

AFIRMAÇÃO CONSTITUCIONAL DA DESCONSIDERAÇÃO DE CULPABILIDADE PREMATU- RAMENTE ASSENTADA E CONSEQUENTE DIREITO DO ACUSADO DE RECORRER EM LIBERDADE

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

*Professor Titular de Direito Processual Penal
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.*

1. Orientação doutrinária e jurisprudencial incorreta

Um dos temas que não têm recebido uniforme e correto tratamento doutrinário e jurisprudencial, dada a manifesta inaplicação do disposto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, é o referente ao reconhecimento do **direito do acusado de recorrer em liberdade**.

Realmente, e com abstração de nosso propagado entendimento (v. **Devido processo penal e alguns de seus mais importantes corolários**, em *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1993, págs. 21/25; e *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1993, págs. 401/418), acerca da distinção entre **prisão provisória de natureza processual** (decorrente de ato decisório de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível, temos que a mais grave falha de percepção de eminentes jurisperitos, a esse propósito, reside na asserção da necessidade de ostentar o acusado **primariedade** e **bons antecedentes**, a fim de obter o (também atecnicamente) afiançado “**benefício**” legal (cf., e. g., julgamento do **Recurso de Habeas Corpus n. 2.616-2/SP** do S.T.J., Relator Ministro JOSÉ CÂNDIDO, publicado no **DJU**, exemplar de 06.09.1993, por ementa; **Rev. Trim. de Jurispr.**, vol. 134, pág.805; **Jurispr. do STJ e TRFs**, vols. e págs. 26/264, 15/203, - este com apoio no entendimento de DAMÁSIO E. DE JESUS, **Código de Processo Penal Anotado**, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989, págs. 638/

639; *Revista dos Tribunais*, vols. e págs. 660/346, 648/286, 640/301, 619/378; *Revista de Jurisprudência do TJESP*, vols. e págs. 136/536, 129/542, 128/539, 124/534, 122/545).

Chega-se mesmo a ressaltar, em alguns desses julgados (laborando-se, aliás, em manifesto equívoco, determinante do ora proclamado erro na sobrelevação das ineficazes disposições contidas nos arts. 408, § 2º e 594, do Código de Processo Penal), que a “regra” é o recolhimento do pronunciado, ou provisoriamente condenado, à prisão, para recorrer; e a “exceção”, a sua liberdade ...

No primeiro dos indicados atos decisórios (procurando apenas exemplificar, também), fez-se, com indisfarçável caráter dogmático, essa inusitada e inaceitável afirmação, lendo-se, na parte inicial da ementa, **verbis**: “**RECURSO DE HABEAS CORPUS. RECLAMADO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE (ART. 594, DO CPP). MAUS ANTECEDENTES COMPROVADA REINCIDÊNCIA DO PACIENTE.** A regra estabelecida pelo art. 594, do Código de Processo Penal, é a do recolhimento do réu à prisão para apelar da sentença condenatória. A exceção decorre da sua condição de primário e de bons antecedentes ...”.

Finca-se a orientação nele sobrelevada, por certo, no enunciado da **Súmula n. 9**, do mesmo Superior Tribunal de Justiça (“*A exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência*”), que, por sua vez, se mostra jungida à literalidade do art. 594 do Código de Processo Penal, assim redigido, **verbis**: “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”.

E, por isso, à evidência, e com o devido respeito, não pode (melhor: **não deve**) continuar prevalecendo, por ser afrontosa da referenciada preceituação constitucional, que, para não ser contrariada por tais pronunciamentos, deveria ter a seguinte redação: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, se for primário e tiver bons antecedentes*”...

Tal, aliás, o inominado absurdo da compreensão desse exigível (como suporte da ora guerreada tese pretoriana) complemento, que torna despicendas mais alentadas considerações, porventura alvi-

tradas pelo analista dos dispositivos constitucional e legal apontados, ao confrontá-los exegeticamente.

