

**ANÁLISE DO ART. 594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O**  
**APELO EM LIBERDADE**

**Pedro Carlos Garutti<sup>1</sup>**

*“A liberdade, Sancho, é um dos dons mais preciosos que aos homens deram os céus; a ela não se podem igualar os tesouros que a terra encerra, nem os que o mar encobre; pela liberdade, assim como pela honra, se pode e se deve arriscar a vida e, ao contrário, o cativo é o maior mal que pode ocorrer aos homens” (“D.Quixote de La Mancha”, CERVANTES, II, 58).*

**1.** A prisão processual também conhecida como prisão provisória,<sup>2</sup> cautelar ou prisão sem pena tem origens distantes. Desde remotas eras a sociedade sentiu a necessidade de contar com um instrumento capaz de manter um suspeito custodiado enquanto se apurava convenientemente a sua culpa. Sempre se aceitou que os interesses da sociedade, ou seja, de todos, se sobrepõem aos interesses do indivíduo. De modo que o suspeito era mantido no cárcere durante todo o processo pois se entendia que a sua presença era imprescindível, não só para a elucidação dos fatos, mas sobretudo como exemplo para os demais, além é claro, de garantir a

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça Aposentado; Professor Universitário Licenciado; Advogado em Santos.

<sup>2</sup> Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 199, p. 262, critica a expressão por entendê-la mal empregada.

execução da pena. “*Outrora, o aprisionamento só era usado para evitar a fuga dos réus. Não passava, pois, de medida processual*”.<sup>3</sup> O mestre ANÍBAL BRUNO enfatiza: “*A prisão antiga era somente meio de contenção do réu, para mantê-lo seguro durante o processo ou guardá-lo até a execução da pena que lhe fora aplicada. [...] Mas, pouco a pouco, o encarceramento foi tomando o caráter de pena, ou porque os presos fossem sendo deixados indefinidamente nas prisões, ou porque realmente se viessem estabelecendo aqui e ali penas detentivas*”.<sup>4</sup> Hoje parece-nos razoável a precaução que se tinha em custodiar o suspeito até o seu julgamento devido as dificuldades para localização das pessoas naquela época, com endereços precários e falta de identificações e maiores qualificações sobre os indivíduos. De modo que tudo aconselhava que se mantivesse o acusado preso até o pronunciamento do Juízo ou do Tribunal e assim assegurar o cumprimento da decisão. Pressuposto desta prisão-sem pena é a **NECESSIDADE**.

2. As penas impostas no julgamento não variavam muito. Eram as penas corporais, violentas, infamantes, sendo pródiga a morte. Normalmente a pena capital era executada de imediato com requintes de perversidade como, p. ex., o garrote. O açoite em praça pública era muito difundido dado o seu poder intimidatório (prevenção geral), possibilidade de individualização e facilidades de execução, isto sem falar de outras odiosas penas corporais como: decepamento da mão, do pé, ou de outras partes do corpo. “*O exílio era particularmente temido porque o estrangeiro se equiparava ao inimigo*”.<sup>5</sup> Muito vulgarizada era o corte das orelhas ou de parte do nariz no Oriente. Na Europa, por necessidades

---

<sup>3</sup> Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal*, São Paulo, Max Limonad, 4º ed., vol.I, tomo II, p.408.

<sup>4</sup> Aníbal Bruno, *Direito Penal*, parte geral, tomo III, p. 61.

econômicas, prevaleceram as penas de trabalhos forçados nas minas, a temível “*ad metalla*”, galés forçadas, degredo e tantas outras que muito ajudaram na colonização do Novo Mundo. Cumprida a pena o réu era solto, se possível, pois a sua detenção durante o julgamento já havia atingido a sua finalidade qual seja: assegurar o cumprimento da sentença. Nítido, pois, o caráter de *provisoriedade* do encarceramento nessas épocas.

**3.** Com a evolução do Direito Penal (*Beccaria* e outros), procurou-se substituir as penas corporais violentas por algo mais humanitário encontrando-se na **segregação do condenado** uma excelente forma de punição, sobretudo dada a possibilidade ampla de individualização da reprimenda, mas também porque cria uma oportunidade única para se reeducar o criminoso durante o período em que ficará à disposição da autoridade. Assim, historicamente a prisão como pena é uma forma de punição muito recente, conquanto tenha superado em importância todas as outras.<sup>6</sup> Como ensina o prof. **BASILEU GARCIA**, as expressões cela, penitenciária, “*lembram claramente a origem eclesiástica dos pequenos compartimentos em que o preso é isolado*”.<sup>7</sup> Conclui **TORNAGHI**: “*Ao contrário, portanto, da prisão como pena, que é retributiva, que se baseia na responsabilidade do acusado, que é injusta para o inocente, a prisão provisória é cautelatória, funda-se na necessidade de chegar a uma solução correta e é justa*

---

<sup>5</sup> Basileu Garcia, op.cit., p. 408.

