

PRISÃO POR EFEITO DE ACÓRDÃO CONDENATÓRIO RECORRÍVEL

*José Barcelos de Souza**

Sumário: 1. Declaração de acórdão para mandar expedir mandado de prisão, em embargos declaratórios interpostos apenas pelo réu; 2. A exigência de se recolher o réu à prisão, como condição para apelar; 3. A derrogação do preceito legal que conferia à sentença condenatória o efeito de sujeitar o réu à prisão; 4. Prisão determinada por acórdão recorrível; 5. Execução provisória de sentença penal condenatória; 6. Natureza jurídica da prisão por sentença condenatória recorrível; 7. Prisão preparatória para a execução da pena; 8. Colocação em liberdade do condenado preso; 9. Abstract.

1. Outro dia, enquanto aguardava vez para uma sustentação oral, ouvi um interessante voto que me fez lembrar-me dos velhos tempos de magistério na tradicional, centenária e conceituada Faculdade de Direito da UFMG.

É que, nas conversas do café dos intervalos de aulas, certa vez se comentou o surgimento de inconstituintes pedidos de revisão de prova. Alguns professores ponderavam que a revisão poderia, em tais circunstâncias, e se fosse caso, levar à diminuição da nota. Já tive vontade de assim proceder. Mas talvez a lembrança da figura da *reformatio in pejus*, a que são muito sensíveis os que temos formação na área penal, me tenha impedido de fazê-lo.

* Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - Subprocurador-Geral da República aposentado.

E no voto que ouvia, o eminente relator, ao rechaçar os impertinentes embargos de declaração, lembrava, com certeza tomado de justa indignação, que realmente havia um ponto omissso no acórdão. Era a falta de determinar a expedição do competente mandado de prisão. E precisamente para suprir semelhante omissão, é que declarava, sim, o v. acórdão embargado! Decisão unânime.

Aqui, sem dúvida, uma *reformatio in pejus*, já que o recurso, embargos declaratórios, era um único, da defesa. Para repetir o insigne Lopes da Costa no seu primoroso *Direito Processual Civil*, não me recordo se a igual propósito, seria como que ir o recorrente buscar lã e sair tosquiado.

Não me lembro de alguma outra decisão de igual teor. Já deparei, entretanto, com um acórdão do Supremo Tribunal, de poucos anos atrás, relator o ínclito Min. Marco Aurélio, no sentido de que, constando da sentença o direito de recorrer em liberdade, e contra isso não se insurgindo o Ministério Público, a imposição do recolhimento a prisão por ato do colegiado revisor importa *reformatio in pejus* e, portanto, ato de constrangimento.

Com um único precedente citado pelo eminente relator, de acórdão publicado em revista mais antiga, vê-se que a hipótese não é muito comum. Mas se vê, também, que, se não poderá fazê-lo o tribunal no julgamento da apelação, pena de já então praticar uma coação, muito menos poderá ao apreciar subseqüentes embargos declaratórios, uma vez que isso importaria em suprir indevidamente uma omissão que em realidade não se configurava, por se tratar de matéria que não poderia ser incluída de ofício no exame da apelação.

Em qualquer das duas hipóteses acima consideradas está-se supondo, é claro, que não era caso de recurso de ofício e que não houve recurso da acusação tendente à obtenção da custódia, que o juiz deixara para depois de a sentença transitar em julgado. Apenas apelação do réu condenado, seguida, no tribunal, de embargos de declaração.

2. Isso nos leva, à margem do assunto, mas guardando estreita relação com ele, a dizer sobre outra prática, que se está tornando freqüente em alguns tribunais do País e que é, realmente, por sua atualidade e importância, aliada à ilegalidade de que se reveste, a

matéria principal destas notas.

Estamos-nos referindo à questão da expedição de mandado de prisão nos tribunais, quer nos julgamentos originários, quer ao manter sentença condenatória contra réu que apelou solto, quer ao dar provimento, para condenar o recorrido, a apelação do Ministério Público ou do querelante.

