

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* - HOMICÍDIO SIMPLES - RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL - SENTENÇA CONDENATÓRIA - DETERMINAÇÃO DE RECOLHIMENTO AO CÁRCERE PARA APELAR POR SER O RÉU POSSUIDOR DE MAUS ANTECEDENTES - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR - REFORMULAÇÃO DE ENTENDIMENTO - CONSIDERAÇÃO DE PROCESSO EM ANDAMENTO PARA CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES - ILEGALIDADE - PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE

- 1. Prevalecendo a interpretação mais substancial do princípio constitucional da presunção de inocência, tem-se que a regra é o direito de o réu apelar da sentença penal condenatória em liberdade; a exceção, recolher-se à prisão. A custódia cautelar somente será decretada quando presentes seus pressupostos (art. 312, CPP), os quais deverão ser declinados pelo juiz sentenciante, fundamentando a medida extrema, não sendo bastante a mera referência a maus antecedentes ou a reincidência (art. 594, CPP).
- 2. Entendimento reformulado, em consonância com precedentes mais antigos deste Superior Tribunal de Justiça, hoje corroborados com os do Supremo Tribunal Federal com a composição renovada.
- 3. Segundo entendimento pacificado desta Corte, inquéritos e processos criminais em andamento, em observância ao princípio do estado presumido de inocência, não podem ser levados em consideração como maus antecedentes.
- 4. Na presente hipótese, portanto, ainda que se mantivesse o entendimento anteriormente adotado, de qualquer forma, o paciente - que permaneceu solto durante todo o processo criminal - não poderia ter negado o seu direito de apelar em liberdade, já que os maus antecedentes ressaltados na sentença se deram em virtude da existência de outro processo em andamento, violando, pois, o princípio da não-culpabilidade.
- 5. Recurso ordinário provido para revogar a ordem de prisão expedida em desfavor do ora recorrente, sem prejuízo de novo decreto prisional por fatos supervenientes, devidamente motivado. Outrossim, de ofício, concedo a ordem para, mantida a condenação, determinar ao juízo de 1º grau que exclua da pena-base o acréscimo decorrente dos maus antecedentes, considerados em face da existência de processo criminal pendente de julgamento, em respeito ao princípio da não-culpabilidade, conforme o entendimento do STJ e do Pretório Excelso.

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 17.371-PE - Relatora: Ministra LAURITA VAZ

Recorrente: Romário Luiz de Santana (Preso). Advogado: José Alberico Baptista . Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, concedendo *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto da Sr.^a Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sr.^a Ministra Relatora.

Brasília-DF, 17 de maio de 2005 (data do julgamento). - *Ministra Laurita Vaz*. - Relatora.

Relatório

Exma. Sr.^a Ministra Laurita Vaz (Relatora) - Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto em favor de Romário Luiz de Santana em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

O ora recorrente restou condenado pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Ipojuca-PE à pena de 11 anos e seis meses de reclusão, como incurso no art. 121, *caput*, c/c art. 29, ambos do Código Penal, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade, consoante sentença de fls. 27/31.

Inconformado com a determinação de recolher-se ao cárcere, impetrou *habeas corpus* perante a Corte Estadual, que denegou a ordem nos termos do acórdão de fls. 56/58.

No presente recurso ordinário, argúi o recorrente, em suma, a ilegalidade da custódia cautelar decretada, porquanto, além de ter permanecido solto durante toda a instrução criminal, o seu direito de apelar em liberdade não pode ser amparado apenas na existência de maus antecedentes, devendo, pois, ser demon-

strados os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Aduz, ainda, ser tecnicamente primário, uma vez que o processo, no qual restou amparada a sentença para configurar os maus antecedentes e vedar o seu direito de permanecer em liberdade, ainda se encontra em andamento, não podendo, desta forma, ser considerado para tanto, em razão da ausência da coisa julgada.

Foram oferecidas contra-razões às fls. 74/83.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 94/97, opinando pela denegação da ordem, em parecer que guarda a seguinte ementa:

Recurso em *habeas corpus*. Penal. Homicídio. Aguardar julgamento do recurso em liberdade. Réu solto durante a instrução criminal. Presença dos requisitos do art. 312. Necessidade de custódia demonstrada no édito condenatório. Não-provimento.

