

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO DE RECORRER EM
LIBERDADE¹**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal concedeu, em sessão realizada no dia 05 de fevereiro, o Habeas Corpus (HC) 84078 para permitir a um condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos (MG) que recorra em liberdade. O processo foi trazido a julgamento pelo Ministro Menezes Direito, que pediu vista do processo em abril do ano passado, quando o relator, Ministro Eros Grau, já havia votado pela concessão do HC. O processo deu entrada em março de 2004, tendo naquele mês o então relator, Ministro Nelson Jobim (aposentado), negado e posteriormente concedido liminar. Ele mudou de posição diante da explicação do paciente de que vendera seu rebanho de leite para mudar de ramo de negócios. O caso começou a ser julgado na Segunda Turma do STF, que decidiu afetá-lo ao Plenário, que iniciou seu julgamento em abril do ano passado, quando Menezes Direito pediu vista. O processo provocou prolongados debates, tendo de um lado, além de Eros Grau, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que votaram pela concessão do HC. Foram vencidos os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que o negaram. Prevaleceu a tese de que a prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado, contrariaria o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Já os Ministros Menezes Direito e Joaquim Barbosa sustentaram que o esgotamento de matéria penal de fato se dá nas instâncias ordinárias e que os recursos encaminhados ao STJ e STF não têm efeito suspensivo. Menezes Direito e Ellen Gracie sustentaram, também, que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de que o Brasil é signatário) não assegura direito irrestrito de recorrer em liberdade, muito menos até a 4ª instância, como ocorre no Brasil. Afirmaram, ainda, que país nenhum possui tantas vias recursais quanto o Brasil. Direito citou os Estados Unidos, o Canadá e a França como exemplos de países que admitem o início imediato

¹ **Rômulo de Andrade Moreira** é Procurador de Justiça na Bahia. Foi Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex-Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador-UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). É Coordenador do Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, **lato sensu**, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador-UNIFACS (Curso coordenado pelo Professor J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim e ao Movimento Ministério Público Democrático. Integrante, por três vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação da Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, do Curso JusPodivm, do Curso IELF, da Universidade Jorge Amado e da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal”, “Comentários à Lei Maria da Penha” (em co-autoria) e “Juizados Especiais Criminais” – Editora JusPodivm, 2008, além de organizador e coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal”, Editora JusPodivm, 2008. Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados na Bahia e no Brasil.

do cumprimento de sentença condenatória após o segundo grau. Observaram, ademais, que a execução provisória de sentença condenatória serve também para proteger o próprio réu e sua família. Esta, entretanto, conforme o Ministro Celso de Mello, “*não é juridicamente viável em nosso sistema normativo*”. Ele admitiu, no entanto, que a prisão cautelar processual é admissível, desde que fundamentada com base nos quatro pressupostos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal – garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal. Ao proferir seu voto – o último do julgamento –, o Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto majoritário do relator, Ministro Eros Grau. Apresentando dados, ele admitiu que a Justiça brasileira é ineficiente, mas disse que o país tem um elevado número de presos – 440 mil. “*Eu tenho dados decorrentes da atividade no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que são impressionantes. Apesar dessa inefetividade (da Justiça), o Brasil tem um índice bastante alto de presos. São 440 mil presos, dados de 2008, dos quais 189 mil são presos provisórios, muitos deles há mais de dois, mais de três anos, como se tem encontrado nesses mutirões do CNJ. E se nós formos olhar por estado, a situação é ainda mais grave. Nós vamos encontrar em alguns estados 80% dos presos nesse estágio provisório [prisão provisória]*”. “*os mutirões realizado pelo CNJ encontraram-se presos no estado Piauí que estavam há mais de três anos presos provisoriamente sem denúncia apresentada*”, relatou ainda o ministro. “*No estado do Piauí há até uma singularidade. A Secretaria de Segurança do Estado concebeu um tal inquérito de capa preta, que significa que a Polícia diz para a Justiça que não deve soltar aquela pessoa. É um mundo de horrores a Justiça criminal brasileira. Muitas vezes com a conivência da Justiça e do Ministério Público*”. “*Dos habeas corpus conhecidos no Tribunal, nós tivemos a concessão de 355*”, informou o presidente do STF. “*Isto significa mais de um terço dos habeas corpus. Depois de termos passado, portanto, por todas as instâncias – saindo do juiz de primeiro grau, passando pelos TRFs ou pelos Tribunais de Justiça, passando pelo STJ – nós temos esse índice de concessão de habeas corpus. Entre REs e AIs [agravos de instrumento] tratando de tema criminal, há 1.749, dos quais 300 interpostos pelo MP. Portanto, não é um número tão expressivo*”. “*De modo que eu tenho a impressão de que há meios e modos de lidar com este tema a partir da própria visão ampla da prisão preventiva para que, naqueles casos mais graves, e o próprio legislador aqui pode atuar, e eu acho que há propostas nesse sentido de redimensionar o sentido da prisão preventiva, inclusive para torná-la mais precisa, porque, obviamente, dá para ver que há um abuso da prisão preventiva*”, assinalou Gilmar Mendes. “*O ministro Celso de Mello tem liderado na Turma lições quanto aos crimes de bagatela. Em geral se encontram pessoas presas no Brasil porque furtaram uma escova de dentes, um chinelo*”. “*Portanto – concluiu –, não se cumprem minimamente aquela comunicação ao juiz para que ela atenda ou observe os pressupostos da prisão preventiva. A prisão em flagrante só deve ser mantida se de fato estiverem presentes os pressupostos da prisão preventiva. Do contrário, o juiz está obrigado, por força constitucional, a relaxar [a prisão]. De modo que estou absolutamente certo de que esta é uma decisão histórica e importante do Tribunal.*”

