

2 — DOCTRINA NACIONAL

RECURSO DO RÉU EM LIBERDADE: UMA RELEITURA DOS ARTS. 594 DO CPP E 35 DA LEI 6.368/76

WEBER MARTINS BATISTA

Desembargador no Rio de Janeiro e Professor de Direito Processual Penal — UERJ

1. Introdução — 2. Presunção de inocência: origem — 3. Presunção de inocência: crítica — 4. Liberdade provisória e Constituição — 5. Recurso do réu em liberdade.

1. Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988, alguns doutrinadores dos mais ilustres passaram a entender que a norma do art. 5.º, LVII, que consagra o princípio de inocência, teria modificado o art. 594 do CPP, passando a permitir que todos os réus condenados no juízo de primeiro grau possam apelar da sentença sem recolher-se à prisão.

Como o autor procurou demonstrar, em artigo publicado na ocasião (*Livro de Estudos Jurídicos*, IEJ, n. 1, 1991, p. 209 e ss.), nenhum dos institutos que cuidam das diversas espécies de prisão cautelar — prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão quando da sentença condenatória recorável etc. — atenta contra a norma constitucional mencionada.

É que a imposição de qualquer daquelas medidas não implica na presunção de que o indiciado ou réu é culpado, mas na de que é perigoso. O juízo da medida cautelar, como se sabe, é mero juízo de periculosidade, não de culpabilidade.

A conclusão é tão lógica, tão evidente, que a grande maioria dos Tribunais passou a acolher esta interpretação e o Col. STJ, numa rapidez muito sugestiva da simplicidade do problema, consagrou na Súmula 9 que “a exigência da prisão provisória, para apelar não fende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

2. Presunção de inocência: origem

A presunção de inocência surgiu da reação dos escritores medievais contra a idéia, vigente à época, de que competia ao réu fazer a prova de sua inocência, o que, como se imagina, gerava conseqüências desastrosas para este e para a Justiça.

A grande conquista desses juristas foi a consagração de que ao autor cabia a prova do fato e da autoria. Em conseqüência, a falta dessa prova deveria levar à absolvição do réu e — aqui, o importante — ainda quando absolvido por falta de prova, o réu era presumido inocente.

Esta norma foi acolhida na Ordenação francesa de 1670, onde se estabeleceu que a absolvição por falta de prova da culpabilidade trazia consigo uma presunção de inocência do réu (Tornaghi, *Compêndio de Processo Penal*, Konfino, 1967, v. III, p. 1.082).

Acontece que a Declaração de Direitos francesa, de 1789, ao adotar o princípio, mudou completamente seu sentido, passando a consagrar, não a simples presunção de inocência do réu que foi absolvido, mas a do réu que ainda não fora condenado.

Esta regra, com a redação ilógica por último mencionada, foi introduzida na

Declaração Universal de Direitos, da ONU, de 1948 e, a partir daí, em inúmeras Constituições modernas, ora afirmando-se que o réu “se presume inocente”, ora que o mesmo “não se considerará culpado” antes da condenação.

3. Presunção de inocência: crítica

As críticas à presunção de inocência, tal como aparece nas Constituições de alguns países são numerosas e irresponsáveis. Foi como já o dizia a “Relazione Ministeriale Finocchiaro — Aprile” (*Código de Processo Penal Italiano*, 1913), “sacro e inviolável é o direito de defesa, certo e inconcusso é o princípio de que o réu não pode ser tido como culpado antes da sentença irrevogável de condenação, mas presumi-lo inocente enquanto contra ele se procede, porque é acusado de crime, é uma enormidade, uma tal patente inversão do senso lógico e jurídico, que não pode ser admitido nem como maneira de dizer”.

De fato, não se pode presumir alguém inocente, exatamente quando está respondendo a processo, porque há prova de que foi cometido um crime e indícios de que ele é seu autor, ou — o que é ainda mais significativo — quando, por força daquela prova e em razão de indícios mais sérios, o réu é posto sob custódia preventiva.

O acusado — diz Garófalo — só é acusado porque existem razões pelas quais o magistrado que o envia a julgamento acredita que seja culpado (in Velez Mariconde, *Derecho Procesal Penal*, II, 2.^a ed., p. 34).

Ao afirmar que o réu não pode ser tido como culpado antes da sentença irrevogável de condenação, a “Relazione Ministeriale Finocchiaro — Aprile”, tal como a Constituição Federal brasileira, contém uma impropriedade.

