

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO PENAL

APROVADO
COM LOUVELO
Ricardo de Lima Rocha

**“DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE:
REGRA OU EXCEÇÃO?”**

Ricardo de Lima Rocha

**Fortaleza/CE
2003**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO PENAL**

**“DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE:
REGRA OU EXCEÇÃO?”**

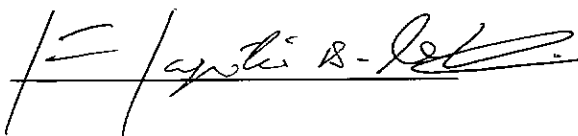
Monografia apresentada à Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do título de especialista do curso de especialização na área de Processo Penal do Curso de Direito com a orientação do Professor Marcos de Holanda.

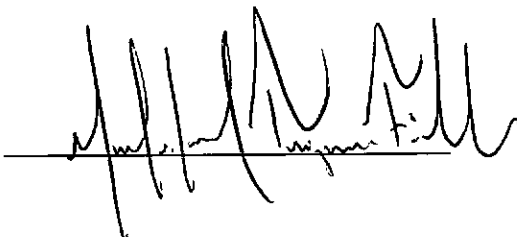
**Fortaleza/CE
2003**

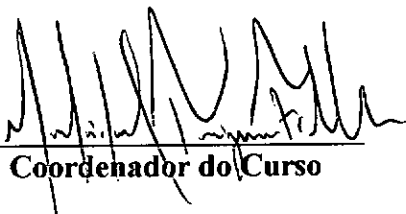
Monografia submetida à apreciação, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Penal, concedido pela Universidade Federal do Ceará.

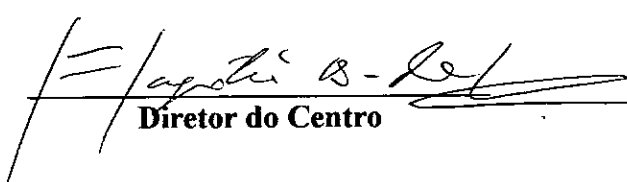
Data da aprovação: 31/10/2023


Professor Orientador


Coordenador do Curso


Diretor do Centro


Coordenador do Curso


Diretor do Centro

Dedico este trabalho à Deus, que está presente em todos os momentos, à IVAN DIAS ROCHA e MARIA JULIA DE LIMA ROCHA, meus pais, à VERA SÍLVIA BARROS LEAL ROCHA, IVAN BARROS LEAL ROCHA, RICARDO BARROS LEAL ROCHA E FELIPE BARROS LEAL ROCHA, minha esposa e filhos, pessoas sem as quais, jamais teria sido alguém na vida.

AGRADECIMENTOS

À Excelentíssima Senhora. Procuradora Geral de Justiça, Dra. Socorro França, meus cordiais agradecimentos pôr ter nos proporcionado mais esse aperfeiçoamento em nossas carreiras.

À Dra. Magnólia Barbosa e ao Prof. Marcos de Holanda, pela dedicação serenidade, com que sempre esculpiram novos profissionais do direito.

“LUTA. Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”

(Eduardo Couture)

RESUMO

Depois de conviver frequentemente se deparando com situações onde tínhamos que nos manifestar acerca do direito de apelar em liberdade, o presente trabalho tem como escopo realizar uma abordagem visa a análise do caráter constitucional da exigência de submissão do réu ao cárcere, para que possa apelar em Liberdade, conforme o preceituado no art. 594 do Código de Processo Penal, bem como, instigar a maneira mais adequada e equânime de se aplicar a Justiça e o Bem Comum com o auxílio da Hermenêutica, haja vista a complexidade das relações em cuja sociedade se está inserida. Inicialmente, será feita uma abordagem normativa e comparativa do tema, a qual, certamente, possibilitará ao leitor o encontro com uma situação-problema de difícil solução. Porém, esforços não serão medidos para fornecer elementos capazes de orientar na interpretação e aplicação dos textos legais na perspectiva da racionalidade jurídica, bem como um compromisso sério diante das contingências dos Direitos Humanos. Posteriormente, entrar-se-á a fundo na problemática apresentada, discorrendo-se sobre os principais posicionamentos encontrados na jurisprudência e na doutrina jurídica e seus respectivos fundamentos. Ao final, serão expostas possíveis interpretações e uma conclusão do tema analisado, que refletirá o entendimento que se pode depreender tendo como referência todo o exposto no decorrer deste artigo, esperando portanto que as exposições, interpretações e a conclusão, possam enriquecer o debate sobre um tema de tanta relevância.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
1 A PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL	03
1.1 Sentença Condenatória e Recurso de Apelação - breves considerações	03
1.1.1 Sentença condenatória	03
1.1.2 O recurso de Apelação	04
1.2 Sistema do Código de Processo Penal de 1941	07
1.3 Alterações legislativas posteriores	08
1.4 Natureza Jurídica	10
1.4.1 Efeito automático da condenação recorrível	10
1.4.2 Prisão cautelar obrigatória	11
1.4.3 Execução provisória da pena	12
1.4.4 A prisão como condição da apelação	13
1.4.5 Prisão provisória de natureza processual	14
1.4.6 Prisão de natureza cautelar	15
2 O RECURSO DE APELAÇÃO E A EXIGÊNCIA DE SE RECOLHER À PRISÃO	16
2.1 O Princípio da Presunção de Inocência	16
2.1.1 Origem	16
2.1.2 Considerações acerca do princípio à luz da Constituição de 88	19
2.2 O art. 594 do CPP e a Constituição Federal de 1988	22
2.3 O art. 594 do CPP e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos	23
2.4 A releitura do ordenamento jurídico - Breve enfoque de algumas normas afetadas	25
2.5 O direito de recorrer em liberdade na Justiça Militar	31

3 O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – UMA POLÊMICA	35
3.1 Correntes preservacionistas - “A prisão como regra”	35
3.2 Correntes não preservacionistas - “A prisão como exceção”	38
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44

INTRODUÇÃO

Ávido pôr um estudo mais aprofundado de um tema tão presente no dia a dia de um operador do direito, a presente monografia tem como objeto principal o estudo da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, mais especificamente no que se refere à ordem legal de segregação do condenado como condição de exercício do seu direito de apelação.

A escolha de tal tema justifica-se no fato de existirem inúmeras discussões acerca da constitucionalidade ou não do art. 594 do Código de Processo Penal. Tal dispositivo legal impõe a prisão como requisito indispensável ao direito de apelar, salvo poucas exceções.

A metodologia adotada, quanto ao método de abordagem, será a dialética, buscando elaborar uma conclusão a partir da análise da contradição de teses acerca do direito de apelar em liberdade. Quanto ao método de procedimento, utilizar-se-á o critério comparativo, observando-se os diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que existem.

Inicia-se o estudo pela sentença condenatória recorrível, sua natureza jurídica e implicações no mundo fático. E é analisando a natureza jurídica dessa sentença que já se poderá vislumbrar uma gama de construções doutrinárias em conflito. Num segundo momento, a atenção se voltará para o princípio da presunção de inocência, suas raízes e seu desdobramento no mundo jurídico através dos tempos. De maior importância, ainda, será sua análise à luz da atual Constituição Federal e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como sua repercussão em algumas normas.

Tal estudo é necessário pelo fato de ser comum encontrar, em inúmeros *Habeas Corpus*, a repetida defesa em função do princípio da presunção de inocência. De fato, mais do que um simples princípio de garantia individual, é ele que impõe os limites entre a fase processual e a fase executória.

Diante da nova ordem constitucional e, precipuamente, frente ao princípio da presunção de inocência, eclodiu uma acirrada polêmica em torno da vigência, ou revogação, do art. 594 do CPP. E é sobre essa polêmica que se desenvolverá o estudo no último capítulo deste trabalho. Será uma caminhada por entre posições, muitas vezes controversas, daqueles doutrinadores que se dispuseram a iniciar um estudo sobre o assunto.

Alerta-se que este trabalho não tem a intenção de esgotar o tema, uma vez que a cada dia surgem novos posicionamentos jurisprudenciais e novos fundamentos doutrinários a embasar cada corrente. Espera-se, sim, contribuir para o aprofundamento teórico do tema, a fim de que, não longe, a garantia de um processo justo e efetivo possa ser uma realidade mais freqüente nas lides criminais.

1 A PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL

1.1 Sentença Condenatória e Recurso de Apelação - breves considerações

1.1.1 Sentença condenatória

“Maximilianus Cláudio Américo Furer” em seu Resumo de Processo Penal, já definia que a decisão definitiva no processo penal, é a sentença em sentido próprio, que resolve o mérito da ação e põe fim ao processo, condenando ou absolvendo o réu.

Quer no campo penal, quer no civil, a sentença, como bem define o eminente processualista TOURINHO FILHO, “*é o ato ‘più eminente’ da relação processual¹*”, ou seja, é o ponto culminante, e por que não dizer crucial, da demanda judicial.

Sentença vem do latim ‘sententia’, que, por sua vez, vem de ‘sentiendo’, gerúndio do verbo ‘sentire’, dando a idéia de que, por meio dela, o Juiz declara o que sente. A palavra sentença deve ser reservada para aquele “*ato processual, momento culminante do processo, em que o Juiz define o fundo da questão, solucionando a lide, decidindo o mérito da causa²*”. É nessa hora que o magistrado, procedendo a uma reconstrução dos fatos disponíveis no processo, faz a sua análise mental, baseada, é claro, na lei, concluindo com a condenação ou absolvição, julgando improcedente ou procedente a pretensão deduzida. Daí despontam os três requisitos formais essenciais à sentença: o relatório, a motivação e a conclusão ou parte dispositiva,

¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.125.

² *Idem*, p.125.

“que, constantes da peça processual epigrafada, ensejarão à parte o conhecimento da decisão e do instrumento que a possibilitou, outorgando-lhe, assim, ensanchas à plenitude do direito de impugnação³”.

Entende-se por sentença penal condenatória aquela em que se acolhe no todo, ou em parte, a pretensão punitiva ou preventiva deduzida em juízo pela parte acusadora. É através dela que a *res judicanda* se transforma em *res judicata*, representando esta o último ato do processo de conhecimento condenatório e o elemento básico para o início da fase executória. A sentença condenatória, como preceituado no art. 381, III, do Código de Processo Penal, há de indicar os motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.

Nela o juiz há de expor as razões que o levaram a aplicar a norma sancionadora, ou seja, deve o magistrado estabelecer o porquê do entendimento jurídico dado ao fato e as razões da convicção formada quanto à solução final.