2. Determinação conceptual de primariedade e bons antecedentes

2.1. Primariedade

Insta, outrossim, para melhor exame do importantíssimo tema, inclusive para justificar, devidamente, as precedentes asserções, determinar os conceitos de **primariedade** e de **bons antecedentes**, aduzidos, como visto, à redação originária dos aludidos arts. 408 e 594 do Código de Processo Penal pela Lei n. 5.941, de 22 de novembro de 1973, no primeiro com a adição do § 2º (até então inexistente) e no outro em ponto intermediário, **verbis**: “...se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória...”.

Não sem antes frisar, com a força da convicção formada em larga experiência científica e profissional que qualquer deles jamais se apresentou, devida e necessariamente, como **requisito do exercício do direito de recorrer em liberdade**.

E, isto posto, verificando, de logo, que o de **primariedade** reclama aceção necessariamente **técnica**, a saber:

a) **inexistência de condenação do acusado por sentença transitada em julgado**, ou seja, de **reincidência**, tal como se tem, a *contrario sensu*, do disposto no art. 63 do Código Penal, assim redigido: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”; ou,

b) embora existente mencionada condenação, **ineficácia da reincidência**, na forma prescrita no subsequente art. 64, **verbis**: “Para efeito de reincidência: I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; II – não se consideram os crimes militares próprios e políticos”.

Como bem explica CELSO DELMANTO (v. **Código Penal Comentado**, 3ª ed., atualizada por Roberto Delmanto, Rio de Janeiro, ed.

Renovar, 1991, págs. 102 e 104), reconhece a lei, no art. 63, que **primário** é “o agente que não tenha contra si a reincidência perfeitamente caracterizada, não obstante possa ter sofrido anteriores condenações não transitadas em julgado”; ou, tendo-a, esta não mais prevalece, dada a sua temporariedade (cinco anos), perdendo, após o decurso do lapso temporal previsto no art. 64, I, a “sua força”, com relação ao “crime subsequente”.

Por outras, e quiçá mais simples, palavras, verifica-se a **primariedade** do agente quando este: **a)** não tenha sofrido condenação por sentença transitada em julgado precedentemente à prática de “nova” infração penal; **b)** sofrendo-a, o tenha sido por crime militar próprio ou político; ou, **c)** haja decorrido prazo superior a cinco anos, desde o cumprimento ou extinção da pena nela imposta, até a data da “infração posterior”, computando-se, outrossim, neste caso, “o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não houver revogação”.

Em suma, incorrendo reincidência pela prática de crime comum, ou dado o seu exaurimento, por força do decurso do mencionado prazo, tem-se a **primariedade** do agente de “nova” infração penal, a sua condição de **primário**.

2.2 Bons antecedentes

2.2.1. Conceituação

Já a conceituação de **bons antecedentes** é, sem dúvida alguma, mais difícil de ser estabelecida.

Diz, aliás, mais propriamente, com a **inexistência de antecedentes**, quais sejam *lato sensu* considerados, “todos os fatos ou episódios da vida *anteacta*” da pessoa envolvida numa persecução penal, e que “possam interessar de qualquer modo à avaliação subjetiva do crime” (cf., a respeito, **Julgados do TACrim-SP**, vol. 39, pág. 167; e voto do Juiz SÉRGIO PITOMBO na **Revisão Criminal nº 236.782/8**, da Comarca de São Paulo), - especialmente, no que interessa de perto ao estudo ora desenvolvido, do **pronunciado** ou **provisoriamente condenado**.

E, de qualquer modo, reclama, desde logo, desapego a qualquer

subjetivismo, devendo ser determinada **objetivamente**.

Assim também, a superação de óbices ínsitos à concepção científica de instituições, no âmbito do Direito (não bastando, portanto, que se afirme ter **bons** quem não tem **maus antecedentes**, - vazia fórmula que poderia ganhar sentido se, e quando, fixados estes, aqueles o fossem por exclusão...).

