

REDISCUTINDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE

Ana Cláudia Manso S. O. Rodrigues

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília
Procuradora do Banco Central do Brasil, cedida
Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, com sua nova composição, tem sido provocado a reexaminar matérias até então pacificadas em sua jurisprudência. Isso tem se evidenciado, em especial, nas discussões que envolvem direito processual penal. Os Ministros estão reapreciando decisões da Corte, agora com uma forte ênfase na teoria dos direitos fundamentais.

Debate assaz instigante tem ocorrido acerca do direito de o condenado recorrer em liberdade. O tema encontra-se, atualmente, sob a apreciação do STF, na Reclamação nº 2.391.

Nessa Reclamação, o Plenário está discutindo alcance do art. 9º, da Lei nº 9.034/95, que dispõe que “o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei”, e do art. 3º, da Lei nº 9.613/98, que exige o recolhimento à prisão como regra, ao estabelecer que “o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.”

Em diversas oportunidades, o STF manifestou-se pela constitucionalidade do recolhimento compulsório à prisão para que o condenado possa recorrer, inclusive reconhecendo a validade de variadas leis que prevêm esse encarceramento.

A temática gira em torno do alcance dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Constituição, que estabelecem, respectivamente: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; e “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Os Ministros enfrentam a seguinte questão: como compatibilizar o princípio da não-culpabilidade com a prisão do condenado antes de sentença transitada em julgado, quando não estão presentes as hipóteses do inciso LXI, do art. 5º, da Constituição?

Sobre essa problemática, destacam-se dois casos paradigmáticos, dos quais se extraem os principais argumentos pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da exigência legal do encarceramento do condenado para recorrer.

O primeiro caso, de 13 de setembro de 1995, é o do *Habeas Corpus* nº 72.366, no qual o STF, por apertada votação de 6 a 5, decidiu que o art. 594 do CPP (“o réu não poderá apelar em liberdade”) continua em vigor, não tendo sido revogado pelo princípio constitucional da não-culpabilidade. Assim restou ementada essa decisão:

“*Habeas Corpus*. 2. Condenado Reincidente. Prisão resultante da sentença condenatória. Aplicabilidade do art. 594, do Código de Processo Penal. 3. Os maus antecedentes do réu, ora paciente, foram reconhecidos, na sentença condenatória, e, também, outros aspectos da sua personalidade violenta. 4. Código de Processo Penal, art. 594: norma recepcionada pelo regime constitucional de 1988. Ora, se este artigo é válido, o benefício que dele decorre, de poder apelar em liberdade, há de ficar condicionado à satisfação dos requisitos ali postos, isto é, o réu deve ter bons antecedentes e ser primário. 5. *Habeas Corpus* denegado e cassada a medida liminar.”¹ [sem grifos no original]

O segundo caso é o da RCL 2.391, na qual o Plenário, em sua nova composição, está rediscutindo a questão. Apesar de não estar sendo apreciada especificamente a constitucionalidade do art. 594 do CPP, são os argumentos vencedores da discussão do HC 72.366 que agora estão sendo ultrapassados pela Corte. Já votaram os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Gilmar Mendes.

Da leitura dos votos proferidos nas duas ações, destacam-se os seguintes argumentos favoráveis à constitucionalidade do recolhimento do condenado para recorrer:

- Trata-se de uma prisão prevista em lei, compatível com o disposto no inciso LXI, do art. 5º, da Constituição. “Não cabe, por isso mesmo, afirmar que a restrição à liberdade do paciente não está motivada.” (Min. Néri da Silveira);

- O art. 594 do CPP presume necessária a prisão cautelar para o fim de dar cumprimento e tornar efetiva a condenação;
- O alcance do princípio constitucional da não-culpabilidade não confere intangibilidade ao condenado;
- Se o sistema permite a prisão cautelar durante a instrução do processo, antes mesmo da sentença condenatória, o princípio da não-culpabilidade não pode impedir a prisão, depois da condenação, ainda que não haja trânsito em julgado;
- A Constituição não exige os requisitos da prisão preventiva para esse encarceramento;
- O entendimento contrário (ou seja, a inconstitucionalidade desse recolhimento) implicaria a impossibilidade de prisão, “mesmo após a condenação em 1º e 2º graus, o que tornaria inócuas as normas sobre o efeito não suspensivo dos Recursos Especial, para o Superior Tribunal de Justiça, e o Extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal” (Min. Sydney Sanches);
- “Não pode a Corte Suprema, que tem uma função política da mais alta relevância, decidir pela revogação do art. 594, CPP, ou art. 35 da Lei de Tóxicos, e assim colocar em liberdade e mandar para as ruas criminosos perigosos” (Min. Carlos Velloso).

Contrariamente, são esses os fundamentos pela inconstitucionalidade da proibição *ex lege* de se apelar em liberdade:

- Não se cuida das hipóteses de prisão previstas no inciso LXI, do art. 5º, da Constituição;
- A execução antecipada ou provisória da pena ainda não transitada em julgado afronta o princípio constitucional da não-culpabilidade. “Não restou espaço para a prisão processual, automática ou obrigatória, que tenha como único pressuposto a presunção de culpa” (Min. Ilmar Galvão);
- “Como toda medida cautelar, ela há de ser fundamentada; fundamentada na necessidade cautelar da prisão. Senão [...], a privação da liberdade será, de fato, antecipação de execução de pena” (Min. Sepúlveda Pertence);

¹ HC 72.366, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno, DJ 26.11.99.