Esta decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal já se estabeleceu como precedente para casos semelhantes na Primeira Turma. Nesse sentido, a Primeira Turma concedeu dois habeas corpus (HC 94778 e 93062) na linha do entendimento de que não é legal a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Os processos, relatados pelo Ministro Carlos Ayres Britto, buscavam a expedição de alvará de soltura, tendo em vista a decretação da prisão

após condenação confirmada em segundo grau. Ao conceder a ordem, em ambos os casos, o ministro Ayres Britto ressaltou que o Plenário reconheceu que “*a condenação em segundo grau não opera automaticamente*” e que a pena só pode começar a ser cumprida depois do trânsito em julgado da condenação, quando não couber mais qualquer tipo de apelação ou recurso. No HC 94778, G.J.M., condenado no Espírito Santo a mais de cinco anos por roubo com uso de violência, – sentença confirmada em segunda instância, questiona a determinação de sua imediata prisão pelo Tribunal de Justiça estadual, alegando que ainda seriam cabíveis os recursos excepcionais – especial ou extraordinário. A expedição do mandado de prisão, neste caso, “*afronta o princípio constitucional da presunção da inocência*”, sustenta a defesa de G.J. Condenado por extorsão a mais de seis anos de prisão, L.G.A.M. impetrou no Supremo o HC 96062, alegando que a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de negar apelação de sua defesa e determinar sua prisão, é inconstitucional. Isso porque a defesa já teria interposto um recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça e, portanto, com base na presunção de inocência, a condenação ainda não teria transitado em julgado. Fonte: STF.

Em uma sessão posterior, o Supremo Tribunal Federal declarou que o artigo 595 do Código de Processo Penal não é compatível com a Constituição de 1988. A decisão foi tomada no julgamento do Habeas Corpus (HC) 95961, ajuizado em favor de um condenado por tráfico de drogas em São Paulo, que recorreu de sua condenação e depois fugiu. O relator do processo, ministro Marco Aurélio, disse entender que o artigo 595 do CPP está em conflito com o princípio da não culpabilidade, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. O dispositivo é uma espécie de execução da pena antes do trânsito em julgado da pena condenatória, ponderou o ministro. Para ele, o dispositivo é inconstitucional. Os demais ministros presentes à sessão acompanharam o entendimento do relator, mas votaram no sentido de que o artigo 595, do CPP, não foi recebido pela ordem jurídico constitucional vigente, e portanto não vigora mais. A concessão do HC em favor de F.S.G.S, foi unânime. Nesta mesma sessão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que mesmo na condição de revel, um réu tem o direito de apresentar o recurso de apelação. A decisão do Plenário foi unânime e segue a mesma orientação de julgamentos semelhantes ocorridos anteriormente na Corte. O relator, ministro Joaquim Barbosa, defendeu a admissibilidade da apelação ao observar os princípios da não-culpabilidade, do duplo grau de jurisdição e da ampla defesa. Ele foi seguido pelos demais ministros. “*Ele ficou foragido durante todo o curso do processo criminal, não tendo o TJ-RJ analisado a apelação interposta pela defesa em razão da revelia*”, sintetizou a ministra Ellen Gracie, que teve vista do processo – o Recurso em Habeas Corpus (RHC) 83810. A apelação foi feita pela Defensoria Pública do estado. Fonte: STF.

