

Artigo 41 - Sistema interamericano de direitos humanos e direito ao duplo grau de jurisdição no âmbito criminal

Luiz Flávio Gomes *

Do sistema interamericano de direitos humanos fazem parte, dentre tantos outros instrumentos e órgãos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (os dois últimos acham-se sediados em San Jose de Costa Rica; os dois primeiros são normas cogentes e válidas no Brasil desde 1992 -cf. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro, coord. Gomes, L. F. e Piovesan, F., São Paulo; RT, 2000).

1. O direito ao duplo grau de jurisdição no sistema interamericano de direitos humanos

Do sistema interamericano de direitos humanos fazem parte, dentre tantos outros instrumentos e órgãos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (os dois últimos acham-se sediados em San Jose de Costa Rica; os dois primeiros são normas cogentes e válidas no Brasil desde 1992 -cf. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro, coord. Gomes, L. F. e Piovesan, F., São Paulo; RT, 2000).

O direito ao duplo grau de jurisdição no âmbito criminal está assegurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, 2, “h”), nestes termos: “Durante o processo, toda pessoa tem direito... de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”; art. 25: Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ... perante juízes e tribunais...). Do modo pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.5: “Toda pessoa declarada culpada de um delito tem direito a que a sentença condenatória e a pena sejam submetidas a um tribunal superior conforme o estabelecido pela lei”).

Semelhante previsão expressa não está presente na Constituição brasileira. De qualquer modo, por força do art. 5º, § 2º, da CF, não há dúvida sobre a incorporação dessa garantia no nosso Direito (sobre a incorporação dos tratados no sistema jurídico brasileiro cf. Mazzuoli, Valério de Oliveira, Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002; especificamente sobre o direito ao duplo grau de jurisdição cf. p. 268-269). Aliás, até mesmo o STF já reconheceu isso taxativamente (cf. STF, RHC 79.785-RJ, Min. Sepúlveda Pertence, Informativo n. 187). No mesmo sentido cf. voto vencido de Angélica de Almeida na AC 1.011.673-4, do TACrim-SP (RJTACrim, v. 31, p. 120).

Apesar da clareza dos dispositivos mencionados, é certo que a jurisprudência do STF vem afirmando que o art. 594 não foi revogado pela CADH (cf. STF, HC 73.151-RJ, Min. Moreira Alves, DJU de 19.045.96, p. 12.216; cf. ainda o HC 72.366, Min. Néri da Silveira, j.13.09.95). Com a devida venia, a exigência de recolher-se ao cárcere para poder apelar é desproporcional e absurda.

Que a lei possa estabelecer requisitos mínimos para a admissibilidade de um recurso (previsão legal, tempestividade, legitimidade, interesse etc.) não se discute. Chegar ao extremo de exigir a prisão do condenado para poder exercer o (sagrado) direito do duplo grau de jurisdição é que é absurdo.

Correto, assim, o posicionamento da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo que, em 15 de junho de 2000, encaminhou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petição

fundamentada que denuncia a falta de razoabilidade do disposto nos arts. 594 e 595 do CPP (exigência de recolher-se ao cárcere para apelar e deserção da apelação em caso de fuga). Estamos na expectativa, aguardando a posição da Comissão. Por sinal, na reforma do CPP (presidida por Ada Pellegrini Grinover), nossa proposta é no sentido da revogação (pura e simples) de tais dispositivos.

Independentemente de qualquer pronunciamento da referida Comissão Interamericana, desde logo, importa remarcar que, no âmbito criminal, por força do direito internacional vigente, toda pessoa condenada tem direito ao duplo grau de jurisdição. Temos que fazer valer esse direito a todo custo, *hic et nunc*, até porque não parece concebível sua eliminação por exigência não razoável.

Fundamental é atentar para os termos em que, no plano internacional, o direito ao duplo grau de jurisdição está assegurado. Observe-se, desde logo, que a garantia está dirigida para a pessoa condenada, não para a acusação (não para o órgão acusador). Se nosso direito interno assegura também para a acusação o direito de apelar é outra história. No plano internacional, ao menos, apenas o condenado surge como sujeito e titular do direito ao duplo grau de jurisdição.

