausência ou deficiência de fundamentação, tampouco a execução provisória da pena.  
**Palavras-chave:** Cautelar; Preventiva; Julgamento; Fundamentação.

**Abstract:** The preventive detention decreed or maintained in the sentence must have a precautionary nature and be contemporaneous. If these qualities are not present, it will be in breach of art. 387, §1, of the CPP, as well as arts. 5, LVII, and 93, IX, of CF/88. The *per relationem* reasoning does not authorize the absence or deficiency of reasoning nor the provisional execution of the sentence.  
**Keywords:** Detention; Preventive; Judgment; Foundation.

## 1. Introdução

O §1º do art. 387 do Código de Processo Penal (CPP) impõe a necessidade de fundamentação acerca da prisão preventiva na sentença. Contudo, especialmente no caso da manutenção da prisão, têm-se percebido fundamentações genéricas, limitadas a afirmar “mantenho a prisão pelos mesmos fundamentos que ensejaram a preventiva, bem como pela superveniência de decisão condenatória”, como se assim fosse respeitado o referido dispositivo legal, a exigência constitucional de fundamentação (art. 93, IX) e a presunção de inocência (art. 5º, LVII).

Esses fundamentos, por muitas vezes, são mantidos com a justificativa de se tratar do uso da técnica de decisão *per relationem*, a qual — com reservas de discordância — autorizaria o julgador a tomar uma decisão com a mera menção aos fundamentos de decisão ou manifestação anterior. Portanto, considerando o que foi apontado, o problema enfrentado pelo presente texto é: em que medida a manutenção das prisões em sentenças, com a utilização da técnica decisória *per relationem* possui amparo legal e constitucional?

No primeiro tópico, tem-se uma análise acerca da efetividade do disposto no §1º do art. 387 do CPP e a utilização da fundamentação *per relationem* como inaceitável ante o *standard* constitucional de

1988, apontando-se como uma possível ferramenta para execução provisória da pena, sendo empregada como artifício para aparentar uma motivação adequada. No segundo tópico, analisa-se o art. 315 do CPP como base para fundamentação de prisão provisória, inclusive na sentença, e as vedações do emprego de qualquer técnica para autorizar a execução provisória da pena.

## 2. A fundamentação da prisão na sentença: a lisérgica fundamentação *per relationem* e o §1º do art. 387 do CPP

A fundamentação de uma prisão, antes do trânsito em julgado, deve ter caráter cautelar, como assegurou o Supremo Tribunal Federal nas ADCs 43, 44 e 54/DF:

PENA - EXECUÇÃO PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. (Brasil, 2019a)

Entretanto não é incomum que sentenças condenatórias não enfrentem a questão acerca da cautelaridade das prisões. Não

é raro que as sentenças mantenham as prisões com um simples reporte aos termos originários da prisão preventiva. Muitas vezes há apenas a burocrática remissão...“Mantenho a prisão pelos mesmos fundamentos que ensejaram a preventiva, bem como pela superveniência de decisão condenatória” e nada mais. Esse padrão decisório desnuda dois graves defeitos: primeiro, a utilização de uma fundamentação *per relationem*, com a ausência de uma efetiva e adequada fundamentação de tipo cautelar; segundo, uma evidente fragilização da presunção de inocência, como se o texto constitucional percesse após uma sentença condenatória não transitada em julgado.

Quanto ao uso das fundamentações pretéritas para que seja mantida a prisão, não se desconhece a existência da técnica *per relationem*, o que vem sendo admitido pelos tribunais superiores. Inobstante, é preciso compreender que a técnica de decisão *per relationem* não afasta ou exime o julgador do dever de fundamentar, especialmente quando os vetores analisados não são mais contemporâneos e atuais. É preciso que se aponte quais são os elementos que ensejam a contemporaneidade e cautelaridade da anterior prisão. A sentença, só por si, não pode ser esse elemento, pois, desse modo, estar-se-ia a trabalhar com uma execução provisória de pena.

E essa circunstância é bem definida pelo próprio §1º do art. 387 do CPP, o qual é taxativo ao referir que “o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”. Isto é, o julgador deverá observar, novamente, todos os critérios exigidos para concessão, devendo observar circunstâncias contemporâneas, de forma analítica e pontual, e esse é o motivo pelo qual o emprego de motivações genéricas que fazem mera menção aos fundamentos pretéritos é causadora de lisergia: há uma falsa aparência de legalidade, causando a ilusão de que foram cumpridas as imposições constitucionais e legais.

E, como dito anteriormente, não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em alguns julgados, autorizou o uso da técnica de fundamentação *per relationem*, como no caso do RHC 153.622/MA (Brasil, 2021), mas também é verdade que, no mesmo julgado, o STJ afirmou que é possível, desde que haja ponderações, no momento da sentença, sobre a necessidade da prisão.