Como se sabe, pela antiga regra imposta no art. 594 do Código de Processo Penal (hoje revogado), “*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 que se livre solto.*”

Assim, em relação ao condenado que não fosse primário e não tivesse bons antecedentes, dois ônus a ele se impunham: a prisão automática decorrente da sentença condenatória (salvo se se livrar solto ou prestar fiança, sendo esta cabível) e a impossibilidade de recorrer se não for recolhido à prisão.

Na verdade, se nos limitássemos a interpretar literalmente este artigo chegaríamos forçosamente à conclusão que ele afrontava a Constituição (e, portanto, era inválido) quando o texto constitucional garante a presunção de inocência².

Ora, se o art. 5º., LVII, da Constituição proclama que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, era de todo inadmissível que alguém fosse preso antes de definitivamente julgado, salvo a hipótese desta prisão provisória se revestir de caráter cautelar, independentemente de primariedade e de bons antecedentes. Soava, portanto, estranho alguém ser presumivelmente considerado não culpado (pois ainda não condenado definitivamente) e, ao mesmo tempo, ser obrigado a se recolher à prisão, mesmo não representando a sua liberdade nenhum risco seja para a sociedade, seja para o processo, seja para a aplicação da lei penal. Mais estranho se nos afigurava ao atentarmos que aquela presunção foi declarada constitucionalmente.

Assim, uma prisão provisória, anterior a uma decisão transitada em julgado, só se revestirá de legitimidade caso seja devidamente fundamentada (art. 5º., LXI, CF/88) e reste demonstrada a sua necessidade (**periculum libertatis**)³. Neste sentido, o atual art. 387, parágrafo único do Código de Processo Penal.

No mesmo passo, havia uma segunda questão: se a Constituição também assegura aos acusados em geral a ampla defesa com os recursos a ela inerentes, parece-nos também claro que uma lei infraconstitucional não poderia condicionar este direito de recorrer àquele que não tem bons antecedentes e não é primário, ao recolhimento à prisão.

Observa-se que ainda temos em vigor (mas sem validade) a regra segundo a qual “se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.” (art. 595, CPP).

Da mesma forma, igualmente soava estranho para nós não se permitir ao acusado o acesso ao duplo grau de jurisdição, quando não seja primário e não tenha bons antecedentes.

O devido processo legal deve garantir a possibilidade de revisão dos julgados. A falibilidade humana e o natural inconformismo de quem perde estão a exigir o reexame de uma matéria decidida em primeira instância, a ser feito por juízes coletivos e magistrados mais experientes.

² Tucci, respaldado pelas lições de Guglielmo Sabatini, prefere a expressão *não-consideração prévia de culpabilidade*, pois “*l'imputato è sempre e solo imputato ai fini dello svolgimento del processo. Quindi non va considerato nè come innocente, nè come colpevole.*” (in Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 401). Outros autores falam em princípio da não-culpabilidade e, como Dotti, em princípio da incensurabilidade.

³ Expressão preferida pelos italianos, ao invés do **periculum in mora** (cfr. Delmanto Junior, Roberto, **in** As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 67).

Em França, segundo Étienne Vergès, “*l’article préliminaire du Code de procédure pénale dispose in fine que ‘toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction’.*”⁴

A Constituição Federal prevê o duplo grau de jurisdição no seu art. 93, III (“*acesso aos tribunais de segundo grau*”) e pressupõe, evidentemente, uma decisão judicial e a sucumbência (prejuízo).

Há mais de vinte anos, o jurista baiano Calmon de Passos mostrava a sua preocupação com “*a tendência, bem visível entre nós, em virtude da grave crise que atinge o Judiciário, de se restringir a admissibilidade de recursos, de modo assistemático e simplório, em detrimento do que entendemos como garantia do devido processo legal, incluída entre as que são asseguradas pela nossa Constituição.*”

Neste mesmo trabalho, nota o eminente Mestre que “*o estudo do duplo grau como garantia constitucional desmereceu, da parte dos estudiosos, em nosso meio, considerações maiores. Ou ele é simplesmente negado como tal ou, embora considerado como ínsito ao sistema, fica sem fundamentação mais acurada, em que pese ao alto saber dos que o afirmam, certamente por força da larga admissibilidade dos recursos em nosso sistema processual, tradicionalmente, sem esquecer sua multiplicidade.*”⁵