Proferida a sentença penal condenatória, independente do seu trânsito em julgado, decorrerão, de imediato, alguns efeitos. Consoante dispõe o art. 393 do Código de Processo Penal, são eles: a) o recolhimento do réu à prisão; b) o lançamento do seu nome no rol dos culpados. Tal dispositivo legal é analisado juntamente com o disposto no art. 594 do mesmo diploma legal, que reza:

“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”.

1.1.2 O recurso de Apelação

No dizer do festejado jurista JULIO FABBRINI MIRABETE, a palavra **appellatio** (dirigir a palavra) era originariamente a designação de um recurso hierárquico com o objetivo

³ PEDROSO, Fernando de Almeida. **O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites**. 2.ed. São Paulo: RT, 1994, p.24.

de ensejar novo julgamento substitutivo do anterior admitidas novas provas, e em número igual ao das instancias hierárquicas existentes.

MAGALHÃES NORONHA, define como um recurso interposto da sentença definitiva ou com força de definitiva para a segunda instancia, com o fim de que esta proceda a novo exame do assunto, apreciando toda a matéria decidida e, assim modifique total ou parcialmente a decisão.

Sucumbindo o acusado diante da condenação a final prolatada, nasce em seu espírito um sentimento natural de irresignação. Daí aflorar o princípio do duplo grau de jurisdição, ou seja, justo é que se lhe abra a perspectiva de ver apreciada essa sua irresignação, o que se dá através do recurso. Recurso é, pois, *“o meio pelo qual se provoca o reexame de decisão proferida e, em regra, por um juízo superior⁵”*.

É através dele que o sentenciado pode *“expor as razões pelas quais se insurge contra o édito condenatório⁶”*. Analisando a amplitude dos direitos de defesa do indivíduo, Fernando de Almeida PEDROSO salienta que:

“sendo a decisão judicial uma obra humana e a esta estando portanto ligada invariavelmente a idéia da imperfeição e do erro (errare humanum est), curial é que se dê ao acusado a oportunidade da reapreciação de sua condenação, ...⁷”.

Dessume-se, com o exposto acima, que a existência dos recursos funda-se em duas razões: a falibilidade humana e o inconformismo natural daquele que é vencido e deseja submeter o caso ao conhecimento de órgão jurisdicional superior.

Dentro do rol de recursos disponíveis, encontra-se a Apelação Criminal. Apelação é um recurso genérico (art. 593, do CPP), amplo e preferível (art. 593, § 4º), cabível contra sentença definitiva ou com força de definitiva para a segunda instância, com o fim de que se proceda a novo exame do caso, colimando com a modificação total ou parcial da decisão.

⁵ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.372.

⁶ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Op. cit.*, p.297.

⁷ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Op. cit.*, p.298.

É um recurso amplo, porque possibilita devolver à instância superior o pleno conhecimento do feito, e preferível por ser o adequado quando parte da decisão impugnada poderia ser atacada por meio de recurso em sentido estrito, que fica afastado para que seja nela apreciado todo o objeto da sentença (princípio da unirrecorribilidade). Como recurso que é, a Apelação está sujeita a determinados pressupostos. São comuns a todos os recursos os seguintes requisitos: a) previsão legal; b) forma prescrita em lei; c) tempestividade. Para ser interposto, o recurso deve estar previsto em lei e, também, ser adequado à decisão que se quer impugnar. Interpondo o recurso previsto em lei e adequado à espécie, deve o recorrente, ainda, obedecer às formalidades que as normas legais impõem ao ajuizamento, além de observar o prazo por ela fixado, o que se denomina tempestividade.

Além desses pressupostos genéricos, para que a Apelação possa ser examinada é necessário que se cumpra um requisito específico, qual seja, ser o réu mantido ou recolhido à prisão. O art. 594 do CPP dispõe ser condição ao exercício do direito de apelar o recolhimento do réu à prisão, ressalvados os casos em que ele seja primário e tenha bons antecedentes, assim reconhecido na sentença, ou se condenado por crime de que se livre solto, ou quando possa prestar fiança e esta for prestada.

O primeiro pressuposto para a concessão do benefício é a primariedade, ou seja, não ter sido o réu condenado anteriormente por sentença condenatória transitada em julgado. É indispensável, também, que tenha o réu bons antecedentes. Reconhecida na sentença a ausência de um dos pressupostos, deve o apelante recolher-se à prisão para apelar. Ainda que se trate de réu primário e de bons antecedentes, em algumas hipóteses o juiz pode delimitar o objeto da apelação, pedindo apenas o reexame de parte da decisão, negar a liberdade do apelante. É o caso da condenação em crimes hediondos (Lei 8.072/90), onde, apesar de presentes a primariedade e os bons antecedentes, a liberdade fica entregue ao arbítrio do juiz, conforme preceitua o art. 2º, § 2º da referida lei.

A questão da primariedade e dos bons antecedentes é um ponto que deve ser analisado. Ora, enquanto o conceito de primariedade é objetivo, resultando da existência ou não de condenação anterior, a idéia de 'bons antecedentes' é extremamente fluída, o que tem possibilitado a adoção de critérios jurisprudenciais extremamente largos. Em outras palavras, o conceito de bons antecedentes é mais subjetivo e, por isso, mais suscetível a conflitos doutrinários e jurisprudenciais. Tecendo considerações sobre o assunto, Alberto Zacharias

TORON afirma que não basta que o autor de crime inafiançável seja reincidente, ou tenha maus antecedentes, para que não possa apelar em liberdade. Se a Constituição proclama a presunção de inocência daquele não definitivamente culpado, não faz sentido possa a lei infraconstitucional estabelecer presunções contrárias ao réu.⁸

Atendo-nos, no entanto, à lei processual, ficam claros os requisitos traçados pelo legislador, requisitos estes de grande valia para a o Magistrado ao analisar a concessão ou não do direito de apelar em liberdade.

1.2 Sistema do Código de Processo Penal de 1941

O Código de Processo Penal, na sua forma primitiva, concebia a prisão do condenado como efeito automático da sentença condenatória recorrível. O artigo 594 tinha, então, 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 melhor entender o contexto onde se inseria tal disposição, é importante a transcrição do art. 393, I, do CPP, o qual, vale lembrar, faz parte ainda hoje de nossa legislação processual:

*“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”.*

Também extraíam-se do art. 669, I, do CPP as seguintes palavras:

⁸ TORON, Alberto Zacharias. “A Constituição de 1988 e o conceito de bons antecedentes para apelar em liberdade”, em Revista Brasileira de Ciências Criminais, do **IBCCrim** - ano 1, n. 4 - out/dez - 1993, p. 70-75

“Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo: I- quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu à prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança”.

A exigência da prisão para apelar, como se denota dos dispositivos legais da época, era conseqüência lógica do sistema. MAGALHÃES GOMES FILHO afirma que esse sistema foi engendrado sob a lógica autoritária e repressiva do Estado Novo e confessadamente inspirado no modelo fascista italiano. A própria Exposição de Motivos do CPP, em seu n. II, deixa clara a preferência do legislador de 1941:

“Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum”.

Assim, a tutela social, o bem comum, em detrimento, evidentemente, dos direitos e interesses dos indivíduos, é uma bandeira erguida dentro do próprio ordenamento legal em vigor, restando confirmada a observação feita por MAGALHÃES GOMES FILHO, acima transcrita. Ora, com acerto a crítica de Luiz Flávio GOMES:

“Não se pode nunca negar que o direito criminal existe para a tutela coletiva, mas tampouco pode-se conceber qualquer sistema que não procure conciliar tal propósito com os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos”.

Em suma, percebe-se que o legislador, sob o domínio de um regime nada democrático, considerou a prisão como regra, sendo excepcional a liberdade, o que diante da atual Constituição Federal é inconcebível.

1.3 Alterações legislativas posteriores

Note-se que a evolução do legislador em dar uma feição democrática à legislação vigente, foi crescendo e teve seu apogeu com a Carta Magna de 1988.

⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito de Apelar em Liberdade**. 2.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996. p.20.

No que se refere à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, a primeira alteração legislativa se deu com a Lei n. 5.941, de 22 de novembro de 1973. Até o advento desta lei, esta espécie de prisão era considerada como provisória execução da pena, salvo naquelas hipóteses em que o réu se livrava solto.

A partir de 1973, com a edição da lei supramencionada, essa execução provisória ficou restrita àqueles casos de crimes inafiançáveis, desde que o réu não fosse primário ou, em sendo, não tivesse bons antecedentes. Esta lei alterou os arts. 594 e 408, § 1º do Código de Processo Penal. Tal situação perdurou até julho de 1984. A partir daí, e como decorrência lógica do art. 105 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), desapareceu a provisória execução da pena, ou seja, somente a sentença com trânsito em julgado poderia ser executada. Aliás, em nosso sistema existia também a aplicação provisória de medida de segurança.

A Lei de Execução Penal aboliu, também, esta aplicação provisória. Importante salientar que, apesar de a nova lei abolir a execução provisória da pena, alguns Juízes e Tribunais a mantiveram. Alguns contentavam-se em decretá-la com a simples presença da reincidência ou maus antecedentes. Outros, por sua vez, a preservaram como providência de natureza cautelar. Com efeito, para estes, não basta a falta de primariedade ou a presença de maus antecedentes, é indispensável a presença do *periculum libertatis*.

No que tange ao tema da prisão para apelar, cabe ainda destacar as alterações trazidas pelas seguintes legislações:

- a) Lei n. 5.349/67, que eliminou de nosso ordenamento jurídico a prisão cautelar obrigatória. Uma das bases para esta alteração foi o princípio da presunção de inocência;
- b) Lei n. 6.368/76, que proibiu a apelação em liberdade ao condenado por tráfico de entorpecente;
- c) Lei n. 8.072/90, que permitiu o recurso em liberdade nos crimes hediondos desde que o juiz fundamente a decisão; d) Lei n. 8.038/90, que não confere efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial. Também merecem destaque a Constituição Federal de 1988 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), que entrou em vigor no Brasil em 1992.

1.4 Natureza Jurídica

1.4.1. Efeito automático da condenação recorrível

Como anteriormente mencionado, o sistema original do Código de Processo Penal vislumbrou a prisão como consequência lógica e imediata da condenação recorrível, ou seja, a prisão é um efeito automático da condenação. Não obstante as alterações trazidas pela Lei n. 5.941/73, ainda podemos afirmar que, nosso atual ordenamento legal impõe o recolhimento à prisão como condição ao exercício do direito de recorrer. Atualmente, só não incide automaticamente tal exigência em três hipóteses: a) fiança; b) direito de livrar-se solto; c) quando se trata de réu primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença. Fora dessas hipóteses, pelo sistema do Código de Processo Penal, a prisão é automática, imposta por força de lei.