A matéria é correlata com a referente ao direito de apelar em liberdade, sobre a qual muito já se discutiu na doutrina e na jurisprudência. Mas não seria fastidioso respigar o campo já bem ceifado por ilustrados autores e juizes, para chegar à nossa meta.

Repita-se, de início, com a melhor doutrina, que a exigência do recolhimento ao cárcere para apelar, do art. 594 do CPP, encontra óbice no princípio constitucional da amplitude da defesa.

É o que sustentou em primeira mão, em antiga decisão, de março de 1962, concessiva de *habeas corpus* de ofício (decisão que veio a ser reformada pelo então Tribunal de Justiça da Guanabara!), o Insigne juiz Eliézer Rosa, então julgando na 8ª Vara Criminal.

Ponderava o eminente jurista:

"A lei ordinária, no caso, o art. 594 do Código de Processo Penal, com estabelecer uma condição legal para o exercício do direito de recorrer, que é o mesmo direito de agir, e sendo esta condição o recolher-se preso, está restringindo, praticamente anulando, o exercício do direito constitucional incondicionado de acionar, isto é, de recorrer aos tribunais". E concluiu, após outras excelentes considerações, que a "Constituição Federal, vindo depois do Código de Processo Penal, retirou base legal ao art. 594 daquele Código", e que "sua aplicação constitui lesão irreparável, em muitos casos, e, em todos, cerceamento de defesa (§ 25 do art. 141 da dita Constituição) e constrangimento ilegal" (*apud* comentário na *Revista de Direito Penal*, diretor o Prof. Heleno Cláudio Fragoso, n. 1, janeiro-março de 1971).

Condicionar o direito de defender-se em apelação a entregar-se previamente à prisão seria, com efeito, exigir um terrível preço para o exercício do sagrado direito de defesa.

É precisamente por essa razão, não em virtude do princípio da presunção da inocência, no qual por algum tempo se procurou fundamento para afastar a incidência do art. 594, que não mais prevalece o ônus de recolher-se o réu à prisão *para apelar*.

A presunção da inocência impediria, com efeito, como adiante se verá, um antecipado *carcer ad poenam*, mas não o *carcer ad custodiam*, que, aliás, a Constituição mesma admite.

Mas tanto se invocou equivocadamente aquele princípio constitucional, que o STJ expediu a *Súmula* n. 9, segundo a qual "A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência".

É verdade. Mas ofende, sim, a garantia constitucional da amplitude da defesa. É um preço muito caro que se tem pago para ter o direito de provar a inocência.

Daí por que não mais tem importância, hoje, depois da Carta de 88, indagar em que hipóteses o art. 594 impõe ou não o ônus do recolhimento à prisão *ad recursum*. É que em nenhum caso, em nenhum caso mesmo – tenha o réu bons ou maus antecedentes, seja primário ou não, crime afiançável ou inafiançável, não importa – prevalecerá a exigência daquele dispositivo do Código de Processo Penal. Isso pela simples razão de se achar ele varrido de nossa legislação, tacitamente ab-rogado que ficou por incompatibilidade com a nova Constituição.

3. E quanto ao direito de usar de outros recursos?

Decidiu o Supremo Tribunal Federal que "O direito de recorrer em liberdade refere-se apenas à apelação criminal, não abrangendo os recursos extraordinário e especial, que não têm efeito suspensivo."

Efeito suspensivo? Que efeito suspensivo?

O que importa saber, no caso, não é se o recurso terá ou não esse ou aquele efeito, *mas se acórdão pode produzir um determinado efeito*, ou seja, o efeito de impedir a liberdade. Porque, se não puder produzir semelhante efeito, não terá importância o efeito de que o

recurso for ou não capaz.