Não esqueçamos que a “*adoção do duplo grau de jurisdição deixa de ser uma escolha eminentemente técnica e jurídica e passa a ser, num primeiro instante, uma opção política do legislador.*”⁶

O duplo grau de jurisdição tem caráter de *norma materialmente constitucional*, mormente porque o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que prevê em seu art. 8º., 2, h, que todo acusado de delito tem “*direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior*”, e tendo-se em vista o estatuído no § 2º., do art. 5º., da CF/88, segundo o qual “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*” Ratificamos, também, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque que no seu art. 14, 5, estatui que “*toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.*”

É bem verdade que a doutrina se debate a respeito da posição hierárquica que ocupam as normas advindas de tratado internacional. Parte dela entende que caso a norma internacional trate de garantia individual, terá ela **status** constitucional, até por força do referido § 2º.

Fábio Comparato, por exemplo, informa que “*a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de expressarem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. (...)*

⁴ Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 49.

⁵ Estudos Jurídicos em Homenagem à Faculdade de Direito da Bahia, São Paulo: Saraiva, 1981, p. 88.

⁶ Moraes, Maurício Zanoide de, Interesse e Legitimação para Recorrer no Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 29.

*Seja como for, vai-se afirmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflitos entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico*⁷: é o chamado princípio da prevalência da norma mais favorável.⁸

Ada, Dinamarco e Araújo Cintra, após admitirem a indiscutível natureza política do princípio do duplo grau de jurisdição (“*nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles*”) e que ele “*não é garantido constitucionalmente de modo expresso, entre nós, desde a República*”, lembram, no entanto, que a atual Constituição “*incumbe-se de atribuir a competência recursal a vários órgãos da jurisdição (art. 102, II; art. 105, II; art. 108, II), prevendo expressamente, sob a denominação de tribunais, órgãos judiciários de segundo grau (v.g., art. 93, III).*”⁹

Com a Emenda Constitucional n.º. 45, temos uma nova disposição constitucional, contida no art. 5.º., § 3.º., da Constituição Federal, segundo a qual “*os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*”

Aliás, segundo Luiz Flávio Gomes, em razão “*do pensamento do Estado Moderno, da Revolução Francesa, do código napoleônico, onde reside a origem da confusão entre lei e Direito; os direitos e a vida dos direitos valeriam (exclusivamente) pelo que está escrito na lei; quando o correto é reconhecer que a lei é só o ponto de partida de toda interpretação (que deve sempre ser conforme a Constituição). A lei pode até ser, também, o ponto de chegada, mas sempre que conflita com a Carta Magna, perde sua relevância e primazia, porque, nesse caso, devem ter incidência (prioritária) as normas e os princípios constitucionais. A lei, como se percebe, foi destronada. Mesmo porque, ao contrário do que pensava Rousseau, o legislador não é Deus e nem sempre representa a vontade geral, ao contrário, com frequência atua em favor de interesses particulares (ou mesmo escusos). Lei vigente, como se vê, não é lei válida. Sua validade decorre da coerência com o texto constitucional.*”¹⁰

Vejamos, outrossim, estas observações de Dante Bruno D’Aquino:

“Como sua própria designação denota, a interpretação conforme a Constituição pressupõe um trabalho de exegese da norma infraconstitucional. Fundamenta-se, em primeiro plano, na superioridade hierárquica das normas constitucionais. Ou seja, no princípio pelo qual todas as normas devem se

⁷ **Apud** Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.

⁸ “*Este princípio, perseguido pelo direito internacional geral, e vigorosamente defendido por setores da doutrina brasileira, parece não haver ganho, até o presente, expressiva concreção na jurisprudência brasileira, devendo ser lembrada a questão do depositário infiel.*” (Bahia, Saulo José Casali, Tratados Internacionais no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 116).

⁹ Teoria Geral do Processo, São Paulo: Malheiros Editores, 1999, 15ª. ed., p. 74.