Damásio de JESUS, discorrendo sobre o tema, assim afirma:

“O legislador ordinário entendeu que, havendo uma sentença condenatória julgando o réu culpado, é necessário, para que possa apelar, que se recolha à prisão.”¹¹

Para ele, o princípio do estado de inocência não impede que sejam determinadas medidas consideradas necessárias. Tal necessidade pode decorrer de apreciação concreta ou abstrata. No primeiro caso, cuida-se de consideração do juiz durante a instrução criminal; no segundo caso, ocorre quando o próprio legislador entende conveniente o estabelecimento de certas medidas cautelares.

¹¹ Apud GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p.25

1.4.2 Prisão cautelar obrigatória

Mesmo alegando-se que a prisão pode revestir-se de “provisória execução da pena” estaria sendo afrontado o princípio constitucional de que ninguém pode ser considerado culpado antes de transitar em julgado a sentença.

A prisão obrigatória, também fundada na ‘necessidade abstrata’, conflita, de igual forma, com o princípio constitucional da presunção de inocência. Admitir essa ‘necessidade abstrata’, baseada em critérios do legislador, significa conceber prisão obrigatória, o que é um absurdo frente a ordem constitucional vigente. Tal prisão viola claramente o art. 5º, inc. LXI da Constituição Federal de 1988, que exige fundamentação de toda ordem de prisão, salvo o caso de flagrante. Assim, o magistrado, para decretar a prisão deve apresentar os motivos fáticos e jurídicos que justifiquem a medida.

Discorrendo sobre a prisão cautelar frente ao princípio da presunção de inocência, MAGALHÃES GOMES FILHO assim leciona:

“À luz da presunção de inocência, 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’¹²”

Para o referido autor, 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 o recolhimento necessário à prisão previsto pelo art. 35 da Lei n. 6.368/76.¹³

Desta forma, mesmo nos denominados “crimes hediondos”, o recolhimento do réu à prisão como condição objetiva para a interposição do apelo fica na dependência da fundamentação.

¹² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit., p. 65.

¹³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit., p. 65

1.4.3 Execução provisória da pena

Um dos mais destacados defensores da tese de que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível tem natureza de execução penal provisória, é o ilustre processualista Afrânio Silva JARDIM. Para ele, a prisão para apelar nada mais é do que uma verdadeira execução penal provisória submetida, assim, ao regime jurídico da Lei de Execução Penal.

É bem verdade que, existe uma repulsa de grandes processualistas em admitir, no processo penal, a chamada execução provisória. No entanto, Afrânio Silva JARDIM é um precursor desta tese. Para ele, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível não se enquadra na categoria de prisão cautelar por não possuir nenhuma característica essencial à medida acautelatória. Afirma ainda que tal prisão não tem qualquer vínculo de acessoriedade com o resultado pretendido na ação penal condenatória; não visa a prevenir danos prováveis, pois a prisão se efetiva independentemente de qualquer outra consideração que não os pressupostos alinhados no art. 594; também não possui qualquer conotação de instrumentalidade, uma vez que se trata da outorga da própria prestação jurisdicional solicitada na denúncia ou queixa; e também não se alicerça em situações eventuais ou passageiras.

Filia-se a esta corrente CASTANHO DE CARVALHO, e são seus os seguintes argumentos:

“A Constituição proibiu terminantemente que o acusado fosse considerado culpado antes da sentença judicial transitada em julgado. De outro lado, previu e manteve as medidas cautelares de prisão, como o flagrante e a prisão preventiva. Não previu a Constituição qualquer outro fundamento para a prisão que estes: a prisão cautelar e a prisão-pena.”

E inconformado continua:

“Ora, se o acusado não pode ser considerado culpado antes de assim declarado judicialmente, com que título se justifica encarcerá-lo antes da prolação da sentença final? Trata-se de prisão cautelar? Não, não

estão presentes o 'fumus boni juris' e o 'periculum in mora'. Trata-se de pena? Não, pois não há pena sem o trânsito em julgado da sentença. Então, esta prisão não é constitucionalmente admitida; não se enquadra nas modalidades de prisão aceitas pela Constituição como exceções necessárias ao direito natural de liberdade.¹⁴

1.4.4 A prisão como condição da apelação

O art. 393, I, prevê que o réu será preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança. Tal disposição, porém não se aplica quando ocorre uma das hipóteses em que o réu pode apelar em liberdade, o que dá à sentença o efeito suspensivo.

Aqueles que integram esta corrente pregam que a prisão, como regra condicionante da apelação, deriva de imposição legal, tendo por base a pura existência da sentença condenatória. Em outras palavras, é também uma prisão por 'força de lei' ou 'obrigatória'. Defende este argumento o ilustre processualista MIRABETE, para o qual lavrando sentença condenatória, a regra é a de que o juiz determine a expedição de mandado de prisão.

Para o mencionado autor a ordem de recolher-se o réu à prisão para possibilitar o processamento do recurso não significa considerá-lo culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. É regra procedimental condicionante do processamento da apelação, não foi derogada pelo art. 5º, LVII, da CF de 1988, está fundamentada pela sentença condenatória e não ofende a garantia constitucional de ampla defesa.

Como se percebe, a tese esposada por esse ilustre processualista prega que a base, o fundamento da ordem de prisão, é a sentença. Portanto, ausentes as exceções previstas na lei (art. 594, do CPP), justificada está a medida restritiva.

¹⁴ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **O Processo Penal em face da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 72.

1.4.5 *Prisão provisória de natureza processual*

Esta tese prega a distinção entre a prisão provisória tipicamente cautelar e a de natureza processual. O eminente processualista Rogério LAURIA TUCCI filia-se a esta corrente. Para ele, das cinco espécies de prisão provisória, três delas - prisão em flagrante delito, prisão preventiva e a prisão temporária - são tipicamente cautelares, ou seja, a finalidade delas é assegurar o resultado profícuo do processo penal de conhecimento, sempre que o exijam a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a preservação da aplicação da lei penal.

As outras duas espécies - a decorrente de decisão de pronúncia e a resultante de sentença condenatória recorrível - assumem natureza marcadamente processual.

Estas dizem 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.

Rogério LAURIA TUCCI, analisando tais espécies de prisão sob o crivo do princípio da presunção de inocência, assim afirma:

*“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”.*(grifo do autor)

*“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.**”¹⁵* (grifo do autor)

Nas suas considerações conclusivas acerca do tema, o autor assim sintetiza:

¹⁵ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 408 e 409

*"Restam ... de todo ineficazes, ante a preceituação constitucional, os arts. 393, I, 408, §1º e 594 do Código de Processo Penal, e 35 da Lei nº 6.368, de 1976."*²²

1.4.6 Prisão de natureza cautelar

Esta é a corrente que, após a Constituição de 1988, passou a sustentar que a prisão derivada de sentença condenatória recorrível só pode ter natureza cautelar, isto é, só em caso de extrema necessidade pode ela ser mantida ou decretada. Assim, a prisão como condição ao direito de apelar, conforme disposições legais (arts. 393, I e 594, do CPP), é uma afronta claríssima à Constituição Federal. Defende esta tese o eminente professor Fernando da Costa TOURINHO FILHO, que, em visível rechaço às normas que limitam o exercício do direito de apelar em liberdade, afirma:

"Se a Constituição proclama que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não deixa de ser um não-senso a regra estúpida e draconiana dos arts. 393, I, e 594 do CPP e 35 da Lei Antitóxico."¹⁶

Referido autor argumenta que o princípio da presunção de inocência espelha o direito de não sofrer qualquer medida constritiva de liberdade, a não ser nos casos estritamente necessários ditados por evidente cautela. Ou seja, toda prisão que antecede a uma condenação definitiva se reveste de indisfarçável caráter cautelar, e sua necessidade descansa numa dessas circunstâncias: preservação da ordem pública, preservação da instrução criminal e, finalmente, garantia da execução da pena.

Assim, verificada a necessidade de assegurar a ordem na sociedade e no processo, pode o magistrado, motivadamente, decretar a prisão ou mantê-la.

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 23.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p.87.

2 O RECURSO DE APELAÇÃO E A EXIGÊNCIA DE SE RECOLHER À PRISÃO

2.1 O Princípio da Presunção de Inocência

2.1.1 Origem

Há mais de dois séculos, no auge das revoluções liberais e tendo como berço a França, nascia a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), um conjunto de princípios basilares de proteção e respeito às garantias dos indivíduos. O princípio da presunção de inocência foi consagrado no art. 9º desta Declaração, que proclamava:

“Tout homme étant présumé innocent, s’il est jugé indispensable de l’arreter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi”. (Todo homem, sendo presumido inocente até que seja declarado culpado, se for decidido que é indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para a segurança de sua pessoa deve ser severamente reprimido por lei)

Nesta fórmula, já se pode entrever um duplo significado do preceito declarado: de um lado, a regra processual segundo a qual a inocência do acusado é presumida; e de outro lado, o princípio que impede a adoção de medidas restritivas à liberdade pessoal do acusado antes do reconhecimento de sua culpabilidade, salvo os casos de absoluta necessidade.

De fato, esta foi uma reação ao período pré-revolucionário, época em que o acusado não era um simples suspeito, mas alguém já considerado culpado pela opinião pública, sendo alvo das mais aviltantes torturas até provar sua própria inocência. O ônus da prova não cabia ao autor da acusação, mas ao acusado. Com esta inversão do ônus probatório, as medidas de restrição à liberdade pessoal eram uma constante no processo acusatório, ou seja, até prova em contrário o acusado era o real culpado do fato contra si imputado.

Esta filosofia repressiva foi combatida pelos teóricos iluministas que priorizavam os direitos do homem, e, como bem relata MAGALHÃES GOMES FILHO, eles (os iluministas): *“partiam da constatação elementar de que ao processo criminal são submetidos tanto culpados quanto inocentes, de sorte que à sociedade civilizada é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente¹⁷”*.

Apesar do avanço estampado na Declaração de 1789, o princípio da presunção de inocência não convenceu alguns estudiosos das escolas penais, dentre eles Garofalo, da Escola Positivista, que sustentava que a presunção mais razoável é a de culpabilidade e não a de inocência. A mais firme repulsa ao princípio da presunção de inocência foi desenvolvida pelos doutrinadores ligados à Escola Técnico-Jurídica. E foi Vincenzo Manzini quem mais profundamente atacou este princípio, onde, segundo ele, é presumível a procedência da imputação, e não o contrário. Os argumentos técnico-jurídicos tiveram importância fundamental nos trabalhos de elaboração do Código de Processo Penal italiano, de 1931, que, por sua vez, serviu de modelo ao nosso estatuto de 1941.

