

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

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

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

Seria só mesmo de trazer à colação, em abono das asserções expendidas nos excelentes julgados, a preceituação contida no § 2º do indicado art. 5º (verbis, e com destaques propositais: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”), que, indubitavelmente, contempla a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), assinada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e referendada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992; e cujo art. 7º, 2, está assim redigido:

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

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

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

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

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

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

Em suma, a reincidência, enquanto eficaz, e só ela, deveria ser

considerada na aplicação dos mencionados arts. 408, § 2º, e 594, até que editada a vigente Constituição de nossa República Federativa, em 05 de outubro de 1993.

Como, em recente acórdão, proferido no Recurso de Habeas Corpus nº 2.227-2, do Estado de Minas Gerais, e com relação a tema assemelhado, decidiu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, e com prevalência do condutor do Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, essa conclusão é perfeitamente válida, a saber:

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

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

### **3. Verificação de direito subjetivo de recorrer em liberdade**

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

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

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

Interpretação exegética, aliás, e que, dia a dia, vai ganhando eminentes adeptos, quer na doutrina, e nas diversificadas acepções do tema (v., e. g., PAULO CLÁUDIO TOVO e JOÃO B. TOVO, **Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova Constituição**, Porto Alegre, Sérgio Fabris ed., 1989, pág. 24; RAILDA SARAIVA, **A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro**, Rio de Janeiro, Forense, 1992, págs. 81/82; LEÔNIDAS RIBEIRO SCHOLZ, A sentença penal condenatória e a prisão do acusado, na **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1991, vol. 668, págs. 384 e segs.), quer na jurisprudência (cf. **Rev. dos Tribs.**, vols. e págs. 668/235, 661/286, 658/297, 645/296; **Rev. de Jurispr. do TJESP**, vol. 123, pág. 515; **Julgados do TACrim-SP**, vol. 100, pág. 82).

Como, também precisamente, intuiu o último dos autores citados, à

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

Do mesmo modo, e já repetidas vezes, têm autorizados agentes do Poder Judiciário nacional afirmado, como tal, esse direito do pronunciado, ou do provisoriamente condenado, de recorrer em liberdade, ante a perda de força jurídica da “conseqüência axiomática da condenação” (ou da decisão de pronúncia, - permitimo-nos aduzir), na forma prevista nos aludidos arts. 594 e 408, § 2º, do Código de Processo Penal (v., outrossim, **Rev. dos Tribs**, vol. 643, pág. 303; e, na mesma linha de orientação, **Rev. dos Tribs.**, vols. e págs. 658/297; 645/296; **Rev. de Jurispr. do TJESP**, vol. 129, pág. 539).

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

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

Em liberdade, portanto, o réu, durante toda a instrução, sem que se vislumbrasse a possibilidade (prevista na lei processual e não negada pela Constituição) de vir a ser decretada sua custódia cautelar, segue-se que proferida sentença condenatória, a determinação que obriga esse réu a se recolher à prisão, para dela recorrer, decorre não mais da necessária cautela nas hipóteses contempladas pelo art. 312 do CPP mas, sim, como efeito de sentença condenatória que não transitou em julgado.

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

decorrente da sentença condenatória não definitiva é inadmissível”.

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

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

#### **4. Valioso subsídio da interpretação sistemática**

Acresce a todo o expendido o valioso subsídio da interpretação sistemática dos dispositivos da mesma lei (especialmente - deve ser aditado - a de natureza constitucional), sobrelevada em inolvidável e sempre atual ensinança de CARLOS MAXIMILIANO, **Hermenêutica e interpretação do direito**, 6ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957, págs. 164/165, ao asseverar que:

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

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

se à verdade geral”.

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

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

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

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

Como perceptível num relance, a regra esculpida nessa transcrita preceituação é a de que, reforçada a desconsideração prévia de culpabilidade do provisoriamente condenado, só tenha lugar a suspensão de direitos políticos (como tais, os inerentes aos cidadãos, “enquanto membros da ‘república’, ou seja, da colectividade politicamente organizada”, e, simultaneamente, “parte integrante do princípio democrático, constitucionalmente garantido”, - cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, **Constituição da República Portuguesa anotada**, 2ª ed., Coimbra, Coimbra ed., 1984, 1º vol., pág. 274), quando resultante de sentença penal condenatória coberta pela coisa julgada (pouco importando, aqui, se meramente formal, isto é, de autoridade relativa).

