

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL



PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Carlos Alberto Alves Pena
Procurador de Justiça

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Pena, Carlos Alberto Alves
Presunção de Inocência - Belo Horizonte
Imprensa Oficial - 1998 - 196p.

1 Direito Processual Penal
2 Presunção de Inocência. I. Título

CDU 341.43



Procuradoria-Geral de Justiça
do Estado de Minas Gerais

Procurador-Geral
Epaminondas Fulgêncio Neto

Corregedor-Geral
Márcio Heli de Andrade

Procurador-Geral Adjunto
Carlos Henrique Fleming Ceccon

Chefe de Gabinete
Bertoldo Mateus de Oliveira Filho

Secretário-Geral
Antônio de Pádua Pontes

Diretor-Geral
Derivaldo Paula de Assunção

Diretor do Centro de
Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
Antônio Lopes Neto

Estrutura Orgânica do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

- I - Diretoria
- II - Assessoria
- III - Departamento de Apoio Técnico e Administrativo
- IV - Departamento de Promoção de Eventos
- V - Departamento de Publicações Jurídico-Culturais
- VI - Departamento de Controle de Estagiários
- VII - Departamento de Apoio ao Ministério Público
- VIII - Departamento de Biblioteca da Procuradoria-Geral de Justiça

IX - Departamento de Referência
Legislativa/Documentação

X - Núcleo de Pesquisas da História e das
Tradições do Ministério Público do Estado
de Minas Gerais

XI - Núcleos de Pesquisas Jurídicas:

Belo Horizonte

XII - Núcleos de Estudos Jurídicos:

Alfenas

"Procurador de Justiça Wagner de Luna
Carneiro"

Patrono: Procurador de Justiça Antônio Carlos
de Barros

Coordenador: Promotor de Justiça Fernando
Ribeiro Magalhães Cruz

Barbacena

"Procurador de Justiça Helvécio Miranda
Magalhães"

Patrono: Procurador de Justiça Pedro Paulo Costa Tasca

Coordenadora: Promotora de Justiça Dilma Jane Couto Carneiro Santos

Divinópolis

"Promotor de Justiça Antônio Honório de Oliveira Junior"

Patrono: Procurador de Justiça João Meira de Aguiar

Coordenador: Promotor de Justiça Marco Antônio Costa

Governador Valadares

"Promotor de Justiça Joaquim Cabral"

Patrono: Procurador de Justiça Antônio Lopes Neto

Coordenador: Promotor de Justiça Leonardo Valadares Cabral

Itaúna

"Procurador de Justiça José Valeriano Rodrigues"

Patrono: Procurador de Justiça Marcos Viola de Carvalho

Coordenador: Promotor de Justiça Franklin
Higino Caldeira Filho

Montes Claros

"Promotor de Justiça Alberto Eduardo Araújo
Barreto"

Patrono: Procurador de Justiça Abelardo
Teixeira Nunes

Coordenadora: Promotora de Justiça Tereza
Lígia Franco Martha

Passos

"Promotor de Justiça Hiram Xavier de Lima"

Patrono: Procurador de Justiça João Batista da
Silva

Coordenador: Promotor de Justiça Éder da
Silva Capute

Pouso Alegre

"Promotor de Justiça Carlos Ferreira Brandão"

Patrono: Procurador-Geral de Justiça
Epaminondas Fulgêncio Neto

Coordenador: Promotor de Justiça Daniel
Francisco dos Santos

Teófilo Otoni

"Procurador de Justiça Cristovam Joaquim Fernandes Ramos"

Patrona: Corregedora-Geral Ruth Lies Scholte Carvalho

Coordenador: Promotor de Justiça Cristovam Joaquim Fernandes Ramos Filho

Ubá

"Promotor de Justiça Levindo Ozanam Coelho"

Patrão: Procurador de Justiça Luiz Prudente da Silva

Coordenador: Promotor de Justiça André Resende Padilha

Uberaba

"Promotor de Justiça Luciano Justiniano Ribeiro"

Patrão: Procurador de Justiça Amando Prates

Coordenadora: Promotora de Justiça Miralda Dias Dourado

Uberlândia

"Promotor de Justiça Nilson Marquez de Souza"

Patrão: Procurador de Justiça José Maria

Ribeiro

Coordenador: Promotor de Justiça Luiz
Henrique Acquaro Borsari

Varginha

"Promotor de Justiça Celso Ribeiro Lima"

Patrão: Promotor de Justiça Tomé Antônio
Guimarães

Coordenador: Promotor de Justiça Raphael
Garcia Monteiro

Viçosa

"Procurador de Justiça Sizenando Rodrigues de
Barros Filho"

Patrão: Procurador de Justiça Joaquim Cabral
Netto

Coordenador: Promotor de Justiça Fernando
Antônio Nogueira Galvão da Rocha

APRESENTAÇÃO

A Procuradoria-Geral de Justiça através do Centro de Estudos, dando continuidade aos trabalhos destinados ao aperfeiçoamento funcional dos membros do Ministério Público, propicia a edição da monografia *Presunção de Inocência*, de autoria do ilustrado Procurador de Justiça Carlos Alberto Alves Pena, que me conferiu o honroso encargo de prefaciá-la sua obra.

O tema em destaque tem sido objeto de acalorados debates entre os estudiosos do Direito Processual Penal, que objetivam encontrar e compreender o real alcance do princípio constitucional da Presunção de Inocência.

O princípio da Presunção de Inocência, ao lado de outras garantias constitucionais como o direito ao contraditório

e à ampla defesa, constitui-se em consectário lógico do *due process of law*.

A garantia constitucional do *status* de inocente emergiu com o escopo de conferir ao inculcado a posição de sujeito de Direitos, não mais um mero objeto de investigações, como acontecia nas épocas de antanho, remetendo ao Estado o dever exclusivo de provar a responsabilidade criminal, constituindo-se, também, num óbice ao cerceamento desnecessário da liberdade do cidadão, expurgando de nossa legislação processual os resquícios remanescentes da odiosa prisão obrigatória.

Somente se poderá falar em um autêntico Processo Penal democrático quando nos dispusermos a encarar a realidade dos dias atuais como ela efetivamente se nos apresenta, quando a magnitude do Direito não

se renda a dogmas do passado, mas se enalteça com a verdade do presente, inseparável do espírito ativo de encarar o homem como pessoa digna de respeito.

No limiar do novo século, incompreensíveis são as posições extremadas que procuram defender os imperativos da vetusta legislação processual, criando uma artificial teoria do processo penal cautelar, pregando o renascimento de prisões provisórias flagrantemente desprovidas de sintoma cautelar e que já foram sepultadas por diplomas legais que corrigiram equívocos do passado.

A monografia está alicerçada em copiosa biografia, adentra na história da humanidade para encontrar as raízes do Princípio Constitucional, acompanhar sua gênese e apreender seu verdadeiro sentido no Estado Democrático de Direito.

No desenvolvimento de seu estudo, Alves Pena coloca na berlinda as diversas posições emergentes da doutrina e jurisprudência acerca do palpitante tema.

Aborda os aspectos polêmicos da garantia constitucional, notadamente a não-recepção pela Magna Carta de 1988 de dispositivos da Legislação Processual precedente e aponta as inomináveis inconstitucionalidades que maculam a legislação que lhe sucede.

Revela a aguda crise legislativa de nosso País e o antagonismo de pronunciamentos jurisdicionais quanto ao *status libertatis* do indivíduo, que rendem ensejo a tratamento diverso a pessoas em condições símiles e, com isso, nos demonstra a imperiosa necessidade de se proceder a uma célere revisão do Direito Processual Penal.

Enfim, o autor nos concita a repensar e corrigir equívocos do passado. Mas, para atingir tal escopo, deve imperar a humildade de reconhecermos nossos próprios equívocos.

Parabéns ao autor pelo magnífico e minudente estudo, contribuição preciosa que outorga à construção da moderna doutrina do Processo Penal Cautelar.

CARLOS HENRIQUE FLEMING CECCON
Procurador-Geral de Justiça Adjunto

Capítulo I

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

1. ORIGEM

O princípio da presunção de inocência, instituto fundamental do processo penal, foi fixado, originalmente, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo texto adotado na proclamação original, especificada no art. 9º, exprimia: *"Tout homme étant présumé innocent, s'il est jugé indispensable de l'arreter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de la personne doit être sévèrement reprimée par la loi"*, podendo-se antever um duplo significado, a saber: de um lado, uma regra processual segundo a qual o acusado não está obrigado a fornecer provas de sua inocência, pois esta é de antemão presumida (*étant présumé innocent*); de outro, princípio que impede a adoção de medidas restritivas

da liberdade pessoal antes do reconhecimento da culpabilidade, salvo os casos de absoluta necessidade (*pour s'assurer de la personne*).

2. COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio da presunção de inocência transmudou-se num dos principais corolários do devido processo legal, ornado na não-prévia consideração de culpabilidade.

O princípio do devido processo legal, ou o *due process of law*, criado pelo direito da *common law* e posteriormente recepcionado pelo Direito Processual brasileiro, introduziu-se no direito americano, como nos noticia Paulo Fernando Silveira, por intermédio da Emenda nº 5 à sua Constituição, tendo o Congresso americano, após o término da guerra civil, o

aprovado em 1868, "visando conferir, harmoniosamente, os direitos expressos no Bill of Rights", em face das díspares Constituições dos diversos Estados da União - a Emenda XIV, que na Seção I traz a seguinte redação:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis. (*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction*

*there of, are citizens of the United States and of the state where in they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of laws.)*¹

3. DA RECEPÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL PELO DIREITO BRASILEIRO

Nada obstante tivessem as Constituições anteriores - por fatores eminentemente políticos, sociais e éticos, já que gizadas, na maioria das vezes, ora em motivações de oportunidade ou personalistas, ora em regime ditatorial, que detêm inegável aversão a

¹ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 22 - 23

qualquer aspecto democrático - relegado ao limbo o citado princípio, bem como outros destinados às garantias fundamentais dos indivíduos, no entanto, na elaboração da Constituição de 1946, com a redemocratização do País, após a queda do Estado Novo, com o desmoronamento dos regimes nazi-facistas, o legislador constituinte de então apercebeu-se, embora de forma ainda empírica e assistematizada, da relevância da consagração de alguns direitos e garantias individuais no texto constitucional, conforme nos relata José Frederico Marques, citando Francisco Campos principalmente na esfera penal, ao dissertar: "Na área bem configurada dos preceitos que regem e disciplinam o funcionamento da Justiça Penal, o postulado da legalidade constitucional se faz presente de maneira toda própria, através do influxo direto e imediato."²

A atuação do juiz penal, na sua

² MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal*. São Paulo: Forense, 1961. p.73.

transcendente tarefa de dar a cada um o que é seu, mediante aplicação *hic et nunc* do Direito Penal objetivo, vem disciplinada no Direito Processual, que é um dos ramos das ciências jurídicas de mais íntimo e próximo contato com os preceitos constitucionais, visto que regula o exercício da atividade jurisdicional. E como a jurisdição é atividade específica de um dos órgãos da soberania, isto é, o Poder Judiciário, patente está que a atividade estatal, realizada no processo, não pode fugir de constante aproximação com os textos constitucionais. Falava, por isso, o pranteado Eduardo Couture que as normas processuais são "*el texto que reglamenta la garantía da justicia contenida en la Constitución*". E Enrico Tullio Liebman³ ressaltou, por sua vez, que o Direito Processual, é disciplina que trata da regulamentação do exercício "de uma das funções fundamentais do Estado", qual seja, a de fazer justiça e assegurar a integridade e vitalidade da ordem

³ *Diritto costituzionale e processo civile*, apud MARQUES, José Frederico, *op. cit.* p.73.

jurídica, de par com a contribuição para definir e "garantir a personalidade dos indivíduos, oferecendo-lhes meios para a defesa de seus bens mais preciosos. Donde as peculiaridades que no processo se registram da influência direta e constante de regras jurídico-constitucionais."

4. A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA ELEVADA A DOGMA CONSTITUCIONAL

Não obstante o Constituinte de 1946, como explanado, ampliasse o chamado leque das garantias das liberdades civis, olvidou-se de fazer referência expressa ao designado devido processo legal e aos seus consentâneos corolários, dentre os quais se avulta a presunção de inocência, par a par com o contraditório efetivo e igualizado, mais ampla defesa e o uso de todos os recursos a

ela inerentes. Mas foi, indubitavelmente, a Constituição de 1988, em seu art. 5º, que os ampliou expressivamente, dando-lhes estofa e estatutura constitucionais, ao que tudo indica, já sob a influência da chamada Escola Processual de São Paulo, que teve como precursor e pioneiro o mestre peninsular Enrico Tullio Liebman, que aportou na capital paulista na década de 40, e que, junto com seus discípulos e seguidores, por intermédio do ingresso do método científico na ciência processual, criou as bases para a evolução de um Direito Processual eminentemente técnico, para um outro que melhor refletisse os fatores e variantes éticos, sociais políticos e econômicos da sociedade, cuja fonte é, indiscutivelmente, a Constituição, que os capta num determinado contexto histórico.