Entre os clássicos, o tema mereceu especial atenção, sendo ressaltado o princípio segundo o qual o indivíduo é presumivelmente inocente. Carmignani e Carrara foram precursores da Escola Clássica e tiveram suas idéias baseadas nos ensinamentos de Beccaria. Carmignani assim afirmava:

“A base da presunção é aquilo que ordinariamente ocorre; mas mais freqüentemente ocorre que os homens se abstêm de delinquir do que de cometer delitos. Portanto, a lei consagra e defende a todos os cidadãos a presunção de inocência.¹⁷”

Luigi Lucchini, clássico, apesar de reconhecer a importância deste princípio dentro do processo, ousou assim afirmar:

“...o in dubio pro reo não deve ser entendido num sentido muito cômodo para os criminosos, pois foi escrito para os homens de bem, e não para os malfeitores, e não deve excluir as providências investigatórias e mesmo coercitivas que são imprescindíveis;¹⁸”.

¹⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit., p. 11.

¹⁷ SZNICK, Valdir. Liberdade. Op. cit., p. 54.

¹⁸ GOMES FILHO, Magalhães. Op. cit., p. 14

Foi, porém, após a desastrosa experiência da Segunda Guerra Mundial que cresceu a necessidade de se afirmar, em um documento internacional, os valores fundamentais de respeito à pessoa humana. Três anos após a fundação da Organização das Nações Unidas (ONU), exatamente em 10 de dezembro de 1948, proclamou-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Dentre os direitos afirmados nesta Declaração Universal inclui-se aquele segundo o qual *“toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa.”* (art. 11, 1).

O princípio da presunção de inocência vem relacionado, portanto, ao direito à tutela jurisdicional, onde a demonstração da culpabilidade do acusado seja feita através de procedimento público e legal, com a efetividade do direito de defesa. Outro texto internacional de relevância no que se refere aos direitos do acusado é o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembléia Geral da ONU em 16 de dezembro de 1966; esse documento, além de reafirmar o direito à presunção de inocência, enumera as garantias mínimas em favor da pessoa acusada.³⁰ Também tem destaque a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), assinada na Conferência de San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e posteriormente promulgada no Brasil em 1992, pelo Decreto 678. Extrai-se do texto desta Convenção:

“ARTIGO 8 –

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

...

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”

E mais:

“ARTIGO 25 –

1. 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 Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.”

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos entrou em vigor no Direito interno brasileiro em 09 de novembro de 1992, data em que foi publicado o Decreto 678/92, que a promulgou.

2.1.2 Considerações acerca do princípio à luz da Constituição de 88

A Constituição Federal inovou em inúmeros aspectos. Substancial inovação foi a maior importância que deu à liberdade individual. Nunca um texto constitucional preocupou-se tão profundamente em adotar meios e instrumentos indispensáveis ao direito de defesa.

Uma dentre as novidades foi ter erigido a dogma constitucional o princípio da presunção de inocência, ao qual não fizeram qualquer referência as anteriores Constituições brasileiras. Tal dogma está assentado entre as 'garantias individuais', no art. 5º, LVII, que reza:

"Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

É bem verdade que o princípio da presunção de inocência é muitas vezes concebido somente sob fundamentos emotivos, soando apenas como apelo nos discursos ideológicos que criticam ou defendem o sistema. Porém, este princípio é mais que simples 30 Dentre as garantias enumeradas neste documento, está o direito do culpado ao reexame da condenação por um órgão de jurisdição superior. Objeto de discurso; ele é um princípio informador de todo o processo penal, concebido como instrumento de aplicação de sanções punitivas em um sistema jurídico no qual sejam respeitados, fundamentalmente, os valores inerentes à dignidade da pessoa humana; como tal, deve servir de pressuposto e parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal.

Além disso, de tal presunção emergem, dentro do campo processual, duas regras fundamentais, que, segundo Luiz Flávio GOMES, são: a regra probatória e a regra de

tratamento. A primeira consiste, por exemplo, na necessidade de comprovação legal da existência dos fatos, bem como da necessária demonstração da culpabilidade do acusado, etc.

Já como regra de tratamento a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo acusatório ou de culpabilidade, seja por palavras ou gestos, como por exemplo, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, o uso de algemas quando desnecessário, e mais uma infinidade de situações corriqueiras que poderiam ser aqui elencadas.

Neste sentido enfatizou Weber Martins BATISTA:

“A presunção de inocência vale como uma idéia-força, no sentido de impedir que o réu seja tratado como se já estivesse condenado, que sofre restrições de direito que não sejam necessárias à apuração dos fatos e ao cumprimento da lei penal, em suma, que não seja tratado como mero objeto de investigações, mas como sujeito de direitos, gozando de todas as garantias comuns ao devido processo legal, sobretudo ‘as garantias da plena defesa’¹⁹”.

É bem verdade que não se pode esperar, evidentemente, que a simples enunciação do princípio em nível constitucional produza uma substancial modificação no comportamento da sociedade em face daqueles que se vêem envolvidos com o sistema judiciário criminal. No entanto, não resta dúvida de que esse princípio tem trazido conseqüências relevantes no mundo prático, impondo às autoridades e ao pessoal administrativo que participam das atividades processuais tratamento respeitoso à pessoa do acusado. Um caso que deve ser repensado é o das restrições ao exercício de outros direitos em virtude da mera acusação ou até indiciamento em inquérito policial, bem como das referências constantes de certidões expedidas pelos órgãos públicos relativamente ao andamento de processos criminais.

No âmbito do direito material (penal) a presunção de inocência limita a aplicação da lei penal, ou seja, são considerados nulos os preceitos legais que estabeleçam a responsabilidade em fatos presumidos. Baseado neste princípio e em tantos outros que informam nosso ordenamento (princípio da legalidade, princípio do devido processo legal, etc), é que nosso atual sistema não adota o critério da responsabilidade penal objetiva. O princípio da

presunção de inocência, sustenta Damásio de JESUS, expurgou do ordenamento jurídico brasileiro todas as formas de responsabilidade penal objetiva. Outra fundamental consequência emanada deste princípio consiste na proibição da utilização da pena de prisão como castigo antecipado.

De fato, é aí que começa toda a discussão sobre a viabilidade das prisões cautelares, inclusive no que se refere à natureza jurídica destas. Quanto à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, objeto específico de nosso estudo, é verdadeiramente a modalidade de prisão que mais suscita conflito entre os doutrinadores.

Muitos sustentaram desde logo a inconstitucionalidade das regras contidas nos arts. 393, I e 594 do Código de Processo Penal, e art. 35 da Lei nº 6.368/76, que prevêem a necessidade de recolhimento do réu à prisão para apelar, em face do princípio acolhido pelo art. 5º, LVII, da Carta de 1988. Outros, porém, ressaltaram que o preceito constitucional não impede que medidas sejam determinadas contra o réu antes da sentença condenatória transitada em julgado.

A despeito das divergentes opiniões e, enfim, pela sua ampla colocação, o princípio da presunção de inocência se erige em uma verdadeira carta de garantias do acusado, seja na fase policial ou já na fase processual. E mais. Tal princípio insere-se num quadro muito mais amplo de garantias, não apenas do cidadão individualmente considerado, mas sobretudo do próprio exercício da atividade jurisdicional. Sua aceitação como pressuposto indispensável da persecução penal no moderno Estado de Direito deve objetivar, fundamentalmente, a superação das desigualdades sociais, a fim de que seja preservada a dignidade da pessoa humana.

¹⁹ BATISTA, Weber Martins. "O Princípio Constitucional de Inocência: Recurso em Liberdade, Antecedentes do Réu", em *Revista de Julgados e Doutrina* (Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo), nº 6 - abril/junho 1990, p. 15

2.2 O art. 594 do CPP e a Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, trouxe inúmeras alterações no Direito, e, especialmente, no Direito Processual Penal. Por ser uma carta de princípios, muitos dos quais já apregoados nas anteriores Constituições, a Constituição de 1988 lançou as bases para um Estado Democrático, enumerando direitos e garantias nunca dantes contemplados. Logo que entrou em vigor a Constituição de 1988, instalou-se intensa polêmica acerca da vigência do art. 594 do CPP. No ar ficava a seguinte pergunta: se o acusado é presumido inocente, como pode ser preso antes do trânsito em julgado da sentença? Na época, foi inevitável o questionamento. Inúmeros julgados negaram vigência ao mencionado dispositivo; outros, por sua vez, concluíram pela sobrevivência da regra processual frente à Constituição. Ainda hoje, porém com menor intensidade, os julgados se conflitam.

E mais. Os doutrinadores, agora com maiores argumentos, tecem estudos profundos acerca do tema.

As anteriores Constituições brasileiras, embora sempre pródigas na enumeração de garantias fundamentais da justiça repressiva, jamais haviam feito referência ao princípio da presunção de inocência. Este princípio, já analisado anteriormente, é um forte argumento usado por aqueles que defendem a revogação do art. 594. Com efeito, muita coisa mudou entre o Código de 1941 e a Constituição de 1988. Não vivemos mais sob o influxo de golpes de Estado, nem somos regidos por ideologias fascistas. Com o advento da Constituição, que consagrou a presunção de inocência, a “ampla defesa, com os recursos a ela inerentes”, o contraditório, assim como o “devido processo legal”, tornou-se evidente que a condição de se recolher à prisão para apelar perdeu sua razão de ser. O duplo grau de jurisdição, a ampla defesa e o contraditório foram garantidos de modo irrestrito.