- Uma vez demonstrada a necessidade da custódia pelo magistrado de primeiro grau, não há qualquer ilegalidade na sentença condenatória que determina o recolhimento do réu à prisão.

- Parecer pelo não-provimento do recurso (fl. 94).

É o relatório.

Voto

Exma. Sr.^a Ministra Laurita Vaz (Relatora) - A sentença penal condenatória negou ao réu, que respondeu solto ao processo, o direito de apelar em liberdade, porquanto possuidor de antecedentes criminais.

O acórdão recorrido, por seu turno, ratificou a decisão do Juízo de primeiro grau, consoante os seguintes fundamentos, *litteris*:

O paciente foi condenado a 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão por infração ao art. 121, *caput*, c/c o art. 29 do CP, por haver praticado o homicídio que teve como vítima Márcio Leite de Santana.

Como visto no relatório, o presente *mandamus* trata de pedido de expedição de alvará de soltura com base na assertiva de que ao paciente deve ser assegurado o direito de recorrer da sentença condenatória em liberdade.

Pronunciando-se sobre as alegações constantes na inicial, afirma a Magistrada sentenciante, tanto na sentença condenatória (fls. 27/31) quanto nas informações prestadas neste feito (44/45), que o ora paciente não possui bons antecedentes criminais, em razão de ter sido pronunciado no Processo nº 58/99, que tem como vítima Luiz Lopes da Silva, o que demonstra uma personalidade voltada para o envolvimento de crimes de mesma natureza.

Diante de tais informações, não vislumbro a possibilidade de concessão da liberdade ao paciente, como bem decidiu a Juíza da Vara Única de Ipojuca.

Ora, como é cediço, são pressupostos impostos pelo Código de Ritos, para que o réu condenado apele da sentença solta, a primariedade e os bons antecedentes.

Ocorre que no caso em tela a Magistrada consignou expressamente ser o acusado portador de maus antecedentes, negando-lhe a possibilidade de apelar em liberdade.

Verifico, pois, que, apesar de o paciente ser tecnicamente primário, é portador de maus antecedentes, de sorte que não preenche os requisitos exigidos pela legislação processual penal pátria para que possa apelar em liberdade (fl. 57).

De fato, a orientação jurisprudencial majoritária deste Superior Tribunal de Justiça, e em harmonia com a do Supremo Tribunal Federal, inclinou-se no mesmo sentido do que restou decidido no acórdão da Corte Estadual.

Ilustrativamente, colaciono os seguintes precedentes desta Corte e do Excelso Pretório:

Criminal. *RHC*. Falsificação de documento público. Direito de apelar em liberdade. Impossibilidade. Art. 594 do CPP. Maus antecedentes reconhecidos na sentença condenatória. Regime prisional semi-aberto. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Ausência de constrangimento ilegal. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ausência de requisitos do art. 44, III, do CP. Recurso desprovido.

- I. O benefício do art. 594 do Código de Processo Penal não acolhe o recorrente, tendo em vista ser o mesmo possuidor de maus antecedentes, os quais foram reconhecidos na própria sentença condenatória. Precedente.

- II. A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência, nos termos da Súmula nº 09/STJ.

[...]

- VII. Recurso desprovido (5ª Turma, *RHC* nº 16.706/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* de 09.02.05).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual penal. Crime de falsificação de documento público. Condenação. Pena cominada inferior a quatro anos. Fixação do regime prisional fechado. Possibilidade. Ré, reconhecidamente na sentença, reincidente e portadora de maus antecedentes. Negativa do direito de apelar em liberdade. Art. 594 do CPP. Constrangimento ilegal não evidenciado. Precedentes do STF e STJ.

- 1. O juízo sentenciante, ao individualizar a dosimetria da pena, respeitou de forma escorreita o disposto nos artigos 33, § 3º, e 59, ambos do Código Penal, com o devido exame das circunstâncias judiciais aplicáveis ao caso e consideradas desfavoráveis à paciente.

- 2. Não há, portanto, que se falar em desrespeito à norma contida no art. 33, § 3º, do Código Penal, porquanto o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o entendimento de que é possível a fixação do regime inicial fechado ao réu reincidente cuja pena cominada tenha sido inferior a quatro anos. Precedentes do STJ.

- 4. A exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. Aplicação, *in casu*, do enunciado da Súmula 9 do STJ.