Aliás, tal providência afigurava-se como de incontrastável exigibilidade não apenas para autolimitar o poder do Estado,

exorcizando-o da prática de censuráveis excessos ou abusos de poder, coarctáveis pela utilização dos remédios e garantias constitucionais, como, de resto, para que se desse o efetivo e justo equilíbrio entre o direito de punir do Estado em contraste com o sagrado *status libertatis* dos cidadãos, já não mais divisado como um direito subjetivo seu, em sua nova concepção como sujeito de direito, mas, modernamente, como real garantia da própria efetividade da jurisdição que, hodiernamente, busca, sobretudo - embasando-se na instrumentalidade do processo, que, dentro da nova ordem constitucional, ou do Direito Processual Constitucional, facetado, como um sistema supralegal do ordenamento dos institutos processuais, impregnando-se dos valores da jurisdição - promover a pacificação social, decotando-se os conflitos de interesses pela prolação de uma sentença justa, tornando-se o processo - sem perder sua identidade de

relação jurídica autônoma relativamente a increspada no direito material postulado, como enfaticamente nos apregooou Bulow - um instrumento prático de efetivação do direito material.

5. CONCEITO

O princípio da presunção de inocência quedou-se adotado pelo legislador constituinte, no art. 5º, LVII, da vigente Carta Magna, ao proclamar: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

5.1 Comentários

Enverniza-se semelhante dispositivo constitucional, em rápidas pinceladas, no assecuramento concedido ao imputado do direito de ser tido como inocente até que a

sentença penal condenatória, efetivamente, transite em julgado. Forma-se, então, a coisa julgada, de caráter imutável, insuscetível de pôr-se reformada por qualquer instância superior, consolidando-se a paz social, abalada e desequilibrada pela prática delitiva.

5.2 Polêmica doutrinário-jurisprudencial sobre o assunto

A consentânea e fiel interpretação do precitado cânone constitucional, em boa exegese, fez desaguar uma tormentosa polêmica doutrinário-jurisprudencial, abrangendo, máxime, questões relacionadas à prisão obrigatória, como resultado da promulgação da mera sentença penal condenatória recorrível. No tocante à necessidade ou não de o réu recolher-se à prisão para apelar, havendo variegados pronunciamentos pretorianos egressos, inclusive dos Tribunais Superiores, e abalizadas e respeitadas vozes de

notáveis processualistas que, obstinadamente, teimam em aduzir, alforriando-se em sólidas bases jurídicas - embora no nosso modesto entender algo equivocadas -, a plena manutenção, *in casu*, dos arts. 393, I, e 495 do Código de Processo Penal, em contraposição a outros acólitos, colhidos em não menos gabaritados processualistas e decisórios de Tribunais, que se pugnam pela inafastável ineficácia dos supratranscritos textos legais, como veremos oportunamente.

Para bem aprendermos e captarmos o real sentido exegético do aludido regramento constitucional, além de sua ingerência portadora ou não do vírus da ineficácia de certos dispositivos contidos no texto processual penal codificado e em leis extravagantes, faz-se mister que procedamos a um estudo metódico da natureza da prisão para apelar como consequência da prolação da sentença condenatória recorrível e, em adendo, a um

ligeiro retrospecto histórico-evolutivo daqueles dispositivos do Código de Processo Penal invocados.

Capítulo II

DA NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO PARA APELAR

DA NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO PARA APELAR

Diversificadas teorias intentam caracterizar a ínsita e verdadeira natureza jurídica do encarceramento apriorístico para viabilizar-se e admitir-se a apelação do réu, fruto da prolação de uma sentença condenatória recorrível. A respeito, emergem, destarte, as teorias que de mais realce e prestígio desfrutam, no contexto processual, destinadas à dicção doutrinário-explicativa da feição processual da sentença condenatória recorrível: a) execução provisória da pena; b) prisão provisória de natureza processual; c) prisão cautelar.

1. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA - CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS

Um dos mais ardorosos e ferrenhos

defensores da tese segundo a qual a prisão decorrente da promulgação de uma sentença condenatória recorrível, despidendo-se de mínima natureza cautelar, tem a modelagem de uma típica execução provisória da pena, é o notável processualista Afrânio Silva Jardim, que, em judiciosas e clarividentes elucubrações doutrinárias, busca desfigurar e desnaturar o sentido de cautela da mesma, ao dissertar:

"Inicialmente, parece-nos patente a ausência de cautelaridade na prisão que ora nos ocupa, cuidando-se, na verdade, de verdadeira tutela satisfativa, ainda que sujeita a eventual modificação.

Como se sabe, toda e qualquer forma de tutela cautelar há de estar marcada pelas seguintes características:

a) acessoriedade: o processo ou medida cautelar está sempre vinculado ao resultado do processo principal;

b) preventividade: destina-se a atividade cautelar a prevenir a ocorrência de danos de difícil reparação enquanto o processo principal não chega ao fim;

c) instrumentalidade hipotética: a tutela cautelar não é um fim em si mesma, mas visa a assegurar a eficácia prática da atividade jurisdicional desempenhada no processo de conhecimento ou execução. Como 'instrumento do instrumento', tem como escopo tutelar os fins e os meios do processo satisfativo, podendo incidir sem que o seu beneficiário, ao final do processo principal, tenha efetivamente o direito alegado, que surge apenas

como viável ou reprovável;

d) provisoriedade: sua manutenção depende da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo satisfativo.

Ora, bem examinada a prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível, vamos constatar que nenhuma das características acima mencionadas nela estão presentes, ao menos no sentido estrito que as compreendemos.

Em verdade, tal prisão não tem qualquer vínculo de acessoriedade com o resultado pretendido na ação penal condenatória, mas é o próprio acolhimento da pretensão punitiva, ou seja, a própria medida jurisdicional postulada pelo autor da ação.

Fácil perceber que esta prisão não

visa prevenir danos prováveis (*periculum in mora*), pois a prisão se efetiva independentemente de qualquer consideração com outra que não os pressupostos objetivos alinhados no art. 594 do Código Processo Penal, que devem estar presentes apenas no momento da medida coercitiva.

Por outro lado, não há aqui qualquer conotação de instrumentalidade, vez que se trata da outorga da própria prestação jurisdicional pedida na denúncia ou queixa, ainda que sujeita à condição resolutiva. Ademais, a sentença condenatória, por ser de mérito, não se limita a exame superficial do direito punitivo alegado (*fumus boni juris*), mas o reconhece expressamente, declarando-o .

Finalmente, também, não vemos a

marca da provisoriedade (*rebus sic stantibus*), já que a sentença de mérito não se alicerça em fatos ou situações eventuais ou passageiras, pois é definitiva, no sentido processual.”⁴

Alude, em adendo, o ilustrado processualista que a descaracterização da sentença condenatória recorrível, como um provimento cautelar na visualização meramente prática, traria incontáveis benefícios ao condenado, uma vez que, conceituando-a como execução provisória da pena, poderia aquele, na demora do julgamento de sua aviada apelação, já de estalo, beneficiar-se da progressão de regime e de outros institutos inseridos na Lei de Execução Penal.

⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*, 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 391-392.

1.1 Comentários

Discordamos do eminente processualista, não censurando seus excelentes conceitos técnico-jurídicos, mas sobrepondo a eles, *a posteriori*, outros adminículos doutrinário-fáticos, que os tornaram juridicamente insustentáveis.

Isso porque, escoltando-nos no ensinamento de Luiz Flávio Gomes, temos que,

“sistematicamente falando, depois que entrou em vigor a Lei de Execução Penal não parece muito apropriado conceber a existência de ‘execução provisória da pena’. É que o art. 105 da LEP revogou o art. 669, I, do CPP (v. GRINOVER, SCARANCE e MAGALHÃES, 1993, p. 241). Só é possível a expedição da guia de execução após o trânsito em julgado

da sentença [...]. Uma vez revogado o disposto no art. 669, I, do CPP, também o art. 339, I, 'perdeu sua razão de ser', consoante a doutrina abalizada de Tourinho Filho".⁵

Em dispar angularização, os supostos benefícios que os condenados, com sentenças não transitadas em julgado, poderiam aquinhoar seriam mesquinhos e ínfimos, se levamos em consideração a palpável possibilidade de eles se postarem absolvidos em segunda instância. Quem lhes repararia os danos materiais padecidos ou, muito mais gravosamente, os danos morais, colorários inquestionáveis das perdas da auto-estima, da marginalização social, da afetada reputação social, que os maculam, queiram ou não, no seio de uma sociedade altamente discriminatória e elitista como a nossa, inda que diante de uma sentença absolutória?

⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 29-30.

2. PRISÃO PROVISÓRIA DE NATUREZA PROCESSUAL

Segundo Rogério Lauria Tucci, no concerto do Processo Penal moderno, há cinco modalidades de prisões provisórias, assim cognominadas: prisão em flagrante delito, prisão temporária e prisão preventiva, que se revestem da roupagem tipicamente cautelar, dês que alvitrem a assecuração do resultado puro e profícuo do processo de cognição ou executivo, vinculadas, umbilicalmente, à exigência da ordem pública, à conveniência da instrução criminal e à garantia da aplicação da exata lei penal, que não se confundem com as de pronúncia ou as sentença condenatórias recorríveis, que se traduzem, substancialmente, na proferição de um ato decisório, às quais nomina de prisões processuais. Enquanto as primeiras (as cautelares) eivam-se e alimentam-se de fatos extra e metaprocessuais, as derradeiras, como

atos processuais, dizem respeito

"com a convicção do órgão jurisdicional pronunciante sobre a viabilidade da acusação, encaminhando o processo a julgamento pelo Tribunal do Júri; ou com a certeza acerca da materialidade do fato criminoso e da indigitada autoria [...].

Por via de consequência, somente com relação aos primeiros, ou seja, quando for caso de prisão provisória tipicamente cautelar, é que, por não ocorrer apriorística consideração de culpa do indiciado ou acusado, nenhuma afronta sofrerá o preceito constitucional analisado."⁶

Esse posicionamento doutrinário, muito embora seja mais defensável perante a presunção de inocência, não fez escola, visto

⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 408.

que, a nosso ver, ainda não explica, satisfatoriamente, a conflitância da prisão processual com o citado princípio constitucional.

3. PRISÃO DE NATUREZA CAUTELAR

Sustentada, com monolítica firmeza, por alguns processualistas do escol e do jaez de Fernando Tourinho Filho e de Romeu Pires de Campos Barros, que, no concerto de sua famosa obra *Processo Penal Cautelar*, lançou as bases sólidas e científicas da existência de um inegável Direito Processual de cautela, lastreou-se essa corrente doutrinária na asseveração de que o aprisionamento provindo de uma sentença condenatória recorrível só é permissível em sua forma marcadamente cautelar, firmadas suas decretação e manutenção, exclusivamente, na indefectível necessidade da segregação

celular do condenado. Mostrou-se de todo irrelevante sua mareada ou não vida anteacta, para fins de se conceder efeito suspensivo ou não à sua manejada apelação, o que constitui, na atualidade, a mais acatada e avalizada teoria no cenário processual pátrio, como tentaremos demonstrar a seguir.

Capítulo III

A EXIGÊNCIA DO RECOLHIMENTO À PRISÃO PARA APELAR NO SISTEMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

A EXIGÊNCIA DO RECOLHIMENTO À PRISÃO PARA APELAR NO SISTEMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

Luiz Flávio Gomes preleciona:

"a) Quando entrou em vigor o Código de Processo Penal de 1941, o art. 594 tinha a seguinte redação: 'O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.' Para bem compreender o teor desse dispositivo, urge a transcrição do art. 393, I, bem como do art. 669, I, do Código de Processo Penal, visto que todos permitem uma visão mais completa do sistema como adotado. O art. 393, I, do Código de Processo Penal, até hoje (formalmente) não revogado, diz o seguinte: 'São efeitos da sentença

condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança.' Por sua vez, sublinhava o art. 669, I, do Código de Processo Penal, o que se segue: 'Só depois de passar em julgado, será exeqüível a sentença, salvo: I - quando condenatória, para efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crimes afiançáveis, enquanto não for prestada a fiança.' Verifica-se que o Código de Processo Penal, na sua forma primitiva, concebia a prisão do condenado como 'efeito' automático da sentença condenatória recorrível. Esta, em regra, só podia ser executada após o trânsito em julgado, salvo se se tratasse de sentença condenatória. A exigência da prisão para apelar, destarte, era

consequência lógica do sistema. O efeito suspensivo da apelação só ocorreria nas hipóteses de fiança e de livrar-se solto."

Ou seja, pela sistemática processual, então vigente, fruto da elaboração de um Código engessado pelo autoritarismo prevalecente no Estado Novo, que se acoplava ao regime fascista, concebia-se à época a idéia de ser a prisão do réu a regra, e a sua liberdade, a exceção.

E prossegue o festejado autor, fazendo alusão às alterações legislativas posteriores:

"a) A primeira alteração legislativa que aconteceu depois do princípio da vigência do Código de Processo Penal veio com a Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967, que eliminou do nosso ordenamento jurídico a

prisão cautelar 'obrigatória'. A medida, salientou Magalhães Gomes Filho, 'postulada vigorosamente pela doutrina, inclusive com apelo à presunção de inocência, já havia sido cogitada anteriormente pelo Anteprojeto Tornaghi e merecera elogios em face ao exagero de juízes em utilizar o instituto [...]'

b) Em 1973, com a Lei nº 5.941, de 22 de novembro, ocorreria nova modificação legislativa. Referida lei alterou o art. 594, que passou a ter a seguinte redação: O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto. A consequência primeira dessa alteração legal foi a seguinte: o recurso de apelação, além das

duas hipóteses que figuravam na redação original (fiança e direito de livrar-se solto), passou a ter efeito suspensivo também no caso de condenado primário e de bons antecedentes. A regra ainda continua sendo a prisão, segundo a interpretação - principalmente jurisprudencial - majoritária, mas já agora levemente abrandada, visto que o primário com bons antecedentes pode apelar sem recolher-se à prisão.⁷

Denota-se, por via consequencial, que o legislador ordinário, não obstante impelido por propósitos puramente casuísticos e aleatórios - colimando minimizar processualmente a situação de um notório Delegado de Polícia de São Paulo, envolto em vários crimes de extermínio de supostos meliantes contumazes -, por vias transversas, avançou e

⁷ *Op. cit.*, p. 17-20.

ampliou a liberdade, caminhando, mesmo que tropeçadamente, para o decantado Direito Penal mínimo, que, em última análise, significa "mínima intervenção estatal com as máximas garantias".