Por via de consequência, considerados todos os aspectos supra focalizados, torna-se possível asseverar, em abreviada síntese que, **bons antecedentes**, na linguagem da lei, deveriam corresponder, em princípio, e rigorosamente, a *digna e reta vivência pretérita, quer no seio da família e do trabalho, quer no da sociedade, sem qualquer mácula, sobretudo de natureza penal.*

Avulta, entretanto, e certamente, nessa concepção, o derradeiro enfoque, até porque o viver bem, familiar, laboral e socialmente, é verificável sem maior dificuldade e não representa, ao menos consoante implícito entendimento pretoriano, dado realmente expressivo (em senso crítico-técnico) no contexto da perquirição procedida a respeito pelo agente do Poder Judiciário – Juiz ou Tribunal, - no exercício da jurisdição criminal.

Com efeito, a par de determinados fatos muito pouco ou nada significarem na apuração dos **antecedentes** do indiciado ou do acusado (como, equivocadamente, alvitram alguns autores, v. g. Ariovaldo Alves de Figueiredo, **Comentários ao Código Penal**, São Paulo, Saraiva, 1985, vol. I, pág. 164; referindo-se, inclusive, a “condenação em ação de desquite”...), presta-se a sua **conduta social**, precipuamente, para a **individação da pena**, a teor do art. 59 do Código Penal.

Esclarece-o, satisfatoriamente, PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, **Comentários ao Código Penal**, São Paulo, Saraiva, 1986, vol. I, págs. 312/313, - após afiançar o destaque, em relação aos **antecedentes**, da **conduta social**, que, deles desdobrada, “adquiriu autonomia própria”, - expressando, **verbis**:

“Por conduta social deverá entender-se o papel que o acusado teve, em sua vida pregressa, na comunidade em que houver integrado. Se foi homem voltado ao trabalho, probo, caridoso, ou se ao revés transcorreu os seus dias ociosamente, ou exercendo atividades parasitárias ou anti-sociais. Será igualmente considerado o comportamento do agente no seio da família, o modo pelo qual desempe-

nhou-se como pai e como marido ou companheiro. Será igualmente considerada sua conduta no ambiente de trabalho, de lazer ou escolar. Se se mostrava o agente sociável, cordial, educado, prestativo, ou introvertido, ríspido, egocêntrico, egoísta, agressivo para com seus colegas de trabalho, ou de escola, ou para com seus companheiros de clube.”

Ora, sobre o fato de não serem essas circunstâncias, normalmente, objeto de indagação, pelo juiz, quando da verificação de **antecedentes**, constitui, na realidade, autêntico, **bis in idem** (que deve, tanto quanto possível, ser evitado, posto que repugnante ao Direito...) a concomitante consideração da **conduta social na individualização da pena** e na **determinação de outros efeitos, relacionados com os referidos antecedentes**.

E, assim sendo, a perquirição destes, pelos órgãos jurisdicionais, deve cingir-se, como de fato se cinge, em linha de princípio, aos **penais**, referenciando a doutrina e a jurisprudência, como tais – aliás diversificada e desuniformemente, - os alusivos a precedentes:

a) investigação criminal e indiciamento, durante o desenrolar do respectivo procedimento, do suposto autor de fato tido como penalmente relevante; e,

b) processo-crime, e, neste especialmente, **condenação por sentença ou acórdão transitado em julgado**.

Daí, com abstração dos multifários e descontraídos pronunciamentos de juristas magistrados, e até com o inescandível propósito de questioná-los, a importância de estabelecer, qual ou quais, dentre estes, implicariam, em desfavor do pronunciado, ou provisoriamente condenado, a **inexistência de bons antecedentes**, para os fins especificados na legislação penal e, como tal, por eles alvitados.

2.2.2. Precedência de investigação criminal e de indiciamento

Em primeiro lugar, guardada a ordem da enunciação, o envolvimento em **investigação criminal** e, durante o seu desenrolar, o **indiciamento** do envolvido.

Bem é de ver, antes de qualquer outra averiguação a esse propó-

sito, que a sujeição de pessoa física, membro da coletividade, aos efeitos da instauração da *informatio delicti*, deve resultar, inafastavelmente, da notícia da prática de infração penal (*notitia criminis*), e de suposição, pela autoridade dela encarregada, de autoria delituosa.