<sup>6</sup> Hélio Tornaghi, *Instituições de Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 1978, 3º vol. p. 148-149. Enfatiza o mestre: “*Como se sabe, a prisão, no Direito antigo, só excepcionalmente era o objeto de pena*”.

<sup>7</sup> Op.cit., p. 409.

*desde que o bem comum a exija*".<sup>8</sup> O pressuposto da prisão-pena é a **CULPABILIDADE** do agente.

A prisão provisória ocorre durante o processo e é justa desde que necessária, segundo a lição de **TORNAGHI**. Condenado definitivamente a uma pena privativa de liberdade, que só poderá ser imposta ao culpado, inicia-se a fase executória e a “**prisão-sem pena**” transforma-se em “**prisão-pena**”.

4. Segundo a Constituição Federal, o cidadão somente é considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Enquanto tal não ocorre ele é inocente para todos os efeitos legais (art. 5, inciso LVII). Há uma presunção “*jure et de jure*” de que o acusado é inocente durante o transcorrer do processo. Mesmo que se entenda este princípio como uma simples regra probatória segundo a qual a acusação é que tem que provar a culpa e não vice-versa, não se pode fugir aos termos legais da “não culpabilidade” do acionado até a condenação definitiva: o réu não tem que provar a sua inocência porque ele é considerado inocente “*ab initio*”.

Pois bem. Em assim sendo, verifica-se que na prisão provisória se está em princípio encarcerando um **inocente**, assim conceituado pela Lei Magna. Ora, isto somente é admissível e justificável se houver necessidade, ou seja, se tal prisão for de natureza cautelar.

---

<sup>8</sup> “*Instituições de Processo Penal*”, op. cit., p. 147.

**5.** A **cautelaridade** ostenta as seguintes características:<sup>9</sup> acessoriedade, preventividade, instrumentalidade,<sup>10</sup> provisoriedade (dada a aplicação da regra do “*rebus sic stantibus*”), e está muito bem estruturada no direito brasileiro, pelo menos no âmbito processual civil.

A doutrina de forma unânime indica os seus dois pressupostos necessários e bastantes: o “*fumus delicti*” (ou “*fumus boni iuris*”) e o “*periculum in mora*”.<sup>11</sup> Toda prisão que se diz cautelar precisa evidenciar de forma objetiva e concreta estes dois pressupostos sob pena de descaracterização e ilegitimidade.

**6.** Temos no Brasil as seguintes prisões processuais: temporária, flagrante, preventiva, por pronuncia e em decorrência de sentença condenatória recorrível. Cabe verificar se são todas cautelares.

A doutrina de uma forma geral aceita que as três primeiras - temporária, flagrante e preventiva - são cautelares, presentes seja a *cautelaridade instrumental* ou a *cautelaridade final*. Em todas elas o pressuposto da necessidade vem estampado de maneira bem nítida.

Entretanto, nelas o “*periculum in mora*” (que visa minimizar os prejuízos do tempo) há que ser demonstrado pois não existe mais presunção de “*periculum*” com o desaparecimento da preventiva

---

<sup>9</sup> Afrânio Silva Jardim, *Direito Processual Penal*, São Paulo, Forense, 2002, p.266.

<sup>10</sup> “Nos dizeres de Calamandrei, o processo cautelar é o “instrumento do instrumento”, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945, p. 44-45, *apud* Antônio Scarance Fernandes, *Processo Penal Constitucional*, p.280.

obrigatória. Na verdade, a prisão preventiva é a mais cautelar de nossas prisões provisórias. Porém, mesmo quanto a ela, o “*periculum*” deve ser analisado com cuidados e profundidade para que não se incorra em injustiças. Injustiça conceituada em razão da necessidade ou não da medida como ensina **TORNAGHI**.