Ora, um dos aspectos mais importantes da ampla defesa é a ampla faculdade de recorrer das decisões judiciais. Uma vez exteriorizado o direito de ação por meio da denúncia ou da queixa é natural que surja para o réu o direito de exercer defesa. Parece lógico: existindo uma pretensão contra o réu, tem ele o direito de livrar-se desta pretensão, e o instrumento de que

dispõe é a defesa. Se o réu fica cerceado da faculdade de exercer o direito de defesa, a ação que contra ele se dirige adquire conotação de constrangimento ilegal. Considerando que o processo é hoje entendido como instrumento de garantia constitucional, é evidente que a garantia da defesa importa em garantia ao processo. Por isso é que o art. 594, quando em confronto com a Constituição, se demonstra constrangedor e cerceador do direito de defesa. E é de se lembrar que a nossa legislação cuidou, de modo expresso, de assegurar meios e modos para o exercício da defesa. O direito ao duplo grau de jurisdição é um meio de garantir a mais ampla defesa. Se cerceado esse direito, o *jus puniendi* do Estado estará se sobrepondo ao *jus libertatis* do indivíduo e, segundo Maria Thereza MOURA, é aí que entra o processo, no seu papel de instrumento público capaz de ajustar esses interesses contrapostos.²⁰

Quanto ao princípio da presunção de inocência, já analisado anteriormente, está claro que ele fulminou o art. 594 do CPP. Quanto à exigência de decisão fundamentada que tolha a liberdade do indivíduo, é propícia a seguinte consideração: o juiz, para decretar a prisão antes do trânsito em julgado da sentença, deve buscar fundamento no *fumus boni juris* e no *periculum in mora*, ou seja, somente terá fundamento a decisão se residentes os pressupostos da prisão preventiva (art. 312 do CPP). Assim, perante a Constituição, o art. 594 não pode subsistir. Essa interpretação é lógica e sistemática, pois está plenamente de acordo com outros princípios adotados pela Carta Magna, cujo espírito está claramente preocupado com os direitos e garantias individuais. A atual Constituição resolveu romper com as fórmulas deterioradas do período autoritário, porém ainda somos regidos por um Código Processual ultrapassado. Enquanto não se substitui o velho diploma, importa assinalarmos as mudanças e procedermos à releitura de todo o ordenamento jurídico à luz da Lei Maior.

2.3 O art. 594 do CPP e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Além do texto constitucional, merece atenção a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), assinada na Convenção de San José, Costa Rica.

²⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. "Defesa Penal: Direito ou Garantia", em Revista Brasileira de Ciências Criminais, do *IBCCrim*, ano 1, n. 4, out/dez 1993, p. 110

Esta Convenção, conhecida também como *Pacto de San José da Costa Rica*, entrou em vigor, entre nós, no dia 09 de novembro de 1992, data em que foi publicado o Decreto presidencial que determinou seu cumprimento (Decreto 678/92).

Referida Convenção consagra de modo irrestrito, no âmbito criminal, o direito de recorrer, isto é, o direito ao duplo grau de jurisdição. No art. 8º da CADH estão previstas as “garantias judiciais mínimas”. O princípio do juiz natural está no seu n. 1, e a presunção de inocência no n. 2. É o que se extrai do texto da Convenção:

*“ARTIGO 8 - 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: ...
h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”*

Neste art. 8º, n. 2, alínea “h”, portanto, está consagrado o irrestrito direito de recurso a juiz ou tribunal superior. É o duplo grau de jurisdição previsto como garantia mínima, devendo assegurá-lo todos os Estados-Partes.

A doutrina já vem começando a reconhecer a relevância e a posição que as normas internacionais merecem, particularmente o art. 8º, 2, “h”.

A CADH configura um novo dado dentro da questão do direito de apelar em liberdade, e declara que o direito de recorrer em liberdade, fora dos casos em que a prisão seja necessária, *“passa a ser garantido no direito brasileiro não somente pelo princípio da presunção de inocência (...), mas também pelo art. 8º, 2, “h”, da CADH, que assegura o duplo grau de jurisdição”*. Luiz Flávio GOMES qualifica de abominável e iníqua a exigência da prisão para apelar. Para ele, ainda que o art. 594 tivesse sido recepcionado pela CF/88 (tese com a qual não concorda), estaria agora revogado pela CADH. O eminente jurista estende tal posicionamento ao art. 393, I, do CPP, uma vez que tal dispositivo impõe prisão automática, ou seja, a prisão como efeito natural da condenação.³⁹ Além do art. 8º, a CADH disciplinou a matéria, ainda, no art. 25, nos seguintes termos:

“ARTIGO 25 –

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juizes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.”

De se notar que o texto fala em “recurso efetivo”, isto é, todos têm direito de recorrer irrestritamente contra atos que violem seus direitos fundamentais. Luiz Flávio GOMES afirma que a literalidade dessa norma internacional permite apenas a seguinte interpretação:

“toda pessoa condenada tem direito ao irrestrito duplo grau de jurisdição; e se este direito não for reconhecido, estando presa ou ameaçada de prisão, tem direito a ‘recorrer’ a juiz ou tribunal para que lhe garanta tal direito. Cuida-se, como se percebe, de uma garantia da garantia, pois do contrário não haveria ‘tutela judicial efetiva’.”²¹

2.4 A releitura do ordenamento jurídico - Breve enfoque de algumas normas afetadas

Apesar de ser o mais falado e combatido, o art. 594 do CPP não é o único. Ao percorrermos o ordenamento jurídico atual, vamos nos defrontar com outras normas que, na sua especialidade, também restringem o direito de apelar. São elas: - Lei nº 7.492/86 - art. 31.

É a Lei que cuida dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Seu art. 31 disciplinou o direito de apelação, vejamos:

“Art. 31. Nos crimes previstos nesta Lei e punidos com pena de reclusão, o réu não poderá prestar fiança, nem apelar antes de ser recolhido à prisão, ainda que primário e de bons antecedentes, se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva.”

²¹ Apud GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 65

Trata-se de texto legal que, expressamente, só autoriza a prisão se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva. Com isso, a citada lei retirou o caráter 'automático' ou 'obrigatório' da prisão, exigindo fundamentação para a restrição da liberdade. Então, se o legislador de 1986 considerou necessária a demonstração do *periculum libertatis*, diferentemente do legislador de 1941, é de se concluir que houve uma mudança de critério, não sendo suficiente o simples exame da primariedade e dos bons antecedentes.

Resta-nos concluir que, em razão do princípio da igualdade, previsto na F/88 (art. 5º) e também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 24), os condenados em geral devem ter direito, sem discriminação, a igual proteção dada pela lei aos condenados por crime financeiro.

- Código de Processo Penal Militar - art. 527

O art. 527 do CPPM tem a seguinte redação:

“O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, reconhecidas tais circunstâncias na sentença condenatória”.

De fato, sua redação se parece muito com a do art. 594 do CPP. Assim, mais uma vez vislumbramos a prisão como decorrência automática ou obrigatória da sentença condenatória, restando o dispositivo processual militar também revogado pela CF/88 e pela CADH (art. 8º, 2, “h”).

- Deserção da apelação pela fuga - art. 595 do CPP

Dispõe o art. 595:

“Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.”

O mesmo motivo que deu origem ao art. 594, que exige a prisão para apelar, deu também vida ao art. 595, que exige a permanência em prisão até o julgamento da apelação.

CASTANHO DE CARVALHO afirma que o art. 595 do CPP viola o princípio da ampla defesa e do devido processo legal, conseqüentemente não pode mais subsistir diante da Constituição. No mesmo sentido Maria Lúcia KARAN, que diz que a deserção da apelação fere o princípio da ampla defesa.²²

- Lei nº 6.368/76 - art. 35 e Lei nº 8.072/90 - art. 2º, § 2º

Uma das mais vivas expressões de prisão automática é o art. 35 da Lei 6.368/76. Essa disposição legal proíbe a apelação sem que o condenado recolha-se à prisão, nas infrações dos arts. 12 e 13 da mesma lei. Reza o artigo:

“Art. 35. O réu condenado por infração dos arts. 12 e 13 desta Lei não poderá apelar sem recolher-se à prisão.”

Evidente que aqui, também, é perceptível a afronta claríssima à CF/88 e à CADH. Este dispositivo conflita frontalmente com o princípio da presunção de inocência, pois adota a prisão determinada por força de ‘presunção’. Vê-se que o art. 35 da Lei de Tóxicos presume-se a existência de *periculum in mora* - o que está vedado pelo art. 5º, LXI, da Lei Basilar.

Neste caso, a prisão é uma simples decorrência da condenação recorrível, não sendo necessária nenhuma fundamentação do magistrado sobre a necessidade do cárcere (*carcer ad custodiam*), ferindo o disposto no art, 5º, LXI da CF/88.

Porém nasce, em 1990, a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072) que, em seu art. 2º, § 2º abrandou o rigor do art. 35 da Lei de Tóxicos. Agora o Juiz, fundamentadamente, já pode permitir o apelo em liberdade. Vejamos:

“Art. 2º....

*...
§2º. Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.”*

²² KARAN, Maria Lúcia. “Prisão e Liberdade Processuais”, em Revista Brasileira de Ciências Criminais, do IBCCrim - ano 1, nº 2, abril/junho - 1993, p. 90

Os Tribunais vêm entendendo que esse benefício de apelar em liberdade só se justifica se o réu estiver em liberdade. Se preso estiver não. Se foi impossível colocá-lo em liberdade antes da sentença, seria lógico concluir que não terá sentido soltá-lo exatamente quando é condenado. Mas se o réu de crime hediondo ou assemelhado estiver em liberdade ao ser condenado, assim poderá permanecer durante o recurso, bastando para isso que o juiz entenda, em decisão fundamentada, que ele não é perigoso, não põe em risco a ordem pública ou a aplicação da lei penal.

Como a lei não subordina esta decisão à existência ou inexistência de algum pressuposto especial, não pode o intérprete entender que o réu, para obtê-la, precise ser primário e ter bons antecedentes. É bem verdade que a reincidência e os maus antecedentes, na maioria das vezes, levam o juiz a presumir a necessidade da prisão; mas como esta presunção não é absoluta (nem sempre os maus antecedentes significam que o réu seja perigoso), se o juiz entender desnecessária a prisão, o réu poderá apelar em liberdade.

Quanto à sobrevivência ou não do art. 35 da Lei 6.368/76 há divergências. Alguns doutrinadores entendem que este dispositivo legal continua em plena vigência e admitem que a proibição de recorrer em liberdade, neste caso, é perfeitamente legítima. Não obstante a posição desses autores, parece-nos que o melhor entendimento é o de que o *caput* do art. 35, da Lei de Tóxicos, foi revogado por sua inconstitucionalidade, haja vista contrariar o princípio constitucional da presunção de inocência. Este princípio, como já exposto anteriormente, não admite norma que imponha a obrigatoriedade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Luiz Flávio Gomes também se filia a esta posição. Para ele, o art. 35 já estava revogado pela CF/88.

Se não estivesse revogado, teria perdido sua vigência diante do art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90. Ainda assim, afirma que mesmo que se admitisse sua vigência, então teria sido revogado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, 2, "h"), que garante o irrestrito duplo grau de jurisdição. Logo diante dessa norma, até mesmo o art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90, perdeu sua vigência. Neste sentido também a opinião de João José LEAL.²³

²³ LEAL, João José. **Crimes Hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90**. São Paulo: Atlas, 1996, p. 127

Outro argumento expendido por boa parte dos doutrinadores é o de que o § 2º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos teria revogado o art. 35 da Lei de Tóxicos, uma vez que permite o recurso em liberdade do condenado por crime hediondo, incluindo nessa categoria o delito de tráfico ilícito de entorpecentes. Assim, como já exposto acima, basta que o juiz, examinando as circunstâncias do caso concreto, entenda aconselhável ou possível o apelo em liberdade.