À falta, ainda de dados indicativos convergentes de que o investigado tenha cometido crime ou contravenção penal (v., a respeito, nosso **Indiciamento e qualificação indireta**, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1983, vol. 571, pág. 292), inadmissível afigura-se, por certo, a convicção de constituir o procedimento administrativo-persecutório de colheita de elementos instrutórios hábeis à basificação da propositura de ação penal **fato negativo de bons antecedentes**: qualquer outro entendimento levaria, como de fato leva, ao inominado absurdo de ter-se como previamente culpado ser humano ao qual totalmente alheia a infringência de norma penal material.

Da mesma maneira, o **indiciamento** – que reclama, em nossa opinião, atrelada á de ilustres processualistas penais (v., por todos SERGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO, **O indiciamento como ato de Polícia Judiciária**, em *Inquérito Policial – novas tendências*, Belém, Cejup, 1986, págs. 35/45; e, ainda, Projeto de Lei elaborado pela Comissão de Juristas nomeados pela Portaria nº 349, de 16 de setembro de 1993, do Senhor Ministro de Estado da Justiça, para proceder à reformulação do processo penal brasileiro), **precedência de ato formal da autoridade encarregada da investigação criminal, determinando-o motivadamente**, - apesar de sua bem mais acentuada expressividade, **não pode ser considerado antecedente denegridor da personalidade e do caráter do indiciado**.

Vistos, e igualmente relevantes, aliás, são os motivos justificativos dessa afirmação, a saber:

a) a ordem de indiciamento, sem a indispensável basificação probatória, apresenta-se, vezes inúmeras, **abusiva**;

b) o fato do indiciamento pode ser, desde logo, **inoperante**, em face do **arquivamento dos autos de inquérito policial**, dada a **atipicidade**, a **incomprovação da materialidade do fato tido como ilícito**, **antijurídico e culpável**, ou a **verificação prévia da inexistência de qualquer indício suficiente de autoria delituosa**;

c) mesmo **indiciado** e, em seguida, **submetido aos efeitos do aforamento de ação penal**, o acusado poderá ser **absolvido**, com fundamento num dos incisos do art. 386 do Código de Processo Penal, especialmente os de números I (**comprovação da inexistência do fato**), III (**atipicidade do fato ou dos fatos narrados na proposição acusatória**) e V (**existência de circunstância excludente de crime, ou determinante de isenção de pena**); e, por derradeiro,

d) **um fato não pode, ao mesmo tempo, ser tido como irrelevante, com relação a um efeito e, num antagonismo até chocante, relevante no tocante a outro.**

Em abono dessa última informação, deve ser trazido, já agora, à colação o diuturnamente reiterado entendimento da jurisprudência nacional, inclusive do Excelso Pretório e, mais recentemente, do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, em princípio, “não constitui constrangimento ilegal o indiciamento em inquérito policial, haja vista tratar-se de procedimento administrativo que não encerra juízo acusatório. Cabimento do *Habeas Corpus* tão-só quando o fato em apuração não constitui, sequer em tese, ilícito penal, o que caracterizaria abuso de poder de indiciar da autoridade policial” (v., com farta referência pretoriana, lastreadora desse enunciado, *Jurispr. do STJ e TRFs*, vol. 48, págs. 616/619; e, no mesmo sentido, *Rev. dos Tribs.*, vol. 658, pág. 336).

Ora, seria, na realidade, autêntico **contra-senso** (ou, no dizer do eminente e saudoso juriconsulto paulista JOSÉ FREDERICO MARQUES, um “**não-senso**”, equivalente, por certo, a **falta de senso...**), proclamar a **inocorrência de constrangimento ilegal**, quer na **sujeição aos efeitos da instauração de inquérito policial**, quer no **indiciamento** nos respectivos autos efetivado; e, em frontal antagonismo, **conceber um deles, ou ambos, como fato ou fatos determinantes de antecedente penal**, verificável em detrimento do investigado ou do indiciado...