Entre os fundamentos da prisão preventiva, a “garantia da ordem pública” é o seu calcanhar de Aquiles e a que tem sofrido críticas mais contundentes dos doutrinadores por se tratar de um conceito ambíguo e vazio. Exatamente devido aos seus contornos imprecisos é que a jurisprudência tanto vacila no seu delineamento. Numa pesquisa constatou-se que na jurisprudência **Garantia de Ordem Pública** engloba:

**clamor público, gravidade do crime, assegurar a tranqüilidade coletiva, assegurar a credibilidade da Justiça, periculosidade do agente, evitar novos delitos, proteção ao próprio criminoso, risco de fuga.**<sup>12</sup>

Na verdade, a prisão em garantia da ordem pública tem a natureza de medida de segurança e como tal deveria ser regulada.<sup>13</sup>

O melhor caminho, contudo, é o afastamento de expressões de contornos indefinidos dos sistemas penal e processual penal. Aplaudimos o anteprojeto que se encontra no Congresso Nacional sobre

---

<sup>11</sup> Antônio Scarance Fernandes, *Processo Penal Constitucional*, São Paulo, Ed. RT, 1999, p.279-280.

<sup>12</sup>Fauzi Hassan Choukr. *A “ordem pública” como fundamento da prisão cautelar – Uma visão jurisprudencial*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 4, p. 89-93

<sup>13</sup> Antônio Scarance Fernandes, *Processo Penal Constitucional*, *op.cit.*, p. 284.

prisão processual por estabelecer que a preventiva somente será decretada em razão da garantia da instrução criminal ou da aplicação da lei penal, ou seja, se presentes as cautelaridades instrumental ou final.<sup>14</sup>

A prisão em flagrante passou a ser cautelar com a reforma de 1977, exigindo os mesmos requisitos da preventiva. Pelo mencionado anteprojeto sobre prisão, o juiz ao receber o flagrante pode: relaxar o flagrante, converter a prisão em preventiva se presentes os pressupostos ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

A prisão temporária no início causou uma certa celeuma doutrinária acabando por prevalecer o posicionamento de **GRINOVER** no sentido que para a sua decretação se exige a combinação do art. 1º, inciso III com um dos incisos anteriores previstos na Lei 7960/89.<sup>15</sup> Desta forma, parece-nos que esta prisão também se reveste de cautelaridade.

Após esta breve digressão para deixar assente que há cautelaridade, maior ou menor, nas prisões temporária, em flagrante e preventiva, resta-nos observar que as prisões em razão de sentença de pronúncia e em razão de sentença condenatória recorrível são bastante discutíveis no seu aspecto cautelar. Parece-nos bastante razoável o entendimento segundo o qual tais prisões são destituídas de cautelaridade.

---

<sup>14</sup> Neste sentido: Antônio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo:Saraiva, 1991, p. 66-69.

<sup>15</sup> *Constitucionalidade da Prisão Temporária*, Caderno de Doutrina e Jurisprudência, APMP, n. 27, p. 54-57.

Vejamos a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, tema que nos ocupa nesta oportunidade.

## **7. SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL**

Parte da doutrina tradicionalista entende que a prisão em razão de sentença condenatória recorrível é espécie de prisão provisória.<sup>16</sup> Esforça-se ao máximo para encontrar nesse título prisional aspectos cautelares<sup>17</sup>, tarefa das mais árduas ante a redação dos arts. 393, inciso I e 594 do Código de Processo Penal.

Para **TORNAGUI**: *“A prisão como pena imposta em sentença recorrível é definitiva, embora sujeita a condição resolutive que é a reforma da sentença. E o próprio fato de a decisão da instância superior funcionar como condição resolutive está a mostrar que a prisão não era provisória”*.<sup>18</sup> O que seria, então?

Não obstante, outra parte da doutrina vem se inclinando por uma posição que prioriza o texto constitucional do estado jurídico de inocência, exigindo-se, conseqüentemente, que se demonstre a necessidade do encarceramento do acusado quando da condenação recorrível.<sup>19</sup>

Diz o art. 594 do Código de Processo Penal:

---

<sup>16</sup> Julio Fabbrini Mirabete, *Processo Penal*, São Paulo, Atlas, 2004, p. 704.

<sup>17</sup> Ada Pellegrini Grinover e outros. *Recursos no Processo Penal*, ob. cit., p. 137. Neste sentido: RSTJ 76/51, 111/281; RT 772/701, 765/593.

<sup>18</sup> Op. cit., p. 167.

<sup>19</sup> Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, p. 376.