Ainda, para além do efetivo descumprimento da exigência constitucional da fundamentação — tema que será abordado em tópico posterior —, a menção de que a cautelar deve ser mantida em razão da superveniência da decisão condenatória, tão somente evidencia que a pretensão dessas fundamentações é executar provisoriamente a pena do cidadão condenado em primeira instância, em que pese vigore a presunção de inocência e o direito ao duplo grau de jurisdição.

Evidencia-se, portanto, que esses mecanismos utilizados em sentenças não possuem amparo constitucional, pois afrontam o disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e, conforme se observará em tópico seguinte, a legislação infraconstitucional.

### 3. O art. 315 do CPP e o amparo das ADCS 43, 44 e 54: a sentença condenatória não afasta a presunção de inocência

A presunção de inocência não se extingue após a decisão condenatória de primeira instância. Interpretar o contrário ofende o texto constitucional, que é expresso ao garantir a inocência até o trânsito em julgado. Desse modo, toda sentença de primeira instância que não trouxer motivação contemporânea e cautelar para a manutenção da prisão está em desacordo com a Constituição. O §1º do art. 387 do CPP deve ser interpretado em consonância com a Constituição.

O art. 315, §1º e §2º, inciso II, do CPP, por sua vez, evidencia a imprescindibilidade do julgado descrever os elementos concretos, os “fatos novos e contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada” e, ainda, especifica que a decisão não é considerada fundamentada, inclusive a sentença, quando “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

Evidencia-se, portanto, que esses conceitos abertos, que buscam apenas “economizar” fundamentação para o intuito de autorizar um cumprimento antecipado de pena, em verdade, tornam os fundamentos da prisão inaceitáveis, conforme sinaliza *Lopes Jr.* (2022, p. 56):

[é] verdade que a sentença condenatória constitui — diante da análise de autoria e materialidade — um robusto *fumus commissi delicti*, mas não do *periculum libertatis*. Eis o ponto nevrálgico: é preciso que esteja demonstrada a existência atual e concreta do risco decorrente do estado de liberdade do agente, que não se presume.

O proposto neste texto, que encontra respaldo na doutrina, como acima demonstrado, já foi objeto de análise por parte do Supremo Tribunal Federal, em julgado do Min. Marco Aurélio que, quando do julgamento do HC 173.808-MC/RJ (Brasil, 2019), ao analisar a discussão sobre a temática do §1º do art. 387 do CPP, referiu que:

A análise da decisão que implicou a preventiva sinaliza haver sido considerada a imputação. Não há a prisão automática tendo em conta a infração supostamente cometida, levando à inversão da ordem do processo-crime, que direciona, ante o princípio da não culpabilidade, a apurar para, selada a culpa, prender, em verdadeira execução da pena. A materialidade do delito e os indícios de autoria são, por si sós, elementos neutros, insuficientes a respaldarem o argumento referente à preservação da ordem pública. Esta fica vinculada à observância da legislação em vigor, devendo a custódia cautelar basear-se no artigo 312 do Código de Processo Penal.

O STJ, no HC 812.814/SP (Brasil, 2023), entendeu também que a sentença que mantenha ou decreta a prisão de cidadão deva ser devidamente fundamentada:

Conforme expressa previsão legal — exteriorização do princípio da provisoriedade — contida no art. 387, § 1º, do CPP, “o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”.

[...] Assim, não basta tratar-se de fato muito grave, ou de haver sido já condenado em primeiro grau a elevada pena; é direito do réu, ao ser sentenciado, ter nova análise cautelar de sua segregação, pois ainda não se formou juízo definitivo de condenação e somente a demonstração da necessidade da cautela máxima autoriza sua manutenção.

Apoiado nessas premissas, verifico que não se mostram suficientes as razões invocadas na instância de origem para embasar a negativa do direito de recorrer ao ora paciente, porquanto deixaram de contextualizar, em dados concretos dos autos, a necessidade cautelar de segregação do réu.

