



Súmula n. 347

SÚMULA N. 347

O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.

Referências:

CF/1988, art. 5º, LIV e LV.

CPP, arts. 594 e 595.

Precedentes:

HC 9.673-SP (6ª T, 14.12.1999 – DJ 04.09.2000)

HC 35.997-SP (6ª T, 11.10.2005 – DJ 21.11.2005)

HC 38.158-PR (6ª T, 28.03.2006 – DJ 02.05.2006)

HC 41.551-SP (5ª T, 13.09.2005 – DJ 03.10.2005)

HC 61.514-PB (5ª T, 21.06.2007 – DJ 10.09.2007)

HC 65.458-RJ (6ª T, 04.09.2007 – DJ 24.09.2007)

HC 66.300-SP (5ª T, 04.10.2007 – DJ 05.11.2007)

HC 78.490-MG (5ª T, 07.08.2007 – DJ 10.09.2007)

HC 79.701-SP (5ª T, 23.08.2007 – DJ 1º.10.2007)

HC 90.687-MS (5ª T, 25.10.2007 – DJ 12.11.2007)

RHC 6.110-SP (6ª T, 18.02.1997 – DJ 19.05.1997)

RHC 15.209-SP (6ª T, 18.12.2006 – DJe 03.03.2008)

Terceira Seção, em 23.04.2008

DJe 29.04.2008 – ed. n. 129

HABEAS CORPUS N. 9.673-SP (99.0047516-0)

Relator: Ministro Fontes de Alencar

Impetrante: Arnaldo Pires Ramos

Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Djalma Carlos Rosa

EMENTA

Habeas corpus.

- Incompatibilidade do art. 595 do Código de Processo Penal com a vigente Lei de Execução Penal.

- Concessão da ordem para abastar a deserção decretada e ensejar o julgamento do apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido que conhecia em parte do *habeas corpus* e, nesta extensão, denegava-o, por maioria, vencido o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, conceder em parte a ordem de *habeas corpus* para, afastando a deserção decretada, determinar o julgamento da da apelação. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Vicente Leal e Fernando Gonçalves. Ausentes, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson e, nesta assentada, o Sr. Ministro Vicente Leal.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente

Ministro Fontes de Alencar, Relator

EXPOSIÇÃO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Cuidam os autos de *habeas corpus* impetrado em favor de Djalma Carlos Rosa,

réu que se encontra atualmente foragido, nos autos da Apelação Criminal n. 259.280.3/2-00, em trâmite pela Colenda Segunda Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que figura como autoridade coatora (...) (fl. 2).

Dois os fundamentos expostos na inicial:

a) Não teve (o réu) o seu recurso de apelação apreciado, considerado deserto, em afronta a Carta Magna, a pretexto de que o mesmo se encontra foragido;

b) Quando da instrução criminal, ocorreu a defesa colidente, pois o advogado que patrocinava a sua defesa, também patrocinava a defesa da co-ré *Solange Ferreira*, cujos interesses eram antagônicos, o que implicou a nulificação processual, em face do comprometimento da defesa do paciente (fl. 3).

Pretende-se o provimento do pedido

para anular o v. Acórdão da Apelação Criminal n. 259.280.3/2-00, da Colenda Segunda Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, retornando os autos à comarca de origem, a fim de que a instrução criminal seja refeita, sanadas as irregularidades processuais, que deram origem ao constrangimento ilegal em questão (fl. 6).

A peça primeira está instruída com a documentação de fls. 8-125.

O 2º Vice Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prestou as informações que se acham às fls. 132-133, acompanhadas de cópias de peças do processo.

A manifestação do Ministério Público é no sentido da denegação da ordem (fls. 432-435).

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): Traslado das informações chegadas ao Relator:

O paciente foi denunciado perante o juízo da Vara Distrital de Roseira, juntamente com outros co-réus, como incurso no art. 12 e no art. 14, ambos da Lei n. 6.368/1976 e art. 333, c.c. art. 69, ambos do Código Penal. Recebida a denúncia,

foi o paciente citado e interrogado, ocasião em que constituiu seu defensor o Dr. João Romeu Carvalho Goffi, que apresentou defesa prévia.

Após regular instrução e o oferecimento das alegações finais, sobreveio sentença que condenou o paciente por infração aos citados dispositivos, ao cumprimento da pena de 13 anos de reclusão e 190 dias-multa e mais 13 dias-multa de valor unitário mínimo, em regime fechado.

Desta decisão apelaram o paciente e os co-réus, tendo a Col. Segunda Câmara Criminal de janeiro/1999 do Tribunal de Justiça, por votação unânime, rejeitado a preliminar e negado provimento aos recursos dos co-réus. O apelo do paciente não foi conhecido, pois houve comunicação de que havia fugido da prisão onde se encontrava.

Informo, finalmente, a Vossa Excelência, que em 22 de março p. passado, foi certificado o trânsito em julgado do ven. acórdão.

À fl. 181 está, por cópia, decisão do 2º Vice-Presidente da Corte Paulista, do seguinte teor:

Tendo em vista o ofício do MM Juiz de Direito do Foro Distrital de Roseira - Comarca de Aparecida-SP, juntado às fls. 716, comunicando que o réu Djalma Carlos Rosa evadiu-se da Cadeia Pública de Cachoeira Paulista-SP, julgo nos termos do artigo 595, do C.P.P., deserta a sua apelação.

Do acórdão tomado na Apelação Criminal n. 259.280-3/2-00 consta simplesmente que o colegiado decidiu,

por votação unânime, não conhecer do recurso manifestado por Djalma Carlos Rosa (fl. 182).

Também assim no voto norteador do acórdão (fl. 189).

Tenho que o ponto fulcral no caso situa-se na deserção decretada singularmente, mas que a Corte Estadual confirmou.

Esta Turma emitiu lapidar precedente no RHC n. 6.110-SP, de que relator o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, desta forma sumariado:

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 de 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, CPP face à Constituição. Processe-se o recurso, sem sacrifício do mandado de prisão.

Demais disso, o disposto no art. 595 do Código de Processo Penal é resíduo do estado autoritário implantado pela Carta outorgada de 1937, de evidente incompatibilidade com a vigente legislação do direito penal executivo brasileiro. Com efeito, o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 7.210/1984 dispõe:

Esta lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório (...)

A referida lei de execução penal, ao tratar da disciplina diz que a ela está sujeito o preso provisório (art. 44, parágrafo único) e no elenco das faltas disciplinares inclui a fuga (art. 50, II) e estabelece, no parágrafo único do art. 50, que o ali disposto se aplica, no que couber, ao preso provisório.

Dessarte, sem vigor se jaz o art. 595 do Código de Processo Penal desde os idos de janeiro de 1985, quando, por força do seu art. 204, entrou a vigor a Lei de Execução Penal concomitantemente com a de reforma da parte geral do Código Penal (Lei n. 7.209/1984 - art. 5º).

Ante o exposto concedo em parte a ordem de *habeas corpus*, e o faço para afastar a deserção decretada e ensejar o julgamento da apelação.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Srs. Ministros, estou de pleno acordo com o voto do Sr. Ministro-Relator, inclusive porque o Brasil aderiu ao pacto de São José de Costa Rica, no qual consta, em um dos seus programas, a necessidade de no processo criminal o réu ser submetido ao duplo grau de jurisdição, ao reexame de uma sentença condenatória por outro órgão. O art. 595, diferentemente do art. 594, que tem uma releitura à luz do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, está plenamente revogado.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Sr. Presidente, com a devida vênia do Sr. Ministro-Relator, acompanho o voto de S. Exa., em parte. Não que o art. 595 esteja revogado, mas tão-somente pelo fato de que a apelação já se encontrava

no Tribunal. Quero entender que a apelação estaria deserta se o réu, antes de apelar, empreendesse a fuga. Mas como a apelação já foi recebida e processada no Tribunal, não faz sentido julgá-la deserta, mas não que a Lei n. 7.210, com a devida vênia do Sr. Ministro Fontes de Alencar, tenha revogado o art. 595.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Senhor Presidente, trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Djalma Carlos Rosa, que estaria submetido a ilegal constrangimento pelo acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que não conheceu do recurso de apelação interposto, por ter o paciente se evadido da prisão onde se encontrava recolhido.

Djalma Carlos Rosa foi condenado a 13 anos de reclusão e multa, pela prática dos delitos tipificados nos artigos 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976 e artigo 333 do Código Penal, combinado com o artigo 69 também da Lei Penal.

Postula o impetrante a declaração de nulidade da decisão impugnada, ao argumento respectivo de que a declaração de deserção do recurso de apelação constitui afronta à Carta Magna, além do que, teria havido defesa colidente com a da co-ré Solange Ferreira, quando da instrução criminal.

Ocorre que o paciente se evadiu após a interposição do recurso de apelação, incidindo, pois, na espécie, o disposto no artigo 595 do Código de Processo Penal, cujo teor é o seguinte:

Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.

A Lei de Execução Penal, por força da sua própria matéria, que não exclui a sua extensão ao preso provisório, nenhum efeito revocatório teve sobre as normas insertas nos artigos 393, inciso I, 594 e 595 do Código de Processo Penal, que tratam de matérias diversas, quais sejam, efeito prisional da sentença condenatória recorrível, condição de admissibilidade de recurso de apelação e de pena de deserção.

Tais disposições processuais, por outro lado, em nada conflitam *com os princípios da presunção de inocência e da ampla defesa*, como pacificamente tem se manifestado o Excelso Supremo Tribunal Federal, quando já vigente a Constituição da República de 1988, valendo, a propósito, considerar os seguintes precedentes:

Direito Constitucional e Processual Penal. Apelação de réu preso. Fuga. Deserção (art. 595, do CPP). Princípios constitucionais da presunção de inocência e da ampla defesa.

1. Se o réu, necessariamente preso para apelar, foge da prisão, após a interposição do apelo, este deve ser julgado deserto (art. 595, do C. P. Penal), mesmo que recapturado o apelante antes do julgamento.

2. *Essa deserção, que implica o não conhecimento da apelação, não viola os princípios constitucionais da presunção de inocência e da ampla defesa.*

3. H.C. indeferido (HC n. 78.730-MG Relator: Min. Sydney Sanches, DJ 21.5.1999).

Habeas corpus. Deserção.

- *Verificada a fuga do preso depois de haver apelado, a apelação será declarada deserta, impossibilitando, assim, o prosseguimento do recurso, ainda que o réu depois se apresente ou seja capturado.* Essa deserção tem, pois, caráter definitivo e irrevogável. Ademais, ela se dá automaticamente, razão por que será declarada ainda quando o réu seja capturado antes do julgamento da apelação.

(...) (HC n. 71.769-SP - Relator: Min. Moreira Alves, DJ 17.3.1995).

Da questão da *defesa colidente*, diga-se que se não constituiu em matéria decidida por Corte Estadual, dela não se podendo conhecer, pena de supressão de um dos graus da jurisdição.

Divergindo do ilustre Ministro-Relator, Professor Fontes de Alencar, conheço, em parte, do *habeas corpus* e, nesta extensão, o denego.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 35.997-SP (2004/0079671-4)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Rafael Tucherman e outro

Impetrado: Nona Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Marcos Fabiano Ribeiro (preso)

EMENTA

Processo Penal. *Habeas corpus*. Apelação. Fuga do réu. Deserção. Aplicação do art. 595 do CPP. Descabimento. Afronta aos princípios

constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição. Art. 5º, incisos LV e LVII. Ordem concedida.

A nova ordem jurídico-constitucional inaugurada com a CF/1988 não recepcionou a norma esculpida no art. 595 do C.P.P.

As disposições do art. 595 do CPP não podem impedir que se conheça da apelação do réu foragido, porque seria desconsiderar os princípios contidos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Tendo como balizas os princípios da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição e o inegável anseio de *status libertatis* inerente a todo e qualquer ser humano, entendo que, embora havendo fuga do sentenciado ou ausência de recolhimento deste ao cárcere após a interposição de recurso, não há que se falar em deserção.

Ordem *concedida* para que o Tribunal *a quo* conheça do recurso interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ 21.11.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Marcos Fabiano Ribeiro* contra acórdão proferido pela Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, em sede de apelação interposta em favor do paciente, não conheceu do recurso.

Depreende-se dos autos que o paciente, condenado à pena de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, por violação ao art. 159, § 1º, c.c. o art. 29, por duas vezes, na forma do art. 70, parte final, todos do Código Penal, apelou ao Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

Aquela Corte, no entanto, não conheceu do apelo ao proclamar sua deserção, em decorrência da fuga do réu, nos termos do art. 595 do Código de Processo Penal.

A decisão em destaque restou assim fundamentada, no que interessa, *verbis*:

Consoante se observa, Marcos Fabiano Ribeiro, preso e condenado pela prática de extorsão mediante seqüestro, apelou da r. sentença de 1º grau, buscando a absolvição por insuficiência probatória de sua participação no delito.

Entretanto, como noticia o documento de folhas 251, datado de 19.12.1996 e protocolado, neste E. Tribunal, em 2.1.1997, veio ele a fugir da prisão em que se encontrava, tomando paradeiro ignorado.

Dessa forma, nos expressos termos do que dispõe o artigo 595, do Código de Processo Penal, sua apelação deve ser declarada deserta. (fls. 52-53).

Daí a impetração do presente *habeas corpus*, no qual se alega que o não conhecimento do recurso, em vista da fuga do apelante, implicaria em violação aos princípios constitucionais da presunção de inocência, do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Requer a concessão da ordem para que seja afastado o óbice inscrito no art. 595 do Código de Processo Penal e seja conhecida a apelação pelo Tribunal *a quo*.

Nas informações prestadas pelo Desembargador Presidente do Tribunal de Alçada Criminal Paulista noticia-se que anos após o não conhecimento da apelação, ocorrido em janeiro de 1997, houve a captura do réu, mais precisamente em 20 de dezembro de 2003 (fls. 73-74).

Parecer do Ministério Público Federal (fls. 131-134), opinando pela denegação da ordem, assim fundamentado:

Habeas corpus. Apelação. Fuga do réu. Deserção. Artigo 595 do Código de Processo Penal. Legalidade.

I) A fuga do apelante implica deserção de seu recurso, nos termos do artigo 595 do Código de Processo Penal, por ausência de um dos requisitos de admissibilidade do apelo. Precedentes desse Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

II) Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.

Decido.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Insurge-se o paciente contra decisão que não conheceu do recurso interposto, por ter reconhecido a ocorrência do fenômeno da deserção, prescrito no art. 595 do Código de Processo Penal.

O Tribunal *a quo*, com respaldo em decisões da maioria dos Tribunais brasileiros, entendeu que a fuga do apelante implica deserção do recurso, nos moldes do que dispõe o art. 595 da Lei Instrumental Penal.

Não obstante as decisões exaradas pelos Tribunais Estaduais e Federais – havendo, inclusive decisão do Supremo Tribunal Federal – todas neste sentido, ousou discordar do entendimento, por diversas razões, as quais trago à discussão desta Turma, para uma maior reflexão.

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso LVII, declara que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*.

Para que se efetive esta convicção, faz-se necessário o transcurso de toda a investigação criminal e de todo o caminho processual. Antes do trânsito em julgado, nada por ser afirmado ou concluído em sentido definitivo; nenhuma ação em sentido contrário à culpabilidade do réu pode ser empreendida.

Do mesmo modo, a prisão provisória, que só persiste se existirem os fatores indicativos de que o acusado deva permanecer preso, sendo emitida por decisão fundamentada, onde se demonstre com fatos concretos a necessidade da sua retirada do seio da sociedade.

Com muita propriedade, transcreve Leonardo Costa Bandeira, *in Do Direito Constitucional de Recorrer em Liberdade*, Ed. Del Rey, p. 30 e ss., palavras do mestre Carnelutti (*Derecho procesal civil y penal*, p. 189):

El resultado de estas primeras reflexiones es, pues, en el sentido de que la custodia preventiva no puede ser dispuesta a otro fin que no sea el de poner a disposición del juez la prueba constituida por la persona del imputado; y, por eso, no puede definirse de otra manera que como medida cautelar.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, reiterada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU assegura, no art. 9º:

Todo homem, sendo julgado inocente até quando for declarado culpado, se é julgado indispensável detê-lo, qualquer rigor, que não seja necessário para assegurar-se da sua pessoa, deve ser severamente proibido pôr lei.

Trata-se da presunção de inocência, aplicada em favor de todo aquele que não tem, contra si, exarada, em caráter definitivo, uma declaração de culpabilidade. É o movimento da lei em direção ao garantismo, diante dos avanços e retrocessos da legislação vigente, na proteção dos direitos fundamentais do indivíduo.

Defendendo a impossibilidade de vigência do art. 595 perante as disposições da Constituição Federal, Antônio Scarance Fernandes, *in* Processo Penal Constitucional, 2ª edição, ed. Revistas dos Tribunais, p. 11, contempla a evolução do garantismo no âmbito legal brasileiro, visando proteger o acusado ante os desmandos do Poder Estatal e das reações da própria sociedade:

Na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, *os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais*, tendo o Brasil, segundo José Afonso da Silva, sido o primeiro a introduzir em seu texto normas desse teor (José Afonso da Silva salienta que a primeira Constituição no mundo que deu concreção jurídica aos direitos do homem foi a Constituição imperial de 1824, anterior à da Bélgica, de 1831, à qual se tem dado a primazia).

Além disso, principalmente após as guerras mundiais, os países firmaram *declarações conjuntas, plenas de normas garantidoras, visando justamente a que seus signatários assumissem o compromisso de, em seus territórios, respeitarem os direitos básicos do indivíduo*.

Nesse contexto, são fundamentais a Declaração dos Direitos Universais do Homem produzida na Assembléia das Nações Unidas, aos 10 de dezembro de 1948; a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma em 10 de novembro de 1948; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução n. 2.200 – a (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992; a Convenção dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José de Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. (...)

Entre nós, as Constituições, desde o Império, contemplaram normas de garantia individual, sendo, nesse aspecto, pródiga a Constituição atual que, em seu art. 5º, apresenta extenso rol de regras destinadas a assegurar os direitos

individuais e coletivos. A Constituição atual manteve preceitos das anteriores Constituições. Acrescentou outros. Formam todos um conjunto de garantias que informam todo o sistema brasileiro.

No plano processual, esse garantismo constitucional é reflexo da necessária relação que liga processo e Estado.

Importante lembrar que o nosso Código de Processo Penal foi elaborado sob realidade histórica e sob perspectivas inteiramente distintas daquela sob a qual se construiu o sistema de garantias constitucionais do texto de 1988. Não há como pretender interpretar o CPP, sobretudo no que respeita ao tema de prisão e liberdade, sem a necessária filtragem constitucional.

O Ministro Fontes de Alencar, no julgamento do HC n. 9.673-SP, na mesma esteira dispôs:

O disposto no art. 595 é resíduo do Estado autoritário implantado pela Carta outorgada de 1937, de evidente incompatibilidade com a vigente legislação do direito penal executivo brasileiro. Com efeito, o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 7.210/1984 dispõe: “Esta lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório (...)”.