**“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”.**

A primariedade e os bons antecedentes não dizem respeito à cautelaridade. Uma pessoa pode possuir bons antecedentes, ser primária e mesmo assim haver necessidade de sua prisão preventiva. Do mesmo modo, embora demonstre maus antecedentes e seja reincidente, e nem por isso se justificar a sua custódia provisória.

Apesar do esforço doutrinário para encontrar cautelaridade na nova redação do art. 594 CPP, a verdade é que bons antecedentes e desnecessidade da prisão são coisas absolutamente distintas, que não se condicionam. Daí a correta observação de **GRINOVER** e outros: *“até mesmo numa visão de cautelaridade, o art. 594 do CPP não encontra justificativa”*.<sup>20</sup>

Em assim sendo, quando se encarcera um cidadão tão só em virtude de sua condenação recorrível esta prisão está despida de cautelaridade. Destarte, outra não poderá ser a conclusão senão aquela de **AFRÂNIO SILVA JARDIM**: trata-se de *antecipação de pena*.<sup>21</sup>

Não haveria problema em se reconhecer na hipótese uma antecipação do cumprimento da pena não fora o princípio de inocência

---

<sup>20</sup> Ada Pellegrini Grinover e outros, op.cit. p. 138.

<sup>21</sup> Afrânio Silva Jardim, op. cit., p. 271.

consagrado na Constituição Federal. Se, por afirmação da Lei Magna, a pessoa é inocente, como iniciar-se contra ela a execução de uma pena, mesmo que provisória? Porém, a execução dita antecipada vem ganhando foros de cidadania, haja vista o Provimento n. 653/99 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo. Hoje já se expede *guia de recolhimento provisório* para que o preso goze dos benefícios da execução da pena (progressão prisional, prisão aberta, livramento, remição, saída do presídio, etc) tudo no sentido de lhe resguardar os direitos. Ainda mais recentemente o Conselho Nacional de Justiça baixou a Resolução n. 19/2006 reconhecendo expressamente a possibilidade da “execução penal provisória”, disciplinando a expedição da guia de recolhimento provisória a ser prontamente remetida ao Juízo das Execuções Criminais e outros meandros referentes ao tema. Mas nem por isso se legitima tal título prisional, principalmente por se tratar de mera resolução.

Nos claros termos do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal parece-nos impossível admitir-se a execução provisória da sentença, seja qual for a pena aplicada. O enunciado do texto constitucional encerra sim uma presunção de inocência. Todavia, antes disso, é uma regra absoluta vedando que se imponha ao réu, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, qualquer sanção. Ora, em assim sendo, não há como fugir da conclusão de que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível é *execução penal provisória*. Contudo, os Tribunais Superiores não admitem a execução penal

provisória, como é o caso do Supremo Tribunal Federal.<sup>22</sup> Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a sentença condenatória recorrível, por ter natureza cautelar, padece dos mesmos requisitos autorizadores da prisão preventiva elencados no art. 312 do Código Penal, ou seja, deve apontar a necessidade da custódia.<sup>23</sup> No bojo do apontado v. Acórdão do STJ o Ministro **NILSON NAVES**, após tecer várias considerações sobre a impossibilidade de execução penal provisória, propõe a modificação da **Súmula 267**<sup>24</sup> do Egrégio Tribunal sugerindo **in verbis**: *“Trago, então, uma sugestão, consubstanciada em que a interposição, digamos, do Recurso Especial, não obstará, a teor da Súmula n. 267, a expedição de mandado de prisão, desde que, nesse caso, o Tribunal ou o juiz justificasse a prisão, tal como acontece, por exemplo, com a prisão preventiva”*. Ora, se a sentença recorrível “deve apontar a necessidade da custódia” é porque por si só não tem força prisional no entender do STJ. **MIRABETE** salienta que não pode haver execução provisória pois a Lei das Execuções Penais (art. 105) revogou o art. 669 I do CPP: *“A execução da pena requer que se tenha constituída a coisa julgada, pois só assim ganha a sentença a sua força executória”*<sup>25</sup>.

O perigo em se aceitar a sentença condenatória recorrível como título prisional reside na possibilidade, ainda que remota mas sempre possível, da reforma desta decisão. Daí, desaparecendo o título, a prisão fica sem qualquer respaldo legal ou justificativa legítima, consubstanciando um injustiça legalizada. O paradoxo é ainda maior

---

<sup>22</sup> Neste sentido: STF, 1ª T., HC 84677-7-RS; rel Min. **Cezar Peluso**, j. 23.11.2004, m.v.