De outro lado, o direito ao duplo grau de jurisdição pressupõe condenação, leia-se, pessoa já declarada culpada. A CADH falou em juiz ou tribunal superior. O PIDCP só mencionou tribunal superior. A interpretação dos tratados sobre direitos humanos deve ser a mais ampla possível (princípio *pro homine*: deve-se sempre recorrer à interpretação mais ampla possível, a que mais favoreça o ser humano).

Logo, o recurso pode ser dirigido a um juiz (como se dá nos juizados, para Turmas recursais) ou a um Tribunal superior (de hierarquia diferente). Não importa qual é o órgão que reexaminará a sentença condenatória, pode ser do mesmo grau de jurisdição ou de grau superior. Fundamental é que haja previsão de um órgão para isso, que possa rever as provas, os fatos e o direito aplicado.

Impõe-se, evidentemente, que seja um juiz ou tribunal distinto do que sentenciou e que tenha a faculdade de mudar o sentido da decisão, depois do reexame dos fatos, das provas e do direito aplicado (cf. Comissão IDH, Informe 50/00, caso Reinaldo Figueredo Planchart, de 13.04.2000).

A CADH menciona “processado”. O PIDCP falou em pessoa condenada (declarada culpada). No nosso sistema jurídico não existe contradição entre tais locuções. Pessoa declarada culpada, porém, sem trânsito em julgado, é ainda processada. O acusado só deixa de ter o status de processado quando há trânsito em julgado final. Até esse momento, ainda que condenado - por sentença recorrível -, é processado. Titular do direito ao duplo grau de jurisdição, em suma, é o processado que já foi condenado em sentença recorrível.

Pode-se impugnar tanto a sentença condenatória quanto a pena imposta. O recurso que cada país prevê (em atenção ao duplo grau de jurisdição) deve possibilitar, destarte, não só o reexame da sentença (aspectos formais, reconhecimento da culpabilidade etc.) como o da própria pena fixada (proporcionalidade, forma de execução etc.).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso Guillermo José Maqueda (cf. Revista Nueva Doctrina Penal, 1996, t. 1996-B, Buenos Aires, p. 760 e ss.), chegou a descrever o conteúdo do recurso que atende o duplo grau de jurisdição: “Entende-se que esse recurso é um meio estabelecido em favor do inculcado para proteger seus direitos mediante uma nova oportunidade para exercer sua defesa. O recurso contra a sentença tem como objeto outorgar a possibilidade à pessoa afetada por uma decisão desfavorável de criticar a sentença e lograr um novo exame da questão”.

Em suma, o recurso deve possibilitar o reexame dos fatos, de provas e do próprio direito aplicado. Deve-se permitir no recurso, ainda segundo a Comissão IDH, a reexame da legalidade, da razoabilidade assim como dos fatos (cf. Informe 55/97, emitido em 18.11.97, no caso 11.137, Juan Carlos Abella).

Por força do princípio da efetividade dos instrumentos ou meios processuais destinados a assegurar o gozo dos direitos contidos nos tratados internacionais (cf. art. 25.1, da CADH), no nosso direito, o único que preenche todos os requisitos assinalados, evidentemente, é o de apelação, não servindo para tal finalidade nem o Recurso Especial (para o STJ) nem o Extraordinário (para o STF) (sobre a amplitude do recurso, cf. ainda CIDH, caso Castillo Petruzzi e outros, sentença de 30.05.1999).

A Corte Européia de Direitos Humanos vem reconhecendo duas situações em que não teria prosperidade o direito ao duplo grau de jurisdição: (a) quando o sujeito foi condenado pelo tribunal superior (máximo) do país e (b) que a condenação tenha sido obtida por um recurso interposto contra a sentença absolutória de primeira instância (cf. Protocolo n. 7, citado por Gabriela Jugo, “El derecho de recurrir la sentença penal condenatória y los instrumentos internacionales de derechos humanos”, em *Los derechos humanos em el proceso penal*, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 290).

Do exposto cabe concluir que toda pessoa julgada e condenada originariamente por Tribunal (Tribunal de Justiça ou STJ) também tem direito ao duplo grau de jurisdição, que só é afastado quando a condenação provém do órgão jurisdicional máximo do país. Os regimentos internos dos Tribunais de Justiça e do próprio STJ deveriam prever recurso de apelação contra as decisões originárias de suas Câmaras ou Turmas. Poderia ser um recurso para o Pleno, por exemplo. De qualquer modo, é flagrante hoje a inconstitucionalidade do entendimento de que não cabe recurso de apelação contra decisões de Tribunais (em assuntos de sua competência originária).