A referida Lei de Execução Penal, ao tratar da disciplina, diz que a ela está sujeito o preso provisório (art. 44, parágrafo único) e, no elenco das faltas disciplinares, inclui a fuga (art. 50, II) e estabelece, no parágrafo único do art. 50, que o ali disposto se aplica, no que couber, ao preso provisório.

Dessarte, sem vigor se jaz o art. 595 do Código de Processo Penal desde os idos de janeiro de 1985, quando, por força do seu art. 204, entrou a vigor a Lei de Execução Penal concomitantemente com a de reforma da parte geral do Código Penal (Lei n. 7.209/1984 - art. 5º).

Pode-se dizer que o art. 595 do CPP, que obriga o Juiz a declarar deserta a apelação se o réu condenado fugir, não foi recepcionada pela Constituição da República.

Ora, não se pode condicionar o reconhecimento de um recurso, direito legítimo do acusado, em face do princípio da ampla defesa, ao recolhimento a prisão.

É dever do Magistrado assegurar a ampla defesa, bem como a garantia de todos os meios e recursos a ela inerente, em respeito ao princípio mundialmente consagrado do *due process of law*, seja ele em benefício do indiciado, do acusado, mas também e principalmente do condenado.

Essa garantia se corporifica possibilitando-se ao acusado as condições e faculdades que o possibilitem atuar no processo com todos os meios que viabilizem o esclarecimento e comprovação de suas alegações.

O cerceamento ao duplo grau de jurisdição, impedindo o apelante de exercer seu direito consagrado constitucionalmente de recorrer, vem contra toda uma gama de materialização de direitos que, por séculos, foram pleiteados.

Afronta, inclusive, o princípio da isonomia processual, pois não haveria qualquer óbice à acusação para recorrer.

Decorre do artigo 595 do CPP, grave quebra da isonomia processual, pois permitem à parte acusatória amplos poderes de impugnar a sentença contrária.

Ressalto aqui a importância do dispositivo do art. 5º, LV, da Constituição Federal, que assegura aos acusados o contraditório e a ampla defesa, *com os meios e os recursos a ela inerente*.

Condicionar recebimento de apelo a permanência na prisão é atacar violentamente o princípio da ampla defesa e recursos correspondentes. O legislador ordinário não pode impor condições à aplicação de princípios constitucionais, pena de impedir sua concretização. Aliás, uma das funções da lei é exatamente materializar os princípios e não os abortar.

A título de demonstração da semelhança do atual entendimento nos países europeus, discorrendo sobre os direitos fundamentais vigentes na República Francesa, do qual se insere o princípio do duplo grau de jurisdição, desrespeitado pelo art. 595 do CPP, François Saint-Pierre, na sua obra *Le guide de la Défense Penale*, traz-nos o seguinte excerto (*Troisième Edition, 2004, Ed. Dalloz, p. 221*):

3. Le droit de contester l'accusation:

Toute personne poursuivie a le droit de contester l'accusation dont elle fait l'objet. La défense doit être en mesure de développer et de soutenir ses arguments, d'interroger les témoins et de faire instruire la matérialité des faits. Ce droit résulte du principe de présomption d'innocence, qui charge l'accusation de la preuve des faits, mais qui doit également permettre à la défense de démontrer sa thèse, de façon effective et à chaque phase de la procédure. Prévu par l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 et par l'article 6-2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, le principe de présomption d'innocence a été inscrit par la loi du 15 juin 2000 dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale: "toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie.

Tradução: 3. O direito de contestar a acusação: Qualquer pessoa acusada tem o direito de contestar a incriminação em que lhe é imputada. A defesa deve estar em condições de desenvolver e apoiar os seus argumentos, de interrogar as

testemunhas e de fazer instruir a materialidade dos fatos. Este direito resulta do princípio de presunção de inocência, que *encarrega a acusação da prova dos fatos, mas que deve permitir à defesa igualmente demonstrar a sua tese, de maneira efetiva e à cada fase do processo*. Previsto pelo artigo 9 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789 e pelo artigo 6-2 da Convenção Européia de Salvaguarda do Direito do Homem e das Liberdades Fundamentais, o princípio de presunção de inocência foi acrescentado pela Lei de 15 de junho de 2000 no artigo preliminar do Código de Processo Penal: “qualquer pessoa suspeita ou acusada é presumida inocente até que a sua culpabilidade não seja estabelecida”.

Na doutrina, Afrânio Silva Jardim, com a clareza e cultura democrática que o caracteriza, ensina:

Desta maneira, levando em linha de conta o preceito constitucional que assegura aos acusados ampla defesa no processo penal, com os recursos a ela inerentes (art. 5º, inc. LV), não deve o legislador ordinário vedar o recurso ao réu apenas porque, nesta ou naquela hipótese, ele não está preso. Não vemos porque o réu, que se julga injustiçado, tenha de ficar preso para atentar remover tal injustiça. Os recursos deve poder ser apreciados no seu mérito independentemente da prisão dos recorrentes. É do interesse público que os erros se desfaçam na segunda instância, motivo pelo que tal possibilidade não deve ficar limitada pela não prisão do réu (Dir. Proc. Penal, Forense, 6ª ed., 284). Damásio vai na mesma linha (CPP Anotado, Saraiva, 12ª ed., p. 416).

A matéria é interessante e tem suscitado discussão na doutrina:

Sem embargo, conforme vimos em comentários ao artigo anterior, o STJ, pela voz do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, entendeu que o art. 595 do CPP merece uma releitura. Se o duplo grau de jurisdição é direito fundamental do cidadão, o fato de o réu, após interpor apelo, vir a fugir não é impeditivo do conhecimento do recurso. O Juiz poderá determinar sua captura. Não, contudo, julgar o recurso deserto. (Fernando da Costa Tourinho Filho, *in* Código de Processo Penal Comentado, Volume 2, 4ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 322).

Não poderia deixar de citar aqui jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mais exatamente desta 6ª Turma, da relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, em torno do tema discutido:

Constitucional. Processual. Penal. *Habeas-corpus*. Sentença condenatória. Apelação. Fuga do réu. Deserção. Descabimento. Princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

- O réu que se afasta do distrito da culpa e não é encontrado para submeter-se à prisão após a sentença condenatória não fica impedido de interpor apelação.

- A regra do art. 595, do Código de Processo Penal, que previa a deserção do recurso da defesa na ocorrência de fuga do réu, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, que entronizou no capítulo das franquias democráticas os princípios da ampla defesa e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV).

- *Habeas-corpus* concedido, de ofício. (H.C. n. 9.548-SP – 6ª Turma – *Relator o Ministro Hamilton Carvalho*, DJ de 30.6.1999 – DJU de 27.9.1999, p. 123).

E esta Corte Superior de Justiça assim se pronuncia em casos de idêntico teor:

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, CPP, em face da Constituição. Processe-se o recurso, sem sacrifício do mandado de prisão (RHC n. 6.110-SP, 6ª Turma, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 18.2.1997, DJU de 19.5.1997, p. 20.684).

Veja-se a ementa desta decisão, da relatoria do Ministro Fontes de Alencar, publicada no ano de 2000:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Apelação. Réu foragido. Deserção. Não ocorrência. CPP, art. 595. Inaplicabilidade. Incompatibilidade do art. 595 do Código de Processo Penal com a vigente Lei de Execução Penal. Concessão da ordem para afastar a deserção decretada e ensejar o julgamento do apelo. (HC n. 9.673-0-SP - Relator Ministro Fontes de Alencar, 6ª Turma. DJ 4.9.2000).

No mesmo sentido: RHC n. 5.158, 6ª Turma, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 4.3.1997, DJU de 22.9.1997, p. 46.557.

Como se vê, mister o enfoque do preceito instrumental em comento, no sentido de analisá-lo, de acordo com a nova ordem constitucional vigente a partir de 1988, em que o art. 5º, inc. LV, da CF solidifica um processo com pleno contraditório e ampla defesa.

A Constituição Federal, nos inciso LIV do artigo 5º estabelece que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens *sem o devido processo legal*.”, ao mesmo tempo que estabelece que “são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (art. 5º, LV).

Discorrendo acerca deste mesmo tema, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 9.857-MG, ponderou o Ministro Vicente Leal:

É certo que o nosso provecto Código de Processo Penal, em seu art. 595, previa a sanção processual da deserção do recurso de apelação na hipótese de fuga do réu. Todavia, não vejo como o mencionado preceito possa conviver com a nova ordem constitucional.

Extraí-se dos cânones supratranscritos [incisos LIV e LV da CF] que não se pode condicionar o conhecimento de um recurso regularmente interposto à submissão do réu à prisão.

Não se discute, no caso, a legalidade ou constitucionalidade da prisão. A jurisprudência pretoriana já proclamou que a prisão processual não afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência. O que não se admite é a quebra do princípio do *devido processo legal*, que tem como sustentáculos o contraditório e ampla defesa, *com os meios e recursos a ela inerentes*.

Prelecionando sobre o tema, acentuou o ilustre Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, em voto oral proferido no julgamento do *Habeas Corpus* n. 9.548-SP (Sessão de 30.6.1999), *verbis*:

É evidente, ao dizer - contraditório - e os recursos a ela inerentes, não se estabelece nenhuma restrição em virtude da rebeldia por parte do réu. Ninguém tem a obrigação de se submeter a uma decisão judicial. Terá o Estado o poder de torná-la eficaz e efetiva. Além do mais, em interpretação lógica do Direito Penal Brasileiro, a fuga não é ato ilícito, não é considerada infração penal. Se-lo-á se, ao se afastar do lugar em que é determinado, houver violência à pessoa. Vejam que são situações diferentes. Ora, nada impede que o Estado prossiga o julgamento e expendo o decreto condenatório.

Fílio-me, assim, à tese defendida pelo professor Paulo Rangel, *in verbis*:

Deserção é sanção que se aplica ao recorrente pela ocorrência de determinadas situações previstas em lei. Tendo a natureza jurídica de sanção, somente se aplica aos casos expressamente previstos em lei, quais sejam: a) a falta de pagamento das custas processuais (art. 806, § 2º); e b) fuga do condenado depois de haver apelado (art. 595).

Pensamos que a deserção por fuga não mais pode subsistir diante da nova ordem constitucional, pois a ampla defesa é direito constitucional e não pode sofrer restrições pelo legislador ordinário. somente a Constituição Federal pode excepcionar ela mesma.

Assim, se o réu apelar e depois fugir, deve o juiz expedir as ordens necessárias para sua captura, porém jamais aplicar sanção por deficiência do próprio aparelho do Estado. O réu tem direito de fuga, salvo se usar de violência contra a pessoa

(art. 352 do Código Penal), quando então será punido nos termos da Lei Penal e não da Lei Processual Penal.

Sancionar o réu por exercer um direito é inverter o ônus da responsabilidade pela sua fuga. A responsabilidade é do Estado, que não adotou as cautelas devidas para evitar a fuga. O réu tem direito ao recurso e este deve ser conhecido. Trata-se de aplicação da Teoria do Garantismo Penal. (Direito Processual Penal; Lumen Juris; 6ª edição; p. 677).

Entendo que o consagrado princípio constitucional da presunção de inocência hoje prepondera sobre regras que antecipam a sanção penal, esta indevida sem que seja manejado o devido processo legal com o exercício da ampla defesa, outrossim, em segundo grau de jurisdição. Assim, não há como deixar de conhecer o apelo mesmo diante da fuga do acusado.

Sobre os mencionados princípios constitucionais, a professora Ada Pellegrini Grinover leciona:

Pode-se afirmar, assim, que a garantia do duplo grau, embora só implicitamente assegurada pela Constituição Brasileira, é princípio constitucional autônomo, decorrente da própria Lei Maior, que estrutura os órgãos da chamada jurisdição superior. Em outro enfoque, que negue tal postura, a garantia pode ser extraída do princípio constitucional da igualdade, pelo qual os litigantes, em paridade de condições, devem poder usufruir ao menos de um recurso para a revisão das decisões, não sendo admissível que venha ele previsto para umas e não para outras (...)

As mesmas críticas podem ser endereçadas ao art. 595 que determina seja declarada deserta a apelação caso o réu condenado, após ter recorrido, venha a fugir. Aqui, também. Além de não se justificar a paralisação do recurso no plano da cautelaridade processual, vislumbram-se idênticas violações aos princípios constitucionais da igualdade processual, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição (...)

(Recursos no Processo Penal - RT - 1996 - p. 23, 137-138 - Ada Pellegrini Grinover et al.).

Não há outro caminho senão o de reler-se o art. 595 em consonância com a Constituição da República, não declarando-se, desta forma, imediata e automaticamente o não conhecimento da apelação por deserção, a sua manutenção no cárcere, como condição do recurso.

Há de se ter em vista, acima de tudo, que o princípio do duplo grau de jurisdição lhe dá o direito de submeter a sentença condenatória à apreciação do Tribunal, independentemente da condição da segregação, a não ser em casos excepcionais em que se justifica a necessidade.

Destarte, atribuindo releitura constitucional ao contido no artigo 595, do Código de Processo Penal, tomando por base os princípios garantistas da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, passo a adotar este posicionamento, para os casos em que haja fuga do sentenciado e interposição de recurso, não havendo que se falar em deserção.

Posto isso, *concedo* a ordem para que o Tribunal *a quo* conheça do recurso interposto e julgue a apelação conforme lhe parecer de direito.

HABEAS CORPUS N. 38.158-PR (2004/0128192-3)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Fábio André Weiler

Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Paciente: Marcos Rogério Ferreira (preso)

Paciente: Sílvia Maria Ferreira (presa)

EMENTA

Habeas corpus. Direito Processual Penal. Crimes contra a ordem tributária e formação de quadrilha. Organização criminosa. Indeferimento do apelo em liberdade. Ausência de fundamentação. Constrangimento ilegal. Caracterização.

1. A excepcionalidade da prisão cautelar, dentro do sistema de direito positivo pátrio, é necessária conseqüência da presunção de não culpabilidade, insculpida como garantia individual na Constituição da República, somente se a admitindo no caso de sua necessidade, quando certas a autoria e a existência do crime.

2. Tal necessidade, por certo, sem ofensa aos princípios regentes do Estado Democrático e Social de Direito, pode ser presumida em lei ou na própria Constituição, admitindo ou não prova em contrário, segundo se cuide de presunção relativa, como no caso da inafiançabilidade legal de certos delitos, ou absoluta, como nos

casos do artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.072/1990 - Lei dos Crimes Hediondos.

3. De outro lado, é sabido que na letra do artigo 393, inciso I, do Código de Processo Penal, um dos efeitos da sentença penal condenatória recorrível é *ser o réu preso ou conservado na prisão*.

4. Essa regra, no entanto, à luz da disciplina constitucional da liberdade, vem sendo mitigada pela moderna jurisprudência pátria, que, reiteradamente, à luz, por certo, do reconhecimento implícito da presunção relativa da necessidade da constrição cautelar, tem afirmado que, se o réu respondeu solto a todo o processo da ação penal, assim deve permanecer mesmo após o édito condenatório, ressalvadas as hipóteses de presença dos pressupostos e motivos da custódia cautelar (artigo 312 do Código de Processo Penal), suficientemente demonstrados pelo magistrado sentenciante.

5. As normas processuais que estabelecem a prisão do réu como condição de admissibilidade do recurso de apelação são incompatíveis com o direito à ampla defesa, porque, às expressas, o é com todos os recursos a ela inerentes, não havendo falar, em caso tal, em prisão pena ou prisão cautelar.

6. É caso, pois, assim como o é também o da regra de deserção determinada pela fuga do réu, de conflito manifesto e intolerável entre a Lei e a Constituição, que se há de resolver pela não recepção ou inconstitucionalidade da norma legal, se anterior ou posterior à Lei Fundamental.

7. A prisão do réu, na espécie, somente poderia ter lugar, para que se pudesse afirmá-la conforme à Constituição, se fosse de natureza cautelar e, como tal, decretada fundamentadamente nos seus pressupostos e motivos legais, elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal.

8. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto

do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 28 de março de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ 2.5.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: *Habeas corpus* contra a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que, denegando *writ* impetrado em favor de Marcos Rogério Ferreira e Sílvia Maria Ferreira, preservou as penas, respectivamente, de 6 anos e 9 meses de reclusão e 6 anos e 4 meses de reclusão, a serem inicialmente cumpridas em regime fechado, que lhes foram impostas pela prática dos delitos tipificados nos artigos 288, *caput*, 294, e 299, *caput*, combinados com os artigos 29, 69, e 70, todos do Código Penal, vedando-lhes, ainda, o apelo em liberdade, em razão do que dispõe o artigo 9º da Lei n. 9.034/1995 (Lei do Crime Organizado), em acórdão assim ementado:

Habeas corpus. Pacientes condenados por crime contra a ordem tributária e quadrilha. Benefício do apelo em liberdade não outorgado. Incidência do art. 9º da Lei n. 9.034. Ordem denegada.

Conforme reitera jurisprudência do colendo *Superior Tribunal de Justiça*, a restrição prevista no art. 9º da Lei n. 9.034/1995 impede a concessão do direito de apelar em liberdade (Precedentes da c. 6ª Turma - STJ e apreciação incidental em precedente do Pretório Excelso). (fl. 323).

A desconstituição do *decisum* que veda o apelo em liberdade, por desfundamentado, dá motivação ao *writ*.

Alega que “a prisão preventiva, seja a que título for, deve estar devidamente lastreada em uma das figuras do art. 312 do CPP, devendo ter sua necessidade cabalmente demonstrada sob pena de se estar ferindo de morte o princípio constitucional da não culpabilidade. Em especial no que tange à impossibilidade do apelo em liberdade (...)” (fl. 4).

Sustenta, ainda, que “muito embora tenham sido presos por força de decreto preventivo em data de 3 de fevereiro de 2000, os pacientes responderam a quase todo o processo em liberdade por força de decisão do TJ Paranaense.” (fls. 7-8).

Aduz também que “não há nos autos qualquer fato novo que implique na necessidade da custódia cautelar dos pacientes. Compareceram aos atos processuais sempre que chamados e não cometeram qualquer ato que indique tenham de voltar a se recolher antes do trânsito em julgado da decisão que os condenou, pelo contrário, se encontram regular e honestamente trabalhando.” (fl. 8).

Assim é que “para condicionar o recebimento do apelo à prisão do réu, a magistrada deveria ter demonstrado suas razões de decidir, os elementos que formaram a convicção de que os pacientes não poderiam apelar em liberdade, ou seja, os motivos enquadráveis naqueles previstos no art. 312 do CPP. Não poderia ela, ao contrário do que entende os TJ Paranaense, simplesmente fazer menção ao contido no art. 9º da Lei n. 9.034/1995, sem demonstrar cabalmente a necessidade da prisão, que se torna, nestes termos, um verdadeiro cumprimento antecipado da pena, inadmissível em nosso arcabouço Constitucional.” (fl. 10).

Frisam, ainda, que “Retirar-se a indispensável análise da necessidade da custódia de cada caso concreto para vedar o recurso é ferir-se de morte o preceito constitucional da presunção de inocência, atingindo ainda a idéia fundamental, também incorporada no nosso ordenamento jurídico, de que a falibilidade humana justifica o duplo grau de jurisdição, ao qual não pode negar o acesso impondo-se o gravame do processado recolher-se à prisão.” (fl. 18).