E, por isso mesmo, sobretudo por amor à coerência - exigível sempre nas, embora diversificadas, parelhas situações, - e com o devido respeito aos que se equivocam na sua diferenciada análise, não há como vislumbrar-se nelas a **existência de maus antecedentes**, ou,

em sentido inverso, a **inexistência de bons antecedentes**.

2.2.3. Sujeição a processo-crime

Por outro lado, a **sujeição aos efeitos da formação e subsequente desenvolvimento de processo-crime de caráter condenatório**, a partir da oferta de acusação, pelo Ministério Público ou querelante, e sua recepção a processamento, pelo órgão jurisdicional, também não se faz suficiente, *per se*, à efetividade de **antecedente penal**.

E isso, à evidência, não só pelo fato de o acusado poder ser absolvido, com fundamento no apontado art. 386 do Código de Processo Penal, especialmente nos incisos I, III e V, também já destacados; como, por igual, não se poder vislumbrar nos atos decisórios de pronúncia e de condenação recorrível (**passíveis, por certo, de reforma ou revogação**) a afirmação definitiva de culpabilidade do pronunciado ou provisoriamente condenado.

Como bem salientou, a esse respeito, a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, pelo voto condutor do Juiz SILVEIRA BUENO (*in Jurispr. do STJ e TRFs.*, vol. 45, pág. 535), **não constitui antecedente penal sentença condenatória não transitada em julgado**, a saber:

*“Em face da regra do art. 5º, nº LVII da Constituição da República, é de se presumir a inocência em favor do acusado contra o qual não pese decisão condenatória, com trânsito em julgado, daí porque a simples afirmação da existência de processo contra a acusada **não pode ser considerada mau antecedente** para efeito de fixação da pena” (com destaques nossos; e o necessário aceno à transcrição de parte do voto proferido pelo Ministro CELSO MELLO no **Habeas Corpus nº 00684653/130**, afiançando **não poder “repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecurável do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído”**).*

E mais nada é preciso aduzir, para firmar-se a convicção de que, tecnicamente, assim como o envolvimento inicial na *persecutio criminis*, a sujeição aos efeitos da propositura de ação penal de conhecimento de caráter condenatório **não deve ser tida como antecedente penal**; tanto mais quanto se tenha presente o claríssimo e decantado enunciado do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, **vedatório da consideração prévia de culpabilidade**, ao expressar, com todas as letras, que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Seria só mesmo de trazer à colação, em abono das asserções expendidas nos excelentes julgados, a preceituação contida no § 2º do indicado art. 5º (*verbis*, e com destaques propositais: **“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”**) que, indubitavelmente, contempla a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) assinada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e referendada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992; e cujo art. 7º, 2, está assim redigido:

“Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”.

2.2.4. Prática de outro crime, após a condenação do acusado pelo precedentemente cometido, por sentença ou acórdão já transitado em julgado

Finalmente, a **prática de outro crime, após a condenação do acusado pelo precedentemente cometido, por sentença ou acórdão transitado em julgado**, deve ser considerada, especificamente, quando do novo julgamento condenatório, **reincidência**, na forma delineada pelo art. 63 do Código Penal, e que, por sua vez, não há de ser confundida com **mau antecedente**, ou **falta de bons**

antecedentes.

Com efeito (e, especialmente, para os que consideram válido o binômio por nós execrado), se o legislador menciona, num mesmo dispositivo legal, a necessidade de ser o pronunciado, ou o provisoriamente condenado, “primário **E** de bons antecedentes” (o destaque do **E** é nosso), para poder permanecer em liberdade durante a tramitação do procedimento recursal (cf., respectivamente, arts. 408, § 2º e 594, do Código de processo Penal), por certo que os distinguiu intencionalmente, sendo vedado ao intérprete, à vista da distinção estabelecida, afirmar, para os fins e consequências em lei previstas, que a **reincidência (perda da condição de primário)** implica a **falta de bons antecedentes** ou, mais técnica e apropriadamente, a **existência de antecedente penal**.