<sup>23</sup> STJ – 6ª T., HC 48316-SP, rel. Min. **Hélio Quaglia Barbosa**, j. 13.1.2005, v.u.

<sup>24</sup> Súmula 267: *“A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”*.

<sup>25</sup> Julio Fabbrini Mirabete. *Execução Penal*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 278-279.

pois o mesmo Órgão que solta (provendo o recurso) pertence ao mesmo Poder que prende. Porém, com uma agravante: é que o inocentado a esta altura já cumpriu um tempo indevido de cárcere.

**Segundo pensamos, o problema surgiu porque se criou uma condição indevida para o recebimento da apelação (art. 594 do CPP) que nada tem a ver com a necessidade ou não da prisão provisória do agente. Uma coisa -prisão- é absolutamente distinta da outra -apelação-. Misturou-se sistema recursal com sistema prisional.**

A conseqüência deste desnecessário embaralhamento legislativo repercute até hoje na nossa conturbada Justiça Criminal acarretando, na maioria das vezes, decisões injustas, mal compreendidas pela população e sempre contraditórias. Vejamos.

Um dos efeitos da sentença condenatória recorrível é o de ser o réu preso (art. 393, I do CPP). Aí o art. 594 CPP, regrido o instituto da apelação, estabeleceu como condição para o recebimento do recurso o seu encarceramento, caso não preste fiança, nem se livre solto ou não seja autorizado a recorrer em liberdade por não ostentar bons antecedentes e nem primariedade. Aqui o cerne da confusão.

Ora, o direito ao recurso decorre do princípio constitucional do **duplo grau de jurisdição**, assegurado a todos os acionados, na medida em que a Lei Magna a ele se refere expressamente no art. 5º, inciso LV. Na verdade, este direito se integra na garantia constitucional da ampla

defesa pois os recursos aos Tribunais Superiores visam dar maior certeza à aplicação do direito.

Para **VICENTE GRECCO FILHO** esta garantia decorre do sistema constitucional que, ao estabelecer a competência dos Tribunais, determinou que as decisões não devem ser únicas porque *“o juiz único gera grave risco de decisão injusta”*.<sup>26</sup> **JOSÉ FREDERICO MARQUES** é da mesma opinião: *“Não há dúvida de que o sistema do duplo grau de jurisdição é um fator de maior segurança na aplicação da lei pelos órgãos judiciários”*.<sup>27</sup> Para **MOACYR AMARAL SANTOS** no princípio do duplo grau de jurisdição *“se acha um dos alicerces dos recursos e de sua teoria”* e conclui: *“O sistema terá seus defeitos, mas que são superados por inequívocas vantagens.”*<sup>28</sup>

Por aí se vê que os doutrinadores defendem ferrenhamente o princípio do duplo grau vendo nele um direito impostergável do cidadão e um dos pilares da boa distribuição da Justiça. Entretanto, não se trata de um direito ilimitado já que sofre as restrições legais consubstanciadas nas suas condições de admissibilidade e nos pressupostos objetivos e subjetivos tão bem explicitados por **GRINOVER** e outros.<sup>29</sup>

Causa espanto que no campo processual penal se tenha aceitado tal coação legal (prisão como condição do recebimento da apelação) sem aprofundados questionamentos. Segundo **GRINOVER** e outros<sup>30</sup> e

---

<sup>26</sup> *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1998, 1º vol, p.51.

<sup>27</sup> *Instituições de Direito Processual Civil*, Rio: Forense, 1969, vol. IV, p.19.

<sup>28</sup> *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, São Paulo: Max Limonad, 1967, 3º vol, p.92.

<sup>29</sup> Ada Pellegrini Grinover e outros. *Recursos no Processo Penal*, op.cit., p.76 e segs.

<sup>30</sup> Ada Pellegrini Grinover e outros, *Recursos no Processo Penal*, op. cit., p. 136.

**MIRABETE**<sup>31</sup> a necessidade do prévio recolhimento constituiu o pressuposto da “*ausência de fato impeditivo*” ou seja, o não recolhimento à prisão configura “fato impeditivo” para o recebimento da apelação. Outros discrepam e catalogam a necessidade da prisão dentre as “*formalidades legais*” do seu processamento.<sup>32</sup> Seja como for, **admitiu-se pacificamente a exigência estapafúrdia da necessidade de ser preso para o exercício de um direito consagrado constitucionalmente.**

**8. AFRÂNIO SILVA JARDIM** aborda a matéria segundo os efeitos da apelação:

A apelação de sentença absolutória nunca tem efeito suspensivo. Apelação de sentença condenatória tem efeito suspensivo nos casos do art. 594 do CPP: livrar-se solto, fiança e primário/bons antecedentes. Assim, segundo o festejado mestre<sup>33</sup> temos:

**A)** Apelação com efeito suspensivo:

Livrar-se solto, afiançável, primário **e** de bons antecedentes.