A sentença condenatória com trânsito em julgado pressupõe, necessariamente, uma sentença condenatória sem trânsito

em julgado e esta, a seu turno, só poderá ser prolatada se o juiz, mais do que presumir, tiver certeza de que o réu é culpado.

Por outro lado, e antes disso, uma das garantias mais importantes dos Códigos modernos consiste em impedir que alguém seja processado sem que haja contra ele um mínimo de prova do crime — entenda-se, fato típico — e da autoria. Ou seja, o réu só será processado se for possível presumir que ele é culpado.

Ao analisar o problema das medidas cautelares no processo penal, um grupo de juristas da Comunidade Econômica Européia, em recente Encontro, concluiu que a norma constitucional que acolhe o princípio de inocência não deve ser interpretada como afastando a presunção *hominis*, do juiz, que lhe permite impor medidas restritivas ao réu, presunção natural sem a qual nenhuma decisão seria possível, (Jorge Figueiredo Dias, *A Revisão Constitucional*, Lisboa, 1981, p. 83), mas deve ser entendida como exigindo que se dê ao réu ainda não condenado em definitivo um tratamento compatível com seu *status* de acusado.

Nesse Encontro, o ilustre jurista português afirmou que um preceito jurídico — e, de forma muito especial, um preceito constitucional — é, naturalmente o seu texto, mas é também, e sobretudo, a sua história (op. cit.). Ora, da norma constitucional que trata da presunção de inocência talvez se possa dizer que ela não é nada o seu texto, só a sua história.

Ou seja, que vale tão-somente como uma idéia-força, no sentido de impedir que o réu seja tratado como se já tivesse sido condenado, que sofra restrições de direitos não imprescindíveis à apuração dos fatos, que seja tratado como mero objeto de investigação e não como sujeito de direitos. Em suma, para impedir que lhe sejam negadas as garantias inerentes ao devido processo legal.

4. Liberdade provisória e Constituição

Estabelece o inc. II, do art. 2.º, da Lei 8.072/90 que “os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de... fiança e liberdade provisória”.

Acontece que esta norma — afirmam alguns juristas dos mais doutos — é inconstitucional, pois alarga o âmbito da regra restritiva do inc. XLIII, do art. 5.º, da Constituição Federal, que impede tão-somente a concessão de fiança, não de liberdade provisória em geral. E isso — acrescentam — por todos os motivos.

De um lado, por causa do princípio de inocência que, como se expôs, não justifica as conclusões dos partidários desta corrente.

De outro, porque os incs. LIV e LXVI, do art. 5.º, da Constituição Federal, estabelecem que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal (inc. LIV), e que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (inc. LXVI).

Por último, por que no inc. XLIII do mesmo artigo, o legislador constitucional limitou-se a considerar os crimes hediondos e assemelhados, insuscetíveis de fiança, não de liberdade provisória em sentido amplo.

Sendo assim — concluem — constitui explícita violação de normas constitucionais a adoção, pela Lei 8.072/90, de regra que, alargando o âmbito da norma constitucional restritiva, veda não apenas a concessão de fiança, mas, também, a de liberdade provisória em sentido amplo (Cf. Silva Franco, *Crimes Hediondos*, RT, 2.ª ed., p. 63 e ss.).

A defesa do ponto de vista contrário, no entanto, parece ser simples. Primeiro, porque o problema, como se viu, não tem nada a ver com a presunção de

inocência, que se refere a culpabilidade, não a periculosidade do agente.

Depois, porque não se pode negar que, no que diz respeito à prisão cautelar, o indiciado ou réu goza das garantias inerentes ao devido processo legal, não apenas porque as normas que tratam do problema são rigorosamente formais, em favor do preso, como porque dispõe este de uma ação ou remédio sumaríssimo, o *habeas corpus*, para atacar qualquer defeito de forma ou de conteúdo, que invalide ou torne injusta a prisão.

O outro argumento é facilmente afastado com a invocação de conhecida regra de interpretação das normas jurídicas. O inc. LXVI do art. 5.º, mencionado, segundo o qual “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança”, constitui uma norma geral, refere-se a todas as hipóteses, indistintamente.

Enquanto isso, o inc. XLIII, que trata tão-somente dos crimes hediondos, é norma especial e, por isso mesmo, deve prevalecer sobre aquela primeira.

Todos concordam em que o legislador constitucional quis tratar com maior severidade os réus de crimes hediondos e assemelhados. De que modo o fez? Estabelecendo que a lei considerará esses crimes, não apenas inafiançáveis, como insuscetíveis de graça ou anistia.