No que concerne à (desproporcional) exigência da prisão para poder apelar, o certo (e inevitável) é desvincular a prisão processual do direito ao duplo grau de jurisdição, processando-se sempre o recurso de apelação (se interposto dentro do prazo e segundo os ditâmes legais), independentemente da (efetivação da) prisão do condenado (cf. Gomes, L.F., *Estudos de direito penal e processo penal*, São Paulo: RT, 1998, p. 243 e ss.; cf. ainda dois julgados do STJ nesse sentido: STJ, RHC 6.110, Luiz V. Cernicchiaro, j. de 18.02.97; STJ, HABEAS CORPUS 5.158-SP, Luiz V. Cernicchiaro, DJU de 22.09.97, p. 46.557).

2. Prisão cautelar versus direito ao duplo grau de jurisdição

Aliás, no livro *Direito de apelar em liberdade*, São Paulo: RT, 1994, p. 54-57, eu já sublinhava o que segue:

“a) Dentro da linha de raciocínio que vem sendo desenvolvida, cabe falar da inarredável extinção do elo que conectava a prisão (antecipada) ao direito de apelação. A origem desse aparentemente indissolúvel vínculo está no autoritarismo que norteou o nascimento do CPP de 1941. Não podemos esquecer que o antigo art. 669, I, do CPP, permitia a execução imediata da sentença condenatória recorrível, numa demonstração patente de que se tratava de "execução antecipada da pena". Era a exigência de cumprir o castigo desde logo. A obrigatoriedade da prisão prevista no art. 594 só veio reforçar a mentalidade autoritária que comandava todas as iniciativas legislativas do Estado Novo. Criou-se, com isso, um caríssimo “imposto” para poder apelar, isto é, para poder exercitar um dos direitos mais sagrados do homem que é o duplo grau de jurisdição.

Com a nova ordem constitucional de 1988 é evidente que tudo deve ser repensado, porque já não é possível conceber “prisão antecipada” ou “castigo antecipado”. A liberdade é a regra e só pode ser tolhida por sentença condenatória irrecorrível ou por decreto de prisão devidamente fundamentado. Pode-se com toda clareza falar, dentro da nova ordem constitucional, na “autonomia do direito de apelação” (leia-se: do direito de recorrer em geral).

b) O direito de apelar contra sentença condenatória recorrível, destarte, é algo sagrado, autônomo, algo intangível e irrestritamente consagrado pela Constituição de 88, na exata medida dos princípios antes enfocados: presunção de inocência, contraditório, ampla defesa e “due process of law”. Cobrar o “imposto” da prisão para se autorizar o exercício de um direito sagrado (duplo grau de jurisdição) significa, assim, nos dias atuais, violar o direito positivo e, sobretudo, a consciência humana. Significa, ademais, confiar na tese

(provavelmente infundada) de que o magistrado de primeiro grau nunca erra (tese da infalibilidade humana) ou na obrigatoriedade de o condenado se conformar com uma só decisão. Significa, por fim, admitir a execução antecipada da pena, que foi proscrita pelo art. 105 da LEP. O direito de apelar, em suma, é uma coisa e a prisão é outra bem distinta.

O vínculo, o elo que os unia foi rompido de modo irrefutável pela ordem constitucional de 88. São institutos distintos, não interpenetráveis. Só raciocinando desse modo, de outra parte, dá-se aplicação ao princípio da proporcionalidade. Explica-se: no âmbito civil quase nunca o sucumbente deve pagar a dívida desde logo para poder apelar, é dizer, para alcançar a segunda instância. Se no âmbito civil, principalmente quando se trata de questão envolvendo interesses puramente patrimoniais, que são hierarquicamente inferiores ao *ius libertatis*, não se exige o pagamento imediato da “dívida” para apelar, nenhum sentido possui exigir a prisão do condenado para exercitar o mesmo direito, pois todos devem ser tratados de maneira igual pela lei. Se o ordenamento jurídico, no âmbito civil, não exige a satisfação imediata do direito reconhecido (provisoriamente) para se fazer valer o duplo grau de jurisdição, é um despropósito conceber semelhante exigência no âmbito criminal, que envolve o bem jurídico mais caro ao ser humano, depois da vida.