Conseqüentemente, nesta hipótese continua a vigorar o sistema de prisão e liberdade provisórias a que estava submetido o acusado até então, ou seja, a sentença condenatória recorrível não é título prisional. Portanto, o juiz mantém ou não a preventiva anterior, etc. Assim, o réu

---

<sup>31</sup> Júlio Fabbrini Mirabete, *Processo Penal*, op. cit., p. 658.

<sup>32</sup> Fernando da Costa Tourinho Filho, ob. cit., p. 318-319.

poderá apelar e ser preso em decorrência de preventiva decretada anteriormente ou agora. Então ocorrerá uma prisão cautelar.

**B)** Apelação sem efeito suspensivo.

O réu não é primário e ostenta maus antecedentes.

O título prisional é então a sentença condenatória recorrível e como este não tem cautelaridade, só se pode entender como **execução provisória da sentença**. Se o condenado estava preso por outro motivo (flagrante, preventiva, pronúncia) a sua prisão passa a ter novo título. Será preso só pelo efeito da sentença apelável.

Já o mestre **MIRABETE** entende que a regra do art. 594 do CPP não foi revogada pelo art. 5º da Constituição Federal.<sup>34</sup> No mesmo sentido a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça.<sup>35</sup>

## **9. DISCUSSÃO.**

Ante posições doutrinárias conflitantes e julgados dos mais variados teores e para todos os gostos, há que se buscar um parâmetro razoável de hermenêutica que não destoe da sistemática de nosso ordenamento como um todo. Assim, urge partir da lei fundamental dela tirando as conclusões possíveis e necessárias.

---

<sup>33</sup> Op. cit. p. 274-277.

<sup>34</sup> Julio Fabbrini Mirabete, *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 704.

<sup>35</sup> “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

A Lei Magna diz que haverá garantia da ampla defesa e dos recursos a ela inerente, criando e disciplinando os Órgãos de Segundo Grau de Jurisdição. Portanto, assegura a todos os acusados o direito ao duplo grau de jurisdição. Então, parece-nos não ser possível a lei ordinária condicionar o exercício deste direito ao recolhimento do réu ao cárcere. Tal coação é imoral e injustificável.

O encarceramento do réu não faz parte ou integra o nosso sistema recursal. A prisão provisória é um instrumento de satisfação do processo – “instrumento do instrumento” -, nitidamente um procedimento cautelar. Já a apelação está vinculada à ampla defesa. Sendo coisas distintas não poderá o encarceramento constituir uma condição para o exercício de um legítimo direito dos “acusados em geral”. As restrições ao direito recursal devem ser razoavelmente justificadas e se harmonizarem com o sistema jurídico na qual se inserem.

Assim, esta limitação imposta ao direito de recorrer do condenado se nos afigura inconstitucional por restringir ilegitimamente um direito individual assegurado pela Lei Magna.

Na prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível haveria “presunção legal de fuga” ou “presunção de periculosidade do réu reincidente e de maus antecedentes”. Estes são, aliás, os argumentos dos defensores da **força prisional** deste tipo de sentença. Todavia, como toda presunção poderá não ser verdadeira e de modo



algun se sobrepõe à presunção de inocência. Afinal, ante o preceito constitucional da inocência de todos até que transite em julgado a sua condenação criminal é muito difícil defender a legitimidade de uma prisão divorciada da cautelaridade como é o caso da prisão em razão da sentença condenatória recorrível. De qualquer forma, seja em decorrência dessas presunções ou de quaisquer outras, expeça-se mandado de prisão contra o sentenciado mas se receba a sua apelação tempestivamente interposta!