A posição predominante na jurisprudência brasileira é a de que o apelo em liberdade - nos casos de condenação nos arts. 12 e 13 da Lei 6.368/76 - é possível, desde que o juiz a admita fundamentadamente.

- O direito de recorrer em liberdade nas hipóteses de recurso extraordinário ou especial

Os recursos, como se sabe, podem apresentar dois grandes efeitos: o devolutivo e o suspensivo. Diz-se devolutivo, porque o conhecimento da decisão recorrida é devolvido a um órgão jurisdicional para o reexame. Neste caso, todos os recursos o têm.

Suspensivo se diz quando o recurso suspende a execução da decisão que e combate. Neste caso cumpre à própria lei dizer se este tem ou não tal efeito.

A Lei 8.038/90, em seu art. 27, § 2º, diz que “os recursos extraordinário especial serão recebidos no efeito devolutivo”. Grandes juristas se insurgem contra este dispositivo legal dizendo ser ele absolutamente inconstitucional. TOURINHO FILHO ataca tal norma com o seguinte questionamento: *“Como pode ser executada uma sentença se ainda não houve o trânsito em julgado?”*²⁴

E mais:

*“Como se admitir a eficácia executiva de uma sentença penal se a Lei de Execuções Penais dispõe, no seu art. 105, que somente após o trânsito em julgado é que se processa a execução?”*²⁵

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op.Cit., p. 265

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op.Cit., p. 265

É sabido no mundo jurídico que, todo texto legal deve primeiro passar pelo crivo da Constituição. Por isso, considera a disposição legal em análise absolutamente inconstitucional. Este é um outro vivo exemplo da prisão 'automática' ou 'obrigatória'. Daí o paradoxo: o acusado, presumido inocente pela Constituição, deve desde logo iniciar o cumprimento da pena fixada, por força de imposição legal. É tratado pela lei como 'culpado', embora presumido inocente pela Constituição.

O Art. 408 e seus parágrafos, e art. 585 do CPP O art. 408, § 1º, do CPP, determinam, como efeito da pronúncia, a prisão do pronunciado. Duas exceções, porém, existem: a) se o réu for primário e de bons antecedentes; b) quando for prestada a fiança. Assim, se o pronunciado for reincidente ou não possuir bons antecedentes, a prisão é 'automática'.

Ocorre que a própria Constituição não autoriza a prisão sem ordem fundamentada, ou seja, tudo depende de cada caso concreto, que o juiz deve analisar e decidir fundamentadamente. Assim, um primário com bons antecedentes pode ser preso e um reincidente pode não sê-lo. Por isso, uma parte da doutrina entende estar revogado o § 1º do art. 408 do CPP, uma vez que a prisão por pronúncia não guarda nenhuma característica da prisão de natureza cautelar. Em suma, o que ele defende é que o acusado só seja submetido à prisão, no curso do processo, quando esta for estritamente necessária. Fora daí, só por condenação transitada em julgado. Neste sentido TOURINHO FILHO, ao afirmar que

“a lei infraconstitucional e o direito pretoriano não podem estabelecer presunções contrárias ao réu e que superem a presunção de inocência, ...”²⁶

Deste modo, é preciso que se demonstre a real necessidade da prisão, sempre com vistas voltadas para o art. 312 do CPP.

Também o art. 585 do CPP exige a prisão como condição do recurso em sentido estrito contra a pronúncia. É o mesmo caso da exigência que faz o art. 594 ao exigir a prisão para apelar. É mais uma norma que viola a Carta Magna e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. “Da Prisão e da Liberdade Provisória”, em Revista Brasileira de Ciências Criminais, do IBCCrim, ano 2, nº 7, jul/set - 1994, p. 75

2.5 O direito de recorrer em liberdade na Justiça Militar

A liberdade segundo o art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, é um direito fundamental do cidadão, assegurado a todos os brasileiros, natos ou naturalizados, aos estrangeiros residentes no país, e até mesmo aos estrangeiros de passagem pelo território nacional.

No Estado de Direito, a liberdade é a regra e a prisão a exceção, que somente pode ocorrer nos casos expressamente previstos em lei, desde que fundamenta a decisão e preenchidos os requisitos que autorizam a sua decretação, sob pena da prática de abuso ou ilegalidade. A prisão na República Federativa do Brasil que subscreveu vários tratados internacionais, dentre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH, somente poderá ser decretada por autoridade judiciária competente.

Admitem-se exceções, no caso da prisão em flagrante delito, ou em decorrência da prática de crime militar ou transgressão disciplinar militar definidos em lei, o que afasta a possibilidade dos Regulamentos Disciplinares preverem situações de cerceamento da liberdade do militar por meio de decreto proveniente do Poder Executivo, Federal ou Estadual, como ocorreu recentemente com o Regulamento Disciplinar do Exército Brasileiro.

Na área militar, caberá ao juiz auditor militar, ou ao Conselho de Justiça Permanente destinado ao julgamento das praças, ou ao Conselho de Justiça Especial, destinado ao julgamento dos oficiais, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, ou mediante representação da autoridade encarregada do inquérito policial, em qualquer fase deste ou do processo, decretar a prisão preventiva do militar, estadual ou federal, em atendimento ao disposto no art. 254, do Código de Processo Penal Militar.

Ao decretar a prisão preventiva do militar o auditor ou Conselho de Justiça deve analisar se os requisitos estabelecidos nos arts. 254 ou 255 do Código de Processo Penal Militar estão presentes, caso contrário, esta prisão será ilegal, autorizando por parte do

prejudicado a interposição de habeas corpus perante a autoridade judiciária competente, em atendimento aos princípios que foram estabelecidos pela Constituição Federal.

No direito militar, com fundamento na Constituição Federal e nas leis de organização judiciária federal, o órgão competente para conhecer os pedidos de habeas corpus decorrentes de atos praticados por juizes auditores militares, ou pelos Conselhos de Justiça, que sejam considerados ilegais, é na área federal o Superior Tribunal Militar - STM, com jurisdição em todo o território nacional. Na área estadual, nos Estados onde existem os Tribunais Militares, São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, a competência pertence a estes Pretórios. Nos demais Estados da Federação, caberá aos Tribunais de Justiça que exercem o segundo grau da Justiça Militar Estadual.

O militar possui os mesmos direitos que são assegurados aos civis em tema de liberdade. O direito de ir e vir somente poderá ser cerceado com base em uma decisão judicial que esteja fundamentada em atendimento ao disposto na Constituição Federal, e quando o caso em discussão não admitir a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, ou a mensagem na forma estabelecida pelo Código de Processo Penal Militar.

O princípio da inocência estabelecido pela Constituição Federal e previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH, assegura ao militar, primário, possuidor de bons antecedentes, o direito de responder ao processo em liberdade, e também o direito de recorrer em liberdade da decisão proferida pelo Conselho de Justiça, que o tenha condenado em 1ª instância a pena privativa de liberdade. O militar não é obrigado a se recolher preso para que possa apelar, em atendimento ao art. 527 do CPPM.

Ao analisar a norma do Código de Processo Penal Militar, Luiz Flávio Gomes observa que, "O art. 527 do CPPM tem redação muito parecida com o art. 594 do CPP. Diz aquele dispositivo: 'O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, reconhecidas tais circunstâncias na sentença condenatória.' Segundo a tese que compartilhamos, esse art. 527 está revogado, isto é, não foi recepcionado pela ordem constitucional de 88. E se tivesse sido recepcionado, agora estaria revogado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, 2, h)"²⁷⁽²⁾.

²⁷⁽²⁾ GOMES, Luiz Flávio. **Direito de Apelar em Liberdade – Conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1994, p. 84.

Caso se admita a vigência do artigo do CPPM, jamais pode-se admitir a prisão como decorrência automática ou obrigatória da sentença condenatória. Concebendo-se tal prisão como de natureza cautelar, só não escapará da irrefutável nulidade se devidamente fundamentada, impondo-se ao juiz a demonstração dos motivos fáticos e jurídicos justificadores da medida excepcional.

Pode-se-ia indagar na busca da aplicação dos princípios constitucionais, se o militar com maus antecedentes, com condenação anterior a pena restritiva de direitos na Justiça Comum, ao responder a um processo perante a Justiça Militar no qual venha a ser condenado a pena privativa de liberdade, poderia apelar da decisão sem a obrigação de se recolher preso, condição esta imposta pelo Conselho de Justiça sem fundamentar os motivos que autorizavam o cerceamento liminar?

A resposta a esta indagação pode ser encontrada no acórdão proferido com votação unânime pelo Superior Tribunal Militar, no julgamento do HC n ° 2002.01.033727-0/RS, publicado no site do IBCCRIM, <http://www.ibccrim.org.br>, o qual teve como relator o eminente Ministro Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, que decidiu pela concessão da ordem para que os pacientes pudessem apelar da decisão proferida pelo Conselho de Justiça Permanente da 2ª Auditoria Militar da 3ª Circunscrição Judiciária Militar.

Segundo o voto do relator,

“Os maus antecedentes e a perda da primariedade dos Pacientes não são elementos suficientes para negar-lhes o direito de apelar em liberdade, por afrontar o princípio de não-culpabilidade. A prisão processual, recepcionada pela ordem constitucional vigente, exige a demonstração de sua necessidade, sendo que singela referência à perda de primariedade e maus antecedentes não satisfazem o requisito de sua validade. Os pacientes, ademais, responderam ao processo em liberdade, nada ocorrendo que justifique o decreto de prisão”.

Pode-se afirmar que, no vigente ordenamento constitucional, o cerceamento da liberdade não admite meros juízos de possibilidade, ou mesmo de especulação, para que a liberdade sofra qualquer limitação. A autoridade judiciária, civil ou militar, deve fundamentar

a sua decisão, apontando os elementos que justificam o encarceramento liminar do acusado sem que exista uma decisão transitada em julgado.

Deve-se observar que, os Tribunais possuem competência por meio dos relatores de concederem liminar em sede de habeas corpus, que deve ser cumprida imediatamente a partir do momento em que a autoridade coatora for notificada, sob pena de violação dos preceitos processuais, o que traz como consequência a responsabilidade do Estado, uma vez que a prisão tornou-se ilegal não podendo o paciente permanecer preso.

A responsabilidade do Estado em caso de prisões indevidas, processuais ou administrativas, é objetiva, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Conforme ensina Hely Lopes Meirelles, em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, ao ser condenado a indenizar o dano suportado pelo administrado, que deve demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e ato praticado pelo agente, o Estado tem legitimidade e deverá propor uma ação de regresso contra o causador do dano, o funcionário público integrante de qualquer dos Poderes da União, do Estado, Distrito Federal ou Município.