¹⁰ “*Ser diplomado (já) não significa ter emprego ou sucesso profissional*” – www.ultimainstancia.ig.com.br – 21 de junho de 2005.

compatibilizar com a Constituição, encontrando nela, como já ressaltado por Kelsen, o seu fundamento de validade. Ao lado do primado da superioridade hierárquica das normas constitucionais está a presunção de legalidade da atividade legiferante do poder público. Esta presunção de legalidade, que, ressalte-se, admite prova em contrário, é o outro alicerce de alçada da interpretação conforme a Constituição. Noutra dizer, a superioridade hierárquica da Constituição Federal e a presunção de legalidade das leis demandam que, no exercício da atividade interpretativa, dê-se preferência ao sentido normativo que esteja consentâneo com a Carta Constitucional. (...) Importante constatar que a interpretação conforme a constituição, para além de uma categoria interpretativa distinta das modalidades clássicas, constitui um eficaz mecanismo de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Ao identificar a interpretação mais harmônica com a Constituição, afasta da norma a possibilidade de interpretações que surtam efeitos inconstitucionais.”¹¹

Se temos a garantia constitucional da presunção de inocência, é evidente que não pode ser efeito de uma sentença condenatória recorrível, pura e simplesmente, um decreto prisional, sem que se perquiria quanto à necessidade do encarceramento.

Como sabemos, entre nós, cabível será a prisão preventiva sempre que se tratar de garantir a ordem pública¹², a ordem econômica, ou por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. São estes os requisitos da prisão preventiva e que configuram exatamente o **periculum libertatis**. Estes requisitos, portanto, representam a necessidade da prisão preventiva, que não é outra coisa senão uma medida de natureza flagrantemente cautelar, pois visa a resguardar, em última análise, “a ordem pública”, a instrução criminal ou a aplicação da

¹¹ “Interpretação conforme a Constituição” - especial@parana-online.com.br (19/06/2005).

¹² Conceito por demais genérico e, exatamente por isso, impróprio para autorizar uma custódia provisória que, como se sabe, somente se justifica no processo penal como um provimento de natureza cautelar (presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*). Há mais de dois séculos Beccaria já preconizava que “o réu não deve ficar encarcerado senão na medida em que se considere necessário para o impedir de escapar-se ou de esconder as provas do crime” (Dos delitos e das penas, São Paulo: Hemus, 1983, p. 55), o que coincide com dois outros requisitos da prisão preventiva em nosso País (*conveniência da instrução criminal e assegurar da aplicação da lei penal*). Decreta-se a prisão preventiva no Brasil, muitas vezes, sob o argumento de se estar resguardando a ordem pública, quando, por exemplo, quer-se evitar a prática de novos delitos pelo imputado ou aplacar o clamor público. Não raras vezes vê-se prisão preventiva decretada utilizando-se expressões como “alarma social causado pelo crime” ou para “aplacar a indignação da população”, e tantas outras frases (só) de efeito. A respeito, veja-se a preocupação dos juristas espanhóis Gimeno Sendra, Moreno Catena e Cortés Dominguez: “*Tampoco puede atribuirse a la prisión provisional un fin de prevención especial: evitar la comisión de delitos por la persona a la que se priva de libertad. La propia terminología más frecuentemente empleada para expresar tal idea – probable comisión de ‘otros’ o ‘ulteriores’ delitos – deja entrever que esta concepción se asienta en una presunción de culpabilidad. (...) Por las mismas razones no es defendible que la prisión provisional deba cumplir la función de calmar la alarma social que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se ha determinado quién sea el responsable. Sólo razonando dentro del esquema lógico de la presunción de culpabilidad podría concebirse la privación en un establecimiento penitenciario, el encarcelamiento del imputado, como instrumento apaciguador de las ansias y temores suscitados por el delito. (...) La vía legítima para calmar la alarma social – esa especie de ‘sed de venganza’ colectiva que algunos parecen alentar y por desgracia en ciertos casos aflora – no puede ser la prisión provisional, encarcelando sin más y al mayor número posible de los que prima facie aparezcan como autores de hechos delictivos, sino una rápida sentencia sobre el fondo, condenando o absolviendo, porque sólo la resolución judicial dictada en un proceso puede determinar la culpabilidad y la sanción penal.*” (Derecho Procesal Penal, Madrid: Colex, 3ª. ed., 1999, pp. 522/523).

lei penal (há, ainda, os pressupostos desta prisão, que não nos interessam no presente estudo¹³).

Se assim o é a prisão será uma decorrência de uma sentença condenatória recorrível sempre que, **in casu**, for cabível a prisão preventiva contra o réu, independentemente de sua condição pessoal de primário e de ter bons antecedentes; ou seja, o que definirá se o acusado aguardará preso ou em liberdade o julgamento final do processo é a comprovação da presença de um daqueles requisitos acima referidos.