c) De tudo temos que extrair duas óbvias conclusões: 1ª) o direito de apelação sempre pode ser exercido - no âmbito criminal - independentemente da prisão do condenado; 2ª) mas nada impede que o juiz na sentença condenatória, havendo justa razão, decrete a prisão preventiva. Mesmo decretada a prisão preventiva, para garantia do processo (caráter instrumental), ainda assim, nada obsta o processamento do recurso de apelação eventualmente interposto. Com isso, certamente, estaremos contribuindo para diminuir o assustador número de revisões criminais nos nossos tribunais atuais, posto que, diante da impossibilidade de apelação, vem o segundo grau sendo postulado por meio da revisão criminal, o que não deixa de retirar-lhe a natureza de instrumento excepcional para tão-só corrigir algumas anomalias de sentenças já transitadas em julgado.

O irracional bloqueio do uso da apelação (como expressão do direito líquido e certo de duplo grau de jurisdição) incrementou anormalmente a utilização da revisão criminal para

alcançar o mesmo escopo. Assegurando-se a autonomia do direito de apelar, estaremos contribuindo para corrigir essa empírica extravagância.

Cabe ainda considerar o seguinte: nos termos da Súmula 393 do STF ("Para requerer revisão criminal, o condenado não é obrigado a recolher-se à prisão"), o uso da revisão independe da prisão do condenado. Disso José Cirilo de Vargas extrai uma eloqüente conclusão: "Se, mesmo em face da coisa julgada condenatória, o cidadão não é obrigado a recolher-se à prisão, para obter um julgamento revisional, com muito mais razão não deve o condenado ser compelido ao cárcere, para apelar (art. 594 do CPP)". Cuida-se de ilação que não pode ser ignorada pelo intérprete que nunca deve se ater só ao texto, senão ao contexto. A contextualização aqui também se impõe.

d) Garantir irrestritamente o direito de apelação (ao duplo grau de jurisdição), desse modo, não significa risco para a "segurança pública", para a tranqüilidade social, porque, havendo motivo, deve o juiz decretar a prisão preventiva. Há quem já tenha sustentado que a exigência de prisão para apelar, no fundo, constitui excelente instrumento de "moralização da justiça", de "ordem pública", de "eficácia da lei punitiva", de "castigo exemplar", de "eficiência do direito penal" etc. Cuida-se do clássico discurso do movimento da law and order. Para além de demonstrar insensibilidade e pouca afeição às regras constitucionais vigentes, semelhante ponto de vista mostra-se completamente desarrazoado porque a desvinculação aqui sustentada entre o direito de apelar e a prisão de modo algum proíbe ou inibe o juiz, quando se faz necessário, de decretar a medida cautelar tendente à privação da liberdade.

Sempre que o condenado representar sério risco para a tranqüilidade social, sempre que sua liberdade representar séria perturbação para o convívio social ("periculum libertatis"), nada obsta que o juiz determine seu recolhimento cautelar imediato. Desse modo pode-se concluir que a tese aqui defendida não se afasta da labiríntica busca de equilíbrio entre o ius puniendi estatal e o ius libertatis do indivíduo. A regra é este último, mas se justos motivos existem, passa-se para a exceção, que é a prisão.

e) Em suma, é a necessidade concreta, real, efetiva, em cada caso singular (jamais a “necessidade” ditada aprioristicamente pelo legislador), que marcará o destino (imediato) do condenado. Cabe sempre ao juiz, portanto, aferir as circunstâncias de cada caso, para fazer prevalecer (motivadamente) um ou outro direito, isto é, o interesse da tutela social ou o interesse do indivíduo. Com isso alcançamos um sistema legal muito mais justo e eqüitativo, que jamais albergará, certamente, iniquidades como as ocorriam comumente (como, por exemplo, a decretação de prisão “automática” de “todos” os reincidentes, baseada numa “presunção” legal de “periculosidade”, ainda que se trate de reincidência em crime culposo ou crime cometido sem nenhuma violência contra a pessoa).

f) A Constituição Federal de 1988, por ter consagrado relevantes princípios garantidores do direito de ir, vir ou permanecer, não só exige uma releitura da legislação ordinária precedente (como bem salientou o Min. Adhemar Macial no HC 2.295-5-SP), senão também a revisão da própria Súmula n. 09 do STJ (“A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência”).