Mas os já alinhavados efeitos automáticos da sentença condenatória recorrível, expressos na imperiosidade de o réu recolher-se à prisão para apelar, consoante as normas explícitas, entronizadas nos arts. 393, I, e 594 do Código de Processo Penal, abroquelavam-se, naquela ocasião, numa prisão impingida por força de lei, de uma presunção legal ou de uma necessidade reconhecida abstratamente pelo legislador. Desvinculando-se o julgado de fornecer a fundamentação especificada que a justificasse, excetuando-se as hipótese da prestação de fiança, do direito de livrar-se solto, ou tratando-se de réu primário e dotado

de bons antecedentes, em que há efeitos suspensivos à interposta apelação, à plena saciedade, como tentaremos demonstrar em seqüência, contaminaram-se eles da tísnação insanável da nesga da inconstitucionalidade, em razão de uma manifesta incompatibilidade e conflito com o princípio da presunção de inocência, além da motivação dos atos judiciais ou jurisdicionais.

Aliás, o princípio constitucional da presunção da inocência trouxe profundos reflexos em alguns dispositivos encravados no Código de Processo comum, no Código de Processo Penal Militar e em certas leis especiais.

Capítulo IV

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O ART. 594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O ART. 594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Desde a entrada em vigência da novel Constituição Federal, difundiu-se uma viva e polemizada discussão doutrinário-jurisprudencial acerca da sobrevivência, ou não, do defluído no art. 594 do Código de Processo Penal, respaldada no simplista raciocínio de que, tendo o citado texto constitucional consagrado, expressamente, o princípio da presunção de inocência, eram questionáveis sua validade e sua vigência, havendo até alguns julgados, de molde franco e ostensivo, que se propeliam pela perda imediata da força cogente e imperativa do último, em face da perda de sua eficácia.

1. CORRENTES DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Formaram-se, então, duas correntes doutrinária e jurisprudencial: a preservacionista, alardeando que o art. 594 prostrou-se recepcionado pela Constituição Federal; a não-preservacionista, que implementava a idéia da não-recepção do precitado artigo de lei processual pela vigente Carta Magna.

Estudemo-las, então, com minúcias.

1.1 Corrente preservacionista

Como largamente enfatizado, apesar de ter eclodido, no início, uma inóspita tergiversação na seara jurisprudencial no tocante à receptividade, ou não, do art. 594 do Estatuto Processual Penal pela nova ordem constitucional, o entendimento pretoriano majoritário

direcionou-se, indubitavelmente, pela sua inexcedível recepção, partindo da irrefutável premissa jurídica, segundo a qual seu enunciado não conflita ou adentra em rota de colisão com o princípio de inocência, exurgindo da Súmula nº 9, do Superior Tribunal de Justiça, como uma máxima expressividade dessa tendência conservadora preservacionista, a declinar que "a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência".

1.1.1 Sua inicial recepção pela jurisprudência e pela Súmula nº 9 do STJ

Como se sabe, o enunciado de qualquer súmula - não obstante se cristalice ao sabor da proferição de uma gama fértil de julgados paralelos e indiscrepantes pelo mesmo Tribunal, normalmente, superior - pode

comportar reparos e objeções que visam melhor compreender e aclarar seu consentâneo sentido exegetico. E nessa perspectiva até, numa medida heróica e extrema, pode ela padecer os efeitos danosos de sua revogação; por não refletir mais o pensamento jurídico-processual dos julgadores que a soergueram, em decorrência da inflição no contexto jurídico de diferenciadas conceituações éticas, políticas e sociais na sociedade vivenciada.

As súmulas, em outras palavras, sobre ainda não disporem do poder vinculante, desobrigam de sua canina obediência as jurisdições inferiores, que, num determinado caso concreto de parâmetros jurídico-fático-igualizados, permitem às últimas delas discordar, ademais não se imunizam das mazelas da revogabilidade.

1.1.2 Presunção de inocência e prisão cautelar

Julgamos que os defensores intransigentes do não-conflito ou colidência da norma esculpida no art. 594 do Código de Processo Penal, com a constitucionalmente inserida da presunção de inocência, somente lograriam êxito em suas postulações caso modulassem a prisão resultante da prolação de uma sentença condenatória recorrível como de caráter nitidamente cautelar, embasada no estratificado princípio da necessidade da custódia provisória, arvorando-se nas exigências elencadas no art. 312 do Código de Processo Penal, louvando-se-nos no regramento escrito no inciso LXI, do art. 5º, da Constituição Federal, ao aduzir, *in verbis*: "Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão

militar ou crime propriamente militar, definidos em lei", envernizando-se, *in casu*, uma posição preservacionista garantidora.

E isso porque:

a) a decantada prisão cautelar abastece-se de incontrastável reserva constitucional;

a) em saudável hermenêutica, os dispositivos constitucionais interpretam-se e interpenetram-se não insuladamente, mas harmonizados e sintonizados com os demais que com eles se inter-relacionam, decotando-se sempre a interpretação extensiva ou restritiva, salvante quando perfazidas em *favor rei*.

Não é sem razão que José Frederico Marques, citado por Luiz Flávio Gomes, com sua habitual lucidez e inderrogável precisão, nos ensina:

"A presunção de inocência decorrente do que está expresso no art. 5º, LVII - e que Vélez Mariconde prefere denominar de estado de inocência -, cria para o acusado um *status* especial de respeito à sua liberdade. Não há proibição de medidas cautelares, como a prisão preventiva e a prisão em flagrante, como facilmente se infere do item LXII, do art. 5º, em que há referências à prisão em flagrante e à prisão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Mas proscrita está a prisão cautelar obrigatória, até mesmo após sentença condenatória recorrível. O juiz que condenou o réu em primeira instância poderá mantê-lo preso ou ordenar sua prisão, desde que motive adequadamente a decretação do *carcer ad custodiam*. A condenação

pode determinar a existência do *fumus boni juris*, mas não é suficiente para dar origem ao *periculum in mora*. E só em aglutinando-se esses dois pressupostos da medida coercitiva e cautelar, é que ela pode ser imposta.”⁸

Em outro judicioso estudo, o mesmo autor, com o brilho de sempre, deixou assinalado:

“Uma vez que antes de condenação passada em julgado o acusado se presume inocente, claro está que sua prisão, antes que a *res judicata* cubra a sentença condenatória, somente será admissível nos casos indicados no citado nº LXI, do art. 5º, da Lei Maior. É que se o acusado se considera inocente, antes da sentença passada em julgado, não cabe impor-lhe o

⁸ MARQUES, José Frederico. *Processo Penal e Constituição Federal*. apud GOMES, Luiz Flávio, *op. cit.*, p. 39-40.

carcer ad poenam enquanto considerado inocente (não culpado). Apenas a prisão cautelar ou o *carcer ad custodiam* é que ele poderá sofrer, antes que passe em julgado a sentença condenatória [...].

Diante do exposto, tendo-se presente o princípio da presunção de inocência - que proíbe a utilização da pena de prisão como castigo antecipado -, bem como a exigência constitucional de motivação explícita de toda a prisão (ressalvado o flagrante), é evidente que só existe uma interpretação possível para tentar salvar (preservar) o art. 594 do Código de Processo Penal: consiste em encarar a prisão decorrente da sentença recorrível como de natureza cautelar. Mas assim considerando-a, torna-se absolutamente indispensável a exigência da sua

motivação explícita, não servindo para tanto a existência (exclusiva) da condenação (que só reconhece o *fumus boni juris*) nem 'presunções legais'. Pouco importa se se trata de condenado primário ou reincidente, com bons ou maus antecedentes, crime hediondo ou não: desde que o juiz 'motive adequadamente' a medida cautelar, demonstrando sua necessidade real (não presumida), justificada resulta a medida coercitiva. Do contrário, não. Essa é, repita-se, a única interpretação que salva o art. 594 frente ao princípio da presunção de inocência. Só deste modo, de outro lado, justifica-se - *si et in quantum* - a preservação da Súmula nº 9 do Superior Tribunal de Justiça, que diz muito menos do que deveria dizer. Qualquer outra interpretação que se queira dar ao

art. 594 (caso de prisão automática ou obrigatória, de execução provisória da pena de condição do recurso, etc.) conflita frontalmente com as regras constitucionais até aqui enfocadas.”⁹

Amalgamada de profundo conteúdo jurídico se nos apresenta a lição captada em Alberto Silva Franco, citado por Luiz Flávio Gomes, quando discorre:

“A prisão cautelar não atrita de forma irremediável com a presunção da inocência. Há, em verdade, uma convivência harmonizável entre ambas, desde que a medida de cautela preserve o seu caráter de excepcionalidade e não perca a sua qualidade instrumental [...]. A prisão cautelar não pode, por isso, decorrer de mero automatismo legal, mas

⁹ MARQUES. José Frederico, *apud* GOMES, Luiz Flávio, *op. cit.*, *loc. cit.*

deve estar sempre subordinada à sua necessidade concreta, real, efetiva, traduzida pelo *fumus boni juris* e pelo *periculum in mora* [...]. A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível tem inquestionável caráter cautelar, e a privação da liberdade do apenado, para acomodar-se às normas constitucionais, não pode ser mecanicamente decretada por imposição de restrições legais precedentes à Constituição de 1988 [...]. Nada impede, no entanto, que o juiz, na sentença condenatória, considere necessária a prisão do apenado. Mas aí essa necessidade requer ser explicitada, motivada. No caso, será exceção, não regra.”¹⁰

Como vimos, mesmo no âmbito daqueles que proclamam a irrevogabilidade do art. 594 do Código de Processo Penal, em

¹⁰ FRANCO. Alberto Silva. *O requisito da prisão para recorrer é inconstitucional*, apud GOMES, Luiz Flávio, *op. cit.* p. 45.

contraste com o princípio da inocência, verifica-se o entendimento de que somente se admite vigente o referido artigo da legislação processual penal codificada, se travestido do manto de uma típica prisão cautelar, cuja decretação justifica-se apenas quando presentes estiverem os intrínsecos requisitos da necessidade, relacionados no art. 312 do mesmo diploma legal, exorcizando-se e mumificando-se na cena jurídica seu caráter obrigatório, ou o cumprimento antecipado da pena. Em que pesem algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, em sentido oposto, que, porém remontam ao estágio, diríamos, em que as normas constitucionais ainda engatinhavam, decisórios estes que se puseram, posteriormente revistos, consoante aludiremos alhures, ou da Súmula nº 9, do Superior Tribunal de Justiça.

1.2 Corrente não-preservacionista

Sem embargo do que já expusemos, lado a lado com os integrantes da corrente preservacionista, que defendem a receptividade do assinalado art. 594 do Código de Processo Penal pela Carta Magna em vigor, sob a resolutória ressalva de se promover sua releitura, apareceu outra, em direcionamento diametralmente oposto, que se propende, decididamente, pela não-recepção constitucional do malsinado dispositivo.

Em delineamentos gerais, seus adeptos, aferrados aos cânones constitucionais do devido processo legal, de que são corolários o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), tendo como ponto fulcral o duplo grau de jurisdição, apontam para a insustentável incompatibilidade da sistemática legal

II

anterior à Constituição, que erguia o prévio recolhimento à prisão do apenado reincidente e de maus antecedentes como condição de admissibilidade de sua interposta apelação, ou, em termos diferenciados, a prisão, em situações análogas, seria o imposto cobrado pelo legislador ordinário destinado à viabilização processual do seu inconformismo recursal.

Mas, com a promulgação da Constituição, que consagrou os regramentos supratranscritos, transmudou-se de irrefutável conclusão lógico-jurídica que a incondizente imposição esvaziou-se e anulou-se por completo, uma vez que, no entrechoque ocorrente entre um sistema legal infraconstitucional e a Constituição, prevalecem, com absoluta e indesmentível primazia, os ordenamentos normativos da última, verdadeiros dogmas de óbices à eficácia da legislação anterior conflitante, como

explanaremos no capítulo seguinte com mais fulgurosa amplitude. Aliás, essa é a corrente à qual, modesta e despretensiosamente, nos filiamos.