- Trata-se de um “pressuposto objetivo de recorribilidade dos mais extravagantes” (Min. Marco Aurélio). Para demonstrar o desejo de reformar a sentença, exige-se que o condenado inicie o cumprimento da pena;
- Violam-se os princípios constitucionais da igualdade e da individualização da pena, por se tratar de uma fórmula abstrata que atribui um desvalor genérico, qual seja, simples condenação, a justificar a prisão;
- Absolvido o condenado, em grau de recurso, não há como se retornar ao *status quo ante*;
- A mera inexistência da primariedade e os antecedentes criminais não respaldam a prisão, por estarem relacionados ao passado do condenado;
- O princípio da não-culpabilidade “tem um sentido prático de garantia contra a possibilidade de a lei ou de qualquer decisão judicial, impor, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, qualquer consequência jurídica que dependa desse trânsito em julgado” (Min. Cezar Peluso);
- Destoa do princípio da dignidade da pessoa humana;
- O enunciado da Súmula 393 do STF prescreve: “Para requerer revisão criminal o condenado não é obrigado a recolher-se à prisão”;
- Viola o princípio da proporcionalidade já na sua aceção de necessidade. “Os eventuais objetivos de semelhante medida podem ser integralmente alcançados com a adoção da prisão provisória” (Min. Gilmar Mendes);

Na RCL 2.391, esses são os argumentos que têm prevalecido, para declarar-se a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 9.034/95, e, com relação ao art. 3º da Lei nº 9.613/98, empregar-se interpretação conforme à Constituição, para se interpretar que o juiz decidirá, fundamentadamente, se o condenado poderá apelar ou não em liberdade, no sentido de se verificar se estão presentes ou não os requisitos da prisão cautelar (art. 312 do CPP).

Ressalte-se que o Ministro Gilmar Mendes propôs a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade apenas para o futuro (art. 27 da Lei nº 9.868/99), em face das inúmeras repercussões dessa mudança na jurisprudência antes consolidada da Corte. Consta da conclusão do seu voto, *verbis*:

“Considerando todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil, processual e penal, reconheço que, ante a nova orientação que se desenha, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia *ex nunc*, permitindo que o juiz, em cada caso, avalie a necessidade/possibilidade de decretação da prisão provisória nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.”

O processo encontra-se atualmente com vista para a Ministra Ellen Gracie.

Interessante observar que, como conseqüência dessa interpretação, quase já majoritária, surgirão implicações também quanto à jurisprudência firmada com relação ao recolhimento à prisão quando ainda cabíveis os recursos especial e extraordinário.

Com efeito, assim decidiu o Plenário, por unanimidade, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 68.721:

“Habeas Corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau é de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º, do art. 27, da Lei n 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas Corpus indeferido.”² [sem grifos no original]

² HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, julg. 28.06.91, DJ 20.11.92.

A discussão ganha novos contornos quando se está diante de decisão condenatória em 2º grau, sendo cabíveis os chamados recursos extraordinários aos quais a lei não atribui efeito suspensivo. Assim é que os Ministros Maurício Corrêa e Ilmar Galvão, não obstante no HC 72.366 haverem defendido a inconstitucionalidade do recolhimento à prisão para apelar, mencionaram expressamente em seus votos, que essa interpretação não alcançava as instâncias extraordinárias.

Afirmou o Ministro Ilmar Galvão:

“Em casos de decisão condenatória pendente de recurso especial ou extraordinário, aderi à orientação de que, por tratar-se de recursos sem efeito suspensivo, não constitui óbice a que se dê início à execução da pena, a norma do inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal, que, dentro dessa perspectiva, é de ser tida como asseguradora, ao acusado, não do exaurimento dos recursos chamados extraordinários, mas tão-somente de um julgado em segundo grau de jurisdição; impedindo-se, por esse modo, que em face da conhecida morosidade das decisões judiciais, entre nós, venha a pena, ante a perspectiva de um exagerado distanciamento temporal entre o fato delituoso e a sua punição, provocado pelos mencionados recursos, a ser praticamente despojada de sua importante finalidade utilitária de medida inibidora do crime.”

Essa preocupação também não passou despercebida no voto do Ministro Francisco Rezek no *Habeas Corpus* nº 71.026:

“Acho que as normas do Código de Processo Penal são claramente indicativas de que essa prisão se justifica, e condizem com o restante do Código, com sua fatura recursiva.

Há países onde se pode conviver sem conseqüências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com

rapidez, porque não conhecem nada de semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade recursiva.”³

Com a nova orientação que se firma no STF, no sentido da impossibilidade de se iniciar o cumprimento de sentença condenatória ainda não transitada em julgado, mas apenas se determinar a prisão cautelar do condenado, presentes os requisitos do art. 312 do CPP, indaga-se como ficaria a prescrição.

O início ou a continuação do cumprimento da pena configura causa interruptiva da prescrição (art. 117, inciso V, do CP). Se essa prisão para interposição de recurso não pode ser considerada início de cumprimento da pena, um bom advogado, manejando os vários recursos criminais disponíveis, não alcançaria a prescrição? Até porque, dentre as hipóteses de interrupção da prescrição, não está prevista a publicação do acórdão do Tribunal, confirmando a condenação.

O princípio da não-culpabilidade impediria, inclusive, a prisão do condenado, quando já exaurida a instrução nas instâncias ordinárias e vedado o reexame de provas nos recursos especial e extraordinário? Não se poderia afirmar que, nessa hipótese, a presunção de não-culpabilidade já não é tão forte?

São apenas alguns dos questionamentos que a Corte terá que enfrentar.

Oportunamente, a Primeira Turma afetou essa matéria ao Plenário, no julgamento do *Habeas Corpus* n° 84.078.⁴

A discussão, portanto, está longe, muito longe de ser finalizada.

³ HC 71.026, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 25.04.97.

⁴ HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, noticiado no Informativo STF n° 371.