Além do que, perdendo ela sua **eficácia**, pelo transcurso de cinco (5) anos, desde a data do cumprimento ou da extinção da pena anteriormente imposta, até o cometimento da infração penal posterior (cf. art. 64, I, do Código Penal) – ou sendo de natureza militar, propriamente dita, ou política, o crime pretérito, - o acusado volta a ostentar a condição de **primariedade**, ou, como querem alguns, de “não-reincidente” e que, inconfundível, como visto, com o requisito de **bons antecedentes**, permite ao pronunciado, ou provisoriamente condenado, recorrer em liberdade.

Lembra bem, neste particular, PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, *Comentários ao Código Penal, cit., vol. I, pág. 333*, que a exigência do art. 594 do Código de Processo Penal, ao incluir a condição de **primário** entre os requisitos nele estabelecidos para a liberdade do recorrente, durante o procedimento recursal, “deverá ser interpretada à luz do art. 64, I, de molde a permitir que os condenados, decorrido o prazo superior a cinco anos *in albis*, possam recorrer em liberdade”.

Em suma, a **reincidência**, enquanto **eficaz**, e só ela, deveria ser considerada na aplicação dos mencionados arts. 408, § 2º e 594, até que editada a vigente Constituição de nossa República Federativa, em 05 de outubro de 1988.

Como em recente acórdão, proferido no **Recurso de Habeas**

Corpus n. 2.227-2, do Estado de Minas Gerais, e com relação a tema assemelhado, decidiu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos e com prevalência do condutor do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, essa conclusão é perfeitamente válida, a saber:

“RHC – DIREITO PENAL – REINCIDÊNCIA – ANTECEDENTES

– O art. 64, I, C. P. determina que, para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior houver decorrido prazo superior a 5 (cinco) anos. O dispositivo se harmoniza com o Direito Penal e a Criminologia modernos. O estigma da sanção penal não é pere-ne. Limita-se no tempo. Transcorrido o tempo referido, sem outro delito, evidencia-se a ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a justiça penal. A conclusão é válida também para os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada” (**ementa** do julgamento de 18 de dezembro de 1992, publicada no **DJU**, exemplar de 29 de março de 1993, pág. 5.267).

Acrescente-se que esse julgado não se encontra solitário na jurisprudência nacional, fazendo por merecer expressa referência, entre vários outros, o do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, publicado na **Rev. dos Tribs.**, vol. 644, pág. 285 (da Décima Segunda Câmara, sendo Relator o Desembargador EMERIC LEVAI), em que afirmado, com todas as letras, o **“direito de aguardar solto o processamento de eventual recurso”** (com destaques, também, nossos).

3. Verificação de direito subjetivo de recorrer em liberdade

Com a promulgação da vigente Magna Carta, todavia, nem uma, nem outra (ou seja a **reincidência vigorosa**, ou a **ineficaz**), bem como a verificação de **antecedente** ou **antecedentes penais**, - nada disso se presta para obstar ao **reconhecimento do direito (direito**

subjeto do pronunciado, ou do provisoriamente condenado) de recorrer em liberdade.

Realmente, como explicita, com acuidade, e por todos, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *Presunção de inocência e prisão provisória*, São Paulo, Saraiva, 1991, págs. 65/66, desde então “não se concebem quaisquer formas de encarceramento ordenadas como antecipação da punição, ou que constituam corolário automático da imputação, como sucede nos casos de prisão obrigatória, em que a imposição da medida independe de verificação concreta do *periculum libertatis*”. E, complementando, em nota, *verbis*: “Considerando que a norma constitucional refere-se a ‘trânsito em julgado de sentença penal condenatória’, entendemos que constituem modalidades de prisão obrigatória, inconciliáveis com a presunção de inocência a medida prevista pelo art. 594 do Código de Processo Penal, no que se refere aos condenados reincidentes ou portadores de maus antecedentes, bem como o recolhimento necessário à prisão previsto pelo art. 35 da Lei n. 6.368/76”.