- 5. Não é possível conceder o benefício do apelo em liberdade à paciente reincidente e portadora de maus antecedentes, circunstâncias categoricamente reconhecidas na sentença penal condenatória, não obstante tenha respondido o processo em liberdade, a teor do disposto no art. 594 do Código de Processo Penal. Precedentes do STF e do STJ.

- 6. Recurso desprovido (5ª Turma, *RHC* nº 15.759, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, *DJ* de 20.09.04).

Recurso ordinário. Direito de apelar em liberdade. Falta de fundamentação. Réu que respondeu solto ao processo criminal. Reincidência reconhecida pela sentença. Ordem denegada.

- O benefício de que trata o art. 594 do CPP não alcança o paciente reincidente, assim proclamado no decreto condenatório, devendo recolher-se à prisão para recorrer, ainda que tenha aguardado o julgamento da ação penal em liberdade.

- Precedentes.

- Recurso desprovido (5ª Turma, RHC nº 13.692/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 13.10.03).

Habeas corpus. Crime de roubo qualificado, praticado por paciente que cumpria pena pelo mesmo delito em regime semi-aberto. Recebimento da apelação condicionado ao recolhimento à prisão. Pretensão de recorrer em liberdade. Impugnação do decreto de prisão expedido antes do trânsito em julgado da condenação.

- 1. A prisão do réu é mero efeito da sentença condenatória recorrível - salvo se for prestada fiança, quando cabível (CPP, art. 393, I) - e a apelação não tem efeito suspensivo (CPP, art. 597, primeira parte).

- 2. Para ser admitida a apelação, a regra é que o condenado seja recolhido à prisão, e a exceção é que recorra em liberdade, o que só pode ocorrer em três hipóteses: a) que preste fiança, quando for o caso; b) que seja ao mesmo tempo primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória; ou c) que tenha sido condenado por crime de que se livre solto (CPP, art. 594).

- 3. A jurisprudência desta Corte está orientada no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados enquanto não tiver transitado em julgado a decisão condenatória, mas não impede que se inicie a execução provisória, desde que a apelação não tenha efeito suspensivo. Precedente: HC nº 72.610-MG, Min. Celso de Mello, in DJU de 06.09.96, p. 31.850.

- 4. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido (Segunda Turma, HC nº 80.174/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 12.04.02).

Recurso em *habeas corpus* - Aplicação, no caso, do art. 594 do Código de Processo Penal, que, conforme o entendimento de ambas as Turmas desta Corte, não foi revogado pelo princípio constitucional da presunção de inocência. Precedentes do STF. Recurso a que se nega provimento (Primeira Turma, RHC nº 81.946/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 16.08.02).

Todavia, a questão, que sempre suscitou acirrados debates tanto na doutrina quanto nos tribunais, está sendo objeto de reapreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, com sua composição renovada, nos autos da Reclamação nº 2.391. A discussão, ao que consta, ganhou larga abrangência, de modo a justificar o reexame dos pressupostos das prisões provisórias, que, de caráter cautelar, por definição, são determinadas antes do trânsito em julgado da condenação.

Embora ainda não se tenha ultimado o referido julgamento, verifica-se que a tese defendida na impetração conta com diversos votos favoráveis naquela Corte Suprema, o que tem ensejado, inclusive, a concessão de vários *habeas corpus*, até mesmo em sede liminar, evidenciando a clara mudança de entendimento no que diz respeito à necessidade da fundamentação do decreto prisional, ainda que o réu condenado ostente maus antecedentes ou seja reincidente.

Nesse diapasão:

Habeas corpus. Processo penal. Apelação em liberdade. Inocorrência de trânsito em julgado. Ordem concedida

- 1. O art. 594 do Código de Processo Penal não estabelece hipótese de prisão compulsória ou de execução provisória da sanção imposta, mas sim de prisão preventiva.

- 2. Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a custódia do paciente somente pode ser decretada quando tiver índole cautelar, ou seja, quando presentes os requisitos e pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

- 3. Ordem concedida, para garantir que o paciente apele em liberdade, porque inexistente fundamentação cautelar para sua prisão (Primeira Turma, HC nº 83.592/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 23.04.04).