Postulam a concessão da ordem para, “conceder a liberdade provisória liminarmente, por ser de direito, mandando-se, por consequência, que se recolha o mandado de prisão expedido, ou se expeça o competente Alvará de Soltura, se já presos, a fim de que possam aguardar o julgamento da apelação em liberdade (...)” (fl. 24).

Liminar indeferida (fls. 333-336).

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem, em parecer assim sumariado:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Crime grave. Pretensão de apelar em liberdade. Impossibilidade. Súmula n. 9 dessa e. Corte. Pela denegação da ordem.

I - A primariedade e os bons antecedentes não ensejam, por si, automaticamente, o direito de apelar em liberdade se o réu, que fora preso em flagrante, foi solto apenas em virtude de excesso de prazo, e considerado, no *decisum*, como de elevada periculosidade.

II - A exigência de prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência (Súmula n. 9-STJ). (fl. 338).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, é esta a sentença condenatória no particular:

(...)

O regime inicial de cumprimento de pena corporal para todos os réus é o *fechado*, nos termos do art. 10 da Lei n. 9.034/1995, devido ao envolvimento dos mesmos com a organização criminosa, *sendo-lhes vedado o direito de apelar em liberdade (art. 9º, Lei n. 9.034/1995)*.

Expeça-se mandado de prisão contra os mesmos.

(...) (fl. 292 - nossos os grifos).

E este o acórdão impugnado:

(...)

II - *A proibição de apelar em liberdade foi estabelecida, na sentença condenatória pela prática de delitos contra a ordem tributária e de quadrilha, entre outros, com base no disposto no art. 9º da Lei n. 9.034/1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a preservação e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.*

De forma inequívoca, o mencionado dispositivo determina que "o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei."

Ora, os pacientes valeram-se da associação criminosa para o cometimento dos delitos que lhe foram imputados, circunstância essa que, por si só, enseja a aplicação daquela norma legal proibitiva do apelo em liberdade. Torna-se desnecessária qualquer outra fundamentação, como quer o impetrante, pouco importando, ademais, a primariedade e os bons antecedentes dos réus condenados, e mesmo o fato de terem respondido o processo em liberdade.

(...)

Cumprido ressaltar, ademais, que a exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência, a teor da Súmula n. 9 do Colendo *Superior Tribunal de Justiça*.

Some-se a tanto o fato de não poder ser colocada em dúvida a constitucionalidade do art. 9º da Lei n. 9.034/1995, pois é certo que a Excelsa Corte, examinando norma praticamente idêntica, qual seja, o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 [crimes hediondos], superou tal óbice

(...)

Não há, destarte que se falar em inconstitucionalidade do artigo *supra* citado e, ante a orientação doutrinária e jurisprudencial, não há como reconhecer qualquer constrangimento ilegal decorrente do ato impugnado pelos pacientes.

(...) (fls. 324-327 - nossos os grifos).

A excepcionalidade da prisão cautelar, dentro do sistema de direito positivo pátrio, é necessária consequência da presunção de não culpabilidade, insculpida como garantia individual na Constituição da República, somente se a admitindo no caso de sua necessidade, quando certas a autoria e a existência do crime.

Tal necessidade, por certo, sem ofensa aos princípios regentes do Estado Democrático e Social de Direito, pode ser presumida em lei ou na própria Constituição, admitindo ou não prova em contrário, segundo se cuide de presunção relativa, como no caso da inafiançabilidade legal de certos delitos, ou absoluta, como nos casos do artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.072/1990 - Lei dos Crimes Hediondos.

De outro lado, é sabido que na letra do artigo 393, inciso I, do Código de Processo Penal, um dos efeitos da sentença penal condenatória recorrível é *ser o réu preso ou conservado na prisão*.

Essa regra, no entanto, à luz da disciplina constitucional da liberdade, vem sendo mitigada pela moderna jurisprudência pátria, que, reiteradamente, à luz, por certo, do reconhecimento implícito da presunção relativa da necessidade da constrição cautelar, tem afirmado que, se o réu respondeu solto a todo o processo da ação penal, assim deve permanecer mesmo após o édito condenatório, ressalvadas as hipóteses de presença dos pressupostos e motivos da custódia cautelar (artigo 312 do Código de Processo Penal), suficientemente demonstrados pelo magistrado sentenciante.

Não é outra a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, firme em que o réu que respondeu solto ao processo, deve aguardar em liberdade o julgamento do seu recurso de apelação, salvo se presentes, demonstradamente, os motivos legais que determinam a decretação da prisão preventiva, fazendo-se desinfluyente, de outro lado, que se trate de reincidentes ou portadores de maus antecedentes.

Neste sentido, confira-se:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Artigo 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 n. 17.208-CE, Relator p/ acórdão Ministro Paulo Gallotti, *in* DJ 18.2.2002).

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Crime de estupro. Fixação da pena. Fundamentação. Apelo em liberdade. Réu que permaneceu solto durante todo o processo. Crime hediondo.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c.c. o art. 93, inciso IX, segunda parte da *Lex Maxima*). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados.

II - Configura-se ilegal a decisão que, sem qualquer fundamentação, determina seja expedido mandado de prisão contra o réu condenado por crime hediondo, cerceando-lhe o direito de apelar em liberdade, se este respondeu solto ao processo, além do que foi reconhecido como primário pela sentença. (*Precedentes.*)

Ordem concedida. (HC n. 21.795-PB, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ 17.2.2003).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Direito Processual Penal. Recepção qualificada. Condenação. Indeferimento do apelo em liberdade. Ausência de fundamentação. Constrangimento ilegal. Recurso provido.

1. À luz da disciplina constitucional da liberdade, se o réu respondeu solto ao processo da ação penal, assim deve permanecer até o exaurimento da instância recursal ordinária, ressalvadas as hipóteses de presença dos pressupostos e requisitos da custódia cautelar (artigo 312 do Código de Processo Penal), suficientemente demonstrados pelo magistrado.

2. Recurso provido (RHC n. 16.259-RJ, *in* DJ 6.2.2006, da minha relatoria).

As normas processuais que estabelecem a prisão do réu como condição de admissibilidade do recurso de apelação são incompatíveis com o direito à ampla defesa, porque, às expressas, o é com todos os recursos a ela inerentes, não havendo falar, em caso tal, em prisão pena ou prisão cautelar.

É caso, pois, assim como o é também o da regra de deserção determinada pela fuga do réu, de conflito manifesto e intolerável entre a Lei e a Constituição, que se há de resolver pela não recepção ou inconstitucionalidade da norma legal, se anterior ou posterior à Lei Fundamental.

A prisão do réu, na espécie, somente pode ter lugar, para que se possa afirmá-la conforme à Constituição, se for de natureza cautelar e, como tal,

decretada fundamentadamente nos seus pressupostos e motivos legais, elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal.

In casu, no entanto, não se desincumbiu o magistrado de primeiro grau, no que foi seguido pela Corte *a quo*, da necessária fundamentação para a negativa do apelo do réu em liberdade, fundando-se, como de fato se fundou, exclusivamente, no fato das ações ilícitas terem sido praticadas por organizações criminosas, sem alusão a qualquer outro motivo legal.

Pelo exposto, concedo a ordem para, afastando o óbice da prisão dos pacientes Marcos Rogério Ferreira e Sílvia Maria Ferreira, determinar o processamento dos seus recursos de apelação.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 41.551-SP (2005/0017528-5)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrante: Giovana Polo Fernandes - Procuradoria da Assistência Judiciária

Impetrado: Décima Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Rogério Aparecido Trevisan

EMENTA

Habeas corpus. Fuga do réu antes da sentença condenatória. Recurso de apelação. Deserção.

A regra do art. 595 do CPP, que prevê a deserção do recurso de apelação caso o réu venha empreender fuga não pode ser estendida à situação pretérita à sentença, no caso em que o apelo sequer podia ser manejado.

Ordem concedida para permitir o julgamento da apelação pelo Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ 3.10.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Sigo a exposição do parecer ministerial à fl. 39:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário impetrado com o propósito de que seja reconhecido ao paciente o direito de ver o seu recurso de apelação processado e julgado, independentemente de seu recolhimento à prisão.

Sustenta a impetrante ser indevida a pena de deserção na hipótese, porque 1) a decisão que julgou prejudicada a apelação do paciente não contém fundamentação mínima; 2) a fuga do paciente antecede até mesmo a sentença condenatória e, portanto, se deu antes da interposição do recurso, situação que não se identifica com aquela disciplinada pelo art. 595 do CPP; 3) o direito de apelar não pode estar submetido ao prévio recolhimento do réu à prisão, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal.

Parecer pela concessão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Em sua opinião, a ilustre representante do Ministério Público Federal obtemperou (fls. 39-41):

O direito ao recurso e, portanto, ao devido processo legal, é garantia constitucional que prevalece sobre a disciplina do art. 595 do CPP.

Ensina Luigi Ferrajoli que tanto as garantias penais como as processuais valem não só por si mesmas, mas também umas e outras como garantia recíproca de sua efetividade. Isto se dá na medida em que todos os pressupostos da pena remetem à legitimidade de seus modos de determinação no processo penal.

De outro giro, o que distingue o processo de outros métodos bárbaros de justiça sumária é o fato de que persegue duas finalidades diversas: o castigo dos culpados e a tutela dos inocentes. E é exatamente essa preocupação que está na base de todas as garantias processuais que o circundam e o condicionam.

E o processo de natureza acusatória, acolhido no nosso sistema penal, concebe a verdade, que irá revelar uma de suas vertentes, como o resultado de uma controvérsia, regulada e ritualizada, entre partes contrapostas.

Assim, porque o direito penal talvez seja o campo em que o discurso prático mais se potencialize, assegurando a acusador e acusado esgrimirem, em situação de igualdade, os argumentos que irão fundamentar suas pretensões de verdade, é aqui que o princípio do devido processo legal encontra sua maior expressão.

De mais a mais, a circunstância de o princípio do devido processo legal erigir-se a categoria de direito fundamental e, por isso, com estatura constitucional, faz com que o mesmo esteja numa relação de supraordenação com as demais normas do ordenamento jurídico.

Não se desconhece que, nos dias atuais, a doutrina, principalmente internacional, trabalha na ótica do chamado neoconstitucionalismo, que importa numa transfiguração do Estado de Direito para o Estado Constitucional, cuja principal conseqüência, grosso modo, é a irradiação de todos os princípios constitucionais, que perdem a característica pretérita de meros comandos programáticos e assumem imediata normatividade, sobre toda a ordem jurídica. De tal modo que as leis estão para a Constituição numa relação material, substantiva, e não mais simplesmente formal.

Se assim o é, o art. 595 do CPP, que impõe a pena de deserção à apelação, quando o réu foge após a interposição do recurso, está numa situação de incompatibilidade material com a norma constitucional do devido processo legal (art. 5º, LV, CF). É, portanto, materialmente inconstitucional.

A respeito dessa matéria, a seguinte lição:

Os preceitos constitucionais com relevância processual têm a natureza de normas de garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo.

São também normas de garantia, do mesmo nível hierárquico das constitucionais, os preceitos com relevância processual inseridos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, após a ratificação pelo Brasil e a edição do Decreto n. 678, de 6.11.1992, passaram a integrar o sistema constitucional interno, por força do disposto no art. 5º, § 2º, CF: ver adiante, cap. VI, n. 2, e cap. XIV, n. 4.

Da idéia individualista das garantias constitucionais-processuais, no ótica exclusiva de direitos subjetivos das partes, passou-se, em épocas mais recentes, ao enfoque das garantias do “devido processo legal” como sendo qualidade do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legitimante do exercício da função jurisdicional. Contraditório, ampla defesa, juiz natural, publicidade, etc constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefícios das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa.

De todo modo, está provado nesses autos que a possível fuga do paciente se deu em momento anterior à interposição do recurso, pois sequer localizado para a intimação da sentença condenatória (fl. 23). Ainda que se tenha o art. 595 do CPP como constitucional, não nos parece possível conferir-lhe interpretação para além da sua literalidade, principalmente quando o réu não foi intimado pessoalmente da sentença e, portanto, tampouco tem ciência de sua condenação.

Correto tal entendimento, a ele adiro para conceder a ordem, a fim de que seja processado o recurso de apelação e remetido ao Tribunal de Justiça para oportuno julgamento.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 61.514-PB (2006/0136725-0)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: José Alves Cardoso

Impetrado: Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba

Paciente: Anderson Monteiro da Franca

EMENTA

Penal. *Habeas corpus*. Art. 157, § 2º, incisos I e II, c.c. art. 70, do CP. Nulidades. Matéria não apreciada pela Corte *a quo*. Supressão de

instância. Prisão preventiva. Fundamentos. Garantia da aplicação da lei penal. Réu foragido. Recurso de apelação. Conhecimento.

I - Se a controvérsia veiculada na exordial, consistente na nulidade da sentença, não foi apreciada em segundo grau de jurisdição, dela não se conhece sob pena de supressão de instância.

II - A fuga do réu, no caso concreto, constitui motivo suficiente a embasar a custódia cautelar (*Precedentes do Pretório Excelso e do STJ*).

III - Restando devidamente comprovadas nos autos as circunstâncias ensejadoras da custódia cautelar, para conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal, não há que se falar em ilegalidade da prisão preventiva, em observância ao disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

IV - Tendo em vista a orientação que vem sendo sedimentada pelo *Pretório Excelso*, o processamento do recurso de apelação, interposto por acusado ao qual foi negado o direito de apelar em liberdade, prescinde de seu recolhimento à prisão. Assim, no presente caso, deve ser conhecido o apelo, em homenagem à ampla defesa e ao devido processo legal.

Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 21 de junho de 2007 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 10.9.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em benefício de *Anderson*

Monteiro da Franca, apontando-se como autoridade coatora o e. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba no julgamento do *Writ* n. 200.2003.053605-2/001.

Retratam os autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II (quatro vezes) na forma do art. 70, ambos do CP, à pena de 9 (nove) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, sendo-lhe negado o direito de apelar em liberdade. Interposta apelação pela defesa, o recurso não foi recebido pelo e. Tribunal *a quo* em virtude do não recolhimento do réu a prisão.

Dessa decisão, impetrou a defesa *habeas corpus*, restando a ordem denegada em v. acórdão assim ementado:

Habeas corpus. Processual Penal. Ofensa ao duplo grau de jurisdição. Constrangimento ilegal. Inexistência. Súmula n. 9-STJ. Condenação penal. Necessidade de recolhimento à prisão para apelar. Réu foragido. Constrangimento ilegal. Inexistência.

- Consoante entendimento pacificado pelos Tribunais e em sintonia com disposição legal aplicável à espécie, encontrando-se o réu foragido, faz-se necessário seu recolhimento à prisão, sob pena de não ter satisfeito pressuposto de admissibilidade do recurso.

- Inexistência. (fl. 28).

Nas razões do presente *writ*, sustenta o impetrante que o recolhimento obrigatório do réu à prisão para apelar ofende o princípio da presunção de inocência. Argumenta-se que a decisão que negou seguimento ao recurso apelatório violou o duplo grau de jurisdição, garantia constitucional de qualquer acusado, bem como o tratado internacional Pacto de San José da Costa Rica. Aduz, ainda, inexistir fundamentos concretos para a custódia cautelar do paciente.

Busca, por fim, a nulidade da sentença condenatória sob a seguinte fundamentação: *a)* aplicação da pena sem observância do critério trifásico e sem a devida fundamentação; *b)* inobservância do art. 381, inciso II, do CPP; *c)* falta de fundamentação na aplicação da causa de aumento de pena do § 2º, do art. 157 e não observância atenuante da menoridade e *d)* violação aos artigos 383 e 384 do CPP.

Liminar denegada à fl. 124.

Informações prestadas às fls. 128-129.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 137-145, se manifestou pela denegação da ordem em parecer assim ementado:

Habeas corpus. Alegação de nulidade da sentença e acórdão. Roubo qualificado. Prisão em flagrante - inexistência da flagrância, mas decretada a prisão preventiva. Réu foragido do distrito da culpa após a decretação da custódia cautelar. Citação por edital. Réu que não se encontra em local certo e determinado. Vítimas e testemunhas coagidas só a mira de armas de fogo. Prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal e a ordem pública. Alegação de não observância do princípio da individualização da pena e das exigências legais no *quantum* da pena aplicada. Dosimetria da pena dentro dos critérios da discricionariedade do juiz e em conformidade com a legislação penal brasileira. Revolvimento material fático.

- A prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do processo, quando certa a existência do crime e presentes indícios de autoria, se motivos existirem para tanto (art. 312, CPP), desde que o respectivo despacho, fundamentadamente, demonstre a presença de pelo menos um deles a justificar a necessidade da custódia antecipada.

- O despacho que restringiu a liberdade do paciente se mostra devidamente fundamentado, pois, além de demonstrar a necessidade do confinamento cautelar para assegurar a ordem pública, diante de ação de grupo organizado e reiteração criminosa, também demonstrou a intenção do paciente em obstar a aplicação da lei penal e a instrução criminal, em razão da fuga empreendida, logo após o decreto da prisão preventiva, e ameaças às testemunhas.

- Cabe ao juiz a avaliação da censura que o crime merece. A aplicação da pena na sentença é atinente ao Magistrado, respeitando o critério trifásico previsto no artigo 68, do Código Penal, amoldando-se aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, da legalidade e da responsabilidade penal.

- *In casu*, a dosimetria da pena colocou-se dentro de critérios de discricionariedade judicial e com a devida fundamentação constitucionalmente exigida.

- Parecer pela denegação da ordem (fls. 137-138).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Sustenta o impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal em razão dos seguintes argumentos: *a*) violação ao duplo grau de jurisdição em razão do não recebimento da apelação pelo e. Tribunal *a quo*; *b*) inexistência de fundamentos concretos para a custódia cautelar; *c*) aplicação da pena sem observância do critério trifásico e sem a devida fundamentação; *d*) inobservância do art. 381, inciso II, do CPP; *e*) falta

de fundamentação na aplicação da causa de aumento de pena do § 2º, do art. 157 e não observância atenuante da menoridade e *f*) violação aos artigos 383 e 384 do CPP.

De início constato que as questões referentes as nulidades existentes na sentença condenatória, não foram analisadas pelo e. Tribunal de Justiça *a quo*. Dessa forma, tais matérias só poderiam ser conhecidas nesta Corte, sob pena de supressão de instância, se apreciadas em segundo grau de jurisdição. Nesse sentido, colho os seguintes precedentes desta Corte:

Criminal. HC. Fraudes por meio da *internet*. Nulidade do processo e nulidade dos laudos periciais. Questões não analisadas pelo Tribunal *a quo*. Supressão de instância. Não conhecimento. Prisão preventiva. Índícios suficientes de materialidade e autoria. Possibilidade concreta de reiteração criminosa. Necessidade da custódia demonstrada. Presença dos requisitos autorizadores. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Ordem denegada.