Se o acórdão que condena, ou mantém condenação, produz efeito semelhante ao que o art. 393, I, confere à sentença, é assunto que já se verá. Mas esclareça-se logo que o réu não tem o ônus de se recolher à prisão para recorrer. Se não mais o tem para apelar, não poderá tê-lo, também, pela mesma razão de inconstitucionalidade, para recorrer a tribunais superiores, por isso que estará em jogo, ainda, a garantia constitucional da amplitude do direito de defesa. Demais disso, não há no Código, quanto a outros recursos, dispositivo semelhante ao do art. 594, e é por isso que jamais se exigiu o recolhimento do condenado ao cárcere para poder requerer revisão criminal.

4. Se já não se pode mais exigir do réu condenado que se recolha à prisão para apelar, poderia o juiz ou tribunal determinar a prisão antes de transitar em julgado a sentença condenatória, como efeito dela, por força do que dispõe o art. 393, I, do CPP?

É bem de ver, inicialmente, que o fato de o art. 594 se ter tornado ineficaz trouxe a conseqüência do enfraquecimento da regra da prisão como efeito da sentença condenatória recorrível, instituída no art. 393, I, a que o citado art. 594 visava fortalecer.

Tanto assim que seria um despropósito, posto já recomendado na doutrina, mandar o juiz, só para atender ao art. 393, I, expedir mandado de prisão contra réu de maus antecedentes condenado por crime inafiançável, devendo, porém, admitir sua apelação independentemente do recolhimento à prisão, agora para atender também ao princípio da amplitude da defesa!. Nem é usual semelhante procedimento. Os juizes, de modo geral, não o adotam. Como já escrevi alhures, poder o réu primário e de bons antecedentes apelar solto nos termos do art. 594, mas ficar sujeito, por outro lado, a ser preso por determinação do juiz com base no art. 393, I, equivaleria ao absurdo de ser ele forçado ou seduzido a se foragir, o que nenhum benefício traria para a justiça.

Andavam tão juntos e entrelaçados aqueles dois dispositivos legais que, acredito, o art. 594 levou tanto tempo a perder substância, a despeito da ancianidade do princípio da amplitude da defesa, porque atrelado ao art. 393, que o segurava, fazendo dele um auxiliar a

facilitar sua própria atuação.

E, de fato, o que aqui mais releva considerar é que a regra do art. 393 esbarra hoje, também ela, em dispositivo constitucional, agora sim, aquele que trata da presunção da inocência, ou, como também se costuma dizer, da presunção da não-culpabilidade.

Pois não se coaduna com o princípio de ser o réu considerado inocente enquanto não transitar em julgado sentença condenatória, prendê-lo só porque foi dada a sentença, sem necessidade de se cogitar da conveniência, em cada caso, de uma prisão cautelar. A colocação em custódia de réu solto que vem a ser condenado, pelo só efeito automático de sentença recorrível, não pode, de modo algum, configurar uma medida cautelar, ao contrário do que se tem admitido.

É, sem dúvida alguma, coisa diversa, como adiante se verá. Mas a se entender que de prisão cautelar se trata, com presunção legal do *periculum in mora*, só por isso ela já deixará de prevalecer em nossa legislação, uma vez que agora de modo geral já não basta, para a prisão, a existência de ordem escrita de autoridade judiciária competente, sendo necessário, também, que a ordem escrita seja *fundamentada*, por força do que dispõe o inciso LXI do art. 5º da Constituição.

5. Se não adiro à corrente que vê na prisão por efeito de sentença uma prisão cautelar, muito menos acompanharia a outra que enxerga aí uma possível e admissível execução provisória da pena, entendimento absurdo que vem predominando no Supremo Tribunal Federal e é sustentado por parte da doutrina, não só a antiga, mas também a mais recente, talvez para escapar da outra opção.