1.3 Fundamentos da prevalência da corrente não-preservacionista

1.3.1 De ordem constitucional

Como é cediço e remansoso, a Constituição, uma vez legitimamente elaborada e promulgada pelo Poder Constituinte Originário, assume o ápice do ordenamento jurídico, soterrando todas as normações da Constituição anterior, tornando ineficazes as preceituações infraconstitucionais antecedentes que a ela se contrapõem, tudo conducente com o escorreito acólito de Celso Ribeiro Bastos, quando aclama:

"Uma Constituição nova instaura um novo ordenamento jurídico. Observa-se, porém, que a legislação ordinária comum continua a ser aplicada, como se nenhuma transformação houvesse, com exceção das leis contrárias à nova Constituição. Costuma-se dizer que as leis anteriores continuam válidas ou em vigor. Muitas vezes isto é previsto na Constituição nova, mas, ainda que o texto seja omissivo, ninguém contesta o princípio. Como explicar a concordância, se afinal de contas o princípio parece contradizer a verdade jurídica segundo a qual todas as leis ordinárias derivam a sua validade da própria Constituição? Kelsen observa que há imprecisão da linguagem comum, quando diz que as leis ordinárias continuam válidas. De fato, elas perdem o suporte de

validade que lhes dava a Constituição anterior. Entretanto, ao mesmo tempo, elas recebem novo suporte, novo apoio, expresso ou tácito, da Constituição nova. Este é o fenômeno da recepção, similar à recepção do direito romano na Europa. Trata-se de um processo abreviado de criação de normas jurídicas, pelo qual a nova Constituição adota as leis já existentes, com ela compatíveis, dando-lhes validade, e assim evita o trabalho quase impossível de elaborar uma nova legislação de um dia para o outro. Portanto, a nova lei não é idêntica à lei anterior; ambas têm o mesmo conteúdo, mas a nova lei tem seu fundamento na nova Constituição; a razão de sua validade é, então, diferente.

Do exposto, se constata que há uma

grande diferença entre a lei constitucional anterior e a lei ordinária também anterior. Com a entrada em vigor da Constituição, cessa a eficácia da norma constitucional, o mesmo não se dando com a legislação ordinária anterior, a qual não cessa de vigor, embora o novo fundamento de validade venha informado pelos princípios materiais da nova Constituição. O único obstáculo a transpor é não ser contrária à nova Constituição. Dá-se, portanto, uma novação, o que significa que as normas ordinárias são recepcionadas pela nova ordem constitucional e submetidas a um novo fundamento de validade.

Na mesma linha de Jorge Miranda, entendemos que esta idéia de novação apresenta três corolários principais: em primeiro lugar, todos os

princípios gerais de quaisquer ramos do direito passam a ser aqueles constantes da nova Constituição. Em segundo lugar, todos os demais dados legais e regulamentares têm de ser reinterpretados à luz da nova Constituição, a fim de se porem conformes com as suas normas e princípios. Em terceiro lugar, as normas contrárias à Constituição não são recepcionadas, mesmo que sejam contrárias apenas a normas programáticas e não ofendam a nenhuma preceptiva.”¹¹

Indiscrepante é a lição de Ada Pellegrini Grinover:

“Sendo a Constituição a base de toda ordem jurídica, nela assentando-se a legislação ordinária, a rigor de lógica, a promulgação de uma nova Constituição deveria ter

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 114-115.

como efeito a perda de eficácia, não só da Constituição precedente, mas de todas as normas editadas na conformidade dela.

A prática impede a adoção desse critério. Entende-se, por isso, que as normas ordinárias anteriores, que não sejam incompatíveis com a nova Constituição, persistem vigentes e eficazes, em face do fenômeno da recepção. Renovando-as, a nova ordem constitucional devolve-lhes de imediato a eficácia. Naturalmente, as normas precedentes incompatíveis não são recebidas pela nova ordem constitucional, perdendo vigência e eficácia."¹²

Ora, analisando e dissecando o indigitado art. 594 à luz dos enfileirados conceitos constitucionais, bem como a Súmula nº 9 do Superior Tribunal de Justiça, nota-se,

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 119.

sem maiores esforços exegeticos, que ambos desoneraram-se de sua eficácia, ao sabor que a novel Constituição, enfocando apenasmente a presunção de inocência, a nosso cuidar, desfez a vinculação entre o direito de apelar e a prisão, por meio de outros institutos constitucionais, tais como o devido processo legal, aí compreendidos o duplo grau de jurisdição, o contraditório e a ampla defesa, que, a toda evidência, inconciliam-se com a vulnerada norma de direito penal instrumental e com o enunciado da preconizada súmula, postando-as como ineficazes.

1.3.2 Revogação do art. 594 do Código de Processo Penal pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Se já não bastassem, a nosso ver, os irresponsáveis fundamentos constitucionais que hostilizam e pulverizam a manutenção do art.

594 do Código de Processo Penal, declinaríamos outro que poria uma pá de cal no tormentoso assunto.

O Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como o Pacto de San José da Costa Rica. É de se destacar que a referida Convenção, considerada como de obrigatória observância pelas autoridades brasileiras, entrou em vigência na aprazada data de 9 de novembro de 1992, quando se publicou o decreto presidencial determinante de seu cumprimento, tudo após sua aprovação pelo Congresso Nacional (por decreto legislativo), incorporando-se, *ipso facto*, ao nosso ordenamento jurídico como incontrastável *jus positum*, adquirindo a valoração de lei ordinária federal, derogadora de uma legislação infraconstitucional colidente com ela, abroquelando-se no brocardo latino de que *lex posteriori derogat priori*. Deve-se

salientar, com berrantes cores, que, no art. 8º da pré-falada Convenção, situam-se denominadas "garantias judiciais mínimas", nas quais, precisamente, assenta-se, no nº 2, alínea *h*, o princípio da presunção de inocência, com extensão indissociável do duplo grau de jurisdição, e que qualquer demanda relativa ao recolhimento à prisão para apelar viola, acintosamente, o direito fundamental ao duplo grau jurisdicional, que assim é disciplinado no art. 25:

"Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida

por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais."

Até porque, ao tratar da garantias processuais, a referida Convenção diz expressamente: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa" (art. 8º, I, 1ª parte). E, como já expusemos alhures, semelhante dispositivo se não detém o valor de preceito constitucional, pois a Carta de 1988 é expressa a respeito, em seu art. 5º, § 2º ("Os direitos e garantias expressos 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"), no mínimo assume a feição de legislação federal ordinária.

1.3.3 De ordem doutrinária

Um dos pioneiros nos umbrais doutrinários a sustentar a não-receptividade do art. 594 do Código de Processo Penal, pela Constituição de 1988, foi o consagrado Prof. Rogério Lauria Tucci. Seu raciocínio, após realizar uma nítida distinção entre as prisões marcadamente cautelares e as de natureza processual, assim se concretiza:

"Por via de consequência, somente com relação aos primeiros, ou seja, quando foi o caso de prisão provisória tipicamente cautelar, é que, por não ocorrer apriorística consideração de culpa do indiciado ou acusado, nenhuma afronta sofrerá o preceito constitucional analisado.

Como anota a esse propósito Fernando da Costa Tourinho Filho,

verifica-se, na realidade, em tal hipótese, a indispensabilidade de segregação imediata, face à possibilidade de perturbação da ordem pública, de criação de óbice, tumulto ou desorientação da instrução criminal, ou, ainda, de frustração da aplicação da lei penal: Já agora, todavia, a prisão provisória de natureza processual, decorrente de ato decisório de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível, não tem como se manter perante o examinado regramento constitucional, sobretudo por significar antecipada admissão de culpabilidade do pronunciado ou do condenado, de todo inadmissível [...].

À luz da presunção de inocência veementiza Antônio Magalhães Gomes Filho:

... 'não se concebem quaisquer

formas de encarceramento ordenadas como antecipação da punição, ou que constituam corolário automático da imputação, como sucede nas hipóteses de prisão obrigatória, em que a imposição da medida independe da verificação concreta do *periculum libertatis* [...].

Considerando que a norma constitucional refere-se a 'trânsito em julgado de sentença penal condenatória', entendemos que constituem modalidades de prisão obrigatória inconciliáveis com a presunção de inocência a medida prevista pelo art. 594 do Código de Processo Penal, no que se refere aos condenados reincidentes ou portadores de maus antecedentes, bem como recolhimento necessário à prisão previsto pelo art. 35 da Lei nº

6.368/76.'

Inadmissibilidade de interpretação extensiva

Deve ser aduzido, em lógica seqüência e por oportuno, que o texto de lei, especialmente o constitucional, quando claro, inadmite interpretação restritiva, extensiva ou diversificativa *in claris cessat interpretatio*.

Como observa Themístocles Brandão Cavalcanti, a 'garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidoso'.

De qualquer modo, deve ser perquirida, sobretudo, a *mens legislatoris* transfundida na *mens*

legis, e cuja intenção deve prevalecer na interpretação do texto legal [...].

E isso tudo posto, não se pode ter qualquer dúvida acerca de que, inspirado no ideal de liberdade, o legislador constituinte consagrou a regra ora analisada, com uma única intenção, qual seja, a de favorecer o imputado. Daí por que não fez inserir no respectivo texto nenhuma ressalva, nem qualquer referência à primariedade e aos bons antecedentes como requisito de inocência.

Como bem intuiu Léonidas Ribeiro Scholz, contempla o referenciado regramento,

'seja ou não primário o sentenciado, possua ele ou não bons antecedentes, simplesmente porque circunstâncias tais não integram o

conteúdo axiológico do postulado constitucional em destaque, cujo critério norteador, pode-se dizer, o único, reside e, portanto, se esgota no fenômeno processual denominado 'trânsito em julgado'.

Só mesmo, enfim, se outro fosse o enunciado do texto constitucional (por exemplo, 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, desde que primário e de bons antecedentes'), é que se poderia imaginar a odiosa restrição da liberdade do imputado precedentemente à provisória (e, conseqüentemente, mutável) condenação."¹³

Conclui o ilustrado monografista restarem totalmente ineficazes, ante as disposições constitucionais, os arts. 393, I; 408, § 1º; 594 do

¹³ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 408-412.

Código de Processo Penal; e 35 da Lei nº 6.368/76.

De sobrelevar-se, por igual, mercê da sua agudeza e lucidez expositivas, a opinião de José Cirilo de Vargas, partidário da não-recepção, pelo legislador constituinte, do art. 594, afirmando:

"A Constituição estabeleceu a regra, inculpada, aliás, nos ordenamentos jurídicos mais modernos, de que só o veredicto condenatório passado em julgado, ou seja, que não mais pode ser impugnado por qualquer recurso, constitui razão jurídica para que o cidadão seja considerado culpado de infração penal. Antes, não; antes, ele é inocente.

Como já foi dito atrás, a coisa julgada é a inferência lógica de uma necessidade de certeza e de

estabilidade das relações jurídicas.

A imutabilidade da sentença, por exemplo, condenatória, faz findo o processo, tornando impossível, dentro dele, nova decisão sobre o mérito. Adquirindo essa estabilidade, que é essencial no mundo jurídico, não pode mais ser modificada ou anulada. Tendo força de lei, o acusado passa ao *status* de culpado, até que cumpra a pena, em princípio.

Em princípio, porque existe a revisão. De acordo com art. 621 do Código de Processo Penal, o que se revê é o processo findo, e, não, a condenação, não sendo necessário que o condenado se recolha à prisão, para formular o pedido (Súmula nº 393 do Supremo). Se, mesmo em face da coisa julgada condenatória, o cidadão não é

obrigado a recolher-se à prisão, para obter um julgamento revisional, com muito mais razão não deve o condenado ser compelido ao cárcere para apelar (art. 594 do CPP)."¹⁴

De resto, fazendo-se uma comparação com o Direito Civil, bem se apreendem as anomalias e as aberrações do ora guerreado artigo da lei processual penal, pois, se na esfera cível, na qual, com certa contumácia, prevalecem os direitos disponíveis de índole patrimonial, qualquer sucumbente prescinde do pagamento da dívida para apelar, é sumamente ilógico e até teratológico que, no âmbito penal, no qual está em jogo o bem mais precioso do indivíduo, depois da vida, corporificado na liberdade, demande-se do acusado ou do sentenciado o despropósito de sujeitar-se à prisão para exercitar idêntico direito, excetuando-se as hipóteses já

¹⁴ VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 263-264.

examinadas de ostensiva necessidade, malferindo-se, inclusive, o princípio da proporcionalidade.

1.3.4 A orientação jurisprudencial

Na esfera jurisprudencial, a matéria ora focalizada, inrespada em vários julgados, reflete a tendência preservacionista, ou não, dos pretórios estaduais e até dos tribunais superiores, como se deduz da coleção de arrestos, que se facetarão citados.

O Prof. Alberto Zacharias Toron demonstrou, por meio da citação de diversos acórdãos, a inserção das reveladas tendências:

"Daí por que, até para caso de reincidência, a Colenda 3ª Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul

proclamou:

'Direito de apelar em liberdade.
Princípio do estado de inocência.
Revogação do art. 594 do Código
de Processo Penal. O princípio do
estado de inocência, erigido à
categoria de dogma constitucional
pelo art. 5º, LVII, da Carta Magna,
revogou, por ser incompatível com
ela, a norma inscrita no art. 594 do
Código de Processo Penal, a qual
estabelece que somente pode
apelar sem antes se recolher à prisão
o réu que é primário e de bons
antecedentes. Decorre de tal
princípio a proibição da aplicação
da pena ou da medida de
segurança' (...ementa oficial na RT
668/325).

No interior deste v. aresto, seu ilustre
prolator deixou assentado:

'Este C. Tribunal, acolhendo lição de Tourinho Filho e outros, em vários precedentes, tem julgado revogado, por incompatibilidade constitucional, o art. 594 do Código de Processo Penal [...] que autoriza antecipação da execução da condenação criminal (corrente não-preservacionista).