Tais entendimentos consubstanciam a premissa constitucional da necessidade de fundamentação, especialmente nos casos em que há a segregação do indivíduo, ainda mais em caso provisório, porquanto o cerceamento da liberdade, antes do trânsito em julgado, exige sempre um requisito (*fumus commissi delicti*) e um fundamento (*periculum libertatis*) (Wedy, 2016, p. 371). O primeiro, a ponderar indícios claros de autoria ou participação em um fato criminoso, a probabilidade de existência de um delito. O segundo, a motivação jurisdicional acerca da necessidade, da proporcionalidade, da subsidiariedade, da imprescindibilidade do cerceamento da liberdade. Então, no caso do *periculum libertatis*, podemos referir aquelas situações de ameaça à instrução processual, por intermédio da corrupção e coação às testemunhas, da destruição de provas ou, ainda, naquelas situações em que haveria uma ameaça à aplicação da lei penal, nos casos de indícios concretos de fuga do acusado ou suspeito. Apenas nessas situações é que se poderia permitir, antes do trânsito em julgado, o cerceamento da liberdade de um cidadão. E, diga-se de forma clara, apenas enquanto tais motivos persistissem. Isto é, uma vez coletada a prova ameaçada, uma vez comparecendo o réu em juízo, uma vez preservada a limpidez da instrução processual, o cerceamento da liberdade deveria desaparecer, em nome do caráter provisório da medida restritiva de liberdade.

Por conseguinte, se as decisões que acabam por cercear a liberdade antes do trânsito em julgado não expressam uma relação com a necessidade do processo, do seu bom andamento, da sua higidez e integridade, não possuem natureza cautelar, mas, antes, são uma antecipação da pena ou execução provisória de uma condenação criminal não transitada em julgado.

E, nesse ponto, enfrenta-se o segundo óbice ao entendimento de que seriam válidas sentenças que acabam por manter prisões preventivas com fundamentações pretéritas. Essa posição é um

cumprimento antecipado da pena, o que é expressamente vedado, seja pelo reconhecimento da constitucionalidade do art. 283 do CPP por força das ADCs 43, 44 e 54, seja pela força do disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Não há espaço para viabilizar que qualquer cidadão seja submetido à prisão pela mera prolação de sentença que, no entendimento aqui lançado, possui, em verdade, efeito precário, pois ainda passível de modificação e incapaz de afastar a presunção de inocência.

A realidade existente é que decisões nessa linha tendem a fundar-se em “eficiências populistas” (Vilela, 2018, p. 106, nota de rodapé 264), que acabam sendo um meio de manipulação processual que consolida o sacrifício de direitos de cidadãos de forma arbitrária (Vilela; Wedy, 2020, p. 80).

#### 4. Conclusão

A decretação ou a manutenção de prisões preventivas em sentenças exigem fundamentação cautelar e contemporânea. A técnica de motivação *per relationem*, ainda que aceita pelos tribunais superiores, não exime o julgador da necessidade de motivação. Ela pode ser usada, mas há de ser complementada com elementos concretos e reais que denotem a cautelaridade e atualidade da medida.

De outra parte, a simples menção ao caráter condenatório da decisão, por si só, não se sustenta como base de legitimação democrática, especialmente diante do disposto na Constituição, que garante a presunção de inocência até o trânsito em julgado. O texto constitucional não pode ser mitigado.

Assim, a ausência de cautelaridade ou contemporaneidade da prisão imposta ou mantida na sentença de primeira instância viola o disposto nos arts. 315, 387, § 1º, do CPP, bem como os art. 5º, LVII e 93, IX, da CF/88.

A luta pela afirmação do texto constitucional impõe que sejam desnudadas questões que a *práxis* vai tornando comuns, seja pela comodidade judicial, seja pelo vezo autoritário e inquisitorial que ainda encharca o Processo Penal brasileiro, em matéria de cautelares pessoais.

Por mais impopular que seja, esse é o dever de todo aquele que vê na afirmação da Constituição de 1988, o legado democrático dos que derrotaram o arbítrio e o estado usurpador e autoritário.

Esse é o sacrifício que se nos foi imposto, o de lutar sem meias medidas pela afirmação da democracia e da Constituição de 1988.

#### Referências

FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.  
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADCs 43, 44 e 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. 07/11/2019, Brasília, DF, 16/11/2019a.  
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 173.808-MC/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/10/2019, Brasília, DF, 24/10/2019b.  
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 812.814/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 27/04/2023, Brasília, DF, 02/05/2023.  
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 153.622/MA, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 09/11/2021, Brasília, DF, 12/11/2021.  
VILELA, Augusto Tarrad; WEDY, Miguel Tedesco. *Execução provisória da pena: eficiência*

e resposta correta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.  
VILELA, Augusto Tarrad. Eficiência, processo penal e Constituição Federal: uma análise diante da retomada da execução provisória da pena pelo Supremo Tribunal Federal. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Unisinos, São Leopoldo, 2018. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7496>. Acesso em: 07 ago. 2023.  
WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência, garantias e justiça no processo penal. *Revista de Estudos Criminais*, v. 12, n. 52, p. 163-186, 2014. Disponível em: <https://www.itecrs.org/en/edicoes/ano:2014/titulo:v12n52p163-186>. Acesso em: 07 ago. 2023.  
WEDY, Miguel Tedesco. *A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016.

Autores convidados