Pena. Execução. Pendência de recurso. Matéria em exame no plenário. *Habeas corpus*. Processo Sobrestamento e Liminar. - O fato de o imediato cumprimento de pena, independentemente do trânsito em julgado da decisão condenatória, encontrar-se sob exame do Pleno do Supremo Tribunal Federal - Reclamação nº 2.391 - direciona à suspensão dos processos em curso sobre idêntica matéria e o deferimen-

to de liminar para soltura do réu (Primeira Turma, HC nº 83.415 MC/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 27.08.04).

Fazendo-se um apanhado dos precedentes sobre o tema nesta Corte, percebe-se que a jurisprudência sempre foi oscilante. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados em contraponto aos anteriormente referidos:

Processo penal. *Habeas corpus*. Art. 594 do CPP. Réus que permaneceram soltos durante todo o transcorrer da ação penal. Sentença condenatória. Recurso de apelação condicionado ao recolhimento à prisão em virtude de antecedentes tidos como negativos. Impossibilidade. Não-demonstração da necessidade da medida.

- 1. Em princípio, o réu que esteve em liberdade durante o transcorrer da ação penal tem o direito de aguardar solto o julgamento do recurso que interponha contra a sentença que o condenou.

- 2. A prisão cautelar, de natureza processual, só pode ser decretada em se mostrando a absoluta necessidade de sua adoção.

- 3. Ordem de *habeas corpus* concedida (HC nº 17.208/CE, Corte Especial, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Rel. p/ acórdão Min. Paulo Gallotti, DJ de 18.02.02).

Processual Penal. Sentença condenatória. Apelação em liberdade. Negativa desmotivada. Princípio da inocência presumida. Constrangimento ilegal. *Habeas corpus*.

- Sob o império da nova ordem constitucional, que proclamou o princípio da inocência presumida, a regra do art. 594 do CPP deve ser concebida com cautela, sendo cabível tão-somente quando objetivamente indicada na sentença condenatória a necessidade da prisão provisória.

- Se o réu permaneceu em liberdade durante o longo curso da instrução criminal, e não se demonstrou no dispositivo da sentença a presença de alguma das circunstâncias inscritas no art. 312 do CPP, a exigência de recolhimento à prisão para apelar é descabida, passível de desconstituição por via de *habeas corpus*, sendo irrelevante mera referência à gravidade do delito ou a revelia do réu.

- Recurso ordinário provido. *Habeas corpus* concedido (6ª Turma, RHC 9.745/PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Rel. p/ acórdão Min. Vicente Leal, DJ de 26.06.00).

Constitucional e penal. Apelar solto. Paciente condenado a um ano de reclusão pela prática do crime de estelionato. Princípios constitucionais da presunção de inocência e da liberdade provisória. Interpretação da lei ordinária (CPP, art. 594) de acordo com a Constituição, e não vice-versa. Necessidade de fundamentação do recolhimento à prisão *ante tempus*. Ordem de *habeas corpus* concedida.

- I - Ao paciente que estava prestando serviço à comunidade por condenação penal anterior, foi negado o direito de apelar em liberdade, por decisão que não fundamentou a necessidade de sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença..

- II - Cabe ao juiz, em qualquer circunstância, mesmo em se tratando de réu com maus antecedentes e até reincidente, fundamentar (CF, art. 93, IX) a razão de ter de recolher-se preso para poder apelar. A regra geral é 'recorrer em liberdade' (CF, art. 5º, LXVI); a excepcional, 'recorrer preso'. Por outro lado, trata-se de condenado à pena de um ano de reclusão. O CP, com a reforma de 1984, a par da nossa realidade carcerária, procura evitar que condenado com pena pequena se misture com outros presos.

- III - Ordem concedida (6ª Turma, RHC 4.624/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 1º.04.96).

Refletindo, mais uma vez, sobre a questão, acabei por ceder aos percucientes argumentos esposados pelos precedentes mais antigos deste Superior Tribunal de Justiça, hoje corroborados com os da Suprema Corte renovada.

Na doutrina, vale destacar o sempre valioso escólio do eminente Professor FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO sobre o tema:

Com a reforma penal operada em julho de 1984, e elaborada a Lei das Execuções Penais, que revogou o capítulo da execução prevista no CPP, deslocando-o para constituir diploma extravagante, o art. 105 deste não mais tolerou a provisória execução da pena. Assim, revogados ficaram não só o art. 669, I, do CPP como, inclusive, o seu art. 393, I. Aliás o § 449 da StPO proclama: '*Vollstreckbarkeit Straftatelle sind nicht vollstreckbar, bevor sie rechtskräftig geworden sind*' (As sentenças penais não são executáveis enquanto não transitarem em julgado).