Ora, não é lógico admitir que, pretendendo piorar, o legislador constitucional melhorou a situação desses réus, ao estabelecer que eles também podem obter liberdade provisória, apenas não são obrigados a garanti-la com a prestação de fiança.

Tal como o humilde ladrão de galinha, o autor de crime hediondo teria direito à liberdade provisória. Com uma diferença. O ladrão de galinha teria que pagar para isso, o autor de crime hediondo, não. Haverá maior absurdo?!

“A técnica de interpretação — afirma Carlos Maximiliano — muda desde que

se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objetivo colimado, redigidas de modo sintético, em termos gerais" (*Hermenêutica*, Forense, 1993, p. 304).

E, mais adiante: "O fim para que foi inserto o artigo na lei sobreleva a tudo. Não se admite interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto. Dentro da letra rigorosa dele procure-se o objetivo da norma suprema".

A exegese só será perfeita — é a conclusão a que chega — se este fim for atingido (op. cit. p. 314).

Quando o legislador constitucional fala em crime — todos concordam — deve-se entender que se refere a ilícito penal, em geral e, portanto, que a expressão compreende também as contravenções penais.

Do mesmo modo, a palavra "inafiançável" deve ser entendida como abrangendo a liberdade provisória sem fiança. E, não só pela razão apontada, como porque afronta a lógica o admitir que se permite o mais, quando se nega o menos.

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que a norma do inc. II, do art. 2.º, da Lei 8.072/90 não alargou o âmbito da regra do inc. XLIII, do art. 5.º da Constituição Federal, mas simplesmente traduziu-a com absoluta correção.

Correção — apressa-se o autor a dizer — tão-só no que diz respeito a seu conteúdo, não no que tange à forma usada pelo legislador ordinário, que é deplorável. Fiança é espécie do gênero liberdade provisória. Logo, o correto seria o inc. II, referido, dizer "liberdade provisória, com ou sem fiança".

No sentido do texto, com idéias originais, Scarance Fernandes (*Aspectos da Lei dos Crimes Hediondos — Justiça Penal*, RT, p. 69 e ss.) citando decisões do STF (DJU 19.6.92, p. 9.520) e do STJ (DJU 3.5.93, p. 7.812).

É verdade, e é lastimável que isso tenha ocorrido, que a norma do inc. XLIII consagra um retrocesso no tratamento dado à prisão cautelar, pois nas hipóteses nela mencionadas, admite sua manutenção com base apenas na gravidade do crime, presumida, de forma absoluta, a necessidade da medida.

Com isso, trata de modo diferente hipóteses semelhantes: o réu preso em flagrante é presumido perigoso, não tem direito à liberdade provisória. O co-réu que não foi preso em flagrante — muitas vezes, porque mais esperto, mais sabido, possivelmente mais perigoso — só terá sua prisão preventiva decretada se houver prova de que esta é necessária.

5. Recurso do réu em liberdade

O § 2.º, do art. 2.º, da Lei 8.072/90 estabelece que "em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade". Por sua vez, o art. 10 da mesma lei, dispõe que "o art. 35 da Lei 6.368, de 21.10.76, passa a vigorar acrescido de parágrafo único, com a seguinte redação..." Ou seja, o art. 10 da Lei 8.072/90 revigora do art. 35 da Lei 6.368/76.

Algumas conclusões indúvidas devem ser tiradas a partir da Lei 8.072/90. A primeira delas é que o réu preso cautelarmente durante o processo assim deverá permanecer ao ser condenado. Se foi impossível colocá-lo em liberdade antes da sentença, parece lógico concluir que não terá sentido soltá-lo exatamente quando é condenado.

A segunda conclusão é que o réu de crime hediondo ou assemelhado, que esteja em liberdade ao ser condenado, assim poderá permanecer durante o recurso, bastando para isso que o juiz entenda, em decisão fundamentada, que ele não é perigoso, não põe em risco a ordem pública ou a aplicação da lei penal.

Como a lei não subordina esta decisão à existência ou inexistência de algum pressuposto especial, não pode o intérprete entender que o réu, para obtê-la, precise ser primário e ter bons antecedentes. Basta haver prova da desnecessidade da medida, da inexistência do *periculum*.

É verdade que a reincidência e os maus antecedentes, na maioria das vezes devem levar o juiz a presumir a necessidade da prisão, mas como esta presunção não é absoluta, como muitas vezes a condenação anterior ou os maus antecedentes não significam que o réu seja perigoso, em qualquer desses crimes, se o juiz entender desnecessária a prisão, o réu poderá apelar em liberdade.