Antes já procuramos enfatizar a importância de se fazer uma releitura da referida súmula, no caso de se acolher a corrente preservacionista, isto é, no caso de se admitir que o art. 594 do CPP tenha sido recepcionado pela nova ordem constitucional. Acolhendo-se esse ponto de vista e considerando a postura (garantidora) da nova jurisprudência do próprio STJ (v. cap. III supra, n. 3), a Súmula deveria ser entendida nestes termos: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência, desde que o juiz demonstre taxativamente os motivos fáticos e jurídicos que justifiquem a prisão "ante tempus".

g) De outro lado, se se parte da tese por nós compartilhada de que o direito de apelar é autônomo e jamais pode ser condicionado pela prisão (por qualquer prisão), neste caso, a Súmula 09 perdeu sua razão de ser, assim como perdeu sua razão de ser o art. 594 do CPP (bem como o 393, I). A Súmula, elaborada ao tempo do começo de vigência da nova Constituição, nasceu com a preocupação voltada integralmente ao princípio da presunção de inocência. Só enfocou o referido princípio. Sustentou-se que a exigência da prisão não o

ofende. Ocorre que esse vínculo entre o direito de apelar e a prisão foi desfeito por completo por outros princípios constitucionais, como os do devido processo legal (duplo grau de jurisdição), do contraditório, da ampla defesa e da proporcionalidade.

Ainda que se admita que a exigência da prisão não ofende a presunção de inocência, ainda assim, já não se pode questionar que tal exigência ofende outros princípios. Daí termos que concluir, inevitavelmente, que a Súmula 09 do STJ, do modo como está redigida, perdeu sentido. É, para nós, uma Súmula vazia, tal como vazios hoje são os arts. 594 e 393, I, do CPP”.

3. Síntese jurisprudencial do direito ao duplo grau de jurisdição (no âmbito criminal)

3.1. A prisão cautelar não pode vincular o direito ao duplo grau de jurisdição

Nesse sentido foi o posicionamento do STJ, no Recurso Ordinário em HC 6110/SP, 6ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 18.02.97, DJ de 19.05.97, p. 20684, www.stj.gov.br:

“Ementa

RHC - PROCESSUAL PENAL - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RÉU FORAGIDO - APELAÇÃO - PROCESSAMENTO - DEVIDO PROCESSO LEGAL - PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - CAUTELAS PROCESSUAIS PENAIAS - O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, HOJE, ESTÁ LITERALMENTE CONSAGRADO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (ART. 5, LVII). NÃO PODE HAVER, ASSIM, ANTES DESSE TERMO FINAL, CUMPRIMENTO DA - SANÇÃO PENAL. AS CAUTELAS PROCESSUAIS PENAIAS BUSCAM, NO CORRER DO PROCESSO, PREVENIR O INTERESSE PÚBLICO. A CARTA POLÍTICA, OUTROSSIM, REGISTRA O - DEVIDO PROCESSO LEGAL; COMPREENDE O "CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA, COM OS MEIO E RECURSOS A ELA INERENTES". NÃO SE PODE CONDICIONAR O EXERCÍCIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL - AMPLA DEFESA E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO – AO CUMPRIMENTO DA CAUTELA

PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE DE NÃO RECEBER A APELAÇÃO, OU DECLARÁ-LA DESERTA PORQUE O RÉU ESTÁ FORAGIDO. RELEITURA DO ART. 594, CPP FACE A CONSTITUIÇÃO. PROCESSE-SE O RECURSO, SEM SACRIFÍCIO DO MANDADO DE PRISÃO.

Decisão

POR UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO AO RECURSO A FIM DE QUE SEJA PROCESSADA A APELAÇÃO, MANTIDO ÍNTEGRO O MANDADO DE PRISÃO”.