E, comentando tal disposição, o mais eminente processualista portenho, Julio B. J. Maier, observa: “*En materia penal la condena, para ser ejecutable, debe haber quedado firme (§ 449), lo que implica rechazar toda ejecución o título ejecutivo provisional*” (*La ordenanza procesal penal alemana*, Buenos Aires, 1978, v. 2, p. 375).

Assim, a exigência de recolhimento do réu à prisão, nas hipóteses indicadas no art. 594, para ter acesso à via impugnativa do apelo, como consequência do art. 393, I, do CPP, perdeu sua razão de ser como efeito automático da sentença condenatória, posto não ser possível executar a prisão antes do trânsito em julgado.

Todavia, se a prisão para poder apelar perdeu a sua natureza de ‘execução provisória’, nem por isso desapareceu do nosso ordenamento. Ela transmutou-se em prisão cautelar ou de natureza processual, colocando-se na mesma linha da prisão preventiva. Nada impede, pois, possa o Juiz, na sentença condenatória, decretar a prisão do réu. O que lhe é defeso é decretar a medida odiosa apenas porque o crime é inafiançável e o condenado não é primário ou não tem bons antecedentes. Isso implicaria verdadeira prisão automática. Se a prisão cautelar exige, como um dos seus pressupostos, o *periculum libertatis*, sem a presença deste, não pode haver aquela.

Vélez Mariconde, com a segurança da boa doutrina, observa:

‘Si el imputado, según ya vimos, es inocente hasta que una sentencia firme declare su culpabilidad; si el acto jurisdiccional que pone fin al proceso es la única fuente legítima para restringir la libertad personal a título de pena, como y hasta que punto se pueden autorizar medios coercitivos que afectan a una persona no declarada culpable sino, solamente, sospechada de criminalidad? Como justificar la detención (lato sensu) del imputado desde un punto de vista dogmático, sin caer en el pecado de buscar su fundamento en la simple conveniencia de la sociedad, con criterio meramente utilitario, para terminar proclamando que salus publica suprema lex est?’

En un Estado democrático, donde la libertad individual está en la misma base del ordenamiento jurídico, parece urgente superar toda concepción que signifique un estado de inferioridad con respecto al ideal jurídico, para recordar que el proceso penal es un instrumento de hacer efectiva la defensa del derecho, aunque tutele simultaneamente el interés

represivo de la sociedad y el interés individual (también social) por la libertad’ (Derecho procesal penal, cit., v. 2, p. 477).

Anota Jorge de Figueiredo Dias: ‘as medidas coativas só devem ser utilizadas quando absolutamente necessárias (princípio da necessidade)’ (*Direito processual penal*, cit., v. 1, p. 453).

Antônio Magalhães Gomes Filho observa:

‘Essencialmente, em face dessas garantias, não é legítima a prisão anterior à condenação transitada em julgado, senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental ou final e depois de efetiva apreciação judicial que deve vir expressa através de decisão motivada’ (*Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 86).

No mesmo sentido (*Justitia*, 158/88) parecer da lavra do eminente Procurador de Justiça do Estado de São Paulo Luiz Carlos Galvão de Barros, pronunciando-se pela concessão da ordem de *habeas corpus*, porque ‘faltara fundamentação à ordem de prisão expedida, o que está em dissonância com os princípios previstos nos incisos LXI e LXVI do art. 52 da Constituição da República’. Veja-se, também, *RBCCrim, Revista dos Tribunais*, 4/165, Ano I. Ora, o fato de o réu ser reincidente ou não ter bons antecedentes implica *periculum libertatis*? Quem responder afirmativamente, por certo, partirá do pressuposto de que o fato de ser reincidente ou de possuir maus antecedentes é indicativo de que tentará escapar à ação da Justiça. Mas, nesse caso, não haveria uma presunção contrária ao réu? Estar-se-ia presumindo a sua fuga... Se a Constituição estabelece, como dogma de fé, que o homem não pode ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória, como pode lei infraconstitucional estabelecer-lhe presunção contrária à prevista na Lei Maior?