E continua o conspícuo articulista:

'Julgando o HC nº 90.01.100565-9 a Col. 4ª turma do TFR da 1ª região [...] em v. Acórdão relatado pelo eminente Juiz Tourinho Neto, após longa discussão com seus eminentes pares, decidiu:

'Em face do teor do inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, o réu condenado por crime inafiançável, mesmo de maus

antecedentes e reincidente, não necessitará de recolher-se à prisão para apelar, a menos que o juiz, na sentença, demonstre o *periculum in mora*, o receio de fuga, e conseqüentemente, a razão da prisão. Precedentes desta Turma...¹⁵

1.3.5 Tendência atual

Hoje, com a nova Constituição, é princípio constitucional que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII). Desse modo, a prisão do réu apelante, mesmo de maus antecedentes e reincidente, terá de ser fundamentada. O juiz, na sentença, dirá a razões por que se torna imperiosa, necessária, a prisão. Terá de demonstrar o *periculum in mora*, o porquê do perigo da insatisfação da pena. O magistrado apresentará, pois, as reais circunstancias que levam presumir-se que o

¹⁵ TORON, Alberto Zacharias. *A Constituição de 1988 e conceito de bons antecedentes para apelar em liberdade*. REVISTA DO ADVOGADO. São Paulo, 1994. p. 21, 23.

acusado procurará evitar a prisão, na hipótese de ser a sentença confirmada. Prisão preventiva prevista em lei-Código de Processo Penal, art. 312. Este, a nosso ver, o único caminho a ser seguido, e é a tendência do nosso direito...

Mais recentemente, o próprio Superior Tribunal de Justiça, apesar da Súmula nº 9, tem decidido:

"O art. 594 do Código de Processo Penal tem de ser repensado diante da nova Constituição Federal, que consagra, em seu art. 5º, dentre outros, os princípios da presunção de inocência (inciso LVII) e da liberdade provisória (inciso LXVI). A regra geral é 'apelar solto'; a excepcional, 'apelar preso'. O que o juiz nunca pode deixar de fazer é demonstrar a necessidade da prisão. No caso

concreto, ficou muito bem demonstrada a necessidade de o réu ficar preso (RHC nº 2.642-3-RN, rel. Min^o Adhemar Maciel)."¹⁶

E, nessa conformidade, começa a surgir a idéia de que

"a análise da primariedade e dos bons antecedentes, referidos no art. 594 (CPP), deve aliar-se ao interesse público. Caso contrário, retroceder-se-ia ao período superado da prisão obrigatória, pela natureza do delito ou a cominação da pena" (RHC 2.430-MA. Rel. Min Adhemar Maciel, 6^a Turma)"¹⁷

Até o Supremo Tribunal Federal, em manifestações mais recentes, tem, paulatinamente, transmudado sua primitiva orientação, haja vista a expressiva decisão

¹⁶ REVISTA DO ADVOGADO, p. 23.

¹⁷ DJJ 15/03/93, p. 3.841.

tomada pelo Min^o Marco Aurélio, no bojo do HC nº 71.023-SP, inda que em caráter liminar, que exprime:

"Procede o inconformismo dos Recorrentes quanto à incompatibilidade da regra do art. 594 em comento com a nova ordem constitucional. Esta é explícita ao revelar com garantia constitucional que 'ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei' (inciso LXI do art. 5º). Ora, de prisão em flagrante delito não se cuida, nem de hipótese de prisão preventiva em que se exige ordem escrita e fundamentada de autoridade competente. Também não se tem

no caso dos autos o envolvimento de transgressão militar ou de crime propriamente militar. Excluídas as hipóteses contempladas no referido inciso, conclui-se que a prisão deve estar lastreada na certeza da culpa do condenado. Se o inciso LVII do mesmo art. 5º consigna que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória, impossível é de ter como harmônica com a Constituição Federal a regra do art. 594 do Código de Processo Penal. Trata-se de extravagante pressuposto de recorribilidade que conflita até mesmo como objetivo do recurso. É contraditório exigir-se daquele que deseja recorrer e, portanto, mostra-se inconformado com o provimento condenatório, que se apresente no estabelecimento penal para

verdadeiro início de cumprimento da pena. Por outro lado, a inexistência da primariedade e dos bons antecedentes não é de molde a respaldar a prisão. Diz respeito a procedimentos pretéritos que não formam base ao título condenatório, em relação ao qual se insurge. Impossível é conceber que o recolhimento a ser efetuado seja fruto da inexistência da primariedade e dos bons antecedentes, pois, em caso contrário, estar-se-ia incidindo em verdadeiro *bis in idem*.”¹⁸

E, finalmente, o TACRSP, em trabalho conjunto com a Prof^a. Ada Pellegrini Grinover, do qual emergiu a notável obra *O Processo Constitucional em Marcha*, embebedando-se da indiscutível primazia dos preceitos constitucionais sobre o processo penal, tem, reiteradamente, aduzido:

¹⁸ RT 645/296.

"Entretanto, a matéria que lhe serve de objeto, face às mudanças ensejadas pela nova Constituição de 1988, inspira análise mais aprofundada do tema, impondo inevitáveis comentários sucedidos de inarredável conclusão.

É que, mercê do disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a culpabilidade reconhecida na sentença condenatória só poderá irradiar seus efeitos após o trânsito em julgado do *decisum*.

Claro está que, ao assim pontificar, a nova Constituição não aboliu, como efetivamente não o fez, as chamadas prisões processuais ou prisões provisórias. Mas, inevitavelmente, atingiu, suprimindo-lhe a eficácia, o art. 594 do Código de Processo Penal.

Com relação às prisões provisórias, as

ressalvas estão bem nítidas no próprio texto constitucional, como no caso da consentida prisão em flagrante, observada no inciso LXI do referido art. 5º, ou, ainda, na hipótese do inciso LXII, combinado com a do inciso LXV, do mesmo artigo, que atribuem ao juiz o dever de verificar se a prisão foi regularmente realizada, pois, se ocorrer qualquer ilegalidade, terá de ser imediatamente relaxada. Nem poderia ser diferente, pois as prisões processuais respondem pela segurança e incolumidade da sociedade, inerentes ao bem de todos, meta perseguida enfaticamente pela Lei Maior (art. 3º, I e III).

Mas, no caso do réu que responde solto ao processo, que não está provisoriamente impedido de desfrutar da sua liberdade física, a

prisão decorrente da sentença e que emana da execução pura e simples daquele ato que lhe serve de título já não mais poderá ser imposta, na forma preconizada pelo apontado dispositivo do diploma processual penal. Se antes o réu estava solto, não haverá agora de ser preso em razão da executoriedade provisória da sentença. Esta é a única exegese admissível para o texto do inciso LVII ora trazido a cotejo, pois, de outra forma, ao se admitir a execução prévia do título que a norma taxativamente paralisa a eficácia, estar-se-ia esvaziando ao completo o conteúdo dessa mesma norma.

Ao se negar este alcance ao mencionado dispositivo constitucional, a tanto equivaleria negar-lhe toda e qualquer vigência, equivaleria, mesmo, a torná-lo inócuo,

desprovido de qualquer comando. Inevitavelmente, a pior forma de se interpretar a norma jurídica é aquela que lhe exaure o conteúdo, deixando-a à mercê de qualquer prestação.

O que desejou o legislador constituinte ao firmar o preceito constitucional em causa foi criar um novo patamar de liberdade ao réu que responde solto ao processo.

O seu recurso terá validamente efeito suspensivo, abrandando-se, assim, o rigorismo que antes vicejava na sistemática processual penal.

Se o réu, ao ser condenado, estava preso provisoriamente e se a decisão não cuida expressamente de libertá-lo, as razões da prisão provisória sobrevivem, sem qualquer reflexo, no hiato que se forma entre a condenação e o trânsito em julgado

da sentença.

Se preso provisoriamente, por razões diretamente ligadas à necessidade da seqüela da sua liberdade, muito propriamente há de se robustecer a necessidade da impositiva restrição, diante do édito condenatório.

Mas, se a prisão há de nascer do simples efeito condenatório da sentença, tendo esta sentença por seu único e exclusivo título, então, sim, há de ter lugar o que a determinação constitucional evangeliza.

Ou, ademais, temos que a Constituição Federal estabeleceu, no seu art. 5º, LVII, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. Perdeu, pois, sua força jurídica e conseqüência axiomática da condenação, como previsto no art. 594 do Código de Processo

Penal. A prisão do réu antes do trânsito em julgado da condenação penal só pode ocorrer em razão de determinação fundamentada (art. 5º, LXI, da CF).

A r. sentença, ao determinar a prisão do paciente, referiu-se ao seus antecedentes, mencionando reincidência, reportando-se à certidão de fls. 31 (fls. 86 dos autos da ação penal).

Sucede que a condenação de fls. 31 não enseja reincidência, eis que transitou em julgado em 11/8/87, posteriormente ao fato da presente impetração, que se deu em 19/10/85.

Ainda que houvesse reincidência, tal situação, por si só, não justificaria a prisão do paciente durante o curso da apelação. Seria necessário invocar-se o quadro de requisitos previstos para a prisão preventiva,

dada norma constitucional referida.
Na espécie vertente, não se percebe a presença dos requisitos que cercam a viabilidade da prisão preventiva.

O paciente conta, tão-somente, com a condenação de fls. 31, *sob sursis*.

Não se justifica a sua custódia enquanto não definitivamente condenado.

Cabe assegurar-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Isto posto, concedem a ordem, a fim de que se livre solto até decisão definitiva da ação penal."¹⁹

Denota-se, então, pela leitura dos aventados acórdãos, que nossos pretórios refletem, sem máscaras ou rebuços, os exatos posicionamentos doutrinários de seus membros, tendendo ora para um, ora para o outro.

¹⁹ RT 643/303.

Em resumo, há três correntes acerca da receptividade, ou não, do art. 594 do Código de Processo Penal, em contraste com o regramento constitucional da presunção de inocência:

a) a *preservacionista*, que sustentava a plena compatibilidade do art. 594 do Código de Processo Penal, com a presunção de inocência, argumentando que esta só impunha ao acusador o ônus da prova completa, fincando-se numa presunção de periculosidade, hoje já totalmente expungida do cenário jurídico, por incontrastável infringência do supratranscrito cânone constitucional;

b) a *preservacionista-garantidora*, que somente admite o recolhimento do réu para apelar, caso se modele uma custódia cautelar, enquistada em critério de absoluta necessidade, com comprovação real nos

c) a *não-preservacionista*, que conta com nossa adesão, que abortou o art. 594 do Código de Processo Penal, julgando-o ineficaz, por peremptória e ostensiva incompatibilidade com a normação de presunção de inocência, dotada de reserva constitucional, ou, quando nada, por contraposição ao estatuído no art. 8º, nº 2, alínea *h*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário.

Quedando-se, por via consequencial, revogados, ao nosso alvedrio, os arts. 393, I, e 594 do Código de Processo Penal, deparamo-nos com as seguintes hipóteses:

a) direito do réu solto para apelar sempre poderá ser exercitado no campo penal, sem que haja necessidade de seu prévio recolhimento à prisão;

b) no entanto, o juiz poderá, quando da promulgação da sentença condenatória,

existindo justa causa, nos parâmetros da cautelaridade, decretar sua prisão celular, desde que o faça motivadamente com a real comprovação, com elementos fático-jurídicos pinçados nos autos, de sua necessidade, com observância dos regramentos definidos no art. 312 do Código de Processo Penal;

c) nessa linha de raciocínio, tanto poderá padecer uma prisão cautelar o condenado primário e de bons antecedentes, quanto usufruir da liberdade provisória o reincidente e portador de maus antecedentes, tudo dependendo de cada caso concreto, nos balizamentos do prudente poder discriminário do magistrado, uma vez que, pela sua natureza, a medida cautelar constritiva de liberdade é provisória, só justificando sua permanência caso persistam os motivos que a determinaram;

d) caso o réu, ao ser condenado, já estivesse preso provisoriamente, e se a decisão não cuidou de libertá-lo, conclui-se que o

magistrado, na prolação da sentença, julgou necessária a manutenção de sua primitiva custódia cautelar;

e) se, no entanto, prostrar-se o réu preso provisoriamente, por razões de cautelaridade, se houver fatos novos nos autos que possam, teoricamente, alterar sua situação processual, deverá o magistrado, no seio do édito condenatório, motivadamente, demonstrar, ou não, a necessidade da persistência de sua segregação libertária;

f) o que não se nos ressumbra viável é a prisão resultar do mero efeito da pré-falada sentença condenatória, por seu único e exclusivo título, uma vez que, sendo assim, lhe faltariam aprumo e suporte constitucionais.

Uma das mais marcantes razões da não-recepção dos arts. 594 e 393, I, pelo atual ordenamento jurídico, homizia-se na essencialíssima circunstância de que os trabalhos da recente Comissão de eminentes

juristas, sob a presidência do Min^o Sálvio de Figueiredo Teixeira, designada para proceder à reforma do Código de Processo Penal, em um dos seus textos, publicado no *Diário Oficial da União*, datado de 16/3/94, há uma expressiva sugestão dirigida à revogação pura e simples dos artigos acima elencados, além de outros de que trataremos em seqüência, esperando, com tal modo de entender, a referida Comissão, que, de molde formal, se proclame a carenciada vigência dos referendados textos legais, como, de resto, que se estabeleça a completa desvinculação existente entre a prisão cautelar e o direito de acessibilidade ao duplo grau de jurisdição.