No mesmo sentido:

STJ, HC 5158/SP, 6ª T., rel. Min. Anselmo Santiago, rel. p/acórdão Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 04.03.97, DJ de 22.09.97, p. 46557, LEXSTJ vol. 102, p. 238, www.stj.gov.br:

“Ementa

RHC - PROCESSUAL PENAL - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RÉU FORAGIDO - APELAÇÃO - PROCESSAMENTO - DEVIDO PROCESSO LEGAL - PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - CAUTELAS PROCESSUAIS PENAIAS - O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, HOJE, ESTÁ LITERALMENTE CONSAGRADO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (ART. 5, LVII). NÃO PODE HAVER, ASSIM, ANTES DESSE TERMO FINAL, CUMPRIMENTO DA - SANÇÃO PENAL. AS CAUTELAS PROCESSUAIS PENAIAS BUSCAM, NO CORRER DO PROCESSO, PREVENIR O INTERESSE PÚBLICO. A CARTA POLÍTICA, OUTROSSIM, REGISTRA O - DEVIDO PROCESSO LEGAL; COMPREENDE O "CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA, COM OS MEIOS E RECURSOS A ELA INERENTE". NÃO SE PODE CONDICIONAR O EXERCÍCIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL - AMPLA DEFESA E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO – AO CUMPRIMENTO DE CAUTELA PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE DE NÃO RECEBER A APELAÇÃO, OU

DECLARÁ-LA DESERTA PORQUE O RÉU ESTÁ FORAGIDO. RELEITURA DO ART. 594, CPP FACE A CONSTITUIÇÃO. PROCESSE-SE O RECURSO, SEM SACRIFÍCIO DO MANDADO DE PRISÃO." (RHC N. 6.110-SP).

Decisão

POR MAIORIA, VENCIDO O SR. MINISTRO RELATOR, CONCEDER A ORDEM DE HABEAS CORPUS TÃO SOMENTE PARA QUE SE PROCESSE A APELAÇÃO DO PACIENTE”.

Ainda no mesmo sentido:

STJ, REsp 187482/DF, 6ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 29.04.99, DJ de 31.05.99, p. 195, www.stj.gov.br; (STJ, REsp 159148/RJ, 6ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 06.10.98, DJ de 09.11.98, p. 182, www.stj.gov.br; STJ, HC 5047/SP, 6ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 04.03.97, DJ de 22.04.97, p. 14448, www.stj.gov.br;

3.2. A prisão cautelar sempre deve ser fundamentada concretamente

Nesse sentido posicionou-se o STJ, no HC 2295/SP, 6ª T., rel. Min. Adhemar Maciel, j. 11.04.94, DJ de 27.06.94, p. 17003, LEXSTJ, vol. 66, p. 242, www.stj.gov.br:

“Ementa

CONSTITUCIONAL E PENAL. APELAR SOLTO. RÉU TECNICAMENTE PRIMÁRIO, CONDENADO A UM ANO DE RECLUSÃO POR LESÃO CORPORAL. FILOSOFIA ESPOSADA PELO CÓDIGO PENAL COM A REFORMA DE 1984. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA LIBERDADE PROVISÓRIA. INTERPRETAÇÃO DA LEI ORDINÁRIA (CPP, ART. 594) DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO E NÃO VICE-VERSA. NECESSIDADE

DE FUNDAMENTAÇÃO DO RECOLHIMENTO A PRISÃO ANTE TEMPUS. ORDEM DE HABEAS-CORPUS CONCEDIDA.

I - PACIENTE, TECNICAMENTE PRIMÁRIO E CONSIDERADO PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES (CONDENADO, RECONHECEU-SE A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA), AJUIZOU ORIGINARIAMENTE NO STJ HABEAS-CORPUS, ALEGANDO QUE A SENTENÇA NÃO FUNDAMENTOU A NECESSIDADE DE SUA PRISÃO ANTES DO TRANSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. POR OUTRO LADO, TEM EMPREGO CERTO E RESIDENCIA FIXA.