Ressoa ela, ademais, a tradicionalizada orientação do Direito Constitucional, em senso obstativo da imposição da qualquer restrição à plenitude do exercício de direitos subjetivos, especialmente os políticos, exceto nas hipóteses previstas na própria Constituição Federal: “Não há como restringir o exercício de direitos tão graves como os que se relacionam

com a estrutura política do país sem norma restritiva expressa” (cf., já agora, THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, **A Constituição Federal Comentada**, 3ª ed., Rio de Janeiro, José Konfino ed., 1958, vol. III, pág. 45; e, no mesmo sentido, ELCIAS FERREIRA DA COSTA, **Comentários breves à Constituição Federal**, Porto Alegre, Sérgio Fabris ed., 1989, pág. 66).

E presta-se, outrossim, para demonstrar à sociedade que, não se podendo cogitar da cassação desses sobrelevados direitos, a respectiva suspensão deve resultar, e necessariamente resulta, do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Por via de conseqüência, inadmissível afigura-se a contemplação, no dispositivo focado, de restrição a direito fundamental do ser humano, membro da comunhão social, somente em decorrência desse importante fato processual subsequente ao julgamento da causa penal sancionador de conduta típica, antijurídica e culpável do acusado; e, concomitantemente, alvitrar a irrelevância desse mesmo fenômeno para o exercício do direito - de idêntico modo, subjetivo e atrelado a outro, igualmente postado no contexto da Lei das Leis, - de recorrer em liberdade.

Imaginar-se o contrário implicaria, como de fato implica, uma interpretação equívoca de preceitos constitucionais correlatos, conferindo a cada um a exegese mais consentânea, não com os próprios textos legais analisados, mas com a já ultrapassada técnica de aplicá-los ao sabor de momentâneo arbítrio do órgão judicante, superada a apreciação objetiva dos fatos pelo subjetivismo ínsito aos pronunciamentos de ocasião...

E isso, como se faz óbvio, longe de aplicação, significa negação do Direito!

## **5. Considerações finais e conclusivas**

Em epítome, nossa Constituição Federal, assim sistemática e exegeticamente interpretada, basifica a conclusão, entrevista ao longo deste desprezioso estudo, de que, qualquer direito subjetivo, nela tido como fundamental (posto que inerente ao ser humano, como acima também ressaltado, e mais detidamente explicitado em nosso Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal, São Paulo, Saraiva, 1978, págs. 67/69), só pode sofrer restrição imposta pela própria Carta Magna.

Por via de consequência, nenhuma lei infraconstitucional - seja ela pré-existente (e, portanto, ineficaz a partir da promulgação da Lei das Leis), seja posterior à sua edição (vale dizer, inconstitucional, e, desse modo, natimorta, na expressão de ALFREDO BUZAID), - que disponha em antagônico senso, podia, pode e poderá ser aplicada, senão afrontosamente às preceituações nela contidas, isto é, contrariando-as, de sorte a não ter como prevalecer.

Obsta-o, por certo, secular e universal regramento, correntemente denominado "princípio da hierarquia das leis", e determinante da inafastável predominância da superior sobre a inferior.

Simplérrimo de raiz, esse tema, em sua angulação estritamente jurídica, somente tem sido distorcido, na sua essencialidade, por manifestações evidentemente errôneas, e que se procuram justificar, em âmbito pretoriano, pela necessidade política (afirmada, ainda que implicitamente, por juízes e tribunais pátrios) de coibir criminalidade, cada vez mais crescente e violenta.

Esse argumento, porém, ou qualquer outro que, com igual alvitre, se traga à balha, não tem, nem pode ter, o condão de fundamentar a injustificável orientação ora combatida, e desoladoramente atropelada no injurídico mote inserido na Súmula nº 9 do Superior Tribunal de Justiça.

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

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

Quem viver, verá!