E essa é, sem nenhum resquício de dúvida, a única interpretação compatível com o claríssimo enunciado da logo acima transcrita preceituação constitucional, especialmente tendo-se em vista o **ideal de liberdade** que inspirou o legislador constituinte e a certeza de que a “garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade”, até mesmo “os preceitos de entendimento duvidoso” (v., a respeito, THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Do controle da constitucionalidade*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, pág. 164; e, em assemelhado senso, pregando a perquirição da *mens legislatoris*, PASCUALE FIORI, *De la irretroatividad y interpretación de las leyes*, trad. Castellh. de Enri- que Aguilera de Paz, 3ª ed., Madrid, 1927, pág. 591).

Interpretação exegética, aliás, e que, dia a dia, vai ganhando eminentes adeptos, quer na doutrina e nas diversificadas acepções do tema (v., e. g., PAULO CLÁUDIO TOVO e JOÃO B. TOVO, *Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova Constituição*, Porto Alegre, Sérgio Fabris ed., 1989, pág. 24; RAILDA SARAIVA, *A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1992, págs. 81/82; LEÔNIDAS RIBEIRO

SCHOLZ, *A sentença penal condenatória e a prisão do acusado*, na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1991, vol. 668, págs. 384 e segs.), quer na jurisprudência (cf. *Rev. dos Tribs.*, vols. e págs. 668/235, 661/286, 658/297, 645/296; *Rev. de Jurispr. do TJESP*, vol. 123, pág. 515; *Julgados do TACrim-SP*, vol. 100, pág. 82).

Como, também precisamente, intuiu o último dos autores citados, à pág. 385, o regramento sob análise contempla o proclamado **direito de recorrer em liberdade**, “seja ou não primário o sentenciado, possua ele ou não bons antecedentes, simplesmente porque circunstâncias tais não integram o conteúdo axiológico do postulado constitucional em destaque, cujo critério norteador, pode-se dizer, o único, reside e, portanto, se esgota no fenômeno processual denominado trânsito em julgado”.

Do mesmo modo, e já repetidas vezes, têm autorizados agentes do Poder Judiciário nacional afirmado, como tal, esse **direito do pronunciado, ou do provisoriamente condenado, de recorrer em liberdade**, ante a perda de força jurídica da “consequência axiomática da condenação” (ou da decisão de pronúncia, - permitimo-nos aduzir), na forma prevista nos aludidos arts. 594 e 408, § 2º, do Código de Processo Penal (v., outrossim, *Rev. dos Tribs.*, vol. 129, pág. 539).

Ficou muito bem assentado, a esse propósito pelo Desembargador P. COSTA MANSO, no voto condutor do julgamento publicado na *Rev. dos Tribs.*, vol. 658, págs. 297/299, inexistir, já agora, em nosso Direito Penal, a figura do “culpado provisório”; salientando à pág. 298, **verbis**:

“Se o réu, indiciado em inquérito policial e mais tarde denunciado e citado para os termos de ação penal, manteve-se em liberdade durante toda a instrução e até que proferida sentença condenatória, segue-se que sua custódia provisória não era neessária para garantia da ordem pública, não causara esse réu prejuízo sensível para a instrução e nem havia motivo para se supor que, solto, não restasse assegurada a aplicação da lei penal, a menos que se admitisse, como regra, manifesta negligência e incúria do juiz e do órgão da acusação – conclusão, por óbvio, de todo absurda.

Em liberdade, portanto, o réu, durante toda a instrução, sem que se vislumbrasse a possibilidade (prevista na lei processual e não ne-

gada pela Constituição) de vir a ser decretada sua custódia cautelar, segue-se que proferida sentença condenatória, a determinação que obriga esse réu a se recolher à prisão, para dela recorrer, decorre não mais da necessária cautela nas hipóteses contempladas pelo art. 312 do CPP mas, sim, como efeito de sentença condenatória que não transitou em julgado.