I. Se as questões relativas à nulidade do processo a partir das escutas telefônicas apresentadas como prova, bem como de nulidade dos laudos periciais não foram objeto de decisão pelo Tribunal *a quo*, não pode ser analisados por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

II. Hipótese na qual o paciente foi denunciado pela suposta prática dos crimes de furto qualificado, violação de sigilo bancário e formação de quadrilha, pois seria integrante de grupo hierarquicamente organizado com o fim de praticar fraudes por meio da *Internet*, consistentes na subtração de valores de contas bancárias, em detrimento de diversas vítimas.

III. Os autos revelam a forma de atuação do paciente, demonstrando indícios suficientes da materialidade e da autoria dos fatos, mediante interceptações telefônicas e quebras de sigilo, bem como através de documentos e do próprio computador apreendido.

IV. Não há ilegalidade na decretação da custódia cautelar do paciente, tampouco no acórdão confirmatório da segregação, pois a fundamentação encontra amparo nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e na jurisprudência dominante.

V. A situação em que foram perpetrados os delitos imputados ao réu enseja a possibilidade concreta de reiteração criminosa, tendo em vista que o crime é praticado via computador, podendo ser cometido no interior do próprio lar, bem como em diversos locais, sem alarde e de forma artilosa, indicando necessidade de manutenção da custódia cautelar. Precedentes.

VI. Condições pessoais favoráveis do agente não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade provisória, se a manutenção da custódia encontra respaldo em outros elementos dos autos.

VII. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

(HC n. 61.512-RJ, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 5.2.2007).

Habeas corpus. Direito Processual Penal. Tráfico de entorpecentes. Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Supressão de instância. Nulidade do flagrante. Inocorrência.

1. Não se conhece de habeas corpus cuja matéria não se constituiu em objeto de decisão da Corte de Justiça Estadual, pena de supressão de um dos graus de jurisdição.

2. Em nada compromete a flagrância do crime o fato da apreensão de mais de 6 kg de cocaína ocorrer já na posse de quem a recebera das mãos do transportador, sendo indubitavelmente legal a prisão de todos, mormente quando persiste a atualidade do fato, assegurada pela presença contínua de todos os agentes do crime.

3. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

(HC n. 54.055-GO, 6ª Turma, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 5.2.2007).

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 157, § 2º, incisos I e II, e art. 288, todos do CP. Prisão em flagrante. Fundamentos. Ordem estabelecida no art. 304 do CPP. Matérias não apreciadas pela Corte *a quo*. Supressão de instância. Flagrante presumido configurado.

I - Se as alegações referentes à inobservância da ordem estabelecida no art. 304 do CPP, quando da lavratura do auto de prisão, bem como a ausência de fundamentos para a custódia cautelar não foram apreciadas em segundo grau de jurisdição, delas não se conhecem sob pena de supressão de instância (Precedentes).

II - Não há que se falar em irregularidade da prisão em flagrante, se os pacientes foram encontrados, logo depois da prática do delito, com instrumentos e objetos do crime que os façam presumir autores do delito. É o que se chama de flagrante presumido (art. 302, VI, CPP) (Precedentes).

Writ parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado.

(HC n. 59.171-PA, 5ª Turma, de minha relatoria, DJ de 5.2.2007).

Quanto à suposta ausência de fundamentos para a custódia cautelar, a irresignação não prospera.

Na hipótese dos autos, o magistrado, após relaxar a prisão em flagrante do paciente, decretou a sua prisão preventiva nos seguintes termos:

Vistos, etc (...)

Anderson Monteiro da Franca, por seu advogado, requer com fundamento no art. 5º, incisos LXI, LXVI e LXVII da CF o relaxamento de sua prisão em decorrência da nulidade do flagrante por violação ao art. 302 do CPP.

O MP opinou contrariamente ao argumento de que houve perseguição “logo após” a prática do crime e o acusado cometeu infração grave, com utilização de violência e grave ameaça, portanto não faz jus à liberdade provisória. Requereu, no final do parecer, os antecedentes do réu junto à Comarca do Rio de Janeiro.

No que tange à regularidade do auto de flagrante, data vênua da ilustre representante do órgão Ministerial, não vislumbro ocorrentes as hipóteses do art. 302 do CPP, uma vez que os agentes foram presos cerca de seis dias depois da prática do crime, sem que tivesse havido perseguição.

Contudo, a prisão dos denunciados deve ser mantida porque estão presentes, na espécie, os motivos que autorizam a custódia preventiva.

Efetivamente, nos autos constam provas da existência do crime e indícios suficientes de autoria, inclusive pela confissão dos réus, apreensão dos objetos roubados e reconhecimentos, elementos que deram ensejo à elaboração da denúncia.

O delito é de roubo qualificado pelo emprego de arma e concurso de agentes, portanto do rol daqueles considerados graves.

A ordem pública foi vilipendiada e corre risco caso os acusados sejam postos em liberdade, visto que, segundo os autos, a ação foi previamente arquitetada pelo grupo na residência do denunciado Wendell, tendo o acusado Anderson, na qualidade de ex-funcionário da empresa *Sitel*, vítima neste processo, monitorado e dirigido, de dentro de um veículo estacionado nas proximidades, as atividades dos réus Carlos, Josemar e Wendell, estes encarregados de executarem o roubo, dando-lhes todas as informações via telefone celular para o sucesso da empreitada, o que revela a existência de um grupo estável, organizado e com atividades voltadas para a criminalidade, demonstrando assim a periculosidade dos agentes.

De se ressaltar, por relevante, que quase todos os denunciados têm passagem pela justiça em decorrência da prática de outros crimes, o que significa dizer que a ação não foi um fato isolado nas suas vidas, mas reiteração de conduta criminosa, sendo imperiosa a medida para prevenir a reprodução de fatos criminosos, acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça.

A instrução criminal está iniciando e precisa ser resguardada. Vítimas e testemunhas estiveram coagidas sob a mira de armas de fogo e devem prestar depoimento num clima de tranqüilidade e segurança no próximo dia 14 de janeiro do ano vindouro, o que só será possível se a prisão dos réus for mantida.

A custódia justifica-se ainda para garantir a aplicação da lei na hipótese de eventual condenação, pois a maioria dos acusados já registra antecedentes, inclusive o Anderson é natural do Rio de Janeiro-RJ, sendo desconhecida sua situação criminal naquele Estado, nenhum deles tem ocupação definida nem endereço certo, portanto nada sugere que, em liberdade, aguardarão inertes no distrito da culpa, a execução de decreto condenatório.

Assim, mesmo reconhecendo a nulidade do flagrante, mantenho a prisão dos acusados como garantia da ordem pública, instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei, mediante o presente decreto preventivo, pois consoante tem orientado a jurisprudência, inclusive do STF "Anulado o flagrante, por vício de

forma, nada impede a decretação da prisão preventiva com base nos arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal” (RT 514/446).

No mesmo sentido o STJ “Constatada a irregularidade no auto de prisão em flagrante, nada impedia que o Juiz decretasse, como decretou, a prisão preventiva dos pacientes.” (RSTJ 58/101).

Isto posto, anulo o flagrante e decreto a prisão preventiva dos acusados *Anderson Monteiro da Franca*, *Carlos Soares Frederico de Souza*, *Josemar Lino dos Santos* e *Wendell Lins Marques*, já qualificados, com fundamento nos arts. 311 e 312 do CPP, determinando sejam expedidos os competentes mandados de prisão para recomenda-los no presídio aonde se encontram recolhidos (fls. 54-55).

Sobrevindo sentença condenatória, o magistrado negou-lhe o direito de apelar em liberdade sob a seguinte fundamentação:

Denego-lhes o direito de apelar em liberdade em razão dos elementos avaliados por ocasião da fixação da pena e os efeitos do decreto preventivo, ainda em vigor notadamente com relação ao ré Anderson que está foragido e a partir de agora pondo em risco, efetivamente, a aplicação da lei penal (fl. 53).

Vislumbra-se, pois, que o magistrado demonstrou com fatos concretos extraídos dos autos a necessidade da segregação cautelar para assegurar a aplicação da lei penal tendo em vista a fuga do réu do distrito da culpa.

Na mesma esteira é o entendimento desta Corte:

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Artigos 157, § 2º, I, II e IV, 158, § 1º, e 288, todos do CP. Prisão preventiva. Fundamentação. Excesso de prazo para o fim da instrução criminal. Razoabilidade.

I - A fuga do réu do distrito da culpa, no caso concreto, constitui motivo suficiente a embasar a custódia cautelar. (Precedentes).

II - As peculiaridades da causa – o número de acusados, a complexidade do feito, inquirição das testemunhas de defesa por precatória, vários pedidos de diligências – tornam razoável e justificada a demora na formação da culpa, de modo a afastar, por ora, o alegado constrangimento ilegal (Precedentes).

III - Condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si só, garantir ao paciente o benefício da liberdade provisória se há nos autos fundamentos suficientes a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar (Precedentes).

Writ denegado.

(HC n. 60.752-SP, 5ª Turma, de minha relatoria, DJ de 16.10.2006).

Habeas corpus. Processual Penal. Roubo circunstanciado e latrocínio. Prisão preventiva. Ausência de fundamentação. Não-ocorrência. Réu foragido. Excesso

de prazo para o encerramento da instrução criminal. Não-ocorrência. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

1. Preenchidos os requisitos e ocorrendo uma ou mais hipóteses da prisão preventiva (art. 312 do CPP), como se verifica no caso, não há falar em ilegalidade na decretação da custódia cautelar.

2. A fuga da recorrente do distrito da culpa ou sua oposição ao chamamento processual são elementos suficientes para a decretação da prisão preventiva, tanto pela conveniência da instrução criminal como para garantir a aplicação da lei penal. Precedentes.

3. O excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, segundo pacífico magistério jurisprudencial desta Corte, deve ser aferido dentro dos limites da razoabilidade, considerando circunstâncias excepcionais que venham a retardar a instrução criminal e não se restringindo à simples soma aritmética de prazos processuais.

4. Ordem denegada.

(HC n. 57.270-CE, 5ª Turma, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, DJ de 13.11.2006).

Criminal. HC. Homicídio e ocultação de cadáver. Prisão preventiva. Indícios da existência de plano de fuga. Possibilidade concreta de evasão. Motivação idônea a respaldar a custódia. Mandado de prisão não cumprido. Necessidade da segregação demonstrada. Recurso desprovido.

Não se vislumbra ilegalidade na prisão preventiva, se presente a necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal.

A possibilidade concreta de fuga do réu, não obstante não ter sido utilizada como fundamento do decreto prisional, foi informada pelo próprio juízo monocrático nas informações prestadas, e serviu de base à confirmação da custódia pelo Tribunal de Justiça.

Circunstância reveladora da intenção do agente de se furtar à incidência da norma punitiva e suficiente para obstar a revogação da custódia. Precedentes do STJ.

Recurso desprovido.

(RHC n. 19.925-PA, 5ª Turma, Rel. Ministro *Gilson Dipp*, DJ de 9.10.2006).

Habeas corpus. Processo Penal. Prisão preventiva: fundamentação. Primariedade e bons antecedentes. Evasão do distrito da culpa. Ordem denegada.

1. *In casu* o decreto prisional se mostra suficientemente fundamentado com os elementos que revelam as circunstâncias que justificam a custódia preventiva.

2. A primariedade, os bons antecedentes, a profissão lícita e a residência fixa (ainda quando devidamente comprovados) não obstatam a segregação cautelar quando presentes seus pressupostos autorizativos (art. 312 do CPP).

3. O fato do paciente ter se evadido do distrito da culpa, sendo somente capturado em outro Estado da Federação, corrobora a necessidade da segregação cautelar para assegurar a aplicação da lei penal.

4. Ordem denegada.

(HC n. 37.928-PR, 6ª Turma, Rel. Ministro *Hélio Quaglia Barbosa*, DJ de 9.10.2006).

Verificada, portanto, a legalidade da segregação cautelar imposta ao paciente, resta analisar se a negativa de seguimento ao recurso de apelação interposto pela defesa, em razão deste não ter se recolhido para o exercício desta faculdade (art. 595 do CPP), implicaria ofensa ao exercício da ampla defesa e ao acesso ao duplo grau de jurisdição.

De início, cumpre destacar que adotava orientação, assim como a maioria dos membros desta Corte, no sentido de que a aplicação da deserção na hipótese de fuga após a interposição do recurso, não malferiria referidos princípios constitucionais (*v.g.*: REsp n. 512.247-MG, 5ª Turma, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima*, DJ de 18.9.2006 e HC n. 40.713-SP, 5ª Turma, de *minha relatoria*, DJ de 14.3.2005).

Contudo, verifico que acerca da matéria em debate, o *Supremo Tribunal Federal* vem sedimentando jurisprudência baseada no entendimento de que a aplicação do art. 595 do Código de Processo Penal e, conseqüentemente, o reconhecimento da deserção, em razão da fuga do réu após a interposição do recurso de apelação, violaria as garantias inerentes à ampla defesa.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Sentença condenatória. Recurso de apelação. Processamento. Prisão cautelar. Garantia da aplicação da lei penal. Acusado que reside em zona de fronteira. Elementos concretos que justificam a medida de segregação

O recurso de apelação, interposto pelo condenado, deve ser regularmente processado, independentemente de recolhimento do recorrente à prisão.

(...)

Ordem parcialmente concedida.

(HC n. 85.880-MS, *Primeira Turma*, Relator p/ acórdão Min. *Carlos Britto*, DJ de 10.3.2006).

Em recente julgamento, também emanado da c. Primeira Turma do *Pretório Excelso*, noticiado no Informativo n. 463, foi mais uma vez sufragada essa orientação. Confira-se:

Duplo Grau de Jurisdição: Processamento de Recurso e Prisão - 1

A Turma deferiu *habeas corpus* impetrado em favor de condenado pela prática do crime de supressão ou redução de tributo ou contribuição social na forma

continuada (Lei n. 8.137/1990. art. 1º, I e IV, c.c. o art. 71, CP), cuja sentença - confirmatória da decretação de prisão preventiva - condicionara o direito de apelar em liberdade ao seu prévio recolhimento à prisão. Inicialmente, salientou-se que o tema de fundo da impetração, referente ao direito de recorrer em liberdade, depois da prolação de sentença condenatória, encontra-se pendente de julgamento pelo Plenário (RHC n. 83.810-RJ, v. Informativo n. 334). Não obstante, entendeu-se que, na espécie, verificar-se-iam dois direitos que, embora conexos, foram reputados como se unos: o direito ao duplo grau de jurisdição e o direito de apelar em liberdade. Aduziu-se que o presente *writ* não questiona a custódia cautelar do paciente, mas o não processamento do recurso interposto, antes do cumprimento do mandado de prisão expedido em seu desfavor. **HC n. 88.420-PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 17.4.2007.**

Duplo Grau de Jurisdição: Processamento de Recurso e Prisão - 2

Asseverou-se que, na hipótese, ter-se-ia o conflito entre a garantia ao duplo grau de jurisdição, expressamente prevista no art. 8º, 2, **h**, do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento por força do art. 5º, § 2º, da CF; e a exigência de o condenado recolher-se ao cárcere para que a apelação fosse processada, conforme previsto no art. 594, do CPP. Considerou-se que o direito ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) abrange a possibilidade de revisão, por Tribunal superior, de sentença proferida por juízo monocrático e que o direito ao duplo grau de jurisdição não poderia ser suprimido com a execução ou não da custódia. O Min. Ricardo Lewandowski, relator, salientando que o direito ao duplo grau de jurisdição integra o sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais e que o citado pacto fora incorporado ao ordenamento posteriormente ao CPP, concluiu que, mesmo que lhe seja negada envergadura constitucional, essa garantia deve prevalecer sobre o art. 594 do CPP. Por fim, asseverou-se que o reconhecimento ao duplo grau de jurisdição não infirma a legalidade da custódia cautelar decretada, podendo esta subsistir independentemente de ser admitido o processamento do recurso. HC deferido para que seja recebida a apelação do paciente, interposta perante o Juízo da 2ª Vara Federal Criminal, sem prejuízo do cumprimento da prisão preventiva contra ele decretada, caso persistam os motivos que a determinaram.

Assim, filio-me a este posicionamento.

Ante o exposto, concedo parcialmente do *writ* e, nesta parte, concedo a ordem para determinar o imediato processamento do recurso de apelação interposto pela defesa do paciente.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 65.458-RJ (2006/0189382-1)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Karine Faria Braga de Carvalho e outro

Impetrado: Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Henrique da Costa Alvim (preso)

EMENTA

Processo Penal. *Habeas corpus*. (1) Fuga. Apelação. Deserção. Constrangimento. Reconhecimento de ofício. (2) Prévia ordem não conhecida. Constrangimento ilegal. Conhecimento nesta instância. Impossibilidade.

1. No Estado Democrático de Direito, identificado pelo respeito ao devido processo legal, não tem lugar a aplicação a disposição do art. 595 do CPP, que obstaculiza a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição ao réu foragido.

2. Assegurado o processamento da apelação, garante-se a apreciação da matéria objeto do prévio *writ*.

3. Não tendo sido conhecida a prévia ordem, não é dado a este Tribunal da matéria, sob pena de indevida supressão de instância.

4. *Writ* não conhecido e ordem, de ofício, concedida para anular a decisão que aplicou a disposição do art. 595 do Código de Processo Penal, a fim de que se julgue a apelação do paciente (Apelação Criminal n. 1.757/2001, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, mas, de ofício concedeu o *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. “Os Srs. Ministros Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.
Brasília (DF), 4 de setembro de 2007 (data do julgamento).
Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJ 24.9.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado em favor de *Henrique da Costa Alvim*, apontando como autoridade coatora a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O paciente foi condenado à pena de 9 (nove) anos de reclusão, no regime fechado, pela prática da conduta delituosa prevista no artigo 157, § 2º, incisos I, II e IV do Código Penal.

Irresignado, recorreu o paciente, restando a apelação deserta, em razão de sua fuga. Impetrada prévia ordem buscando a redução da pena, sobreveio decisão do Desembargador Roberto de Souza Côrtes, nos seguintes termos:

A impetrante pretende conceder ao instituto do *habeas corpus*, via estreita e excepcionalíssima para coibir constrangimento ilegal, o caráter de Revisão Criminal, tentando rediscutir matéria e revalorar prova, razão da inadmissibilidade do *writ*.

Deixo, pois, de conhecê-lo.

Alega que a majoração da pena-base deve ser fundamentada, o que não ocorreu no caso em questão.

Requer sejam cassadas as decisões proferidas em primeira e segunda instâncias, determinando-se que seja proferida nova sentença, ou que seja, de ofício, reduzida a pena, fixando-a no mínimo legal.

As informações foram prestadas às fls. 97-115.

O Ministério Público Federal apresentou parecer de fls. 97-121, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): A matéria trazida a exame na impetração cinge-se exclusivamente à existência, ou não, de fundamentação na sentença condenatória proferida em desfavor do paciente.

Relativamente ao pleito de diminuição da pena, esta Corte dele não pode conhecer sob pena de indevida supressão de instância, haja vista que o Sodalício fluminense sobre ele não se pronunciou.

Neste diapasão, conferir o entendimento desta Corte:

(...) *Habeas corpus* não examinado pelo Tribunal de Justiça por ser cabível na espécie agravo em execução. Constrangimento ilegal.