Com base na decisão proferida pelo STM, pode-se afirmar que o militar federal ou estadual possui o direito de recorrer em liberdade, sem a obrigação de se recolher preso. A prisão cautelar somente poderá ocorrer se existirem motivos que demonstrem a sua necessidade, devendo a autoridade judiciária fundamentar a sua a decisão em atendimento ao mandamento constitucional. Caso contrário, a presunção de inocência estabelecida no texto constitucional e na Convenção Americana de Direitos Humanos deve ser observada, sob pena de quando violada o interessado ingressar com a ação constitucional de habeas corpus. Neste caso, caberá a autoridade competente se assim o entender conceder medida liminar, que deverá ser cumprida de forma imediata em atendimento as normas que se aplicam à espécie.

3 O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - UMA POLÊMICA

3.1 Correntes preservacionistas - "A prisão como regra"

Ao nosso ver, a Carta Magna de 1988 foi magnânima em garantir ao cidadão brasileiro, não ser vítima de injustiças e jogado a um cárcere sem que sua culpabilidade fosse amplamente comprovada.

Por outro lado, o mesmo diploma legal não vai em prejuízo à decretação da prisão necessária em determinados casos, que visam acautelar o meio social e processo respectivo, pois para tal, basta que haja a fundamentação devida.

Pouco tempo depois de promulgada a Carta de 1988, começaram a surgir, na doutrina e nos tribunais, pronunciamentos exegeticos a respeito da prisão do imputado e, em particular, àquela decorrente de sentença condenatória recorrível. Abalizadas vozes ergueram-se no sentido de que a disposição legal do art. 594 do CPP havia sido revogada. Sublinhavam os defensores dessa linha de pensamento que, por força da norma constitucional - que garante a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a presunção de inocência -, tal artigo da lei processual ficou sem efeito.

Outros, porém, fizeram ecoar o entendimento de que tais princípios constitucionais não foram consagrados para impedir a adoção de medidas cautelares no curso do processo, de modo que lícita e, por conseguinte, cabível a regra do art. 594 do CPP. Este entendimento, vitorioso nos Tribunais, principalmente no STF e no STJ, foi construído no sentido de que o art. 594 do CPP foi recepcionado pelo novo ordenamento jurídicoconstitucional. Cuida-se, como se vê, de corrente preservacionista porque entende que o mencionado artigo não teve sua vigência afetada. A Súmula 09 do STJ bem expressa essa posição jurisprudencial predominante, *in verbis*:

"A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência."

Neste sentido a jurisprudência:

“PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL NECESSIDADE DE PRÉVIO RECOLHIMENTO À PRISÃO (ARTIGO 594 DO CPP)

- Não tem direito a apelar em liberdade réu que não é primário, assim declarado na sentença.

- ‘A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência’. (Súmula 09/STJ). Recurso de habeas corpus a que se nega provimento.” (STJ, RHC 4151-0/SP, rel. Min. Assis Toledo, j. 14.12.94, DJU de 20.02.95, p. 3198)

Entendem os que se filiam a esta corrente que o princípio constitucional da presunção de inocência só tem aplicação no campo do “ônus da prova”, e que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível é de índole processual, onde o art. 594 presume uma situação de necessidade. A exigência do art. 594 não ofende o princípio da presunção de inocência, porque tal medida não implica em presunção de culpa. Ao determinar a prisão do réu condenado, por ser reincidente ou por ter maus antecedentes, a lei não o presume culpado, mas perigoso.

Os Tribunais assim têm entendido:

“... O Art. 5º, LVII, criou norma processual, com aplicação especial somente no terreno do ônus da prova. Inexiste assim, incompatibilidade entre o dispositivo constitucional e a regra do Art. 594 do CPP, que determina o recolhimento do condenado à prisão para apelar, tratando-se de reincidente e com maus antecedentes.” (TACRIM, Ap. 571.921-5, Rel. Juiz Walter Tintori, RT 656/303)

“Direito de Apelar em Liberdade - Concessão a réu portador de maus antecedentes - Impossibilidade - Afronta ao princípio constitucional de presunção de inocência – Inocorrência. O réu portador de maus antecedentes não pode recorrer em liberdade sem recolher-se à prisão, nos termos do art. 594 do CPP, sendo que tal disposição não afronta o princípio constitucional de presunção de inocência.” (TACRIM-SP, HC 256.824/1, Rel. Juiz Ciro Campos, RJDTACRIM, IMESP, n.22, p. 428)

Também, neste sentido, o posicionamento de MIRABETE, que defende a tese de que as regras constitucionais apenas impedem que o nome do réu seja lançado no rol dos culpados, que se inicie a execução da pena ou que se produzam outros efeitos da condenação.

Para o autor, o recolhimento do réu à prisão é regra procedimental condicionante do processamento da apelação. Tal regra:

“não foi derogada pelo art. 5º, LVII, da CF de 1988, está fundamentada pela sentença condenatória e não ofende a garantia constitucional da ampla defesa.”²⁷

Outro defensor da preservação do art. 594 frente à Constituição é o eminente processualista Damásio de JESUS. Ao analisar tal dispositivo, conclui que o recolhimento à prisão é regra, sendo excepcional a liberdade, e, ao examinar essa norma sob o crivo do princípio constitucional da presunção de inocência, assim afirma:

“Cremos que não revogou o art. 594 do CPP. O legislado ordinário entendeu que, havendo uma sentença condenatória julgando o réu culpado, é necessário, para que possa apelar, que se recolha à prisão”²⁸.

Como se vê, esta corrente se baseia no fato de que a presunção de inocência, estampada em nossa Carta Magna, não tem valor absoluto e, por isso, não interfere com as medidas cautelares processuais penais, dentre elas a prisão do réu para apelar. Assim, o art. 594 continua em pleno vigor, ou seja, o réu condenado deve recolher-se à prisão como condição do recebimento de sua apelação. A lei excepciona esta regra, permitindo o recurso em liberdade àqueles condenados por crime em que se livrem soltos independentemente de fiança ou, nos casos em que esta for permitida, a tiverem prestado, se primários e de bons antecedentes, reconhecidas estas circunstâncias na sentença condenatória.

A maioria dos autores, e grande parte da jurisprudência, entende que, proferida a sentença, se o condenado já estiver recolhido a estabelecimento penal em decorrência de prisão provisória, permanecerá preso até o trânsito em julgado da decisão que, se confirmada, fará com que passe à execução da pena. Estando em liberdade, será expedido o mandado de prisão, salvo se livrar solto (art. 312, CPP) ou tiver o direito de apelar em liberdade por ser primário e possuir bons antecedentes (art. 594, CPP).

²⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 7.ed., rev e atual., São Paulo: Atlas, 1997, p. 641

²⁸ JESUS, Damásio E. de Jesus. *Código de Processo Penal Anotado*. 11.ed., atual. e aum., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 408

Como se percebe, esta corrente prega que o direito de recorrer em liberdade é uma exceção, exceção esta que só se efetivará se presentes os pressupostos para sua admissibilidade (primariedade, bons antecedentes, ou se o réu se livrar solto). Apesar da clareza constitucional que impede a prisão automática, muitos autores entendem que a prisão para apelar é 'necessária' pelo simples fato de o acusado ser reincidente ou ter maus antecedentes. Portanto, basta o Magistrado registrar tal condição do réu na sentença que a exigência da prisão estará 'fundamentada'.

3.2 Correntes não preservacionistas - "A prisão como exceção"

Uma das premissas em que se fundamentam os que se filiam a esta corrente é o fato de que a prisão, ressalvado o flagrante, exige fundamentação específica que, ausente, a transforma em condenação antecipada; isso significa tratar o condenado como culpado antes do trânsito em julgado, o que conflita com a presunção de inocência. Este princípio não proíbe a prisão 'verdadeiramente' cautelar, uma vez que presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* ou *periculum libertatis*. A prisão para apelar, estatuída no art. 594 do CPP, é decorrência automática da condenação recorrível, sendo condição procedimental do recurso de apelação. Esta prisão, logo se percebe, é o 'imposto' que deve ser pago a fim de que o recurso de apelação seja admitido. Sem a prisão a apelação não pode ser conhecida, salvo poucas exceções.

Doutrinadores de grande renome defendem a revogação de todos os dispositivos legais infraconstitucionais que contemplam a prisão automática. Luiz Flávio GOMES, partindo da tese de que o direito de apelar é autônomo e jamais condicionado pela prisão, entende que a Súmula 09 do STJ perdeu sua razão de ser, assim como o art. 594 e 393, I, do CPP. A Constituição Federal de 1988, por ter consagrado relevantes princípios garantidores (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, presunção de inocência), não só exige uma releitura da legislação ordinária, como também a revisão da própria Súmula 09 do STJ. TOURINHO FILHO também compactua com esse posicionamento, e diz mais:

"Estamos convencidos de que a Nova Constituição revogou os arts. 585, 408, § 2º, 594, 391, I, todos do CPP, e o art. 35 da Lei

Antitóxico, posto faltar a real necessidade, isto é, não pode o Magistrado, numa sentença condenatória (...), limitar-se a fazer expedir mandado de prisão. Ele precisa fundamentar o decreto²⁹

Rogério Lauria TUCCI, também filiado à corrente que defende a revogação dos artigos que atentam ao direito de recorrer em liberdade, ao examinar a natureza jurídica da prisão para apelar, conclui que esta implica em “antecipada admissão de culpabilidade”, o que diz ser inadmissível³⁰.

Outro ardoroso defensor de que o art. 594 do CPP não foi recepcionado pela nova Constituição por conflitar com o princípio do contraditório é o processualista Luís Gustavo Grandinetti CASTANHO DE CARVALHO. Consoante seu posicionamento, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível não possui as características fundamentais da prisão cautelar. Ela não possui qualquer fundamento, e sem fundamento nenhuma prisão pode ser decretada. Indignado, o autor diz ainda lamentar o entendimento dos Tribunais no sentido de entender constitucionais os arts. 594 do CPP e 35 da Lei 6.368/76.

Maria Lúcia KARAN, ao discorrer sobre o assunto, afirma ser clara a inconstitucionalidade “tanto da regra contida no art. 594 do CPP, ao condicionar à prisão a apelação do réu que não for primário e de bons antecedentes, quanto da regra do art. 595 do mesmo diploma legal, que determina a deserção da apelação em função da fuga do réu condenado.³¹” E mais. A autora afirma que, para concretização da garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado, impõe-se o entendimento de que deva ser dado efeito suspensivo a todo recurso do réu contra sentença penal condenatória (não só à apelação, mas também ao recurso extraordinário e especial).