Execução provisória não se coaduna com o Direito Criminal. Vou dar um exemplo extremo, porque exemplo desse tipo esclarece melhor. Imagine-se, pois, a execução provisória de uma pena de morte. Levada a efeito, não teria essa provisória execução ficado irremediavelmente definitiva? Do mesmo modo, seria desastroso executar provisoriamente uma pena corporal.

Razão, e muita, assistiu ao Min. Marco Aurélio ao, votando vencido, proclamar a impossibilidade de se ter a execução do título

judicial antes do trânsito em julgado. Na hipótese, asseverou:

...“a expedição do mandado de prisão afigura-se como execução, com foro definitivo, do título judicial, se este ainda não transitou em julgado. É tal passo demasiadamente largo e até hoje não foi dado sequer no campo patrimonial. Todos sabemos que, pendente recurso sem efeito suspensivo, a execução é provisória e chega apenas à garantia do Juízo”(Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - Habeas Corpus n. 72741-7 RS - DJ 20/10/95).

Até mesmo nas execuções fiscais, em que a Fazenda goza de privilégios, não permitiu a lei que se *entregasse o ouro* ao fisco antes de transitar em julgado a decisão que tiver rejeitado os embargos do executado, como expusemos em nosso *Teoria e Prática da Ação de Execução Fiscal e dos Embargos do Executado*.

Já se afirmou na doutrina, equivocadamente, que “antes da LEP, o art. 669, I, do CPP, cuidava de uma provisória execução da pena”, sendo que, com o advento daquele diploma, tornou-se imprescindível o trânsito em julgado da sentença condenatória para a execução da pena.

De fato, era no capítulo referente à execução que se achava no Código o dispositivo legal em questão, que já até perdeu valor com o advento da Lei de Execução Penal, que não o repete. Mas o certo é que a mencionada Lei de Execução não acabou com execução provisória nenhuma, pela simples razão de que não podia ter acabado com o que nunca existiu.

Li e reli o art. 669 do CPP e não vislumbrei nele, talvez por falta de uma menção expressa e clara, a contemplação da execução provisória da pena, imaginada por excelentes juristas, que procuram nele um suposto amparo para seu entendimento. Aqui, ponto para o Código, por vezes vilipendiado com os epítetos de fascista e atrasado.

Eis o texto do mencionado dispositivo legal: “*Só depois de passar em julgado, será exeqüível a sentença, salvo: I – quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança*”.

O que estou vendo aí é a reafirmação da regra geral da execução definitiva da sentença, permitindo-se, porém, atuem, desde logo, alguns efeitos para tanto conferidos à decisão. Dentre eles, o da prisão, já exigida, aliás, pelo art. 393, I. Só que essa prisão não se pode confundir com a privação da liberdade como pena, o *carcer ad poenam*, não só porque a lei não diz isso mas, também, porque a execução da pena pressupõe a expedição de carta de guia (ou guia de recolhimento, como hoje fala a Lei de Execução Penal), e **isso só se faz depois de transitada em julgado a sentença condenatória**, como já preceituava o Código, na cabeça do art. 674, *verbis*: "Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena".

Do mesmo modo agora dispõe a LEP, no art. 105: "Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução". E mais: ... "da guia deverá constar que a sentença transitou em julgado." (art. 106, III)

Depois, seria uma esquisitice, em caso de cumprimento de pena, admitir fiança, como fazia o art. 669 I, o que bem mostra que não excogitava uma inconcebível execução provisória de pena. O citado art. 669, I, efetivamente, apenas reafirmava o que já dispunha o art. 393, I.

6. Qual seria, então, a espécie da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, tal como a consagrou o Código, impondo-a compulsória e automaticamente?