1. O pedido de comutação da pena, ora deduzido, não foi apreciado pelo Tribunal *a quo*, que negou conhecimento à ordem originária por entender que era inviável a análise da matéria, em sede de *habeas corpus*, por haver previsão de recurso específico para impugnar ato do Juiz das Execuções Penais.

2. Em sendo assim, como a matéria não foi debatida na instância originária, não há como ser conhecida a impetração, diante da manifesta incompetência desta Corte Superior Tribunal de Justiça para apreciar originariamente a matéria, sob pena de supressão de instância.

3. Contudo, apesar de ser o agravo o recurso próprio cabível contra decisão que resolve incidente em execução, não há óbice ao manejo do *habeas corpus* quando a análise da legalidade do ato coator prescindir do exame aprofundado de provas, como no caso, uma vez que o Decreto n. 5.620/2005 trata apenas de requisitos objetivos, não estabelecendo nenhuma exigência de cunho subjetivo para conceder os benefícios de que trata.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aprecie o mérito da impetração. Julgo, outrossim, prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar.

(HC n. 77.496-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 28.6.2007, DJ 13.8.2007 p. 400).

Habeas corpus. Penal. (...) Matéria não apreciada pelo Tribunal *a quo*. Supressão de instância. Estupros e atentados violentos ao pudor. Continuidade delitiva. Impossibilidade. Concurso material. Ordem parcialmente conhecida e, nesse ponto, denegada.

1. Não tendo sido a matéria objeto da impetração apreciada pelo Tribunal *a quo*, fica esta Corte impedida de fazê-lo, sob pena de defesa supressão de instância. Precedentes.

(...)

3. Ordem parcialmente conhecida e, nesse ponto, denegada.

(HC n. 49.923-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 14.6.2007, DJ 6.8.2007 p. 549).

Entretanto, não pode passar despercebido, apesar de não constar do inconformismo vertido nesta ordem, a inadmissão do recurso de apelação decorrente da fuga do paciente.

Diferentemente do que ocorre com o pleito de redução de pena em apreço, a deserção motivada pela fuga do paciente corporifica constrangimento ilegal efusivo, e, segundo a minha ótica, deve ser enfrentada, de ofício, por esta colenda Sexta Turma.

Consta de fl. 56 a decisão do Desembargador Eduardo Mayr, proferida nos seguintes termos:

O apelante *Henrique da Costa Alvim*, após recorrer da sentença que o condenou (5.3.2001), fugiu (27.3.2001).

O art. 595 do CPP é cogente.

Isto posto,

Declaro deserta a apelação interposta.

Ora, às vésperas de completarmos vinte anos de nova ordem constitucional, não é de se admitir que a fuga implique a deserção da apelação. Um tal posicionamento fere, fundamente, a democrática cláusula do devido processo legal, nas suas vertentes da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

Neste passo, é interessante consultar o magistério de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO:

(...) o recolhimento do réu à prisão, considerado pelo art. 594 do CPP como requisito de admissibilidade do recurso, não pode ser assim entendido, em face da garantia constitucional da ampla defesa, por enquadrar-se o recurso na tutela do direito de ação e de defesa e por ser a apelação recurso ordinário, que garante o duplo grau de jurisdição, inerente ao Estado de Direito. (...)

Interposta a apelação, é ela processada. (*As nulidades no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 240).

Neste mesmo diapasão de prestígio ao arcabouço constitucional de garantias, tem se posionado esta colenda Sexta Turma:

Habeas corpus. Direito Processual Penal. Crimes contra a ordem tributária e formação de quadrilha. Organização criminosa. Indeferimento do apelo em liberdade. Ausência de fundamentação. Constrangimento ilegal. Caracterização.

1. A excepcionalidade da prisão cautelar, dentro do sistema de direito positivo pátrio, é necessária conseqüência da presunção de não culpabilidade, insculpida como garantia individual na Constituição da República, somente se a admitindo no caso de sua necessidade, quando certas a autoria e a existência do crime.

2. Tal necessidade, por certo, sem ofensa aos princípios regentes do Estado Democrático e Social de Direito, pode ser presumida em lei ou na própria Constituição, admitindo ou não prova em contrário, segundo se cuide de presunção relativa, como no caso da inafiançabilidade legal de certos delitos, ou absoluta, como nos casos do artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.072/1990 - Lei dos Crimes Hediondos.

3. De outro lado, é sabido que na letra do artigo 393, inciso I, do Código de Processo Penal, um dos efeitos da sentença penal condenatória recorrível é ser o réu preso ou conservado na prisão.

4. Essa regra, no entanto, à luz da disciplina constitucional da liberdade, vem sendo mitigada pela moderna jurisprudência pátria, que, reiteradamente, à luz, por certo, do reconhecimento implícito da presunção relativa da necessidade da constrição cautelar, tem afirmado que, se o réu respondeu solto a todo o processo da ação penal, assim deve permanecer mesmo após o édito condenatório, ressalvadas as hipóteses de presença dos pressupostos e motivos da custódia cautelar (artigo 312 do Código de Processo Penal), suficientemente demonstrados pelo magistrado sentenciante.

5. As normas processuais que estabelecem a prisão do réu como condição de admissibilidade do recurso de apelação são incompatíveis com o direito à ampla defesa, porque, às expressas, o é com todos os recursos a ela inerentes, não havendo falar, em caso tal, em prisão pena ou prisão cautelar.

6. É caso, pois, assim como o é também o da regra de deserção determinada pela fuga do réu, de conflito manifesto e intolerável entre a Lei e a Constituição, que se há de resolver pela não recepção ou inconstitucionalidade da norma legal, se anterior ou posterior à Lei Fundamental.

7. A prisão do réu, na espécie, somente poderia ter lugar, para que se pudesse afirmá-la conforme à Constituição, se fosse de natureza cautelar e, como tal, decretada fundamentadamente nos seus pressupostos e motivos legais, elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal.

8. Ordem concedida.

(HC n. 38.158-PR, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 28.3.2006, DJ 2.5.2006 p. 392).

Processo Penal. *Habeas corpus*. Apelação. Fuga do réu. Deserção. Aplicação do art. 595 do CPP. Descabimento. Afronta aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição. Art. 5º, incisos LV e LVII. Ordem concedida.

A nova ordem jurídico-constitucional inaugurada com a CF/1988 não recepcionou a norma esculpida no art. 595 do C.P.P.

As disposições do art. 595 do CPP não podem impedir que se conheça da apelação do réu foragido, porque seria desconsiderar os princípios contidos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Tendo como balizas os princípios da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição e o inegável anseio de *status libertatis* inerente a todo e qualquer ser humano, entendendo que, embora havendo fuga do sentenciado ou ausência de recolhimento deste ao cárcere após a interposição de recurso, não há que se falar em deserção.

Ordem *concedida* para que o Tribunal *a quo* conheça do recurso interposto.

(HC n. 35.997-SP, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 11.10.2005, DJ 21.11.2005 p. 304).

O Pretório Excelso também já repudiou a providência nefasta de necessidade de encarceramento para que se processe o recurso:

Recurso. Custódia. A custódia do paciente, para lograr a seqüência de apelação interposta, surge como extravagante pressuposto de recorribilidade, não respaldando a imposição o clamor público provocado pelo crime (...). (HC n. 86.527-SP - Rel. Min. Marco Aurélio - DJ 17.2.2006, p. 59).

Assim, pelo que ressuma dos autos, apura-se a existência de patente constrangimento ilegal, a ser reparado por esta via mandamental.

Ante o exposto, não conheço do pedido deduzido, e, de ofício, concedo a ordem para anular a decisão que aplicou a disposição do art. 595 do Código de Processo Penal, a fim de que se julgue a apelação do paciente (Apelação Criminal n. 1.757/01, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro).

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 66.300-SP (2006/0200624-3)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Impetrante: Renato Pereira da Silva

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Josimar Soares Silva

EMENTA

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Paciente condenado por tráfico de drogas. Réu que permaneceu solto durante a instrução criminal, porque, a princípio, indiciado por mero uso de drogas. Negativa do direito de apelar em liberdade. Reincidência comprovada durante a instrução criminal. Justificativa idônea e suficiente. Conhecimento do recurso de apelação condicionado ao recolhimento à prisão. Ofensa aos princípios da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição. Precedentes do STF e STJ. Ressalva do ponto de vista do relator. Ordem parcialmente concedida, para determinar o processamento do recurso de apelação do paciente.

1. A negativa de permitir ao réu recorrer em liberdade foi devidamente fundamentada pelo Juiz singular com suporte na reincidência. Apesar de concisa, a justificativa é idônea e suficiente à manutenção do *decisum*. No caso concreto, deve ser salientado que, na fase investigatória, o ora paciente foi indiciado apenas por uso e posse de substância entorpecente, circunstância que justificou o decreto de liberdade provisória, sendo certo que somente durante a fase instrutória judicial ficaram caracterizados o tráfico e a reincidência do acusado.

2. A determinação de recolhimento à prisão para apelar não é inconstitucional, desde que a decisão esteja concretamente fundamentada, como no caso concreto. Dessa forma, o não recolhimento do condenado à prisão impõe o reconhecimento da deserção do recurso de Apelação.

3. A Legislação Processual Penal não deixa de estabelecer requisitos para a interposição dos recursos cabíveis e isso não significa, nem assim já se afirmou, qualquer ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição (art. 586 e 593 do CPP). O próprio direito de Ação vê-se condicionado ao atendimento de certas condições, requisitos e pressupostos; no âmbito civil a inicial de qualquer ação submete-se aos requisitos estabelecidos nos arts. 282 e 283 do CPC, sem os quais o Juiz pode indeferir a exordial nos termos do parág. único do art. 284 do citado Código. Outrossim, o recolhimento à prisão, nos casos em que assim for determinado judicialmente, pelo reconhecimento da absoluta necessidade de proteção da sociedade, deve ser considerado requisito para o processamento do recurso de Apelação.

4. A Constituição coloca à disposição de todo cidadão, até mesmo dos condenados por delitos hediondos, mecanismos de proteção contra abusos e ilegalidades, como a Ação de *Habeas Corpus*, que possui rito célere, independe de prazo para o seu oferecimento ou exigência de qualquer natureza, capaz de reparar injustiças ou ilegalidades eventualmente cometidas, inclusive, se for o caso, reconhecer a possibilidade de revogação da prisão cautelar. Assim, com muito menos razão pode ser invocado o malferimento do princípio da ampla defesa para negar vigência ou a recepção do art. 595 do CPP pela nova Carta Magna.

5. Entretanto, o STF e esta Corte, em recentes pronunciamentos judiciais, acolheram a tese de que *o processamento do recurso de Apelação independe do recolhimento do réu à prisão*, porquanto a determinação contida no art. 595 do CPP ofenderia os princípios do duplo grau de jurisdição e da ampla defesa (HC n. 70.367-SP, Rel. Min. *Felix Fischer*, DJU 27.8.2007 e STF – HC n. 88.420-PR, Rel. Min. *Ricardo Lewandowski*, DJU 8.6.2007), sendo fora de dúvida que essa orientação pretoriana merece a maior reverência e acatamento.

6. Ordem parcialmente concedida, com a ressalva do ponto de vista do Relator, *tão-só e apenas para que seja recebida a Apelação do paciente, interposta perante o Juízo da 11a. Vara Criminal de São Paulo, nos autos da Ação Penal n. 050.04.047223-0, inexistindo outra razão para o seu não conhecimento, sem prejuízo do cumprimento do mandado de prisão preventiva contra ele decretada, caso persistam os motivos que a determinaram, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário.*

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 4 de outubro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de *Habeas Corpus* preventivo, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Josimar Soares Silva*, em adversidade ao acórdão proferido pela 2ª Câmara do 1º Grupo da Seção Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que não conheceu de *writ* anterior.

2. Depreende-se dos autos que o ora paciente foi condenado à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime integralmente fechado, por infração ao disposto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 (tráfico de drogas), tendo sido negado o direito de apelar em liberdade. Foi expedido o mandado de citação e de prisão; todavia, como o paciente não foi encontrado, determinou-se a sua intimação por edital, com prazo de 90 dias, que foi publicado em 3.5.2005.

3. Antes do término do referido prazo editalício, o paciente e seu advogado deram-se por intimados da sentença, em 6.7.2005, interpondo o recurso de Apelação no mesmo dia. O Magistrado não recebeu o recurso, ao fundamento de que a condição para o seu processamento, qual seja, o recolhimento à prisão, não se encontrava satisfeita, o que ensejou a impetração do HC originário, denegado pelo Tribunal *a quo*, porque, à época, já havia transitado em julgado a sentença condenatória, sendo inviável, diante desse fato, o acolhimento da pretensão do impetrante de resgatar a questão.

4. No presente *writ*, sustenta-se a ilegalidade da decisão que condicionou o recebimento do recurso de Apelação ao recolhimento à prisão. Afirma-se que *não decorreu o prazo para interposição de recurso, e não se pode impedir esse direito subjetivo do Paciente, de recorrer da r. sentença proferida pelo Juízo a quo e, muito menos, condicionar esse direito à imposição de que o Paciente se recolha à prisão quando durante todo o processo permaneceu solto* (fls. 23).

5. Acrescenta-se ainda, não estarem presentes os pressupostos para o encarceramento antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, principalmente por ter permanecido solto durante a instrução criminal, sem criar obstáculos ao seu regular processamento.

6. Indeferido o pedido de liminar (fls. 248-250), a autoridade coatora prestou as informações de estilo (fls. 257-378).

7. O MPF manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

Penal. *Habeas corpus*. Tráfico (art. 12 da Lei n. 6.368/1976). Prisão decretada na sentença condenatória. Negativa do direito de apelar em liberdade. Réu

reincidente. Fundamentação concisa, porém suficiente. Parecer pela denegação da ordem (fls. 380).

8. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. No presente *mandamus*, o impetrante visa a anulação da decisão que não recebeu o recurso de Apelação, ao fundamento da necessidade de recolhimento à prisão. Pretende, ainda, a revogação da prisão processual decretada contra o paciente, ao argumento de inexistir, no caso, os requisitos ensejadores da prisão preventiva, principalmente porque o réu permaneceu solto durante a instrução criminal, não criando qualquer obstáculo ao seu regular processamento. Assim, postula pela concessão da ordem, a fim de que o réu aguarde solto o julgamento da apelação interposta.

2. A ordem não merece ser concedida.

3. É que a negativa de permitir ao réu recorrer em liberdade foi devidamente fundamentada pelo Juiz singular na sua reincidência. Apesar de concisa, a justificativa é idônea e suficiente à manutenção do *decisum*. No caso concreto, deve ser salientado que, na fase investigatória, o ora paciente foi indiciado apenas por uso e posse de substância entorpecente, circunstância que justificou o decreto de liberdade provisória, sendo certo que somente durante a fase instrutória judicial ficou caracterizado o tráfico e a reincidência do acusado.

4. Por pertinente, vale transcrever os seguintes trechos da sentença:

Primeiramente, é invidável que, como agravante genérica que é, não pode a reincidência ser considerada também na pena-base (Excelsa Corte, RBCCr 7/210), ou seja, a utilização de uma mesma causa (reincidência, mesmo que múltipla) não pode exasperar a pena mais de uma vez (na pena base e, após, na forma do art. 61, I, do CP), sob pena de *bis in idem*.

Bem a propósito, a Súmula n. 241 do Superior Tribunal de Justiça:

A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

Assim - sem deslembrar que, diferentemente do acusado Adriano, a quantidade do tóxico que o réu Josimar trazia consigo não justifica a exasperação da pena -, à míngua de outros elementos que justifiquem majoração da reprimenda, inicialmente a estabelecimento nos mínimos legais de 3 (três) anos de reclusão e 50

(cinquenta) dias-multa, que, aumentada de 1/6 pela reincidência (fls. 77-78), resulta em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 58 (cinquenta e oito) dias-multa, no menor valor unitário, por não existir nos autos notícia sobre a respectiva situação econômica.

Torno a reprimenda definitiva porque ausentes outras causas legais modificadoras.

(...).

Sem olvidar o art. 35 da Lei n. 6.368/1976 c.c. o artigo 2º, § 2º da Lei n. 8.078/1990 (que não revogou aquele art. 35: RT 702/369 e JSTF-LEX 33/354) - diante do encarceramento já existentes (Adriano), não há direito de apelo desta em liberdade, a despeito da primariedade e ausência de antecedentes prejudiciais quanto a esse réu. Por se tratar de acusado reincidente, Josimar também não poderá apelar desta em liberdade (RJDTACRIM 7/50). Essa prisão de ambos os réus, aliás, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência, tampouco fere a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica: RT 755/541), porquanto não implica açodada inclusão no rol dos culpados (fls. 336-337).

5. Confira-se, a propósito, acórdão do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

1. A prisão decorrente de sentença não transitada em julgado (artigo 594 do CPP) não caracteriza constrangimento ilegal, nem fere o direito de apelar em liberdade, quando fundamentada nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

2. A multi-reincidência de paciente, em especial a multi-reincidência específica no mesmo crime, é fundamento suficiente para a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública (art. 312 do CPP).

3. Ordem indeferida (HC n. 84.434-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2T, DJU 11.11.2005).

6. Quanto à deserção do recurso de Apelação pelo não recolhimento do réu condenado à prisão (art. 595 do CPP), não desconheço a orientação, preponderante, modernamente, na doutrina, mas ainda tímida no âmbito jurisdicional, que defende o malferimento dos princípios do duplo grau de jurisdição e da ampla defesa pelo não processamento do recurso de Apelação, sob esse fundamento.

7. A 6ª Turma deste Tribunal, em voto capitaneado pela ilustre Ministra *Maria Thereza de Assis Moura* (HC n. 65.458-RJ, j. em 4.9.2007), adotou esse entendimento, assim como esta 5ª Turma, em aresto da lavra do ínclito Ministro *Felix Fischer*, como se verifica da ementa abaixo transcrita:

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 12, *caput*, § 1º, I, e § 2º, II, e artigos 13 e 14, todos da Lei n. 6.368/1976 (antiga Lei de Tóxicos). Recurso de apelação. Conhecimento.

Tendo em vista a orientação que vem sendo sedimentada pelo Pretório Excelso, o processamento do recurso de apelação, interposto por acusado ao qual foi negado o direito de apelar em liberdade, prescinde de seu recolhimento à prisão. Assim, no presente caso, deve ser conhecido o apelo, em homenagem à ampla defesa e ao devido processo legal.

Ordem concedida (HC n. 70.367-SP, DJU 27.8.2007).

8. Acrescente-se o recentíssimo pronunciamento do Pretório Excelso em idêntico sentido, no HC relatado pelo digníssimo Ministro *Ricardo Lewandoski*, cujos argumentos estão assim delineados na ementa:

Ementa: *Habeas corpus*. Processo Penal. Sentença condenatória. Recurso de apelação. Processamento. Possibilidade. Desnecessidade de recolhimento do réu à prisão. Decreto de custódia cautelar não prejudicado. Prisão preventiva subsistente enquanto perdurarem os motivos que a motivaram. Ordem concedida

I. Independe do recolhimento à prisão o regular processamento de recurso de apelação do condenado.

II. O decreto de prisão preventiva, porém, pode subsistir enquanto perdurarem os motivos que justificaram a sua decretação.