E porque não transitou em julgado a sentença condenatória, não podendo ser admitida a figura do culpado provisório, a teor de norma expressa da Constituição, segue-se, também, que a custódia simplesmente decorrente da sentença condenatória não definitiva é inadmissível”.

Essa benfazeja orientação guarda, de resto, estrita consonância com a **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, de que a nossa atual Constituição Federal hauriu o importante regramento da **desconsideração prévia da culpabilidade**, no transcorrer da **persecutio criminis** (referido inc. LVII do art. 5º), garante da “integridade do direito individual”, - tal como frizado em outro acórdão, da lavra do magistério de JORGE CLARIÁ OLMEDO, segundo o qual “as medidas de coerção pessoal que contra aquele” (o acusado), “se tomem, devem conter, somente, caráter cautelar e provisional, e estar limitadas ao estritamente necessário” (v. **Rev. de Jurispr. do TJESP**, vol. 129, pág. 540).

Em suma, dada a incompatibilidade dos enunciados do § 2º do art. 408 e do art. 594 do Código de Processo Penal com a nova ordem constitucional brasileira, **perderam ambos a sua eficácia**, uma vez que a prisão provisória do indiciado, ou do acusado, poderá efetivar-se, tão-só, **cautelamente**, isto é, nas hipóteses previstas no art. 312 do mesmo Diploma legal e na Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989 (v., a respeito, nosso **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**, cit., págs. 413 e segs.).

4. Valioso subsídio da interpretação sistemática

Acresce a todo o expendido o valioso subsídio da interpretação sistemática dos dispositivos da mesma lei (especialmente – deve ser aditado – a de natureza constitucional), sobrelevada em inoldivável e

sempre atual ensinança de CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e interpretação do direito*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957, págs. 164/165, ao asseverar que:

“Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as consquente, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma.

*Em toda ciência, o resultado do exame de um só fenômeno adquire presunção de certeza quando confirmado, **contrastado** pelo estudo dos outros, pelo menos dos casos próximos, conexos; à análise sucede a síntese; do complexo de verdades particulares descobertas, demonstradas, chega-se à verdade geral”.*

E, após frisar, também, que o “processo sistemático encontra fundamento na lei da solidariedade”, contempla, com as habituais erudição e elegância, **verbis**:

*“Não se encontra um princípio isolado em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O **Direito Objetivo** não é um conglomerado caótico de preceitos; **constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio.** De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituam elementos autônomos operando em campos diversos.*

*Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço” (in págs. 165/166, com destaques nossos e a relembração da prevalência do conceito de **regramentos** sobre o de **princípios**...).*

Ora, ao tratar da **perda ou suspensão de direitos políticos**, expressa a mesma Lei das Leis nacional, no art. 15, III, que: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:... III – **condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos**” (com destaques, novamente, nossos).

Como perceptível num relance, a regra esculpida nessa transcrita preceituação é a de que, **reforçada a desconsideração prévia de culpabilidade do provisoriamente condenado**, só tenha lugar a

injustificável orientação ora combatida, e desoladoramente atropelada no injurídico mote inserido na **Súmula nº 9** do Superior Tribunal de Justiça.

Muito menos, à evidência também, de ressuscitar os soterrados enunciados do § 2º do art. 408 e do art. 594 do Código de Processo Penal, aliás em boa hora, e até por antecipação, expressamente (para que nenhuma dúvida sobre no mais armado dos espíritos) suprimidos nos Projetos de Lei alusivos à reformulação do processo penal brasileiro, elaborados pela Comissão de Juristas supra indicada, e que temos a subida honra de integrar.

A realidade da transformação renovadora desse importante segmento de nosso ordenamento jurídico, significativa da concretização do brado de alerta que, de há muito, vimos ecoando, importará, precipuamente, na harmonização da legislação ordinária com a constitucional, e, conseqüente e felizmente, na finalização do maltrato desta pelos que teimam em sacrificar, injustificadamente, **um dos mais sagrados direitos do homem, qual seja o de liberdade.**

Quem viver, verá!