No sentido de que a prisão deve ser decretada, desde que reincidente ou de maus antecedentes: RT, 561/432, 640/301, 644/285, 647/299, 650/288, 667/296, 691/278, 694/383, 676/304, 677/348, 686/391, 704/340, 707/364. [...]

Nada impede, repita-se, possa o Juiz, na sentença condenatória, decretar a prisão. O fato de a Lei Maior estabelecer o princípio da presunção de inocência não cria nenhum obstáculo, como bem enunciado na Súmula 9 do STJ: ‘a exigência de prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência’.

Contudo, haverá ofensa ao preceito constitucional se a prisão deve ser decretada pelo simples fato de ser o condenado reincidente ou de maus antecedentes. Aliás, as decisões do STJ (*RT*, 707/369, 727/609) mostram que a necessidade do recolhimento prévio à prisão para poder apelar, nas hipóteses previstas em lei (arts. 594 do CPP, 22 da Lei nº 8.072/90 e parágrafo único do art. 35 da Lei nº 6.368/76), não constitui condição especial de admissibilidade do apelo, pois a prisão, nesses casos, somente poderá ser exigida como medida cautelar. O art. 594 do CPP não pode ser aplicado com abstração daqueloutro princípio, também de ordem constitucional, que exige, à exceção do flagrante, fundamentação de todo e qualquer decreto prisional. Cabe, então, ao Juiz, na hipótese do art. 594, fundamentar a decretação da prisão. Deve dizer, embasado em elementos dos autos, o porquê da prisão, o porquê da sua necessidade. Da mesma forma que se exige fundamentação para a prisão preventiva, cumprirá ao Juiz dizer se ela é necessária para assegurar a aplicação da lei penal. Deve dizer, comprovando com as provas de que dispuser. Mas se o réu, ainda que primário e de bons antecedentes, quando da condenação, já se encontrava preso (preventivamente ou em razão de flagrante), o entendimento é de que deve continuar preso, aguardando o desfecho do recurso. Nesse sentido: *RTJ*, 88/69, 96/1.053, 122/101, 126/149 e 127/947; *RT*, 500/318, 568/320, 579/318, 588/394, 590/361, 605/303, 639/379, 648/296, 664/326, 665/284, 671/335.

[...]

E, coroando todos esses pronunciamentos, o venerando acórdão da Colenda 6ª Turma do STJ, Relator o preclaro Ministro Vicente Cernicchiaro:

'A atual redação do art. 594, CPP, aproximou-o das mais recentes recomendações da doutrina penal e da criminologia. A orientação inicial era de a restrição ao exercício do direito de liberdade decorrer do simples reconhecimento do crime; depois, se não demonstrados a primariedade e os bons antecedentes; hoje, por imperativo da Constituição da República, é diferente. A proibição de recorrer em liberdade é excepcional. Urge, além disso, de a decisão ser motivada e evidenciar a necessidade do recolhimento' (*DJU*, 12.12.1994; *RT*, 713/408).

'[...]

Desse modo, cabe ao Juiz, em qualquer circunstância, fundamentar, mesmo em se tratando de crime hediondo (Lei nº 8.072/90, art. 2º), a razão de o condenado ter de ficar preso para poder apelar (art. 93, IX, da CF). A regra geral é apelar em liberdade (CF, art. 5º, LXVI), a excepcional, recorrer preso. Recurso ordinário provido' (*RT*, 707/369). Em situação similar, assim também decidiu o STJ, Relator o eminente Ministro Assis Toledo (*RT*, 726/609).

Julgando o *Habeas Corpus* nº 6.110 (96/0078027-7), em 18.2.1997, a 6ª Turma do STJ, Relator o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, assim se pronunciou: '*RHC*. Processual Penal. Sentença condenatória. Réu foragido. Apelação. Processamento. Devido processo legal. Presunção de inocência. Cautelas processuais penais. - O princípio da presunção de inocência, hoje, está literalmente consagrado na Constituição da República (art. 5º, LVII). Não pode haver, assim, antes desse termo final, cumprimento da sanção penal. As cautelas processuais penais buscam, no correr do processo, prevenir o interesse público. A Carta Política, outrossim, registra o devido processo legal; compreende o contraditório e ampla defesa, 'com os meios e recursos a ela inerentes'. Não se pode condicionar o exercício do direito constitucional - ampla defesa e duplo grau de jurisdição - ao cumprimento de cautela processual. Impossibilidade de não receber a apelação, ou declará-la deserta porque o réu está foragido. Releitura do art. 594, do CPP, face à Constituição. Processe-se o recurso, sem sacrifício do mandado de prisão'.