III. A garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição, sobrepondo-se à exigência prevista no art. 594 do CPP.

IV. O acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais.

V. Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação Código de Processo Penal.

VI. A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior.

VII. Ordem concedida (HC n. 88.420-PR, DJU 8.6.2007).

9. Alega-se, em síntese, que a determinação de recolhimento à prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória não é inconstitucional ou ofensiva ao postulado da presunção de inocência, desde que devidamente fundamentada em dados concretos aflorados dos autos e nos requisitos exigidos pelo art. 312 do CPP; todavia, o condenado tem o direito de ver apreciada a sua

irresignação contra o decreto condenatório, pois, embora o princípio do duplo grau de jurisdição não contemple previsão expressa no texto constitucional, é corolário direto do *justo processo legal*, que, engloba, igualmente, o postulado da ampla defesa, que merecem prevalecer sobre o aspecto processual impositivo de restrição da liberdade de locomoção, *apenas para ver admitido um recurso contra uma decisão judicial desfavorável*.

10. Sem desmerecer a preocupação com as garantias individuais contra arbitrariedades, que permeia toda a construção garantista atualmente norteadora do Direito Penal e do Direito Processual Penal, após muito refletir, permito-me divergir desse entendimento e ressaltar o meu ponto de vista.

11. Não se pode olvidar que vozes autorizadas deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a pouco tempo, acolhiam orientação em sentido contrário (cfr: HC n. 40.713-SP, Rel. Min. *Felix Fischer*, 5T, DJU 14.3.2005 e RHC n. 82.007/, Rel. Min. *Ellen Gracie*, 2T, DJU 27.9.2002). Registre-se, ainda, a Súmula n. 9 desta Corte, segundo a qual *a exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência*.

12. Não se discute a constitucionalidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, desde que a constrição esteja devidamente iluminada por circunstância especial revelada pela personalidade do ofensor, pelo *modus operandi* da ação criminosa ou pela própria instrução criminal, como no caso dos autos, em que a traficância e a reincidência só ficaram comprovadas posteriormente. Segundo intitula a doutrina, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível é uma das espécies de prisão provisória ou processual, e encontra previsão legal nos arts. 393, I, e 594 do CPP, bem como nos arts. 35, *caput*, da Lei n. 6.368/1976 e 2º, § 2º da Lei n. 8.072/1990.

13. Da mesma forma, até como conseqüência lógica desse raciocínio, constata-se que os princípios e garantias constitucionais não são absolutos; ao contrário, as situações concretas é que determinam a prevalência de um sobre o outro - daí a importância do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como baliza ou diretriz para o Julgador em casos de confronto entre eles.

14. Ora, se o próprio direito à liberdade é limitado, para atender e possibilitar o implemento de outro - a segurança do corpo social e a efetividade do processo e da jurisdição - também o direito ao duplo grau de jurisdição deve se submeter aos requisitos e aos pressupostos estabelecidos em Lei. As condições - os denominados pressupostos recursais - cabimento, adequação, tempestividade, interesse, legitimidade - são, também, garantias do *justo processo*, pois objetivam coibir abusos, dar às partes tratamento igualitário e impedir que o trâmite processual torne-se indefinido no tempo, em nome da segurança das relações jurídicas.

15. Para exemplificar, tome-se a tempestividade. Nem a Legislação Penal ou Processual Penal deixa de estabelecer prazos para a interposição dos recursos cabíveis e isso não significa, nem assim já se afirmou, qualquer ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição (art. 586 e 593 do CPP). O próprio direito de ação vê-se condicionado ao atendimento de certas condições, requisitos e pressupostos. No âmbito civil, a inicial de qualquer ação submete-se aos requisitos estabelecidos nos arts. 282 e 283 do CPC, sem os quais o Juiz pode indeferir a exordial nos termos do parágraf. único do art. 284 do citado Código.

16. Outrossim, o recolhimento à prisão, nos casos em que assim for determinado judicialmente, pelo reconhecimento da absoluta necessidade de proteção da sociedade, deve ser considerado *requisito para o processamento do recurso de Apelação*.

17. Esse é o pensamento do ilustre doutrinador GUILHERME DE SOUZA NUCCI, que, em seus comentários ao referido art. 595 do CPP, pondera:

Deserção: considera-se uma desistência presumida por lei do recurso de apelação, caso o réu, sabendo que deve estar recolhido para seu apelo ser conhecido, fuja do local de sua prisão. Trata-se de um impedimento ao conhecimento do recuso (ver Nota n. 35 ao art. 578). Somente é aplicável à apelação, não podendo ser estendido aos demais recursos. Há quem sustente ser este dispositivo inconstitucional, pois impediria o direito ao duplo grau de jurisdição, à ampla defesa e também porque atentaria contra o direito à fuga. Pensamos de maneira diversa. A lei pode impor requisitos para o apelo ser recebido e processado, que são os pressupostos de admissibilidade. Tais requisitos não afrontam o duplo grau de jurisdição, que necessita ser regrado, para não ocorrer abuso. Se o condenado deve recolher-se ao cárcere, porque não merece ficar em liberdade, trata-se de requisito legal e constitucional para o processamento e conhecimento do apelo. Não há princípio constitucional absoluto, de maneira que todos devem ser interpretados em harmonia com os outros, inexistindo razão para a ampla defesa suplantar o direito à segurança que a sociedade possui. Há, ainda, possibilidade de deserção quando não houver o pagamento das custas (ver Nota n. 38 ao art. 806, § 2º) e as despesas de traslado (ver art. 601, § 1º). No sentido que defendemos, STJ: Nos termos do artigo 595 do Código de Processo Penal, a fuga do réu depois de haver apelado impõe a deserção da apelação. (RHC n. 8.820-PR, 5ª T., Rel. José Arnaldo Fonseca, 14.9.1999, v.u., DJ 4.10.1999, p. 65). (Código de Processo Penal Comentado, 6ª edição, Revista dos Tribunais, 2007, p. 933).

18. Tal imposição legal em nada conflita com a Constituição Federal em seus postulados relativos à ampla defesa e ao contraditório, porquanto o próprio texto constitucional admite a privação da liberdade individual, desde que *fundamentada* pela decisão judicial (art. 93, IX), bem como não estabelece

hierarquia entre seus princípios norteadores, cabendo ao Julgador ponderar as circunstâncias e dar-lhes a aplicação conforme o Direito e os anseios sociais.

19. Pretender que o réu possa, sem qualquer sanção, ainda que meramente processual, furtar-se à aplicação da determinação judicial concernente ao recolhimento à prisão para apelar, determinação essa, repita-se, devidamente fundamentada na necessidade de resguardar a ordem pública, a instrução criminal ou a efetividade da aplicação da Lei Penal, é relegar a coercitividade da atuação jurisdicional a um plano menor. O Estado, ao prever sanções materiais ou processuais pertinentes, está apenas zelando pelo cumprimento da Lei e contribuindo para a pacificação social.

20. Penso que o direito à ampla defesa daquele que se submeteu à atuação jurisdicional por ter cometido crime, muitas vezes de espécies que geram profunda indignação e repulsa da sociedade, e foi, ao final, condenado, com o respeito ao justo processo legal, e a quem foi negado *justificadamente* o Apelo em liberdade, não pode se sobrepor ao direito de segurança de toda uma coletividade. Ao meu modesto ver, a presunção da inocência não pode ser levada ao extremo de se vedar qualquer restrição àquele que, já condenado, furta-se ao recolhimento à prisão determinado judicialmente.

21. É importante frisar que a própria Constituição coloca à disposição de todo cidadão, até mesmo dos condenados por delitos hediondos, mecanismos de proteção contra abusos e ilegalidades, como a Ação de *Habeas Corpus*, que possui rito célere, independe de prazo para o seu oferecimento ou exigência de qualquer natureza, capaz de reparar injustiças ou ilegalidades eventualmente cometidas, inclusive, se for o caso, reconhecer a possibilidade de revogação da prisão cautelar. Assim, com muito menos razão pode ser invocado o malferimento do princípio da ampla defesa para negar vigência ou a recepção do art. 595 do CPP pela nova Carta Magna.

22. Consciente, todavia, da missão constitucional desta Corte, ressalvo o meu ponto de vista, para acompanhar a maioria, determinando o processamento do recurso de Apelação do ora paciente.

23. Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, *tão-só e apenas para que seja recebida a Apelação do paciente, interposta perante o Juízo da 11ª Vara Criminal de São Paulo, nos autos da Ação Penal n. 050.04.047223-0, inexistindo outra razão para o seu não conhecimento, sem prejuízo do cumprimento do mandado de prisão preventiva contra ele decretada, caso persistam os motivos que a determinaram, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário.*

24. É como voto.

HABEAS CORPUS N. 78.490-MG (2007/0050488-4)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Obregon Gonçalves e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: Fabiano da Silva

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico, porte ilegal de arma de fogo. Prisão preventiva. Sentença. Prisão mantida pelos mesmos fundamentos já analisados por esta Corte. Exigência de recolhimento à prisão para apelar. Impossibilidade. Precedentes do STF e STJ.

1. O juízo monocrático, ao condenar o ora Paciente, manteve sua custódia cautelar pelos mesmos fundamentos que ensejaram a decretação de sua prisão preventiva, e que já foram analisados nos autos do HC n. 64.631-MG, e considerados aptos para justificar a medida constritiva.

2. Impossibilidade de se exigir o recolhimento do réu à prisão como requisito de admissibilidade do seu recurso de apelação. Precedentes.

3. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, concedida a ordem para afastar a exigência de recolhimento do ora Paciente à prisão como requisito de admissibilidade do recurso de apelação.

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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 7 de agosto de 2007 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 10.9.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de *Fabiano da Silva*, condenado em primeira instância à pena de 13 (treze) anos e 08 (oito) meses de reclusão pela prática dos delitos de tráfico de drogas, associação para o tráfico e posse ilegal de arma de fogo, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, ao denegar o *writ* originário, manteve a custódia cautelar do ora Paciente.

O Impetrante alega, em suma, inexistência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, bem como desnecessidade de recolhimento do ora Paciente à prisão para apelar da sentença condenatória. Requer, assim, liminarmente, o afastamento da exigência de recolhimento do Paciente à prisão para apelar e, no mérito, o direito de recorrer em liberdade.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 84-85.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 88-100, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

Em virtude de redistribuição do presente *habeas corpus*, vieram-me os autos para exame.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 102-108, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Infere-se dos autos que o ora Paciente foi condenado em primeira instância pela prática dos delitos de tráfico de drogas, associação para o tráfico e posse ilegal de arma de fogo, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade, bem como com a exigência de seu recolhimento à prisão para apelar, uma vez que a prisão preventiva decretada durante a instrução criminal não foi cumprida por encontrar-se o réu foragido.

Passo à análise do direito de recorrer em liberdade.

A prisão preventiva do ora Paciente foi decretada nos seguintes termos, *in verbis*:

[...] Os autos mostram que razão assiste ao Dr. Delegado de Polícia quando requer a prisão cautelar dos ora acusados, eis que são claras as provas já produzidas até então no sentido de mostrar que há indícios do envolvimento deles com o comércio ilícito de entorpecentes, havendo relatos inclusive que os mesmos trazem temor à região em que atuam, corrompendo também os menores que ali residem. Sendo assim, certo de que, estando em liberdade os acusados encontrarão os mesmos estímulos para delinquir, podendo dificultar a aplicação da lei penal e, colocar em risco o regular desenvolvimento da instrução criminal em toda a sua amplitude, presentes os requisitos autorizadores da medida, com base nos arts. 312 e seguinte, do Código de Processo Penal, **por conveniência da instrução criminal, e para garantir a aplicação da lei penal, defiro o pedido de prisão preventiva.** [...] (sem grifo no original - fl. 32).

Proferida sentença condenatória, foi negado ao réu o direito de recorrer em liberdade, ante a subsistência dos motivos que ensejaram a decretação de sua prisão cautelar:

[...] Em relação ao réu Fabiano, não obstante primário, observo que, para a garantia da ordem pública, aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal, foi decretada a prisão preventiva em desfavor do mesmo (fls. 244), **a qual ora ratifico**, motivo pelo qual não poderá recorrer em liberdade [...] (fl. 67).

Tem-se, assim, que os fundamentos da negativa do direito de apelar em liberdade foram aqueles mesmos utilizados para a decretação da prisão preventiva, os quais já foram analisados por esta Corte Superior, nos autos do HC n. 64.631-MG, e considerados aptos para justificar a medida constritiva, consoante se vê da ementa da decisão monocrática:

Penal e Processual. Habeas corpus. Formação de quadrilha, incêndio, porte ilegal de arma de fogo, tráfico de entorpecente e corrupção de menores. Réu foragido. Prisão preventiva. Suficiente fundamentação. Garantia da aplicação da lei penal. Requisito do art. 312 do CPP demonstrado. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

A prisão preventiva é medida excepcional, cabível diante de prova da existência de crime e indícios suficientes de autoria, para garantir a ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

Decreto sucinto, fundamentado sobretudo na justificativa da medida para assegurar a aplicação da lei penal. Requisito do art. 312 do CPP demonstrado.

Habeas corpus *denegado*. (Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 1º.3.2007).

Dessa forma, mesmo encerrada a instrução criminal, a prisão cautelar do ora Paciente, ao contrário do que alega o Impetrante, subsiste para assegurar a aplicação da lei penal, nos termos do decreto prisional.

Entretanto, razão assiste ao Impetrante quanto à ilegalidade da exigência de recolhimento do réu à prisão como requisito de admissibilidade do recurso de apelação. Consta da sentença condenatória que, “se Fabiano quiser recorrer, terá que se recolher, primeiro, à prisão” (fl. 67).

Nesse contexto, trago à colação os ensinamentos de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, *in verbis*:

[...] Não se pode admitir que o prévio recolhimento ao cárcere constitua um dos requisitos de admissibilidade do recurso (art. 594), à guisa de preparo, nem que a fuga posterior à apelação implique a deserção do citado recurso (art. 595). **Aí a violação, para além do princípio da inocência, atingiria também o princípio da ampla defesa, sobretudo no que respeita à exigência do duplo grau.**

Parece-nos rematado absurdo admitir que, em uma ordem democrática de direito, a possibilidade de demonstração da inocência de alguém esteja condicionada à sua prisão previa.

Ora, se a prisão foi regularmente decretada, cabe aos órgãos do Estado encarregados da persecução penal diligenciar a sua captura, e não, comodamente, condicionar o seu apelo à apresentação ao cárcere. Que os nossos juízes e Tribunais encontram-se soterrados de trabalho, respondendo por um número de processos muito superior à sua capacidade laboral, parece não haver dúvidas. Mas que se queira amenizar tais mazelas com a violação de garantias individuais é que não nos parece a melhor solução.

[...]

É bem de ver, ainda, que, segundo a Súmula n. 393 do Supremo Tribunal Federal, não é necessário o recolhimento à prisão para a instauração da ação de revisão criminal. Esta, não é recurso, somente será possível após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por esse entendimento, ainda que o réu, condenado, não tenha sido capturado, será possível o ajuizamento da ação de revisão criminal, cuja conseqüência poderá ser a mudança integral do julgado, até mesmo para o fim de se reconhecer a absolvição do acusado.

Ora, como se observa, não deixa de haver uma certa contradição entre a decisão que exige o recolhimento à prisão para recorrer (quando não se trata ainda do culpado) e aquela que não o exige para a revisão do julgado (quando já definitivamente condenado o réu). Ficamos, pois, com a Súmula do STF.

Então, nunca é demais repetir: o nosso Código de Processo Penal foi elaborado sob realidade histórica e sob perspectivas inteiramente distintas daquela sob a qual se construiu o sistema de garantias constitucionais do texto de 1988. Não há como pretender interpretar o Código de Processo Penal, sobretudo no que respeita ao tema de prisão e liberdade, sem a necessária filtragem constitucional.

De duas, uma: ou se opta pelo Código do Processo Penal, ou se opta pela Constituição, com o aproveitamento daquela legislação (CPP) apenas nos pontos em que não houver colidência com as normas constitucionais.

[...]

No julgamento do RHC n. 83.810-RJ, sendo Relator o Ministro Joaquim Barbosa, em 18 de dezembro de 2003, adiado em razão do pedido de vista da Ministra Ellen Gracie, decidiu-se (até aquele momento, portanto) que não se pode impedir o conhecimento do recurso pelo só fato de encontrar-se em fuga o acusado. Bem vinda e já esperada a alteração jurisprudencial. [...] (in Curso de Processo Penal, Ed. Del Rey, 6ª edição, 2006, p. 696-697).

O Supremo Tribunal Federal, em que pese não ter ainda julgado o citado RHC n. 83.810-RJ, tem concedido, em sede de liminar, o direito de o réu apelar sem recolher-se à prisão. Nesse sentido, vejamos-se os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: Recurso. Roubo à mão armada. Fixação da pena no mínimo previsto para o tipo. Recolhimento. Descabe impor, para processamento do recurso, o recolhimento do condenado, tendo em conta a prática de roubo à mão armada.

Decisão: A Turma sobrestou o julgamento deste *habeas corpus* para aguardar decisão do Tribunal Pleno no RHC n. 83.810 e concedeu, liminarmente, o pedido para que tenha andamento a apelação, independentemente da prisão do paciente, nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou pelo paciente o Procurador Estadual, Dr. Waldir Francisco Honorato Junior. 1ª Turma, 14.12.2004. (STF, HC n. 84.975-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 14.12.2004).

Decisão: 1. Trata-se de pedido de extensão de liminar impetrado em favor de *José Marcelo Morandi* (fls. 622-626). Aduz o impetrante, em síntese, que o requerente respondeu ao Processo n. 142/98 (fls. 19 e ss.), da Vara Única de Cornélio Procópio-PR, juntamente com *José Morandi*, paciente originário da ordem. Todos foram condenados pelo mesmo delito e idêntico foi o regime de cumprimento de pena: fechado. Tendo sido concedida medida cautelar ao paciente originário, postula o ora requerente que a medida lhe seja estendida, nos termos do art. 580 do CPP.