Por outro prisma, como foi translucidamente enfatizado por Alberto Zacharias Toron, o conceito de bons antecedentes é maleável, fluido, mutável e promíscuo, dada a sua arraigada parcela de subjetividade; não se pode cristalizá-lo e

confiná-lo a alguns esparsos critérios, tais como a vida anteacta com ou sem manchas; inquéritos arquivados ou ações penais em andamento, mas que deveriam ser aquilatados de formato globalizante, não se atendo o julgador a aspectos aleatórios ou apriorísticos, cuidado este que se tornou inócuo e ineficaz desde a vigência do princípio constitucional da presunção de inocência. Aliás, tais considerações não se permitem até influenciar na dosagem da pena:

"00421 - *Habeas Corpus* - Réu primário - Exacerbação da pena - Base com fundamento na existência de processo em curso contra outra pessoa - Confissão espontânea reconhecida - Pedido deferido. A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais, ou a persecuções criminais de que não haja ainda derivado qualquer título penal

condenatório, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave lesão ao princípio constitucional consagrador da presunção de não-culpabilidade dos réus ou dos indiciados (CF, art. 5º, LVII). É inquestionável que somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com ela, descaracteriza-se a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade do réu, que passa, então - e a partir desse momento -, a ostentar o *status* jurídico-penal de condenado, com todas as conseqüências legais daí decorrentes. Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por

decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído. A confissão espontânea da autoria do crime, pronunciada voluntariamente, ou não, pelo réu perante a autoridade pública, atenua como circunstância que sempre atua a pena, *ex vi* do que dispõe o art. 65, III, *d*, do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 7.209/84. Essa circunstância obrigatória não pode conduzir, no entanto, à redução da pena já fixada no mínimo legal (STF, HC 68.641-9).²⁰

²⁰ DJU de 5/6/92: RJ 179/191.

Capítulo V

INCOMPATIBILIDADE DO ART. 595 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

INCOMPATIBILIDADE DO ART. 595 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Redige-se, assim, o art. 595 do Estatuto Processo Penal: "Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação."

Trata-se da chamada modalidade de extinção anormal da manejada apelação, já que sua extinção normalizada dá-se pelo seu julgamento na instância superior, ante o provimento da mesma.

A declaração da deserção da apelação interposta pelo réu, que se escafedeu da prisão, após sua interposição ou durante o seu processamento, seria uma imposição automática da aludida sanção legal.

Mesmo que o juiz monocrático não a

tivesse declarado, seu recurso se veria empenhado de ser conhecido, ou, mais precisamente, o recolhimento à prisão, na sistemática processual de 1941, se ergueria não apenas numa condição de interposição, como também sua permanência prisional se revestiria de uma inequívoca exigência de admissibilidade e de julgamento do aviado apelo.

Denota-se, à plena saciedade, que semelhante dispositivo, imbuído e impregnado de um forte conteúdo profano e autoritário, fruto, como já expusemos alhures, da elaboração de um código de colorações nitidamente ditatoriais, com bases filosóficas fascistas, não se postou recepcionado pela Constituição de 1988, por malferir e chamostrar, insanavelmente, vários cânones constitucionais, como os do contraditório, da ampla defesa e, principalmente, do duplo grau de jurisdição, todos integrantes do devido

processo legal. Partiu-se da inconfutável premissa lógica de que o direito de recorrer, assumindo uma postura intangível, sob o prismado constitucional, conflita com a desmedida exigência de se permanecer preso até que o Tribunal *ad quem* julgue o arrevesado inconformismo recursal.

Vem a talho de foice, a propósito, a sempre precisa lição, estampada em Castanho de Carvalho, quando aduz:

"Quanto ao art. 595 do Código, talvez esteja em seu conteúdo a grande incongruência do Código frente ao princípio da 'ampla defesa'. Esse dispositivo estabelece como conseqüência para fuga do apelante a deserção do seu recurso. Fica, assim, restringida a ampla possibilidade de revisão das decisões judiciais por um fato exterior ao

processo e inteiramente estranho e independente dele. Uma coisa é a fuga, outra bem diferente é o recurso; entre eles não há qualquer liame lógico ou qualquer sujeição recíproca. Condicionar o conhecimento da apelação à permanência do réu no cárcere é violar a ampla defesa; é impor a pena de deserção pela fuga, esta já apenada pelos regulamentos penitenciários quando não incide o Código Penal, conforme o caso; é interpretar restritivamente o princípio constitucional, sem a devida autorização do legislador [...]. A restrição do art. 595, ainda, viola o princípio do duplo grau de jurisdição, cuja sede constitucional pode ser encontrada no devido processo legal, também violado, conseqüentemente, pelo citado artigo, que não pode mais subsistir diante da Constituição.”²¹

²¹ *O processo penal em face à Constituição*, apud GOMES, Luiz Flávio, *op. cit.*, p. 90.

Dessemelhante não se perfaz a abalizada opinião, pinçada no escólio proferido da renomada processualista Ada Pellegrini Grinover, ao dizer:

"As mesmas críticas podem ser endereçadas ao art. 595, que determina seja declarada deserta a apelação caso o réu condenado, após ter recorrido, venha a fugir. Aqui também, além de não se justificar a paralisação do recurso no plano da cautelaridade processual, vislumbra-se idênticas violações aos princípios constitucionais da igualdade processual, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição."²²

Em situações análogas, ainda que se espelhe um réu condenado por sentença condenatória recorrível, que venha a fugir após o aviamento do seu recurso, a nosso ver,

²² *Recursos no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 138.

compete ao justiceiro monocrático dar normal seguimento àquele, e ao Tribunal Superior conhecê-lo e julgá-lo. Não o fazendo, além de um ou de outro afrontarem os apontados regramentos constitucionais, negariam, ademais, inquestionável vigência ao princípio da isonomia, ao conforto de que as preditas exigências não são impingidas ao Ministério Público e ao ofendido, ensejando, destarte, o uso do *habeas corpus*, visando-se amputar a coação ilegal padecida, corporificada diante da negativa de uma almejada tutela jurisdicional.

Ao nosso alvedrio, o exercitamento do direito processual de recorrer, em cotejo como ordenamento constitucional, só pode divisar-se, legitimamente, condicionado a demais requisitos de idêntica natureza, tais como prazo legal, interesse, sucumbência, forma de interposição, tipicidade, etc., e nunca a um outro rotulado de natureza substantivo-penal,

como o é a privação da liberdade, motivação por que, *ex postis*, desvestiu-se de eficácia o art. 595 do Código de Processo Penal, eclodindo sua revogação.

Capítulo VI

A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E O ART. 408 E SEUS PARÁGRAFOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E O
ART. 408 E SEUS PARÁGRAFOS DO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O § 1º do art. 408 do Código de Processo Penal enfatiza que a prisão do pronunciado emoldura-se como um efeito legal da prolação da sentença de pronúncia, mandando o juiz lançar-lhe o nome no rol dos culpados e recomendá-lo na prisão onde se encontra, ou proceder à expedição do competente mandado de prisão para sua captura.

Mas o § 2º do precitado artigo, peremptoriamente, estabelece um efeito suspensivo à prisão obrigatória em decorrência da sentença processual de pronúncia, quando se tratar de réus primários e de bons antecedentes, ou quando for exequível a prestação de fiança.

Dissertando acerca da liberdade provisória da pronúncia, Júlio Fabbrini Mirabete assinala:

“Embora regra geral seja no sentido que a prisão do acusado é efeito da sentença de pronúncia, prevê a lei a possibilidade de se conceder ao acusado a liberdade provisória. Em primeiro lugar, se o delito for afiançável, deve o juiz arbitrar o valor da fiança na própria decisão. Sendo inafiançável a infração, o juiz pode conceder a liberdade provisória sem fiança para o réu pronunciado, se ele for primário e de bons antecedentes [...]. Deve-se reconhecer, porém, que preenchidos os requisitos legais, o benefício se transforma em direito, que deve ser reconhecido, não podendo o juiz negá-lo sem justificativa. De outro lado, porém, é

ilação lógica que, estando o réu preso preventivamente e persistindo os motivos que determinaram, por necessidade ou conveniência, seu recolhimento provisório, não tem ele direito à liberdade provisória justamente quando se decide que existem os elementos indispensáveis a seu julgamento pelo Tribunal do Júri.

Não se pode, evidentemente, deixar de recolher à prisão o réu ou mantê-lo encarcerado, quando perigoso, se pode influir no ânimo das testemunhas, se foragido ou quando há indícios de que tentará empreender fuga, etc. [...]. Não se pode, porém, conceder benefício se o réu não é primário ou, embora sendo, seja portador de maus antecedentes. Embora estes não possam ser deduzidos

exclusivamente da gravidade do crime por ele praticado, segundo o STF as circunstâncias do caso podem não autorizar a concessão do benefício, mesmo porque por vezes indicam a periculosidade do réu, a sua torpeza e insensibilidade moral, etc., que autorizam seu recolhimento. Em resumo, a liberdade provisória só pode ser concedida se comprovados a primariedade do acusado e seus bons antecedentes e, ainda, somente, quando inexistirem elementos que indiquem a necessidade ou conveniência da sua prisão.”²³

Consoante se depreende da entronizada lição doutrinária, o preclaro processualista, muito embora, *en passant*, faça uma ligeira alusão ao princípio reitor da cautelaridade da prisão por pronúncia, persiste, no entanto, com

²³ MIRABETE, Júlio Fabrin. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1994. p. 485.

contumaz obstinação, em asseverar, a *contrario sensu*, que o pronunciado reincidente ou portador de maus antecedentes deve quedar-se recolhido à prisão como consequência automática da lei; e é justamente contra esse aprisionamento como decorrência sintomática do próprio texto legal, desobrigando-se o magistrado-pronunciante de fundamentá-lo na pura essência da necessidade, que nos vimos porfiando, galhardamente, desde o início desta singela monografia. Aliás, reiteramos, por algumas vezes, que tanto o pronunciado primário ou de bons antecedentes pode ser preso, como o reincidente e dotado de maus antecedentes pode não sê-lo, tudo dependendo do estudo analítico e minucioso de cada caso concreto, admitindo-se, como admitimos, que mesmo a prisão por pronúncia, em confrontação com o princípio constitucional da presunção de inocência, só se elvaria de extrema legitimidade caso se configurar nela uma outra

espécie de prisão cautelar, mas escudada numa fundamentação reveladora de sua indeclinável e imposterável necessidade:

"O que vai-se cristalizando no seio da nossa Justiça Penal é que toda prisão provisória, inclusive a decorrente de simples pronúncia, depois da vigência da Constituição da República de 1988, constitui medida excepcional, somente decretável em casos de marcante e indeclinável necessidade (HC nº 144-846-3/2 - SP, rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme)."²⁴

Sobreleva destacar que a jurisprudência, praticamente uníssona, na atualidade, tende para a revogação da determinação contida no § 1º do art. 408 do Código de Processo Penal, increspada no vetusto lançamento do nome do pronunciado no rol dos culpados,

²⁴ *Apud* GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*, p. 97.

como efeito marcante do decreto de pronunciamento, arcabouçado com a mesma natureza da "prisão". Ora, se ambos os institutos têm idêntica natureza, afigura-se como coerente, nos parâmetros de uma razoabilíssima dedução lógico-jurídica, que uma vez revogado um, o residual deverá seguir o mesmo fadário, sob a severa apenação paradoxal de revogar-se o *minus* e sustentar-se a eficácia do *major*.

Desse modo, em virtude das explanadas considerações, tampouco a precisada norma viu-se recepcionada pela Constituição de 1988.

Capítulo VII

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR

A redação do art. 527 do Código de Processo Penal Militar, bastante assemelhada à consagrada no art. 594 do Código de Processo Penal comum, assim está fulcrada: "O réu não pode apelar sem recolher-se à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, reconhecidas tais circunstâncias na sentença condenatória."

Para não sermos enfadonhos e repetitivos, acrescentaremos, em singela síntese, que o precitado dispositivo, enfronhado na processualística do aclamado direito corporativista, não se pôs, à plena evidência, recepcionado pela Carta Magna de 1988, pelos fundamentos já exaustivamente expostos nos precedentes capítulos e nem pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a menos que se

admita sua eficácia e sua vigência, nos balizamentos de uma linha garantidora-preservacionista, tão-somente como uma indisfarçada prisão cautelar, na qual se demonstre, com profusa intensidade jurídica, a necessidade da custódia celular, arrimada numa sólida e incontrastável fundamentação, com os elementos fático-jurídicos extraídos dos autos.

O mesmo se diga relativamente ao sedimentado no art. 528 do Código de Processo Penal Militar, que versa sobre o sobreestamento do recurso apelatório, após a fuga do condenado que o intentou, pois, não obstante diferencie o sobreestamento da deserção, no entanto demandando, como condição de admissibilidade e de julgamento daquele, o prévio recolhimento do réu à prisão, conflita, virulentamente, com os constitucionais vetores da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

Capítulo VIII

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS LEIS EXTRAVAGANTES

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS LEIS EXTRAVAGANTES

1. O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE NAS HIPÓTESES DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL, EM FACE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

1.1 O art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90

Preceitua o referido artigo, *in verbis*: "Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo."