Conclui-se que a necessidade é o fator determinante para alguém aguardar preso o julgamento final do seu processo, já que a Constituição garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Por outro lado, como a ampla defesa (e no seu bojo a garantia do duplo grau de jurisdição) também está absolutamente tutelada pela Carta Magna, não se pode condicionar a admissibilidade da apelação ao recolhimento do réu à prisão, mesmo que ele não seja primário e não tenha bons antecedentes. Aqui, vamos, inclusive, mais além: mesmo que a prisão seja necessária (e se revista, portanto, da cautelaridade típica da prisão provisória), ainda assim, admitir-se-á o recurso, mesmo que não tenha sido preso o acusado, ou que, após ser preso, venha a fugir.

Observa-se que, agora, mesmo sendo cabível o encarceramento provisório (por ser, repita-se, necessário), o não recolhimento do acusado não pode ser obstáculo à interposição de eventual recurso da defesa, e se recurso houver, a fuga posterior não lhe obstará o regular andamento (não pode ser considerado deserto), pois “a garantia do duplo grau de jurisdição assegura o conhecimento e o julgamento da apelação mesmo que o Estado não alcance êxito na recaptura do acusado.”¹⁴

Não concordamos, outrossim, que a exigência da prisão para recorrer fosse uma “regra procedimental condicionante do processamento da apelação”, como pensa Mirabete¹⁵, pois, como contrapõe Luiz Flávio Gomes, “se não ofende a presunção de inocência ou a ampla defesa, indiscutivelmente ofende o princípio da necessidade de fundamentação da prisão, inscrito no art. 5º., LXI”¹⁶, mesmo porque “os princípios que disciplinam o cabimento das prisões cautelares são radicalmente distintos dos princípios que regulam a interposição, a admissibilidade, o conhecimento e o julgamento dos recursos.”¹⁷

Vê-se que não optamos pela interpretação literal do art. 595¹⁸, o que seria desastroso, tendo em vista as garantias constitucionais acima vistas. Por outro lado, utilizamo-nos do critério da interpretação conforme a

¹³ Fumus commissi delicti: indícios da autoria e prova da materialidade do crime.

¹⁴ José Antonio Paganella Boschi, “A sentença penal”, Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 05/2002.

¹⁵ Processo Penal, São Paulo: Atlas, 10ª. ed., 2000, p. 649.

¹⁶ Direito de Apelar em Liberdade, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª. ed., p. 32.

¹⁷ José Antonio Paganella Boschi, “A sentença penal”, Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 05/2002.

¹⁸ “A interpretação jurídica, insista-se, não pode ser meramente literal. No dizer do jurista italiano Dellogu, a letra da lei é ponto de partida, não é ponto de chegada!” (Luiz Vicente Cernicchiaro, Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 290).

Constituição, procurando adequar o texto legal com o Texto Maior e evitando negar vigência ao dispositivo, mas, antes, admitindo-o válido a partir de uma interpretação garantidora e em consonância com a Constituição. Relembremos que “*não se pode interpretar a Constituição conforme a lei ordinária (gesetzeskonformen Verfassunsinterpretation). O contrário é que se faz.*”¹⁹

Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “*a questão é tentar quase o impossível: compatibilizar a Constituição da República, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do **Codice Rocco** de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da **persecutio criminis**, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório. (...) Lá, como é do conhecimento geral, ninguém duvida que o advogado de Mussolini, Vincenzo Manzini, **camicia nera** desde sempre, foi quem escreveu o projeto do **Codice** com a cara do regime (...)*”²⁰

Afinal de contas, como já escreveu Cappelletti, “*a conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todas.*”²¹ Devemos interpretar as leis ordinárias em conformidade com a Carta Magna, e não o contrário! Como magistralmente escreveu Frederico Marques, a Constituição Federal “*não só submete o legislador ordinário a um regime de estrita legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de todo o imperativo jurídico. A conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todos.*”²²

Devemos atentar que o art. 595 foi inserido em nosso código processual penal pela Lei nº. 5.941/73, época em que vigiam em nosso País a Constituição anterior a 1988 (que não trazia o princípio da presunção de inocência) e um regime político não democrático.