Uma outra conclusão, esta, de grande importância, diz respeito ao recurso de réu que responde, em liberdade, a processo por qualquer outro tipo de ilícito. Se a norma do § 2.º, do art. 2.º, da Lei 8.072/90 vale para os crimes hediondos e assemelhados, a que o legislador quis dar um tratamento mais severo, com muito mais razão se aplica a todos os demais ilícitos.

Logo, a partir da Lei 8.072/90, em qualquer hipótese, qualquer que seja o crime cometido, pode o juiz permitir que o réu condenado permaneça em liberdade durante o recurso, independentemente de ser ou não primário, de ter ou não bons antecedentes.

Para isso, basta que o juiz motive sua decisão, tal como exige a lei quando se trata de crime hediondo.

Uma coisa no entanto, permanece duvidosa. Há, ou não, conflito de normas entre o § 2.º, do art. 2.º, da Lei 8.072/90 e seu art. 10? E havendo, qual delas deve prevalecer?

Uma interpretação mais superficial do problema poderia levar à conclusão de que o § 2.º do art. 2.º constitui a norma geral, que se aplica a todos os crimes hediondos e assemelhados, enquanto o art. 10 seria a norma especial, pois refere-

se tão-somente a dois tipos de crimes de tráfico de entorpecentes, os definidos nos arts. 12 e 13 da Lei 6.368/76.

Com base nesse argumento, o art. 35 da Lei 6.368/76 continuaria em vigor e, em consequência, os réus condenados por qualquer desses dois crimes deveriam recolher-se à prisão para apelar.

Esta interpretação pode, à primeira vista, parecer mais fácil, mas não é, seguramente, a mais feliz. E, não apenas pelas consequências danosas dela advindas, mas principalmente por que estaria em desacordo com alguns princípios que regem a interpretação das leis.

De fora parte a afirmação — como se viu, de todo improcedente — de que “o art. 35 da Lei 6.368/76 está morto desde a Constituição Federal”, uma parte da doutrina está entendendo, e com razão, que este artigo foi derogado pelo § 2.º, do art. 2.º, da Lei 8.072/90, que versa sobre a mesma matéria de que cuida o referido art. 35, que é o efeito processual da sentença condenatória.

Como a Lei 8.072/90 é posterior à Lei 6.368/76 e, como o § 2.º, do art. 2.º, daquela primeira lei, dá à matéria um tratamento completo, parece evidente a conclusão, com base nas mesmas regras de hermenêutica jurídica, que o referido § 2.º do art. 2.º revogou tacitamente o art. 35 da Lei 6.368/76.

Se este argumento não bastasse — e basta — seria o caso de recorrer a outro princípio basilar de hermenêutica, também de todos conhecido: sempre que for possível dar às normas interpretações diferentes, deve o intérprete optar por aquela que esteja mais em harmonia com a lei, em conjunto (Carlos Maximiliano, op. cit., p. 135), mais de acordo com os princípios de Direito, com o Sistema adotado.

Ora, que princípio norteia nosso Sistema, em matéria de prisão e liberdade provisórias? O de que é possível, em algumas hipóteses, presumir que o indiciado ou réu é perigoso, mas esta

presunção não é, não pode ser absoluta, deve sempre ceder ante a prova em contrário.

Esta solução, não só está de acordo com as idéias mais atuais sobre a prisão cautelar, como não leva a nenhum risco, que não seja o comum a ser enfrentado pelos juízes.

Se o réu é perigoso, com certeza estava ou foi preso durante o processo; logo, não pode recorrer em liberdade. Se estava em liberdade, porque não parecia ser perigoso, mas mostrou sê-lo quando da condenação, o juiz, motivadamente, negar-lhe-á o direito de apelar em liberdade.

Se, ao contrário, apesar da gravidade do crime cometido, o réu não é perigoso — trata-se, por ex., de empregada do-

méstica ingênua que seduzida pelo namorado, auxilia-o a praticar o crime — não há por que impedir que permaneça em liberdade durante o recurso.

Não é possível concordar, no entanto, com a afirmação feita por alguns ilustres doutrinadores e parte da jurisprudência, segundo a qual a permissão para aguardar o julgamento do recurso em liberdade constitui mera faculdade do juiz.

Em se tratando de prisão e liberdade, impossível falar em faculdade, em poder discricionário do juiz, mas sim, em verdadeiro poder vinculado aos pressupostos estabelecidos na Lei. Sendo assim, se estiverem presentes os requisitos que permitem o recurso em liberdade, o juiz não pode negar esse direito ao réu.