De fato, para todos esses autores, a regra geral deveria ser a liberdade, posto que a prisão só deve ser decretada se presentes as circunstâncias que autorizam a prisão preventiva. Evidentemente, não basta a simples suspeita, a mera presunção. A prisão não pode estar baseada em simples suposição, mas em fatos concretos, colhidos no processo. A sociedade e o

²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 257

³⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Op. cit.*, p. 409

³¹ KARAN, Maria Lúcia. “Prisão e Liberdade processuais”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, do IBCCrim, ano 1, n. 2, abril/junho 1993, p. 89 e 90

réu, em particular, precisam saber que razões levaram o Magistrado a exigir tamanho sacrifício, como condição indispensável ao apelo. Se a Lei Maior presume sua inocência enquanto não houver trânsito em julgado da sentença condenatória, não tem lógica a exigência daquela prisão pelo simples fato de não ser o réu primário ou não possuir bons antecedentes. Neste sentido a jurisprudência:

“PROCESSUAL PENAL - PRISÃO PROCESSUAL - PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA PRESUMIDA - FUNDAMENTOS – DEFICIÊNCIA”.

Em face da nova ordem constitucional, que consagrou o princípio da inocência presumida, a regra do art. 594, do CPP, deve ser concebida sem rigor, não se admitindo a exigência de recolhimento do réu à prisão para apelar de sentença condenatória, salvo se suficientemente demonstrada a necessidade de sua segregação pela presença de uma das situações previstas no art. 312, do mesmo diploma legal.

Recurso Ordinário provido. Habeas Corpus concedido.” (RHC 4.681/RS, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJU de 24.06.96, p. 22.812)

A expressão máxima dessa interpretação, na jurisprudência brasileira, está cristalizada no entendimento do eminente Ministro MARCO AURÉLIO, do Colendo Supremo Tribunal Federal, que deixou assentado o que segue:

“Se o inciso LVII do mesmo art. 5º consigna que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória, impossível é ter como harmônica com a Constituição Federal a regra do artigo 594 do Código de Processo Penal. Trata-se de extravagante pressuposto de recorribilidade que conflita até mesmo com o objetivo do recurso.” (...) “Por outro lado a inexistência da primariedade e dos bons antecedentes não é de molde a respaldar a prisão.” (HABEAS CORPUS nº 71.026-3 - SP, DJU de 17.12.93, p. 28.074)

Outra expressão saliente da tese de que o art. 594 do CPP não foi recepcionado pelo atual ordenamento constitucional reside nos trabalhos da recente Comissão de Juristas designada para estudar a Reforma do Código de Processo Penal e presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Num dos projetos de lei apresentados pela Comissão, sugere-se a revogação dos arts. 393, 594, 595 e dos atuais parágrafos do art. 408, todos do CPP. É o que se extrai da Exposição de Motivos de um desses projetos:

“Com relação à prisão decorrente de promíscua ou de sentença condenatória recorribel, também se propõe a exigência de fundamentação expressa por parte do magistrado, atendidos os

requisitos do art. 312. Dessa forma, salvo em caso de necessidade de natureza cautelar, o acusado não mais será obrigado a recolher-se à prisão para ser julgado pelo júri ou para recorrer.³²

E colhe-se do corpo desse projeto a seguinte assertiva: *“Art. 2º. Esta lei entrará em vigor 60 (sessenta) dias após a sua publicação, revogando os arts. 393, 594, 595 e os atuais parágrafos do art. 408 do Código de Processo Penal.³³”*

Assim, a prisão, em nosso atual ordenamento, deve ser uma exceção. Somente será ela decretada se presentes os pressupostos da prisão preventiva. Ademais, a Constituição garante a liberdade como regra, e seria um absurdo tolerar normas infraconstitucionais que agredissem tal garantia. Neste sentido recente decisão do STJ:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CF, ART. 5º, LVII. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. CPP, ART. 594. GARANTIA VIOLADA”.

À luz da nova ordem constitucional, que consagra no capítulo da garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), a faculdade de recorrer em liberdade objetivando a reforma da sentença penal condenatória é a regra, somente impondo-se o recolhimento provisório do réu à prisão nas hipóteses em que enseja a prisão preventiva na forma inscrita no art. 312, do CPP. Habeas Corpus concedido.” (HC nº 5.463 - PR - 97.0002904-2 - STJ - 6a. Turma - Rel. Min. Vicente Leal - d. em 09.04.97 - DJU de 30.06.97, p. 31.080)

A garantia de um processo justo e efetivo inclui o direito ao duplo grau de jurisdição. Não são meras presunções que cercearão tal direito. A garantia constitucional deve sobrepor-se aos ditames hierarquicamente inferiores. O direito de apelar em liberdade está estampado no cume da pirâmide legislativa, sendo, indubitavelmente, a regra.

³² Diário Oficial da União de 16.03.94, p. 3.713

³³ Idem, p. 3.714

CONCLUSÃO

Partindo do que foi exposta neste trabalho, a tese que se sustenta é a de que todos os condenados podem apelar da sentença condenatória. Todos, primários ou não, com bons antecedentes ou não, têm direito ao duplo grau de jurisdição, ao menos no âmbito criminal, por força da Constituição de 88 e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Não importa se o crime é grave ou mesmo hediondo, pouco importa. A CADH não distinguiu e não autoriza nenhuma distinção, posto que fala em “recurso efetivo” (art. 25). Mesmo o condenado pelo crime mais brutal imaginável tem direito ao segundo grau de jurisdição, assim como direito à defesa, etc. Se interpuser apelação, deve ser processada e julgada, sob pena de negação de tutela jurisdicional, que deve ser prontamente corrigida por meio de *Habeas Corpus*.

O exercício do direito de apelação só pode ser condicionado por requisitos da mesma natureza (prazo, forma de interposição, tipicidade, interesse, sucumbência, etc), jamais por um requisito de natureza ‘substancial’, como é a privação da liberdade. Não podemos esquecer que a CADH, no art. 25, determina que os Estados-Partes devem favorecer o desenvolvimento dos recursos, não restringi-los.

A exigência da prisão para apelar, como atualmente imposta pela legislação, constitui violação patente ao duplo grau de jurisdição, que é a expressão do direito de acesso efetivo à justiça. Aliás, esse direito tem sido reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. De outro lado, que fique bem claro: o incondicional direito de recorrer, se de um lado não pode ser tolhido com a exigência da prisão, de outro, não impede, evidentemente, que o juiz, motivadamente, quando for o caso, decrete a prisão preventiva do condenado. E nesse aspecto, muitas vezes o acusado é mantido no cárcere ou mandado para ele, mesmo preenchendo os requisitos que poderiam formar a fundamentação devida, mas, sob o argumento errôneo de ser a prisão, mero efeito da condenação sem trânsito em julgado ou da sentença de pronúncia. É necessário visualizar a separação que existe entre a prisão cautelar e o direito de recorrer em liberdade. Aquela tem

disciplina jurídica específica, pode ser decretada em qualquer fase do processo, desde que necessária para a garantia de seu resultado.

Assim entendida a matéria, conclui-se que o art. 594 não foi recepcionado pela Constituição de 88, nem pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Por conseguinte, o direito de apelar em liberdade é, sem dúvida, a REGRA, que, porém, não impede a decretação da prisão devidamente fundamentada. Após compilar várias correntes doutrinárias e jurisprudenciais, o tema ainda não se esgota por aqui. A reformulação legislativa é necessária. A leitura garantista das normas é urgente. Pois de nada valem os textos constitucionais e internacionais, com toda a carga humanitária que ostentam, se não se incorporarem na praxe judicial, hoje tão difícil de ser operada, tendo em vista que infelizmente o legislador atual age por impulso, fabricando leis a cada tragédia que acontece no País e criando por via de consequência um “emaranhado” de leis que terminam por beneficiar os criminosos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AURELIANO NETO. "Direito de o réu apelar em liberdade". **Revista Jurídica** nº 228 - Outubro de 1996. Porto Alegre: Ed. Síntese.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BATISTA, Weber Martins. "O Princípio Constitucional de Inocência: Recurso em Liberdade, Antecedentes do Réu." **Revista de Julgados e Doutrina TACrimSP** vol. 6, 2º trim. - abril/junho 1990.

_____. "Recurso do Réu em Liberdade: uma releitura dos arts. 594 do CPP e 35 da" Lei 6.368/76." **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, do IBCCrim, ano 3 - n. 10, abril/junho - 1995.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O Processo Penal em face da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito de Apelar em Liberdade** (Conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos). 2ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Ed. RT, 1996.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. "O recolhimento à prisão como pressuposto de admissibilidade do recurso - Art. 594 do CPP - e sua alegada inconstitucionalidade". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, do IBCCrim, ano 1 - n. 4, outubro/dezembro - 1993.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 5.ed. rev. e atual. Rio Janeiro: Forense, 1995.

JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal Anotado**. 11.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. "Sistema Penal Brasileiro: execução das penas no Brasil". **Revista CONSULEX** - janeiro/1997.

KARAN, Maria Lúcia. "Prisão e liberdade processuais". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, do **IBCCrim**, ano 1 - n. 02, abril/junho - 1993.

LEAL João José. **Crimes Hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90**. São Paulo: Atlas, 1996.

LEITE, Paulo Henrique Moura. "Apelação em Liberdade - O art. 594 do Código de Processo". *Penal e o direito de apelar em liberdade em face da Constituição de 1988.* **Revista Jurídica** nº 226 - Agosto de 1996. Porto Alegre: Ed. Síntese.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1995.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. "Defesa Penal: Direito ou Garantia", em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, do **IBCCrim**, ano 1, n. 4, out/dez 1993, p. 110

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PEDROSO Fernando de Almeida. **Processo Penal - O Direito de Defesa: repercussão, amplitude e limites**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1994.

SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. "A sentença Penal Condenatória e a Prisão do Acusado". **Revista dos Tribunais** v. 668 - Junho de 1991, São Paulo: Ed. RT.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 23.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. "Da prisão e da liberdade provisória". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, do **IBCCrim**, ano 2 - n. 7, julho/setembro - 1994.

TORON, Alberto Zacharias. "A Constituição de 1988 e o conceito de bons antecedentes para". apelar em liberdade". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, do **IBCCrim**, ano 1 - n. 4, outubro/dezembro - 1993.

TOVO, João Batista e Paulo Cláudio. **Primeiras linhas sobre o Processo Penal em face da nova Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.