Naquele contexto histórico, portanto, fácil era entender que uma lei ordinária viesse a dificultar o direito ao recurso e a prever a prisão automática decorrente de sentença condenatória recorrível. Bastava a sentença condenatória e a prisão impunha-se automaticamente, por força de lei, presumindo-se a culpabilidade ou a periculosidade do réu.²³

Ocorre que desde 1988 temos outra Constituição, com outros princípios, muitos dos quais expressamente previstos (o que não impede a existência de princípios constitucionais implícitos, como, **v.g.**, o da proporcionalidade). A lei anterior, então, tem que ser interpretada segundo este critério, ou seja, em conformidade com a nova ordem constitucional (sob pena de ser considerada não recepcionada e, logo, inválida), evidentemente sem ultrapassar o seu sentido literal, apenas conformando-a com a Constituição.

¹⁹ STJ, Rel. Min. ADEMAR MACIEL, DJU 3.4.95, p.8.149.

²⁰ O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 175, junho/2007, p. 11.

²¹ Apud José Frederico Marques, in Elementos de Direito Processual Penal, Campinas: Bookseller, 1998, Vol. I, p. 79.

²² Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 79.

²³ Ocorre que “*nenhuma presunção emanada do legislador infraconstitucional pode prevalecer sobre a presunção constitucional*”, como diz Luiz Flávio Gomes, ob. cit., p. 26.

Hoje, contudo, conforme ensina Boschi, “o réu tem o direito subjetivo público de apelar em liberdade – mesmo não sendo primário e de bons antecedentes -, porque a suspensividade é uma qualidade ínsita aos recursos criminais da defesa.”²⁴

Como dissemos, no tempo em que foi inserida em nosso sistema jurídico, a lei traduzia, em verdade, o momento histórico em que vivia o País, cabendo, por isso mesmo, atentarmos, agora, para o elemento histórico-teleológico (concepção subjetivista da interpretação, ou teoria da vontade), segundo o qual a lei obedece ao tempo em que foi intencionalmente (finalisticamente) concebida, devendo ser interpretada preferencialmente em conformidade com aquela realidade.

James Goldshimidt²⁵ já afirmava no clássico “*Problemas Jurídicos e Políticos del Proceso Penal*” que a estrutura do processo penal de um país indica a força de seus elementos autoritários e liberais.²⁶

Devemos, então, buscar abrigo neste elemento histórico, acomodando a lei às “*novas circunstâncias não previstas pelo legislador*”, especialmente aos “*princípios elevados a nível constitucional*”.²⁷

Só poderíamos interpretar este artigo literalmente se este modo interpretativo fosse possível à luz da Constituição. Por outro lado, não entendemos ser o caso de, simplesmente, reconhecer inválida a norma insculpida naquele artigo de lei. A nós nos parece ser possível interpretá-la em conformidade com o texto constitucional, sem que se o declare inválido e sem “*ultrapassar os limites que resultam do sentido literal e do contexto significativo da lei*.”²⁸

Se verdade é que “*por detrás da lei está uma determinada intenção reguladora, estão valorações, aspirações e reflexões substantivas, que nela acharam expressão mais ou menos clara*”, também é certo que “*uma lei, logo que seja aplicada, irradia uma acção que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. A lei intervém em relações da vida diversas e em mutação, cujo conjunto o legislador não podia ter abrangido e dá resposta a questões que o legislador ainda não tinha colocado a si próprio. Adquire, com o decurso do tempo, cada vez mais como que uma vida própria e afasta-se, deste modo, das idéias dos seus autores.*” (grifo nosso): teoria objetivista ou teoria da interpretação imanente à lei.²⁹

²⁴ Ob. cit.

²⁵ Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “*nunca foi tão importante estudar os Goldschmidt, mormente agora onde não se quer aceitar viver de aparências e **imbrogli** retóricos.*” (O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 175, junho/2007, p. 12).

²⁶ **Apud** José Frederico Marques, **in** Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 37.

²⁷ “*Estes são, sobretudo, os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição, quer dizer, a prevalência da ‘dignidade da pessoa humana’ (...), a tutela geral do espaço de liberdade pessoal, com as suas concretizações (...) da Lei Fundamental.*” (Larenz, Karl, Metodologia da Ciência do Direito, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª. ed., 1997, p. 479).

²⁸ **Idem**, p. 481

²⁹ **idem, ibidem**, p. 446.