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência mais iterativas e remansosas de antanho vinham interpretando de molde literal e gramatical o predito texto legal, alardeando-nos uma e outra que, não possuindo efeito suspensivo os recursos extraordinário e especial, as penas deveriam ser, de imediato, executadas, tão logo se exauram os recursos

ordinários cabíveis, e, extraídos os traslados, estes baixarão para a instância inferior, prosseguindo-se, inda que provisoriamente, na execução da pena. Por outro prisma, temos que, "tendo sido unânime a decisão, nada impedia a expedição imediata do mandado de prisão, dado que os recursos cabíveis - especial e extraordinário - não têm efeito suspensivo".²⁵

Essa anômala situação processual não teria o condão de imunizar-se incólume e intocada, máxime aos olhos críticos de alguns renomados processualistas, que já intuía, *ab initio*, sua elevada nesga de inconstitucionalidade.

1.2 Inconstitucionalidade do referido artigo

Logo levantaram-se vozes discordantes e dissonantes, que hostilizaram o alinhado

²⁵ RT 686/418.

regramento legal, tachando-o de flagrantemente inconstitucional por se comprazer numa antecipada execução da pena, totalmente incompatibilizada com a presunção de inocência, corolário indissociável do devido processo legal e irrestrita utilização do duplo grau de jurisdição: ...

O pioneiro no enfrentamento da violação constitucional do questionado dispositivo foi o processualista Tourinho Filho, ao descrever:

"O recurso extraordinário, por exemplo, não o tem [...]. Interposto o apelo excepcional, este sobe nos autos originais, e os autos do traslado descem à inferior instância para a execução [...]. Também não o tem o recurso especial. Aliás, diga-se de passagem, num país cuja Constituição proclama que 'ninguém

será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória', não se compreende como possa o legislador [...] permitir que, nos casos de recurso extraordinário ou especial, o efeito seja apenas o devolutivo. Como pode ser executada uma sentença se ainda não houve o trânsito em julgado? Como se admitir a eficácia executiva de uma sentença penal se a Lei das Execuções Penais dispõe, no seu art. 105, que somente após o trânsito em julgado é que se processa execução [...] se o recurso tem apenas o efeito devolutivo, onde a decisão fundamentada para autorizar-lhe a prisão."²⁶

Em adendo, e paralelizando-se com a doutrina anterior, ensina-nos Ada Pellegrini

²⁶ *Op. cit.*, p. 332.

Grinover:

"Estabelece o art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90 que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo, não sendo previsto, portanto, o suspensivo.

Entretanto, a questão não pode mais ser considerada pacífica, diante do texto constitucional de 1988, que adotou, como princípio fundamental do ordenamento, a regra segundo a qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII).

Não parece razoável, à luz da disposição constitucional, que se possa falar em execução, definitiva ou provisória, do julgado penal ainda não definitivo, no tocante à aplicação da pena, especialmente

em face das intromissões que o denominado tratamento penitenciário estabelece nas esferas mais íntimas da personalidade do sujeito. Aliás, a própria Lei de Execução Penal (7.210/84) só prevê a expedição da guia de recolhimento para a execução transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade (art. 105). E também o art. 160, do mesmo diploma, estabelece que a audiência admonitória do *sursis* só é realizada depois de transitada em julgado a sentença condenatória.

Já o Superior Tribunal de Justiça, embora decidindo matéria diversa (correção monetária da pena de multa), acentuou que, em decorrência do princípio da presunção de inocência (Constituição Federal, art. 5º, LVII), o *status* de

condenado se forma com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Até então, incabível o cumprimento da pena' (Resp. 20.828-6-SP, DJU 3/8/1992, p. 11.336). E, a propósito de realização de audiência admonitória antes do trânsito em julgado, o TARS também deixou consignado que a consagração do princípio da presunção de inocência importou derrogação de todas as normas antecipadoras da execução penal, tornando ineficaz em sede penal a regra da Lei nº 8.038/90 de antecipação dos efeitos da decisão sujeita a recurso extraordinário ou especial e de agravo de instrumento (RT 669/360)."²⁷

Ademais, a festejada processualista, em robusto artigo doutrinário, afirmou:

²⁷ *Op. cit.*, p. 229-230.

"... como se viu, a apelação da defesa contra a sentença condenatória tem efeito suspensivo, não podendo haver a execução provisória da sanção penal, em face do princípio constitucional da presunção de inocência [...]. Nessa linha de pensamento, pode-se afirmar, para o processo penal, que a interposição do Recurso Extraordinário pela defesa obsta à eficácia imediata do título condenatório penal, pois, impedindo a formação da coisa julgada, ainda milita em favor do réu a presunção de não-culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar). O efeito suspensivo do Recurso Extraordinário, com relação à aplicação da pena, deriva da própria Constituição, devendo as

regras da lei ordinária (art. 637, CPP) serem revistas à luz da Lei Maior.”²⁸

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. São Paulo: Um enfoque constitucional da teoria dos recursos. *Revista Jurídica*, nº 198, p. 56-57.

Capítulo IX

O ART. 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL E A LEI Nº 8.072/90, EM
FACE DO PRINCÍPIO DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O ART. 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A LEI Nº 8.072/90, EM FACE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

1. LIBERDADE PROVISÓRIA

O art. 5º, XLIII, da atual Carta Magna explicita, *verbis*:

"A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem."

2. A LEI Nº 8.072/90 - VEDAÇÃO DA CONCESSÃO DA FIANÇA E DA LIBERDADE PROVISÓRIA AOS INFRATORES DE CRIMES HEDIONDOS

Por outro lado, o legislador ordinário editou a Lei nº 8.072/90 que, sob o pretexto de regulamentar o definido preceito constitucional, adicionou-lhe a vedação da concessão de fiança e de liberdade provisória, ex vi do disposto no seu art. 2º, II. Explodiu, desde então, uma acirrada e contumeliosa discussão doutrinário-jurisprudencial a respeito da constitucionalidade deste dispositivo.

3. ARGUMENTOS DE NATUREZA CONSTITUCIONAL CONTRÁRIOS À VIGÊNCIA DO ART. 2º, § 2º, DE LEI Nº 8.072/90

Argumentavam, com fascinada

veemência, os intransigentes defensores da inconstitucionalidade do indigitado artigo, apurando-se em que

"aqui, mais uma vez, a norma ordinária afrontou os princípios constitucionais que tratam da matéria. O primeiro deles é o que estabelece, como garantia fundamental, o direito inalienável de ninguém ser mantido na prisão, 'quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança' (art. 5º, XLVI). A liberdade provisória, portanto, é um direito fundamental. Uma correta interpretação do conteúdo desse mandamento conduz ao entendimento de que a liberdade provisória é uma regra constitucional, que somente pode ser afastada pela lei ordinária em casos excepcionais e de comprovada necessidade

processual. O que não pode estabelecer a norma ordinária é a proibição da concessão deste direito individual, com regra absoluta, aos autores de crimes hediondos[...].

Uma interpretação jurídica da questão da liberdade provisória, compatível com os princípios orientadores do Direito Penal contemporâneo, não poderá desconhecer ainda outro princípio constitucional, garantindo que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal). Este princípio fundamental da presunção de inocência acabou sendo ignorado pela Lei de Crimes Hediondos que, no caso de autor de crime hediondo preso em flagrante, contrariamente estabelece a

presunção de culpa. Conforme assinalou Alberto Silva Franco em sua excelente obra, toda medida cautelar que implique, sem a verificação de sua necessidade, a obrigatoriedade da prisão e a inadmissibilidade da concessão da liberdade provisória, lesa o princípio fundamental da presunção de inocência à medida que, em desarmonia com a Constituição Federal, aplica uma pena de caráter aflitivo e iguala acusado a culpado. Esclarece, ainda, o ilustre jurista que, à medida que o malsinado dispositivo de lei ordinária transforma o caráter instrumental das medidas cautelares em formas aflitivas de privação de liberdade para atingir objetivos de prevenção penal, a dignidade da pessoa humana, que serve de base a todos os direitos

fundamentais, fica em xeque: a prisão cautelar transforma-se numa 'penalação desnecessária' [...]. E arremata o monografista João José Leal: 'Finalmente, mas não menos importante, deve-se atentar para o fato de que a Lei de Crimes Hediondos, conforme frisamos acima, é norma de conteúdo e âmbito preestabelecidos em mandamento constitucional, cujos limites não podem ser ultrapassados pela norma infraconstitucional. O Constituinte estatuiu que os crimes hediondos são insuscetíveis de graça, de anistia e de fiança, não sendo admissível que a lei ordinária, formulada em cumprimento deste mandamento maior, possa estabelecer, de modo absoluto, outras restrições profundamente graves aos direitos individuais, em

contradição com princípios fundamentais do Direito Penal e do Processual Penal consagrados na própria Constituição. Houve, indiscutivelmente, ofensa ao princípio da subordinação, que obriga imperiosamente a lei ordinária a respeitar as fronteiras jurídicas sinalizadas pela norma constitucional maior.”²⁹

“Destarte, o direito fundamental à liberdade provisória, nos termos do inciso LXVI, do art. 5º, da Constituição Federal, tornou-se imediata e plenamente aplicável a partir da Constituição, independentemente de qualquer lei intermediadora. Pouco importa que o texto constitucional, referindo-se à liberdade provisória, aluda à cláusula ‘quando a lei admitir’. Isto não significa, à evidência, que a Constituição

²⁹ LEAL, João José. *Crimes hediondos*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 104-105.

Federal ao referir-se à mencionada cláusula tivesse autorizado o legislador ordinário a proibir, de forma absoluta, ou mesmo em relação a certos e determinados delitos, a liberdade provisória. Tal entendimento conduziria a lei infraconstitucional a uma posição diametralmente oposta ao direito fundamental consagrado pelo legislador constituinte e em contraste com outros direitos fundamentais correlatos. O poder que o legislador ordinário tem ao seu alcance, quer lhe seja atribuído expressamente ou implicitamente, não pode englobar, em si, um poder de disposição. O reconhecimento desta função ao legislador não pode interpretar-se como colocando-o numa situação de preponderância em face da Constituição: 'O seu poder é vinculado', pois 'não lhe é

possível afectar ou modificar o conteúdo do direito fundamental, sob pena de se inverter a ordem constitucional das coisas' (Vieira de Andrade). Hoje, não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas é a lei que se deve manter no âmbito dos 'direitos fundamentais',³⁰

4. CONSTITUCIONALIDADE DO MENCIONADO ARTIGO, POR EXPRESSA PERMISSÃO DO ART. 5º, LXVI, DA CARTA MAGNA

Apesar de tão fortes, profundos e judiciosos argumentos, escorados e confortados por uma vasta e refulgente jurisprudência que, sobre nos impressionarem, dão azo e sustentáculo a uma mais aprofundada e minuciosa reflexão crítica e asséptica, os tribunais superiores, praticamente

³⁰ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994 p. p. 89-90.

em uníssono, no permeio de reiteradas decisões, firmaram-se na exegese da perfeita constitucionalidade da guerreada vedação, ao proclamarem que a Constituição, em seu art. 5º, LXVI, deixou ao legislador infraconstitucional a fixação dos casos cabentes de liberdade provisória com ou sem fiança, exprimindo, de resto, que, apesar de não se permitir à lei vedar, integralmente, a obtenção dessa liberdade provisória, a própria Constituição excepcionou a rigidez da normação no tocante aos denominados crimes hediondos.³¹

³¹ Vide a respeito HC 68.514-5-DF, STF, *DJU* 19/6/92, p. 9.520; RHC 25.560-0-SP, STJ 08/3/93, *DJU* 3/5/93, p. 7.812.

Capítulo X

DA REVOGAÇÃO, OU NÃO, DO ART. 35 DA LEI Nº 6.368/76 PELO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

DA REVOGAÇÃO, OU NÃO, DO ART. 35 DA LEI Nº 6.368/76 PELO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Não obstante retrate o art. 35 da lei de antitóxicos uma das mais censuráveis e abomináveis expressões da decantada "prisão legal ou automática", totalmente sem fundamento, importando uma odiosa antecipação de expiação, em caráter transitório, da pena imposta, a nosso talante, ela detém certas particularidades que a distinguem das já dissecadas prisões apriorísticas.

1. POSIÇÃO DE ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES

Antônio Scarance Fernandes, em bem lançado artigo doutrinário, com suporte pretoriano, assim elucidou a flagrada *quaestio juris*:

"Difícil ficou saber, com os arts. 2º, § 2º e 10, da Lei nº 8.072/90, como mantinha-se a vedação à apelação em liberdade para os condenados por tráfico de entorpecentes, fixada pelo art. 35 da Lei Antitóxicos. Teria o art. 2º, § 2º, acabado com a proibição ao permitir, expressamente, a apelação em liberdade aos condenados pelos crimes definidos na Lei nº 8.072/90, inclusive por tráfico de entorpecentes. Mas, nessa mesma lei, o art. 10 dizia que o referido art. 35 agora passava 'a vigorar acrescido do parágrafo único', ou seja, mantinha-o também expressamente.

A confusão gerada levou a diversas interpretações. Segundo uma primeira exegese, nada teria mudado. O art. 2º, § 2º, regra genérica, aplicava-se a todos os

delitos na Lei nº 8.072/90, menos ao tráfico de entorpecentes, que continuava regulado pela norma especial do art. 35, da Lei nº 6.368/76, mantida pelo art. 10 da Lei nº 8.072/90. Seria a única interpretação possível porque não poderia essa lei revogar o referido art. 35 da Lei Antitóxicos no art. 2º, § 2º e, ao mesmo tempo, no art. 10, dizer expressamente que ela continuava em vigor.