2. Nestes autos, concedi cautelar ao paciente originário com duplo teor: a) determinando o processamento do recurso de apelação interposto; e, ainda, b) afastando o óbice da vedação de progressão de regime, até o julgamento final do HC n. 82.959 pelo Plenário desta Corte (fls. 339-342). Assiste razão ao requerente. É que, conforme ponderei naquela decisão: **“De todo modo, o Plenário da Corte discute, ainda, a questão da constitucionalidade do artigo 594 do CPP, sob o ângulo da inadmissibilidade da apelação. Seu foro é o RHC n. 83.810, no qual o Relator, Min. Joaquim Barbosa, votou pelo provimento do recurso, para determinar ao Tribunal Estadual que profira novo juízo de admissibilidade da apelação. Confira-se: ‘Direito de Recorrer em Liberdade**

- Iniciado o julgamento de recurso ordinário em habeas corpus interposto pelo Ministério Público Federal no qual se discute, em face do princípio da presunção de não-culpabilidade, a possibilidade de conhecimento do recurso de apelação interposto em favor de condenado foragido (CPP, art. 594: 'O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto'). O Min. Joaquim Barbosa, relator, proferiu voto no sentido de dar provimento ao recurso, a fim de que o Tribunal local profira novo juízo de admissibilidade da apelação, por entender que o princípio constitucional da presunção de inocência impõe, como regra, que o acusado recorra em liberdade, podendo-se determinar o seu recolhimento, se preenchidos os requisitos para a prisão cautelar. O Min. Joaquim Barbosa salientou, ainda, que o não-conhecimento da apelação pelo fato de o réu ter sido revel durante a instrução ofende o princípio que assegura a ampla defesa, bem como a regra do duplo grau de jurisdição prevista em pactos internacionais, como o de São José da Costa Rica, assinados pelo Brasil posteriormente à edição do Código de Processo Penal. Após os votos dos Ministros Carlos Britto, Cezar Peluso e Gilmar Mendes - que, na linha da tese defendida no voto por ele proferido na Rcl n. 2.391 MC-PR, acima noticiada, emprestava efeitos *ex nunc* à decisão -, acompanhando o Min. Joaquim Barbosa, o julgamento foi adiado em face do pedido de vista da Ministra Ellen Gracie. RHC n. 83.810-RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, 17 e 18.12.2003. (RHC n. 83.810)' (Informativo-STF, n. 334. Grifei). Como se vê, acompanhei o Min. Relator, juntamente com os Ministros Carlos Britto e Gilmar Mendes, e ponderei que a situação é grave, pois o art. 594 impede se reveja eventual erro da decisão, obrigando o réu a cumprir a pena antes de poder demonstrar-lhe a injuridicidade. Os autos do RHC foram com vista à Min. Ellen Gracie e, devolvidos para julgamento em 19 de novembro de 2004. Tudo recomenda, pois, se aguarde apreciação definitiva da matéria pelo Plenário.

3. [...] Já a questão da constitucionalidade, ou não, do art. 594 do CPP, cujo foro é o RHC n. 83.810, Rel. Min. Joaquim Barbosa, ainda pende de julgamento pelo Plenário. Ora, afastado o óbice da vedação de progressão e determinado o processamento do recurso de apelação interposto a José Morandi é determinação legal que o mesmo seja feito relativamente ao co-réu que se encontre nas mesmas circunstâncias. 3. Assim, com apoio no artigo 580 do Código de Processo Penal, estendo os efeitos da liminar de fls. 339-342, ao co-réu José Marcelo Morandi, para, sem prejuízo da avaliação dos demais requisitos legais por parte do juízo da execução, afastar, para efeito de progressão, o óbice do regime integralmente fechado **e determinar ao juízo da Vara Criminal da Comarca de Cornélio Procópio-PR que profira novo juízo de admissibilidade do recurso de apelação interposto pelo defensor do mesmo paciente, até a decisão final do RHC n. 83.810, período em que devem permanecer os autos na Secretaria Judiciária, voltando-me conclusos após o julgamento.** Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão ao Juízo da Vara Criminal de Cornélio Procópio e ao Juízo de Execuções Penais de Londrina-PR. Publique-se. Int. Brasília, 6 de abril de 2006. (STF, HC n. 83.287-PR – MC - extensão, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 18.6.2006).

Outrossim, a eg. Quinta Turma desta Corte tem entendido pela impossibilidade de se exigir o recolhimento do réu à prisão como requisito de admissibilidade do recurso de apelação. Confirmam-se os seguintes julgados:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal. Direito de apelar em liberdade. Art. 594 do CPP. Deserção. Impossibilidade.

I - Não tendo a tese referente ao direito de apelar em liberdade, objeto da presente impetração sido apreciada pelo e. Tribunal *a quo*, fica esta Corte impedida de analisá-la, sob pena de supressão de instância (Precedentes).

II - Nos termos do art. 595 do CPP, a deserção ocorre quando o réu, após ter apelado, empreende fuga. **Na hipótese dos autos, não houve fuga propriamente dita, e sim, não recolhimento ao cárcere para apelar, conforme determinado pela r. sentença penal condenatória.**

Desta forma, não há que se falar em deserção (Precedentes).

Writ parcialmente concedido. (HC n. 55.861-RJ, 5ª Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 12.2.2007).

Criminal. HC. Crime contra a ordem tributária. Apelação. Réu foragido. Deserção não configurada. Fuga ocorrida antes da prolação da sentença condenatória. *Reformatio in pejus*. Intimação da defesa. Alegações prejudicadas. Ordem concedida.

A fuga do réu após interpor recurso de apelação enseja a sua deserção, ainda que a recaptura ocorra antes do julgamento do apelo pelo Tribunal de 2º grau.

Situação dos autos que não configura a hipótese de deserção.

Paciente que empreendeu fuga durante a instrução processual, antes, portanto, da prolação da sentença condenatória, não tendo dela tomado conhecimento.

Deve ser anulado o acórdão impugnado, a fim de que o Tribunal o Tribunal Regional Federal da 4ª Região conheça e analise o mérito do recurso de apelação interposto em favor do paciente.

Determinada a anulação do aresto da Corte *a quo*, restam prejudicadas as demais alegações.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC n. 58.620-PR, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 25.9.2006).

Ante o exposto, *conheço parcialmente* do presente *habeas corpus* e, nessa parte, *concedo* a ordem para afastar a exigência de recolhimento do ora Paciente à prisão como requisito de admissibilidade do recurso de apelação.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 79.701-SP (2007/0064546-0)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Impetrante: Paula Fernanda V Navarro Murda - Procuradoria da
Assistência Judiciária
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Paulo Augusto Prado Silva

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus*. Roubo circunstanciado. Concurso de três majorantes. Apelação interposta pela defesa. Fuga do recorrente. Não ocorrência de deserção. Não-prevalência do art. 595 do CPP após a promulgação da CF/1988. Ordem concedida.

1. A análise do art. 595 do CPP deve ser análoga à que é feita na primeira parte do art. 594 do referido diploma legal.

2. Em virtude do rol de garantias processuais destinadas aos acusados em geral, não pode prevalecer a regra prevista no art. 595 do CPP, posto incompatível com a nova ordem jurídico-constitucional inaugurada em 5.10.1988.

3. Assim, embora a orientação pretoriana fosse, até recentemente, no sentido da deserção do recurso, ante a fuga do condenado, após apelar, em cumprimento à referida exigência processual penal, não há como, todavia, à luz dos novos e vários princípios garantistas contidos na Constituição Federal, manter essa exigência, sob pena de violá-los, conforme já reconheceu a Suprema Corte, bem como este Superior Tribunal, em situações equiparadas, ou seja, quanto à exigência similar contida no art. 594 do CPP.

4. Ordem concedida para que, presentes os demais requisitos legais, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo receba o apelo da defesa, independentemente da fuga do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2007 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 1º.10.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Paulo Augusto Prado Silva*, condenado à pena de 5 (cinco) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incs. I, II e V, do Código Penal

Insurge-se a impetrante contra acórdão proferido pela 8ª Câmara do 4º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não conheceu do recurso de apelação interposto pela defesa, em razão de ser deserto, nos termos do art. 595 do Código de Processo Penal.

Sustenta, em síntese, que o art. 595 do CPP não foi recepcionado pela Constituição Federal, motivo por que requer a concessão da liminar e, no mérito, a sua confirmação para que o recurso interposto seja recebido e analisado pelo Tribunal de origem, “mesmo estando o paciente foragido, tendo em vista o princípio constitucional da presunção de inocência e o direito ao devido processo legal, ampla defesa e duplo grau de jurisdição” (fl. 5).

O pedido formulado em sede de cognição sumária foi indeferido pelo então relator Ministro Paulo Medina (fls. 22-23). Naquela oportunidade, solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, foram elas prestadas (fls. 31-43) e vieram com cópia da sentença condenatória e do acórdão impugnado.

O Ministério Público Federal, por meio de parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República *Eduardo Antônio Dantas Nobre*, opinou pela denegação da ordem (fls. 45-48).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): A fuga do réu após a interposição do recurso de apelação é causa de não-conhecimento do recurso pela deserção, nos termos do art. 595 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido é o entendimento da Quinta Turma desta Corte:

Criminal. HC. Roubo qualificado. Recurso de apelação. Réu foragido. Deserção. Ordem denegada.

I. Hipótese em que o paciente, após a interposição de recurso de apelação, evadiu-se do estabelecimento prisional, tendo a Corte de origem julgado o recurso deserto.

II. Na esteira do entendimento firmado nesta Turma, a fuga do réu enseja a deserção do recurso de apelação, nos termos do art. 595 do Código de Processo Penal, não havendo que se falar em inconstitucionalidade do mencionado dispositivo de lei, bem como em cerceamento de defesa.

III. Precedentes da Turma.

IV. Ordem denegada. (HC n. 72.213-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 18.6.2007).

Processual Penal. Recurso especial. Art. 12 da Lei n. 6.368/1976 (antiga Lei de Tóxicos). Apelação. Apenado foragido. Deserção. Crime equiparado a hediondo. Regime integralmente fechado. Inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 declarada pelo STF.

I - Observada a fuga do preso depois de interposta a apelação, a deserção, em caráter definitivo, é de ser declarada *ex vi* art. 595 do CPP (Precedentes).

II - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 82.959-SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, é inconstitucional.

III - Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, pode obter o direito à progressão de regime prisional, desde que preenchidos os demais requisitos.

Recurso provido.

Habeas corpus concedido de ofício para afastar o óbice à progressão de regime. (REsp n. 887.925-MG, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 4.6.2007).

Recurso especial. Processual Penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Condenação. Apelação. Não conhecimento. Fuga do condenado. Deserção. Art. 595 do CPP. Precedentes.

1. Comprovada a fuga do réu condenado em primeiro grau, após a interposição do recurso, será declarada deserta a apelação, nos exatos termos do art. 595 do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ.

2. Recurso provido. (REsp n. 779.608-SC, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 3.4.2006).

Por sua vez, esse posicionamento foi reiterado em diversas oportunidades no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme se vê dos precedentes abaixo transcritos:

Ementa: Direito Penal e Processual Penal. Homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, do Código Penal). Apelação de réu preso. Fuga. Deserção (art. 595 do Código de Processo Penal). *Habeas corpus*.

1. Se o réu, necessariamente preso para apelar, foge da prisão, após a interposição do apelo, este deve ser julgado deserto (art. 595, do C.P.Penal), mesmo que recapturado o apelante antes do julgamento.

2. Precedentes de ambas as Turmas do S.T.F.

3. No caso presente, com maior razão essa orientação deve ser seguida. É que, ao ensejo do não conhecimento da Apelação, por deserção, pelo Tribunal, o réu, ora paciente, ainda não havia sido recapturado, tanto que o aresto fez referência a encontrar-se aquele foragido (fls. 92).

4. "H.C." indeferido. (HC n. 82.126-PR, Rel. Min. Sydney Sanches, Primeira Turma, DJ 19.12.2002).

Ementa: Recurso ordinário. *Habeas corpus*. Ação penal. Sentença condenatória. Recolhimento do réu à prisão. Apelação. Fuga.

A jurisprudência desta Corte tem fixado o entendimento de que, uma vez empreendida a fuga do sentenciado após a interposição do recurso de apelação, este deve ser julgado deserto, à luz do que dispõem os arts. 594 e 595 do Código de Processo Penal (HC n. 71.701, Min. Sydney Sanches e RHC n. 81.742, Min. Maurício Corrêa). (RHC n. 82.007-SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ 27.9.2002).

Pondere-se, no entanto, que a questão encontra-se afeta ao Plenário do STF, conforme noticiado no Informativo n. 402 (HC n. 85.961-SP), aventando-se a inconstitucionalidade do art. 595 do CPP, segundo o qual: "*Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação*", sob o fundamento de inobservância do direito à ampla defesa, paridade de armas com o MP, cujo recurso não se subordina a nenhuma condição etc.

Assinale-se, ademais, ser análogo, *mutatis mutandis*, ao disposto na primeira parte do art. 594 do referido diploma legal – "*O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto*" –, registrando-se que a sua compatibilidade com garantias processuais magnas (ampla defesa, devido processo, duplo grau de jurisdição etc.), está *sub judice*, no RHC n. 83.810-RJ, perante o Pleno do STF, já contando com quatro votos no sentido da incompatibilidade (Ministros *Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso e Gilmar Mendes*, pedindo vista a Ministra *Ellen Gracie*).

Note-se, a par disso, que recentemente a 2ª Turma daquela Corte, no julgamento do HC n. 88.420-PR, de relatoria do Ministro *Ricardo Lewandowski*, publicado no DJ em 8.6.2007, em decisão unânime, concedeu a ordem de *habeas corpus*, em acórdão assim ementado:

Ementa: *Habeas corpus*. Processo Penal. Sentença condenatória. Recurso de apelação. Processamento. Possibilidade. Desnecessidade de recolhimento do réu à prisão. Decreto de custódia cautelar não prejudicado. Prisão preventiva subsistente enquanto perdurarem os motivos que a motivaram. Ordem concedida.

I - Independe do recolhimento à prisão o regular processamento de recurso de apelação do condenado.

II - O decreto de prisão preventiva, porém, pode subsistir enquanto perdurarem os motivos que justificaram a sua decretação.

III - A garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição, sobrepondo-se à exigência prevista no art. 594 do CPP.

IV - O acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais.

V - Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação Código de Processo Penal.

VI - A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior.

VII - Ordem concedida.

Igual orientação vem adotando esta 5ª Turma, conforme os seguintes precedentes:

Habeas corpus. Crime tipificado no art. 1º, do Decreto-Lei n. 201/1967. Réu que permaneceu solto durante a instrução criminal. Sentença condenatória. Negativa do direito de apelar em liberdade com base no arts. 594 e 312 do Código de Processo Penal. Fundamentação em maus antecedentes e para garantia da aplicação da lei penal. Fundamentação inidônea. Constrangimento ilegal evidenciado.

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. Inexiste, na espécie, motivação convincente se não foi indicado qualquer fato novo que justificasse a expedição de mandado de prisão.

3. Ordem concedida para revogar a determinação da prisão expedida em desfavor do ora Paciente, sem prejuízo de novo decreto prisional devidamente motivado. (HC n. 67.230-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 12.3.2007).

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 12, da Lei n. 6.368/1976 e 10, da Lei n. 9.437/1997. Direito de apelar em liberdade. Art. 594 do CPP. Falta de demonstração das hipóteses do art. 312 do CPP. Crime classificado como hediondo.

I - O direito do réu de apelar em liberdade, assegurado pelo art. 594 do CPP, não lhe pode ser denegado, se permaneceu solto durante a instrução criminal e não evidenciadas qualquer das hipóteses previstas no art. 312 do CPP, quando da prolação da r. sentença condenatória. (Precedentes).

II - Ainda que se trate de condenação por crime classificado como hediondo, a negativa do direito de apelar em liberdade exige motivação concretamente vinculada, não sendo por si só suficiente a mera alegação genérica de que se trata de delito equiparado a hediondo. Ordem concedida. (HC n. 41.978-SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 29.8.2005).

Destarte, idêntica motivação leva a se reconhecer a não-prevalência do art. 595 do CPP após a promulgação da CF/1988, a qual contempla rol de garantias processuais destinadas aos acusados, em geral, as quais tornaram a exigência posta em tal preceito incompatível com a nova ordem jurídico-constitucional inaugurada em 5.10.1988, em nosso País, no ponto ora focalizado.

Assim, embora a orientação pretoriana, como vimos, fosse, até recentemente, no sentido da deserção do recurso, ante a fuga do condenado, após apelar, em cumprimento à referida exigência processual penal, não há como, todavia, à luz dos novos e vários princípios garantistas contidos na Constituição Federal, manter essa exigência, sob pena de violá-los, conforme já reconheceu a Suprema Corte, bem como este Superior Tribunal, em situações equiparadas, ou seja, quanto à exigência similar contida no art. 594 do CPP. Invocável, portanto, o princípio “*ubi eadem est ratio, ibi ide jus*”.

Ante o exposto, *concedo a ordem* para que, presentes os demais requisitos legais, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo receba o apelo da defesa, independentemente da fuga do paciente.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 90.687-MS (2007/0217913-6)

Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG)

Impetrante: Marco Antonio do Amaral Filho e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Paciente: Morrison Imagbenikaro (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Recurso de apelação não conhecido. Necessidade de recolhimento do réu para apelar. Violação do direito ao duplo grau de jurisdição. Confusão com o direito a apelar solto. Ordem concedida.

1 - O direito a apelar solto não se confunde com o do duplo grau de jurisdição, consagrado no Pacto de São José da Costa Rica e corolário do Princípio do Devido Processo Legal.

2 - O STF já entende, como direito fundamental, o acesso à instância recursal, não sendo possível o não recebimento do recurso em função de o réu estar foragido.

3 - A determinação de que o réu deve recorrer preso somente prevalece quando presentes os fundamentos da custódia cautelar, mas não impede que o recurso seja recebido, caso o réu esteja foragido.

4 - Ordem concedida para anular a decisão que julgou transitada a sentença e determinar o imediato processamento do recurso de apelação interposto pela defesa, sendo mantida, contudo, a determinação de que permaneça preso, em função de estar presente nova fundamentação exarada na sentença condenatória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2007 (data do julgamento).

Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Relatora

DJ 12.11.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG): Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Marco Antonio do Amaral Filho e Adriana Canuti, em favor de Morrison Imagbenikaro, condenado com trânsito em julgado, pela prática do crime do artigo 12, da Lei n. 6.368/1976, em que é alegado constrangimento ilegal, sofrido pelo paciente, exercido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que não conheceu do recurso de apelação, por considerá-lo intempestivo, vez que o paciente deveria se recolher à prisão para poder apelar.

Argüem os impetrantes que o artigo 35, da Lei n. 6.368/1976, que determina o recolhimento à prisão para apelação nos crimes de tráfico, não foi recepcionado pela Constituição Federal. Assim, alegam que deve ser cassado o acórdão do Tribunal *a quo*, para que seja conhecido o recurso de apelação interposto.

Ausente pedido liminar, foram solicitadas informações, junto à autoridade coatora, sendo elas devidamente prestadas.

A Subprocuradora-Geral da República, Ana Maria Guerrero Guimarães, opinou pela denegação da ordem.

Relatados, em mesa para julgamento.

VOTO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) (Relatora): Examinei cuidadosamente as razões de impetração, comparando-as com o acórdão ora combatido, e verifico que devo acolher as alegações dos impetrantes.

É sustentado, no pedido de *habeas corpus*, que o artigo 35, da Lei n. 6.368/1976 não foi recepcionado pela Constituição Federal, razão pela qual, não há motivos para o não conhecimento do recurso de apelação, pelo Tribunal *a quo*.

Conforme se verifica no relatório do acórdão do Tribunal *a quo*, em razão da fuga do paciente, o recurso ofertado pela defensoria não foi recebido, por força do que estabelece o artigo 35, da Lei n. 6.368/1976.

Inicialmente, cumpre esclarecer que não se deve confundir dois direitos distintos: o do duplo grau de jurisdição e o de apelar em liberdade.

O *writ* interposto diz respeito somente ao duplo grau de jurisdição, não sendo questionada a necessidade de custódia cautelar do paciente.