A Constituição Federal não proíbe a prisão processual - entendida como a que tem lugar antes do trânsito em julgado da sentença. O inciso LXI do art. 5º da Lei Magna é claro a respeito. Ao mencionar o “flagrante” de um lado e a “ordem escrita e fundamentada” de outro quer deixar explícito que esta prisão há que ser cautelar. Não fora assim e desnecessária a referência à “ordem fundamentada de autoridade judiciária”. Neste sentido, parece-nos óbvio o enunciado da Súmula 9 do STJ: a prisão provisória, desde que cautelar, não ofende o princípio da inocência pois o seu pressuposto é a necessidade e não a culpabilidade do agente. Não nos parece que por fazer referência aos “bons antecedentes e primariedade” do réu tenha sido conferida a natureza cautelar ao art. 594 do CPP, muito embora grande parte da doutrina e da jurisprudência se inclinem neste sentido. É um esforço desmedido de hermenêutica procurar aspectos de “necessidade” no texto do art. 594 <sup>36</sup>. Isto foi corrigido pelas Leis 8.072/90 e 11.464/07.

---

<sup>36</sup> “Pensamos que à luz da nova ordem constitucional que consagra, no capítulo das garantias individuais, o princípio da presunção da inocência, 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**. A regra do art. 594 do CPP deve hoje ser concebida de forma branda, em razão do aludido princípio constitucional, não se admitindo a sua

Mas este realmente não é o cerne da questão ventilada. Tenha ou não natureza cautelar, a prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível em nada deveria interferir com o recebimento ou não do apelo do réu.

O argumento de que o “não primário e de maus antecedentes” denunciaria “risco de fuga” ou “presunção de fuga” não é correto pois padece de fundamento lógico. Mas, mesmo que assim fosse não seria óbice para o recebimento do apelo.

**O problema está mal equacionado. É um absurdo unir-se duas coisas diferentes: necessidade da prisão e direito ao recurso. Interposto tempestivamente, o apelo deve ser recebido esteja o acusado preso ou solto, seja revel ou não. Se houver necessidade da custódia (cautelaridade), decreta-se a preventiva e expede-se mandado de prisão. Por que vincular uma coisa à outra? Por que a prisão ser condição do recebimento da apelação? Não tem o menor sentido.<sup>37</sup>**

---

incidência na hipótese em que o réu teve a prisão preventiva revogada, permanecendo em liberdade durante todo o curso do processo e não se demonstrou, no dispositivo da sentença, a necessidade da medida constritiva ou a existência de qualquer fato novo que justificasse o encarceramento”. HC concedido (STJ 6 T., RHC 10.395-SP, rel. Min. **Vicente Leal**, j. 15.2.2001. RSTJ 146/550, sem grifos).

<sup>37</sup> “Entende-se que a disposição expressa no art. 594 não foi recepcionada pela CF. O art. 5º, LIV e LV prevê o devido processo legal o que significa, entre outras coisas, a ampla defesa e o direito de recorrer. Os pressupostos de admissibilidade recursal são aqueles relativos à voluntariedade, interesse, tempestividade. A prisão, seja provisória ou definitiva, não tem relação de pertinência lógica com a atividade recursal. A privação de liberdade pode ser necessário ou não, porém nada tem a ver com possibilidade de submeter um decreto condenatório à instância superior. Nem o recurso deve estar condicionado à prisão nem a

Tal posicionamento não afronta a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça. Como já deixamos assente, a Súmula disse o óbvio, ou seja, a presunção de inocência não obsta a prisão provisória; aquela presunção cede ante a necessidade de custódia do acusado. Um fator de maior relevância - cautelaridade instrumental ou final – justifica a prisão. O que no fundo a Súmula admitiu, na esteira da própria Constituição Federal– art. 5º, LXI, foi que pode haver prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, deixando subentendido que prisão provisória é aquela que se reveste de cautelaridade.

**ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES** diz com propriedade que: *“Fica mais patente a inconstitucionalidade do art. 594 quando se verifica que constitui, na realidade, cláusula de impedimento ao direito de recorrer, cerceando o acesso ao segundo grau. Ofende claramente o princípio do duplo grau de jurisdição. Afronta, ainda, o princípio de isonomia processual, pois não há nenhum óbice à acusação para recorrer”*.<sup>38</sup>

**O Anteprojeto sobre prisão, medidas cautelares e liberdade provisória** que está no Congresso Nacional pura e simplesmente revoga os arts. 594, 408 e 393 do Código de Processo Penal o que segundo a nossa ótica está corretíssimo.

A **Lei 11.343/06**, nova Lei Antitóxicos, estatui expressamente que os condenados por tráfico e assemelhados não poderão apelar sem

---

prisão deve estar condicionada à interposição do recurso” (TRT, 3ª Região, 5º T. RCCR n. 3589-SP, Reg. 2004.61.81.001733-2, rel. Des. Federal **André Nabarrete**, j. 4.10.04, v.u.).