Para outros, o art. 2º, § 2º, por ser norma posterior, simplesmente revogou o art. 35 da Lei nº 6.368/76, sendo que o art. 10 não teve o objetivo de mantê-lo, mas somente de dilatar, através do parágrafo único a ele acrescido, os prazos dos procedimentos dos réus acusados de infração aos arts. 12, 13 e 14.

A terceira posição foi intermediária

entre as duas anteriores. Entendeu-se que o art. 35 da Lei nº 6.368/76 continuava vigorando como regra, por força do art. 10 da Lei nº 8.072/90, constituindo-se o art. 2º, § 2º, em uma exceção, possibilitando que, em casos especiais, o juiz pudesse admitir a apelação em liberdade para os condenados por tráfico de entorpecentes. Esta interpretação, contudo, acaba, ainda que de forma não expressa, admitindo ter sido derogado o art. 35, pois ele perde inteiramente a sua eficácia no sistema, nivelando-se os delitos de tráfico de entorpecentes aos demais crimes definidos na Lei nº 8.072/90, todos regulados pelo art. 2º, § 2º.”³²

³² O artigo 5º, XLIII da Constituição Federal e a Lei nº 8.072/90: aspectos relevantes. *Revista do Advogado*, p. 35-43.

2. TENDÊNCIA ATUAL

A tendência, tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal, foi no sentido da derrogação do art. 35 da Lei nº 6.368/76 pelo art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, ou, pelo menos, da possibilidade de apelação em liberdade como exceção no caso de tráfico de entorpecentes.

3. NOSSA INTERPRETAÇÃO

Como expusemos em capítulo anterior, a novel Constituição, pelo princípio da inicialidade, revoga, de pronto, todas as normações arroladas na Constituição precedente, mas não, pelo menos com automatismo, as leis ordinárias que a precedam. Estas permanecem em vigência desde que não conflitem com os dispositivos constitucionais, pois, se assim for, perdem elas,

tecnicamente falando, sua total eficácia, soçobrando-se ao peso da revogação.

Mas inadmite-se a análise de qualquer regramento constitucional de molde isolado, fora de seu contexto mais amplo e integrativo, nos quais suas regras fundamentais devem interagir de forma harmônica e simbiótica, numa típica interpretação sistemática dos dispositivos da lei, mormente quando se trata de normações de caráter constitucional.

O mestre Carlos Maximiliano já ensinava:

"Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma. Em toda ciência, o resultado do exame de um só fenómeno adquire presunção de certeza quando confirmado, contrastado pelo estudo das

outros, (pelo menos dos casos próximos, conexos; à análise sucede a síntese; do complexo de verdades particulares descobertas, demonstradas, chega-se à verdade geral[...]. Não se encontra um princípio isolado em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; um e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campo diversos. Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso, do exame em conjunto, resulta bastante luz

para o caso em apreço.”³³

Pois bem, conjugando-se os dizeres inseridos no inciso XLIII com os do LXVI do art. 5º da Carta Magna em vigência, não se denota nenhuma indevida invasão do legislador ordinário na seara constitucional, ao adicionar vedação da concessão da liberdade provisória aos réus infringentes do tráfico de entorpecentes e dos residuais delitos havidos como hediondos, haja vista que o preconizado art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, deferiu ao legislador infraconstitucional, expressamente, a especificação e a catalogação dos casos de cabimento, ou não, da liberdade provisória com ou sem fiança, ou, em diversificadas palavras, em não se permitindo a lei vedar completamente a liberdade provisória, no entanto ela excepcionou, com escudo constitucional, relativamente aos decantados crimes hediondos, haja vista que

³³ MAXIMIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro, 1988. p. 128.

"o art. 5º, LVII, da Constituição Federal diz que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'- o que não é o mesmo que dizer que todo homem é considerado inocente até prova de sua culpabilidade. Quer dizer que embora acusado, não pode ser considerado definitivamente culpado e à evidência que tal situação não exclui os casos de prisão provisória admitidos expressamente pela Constituição, e, entre eles, a prisão em flagrante delito e preventiva, ambas decretadas pelo juiz e com previsão constitucional (art. 5º, LXI), em regra secular, que se sucede em nossas Constituições com muito mais intensidade que a da ausência de culpabilidade até o trânsito em julgado da condenação. Sendo

ambas as normas de natureza constitucional e sendo o art. 5º, LVII, de caráter geral, não pode ela prevalecer sobre a regra do art. 5º, LXI, que é especial, atinente às modalidades de prisão processual. E é certo que, em tema de conflito de normas, a lei especial derroga a lei geral".³⁴

Mas, como ressaltamos, a corrente pretoriana majoritária e mais prestigiada, hodiernamente, considerou derogado o reprochável art. 35 da Lei nº 6.368/76, não porque se mostrasse ele em ritmo de colisão com o decantado princípio da presunção de inocência, ou malferindo as normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou por se transmudar numa legislação antecedente conflitante com a Constituição, o que não ocorre, *in casu*, pela sua, diríamos, vivificação em face ao

³⁴ RT 658/293.

preceituado texto constitucional, mas também em virtude da perda de sua razão de ser, ao se postar em pé de igualdade com os outros delitos capitulados e tipificados na superveniente legislação. Ademais, o § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 dispõe que “em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”, regra que tem aplicação também às condenações por tráfico de entorpecentes, equiparada pela lei aos crimes hediondos, como expresso em v. acórdão da C. 5ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, cuja íntegra nos permitimos transcrever:

“Habeas corpus. Direito de apelar em liberdade. Crime Hediondo.

Réu condenado por tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368/76).

O art. 35 da Lei de Tóxicos não foi revogado, mas apenas derogado pelo § 2º do art. 2º da Lei nº

8.072/90, situando-se o primeiro frente ao segundo numa relação regra-exceção, isto é, o art. 35 estatui a regra, o § 2º do art. 2º uma exceção.

Decisão, porém, que tanto concessiva quanto denegatória deve ser fundamentada, em obediência ao preceito constitucional previsto no art. 93, IX.

Concessão da ordem para que o juiz fundamente sua decisão.

Em favor de José do Carmo Marques, condenado a três anos de reclusão por prática de crime previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76, impetra-se ordem de *habeas corpus* originário, em substituição ao recurso ordinário constitucional, sob a alegação de falta de fundamentação da sentença no tocante ao direito do paciente de apelar em liberdade,

permitido no § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais denegou a ordem, *in verbis*:

‘A Lei nº 8.072, de 25/7/90, traz em seu art. 2º a determinação de que o crime de tráfico de entorpecentes é insuscetível de liberdade provisória; ora, o paciente foi condenado exatamente pela prática de crime de tráfico de entorpecentes; logo, não tem ele o direito de aguardar o julgamento de seu recurso em liberdade’ (fls. 12).

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da Dra. Laurita Hilário Vaz, opina pelo deferimento do pedido a fim de que o julgador se pronuncie sobre a permissibilidade ou negativa do apelo em liberdade.

É o relatório.

Já tive oportunidade de manifestar-me a respeito da matéria quando do julgamento do RAC 1.896-7-RJ, relatado pelo Min^o Flaquer Scartezzini, *in verbis*:

'Sr. Presidente. É conhecido o meu ponto de vista. Já proferi votos nesta Turma, entendendo que 'o art. 35 da Lei de Tóxicos não foi revogado, mas apenas derogado pelo § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, situando-se o primeiro frente ao segundo numa relação regra-exceção, isto é, o art. 35 estatui a regra, o § 2º do art. 2º uma exceção, quando o juiz, fundamentadamente, julgar recomendável o benefício.'

Assim, manifestei-me no RHC nº 1.477, do Rio de Janeiro, e também no RHC nº 1.141, igualmente do Rio de Janeiro.

Não obstante, se não me falha a memória, acompanhei o Min^o Costa Lima em voto no qual S. Exa., trazendo à colação Alberto Silva Franco, sustentou que as decisões a respeito, sejam ou não concessivas da liberdade, devem ser fundamentadas. Trata-se, aliás, de cumprir preceito de ordem constitucional (art. 93, IX).

Por isso, *data maxima venia*, não vejo como se possa sustentar que nas decisões, para se manter preso, deva ser dispensada a fundamentação; para se pôr em liberdade, deva-se exigir fundamentação.'

Neste caso, o paciente esteve em liberdade durante todo o processo, vindo a ser preso somente após a sentença condenatória. Mais uma razão para que a modificação dessa situação seja motivada.

Diante do exposto, acolhendo o parecer, conheço do pedido e concedo a ordem para que o juiz fundamente a sentença, no tópico atacado.
É o voto.”³⁵

Uma coisa, no entanto, parece-nos insofismável: o juiz só poderá justificar a liberdade provisória dos réus infringentes de delitos hediondos, motivadamente, balizando-se nos preceitos ínsitos à cautelaridade, demonstrando-se, seguramente, a não-necessidade, com dados dos autos, de suas segregações celulares.

Ademais, como bem preleciona Antônio Scarance Fernandes,

“para obviar excessos decorrentes da lei, é então necessário realizar juízo provisório mais acurado sobre a

³⁵ RSTJ 68/83-84.

correção da capitulação feita na denúncia, ou existência de justa causa para a tipificação nela realizada, seja no seu recebimento, seja durante o processo quando a lei preveja despacho saneador, seja ainda na apreciação de pedido de liberdade provisória. Ainda, caso o juiz, durante a instrução, vislumbre provável desclassificação para outra infração, não prevista na Lei nº 8.072/90, deverá, fundamentadamente, permitir a liberdade provisória. Não haverá juízo definitivo. Não haverá ainda julgamento de mérito (v. acórdão do TJSP, *RJTJSP* 111/552-554), em que, antes da Lei nº 8.072/90, havia razoável dúvida a respeito da melhor tipificação, estando presentes elementos que possibilitavam futura desclassificação, tanto assim que, posteriormente, 'no

acórdão do TJSP (RT 67/323) admitiu-se, excepcionalmente, a liberdade provisória quando era provável a desclassificação de tráfico para uso. Manifestou-se expressamente favorável a essa possibilidade o Min^o Assis Toledo (*Crimes hediondos*, p. 67).³⁶

Em conclusão, no estágio atual de desenvolvimento do Direito Processual Penal, erigido sob bases e fundamentos predominantemente constitucionais, em decorrência do princípio de inocência, faz-se imperioso que se revoguem, formalmente, os arts. 393, I; 594; 595; 408, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal; 527 e 528 do Código de Processo Penal Militar; 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90; ou que, ao menos, sejam os mesmos revistos ou reescritos, o mesmo sucedendo com o art. 35 da Lei nº 6.368/76.

³⁶ *Op. cit.*, p.40.

Capítulo XI

A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO JUIZ NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO JUIZ NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tornar-se-iam inúteis todos os avanços defluídos nos textos constitucionais ou internacionais, impregnados de irresistível carga libertária e humanitária, caso os juízes, em suas respectivas prestações jurisdicionais, não estudem, como costumeiramente não o fazem, com afinho e espírito aberto, as normações legais.

O modelo do magistrado legalista-positivista que, ao julgar uma determinada perلغا judicial penal ou extrapenal, atém-se com exclusividade à lei e à sua consciência, de acordo com a defasada pirâmide esboçada por Kelsen, acha-se sepulto e ultrapassado, só servindo, muitas das vezes, às aspirações escusas e inconfessáveis do Poder Executivo, uma vez que nenhum juiz, integrado

a esse malsinado modelo, julgaria inconstitucional um determinado texto legal, ou negaria vigência a uma lei sabidamente injusta.

O juiz moderno precisa romper com esse vetusto e arcaico modelo legalista-positivista, mentalizando que a função jurisdicional não se traduz num labor puramente automático ou de mera subsunção. Em realidade, ela é essencialmente crítica e asséptica. Para isso, ele necessita compreender que seu primeiro instrumento de trabalho é a Constituição e não somente as leis ou sua consciência, pois as leis estáticas, por excelência, modulam-se, não raro, conflitivas com a Constituição, que, em determinado momento histórico, reflete os anseios mais legítimos de um povo civilizado, integrativa que é de um mais poderoso ordenamento jurídico, basicamente dinâmico.

Não se peleja para que o magistrado,

simplesmente, despreze a lei, uma vez que, se a tanto arribar-se, chegaríamos ao desvirtuamento do sistema democrático, deferindo-se aos juízes o poder de substituir os parlamentares, mas o que se busca decotar é a exteriorização de um magistrado cegamente aplicador da lei, sem confrontá-la com os primados constitucional e internacional que, indubitavelmente, lhe têm primazia. Assim, e só assim, poderemos sonhar e consolidar um ideal de justiça fraterno e equânime.

Por derradeiro, deve-se crer no Direito como melhor instrumento para o homem convicto; deve-se crer na Justiça como objetivo normal do Direito; deve-se crer na Paz como o substantivo piedoso da Justiça; deve-se crer na Liberdade, acima de tudo, sem a qual não há Direito, nem Justiça, nem Paz.

Referências bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERNANDES, Antônio Scarance. O artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal e a Lei nº 8.072/90: aspectos relevantes. *Revista do Advogado*, São Paulo, 1994.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos. *Revista Jurídica*, São Paulo, nº 198.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Recursos no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LEAL, João José. *Crimes hediondos*. São Paulo: Atlas, 1996.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. São Paulo: Forense, 1961.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro, 1988.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1994.