A garantia do duplo grau de jurisdição está expressamente prevista no Pacto de São José da Costa Rica, sendo corolário do Princípio do Devido Processo Legal e, como tal, tem estatura constitucional. Assim, a impossibilidade de revisão da decisão por Tribunal fere Princípio Constitucional do Devido Processo Legal, não podendo prosperar.

Verifico que este é o novo entendimento, trazido pelos recentes precedentes deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal, não havendo necessidade de recolhimento à prisão para recorrer, em homenagem, sobretudo, ao direito ao duplo grau de jurisdição.

Deste modo, tanto o artigo 35, da Lei n. 6.368/1976, quanto o artigo 594, do Código de Processo Penal não mais se aplicam, vez que divergem do entendimento constitucional ora consagrado.

Já a impossibilidade de apelar em liberdade não se funda simplesmente no imperativo legal, mas deve ser fundamentada, com referência aos requisitos do artigo 312, do Código Penal, pois se trata de custódia cautelar e, como tal, deve se pautar pela excepcionalidade, não prevalecendo determinação geral de que se recorra preso.

Deste modo, o recolhimento para apelar somente persiste quando presente a necessidade de garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Em se tratando de crime hediondo, ou equiparado a hediondo, como é o caso, também se aplica a mesma regra, em consonância com o artigo 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, que determina que a decisão deve ser fundamentada sobre a possibilidade de o réu apelar em liberdade.

Deste modo, portanto, permanece a determinação de que o réu deve ser preso, em função das circunstâncias concretas do caso, tais como a fuga da prisão, que persistia até a prolação da sentença. Contudo, a impossibilidade de recebimento do recurso em função da sua condição de foragido fere o duplo grau de jurisdição e não se justifica. Neste sentido está o recente entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Sentença condenatória. Recurso de apelação. Processamento. Prisão cautelar. Garantia da aplicação da lei penal. Acusado que reside em zona de fronteira. Elementos concretos que justificam a medida de segregação.

O recurso de apelação, interposto pelo condenado, deve ser regularmente processado, independentemente de recolhimento do recorrente à prisão.

(...)

Ordem parcialmente concedida.

(HC n. 85.880-MS, Primeira Turma, Relator p/ acórdão Min. Carlos Britto, DJ de 10.3.2006).

○ Informativo n. 463 também noticia julgamento neste sentido:

Duplo Grau de Jurisdição: Processamento de Recurso e Prisão - 1

A Turma deferiu *habeas corpus* impetrado em favor de condenado pela prática do crime de supressão ou redução de tributo ou contribuição social na forma continuada (Lei n. 8.137/1990. art. 1º, I e IV, c.c. o art. 71, CP), cuja sentença - confirmatória da decretação de prisão preventiva - condicionara o direito de apelar em liberdade ao seu prévio recolhimento à prisão. Inicialmente, salientou-se que o tema de fundo da impetração, referente ao direito de recorrer em liberdade, depois da prolação de sentença condenatória, encontra-se pendente de julgamento pelo Plenário (RHC n. 83.810-RJ, v. Informativo n. 334). Não obstante, entendeu-se que, na espécie, verificar-se-iam dois direitos que, embora conexos, foram reputados como se unos: o direito ao duplo grau de jurisdição e o direito de apelar em liberdade. Aduziu-se que o presente *writ* não questiona a custódia cautelar do paciente, mas o não processamento do recurso interposto, antes do cumprimento do mandado de prisão expedido em seu desfavor. HC n. 88.420-PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 17.4.2007.

Duplo Grau de Jurisdição: Processamento de Recurso e Prisão - 2

Asseverou-se que, na hipótese, ter-se-ia o conflito entre a garantia ao duplo grau de jurisdição, expressamente prevista no art. 8º, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento por força do art. 5º, § 2º, da CF; e a exigência de o condenado recolher-se ao cárcere para que a apelação fosse processada, conforme previsto no art. 594, do CPP. Considerou-se que o direito ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) abrange a possibilidade de revisão, por Tribunal Superior, de sentença proferida por juízo monocrático e que o direito ao duplo grau de jurisdição não poderia ser suprimido com a execução ou não da custódia. O Min. Ricardo Lewandowski, relator, salientando que o direito ao duplo grau de jurisdição integra o sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais e que o citado pacto fora incorporado ao ordenamento posteriormente ao CPP, concluiu que, mesmo que lhe seja negada envergadura constitucional, essa garantia deve prevalecer sobre o art. 594 do CPP. Por fim, asseverou-se que o reconhecimento ao duplo grau de jurisdição não infirma a legalidade da custódia cautelar decretada, podendo esta subsistir independentemente de ser admitido o processamento do recurso. HC

deferido para que seja recebida a apelação do paciente, interposta perante o Juízo da 2ª Vara Federal Criminal, sem prejuízo do cumprimento da prisão preventiva contra ele decretada, caso persistam os motivos que a determinaram.

O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando os precedentes do STF, também já entende desta maneira, conforme brilhante precedente de relatoria do ilustre Ministro Felix Fischer:

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 214, c.c. art. 224, alínea **a**, do CP. Crime hediondo. Direito de apelar em liberdade. Falta de demonstração das hipóteses do art. 312 do CPP. Recurso de apelação não conhecido. Progressão de regime. Possibilidade. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (redação original) declarada pelo STF.

I - Tendo o réu respondido ao processo em liberdade, o seu direito de apelar nesta condição somente lhe pode ser denegado se evidenciadas quaisquer hipóteses previstas no art. 312 do CPP, quando da prolação da sentença (Precedentes).

II - Ainda que se trate de condenação por crime classificado como hediondo, a negativa do direito de apelar em liberdade exige motivação concretamente vinculada, não sendo por si só suficiente mera alegação acerca da hediondez do delito, *ex vi* do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 (Precedentes).

III - Inexiste motivação convincente se não foi indicado qualquer fato novo que justificasse a expedição de mandado de prisão.

IV - *Tendo em vista a orientação que vem sendo sedimentada pelo Pretório Excelso, o processamento do recurso de apelação, interposto por acusado ao qual foi negado o direito de apelar em liberdade, prescinde de seu recolhimento à prisão. Assim, no presente caso, deve ser afastada a deserção, prevista no art. 595 do CPP, por obstar o legítimo exercício da ampla defesa e do devido processo legal.*

V - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 82.959-SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, é inconstitucional.

VI - Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, pode obter o direito à progressão de regime prisional, desde que preenchidos os demais requisitos.

Ordem concedida.

(*Habeas Corpus* n. 77.038 - Rel. Min. Felix Fischer; 9.8.2007; DJ 1º.10.2007 p. 321).

Ante tais fundamentos, concedo a ordem, anulando a decisão que julgou transitada a sentença e determinando o imediato processamento do recurso de apelação interposto pela defesa, sendo mantida, contudo, a determinação de que permaneça preso, em função de estar presente nova fundamentação exarada na sentença condenatória.

É como voto.

RECURSO DE HABEAS CORPUS N. 6.110 (96.0078027-7)

Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro
Recorrente: Antônio José Maffezoli Leite
Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: Jefferson de Oliveira
Advogado: Antônio José Maffezoli Leite

EMENTA

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 de 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, CPP face à Constituição. Processe-se o recurso, sem sacrifício do mandado de prisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso a fim de que seja processada a apelação, mantido íntegro o mandado de prisão, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Vicente Leal, Fernando Gonçalves, Anselmo Santiago e William Patterson.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 1997 (data do julgamento).

Ministro Anselmo Santiago, Presidente
Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Relator

DJ 19.5.1997

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro: Recurso ordinário interposto por Antônio José Maffezoli Leite, em favor de Jefferson de Oliveira, contra o v. acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, denegatório de *habeas corpus* impetrado objetivando poder o paciente apelar em liberdade ao argumento de que o recurso de apelação dever seguir independente do cumprimento do mandado de prisão.

O v. acórdão denegou a ordem fundamentando que condicionar o conhecimento do recurso à prisão do réu não constitui constrangimento ilegal e que, no caso dos autos o recolhimento está justificado pelo fato de ser o paciente fugitivo.

Razões de recurso às fls. 35-43.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso (fls. 55-58).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro (Relator): O Meritíssimo Juiz de Direito não recebeu a apelação do Paciente ao fundamento de estar foragido.

O ato coator foi explicitado pelo magistrado:

Após regular instrução o réu foi condenado à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão e pagamento de treze dias-multa em seu piso mínimo a ser cumprida em regime fechado, não sendo concedido a ele a possibilidade de recorrer em liberdade, isto porque fugiu do presídio em que se encontrava, antes mesmo de ser interrogado (fls. 12).

O v. acórdão alega “que condicionar o conhecimento do recurso à prisão do réu não constitui constrangimento ilegal” (fls. 32).

Impõe-se distinguir dois institutos bem definidos: a) presunção de inocência e b) cautelas processuais penais.

O primeiro, hoje, literalmente, consagrado na Constituição da República significa que o *status* de condenado surge somente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Não pode haver, assim, antes desse termo final, o cumprimento da - sanção penal.

O segundo, ao contrário, busca, no correr do processo, acautelar o interesse público a fim de não restar sem eficácia.

Essa distinção é bem elaborada pelos vv. acórdãos que formam a referência à Súmula n. 9, STJ.

Urge atenção ao disposto no art. 594 do Código de Processo Penal, *verbis*:

O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

Além do requisito da - necessidade - constantemente proclamada por esta Turma para justificar a prisão, o mencionado dispositivo é, sem dúvida, de natureza cautelar. Caso contrário, afrontar-se-ia o mencionado princípio da presunção de inocência. Em outras palavras, antes da sentença trântita em julgado, estar-se-ia impondo sanção penal.

Que o réu, contra que foi expedido mandado de prisão, possa ser preso, ainda que pendente apelação, não resta dúvida alguma. Impedir, entretanto, a seqüência da apelação porque o réu está foragido é, *data venia*, violência ao devido processo legal.

A Carta Política, mais uma vez, merece invocação. Especificamente, o art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

E mais. O “devido processo legal”, ainda por mandamento da Carta Política, compreende “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recurso a ela inerentes” (art. 5º, LV *in fine*).

A impetração elaborada pela Procuradoria de Assistência Judiciária, da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, subscrita pelo Procurador Antônio José Maffezoli Leite, eruditamente elaborada, encerra:

Não se está discutindo sobre a eventual conveniência ou não da prisão preventiva do acusado, perfeitamente aceitável nos estritos casos previstos na lei processual. O que não se pode fazer é condicionar o exercício de um direito constitucional - a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição - à eficiência do Estado-polícia em prender ou manter preso um indivíduo. Pode-se até mandar prender, mas o recurso de apelação deve seguir independente do cumprimento do mandado de prisão. (fls. 7).

Em sendo assim, sem sacrificar o mandado de prisão, dou provimento ao Recurso de *habeas corpus* para ser processada e julgada a apelação.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Sr. Presidente, essa matéria é bastante interessante e efetivamente ainda não havia sido discutida no âmbito desta Turma.

Todavia, na Terceira Turma do Tribunal Regional Federal, da qual eu fazia parte, juntamente com os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Adhemar Maciel e o Juiz Fernando Tourinho Neto, discutíamos esse tema e decidíamos de forma unânime que, a despeito da ordem de prisão, a despeito da necessidade do recolhimento à prisão, não se poderia obstar o curso da apelação interposta no prazo legal, pois, afastar o recebimento e o curso de uma apelação interposta de forma regular seria cercear plenamente o direito da ampla defesa, um dos grandes postulados no Direito Penal Constitucional.

Essa foi a posição assentada de forma uniforme e unânime na Terceira Turma do Tribunal Regional Federal. Sem discutir, sem debater a questão da necessidade de ser recolhido o condenado provisoriamente à prisão ou não, não pode o Juiz deixar de receber e dar curso à apelação criminal interposta pela defesa pela circunstância de não ser possível encontrar o réu para ser recolhido à prisão. Se ele deve ser recolhido ou não, se foi encontrado e não pretende recolher-se, é devida a ordem de recolhimento nessa fase é uma outra questão. O que não se pode é afastar o curso regular da apelação criminal interposta nos termos da Lei Processual, no prazo regular, porque aí seria ferir frontalmente o direito de ampla defesa e o devido processo legal.

Sufragando aquele mesmo entendimento que afirmamos quando integrávamos a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal, acompanho o voto do Ilustre Ministro-Relator.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 15.209-SP (2003/0172012-2)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Christiano Ramos Victor

Advogado: Dorival de Paula Junior e outros
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Christiano Ramos Victor

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Arts. 12, *caput*, e 14, ambos da Lei n. 6.368/1976. Apelação. Fuga do recorrente. Aplicação do artigo 595 do CPP. Deserção. Afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa. Prisão preventiva. Sentença condenatória negando o direito de recorrer em liberdade. Decreto prisional não juntado aos autos. Fundamentação. Avaliação. Impossibilidade.

1 - “Tendo como balizas os princípios da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição e o inegável anseio de *status libertatis* inerente a todo e qualquer ser humano, entendo que, embora havendo fuga do sentenciado ou ausência de recolhimento deste ao cárcere após a interposição de recurso, não há que se falar em deserção”. (HC n. 35.997-SP, Relator o Ministro **Paulo Medina**, DJU de 21.12.2005).

2 - Inexistindo, nos autos, cópia do decreto prisional, não há como se avaliar a legalidade da custódia, quanto à sua fundamentação.

3 - Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para que o Tribunal de origem julgue a apelação interposta pelo recorrente como entender de direito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nesta extensão, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Nilson Naves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ 3.3.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Christiano Ramos Victor contra acórdão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo que denegou o *writ* ali manejado.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante e denunciado pela prática dos crimes previstos nos arts. 12, *caput*, e 14, ambos da Lei n. 6.368/1976, deferida a liberdade provisória. Posteriormente, foi decretada a prisão preventiva em razão de cometimento de outro crime da mesma natureza.

Sobreveio, então, a sentença, condenando-o a 6 anos de reclusão, em regime fechado, negando-lhe, ainda, o direito de recorrer em liberdade.

Interposta apelação em 16.7.2002, o Juiz de primeiro grau não conheceu do recurso, nos termos do artigo 595 do Código de Processo Penal, em virtude da fuga do réu, ocorrida em 25.7.2002.

Sustenta-se, com relação à deserção aplicada, que “houve equívoco quanto à confirmação de que o recorrente tenha sido devidamente intimado. Isso porque, a r. sentença condenatória foi prolatada em 20.6.2002, e o recorrente empreendeu fuga no dia 25.7.2002, portanto não teria como ter sido intimado” (fl. 79), acentuando, ainda, que a fuga se deu antes da interposição do recurso.

Enfatiza, por outro lado, ser direito de todo cidadão o duplo grau de jurisdição, não se podendo condicionar o conhecimento do recurso ao cumprimento da cautela processual, na medida em que o artigo 595 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela Constituição Federal.

Alega, por fim, que o decreto prisional não está devidamente fundamentado, à luz do que preceitua o art. 93, IX, da Constituição Federal, razão porque requer seja provido o recurso, a fim de que a apelação seja conhecida, bem como se garanta ao recorrente o direito de aguardar em liberdade o julgamento da apelação.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se no sentido de ser negado provimento ao recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): O recurso merece ser parcialmente provido.

Na verdade, esta Sexta Turma já enfrentou o tema e proclamou não ser possível exigir o recolhimento ou a manutenção do sentenciado na prisão como condição para o exame de recurso manejado contra sentença condenatória. Veja-se:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Apelação. Fuga do réu. Deserção. Aplicação do art. 595 do CPP. Descabimento. Afronta aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição. Art. 5º, incisos LV e LVII. Ordem concedida.

A nova ordem jurídico-constitucional inaugurada com a CF/1988 não recepcionou a norma esculpida no art. 595 do C.P.P.

As disposições do art. 595 do CPP não podem impedir que se conheça da apelação do réu foragido, porque seria desconsiderar os princípios contidos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Tendo como balizas os princípios da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição e o inegável anseio de *status libertatis* inerente a todo e qualquer ser humano, entendo que, embora havendo fuga do sentenciado ou ausência de recolhimento deste ao cárcere após a interposição de recurso, não há que se falar em deserção.

Ordem *concedida* para que o Tribunal *a quo* conheça do recurso interposto.

(HC n. 35.997-SP, Relator o Ministro *Paulo Medina*, DJU de 21.12.2005).

Com propriedade, anotou o Relator:

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso LVII, declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Para que se efetive esta convicção, faz-se necessário o transcurso de toda a investigação criminal e de todo o caminho processual. Antes do trânsito em julgado, nada por ser afirmado ou concluído em sentido definitivo; nenhuma ação em sentido contrário à culpabilidade do réu pode ser empreendida.

Do mesmo modo, a prisão provisória, que só persiste se existirem os fatores indicativos de que o acusado deva permanecer preso, sendo emitida por decisão fundamentada, onde se demonstre com fatos concretos a necessidade da sua retirada do seio da sociedade.

(...)

Pode-se dizer que o art. 595 do CPP, que obriga o Juiz a declarar deserta a apelação se o réu condenado fugir, não foi recepcionado pela Constituição da República.

Ora, não se pode condicionar o reconhecimento de um recurso, direito legítimo do acusado, em face do princípio da ampla defesa, ao recolhimento a prisão.

É dever do Magistrado assegurar a ampla defesa, bem como a garantia de todos os meios e recursos a ela inerente, em respeito ao princípio mundialmente consagrado do *due process of law*, seja ele em benefício do indiciado, do acusado, mas também e principalmente do condenado.

Essa garantia se corporifica possibilitando-se ao acusado as condições e faculdades que o possibilitem atuar no processo com todos os meios que viabilizem o esclarecimento e comprovação de suas alegações.

O cerceamento ao duplo grau de jurisdição, impedindo o apelante de exercer seu direito consagrado constitucionalmente de recorrer, vem contra toda uma gama de materialização de direitos que, por séculos, foram pleiteados.

Afronta, inclusive, o princípio da isonomia processual, pois não haveria qualquer óbice à acusação para recorrer.

Decorre do artigo 595 do CPP, grave quebra da isonomia processual, pois permitem à parte acusatória amplos poderes de impugnar a sentença contrária.

Ressalto aqui a importância do dispositivo do art. 5º, LV, da Constituição Federal, que assegura aos acusados o contraditório e a ampla defesa, *com os meios e os recursos a ela inerente*.

Condicionar recebimento de apelo a permanência na prisão é atacar violentamente o princípio da ampla defesa e recursos correspondentes. O legislador ordinário não pode impor condições à aplicação de princípios constitucionais, pena de impedir sua concretização. Aliás, uma das funções da lei é exatamente materializar os princípios e não os abortar.

Quanto à pretensão de aguardar solto o julgamento do recurso, o pedido não pode ser conhecido, pois, ao que consta dos autos, a liberdade provisória foi revogada, sendo decretada a prisão preventiva pelo cometimento de outro delito da mesma natureza, não se juntando a respectiva cópia.

De todo o exposto, conheço parcialmente do recurso e, nessa parte, dou provimento para determinar que o Tribunal de origem julgue a apelação interposta por Cristiano Ramos Victor, conforme lhe parecer de direito.

É como voto.