<sup>38</sup> *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 298.

recolher-se à prisão, **salvo** se primários e de bons antecedentes, assim reconhecidos na sentença condenatória (art. 59). Destarte, está revogado o art. 35 da antiga lei, optando o legislador por uma nova sistemática para a matéria, nos parâmetros do que o Código de Processo Penal já estabelecera desde 1973. A recente **Lei 11.464/07** deu nova redação ao art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), estatuinto em seu § 3º que: **“Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”**. Corrigiu-se o erro de abordar a matéria sob o ângulo da “primariedade e bons antecedentes” deixando que o julgador pesquise livremente a necessidade da custódia.

Destarte, paulatinamente mas de forma contínua, a legislação caminha inexoravelmente no sentido de extinguir a força prisional da sentença condenatória recorrível. É a melhor solução no nosso entender. Até lá que a jurisprudência reconheça que a prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível é cautelar e como tal deverá preencher os pressupostos da prisão preventiva e, reconheça também que esta prisão provisória nada tem a ver com o andamento processual e o processamento da apelação que poderá ser recebida e ter prosseguimento normal independentemente daquele juízo.

Contudo, deixamos consignado que hoje, no entanto, predomina na jurisprudência que:

**A) Se solto o réu**, primário e de bons antecedentes, poderá apelar em liberdade, ainda que revel.<sup>39</sup> Choca a opinião pública, leiga e passional, que aguardem soltos os julgamentos de seus recursos réus condenados a longas penas de prisão, caso dos coronéis envolvidos nos massacres de Carajás e Carandiru. Mas isto é inevitável ante o preceito constitucional do estado de inocência.

**B) Se solto**, reincidente e de maus antecedentes, deverá ser preso para apelar.<sup>40</sup> Esta prisão seria a execução provisória referida por Afrânio Silva Jardim.

**C) Se preso em flagrante ou preventivamente**, quer primário e de bons antecedentes, quer reincidente e de maus antecedentes, deverá permanecer custodiado durante o procedimento apelatório.<sup>41</sup> O argumento jurídico é o de que o art. 594 do CPP só se aplica aos casos de réus soltos.

**10. EM SÍNTESE E A TÍTULO DE CONCLUSÃO.** A necessidade do recolhimento à prisão para apelar não encontra a menor razão de ser nos dias de hoje porquanto restringe indevidamente o direito constitucional à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição. Mesmo porque a abolição desta nefasta condicionante em nada afeta a segurança social já que o mecanismo da **prisão preventiva** é suficiente para

---

<sup>39</sup> Neste sentido: RTJ 124/905; RT. 554/350, 548/315; JSTJ 2/236-7; RSTJ 76/51, 111/281.

<sup>40</sup> Neste sentido: RHC 10.923- MG, DJU de 1.4.2001.

garantir a segurança pública porquanto o juiz poderá decretá-la a qualquer momento ou fase processual. Na própria sentença, em sendo necessário e estando o réu solto, o juiz decreta a sua preventiva até que se aguarde o trânsito em julgado da decisão. Porém recebe o apelo acaso interposto. Tão simples e tão claro mas olvidado pelos nossos doutrinadores e operadores do direito.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

- AMARAL SANTOS**, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Max Limonad, 1967.
- BRUNO**, Aníbal. *Direito Penal*. Parte geral, Tomo 3º. Rio-São Paulo: Forense, 1962.
- GARCIA**, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad.
- CHOUKR**, Fauzi Hassan. *A “ordem pública” como fundamento da prisão cautelar – Uma visão jurisprudencial*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 4.
- FREDERICO MARQUES**, José. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio: Forense, 1969.
- GOMES FILHO**, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GRECO FILHO**, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GRINOVER**, Ada Pellegrini. *Constitucionalidade da Prisão Temporária*, in Caderno de Doutrina e Jurisprudência, APMP, n. 27.
- GRINOVER**, Ada Pellegrini; **GOMES FILHO**, Antônio Magalhães; **SCARANCE FERNANDES**, Antônio. *Recursos no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MIRABETE**, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Execução Penal*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- SCARANCE FERNANDES**, Antônio. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SILVA JARDIM**, Afrânio. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- TORNAGHI**, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

---

<sup>41</sup> Neste sentido: RSTJ 94/303; RT 639/379; JSTF 157/365.

**TOURINHO FILHO**, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.