A interpretação literal efetivamente deve ser o início do trabalho, mas não o completa satisfatoriamente.³⁰ Como nos ensina o Professor Miguel Reale, “a norma é sempre momento de uma realidade histórico-cultural, e não simples proposição afirmando ou negando algo de algo. (...) Se a regra jurídica não pode ser entendida sem conexão necessária com as circunstâncias de fato e as exigências axiológicas, é essa complexa condicionalidade que nos explica por que uma mesma norma de direito, sem que tenha sofrido qualquer alteração, nem mesmo uma vírgula, adquire significados diversos com o vover dos anos, por obra da doutrina e da jurisprudência. É que seu sentido autêntico é dado pela estimativa dos fatos, nas circunstâncias em que o intérprete se encontra. (...) Dizemos, assim, que uma regra ou uma norma, no seu sentido autêntico, é a sua interpretação nas circunstâncias históricas e sociais em que se encontra no momento o intérprete. Isto não quer dizer que sejamos partidários do Direito Livre. (...) Assim, o Juiz “não pode deixar de valorar o conteúdo das regras segundo tábua de estimativas em vigor no seu tempo. (...) E, concluindo, arremata o nosso filósofo: “o reajustamento permanente das leis aos fatos e às exigências da justiça é um dever dos que legislam, mas não é dever menor por parte daqueles que têm a missão de interpretar as leis para mantê-las em vida autêntica.”³¹

Carlos Maximiliano, a propósito, ensinava:

“(...) Em se tratando de normas formuladas por gerações anteriores, o juiz, embora dominado pelo intuito sincero de lhes descobrir o sentido exato, cria, malgrado seu, uma exegese nova, um alcance mais amplo, consentâneo com a época. (...) Ante a imobilidade dos textos o progresso jurídico se realiza graças à interpretação evolutiva, inspirada pelo progredir da sociedade.”³²

Vê-se que “las leyes son e deben ser la expresión más exacta de las necesidades actuales del pueblo, habida consideración del conjunto de las contingencias históricas, en medio de las cuales fueron promulgadas.” (grifo nosso)³³

Atenta-se, com Maximiliano, que o “*Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio.*”³⁴

Portanto, encontra-se inteiramente superada o Enunciado 267 da súmula do Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 267, segundo a qual “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

³⁰ “Toda a interpretação de um texto há-de iniciar-se com o sentido literal” (**idem**, p. 450).

³¹ Filosofia do Direito, São Paulo: Saraiva, 7ª. ed., 1975, pp. 508 e ss. (**apud** Luiz Flávio Gomes, Estudos de Direito Penal e Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 217).

³² Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 1961, 9ª. ed., pp. 122 e ss. (**apud** Luiz Flávio Gomes, Estudos de Direito Penal e Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 218).

³³ Fiore, Pascuale, De la Irretroactividad e Interpretación de las Leyes, Madri: Reus, 1927, p. 579 (tradução do italiano para o espanhol de Enrique Aguilera de Paz).

³⁴ **Idem**, p. 165.

O mesmo se diga quanto ao art. 27, § 2º. da Lei nº. 8.038/90, dando efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário. Neste sentido, atentemos para a lição de Ada Pellegrini Grinover, segundo a qual esta norma “visa a regulamentar os recursos de forma genérica, não sendo aplicável, quanto aos efeitos prisionais, à esfera penal.”³⁵ Neste mesmo sentido, Paganella Boschi, para quem este parágrafo “endereço-se unicamente aos processos cíveis, porque nestes a execução provisória da sentença, mediante caução pelo autor, é perfeitamente admissível. Jamais as sentenças proferidas nos processos criminais, por implicar ofensa aberta, direta e frontal à garantia da presunção de inocência, antes citada.”³⁶

Aliás, não é mesmo possível admitir-se o efeito somente devolutivo do recurso especial (e mesmo do extraordinário) na esfera penal, pois estaríamos contrariando o princípio constitucional da presunção de inocência.

Para finalizar, recorremos, mais uma vez, a Larenz:

“Mediante a interpretação ‘faz-se falar’ o sentido disposto no texto, quer dizer, ele é enunciado com outras palavras, expressado de modo mais claro e preciso, e tornado comunicável. A esse propósito, o que caracteriza o processo de interpretação é que o intérprete só quer fazer falar o texto, sem acrescentar ou omitir o que quer que seja. Evidentemente que nós sabemos que o intérprete nunca se comporta aí de modo puramente passivo.”³⁷

³⁵ Apud Roberto Delmanto Junior, in As modalidades de prisão provisória e o seu prazo de duração, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 206.

³⁶ Revista de Estudos Criminais nº. 05, Porto Alegre: Editora NotaDez, 2002.

³⁷ Ob. cit., p. 441.