A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, tal como a consagrou o Código, impondo-a compulsória e automaticamente, como efeito da sentença, sem de modo algum qualificá-la como cautelar, importava uma presunção de culpa do condenado a justificar uma prisão processual até que não fosse a decisão modificada. Tanto assim que mandou fosse o nome do réu logo lançado no livro rol dos culpados, também pelo só efeito da sentença. A Constituição atual seguiu o caminho contrário, com a regra da presunção da inocência, ou da não culpabilidade, enquanto não transitada em julgado a sentença. E com toda razão. O número

de decisões condenatórias juridicamente inexistentes, nulas, erradas ou injustas é muito mais elevado do que seria razoável supor.

Era uma prisão tendo em vista apenas a realidade de uma sentença condenatória. É, aliás, muito de nossa cultura que a prisão seja logo imposta. No fundo, um desejo legítimo de justiça, e de justiça rápida.

Algumas das primitivas disposições do Código corroboram a assertiva. Assim, a prisão em flagrante. Só anos depois veio a lei a permitir a liberdade provisória quando ausentes os motivos que justificariam a decretação da prisão preventiva. Já a prisão preventiva, posto não devesse ser decretada se houvesse prova de causa de exclusão do crime, se provado estivesse o fato e ocorressem indícios suficientes da autoria era de ser compulsoriamente imposta em figuras delituosas mais graves, até quando veio a ser modificada a lei.

Se, como visto, a regra da presunção da inocência não é de molde a afastar a adoção de uma prisão provisória, ela serve, por outro lado, como uma recomendação de que sua aplicação deverá limitar-se a casos de justificada necessidade, pelo que não poderia atuar automaticamente.

Aí está, pois, mais uma razão a afastar a aceitação de uma presunção legal da necessidade da prisão, bem como de sua imposição por simples força de sentença condenatória recorrível.

É aceitável, entretanto, diante da regra, que foi abraçada pelo Código, da prisão automática, que assim não pode subsistir, que ela sobreviva como permissão para que o juiz, naqueles casos em que a prisão caberia como efeito da sentença, também na oportunidade dela, fundamentadamente decrete, se for caso, isto é, se houver real necessidade da cautela, uma prisão preventiva.

7. Agora a questão da expedição de mandado de prisão nos tribunais, quer nos julgamentos originários, quer ao manter sentença condenatória contra réu que apelou solto, quer ao dar provimento, para condenar o recorrido, a apelação do Ministério Público ou do querelante.

Vejamos como e quando pode ocorrer a prisão.

A lei não se referiu aos efeitos de acórdão condenatório em processo de competência originária. Sem dúvida seria de se aplicar, por identidade de razão jurídica, a regra do art. 393, I, se ela não estivesse derogada por força de preceito constitucional superveniente; mesmo porque, acórdão também é sentença. Descaberá, então, a prisão, enquanto não transitar em julgado o acórdão, visto que ela não é mais uma automática consequência da condenação, a não ser que o tribunal a imponha, fundamentadamente, como medida cautelar.

Do mesmo modo, se o réu foi absolvido no primeiro grau jurisdicional, está solto e o tribunal condena, poderá, ao fazê-lo, impor a prisão, mas como medida cautelar devidamente fundamentada, se for caso dela. A antiga regra do art. 675, segundo a qual o presidente da câmara ou do Tribunal fará, logo após a sessão de julgamento, remeter ao chefe de Polícia o mandado de prisão do condenado, igualmente ao que ocorre com o art. 393, I, ficou derogada pela disposição constitucional da não culpabilidade.

É claro que, se tiver havido recurso, no caso de ainda não ter sido expedido mandado de prisão por se tratar de infração penal em que o réu se livra solto ou por estar afiançado, só depois de transitar em julgado a sentença condenatória, o juiz, ou o presidente da câmara ou Tribunal, fará expedir o mandado de prisão, como já dispunha o citado art. 675 do Código. O direito de se livrar solto, continuando este a ser o caso, bem como o direito à liberdade provisória mediante fiança prestada, não cessam pelo fato de ter sido mantida a condenação.