Os arts. 594 e 595, assim, tomam novo valor. A lei ordinária não pode criar obstáculo ao direito ao duplo grau de jurisdição. Nada impede que o Juiz decrete e determine o recolhimento do acusado, se necessário. Todavia, não pode impedir o processamento do apelo interposto. Do contrário aquela ampla defesa não passaria de uma promessa vã e platônica. A decisão do STJ, pela voz autorizada daquele eminente Professor e Ministro, é histórica.

Por outro lado, não se deve deslembrar que pelo Decreto nº 678, de 6.11.1992, o Brasil depositou a Carta de Adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida, também, por Pacto de San José da Costa Rica. Assim, naquela data entraram em vigor para o Brasil, como declarado no *consideranda* do aludido Decreto, os termos daquele Pacto, e, como o nº 2 do seu art. 8º dispõe que

'toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa' e que, 'durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior', é indubitável que a regra do art. 594 perdeu sua importância, uma vez que o art. 8º do citado Pacto, à vista do § 2º do art. 5º da Constituição da República, insere-se entre os direitos e garantias fundamentais do homem, só encontrando restrição no art. 5º, LXI, da CF, porque esta pode excepcionar a si própria. Vejam-se, a propósito, as magníficas observações feitas por Luiz Flávio Gomes (*Direito de apelar em liberdade*, ob. cit., p. 62 e s.).

Aliás, melhor considerando, a pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar é a necessidade. De fato, à semelhança da Súmula 9 do STJ, pode-se afirmar que o princípio da presunção de inocência não é obstáculo a que se efetive um ato construtivo da liberdade antes de a sentença condenatória transitar em julgado. Na verdade o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 27.8.1789 assim dispunha: '*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur, qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la loi*'.

Procedendo a uma análise desse princípio, observa, com muita propriedade, um dos mais festejados processualistas argentinos: 'a afirmação de que o imputado não pode ser submetido a uma pena e, portanto, não pode ser tratado como culpado até que se profira uma sentença condenatória com trânsito em julgado, constitui o princípio diretor para expressar os limites da coerção processual contra ele' (J. B. J. Maier, *Derecho procesal penal argentino*, ob. cit., v. 1, p. 277).

Arremata Maier: 'esse princípio diretor pode ser assim sintetizado: *repugna al Estado de Derecho, previsto en nuestro estatuto fundamental, anticipar una pena al imputado durante el procedimiento de persecución penal*' (*Derecho procesal penal argentino*, ob. cit., p. 277).

E a pena será antecipada se a prisão, no curso do processo, não tiver um conteúdo de absoluta cautelaridade, o que se manifesta em duas hipóteses: para a preservação da instrução criminal e para o asseguramento da aplicação da lei penal. Logo, não havendo perigo de fuga e tampouco atos que possam

criar obstáculos à averiguação da verdade, a prisão no curso do processo é medida afrontosa da nossa Carta Política. Daí a lição de Maier: '*la decisión de encarcelar preventivamente debe fundar, por una parte, la probabilidad de que el imputado haya cometido un hecho punible, y, por la otra, la existencia o bien del peligro de fuga, o bien del peligro de entorpecimiento para la actividad probatoria. Tan sólo en esos casos se justifica la privación de libertad del imputado*' (*Derecho procesal penal argentino*, ob. cit., p. 289). No mesmo sentido: Ernest Beling, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 379; Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, cit. t. 2, p. 475; Carlos J. Rubianes, *La excarcelación*, Buenos Aires, Depalma, 1964, p. 103 e s.; Antônio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência e prisão cautelar*, ob. cit., p. 65 e s., dentre outros. [...] (*In Código de Processo Penal Comentado*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004; vol. 2, p. 343/351).

Deve-se, portanto, tornar mais substancial o princípio constitucional da presunção de inocência, passando a exigir-se fundamentação explícita para a prisão processual, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, afastando-se a idéia de "prisão provisória obrigatória", assim entendida aquela decorrente do regramento disposto no art. 594 do mesmo diploma legal.