II - NÃO SE PODE "INTERPRETAR A CONSTITUIÇÃO CONFORME A LEI ORDINARIA" (GESETZESKONFORMEN VERFASSUNGSINTERPRETATION). O CONTRÁRIO É QUE SE FAZ. O ART. 594 DO CPP TEM DE SER REPENSADO DIANTE DOS NOVOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. NOSSA CONSTITUIÇÃO, POR INSPIRAÇÃO CONSTITUCIONAL LUSA (ART. 32: 2), CONSAGROU O "PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA" E, POR INFLUÊNCIA NORTE-AMERICANA (EMENDAS V E XIV), O "PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL". AMBOS OS PRINCÍPIOS SE CONEXIONAM COM O "PRINCÍPIO DA LIBERDADE PROVISÓRIA" (ART. 5, LXVI). ASSIM, TODO INDICIADO, ACUSADO OU CONDENADO, SE PRESUME INOCENTE ATÉ QUE SEJA IRRECORRIVELMENTE APENADO. DESSE MODO, CABE AO JUIZ, EM QUALQUER CIRCUNSTÂNCIA, FUNDAMENTAR (CF, ART. 93, IX) A RAZÃO DE TER-SE DE RECOLHER PRESO PARA PODER APELAR. A REGRA GERAL É "RECORRER EM LIBERDADE" (CF, ART. 5., INCISO LXVI); A EXCEPCIONAL, "RECORRER PRESO". POR OUTRO LADO, TRATA-SE DE CONDENADO A PENA DE UM ANO DE RECLUSÃO. O CP, COM A REFORMA DE 1984, A PAR DE NOSSA LIBERDADE CARCERÁRIA, PROCURA EVITAR QUE CONDENADO COM PENA PEQUENA SE MISTURE COM OUTROS PRESOS.

III - ORDEM CONCEDIDA.

Decisão

CONCEDER A ORDEM DE HABEAS-CORPUS, NOS TERMOS DOS VOTOS DOS SRS. MINISTROS RELATOR E LUIZ VICENTE CERNICCHIARO. EM SENTIDO CONTRÁRIO VOTARAM OS SRS. MINISTROS ANSELMO SANTIAGO E PEDRO ACIOLI. NOS TERMOS REGIMENTAIS, EM FACE DO EMPATE, PREVALECE A DECISÃO MAIS FAVORÁVEL AO PACIENTE”.

No mesmo sentido:

STJ, HC 12465/SP, 6ª T., rel. Min. Fontes de Alencar, rel. p/acórdão Min. Vicente Leal, j. 08.05.01, DJ de 02.09.02, p. 245, www.stj.gov.br:

“Ementa

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL 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 das garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), a faculdade de recorrer em liberdade objetivando a reforma de 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.

- O direito de apelar em liberdade de sentença, assegurado pelo Código de Processo Penal, art. 594, não pode ser negado a réu que permaneceu em liberdade durante todo o curso do sumário, salvo se indicado no dispositivo da sentença fortes razões para a imposição da custódia processual.

- Habeas-corpus concedido.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, a Turma, por maioria, conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Vicente Leal, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Hamilton Carvalhido. Votaram com o Sr. Ministro Vicente Leal os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Paulo Gallotti”.

3.3. Ainda que se trate de crime hediondo, se o réu estava solto, tem direito de apelar solto (salvo motivo concreto que justifique o encarceramento):

Assim, STJ, HC 20.507-RJ, rel. Min. Felix Fischer, j. 21.05.02, DJU de 10.06.02, p. 237, www.ibccrim.org.br:

“IMPETRANTE: J.M.C.A.F.

IMPETRADO: QUARTA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: J.S.P.

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. APELO EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO. RÉU QUE SE DEFENDEU SOLTO. CRIME HEDIONDO.

Configura-se ilegal a decisão que, sem qualquer fundamentação, determina seja expedido mandado de prisão contra o réu condenado por crime hediondo, cerceando-lhe o direito de

apelar em liberdade, se este respondeu solto ao processo, além do que foi reconhecido como primário pela sentença. (Precedentes.)

Ordem concedida”.

* Doutor em Direito penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito penal pela USP, Secretário-Geral do IPAN (Instituto Panamericano de Política Criminal), Consultor e Parecerista, Fundador e Presidente da Rede LFG – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (1ª Rede de Ensino Telepresencial do Brasil e da América Latina - Líder Mundial em Cursos Preparatórios Telepresenciais –

Disponível em:

< <http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20041009122004741> >.

Acesso em: 13 mar. 2008.