Essa mesma regra também se aplica se por outra razão estiver solto o réu. Assim, se apelou em liberdade por ter sido considerado primário e de bons antecedentes. Ou, se independentemente disso, como agora é de ser a regra e foi visto acima, não lhe foi decretada a prisão. Mas é bem de ver que, se houve recurso da acusação pleiteando prisão não determinada pelo juiz, outra poderá ser a situação se vier a ser provido o recurso.

8. Agora vejamos a situação do réu já preso que vem a ser condenado. O mesmo artigo 393, I, prevê a hipótese, ao dizer que a sentença condenatória produz o efeito de "*ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas*

afiançáveis, enquanto não prestar fiança”.

Aqui não se trata de réu solto. Já se encontra preso por ocasião da sentença condenatória. Preceitua o Código que deverá ser mantido na prisão, como efeito da sentença condenatória.

Essa regra jurídica, todavia, comporta diversas exceções, decorrentes do sistema do Código, como de há muito expusemos em nosso *A Defesa na Polícia e em Juízo* e se dirá adiante, pois algumas considerações deverão ser feitas antes.

A primeira delas é a de que a manutenção da prisão existente não poderá ser uma simples consequência da sentença, isto é, pelo simples motivo de ter sido o réu condenado. De outro modo, teríamos uma prisão como adiantamento do cumprimento de uma pena que ainda não é definitiva. Mas poderá ser tida como prisão cautelar em continuação.

Isso nem sempre será possível, porém. Assim, se a prisão existente tiver sido decretada “por conveniência da instrução criminal”, que já estará finda.

Não sendo aquele o caso, vejamos agora as exceções à regra do art. 393, I, segunda parte, a que nos referimos acima. Assim, com efeito, também não ficará o condenado sujeito a prisão, devendo, se preso, ser colocado em liberdade:

- a) se a condenação for por infração de que se livre solto, ainda que processado por outra, mesmo que inafiançável;
- b) se condenado apenas a pena de multa, ainda que inafiançável a infração;
- c) se a pena privativa de liberdade tiver sido concretizada em tempo igual ou superior ao da prisão sofrida, não sendo a infração punida, no máximo, em reclusão por oito, ou mais de oito anos;
- d) se lhe for concedido o *sursis* (não importa que a admonitória, agora por força da LEP, venha depois, com a execução), uma vez que a concessão do benefício deve produzir efeitos desde logo sobre a prisão;
- e) se prestar cabível fiança, ou, não a prestando, obtiver

liberdade provisória nos termos do art. 350 do CPP.

Há ainda uma outra espécie de prisão processual, para a qual não têm atentado a doutrina e as obras didáticas. Realiza-se após o trânsito em julgado da sentença. É a **prisão preparatória para a execução da pena**, como a denomino.

Com efeito, se o réu não estiver preso, só após a prisão será expedida, como dispõem os arts. 105 da LEP e 674, *caput*, do CPP, acima transcritos, a guia de recolhimento. Daí dispor o Código, art. 675, como também já se mencionou acima, que se tiver havido recurso, no caso de ainda não ter sido expedido mandado de prisão por se tratar de infração penal em que o réu se livra solto ou por estar afiançado, **logo que transite em julgado a sentença condenatória, o juiz, ou o presidente da câmara ou Tribunal, fará expedir o mandado de prisão.**

10. ABSTRACT

The author approaches different hypothesis of imprisonment due to appealable condemnatory sentence, in the Brazilian Criminal Procedure.

Among the analyzed aspects, grants special prominence to the Amendment of Judgement for bench warrant imposed only by the defendant; the requirement of the defendant commitment, as a condition to appeal; the derogation of the legal precept regarding the effect of subjecting the defendant to prison by criminal sentence; imprisonment by appealable sentence; provisory criminal sentence execution; analysis of the judicial nature of the imprisonment by appealable condemnatory sentence; release of the imprisoned defendant, explanation of the author's personal thesis about preparatory imprisonment for punishment execution.