Assim, a regra é o direito de o réu apelar da sentença penal condenatória em liberdade; a exceção, recolher-se à prisão, sendo esta determinada apenas quando presentes os requisitos para a custódia cautelar (art. 312, CPP), que deverão ser declinados pelo juiz sentenciante, fundamentando a medida extrema, não sendo bastante a mera referência a maus antecedentes ou à reincidência.

Acresce-se a tudo isso o fato de ter o juiz do feito, na hipótese, reconhecido como maus antecedentes do réu a existência de outro processo, no qual restou pronunciado por crime da mesma natureza. Ocorre que, segundo entendimento pacificado desta Corte, inquiridos e processos criminais em andamento, em observância ao princípio do estado presumido

de inocência, não podem ser levados em consideração como maus antecedentes.

Sobre o assunto:

Recurso especial. Penal e processual penal. Maus antecedentes. Inquéritos e processos sem o trânsito em julgado. Exasperação da pena-base. Impossibilidade. Princípio da não-culpabilidade. Contrariedade ao art. 68 do CP evidenciada. Dissídio jurisprudencial não demonstrado.

- 1. Na fixação da pena-base e do regime prisional, inquéritos e processos em andamento não podem ser levados em consideração como maus antecedentes, em respeito ao princípio da não-culpabilidade. Precedentes do STJ e do STF.

- 2. Divergência jurisprudencial não demonstrada, diante da ausência do cotejo analítico necessário para evidenciar similitude fática entre o aresto vergastado e os acórdãos paradigmas.

- 3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido (REsp nº 304.521/SP, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, DJ de 02.08.04).

Penal. Habeas corpus. Extorsão. Exacerbação da pena-base. Ação penal em andamento. Consideração como maus antecedentes. Impossibilidade. Diminuição do *quantum* da pena-base.

O fato de o réu apenas responder a outro processo criminal na mesma Comarca não tem o condão de caracterizar a circunstância judicial relativa aos antecedentes do sentenciado como desfavorável.

Ordem parcialmente concedida para que a eg. Corte *a quo*, apenas, reduza do *quantum* da pena-base o aumento advindo da circunstância judicial relativa aos antecedentes do réu (HC nº 29.953/MS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 01.12.03).

Criminal. REsp. Porte ilegal de arma. Pena fixada no mínimo legal. ImproPRIAMENTE majorada em face da existência de inquéritos criminais e outro processo em andamento, considerados como maus antecedentes. Impossibilidade. Recurso conhecido e provido.

O envolvimento em inquéritos diversos e em processo ainda em curso não pode servir como indicativo de maus antecedentes, para o aumento da pena-base. Precedentes.

Hipótese em que deve ser afastada a exacerbação pena, mantendo-a mínimo legal.

Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator (REsp nº 443.779/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 09.06.03).

Nesse contexto, ainda que se mantivesse o entendimento anteriormente adotado, de qualquer forma, o paciente - que permaneceu solto a todo o processo - não poderia ver negado o seu direito em apelar em liberdade, já que os maus antecedentes ressaltados na sentença se deram em virtude da existência de outro processo em andamento, o que, como visto, não pode ser levado em consideração, em respeito ao princípio da não-culpabilidade.

Pelos mesmos motivos, há de ser reconhecida ainda, de ofício, ilegalidade existente na fixação da pena-base do paciente, porquanto restou exasperada com base, além de outras circunstâncias desfavoráveis, no indevido reconhecimento de seus maus antecedentes.

Ante o exposto, refazendo meu convencimento anterior, dou provimento ao recurso para revogar a ordem de prisão expedida em desfavor do ora recorrente, sem prejuízo de novo decreto prisional por fatos supervenientes, devidamente motivado, e, de ofício, concedo a ordem para, mantida a condenação, determinar ao juízo de 1º grau que exclua da pena-base o acréscimo decorrente dos maus antecedentes, considerados em face da existência de processo criminal pendente de julgamento, conforme o entendimento acima esposado.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, concedendo *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto da Sr.^a Ministra Relatora”.

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima,
José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson
Dipp votaram com a Sr.^a Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sr.^a Ministra
Laurita Vaz.

Brasília-DF, 17 de maio de 2005. - *Lauro
Rocha Reis*. - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 06.06.2005.)

-:-:-